

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

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

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

Nº 042 /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

O estudo com que se abre a presente edição está dedicado ao importante tema das alternativas da pena privativa da liberdade, hoje na ordem do dia. A falência completa da pena privativa da liberdade tem conduzido as legislações modernas à busca de alternativas para evitar o encarceramento, nos vários momentos de atuação do sistema. Parece importante examinar o assunto, com vistas à próxima reforma de nosso código penal, à luz da realidade brasileira, para ver se seria realmente possível e conveniente importar novidades.

O excelente trabalho de Argenis Riera sobre a função policial na América Latina constitui contribuição valiosa ao exame de um tema em que a bibliografia é escassa. O autor está vinculado ao grupo latino-americano que estuda a criminalidade de colarinho branco, do qual tanto se espera. Ele procura explicar, em perspectiva crítica, a significação ideológica da atividade policial e sua evolução nesta parte do mundo. O artigo aparece em perfeita tradução, não tendo sido ainda publicado, em qualquer idioma.

Ainda na parte de doutrina, o leitor encontrará uma outra contribuição do professor Manuel Lopez-Rey, mestre e amigo de quem temos divulgado ocasionalmente trabalhos notáveis. No artigo que agora publicamos em cuidada tradução (feita pelo Dr. Alexandre Moura Dumans), o tema da delinquência juvenil é examinado em perspectiva internacional, com riqueza de dados e informações, fruto da larga experiência do autor. Estamos certos de prestar importante serviço aos estudiosos de nosso país com a apresentação desse texto em português.

Na seção de Comentários e Atualidades, publicamos o lúcido parecer do prof. Nilo Batista sobre a reforma da Lei das Contravenções Penais, que não pode ser feita sem ter presente a realidade judiciária. Esse parecer constituiu pronunciamento oficial de nosso Instituto. Aqui também estampamos, em tradução, o relatório importante elaborado pelo professor Enrique Bacigalupo, sobre os princípios de política criminal das recentes reformas e projetos de reforma da América Latina. O professor argentino, hoje infelizmente no exílio, realiza, com este trabalho, amplo estudo sobre as tendências da política criminal latino-americana. Encerram esta parte da revista os estudos de Nelson Nery Junior, examinando aspectos processuais na ação

privada e na Lei de Imprensa; de Ederson de Mello Serra, sobre o discutido problema da revelia no Júri; e de Damásio E. de Jesus, sobre a periculosidade.

Entre os Comentários de Jurisprudência estão várias notas, de Celso Delmanto, Mário Rebello de Oliveira Neto, Arthur Lavigne e Nilo Batista, entre outros, versando questões controvertidas e atuais.

Este número se completa com nossas seções habituais, de Resenha Bibliográfica (com uma relação de livros novos recebidos) e Leis e projetos, esta última enriquecida por penetrante análise da prof.^a Maria Cristina Palhares dos Anjos ao Projeto de Lei n.º 1.075, de 1979, que pretende dar nova redação ao art. 392 do CPP.

H.C.F.

DOCTRINA

ALTERNATIVAS DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE

Heleno Claudio Fragoso

I

1. A pena privativa da liberdade tem sido considerada, no direito penal moderno, como a sanção mais representativa do sistema repressivo. Ela constitui a pena por excelência. No entanto, essa pena aparece tardiamente, substituindo as penas corporais e a pena de morte. A primeira prisão se constrói em Amsterdã, em 1595 ou 1596. Nossas Ordenações do Reino, que vigoraram até 1830, não previam a pena de prisão. Isso não significa que o direito antigo desconhecesse o encarceramento, que se fazia em poços, em masmorras, em mosteiros e castelos, como etapa preliminar da morte ou como fruto do arbitrio dos príncipes.¹

2. A pena de prisão é introduzida como castigo duro e feroz. Argumentando contra a pena de morte, *Beccaria* sustentava que o efeito efêmero do suplício era menos intimidativo do que a prisão perpétua.² Logo, porém, surge a idéia de correção e emenda do preso, que remonta, como vimos, à designação antiga de Bridewell, e que corresponde à inspiração religiosa de reformadores e pioneiros. Imaginou-se, assim, ser possível atuar sobre o espírito do preso, através do isolamento, do silêncio, do trabalho, da meditação e da concessão gradativa de favores, para alcançar a sua correção ou emenda. Nos

¹ Cf. VON HENTIG, "La pena", trad., Madri, Espasa-Calpe, 1968, vol. II, 185s. Em Londres, o castelo de Bridewell, desde 1555, destinou-se à internação de vagabundos e mendigos, passando a denominar-se, em 1575, "House of correction". Cf. EBERHARD SCHMIDT, "Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege", Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, 188.

² BECCARIA, "Dei delitti e delle pene", Florença, Felice de Monier, 1950, § XVI: "Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia de servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti". Cf. DI GENNARO *et al.*, "Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione", Milão, Giuffrè, 1977, 42.

Estados Unidos, em 1870, a National Prison Association, em sua primeira reunião, celebrada em Cincinnati, assentou as bases do reformatório, que, como diz Taft, representou clara mudança de ênfase nos métodos penais.³ O primeiro reformatório foi construído em Elmira, naquele mesmo ano, pretendendo que o sistema prisional tivesse por base a educação e não o castigo. A pena indeterminada aparece em função da nova filosofia, como uma espécie de remédio que deve cessar com a cura do enfermo. Difunde-se a idéia de que a prisão deve promover a custódia do condenado, neutralizando-o através de um sistema de segurança, no qual se esgota o sentido retributivo da pena, e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo ou emendá-lo, através de um *tratamento*.

II

3. A experiência de dois séculos veio demonstrar a falência completa da filosofia correcional. Países desenvolvidos inverteram grandes somas em seus programas correcionais, construindo prisões que supunham capazes de ressocializar ou de emendar o condenado, sem qualquer êxito. As taxas de reincidência se mantêm, qualquer que seja a prisão. Demonstrou-se o efeito devastador do confinamento sobre a personalidade humana e a contradição insolúvel entre as funções de custódia e de reabilitação. Como instituição total, a prisão necessariamente deforma a personalidade, ajustando-a à subcultura prisional (prisonização). A reunião coercitiva de pessoas do mesmo sexo num ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento, corrompe e avilta. Os internos são submetidos às *leis da massa*, ou seja, ao código dos presos, onde impera a violência e a dominação de uns sobre outros. O homossexualismo, por vezes brutal, é inevitável. A delação é punida com a morte. Conclui-se, assim, que o problema da prisão é a própria prisão, que apresenta um custo social demasiadamente elevado. Aos defeitos comuns a todas as prisões, somam-se os que são comuns nas nossas: ociosidade, superpopulação e promiscuidade.⁴

4. A isso se agregue o custo material elevadíssimo. Nos Estados Unidos, estimava-se em 1979 que o custo de uma prisão estava na ordem de US\$ 51.000 por leito e que a manutenção de um preso custava

³ DONALD R. TAFT, *"Criminology"*, Nova York, Macmillan, 1956, 547.

⁴ Para uma visão geral das realidades do sistema, cf. HELENO FRAGOSO, "Direitos dos presos", Rio de Janeiro, Forense, 1980, 8s. e a bibliografia ali citada. Cf. também AUGUSTO THOMPSON, "A questão penitenciária", Rio de Janeiro, Forense, 1980, *passim*. Veja-se ainda o excelente relatório do Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL, na CPI sobre o sistema penitenciário, no volume "Criminalidade e violência", vol. II, Brasília, Ministério da Justiça, 1980.

de vinte mil a trinta mil dólares anuais,⁵ mais do que o custo das matrículas nas universidades. Em 1978, no Rio de Janeiro, o custo mensal de um interno era de Cr\$ 2.473,80, valor que, aplicadas as taxas de inflação, terá hoje, pelo menos, triplicado. Manoel Pedro Pimentel avalia, pelo que custaram as construções das últimas penitenciárias, num cálculo conservador, que um estabelecimento penal para 500 pessoas, estaria na ordem de Cr\$ 100 milhões.⁶

5. Chegamos, assim, a certas conclusões que já não são discutidas. A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, de que funciona como realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar as pessoas para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo.

III

6. A consequência natural da falência da prisão é o entendimento de que ela deve ser usada o menos possível, como último recurso, no caso de delinquentes perigosos, para os quais não haja outra solução. Formula-se assim o princípio da *ultima ratio*. Na Austrália, uma Comissão Real do Departamento de Serviços Correcionais, do governo de Nova Gales do Sul, recomendou a observância dos seguintes princípios: (a) — A pessoa é mandada para a prisão como castigo, e não para ser castigada. O castigo é fundamentalmente a perda da liberdade. (b) — Na prisão, o interno deve perder apenas a liberdade e os direitos expressa ou necessariamente afetados pela perda da liberdade. (c) — Os que são presos devem ser encarcerados pelo menor tempo possível. Se as alternativas para a prisão (suspensão da condenação, livramento condicional) são de início inapropriadas, o livramento condicional deve ser usado tão logo seja razoavelmente seguro. (d) — Os que estão na prisão devem ser alojados nos esta-

⁵ Veja-se o documento de trabalho redigido pelo secretariado da ONU para o VI Congresso sobre prevenção do crime e tratamento do delinquente (Caracas, agosto de 1980), "De-institutionalization of corrections and its implications for the residual prisoner" (A/CONF. 87/7, mimeo.) e as fontes invocadas: E. VAN DER HAAG, "Prisons cost too much because they are too secure", *Corrections Magazine*, Abril 1980; S. GLAZE, "Routinizing evaluation", Washington, D.C., National Institute of Mental Health, Center for studies on crime and delinquency, U.S. Government Ministry Office, 1977.

⁶ Cf. DESIPE, Levantamento estatístico das atividades gerais do sistema penitenciário, governo do Estado do Rio de Janeiro, Secretaria de Estado de Justiça, 1978, 17. Trata-se do último levantamento estatístico publicado. MANOEL PEDRO PIMENTEL, "Crime e pena: problemas contemporâneos", *Revista de Direito Penal* n.º 28, 63 (1979).

belecimentos da menor segurança possível. (e) — A prisão deve ser usada o menos possível e só depois de esgotadas as alternativas.⁷

7. Como se vê, os princípios estabelecidos dão lugar à busca de alternativas. O documento da ONU preparado para o VI Congresso dá notícia de algumas experiências importantes. Na Rumânia, por exemplo, lei de 1977 permitiu substituir penas de até 5 anos de prisão por penas de trabalho sem privação da liberdade. Em consequência, a proporção das sentenças impondo a pena de prisão caiu de 66% em 1976, para 29,4% em 1979. Na Áustria, a percentagem das sentenças de prisão diminuiu de 40% em 1971 para 23% em 1977. No Japão, em 1977, a proporção das sentenças que impunham internação institucional contra as que não o impunham era de 5,9% para as primeiras e 94,1% para as outras. Na Inglaterra, relatório do Advisory Council on Penal Reform, de 1977, conduziu à tendência de reduzir a duração das condenações, substituindo as penas longas por penas médias e curtas, pois verificou-se, pelas pesquisas realizadas, que essa orientação não teria resultados negativos sobre o efeito intimidativo do encarceramento. Orientação semelhante foi adotada pela Suécia e pela Finlândia. Na Alemanha Ocidental a pena mais frequentemente imposta é a de multa.⁸ Na Inglaterra, desde o *Criminal Justice Act*, de 1967, todas as infrações penais podem ser punidas com a pena de multa, salvo os casos de cominação expressa, raros no sistema da *common law*.⁹

IV

8. O direito penal desempenha papel limitado e certamente medíocre na prevenção da criminalidade. De nada vale cominar e impor penas demasiadamente rigorosas, na ilusão de que isso terá efeito preventivo. Convém ter presente que a pena tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que constituem a clientela do sistema e que sofrem o peso da repressão legal e ilegal. Os criminosos de colarinho branco são praticamente imunes ao sistema. Existe uma criminalidade grave, que decorre do abuso de poder econômico e do

⁷ "The Report of Royal Commission into New South Wales Prisons", New South Wales, Government Printer, Abril de 1978, cit. pelo relatório "De-institutionalization", cit. (nota 5), 12.

⁸ "De-institutionalization", cit. (nota 5), 6. As informações do documento estão baseadas no relatório do Secretário Geral sobre a implementação das conclusões do V Congresso, celebrado em Genebra, em 1975 ("The implementation of the conclusions of the Fifth UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of offenders", Doc. A/35/289). Sobre a Alemanha, cf. GÜNTER KAISER, "The development of methods and measures of the penal law", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1974, nºs 1/2, 43.

⁹ Cf. W. J. WILLIAMS, "Moriarty's Police Law", Londres, Butterworths, 1974, 10; L. B. CURZON, "Criminal Law", Londres, Macdonald & Evans, 1973, 58.

abuso de poder público, e que está acima da lei.¹⁰ O crime se deve, com toda a probabilidade, a fatores sociais que não são afetados pela ameaça penal ou pela efetiva imposição da pena. Trata-se de fenômeno sócio-político, cuja prevenção, em certos limites, requer a elaboração de amplo programa, que se projeta no plano político e econômico.

9. A pena não se funda na retribuição nem tem qualquer outro fundamento metafísico. Destina-se à proteção de bens jurídicos e deflui, para o Estado, de sua função de tutor e mantenedor da ordem jurídica. Como se diz na exposição de motivos do projeto alternativo alemão (1966), a pena é amarga necessidade de um sistema social de seres imperfeitos. Como Alf Ross demonstrou, a tradicional contraposição entre retribuição e prevenção constitui um falso problema, pois se refere a questões diversas (fundamento do sistema punitivo e escopo da pena). A retribuição nada tem a ver com o escopo da pena.¹¹ Ela aparece tradicionalmente referida à idéia de culpa como pressuposto da punição e nunca foi capaz de justificar porque certas ofensas a bens jurídicos devem ser punidas, e outras, não.¹² A exata concepção da culpabilidade no sistema é aquela que a apresenta como princípio limitativo da imposição da pena.¹³ A questão da criminalização, ou seja, a de saber que atos devem ser puníveis, é, portanto, uma questão prática, que se resolve de pontos de vista utilitários, tendo-se presente as desvantagens e benefícios dos presumíveis efeitos da lei.¹⁴

V

10. A busca de alternativas para a pena privativa da liberdade exige que se tenham idéias claras a respeito de todo o sistema. E tem de começar pelo reexame dos critérios de criminalização, para limitar a solução punitiva à tutela de bens jurídicos verdadeiramente importantes para a vida social. Cumprir eliminar do sistema a criminalidade de bagatela, e realizar a descriminalização de condutas que não correspondam à ofensa de valores que verdadeiramente tenham validade geral. A tutela penal é ilegítima quando se refere a fatos

¹⁰ Cf. HELENO C. FRAGOSO, "Igualdade e desigualdade na administração da justiça", no volume "Direito Penal e Direitos Humanos", Rio de Janeiro, Forense, 1977, 19s.

¹¹ ALF ROSS, "Colpa, responsabilità e pena", trad., Milão, Giuffrè, 1972, 101.

¹² CLAUS ROXIN, "Strafrechtliche Grundprobleme", Berlim e Nova York, Gruyter, 1973, 3.

¹³ Cf. H. L. A. HART, "Punishment and responsibility", Nova York e Oxford, Oxford University Press, 1968, 28. Vejam-se os §§ 2.º inciso 2 e 59 do Projeto Alternativo e a fundamentação do § 2.º ("Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches", Tübingen, Mohr, 1966, 29).

¹⁴ Cf. ALF ROSS, ob. cit. (nota 11), 89.

simplesmente reprovados pela moral ou que apenas correspondem às intolerâncias decorrentes das convicções dos que têm o poder de fazer as leis ou do grupo que estes representam, numa sociedade aberta e pluralística.¹⁵ Poderíamos argumentar aqui com a verdadeira esquizofrenia legal que constitui a incriminação do aborto.

11. Outras infrações penais podem ser retiradas do sistema e submetidas a outro tipo de sanção jurídica, como as multas do direito administrativo (depenalização). É o caso, por exemplo, das contravenções penais, que podem e devem desaparecer, com a possível incriminação de certas figuras.¹⁶

12. Ainda no plano geral tem-se sugerido evitar o procedimento perante os tribunais, quando se trata de pequenas infrações e de fatos que podem ser corrigidos através de outras agências sociais. O processo penal é lento e ineficiente, estigmatizando o acusado por inseri-lo nas engrenagens do sistema. É o que o relatório da Comissão Presidencial nos Estados Unidos chamava, em 1973, de "diversionary devices", ou seja, processos e meios para suspender o procedimento criminal, desde que o indiciado se submeta a assistência e tratamento por instituições e órgãos alheios ao sistema de justiça repressiva. Isso só será possível fazer naqueles países onde vigora para o Ministério Público o critério da oportunidade (que julgamos altamente desejável), o qual permite ao acusador renunciar ao processo penal naqueles casos em que suas inconveniências são manifestas. E é preciso um sistema legal que permita submeter o infrator a outros deveres. Faltam-nos dados sobre a experiência com a "diversion" e não sabemos se não estariam sendo coagidas a aceitar outras soluções pessoas que talvez preferissem receber pena de multa ou uma pena leve de prisão.¹⁷

13. No XI Congresso Internacional de Direito Penal, celebrado em Budapeste, em 1974, discutiu-se a evolução de métodos e de meios em direito penal. No Colóquio preparatório, que se realizou em Varna, na Bulgária, em 1973, diversos representantes de países socialistas

¹⁵ Sobre descriminalização, veja-se o volume "The descriminalization", Milão, Centro Nazionale di Prevenzione e Difeza Sociale, 1975. O excelente relatório de HULSMAN inserido neste volume foi publicado pela Revista de Direito Penal, n.º 9/10. Cf. também NILO BATISTA, "Algumas palavras sobre descriminalização", Revista de Direito Penal, n.º 13/14.

¹⁶ Na Lei das Contravenções somente têm relevância a vadiagem, o jogo do bicho, o porte de arma e a condução de veículos sem habilitação. Veja-se o importante estudo de NILO BATISTA, "Contravenções Penais", publicado neste número da revista. Na Alemanha desde 1968 as contravenções penais foram transformadas em infrações da ordem (Ordnungswidrigkeiten). Sobre a história desse tipo de infrações, veja-se HEINZ MATTES, "Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten", Berlim, Duncker & Humblot, 1977.

¹⁷ LEON RADZINOWICZ e JOAN KING, "The growth of crime", Londres, Hamish Hamilton, 1977, 316. Cf. também, sobre o tema, R. NIMMER, "Diversion, the search for alternate forms of prosecution", Chicago, American Bar Foundation, 1974.

expuseram a experiência adotada em vários deles, da transferência de certas infrações leves para tribunais comunitários informais. O art. 51 do CP soviético de 1960 (República Socialista Federativa Soviética Russa) permite transferir para tribunais de camaradas os acusados de crimes leves, sempre que, dadas as circunstâncias do fato e a personalidade do agente, seja possível supor que o culpado se emendará sem a imposição de pena, com o simples emprego de medidas de pressão social. Essas medidas são previstas pela lei que regula os tribunais de camaradas (de 3 de julho de 1961) e consistem em obrigar a apresentar publicamente desculpas, em formular ao culpado uma advertência ou censura pública, em lhe impor multa ou em propor à direção do local onde ele trabalha transferência para um posto onde receba remuneração menor ou sua demissão, ou, ainda, em propor a expulsão do apartamento em que o culpado habita, etc.¹⁸

14. É importante também mencionar, como representativa dessa convicção generalizada sobre os altos custos sociais do mecanismo policial-judiciário repressivo, as propostas feitas no Canadá pela Comissão de Reforma do Direito, no sentido da *desjudicialização*. Trata-se de afastar o conflito do sistema de justiça criminal, para submetê-lo a outras formas de solução. A Comissão propõe seja considerado, na perspectiva da desjudicialização: (a) — se a gravidade da infração é de natureza tal que a jurisdição se imponha em nome do interesse público; (b) — se a coletividade está em condições de suportar as consequências da acomodação não judicial da causa; (c) — se, levando-se em conta os antecedentes do delinquente e demais elementos de prova à disposição da polícia, existem outros meios eficazes de tratar o assunto, de tal maneira que o delinquente não cometa novas infrações; (d) — se, em comparação com o delito cometido, as consequências da prisão ou do ajuizamento são excessivamente graves para o indiciado ou para sua família; (e) — se a vítima e o delinquente se conhecem e estão de acordo com uma solução amistosa. A solução extrajudicial faz-se sob forma de acordo ou contrato escrito, no qual se consignam as obrigações impostas ao infrator, de tal forma que o descumprimento de tais obrigações pode conduzir à iniciação do procedimento criminal.¹⁹

¹⁸ Cf. V. KOURLIANDSKI, "Tendances principales du développement des méthodes et des moyens du droit pénal en URSS", Revue Internationale de Droit Pénal, 1974, n.ºs 1/2, 282. Veja-se também, sobre os tribunais de camaradas, T. NAPODANO, "Il nuovo Codice Penale Sovietico", Milão, Giuffrè, 1963, 180. Nem sempre a experiência com esse tipo de tribunais tem sido considerada satisfatória. Cf. V. SOLNAR e G. PRENOSIL, "Evolution des méthodes et des moyens du droit pénal", na Revue Internationale de Droit Pénal, cit., 261. Os autores se referem à Tchecoslováquia.

¹⁹ Veja-se sobre o tema informação completa no excelente livro de JOSÉ MARIA RICO, "As sanções penais e a política criminal contemporânea", Rio de Janeiro, Liber Juris, 1978, 168s. O juiz canadense pode impor, além da pena

VI

15. Na fase que antecede à sentença as alternativas da prisão aparecem com a liberdade provisória, com ou sem fiança. A prisão antes da condenação deve ser realmente excepcional. Ou seja: deve ser imposta somente diante da condenação provável por crime grave, para assegurar a aplicação da lei, para evitar que novos crimes sejam cometidos ou quando o sentimento de justiça, em casos de crimes particularmente reprováveis, torne a prisão cautelar recomendável. A fiança deve ser facilitada. Outras medidas adotadas têm sido a promessa formal de comparecer aos atos judiciais e de não interferir no curso da justiça; a exigência de residência em certo endereço, eventualmente uma instituição para jovens adultos, sob condições especificadas pela autoridade; restrições de entrada ou de saída de certos lugares ou distritos, sem autorização; comparecimento periódico obrigatório perante certas autoridades; entrega do passaporte, para os estrangeiros; caução como garantia do comparecimento; supervisão ou assistência obrigatória por agência designada pela autoridade.²⁰

16. Na condenação, a alternativa principal é a pena de multa. As suas vantagens são manifestas, particularmente quando impostas segundo o sistema dos dias-multa, que permite adequar a pena às condições econômicas do condenado. As inconveniências da multa estão no fato de que a punição comumente se amplia à família e às pessoas que dependem do réu, e também na conversão da multa em prisão, com a desigualdade manifesta, em prejuízo dos pobres. Na União Soviética, a conversão da multa em prisão é proibida. Essa conversão em outras penas, no entanto, é o que caracteriza a multa como pena criminal, distinguindo-a das sanções do direito administrativo ou fiscal. A conversão deve ser feita com parcimônia, no limite de meses.

17. A tendência atual é no sentido de ampliar o catálogo das penas principais. Não só permitindo transformar a pena privativa da liberdade, para a exclusiva aplicação da multa, como também para imposição de outras sanções não privativas ou meramente restritivas da liberdade. A medida mais significativa é a suspensão condicional da condenação ou da pena, com ou sem supervisão. Os casos de suspensão condicional têm sido ampliados, concedendo-se a medida, inclusive, por segunda infração, que o juiz considera não incompatível com a experiência.

18. Medidas restritivas da liberdade têm sido introduzidas em várias legislações. Assim, a prisão de fins de semana, a detenção

²⁰ Cf. "De-institutionalization", cit. (nota 5), 23.

privativa da liberdade, as penas de multa, indenização, liberdade vigiada, suspensão condicional da condenação, com ou sem vigilância, arrestos de fim de semana e semiliberdade.

periódica, a prisão albergue. Essas penas têm a vantagem de manter o condenado basicamente na comunidade, realizando as suas atividades laborativas normais. Aparecem como substitutivos para as penas curtas privativas da liberdade. Outras formas de restrição da liberdade aparecem na residência obrigatória, em certos lugares, no comparecimento periódico, etc.

19. A obrigação de realizar trabalho, como substitutivo da pena privativa da liberdade, também aparece em várias legislações. Temos aqui o trabalho realizado com remuneração reduzida, o trabalho re-educativo ou em serviços comunitários, sem remuneração, por um certo número de horas semanais. Na Inglaterra, a pena de "community service" foi introduzida com o Criminal Justice Act, de 1972.²¹ Participantes de um seminário realizado durante o VI Congresso da ONU (Caracas, agosto de 1980) observaram que, na Inglaterra, vários condenados preferiam a pena tradicional de prisão à pena de trabalho comunitário.

VII

20. Não é fácil avaliar os resultados das medidas alternativas do encarceramento. Essa avaliação, como sempre, é feita com critérios modestos, que têm por base a reincidência. É óbvio que os custos são incomparavelmente menores. Nos países que mantêm serviços de supervisão para liberados condicionalmente e para condenados favorecidos com a suspensão condicional, estima-se que o custo dessas medidas é de um décimo do que apresenta o encarceramento, podendo alcançar um trigésimo em programas de trabalho. Pesquisas tendo por base o critério da reincidência revelam que os programas comunitários não oferecem piores resultados do que a prisão.²² Conhecendo-se os efeitos da pena privativa da liberdade, é fácil, no entanto, avaliar as vantagens que advêm de qualquer solução que a evite.

VIII

21. Com a adoção de medidas substitutivas da privação da liberdade, nas prisões tendem a ficar apenas os perigosos, multi-reincidentes. Surge, assim, o conceito de "preso residual", o "hard core offender". Os critérios aqui são os da prática de crimes graves e o da repetição, através dos quais se chega à periculosidade. Trabalhamos, no entanto, no mais das vezes, com ficções, pois o conceito de periculosidade é relativo e têm sido infrutíferos os esforços em busca da

²¹ Cf. J. VÉRIN, "Le succès du 'community service' anglais", Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1979, n.º 3.

²² Cf. "De-institutionalization", cit. (nota 5), 33.

personalidade perigosa ou potencialmente violenta.²³ Com o preso perigoso não se confunde o preso difícil, ou seja, o que tem mau comportamento na prisão, ajustando-se com dificuldade às exigências da disciplina no ambiente carcerário. O mau comportamento na prisão pode ser indício da saúde moral do preso e da sua resistência à "prisonização". Pesquisas realizadas em relação ao preso de mau comportamento revelaram que não há correlação entre o fato e a reincidência.²⁴ Sabendo-se o que hoje se sabe sobre a prisão, jamais o mau comportamento pode ser critério para decidir sobre o livramento condicional, ou sobre a natureza do estabelecimento em que recolhe o preso.

22. Que fazer com o preso residual? Falharam por completo os programas de "tratamento", mesmo os especiais, dos estabelecimentos de terapêutica social e outras instituições semelhantes.²⁵ A perspectiva é, pois, pessimista. Pode-se sugerir a construção de prisões menores e mais humanas, onde efetivamente sejam respeitados os direitos dos presos, assegurando-se trabalho para todos. Basta contemplar o que existe de ruim na situação vigente e recomendar o esforço em sentido contrário: eliminar a superpopulação e a ociosidade, com esforço permanente para evitar a síndrome da prisonização. Programas culturais e de recreação, favorecendo o contato com o mundo exterior. Penas mais curtas e maior facilidade para o livramento condicional. Eliminação das penas, de fato, perpétuas.

IX

23. Qual é a perspectiva brasileira na questão das medidas alternativas da pena privativa da liberdade? Convém examinar o que realmente tem importância na realidade brasileira, e quais são as tarefas que se apresentam ao nosso legislador. A experiência internacional tem que ser confrontada com o que se passa em nosso país.

24. O CP deve ser revisto, para eliminação da criminalidade de bagatela e a descriminalização de certas condutas, notadamente o aborto. Em verdade, ninguém vai para a prisão, por ter cometido o crime de aborto.²⁶ Todavia, o custo social da incriminação é eleva-

²³ "De-institutionalization", cit. (nota 5), 37. Nesse estudo se reproduz a opinião de J. COCOZZA e H. STEADMAN ("The failure of psychiatric predictions of dangerous behaviour", Rutgers Law Review, vol. 29, 1976), no sentido de que "existe clara e convincente evidência da inabilidade de psiquiatras ou de qualquer outra pessoa, para predizer acuradamente a periculosidade".

²⁴ "De-institutionalization", cit. (nota 5), 38. Invoca-se, a propósito, o estudo de J. IRWIN, "Prisons in turmoil", Boston, Little Brown, 1980.

²⁵ HELENO C. FRAGOSO, "Direitos dos presos", cit. (nota 4), 37. Veja-se o excelente trabalho de ROBERTO BERGALLI, "La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella", Barcelona, Sertesa, 1980.

²⁶ No relatório do DESIPE de 1978, cit. (nota 6), aparece apenas um condenado por crime de aborto.

díssimo, pois aos pobres não resta outro recurso senão o de se submeterem à cirurgia ilegal precária e arriscada, com graves danos à saúde da mulher. A descriminalização tem o seu grande campo de ação em matéria de contravenções penais. Recomendariamos criar, com as contravenções atuais, infrações administrativas, punidas com a pena de multa. A vadiagem e a mendicância devem ser retiradas do sistema penal, e submetidas a um regime de assistência através da Secretaria de Serviços Sociais. É mais do que claro que a contravenção de vadiagem constitui hoje um artifício para a imposição de uma prisão cautelar. A condução de veículos sem habilitação deve passar, como crime, a uma lei relativa aos ilícitos penais do trânsito, punido com as penas de multa e inabilitação. O porte de arma deve passar, como as demais contravenções, à lei administrativa, punido com multa e o confisco da arma. A contravenção do jogo do bicho oferece maiores dificuldades, pois está em função de uma questão de maiores proporções, a do jogo ilegal. O jogo do bicho a nosso ver deve ser legalizado. O jogo ilegal, punido como infração administrativa. Em qualquer caso, é absurda a não-afiançabilidade da atual contravenção.

25. As penas curtas privativas da liberdade não têm significação no nosso sistema de justiça criminal, na perspectiva que examinamos, pois não levam os condenados à prisão. No Rio de Janeiro, em 1978, havia apenas 1 preso condenado a pena inferior a 2 anos. O número dos condenados a penas inferiores a 5 anos é espantosamente reduzido (apenas 15). As infrações pelas quais estavam condenados os presos naquele ano são, basicamente, as seguintes:

Roubo e extorsão	4.124
Homicídio	1.612
Furto e apropriação indébita	1.372
Droga	1.138
Estelionato	218
Lesão corporal	207
Estupro	83
Contravenções	63
	8.817
Outras infrações	126
Total	8.943

O número total de presos em 1978 era efetivamente de 9.016, porque havia no sistema 73 menores por determinação do Juizado de Menores.

Deixam de nos interessar, portanto, as soluções alternativas para as penas privativas da liberdade de curta duração, porque parece

claro que, em nosso país, os condenados a tais penas não vão para a prisão. A suspensão condicional da pena, notavelmente ampliada pela Lei n.º 6.416, parece que atende bem às nossas necessidades.

26. A pena de multa, por outro lado, parece que não se destina a ter, em nosso país, o relevo que apresenta em outros lugares. Somos um país pobre e os condenados em nosso sistema são os miseráveis. No momento de conceder o livramento condicional, os juízes de execuções sempre prescindem do requisito legal da reparação do dano (art. 60, III, CP) reconhecendo no condenado a impossibilidade de fazer tal reparação. Seria, é claro, inteligente e importante modernizar a pena patrimonial, cominando-a segundo o sistema de dias-multa, e trabalhar mais com ela naqueles casos em que hoje se concede a suspensão condicional. Nas prisões, no entanto, estão apenas os condenados por crimes graves, e não se deve esperar que a pena de multa possa funcionar desafogando o sistema. Isso pode acontecer na Inglaterra ou Alemanha; no Brasil, não.

27. A grande tarefa com que nos defrontamos é a de tornar o nosso sistema de justiça criminal menos repressivo. A pena mínima prevista para o crime de roubo é de 5 anos e 4 meses, pois todos os roubos são praticados com o emprego de arma ou o concurso de agentes. A lei penal é comumente aplicada por um corpo judiciário elitista, com espírito profundamente conservador e reacionário, aferrado às técnicas jurídicas e insensível por completo à problemática social da criminalidade. São os "moral entrepreneurs", de que fala Becker,²⁷ cumprindo com fidelidade o papel que o sistema lhes atribui. Representativa dessa mentalidade é a jurisprudência absurda que considera qualificado o roubo cometido com arma de brinquedo.²⁸ Como dizem Van Haecht e Versele,²⁹ é necessário desritualizar e des-sacralizar a justiça, em favor de uma elaboração racional da decisão. As decisões são sempre "venerandas" ou, no mínimo "respeitáveis". Os juízes são sempre "einentes" e os tribunais "egregios" e "colendos", dizendo-se comumente do Supremo Tribunal Federal que é o "Excelso Pretório". Essa sacralização e a ritualização aparecem como representativas de um sistema demasiadamente rígido. É necessário introduzir maior flexibilidade no magistério penal, adotando para o Ministério Público o princípio da oportunidade no exercício da ação penal e, para os juízes, maior poder discricionário na decisão, autorizando-os a adotar soluções mais favoráveis. A dosimetria de nossa lei, na fixação da pena, sobretudo nas disposições da Parte Especial, deve ir para o museu das antiguidades jurídicas.

²⁷ HOWARD BECKER, "Outsiders. Studies in the sociology of deviance", Nova York e Londres, Free Press, 1973, 156.

²⁸ HELENO C. FRAGOSO, "Jurisprudência Criminal", São Paulo, Bushatsky, 1979, n.º 482.

²⁹ ANNE VAN HAECHT — S. C. VERSELE, "Vers un droit anticriminel de Justice Sociale", Revue Internationale de Droit Pénal, 1974, n.º 1/2, 95.

28. A Lei n.º 6.416 teve significação importante, permitindo evitar o encarceramento. As regras que ampliaram a suspensão condicional da pena e a fiança são as mais importantes do direito penal brasileiro nos últimos 40 anos. Essas regras estão funcionando no sentido de ampliar as alternativas para a pena privativa da liberdade. Todavia, por desgraça, olvidou-se o livramento condicional apesar de propostas prestigiosas, no sentido de ampliá-lo.³⁰ É importante que se elimine a distinção entre primários e reincidentes, para efeito de livramento condicional, e é preciso criar uma forma especial de livramento, cumprido 1/3 da pena, para os condenados menores de 21 anos, de bons antecedentes.³¹ Por outro lado, é surpreendentemente elevado o número de presos condenados a penas superiores a 40 anos, o que conduz à existência de penas de prisão perpétua de fato. Os presos assim condenados estão em situação pior do que os condenados à pena de prisão perpétua, nos países que a adotam.³² São, por isso mesmo, dentro das prisões, homens desesperados e sem perspectivas, que se transformam em "mad dogs", criando sérios problemas. É necessário alterar a regra do art. 55 CP para tornar possível a unificação das penas superiores a 30 anos, para efeito de livramento condicional, como constava do anteprojeto a que já aludimos.

29. Com essas medidas pode-se atenuar o quadro lamentável dos presos residuais. É importante, urgente e inadiável elaborar um Código das Execuções Penais, que estabeleça a condição jurídica do condenado, assegurando os direitos do preso. Há muito por fazer, mas uma boa parte corresponde a uma tarefa legislativa relativamente simples, que ajudará a tornar o nosso sistema penal mais justo, inteligente, eficaz e humano, aproveitando a experiência formidável no sentido de evitar ou reduzir a pena de prisão.

³⁰ Cf. relatório da CPI sobre o sistema penitenciário, cit. (nota 4), 5.

³¹ Veja-se o anteprojeto elaborado na Vara das Execuções, no Rio de Janeiro, de que o autor participou, particularmente a sua justificação e a bibliografia ali invocada (Revista de Direito Penal, n.º 26, 155, 1979).

³² Na Inglaterra, a prisão perpétua dura, em média, 11 anos. No Chile, os condenados a tal pena podem pedir livramento condicional depois de 10 anos. Na Alemanha a prisão perpétua não ultrapassa de 20 anos.

A DIALECTICA DA FUNÇÃO POLICIAL NA AMÉRICA LATINA *

Argenis Riera Encinoza

Não se deve criticar por criticar, o que seria baixeza de espírito e obra de mau-humor, mas se deve criticar para avançar no conhecimento e nivelar seus caminhos.

Jean Mabillon

I. INTRODUÇÃO

A atuação da polícia nas tarefas sócio-políticas latino-americanas não é o resultado de um fenômeno isolado ou acidental. Como braço armado do aparelho do Estado, a polícia se converteu na “primeira linha de defesa” em face das reivindicações libertárias de indivíduos e povos que desafiaram — especialmente nos últimos vinte anos — a ordem existente.

Contudo, a história da polícia ainda não foi escrita, salvo alguns estudos microscópicos sobre as funções policiais: prevenção e repressão, e sua organização estrutural. A opinião tradicional contida nesses estudos proclama que a polícia — como fenômeno institucional — é nacional, autônoma e independente, destinada a manter a ordem e fazer cumprir a lei. Existe, então, uma preocupação de isolar o contexto dentro do qual a polícia cumpre suas principais funções.

As origens e o desenvolvimento da instituição policial exigem uma perspectiva que nos permita observar, cientificamente, a esta e suas relações com a ordem social, passada e presente. A polícia deve ser colocada no contexto da problemática mundial; isto é, não é possível desenvolver uma interpretação, com certa pretensão de validade, se fazemos análises isoladas da realidade mundial.

* Tradução de Juarez Cirino dos Santos.

José M. Rico, com sua obra *Crimen y Justicia en América Latina*,¹ quer romper o silêncio existente. Mas seu pretendido enfoque é um exemplo de *como não se deve escrever sobre a polícia latino-americana*, já que está cheio de limitações que contribuem para mistificar ainda mais o papel político da polícia e para racionalizar sua resistência a todo intento de mudança progressista.

Fazer análise policial exige, a meu juízo, utilizar um marco teórico coerente, que permita uma compreensão cabal das transformações na organização e funções policiais. Dito marco teórico, portanto, deve definir-se a partir dos câmbios estruturais que se operam na existência da sociedade latino-americana. A polícia, por outra parte, deve ser enfocada tomando em conta a dialética de seu poder, suas funções políticas (relações com o Estado, seus programas e planos de operações e a ideologia de contra-insurgência), suas relações com os interesses da classe dominante e, sobretudo, o papel político e classista que tem exercido. Qualquer outro procedimento de investigação ou análise equivaleria a caminhar para trás.

Rico ignora este marco teórico. Por consequência, seu anunciado esforço de adotar “uma ótica latino-americana” (Rico, 1977:10) para a análise do crime e da reação social não é mais do que uma mera ilusão.² Minha crítica se enfoca a partir de duas perspectivas fundamentais: uma histórica, e outra, política e ideológica.

II. A POLÍCIA NO CONTEXTO HISTÓRICO LATINO-AMERICANO

A polícia, é necessário atribuir sua historicidade, para não transitar pelos caminhos da repetição e do aborrecimento.

A análise histórica que Rico pretende realizar está constituída por um conjunto de idéias que enfocam, de maneira tradicional, o

¹ JOSÉ M. RICO, *Crimen y Justicia en América Latina* (México: Siglo Veintiuno Editores, 1977). RICO divide formalmente sua obra em duas grandes áreas: 1) o fenômeno criminoso, e 2) a reação social contra o crime. Quando me propus fazer a crítica, li o preâmbulo (pp. 7-11) e a seção referente à organização e funcionamento da polícia (pp. 309-327). Para estas duas seções se orienta a crítica.

² EMIRO SANDOVAL HUERTAS diz: “Poucas são as obras que pretenderam abranger, de forma global, a situação criminológica da América Latina, talvez pelas múltiplas dificuldades que tão ambicioso projeto encontraria. E, precisamente, é essa árdua tarefa que o professor RICO — espanhol radicado em Montreal — se propõe, nesta publicação (*Crimen y Justicia en América Latina*), apesar de todos os obstáculos que o mesmo adverte, desde as primeiras páginas de seu livro (carência de informação, ausência ou pouca confiabilidade das estatísticas, etc.) e que, obviamente, adquirem maior envergadura quando quem os enfrenta somente tem transitórios e indiretos contactos com a realidade social que pretende explorar, por estar residindo em outras latitudes geográficas.” “*Crimen y Justicia en América Latina*”, *De-recho Penal y Criminología*, vol. 1, n. 3 (Bogotá, agosto 1978): 97.

processo de criação e desenvolvimento da polícia. Ele parece estar consciente da ausência de uma interpretação histórica da instituição, quando afirma:

“Somente a partir de 1950, e em particular no curso da última década, diversas situações nas quais a polícia teve que intervir utilizando métodos mais ou menos discutíveis (violências, manifestações, tumultos, conflitos raciais), chamaram a atenção dos investigadores e das autoridades sobre este importante órgão da estrutura social” (1977: 310).

Aqui, Rico comete seu primeiro erro histórico. Sua falta de visão, que não lhe permite entender, historicamente, a polícia, o leva a sugerir que a violência e brutalidade policiais são fenômenos novos ou únicos da presente década. Como veremos mais adiante, a instituição policial também foi repressiva no passado, ao controlar a atividade política e o sindicalismo, etiquetados como atividades criminosas. Com o passar do tempo, esta função continua imperando com maior eficácia, já que as técnicas da repressão e do terror foram modernizadas.

Rico, mais adiante, acrescenta:

“Se se excetuam os dados desta última índole (a polícia judicial), os informes de caráter geral sobre as forças policiais da América Latina são praticamente inexistentes” (1977: 311).

Em realidade, existem, sim, dados sobre as primeiras polícias na América Latina. Mas as fontes estão dispersas e os historiadores da polícia, assim como a maioria dos criminólogos, têm o mau costume de repetir “verdades” expressadas por seus predecessores, e de estudar a instituição partindo dos dados fornecidos pela realidade oficial. Com isso, se habitua a fazer “uma história dos crimes” e a manter “a lei do silêncio histórico”, sem submeter-se à laboriosa e lenta prova da análise documental. Obviamente, a análise convencional fracassa rotundamente já que não toma em consideração, ao menos em sua totalidade, os processos de mudança social e política que geraram uma dialética própria, no continente. Os fatos fundamentais são tomados em simplicidade abstrata e formal, para apresentar uma visão distorcida. É necessário penetrar na superfície aparente dos fatos e dados e descobrir sua essência oculta, a fim de poder analisar a instituição policial, e esquivar as limitações teóricas e metodológicas da historiografia tradicional, e não dizer:

“Por consequência, se analisarão, com as reservas que se impõem, certos aspectos da organização da polícia, de seu pessoal, de suas principais tarefas e funções, de seus poderes e do controle exercido sobre suas atividades” (Rico, 1977: 311).

Ofereço aqui, através da análise documental, um breve inventário da instituição policial, em suas diferentes formas de vigiar, desde a conquista até a década dos anos cinquenta do presente século; e posteriormente, um estudo do desenvolvimento contemporâneo da polícia, que se inicia e se torna visível, segundo minha opinião, a partir do triunfo da Revolução Cubana, no alvorecer dos anos sessenta.

a. *As Primeiras Polícias.*

Ao falar do surgimento da polícia, Rico, ainda que não demonstre a realidade histórica, insiste sobre este aspecto, ao expressar:

“A polícia, que constitui, historicamente, uma forma de cristalização da reação social contra o crime, cumpre sua missão em uma sociedade em constante evolução; é, pois, um dado imediato e concreto da dinâmica social e representa, ao mesmo tempo, uma das instituições essenciais do Estado” (1977: 309).

Esta afirmação contém uma série de inexatidões. Em primeiro lugar, a polícia é parte ativa do processo de criação da reação social. Dizer que a polícia só “cristaliza” o nível existente de reação social, é partir do suposto, geralmente falso, do consenso da sociedade em face da ação policial.

Por outra parte, a simples verdade é que a polícia foi criada e moldada como uma força de controle social, que dirigiu suas ações contra o índio, no passado, e que hoje dirige seus ataques contra a classe trabalhadora e os “resistentes”, mesmo que possa disfarçar suas atividades repressivas através do oferecimento de uma série de serviços públicos. Daí que a polícia seja uma das instituições básicas com que conta o aparelho estatal para cumprir suas tarefas de exploração e controle. Como dizia Marx, a polícia serve “para acelerar a acumulação originária do capital ao incrementar os níveis de exploração laboral” (1974: 742).

Uma das características da ação de domínio sobre o território conquistado imposta pelo sistema colonial, foi o submetimento dos índios. Era necessário, portanto, importar um sistema de controle social que efetivamente permitisse, sob uma série de formulações jurídicas estrangeiras, o submetimento daqueles por parte dos con-

quistadores e soldados. Ligada a esta forma de repressão legal que, por barreiras culturais, sociais e idiomáticas, a população indígena não podia entender, os conquistadores elevaram a criação de indústrias e incrementaram o desenvolvimento de certas atividades comerciais para conter, em parte, o desmoronamento econômico que a política dos Habsburgos havia ocasionado na metrópole. Foram criadas, também, oficinas e feitorias que receberam o nome de "corporações". Sua função principal era a de atuar como "polícia de trabalho" (Ramos, 1973: 65-66). Nestas 'corporações' a classe trabalhadora era composta de índios, mestiços e negros. Exercia-se um duplo controle sobre este segmento da população: eram vigiados diariamente e, ao mesmo tempo, assegurava-se uma estrita obediência dos trabalhadores às normas de produção. Assim, formou-se, na época colonial, uma matriz econômico-social que ajudou a acumulação originária na metrópole em sua transição para o capitalismo, produzindo-se um processo de "desacumulação originária" na América Latina:

"O período de acumulação originária na Europa corresponde, na América Latina, a um período de expropriação de riquezas e "desacumulação originária". Do enorme excedente gerado na Nova Espanha, só uma porção fica no país. O governo do vice-reino e os espanhóis se encarregam de transferir a maior parte para a metrópole. A sociedade neo-hispânica se caracteriza por um excedente relativamente grande: as taxas de exploração são, provavelmente, das mais altas da época. Mas o excedente disponível na Colônia é uma parte relativamente modesta do total. Daí o contraste "inexplicável" entre a pobreza das massas e a falta de poderio das classes dominantes neo-hispânicas. Na Nova Espanha, ou no Peru, gerava-se suficiente excedente para transformar estes países em potências (de caráter incipientemente capitalista). Mas, na realidade, esta possibilidade nunca existiu" (Enríque Semo, citado por Cueva, 1978: 13-14).

Desde a época colonial se vem insistindo na função social e educativa que a polícia realiza. Daí que se leia nos textos dos conquistadores, missionários, pioneiros e recomendadores, sua preocupação por "reduzir os índios à polícia", com o fim de serem úteis para a "vida civilizada" (Pérez Vila, 1979). Sem maior risco de erro, pode-se afirmar que o que se procurava era consolidar condições sócio-econômicas que permitissem suavizar o amplo processo de colonização, e proclamar, redondamente, o êxito da "missão civilizadora" na América Latina.

Nesta sucinta análise histórica é necessário reiterar o caráter classista da polícia, afirmação que perturba o mito da benevolência e da neutralidade da instituição. Este mito permaneceu arraigado na sociedade latino-americana devido à capacidade impressionante dos "intelectuais tradicionais" e dos ideólogos da informação para reconstruir e configurar a concepção histórica, e interpretar os acontecimentos, de acordo com seus próprios interesses. Com isto, manifestam sua visão de túnel.

A polícia aparece como resposta aos interesses das classes dominantes,³ que procuram, através deste aparelho, a proteção de suas propriedades, ganhos e outros benefícios extraídos de um sistema baseado na propriedade privada e na exploração do trabalho. No ano de 1839, durante o governo da chamada oligarquia conservadora (1830-1848), na Venezuela, foi apresentado um anteprojeto de Lei de Polícia, que "reduzisse indisciplinas dos trabalhadores, contivesse os numerosos escravos que imediatamente seriam objeto de alforria e deviam acolher-se, por um "bom tempo", à proteção de seus ex-senhores. Isto com o fim de exterminar a "vagabundagem na Venezuela" (Rodríguez, 1979). Dois apologistas da polícia, e árdios defensores da ordem social, ao justificar o anteprojeto, perguntavam: Deve-se "desatender, completamente, o direito sagrado (*sic*) da propriedade"? Absurdo!!! No mundo que temos, "a conservação da ordem e da propriedade serão, sempre, o móvel de todos os projetos humanos" (Rodríguez, 1979). Sem embargo, a situação sócio-econômica do país era muito peculiar. No econômico, o país vivia uma crise de superprodução desatada no mercado mundial do café, devido à política dos Estados Unidos, de aumentar as tarifas de entrada de produtos estrangeiros. O comércio exterior da Venezuela dependia, quase exclusivamente, desse mercado. Dita política produziu uma forte depressão econômica nas atividades agro-exportadoras dos produtores venezuelanos. Estes buscavam os mercados da Europa para colocar seu produto básico de exportação, que não pôde ser absorvido pela oferta excessiva. Por consequência, observou-se uma diminuição dos ingressos por exportações de café. Além disso, a estrutura pré-capitalista imperante, em sua transição para um modo de produção especificamente capitalista, era obstaculizada pela "própria dominação do capital comercial e usurário" (Cueva, 1978: 24).

Héctor Malavé Mata, citado por Cueva, observa que:

³ Quanto ao contexto de classes dominantes, siga a descrição dada por RALPH MILIBAND, em sua obra *El Estado en la Sociedad Capitalista*. A classe dominante é "aquela classe que possui e controla os meios de produção e que está em condições, pelo poder econômico que isso lhe confere, de usar o Estado como instrumento de sua dominação da sociedade". (México: Siglo Veintiuno, 1970, p. 23.)

"Toda a política venezuelana — desde 1830 até muito avançado o século XIX — esteve condicionada pelo problema da usura. Qualquer medida adotada pelos governos sobre aquela matéria se relacionava direta ou indiretamente com a excessiva especulação do dinheiro. Sem embargo, estavam tão arraigadas as operações de ágio em toda a república, e tão fortalecidos seus beneficiários, que, apesar das reiteradas opiniões de censura e descontentamento pela quebra da agricultura, os poucos ensaios legislativos que se fizeram para remediar a desastrosa situação, mais propriamente contribuíram para piorá-la" (1978: 26).

Apesar desta esmagadora prova em sentido contrário, que retrata, vivamente, a realidade venezuelana, os defensores do exterior da "vagabundagem" através da polícia, justificavam o papel policial, ao fazer uma distinção de classe dentro das classes sociais. Existem, diziam, duas classes:

"A dos homens honrados e trabalhadores e a dos ociosos, que, não tendo ocupação nem ofício conhecido, buscam o proveito nos tumultos e em toda espécie de desordens populares, servindo, assim, de ameaça constante à sociedade. Nenhuma outra (classe) conhecemos" (Rodríguez, 1979).

Estes "ociosos" eram, na realidade, o resultado das transformações pré-capitalistas, que Karl Marx chamou de "excedente relativo de população" ou "exército da reserva industrial", porque excediam as necessidades do mercado de trabalho, situação agravada pela crise econômica da Venezuela, devido à sua precária diversidade produtiva e à baixa nos preços de seus produtos de exportação: café e cacau. A crise de superprodução dos mercados internacionais, que incidia negativamente na economia do país, produziria consequências além do estritamente econômico. Os defensores dos donos do capital comercial alegavam que, devido à Guerra da Independência, os servos haviam sido militarizados, escapando ao controle dos fazendeiros — seus donos —, os quais não haviam recebido nenhuma indenização. Temiam, também, que a liberdade absoluta dos alforriados produzisse efeitos desfavoráveis a seus ex-senhores (Rodríguez, 1979). Não é de se estranhar, portanto, que se recorresse à divisão de classes, etiquetando a um setor como "os ociosos", para exercer um forte controle institucional, fosse este policial ou legal.

A hipócrita cobertura sob a qual as forças da lei e da ordem cumprem suas funções não é recente. Na Conferência Internacional de Polícia, realizada em Buenos Aires, de 20 a 29 de fevereiro de 1920, o delegado chileno, Luis Manuel Rodríguez, justificava a repressão

policial, opondo-se a setores progressistas, que lutavam por transformações conjunturais e estruturais na sociedade latino-americana, ao expressar:

"Mas seja esta atitude a dos delinquentes vulgares (*sic*), ou seja a de simples propagandistas, como eles pretendem, de novas doutrinas sociais e econômicas, é indiscutível o direito da sociedade de se defender desses inovadores, com todas as armas que o ataque faça necessárias; e é iniludível, em consequência, a obrigação de acudir a essa defesa, que gravita sobre as instituições, que a própria sociedade criou e armou para que a defendam. As polícias de segurança, senhores, têm assinalado seus postos, e bem definido o caminho do dever, na hora atual" (1920: 40-41).

Na mesma conferência, Elpidio González, delegado argentino, reconhecia a convivência política e ideológica da polícia com o Estado:

"... O papel de polícia, como braço eminente do Estado, é cada vez mais fundamental para o bem-estar coletivo. Novas e complexas questões preocupam o espírito público e exigem, para sua solução, dentro de normas legítimas e justas, a observação cuidada e imediata. Por imposição de tais circunstâncias, a polícia eleva o nível de sua gestão, e deve desenvolver sua tarefa ajustando-se a um conceito eminentemente científico, em concordância com o caráter dos assuntos em que está chamada a intervir, e sempre na salvaguarda dos interesses da comunidade, em suas diversas ramificações" (1920: 31).

Cinquenta e sete anos mais tarde, Rico reafirma que a polícia, como facção do poder, é "uma das instituições essenciais do Estado", afirmação que não aporta nada de original à análise realizada, e que constitui uma das tantas "verdades" expressadas por setores da opinião pública e personagens do meio acadêmico, quando vivemos praticamente em um Estado policial. Caberia perguntar: como chega a polícia a constituir-se em uma das "instituições essenciais do Estado"?

Em outra passagem de sua análise, Rico observa o seguinte:

"Se se excluem as razões de índole histórica e política, não existem critérios racionais a partir dos quais se confiam ou se retiram determinadas funções à polícia. Neste sentido, os critérios de caráter político e econômico revestem uma importância considerável; eles explicam, ao menos parcialmente, a

criação, na *Argentina*, durante o ano de 1823, de um serviço secreto de polícia encarregado de vigiar os mercados e evitar o contrabando, tão prejudicial para o desenvolvimento econômico do país; também esclarecem a instauração, em 1935, de um corpo de polícia política, "La Mazorca", colocada diretamente sob as ordens de Rosas. Ditos critérios justificam, também, na Colômbia, a incorporação dos serviços policiais às forças armadas, durante diversas épocas, especialmente difíceis, da história deste país" (1977: 321-322).

Coincidiu com Rico de que "se se excluem as razões de índole histórica e política, não existem critérios racionais a partir dos quais se confiam ou se retiram determinadas funções à polícia". Sem embargo, este cotejo do histórico-político com as funções que a polícia assume deve ser, mais do que uma pretensão declarativa, uma linha permanente de conduta no processo de investigação.

É necessário rechaçar a tendência de alguns cientistas sociais, os quais proclamam que a instituição policial surgiu como resposta às diversas formas de criminalidade, produto dos processos de industrialização e urbanização da sociedade contemporânea. A realidade histórica demonstra que durante esses processos, os grandes empresários tratam de exercer, através do aparelho estatal, um controle absoluto sobre a classe trabalhadora e o trabalho, para acelerar o processo de acumulação. A polícia serve a esses interesses quando reprime greves e controla sindicatos e, sobretudo, quando acentua seu controle e pretende ressocializar os imigrantes que se incorporam no processo de acumulação, oferecendo seu trabalho às indústrias. Para isso, os corpos policiais contam com o auxílio eficaz da lei; instrumento que se apresenta como conciliador, dentro das contradições sociais, objetivando suavizá-las pela via da regulação.

Na Argentina, no primeiro quarto deste século, foi promulgada a *Lei de Residência n. 4.414*, que estabelecia a deportação, mediante sentença judicial, de qualquer imigrante que interviesse nas lutas por reivindicações sociais, organizadas pelos sindicatos. Para reforçar o "espírito, propósito e razão da lei", a oligarquia argentina contava com dois corpos parapoliciais: a *Guarda Branca* e a *Sociedade Patriótica*, que foram os organismos encarregados de romper as greves e outras formas de resistência, quando o país se encontrava em um processo de industrialização. Todavia, recorda-se, vividamente, a participação dos mencionados corpos parapoliciais, no que se chamou "a semana trágica", em 1916. Os operários de *Acerías Vaseñas* reivindicavam melhores salários e menos horas de trabalho, e a repressão não se fez esperar. O resultado não foi menos de 200 mortos e feridos.

Rico, por outro lado, é impreciso ao analisar o desenvolvimento e deficiências da polícia latino-americana. O autor as atribui às in-

fluências ideológicas e às práticas seguidas pela administração colonial. Certamente, nos tempos coloniais, os organismos policiais surgiram para proteger, exclusivamente, os interesses da classe dirigente colonizadora. Contudo, esta função jamais mudou, através dos diferentes intentos de independência, já que ditos processos foram organizados sob a tutela e o paternalismo de outros impérios, que impulsionaram os movimentos de independência para adequar esta região às transformações sociais e econômicas que se produziam a nível mundial.

Uma vez mais, a lição é clara. A polícia latino-americana se encontra, contudo, invadida por ideologias e práticas importadas, que são aceitas pelos estados dependentes, devido a seus fortes laços com uma burguesia nacional e com interesses estrangeiros, particularmente de base norte-americana. A ditadura de muitos regimes desta região se liga a ditadura das corporações norte-americanas que, por estarem operando fora dos Estados Unidos, se disfarçam sob o manto das transnacionais.

Talvez a mudança mais importante, além do aperfeiçoamento dos métodos de repressão, seja dada pela ajuda *sistemática* que, a partir da década de 60, os Estados Unidos prestaram à polícia latino-americana.

Em sua mensagem anual, apresentada ao Congresso Nacional em 6 de dezembro de 1904, o Presidente norte-americano Theodore Roosevelt, cinicamente, anunciou a histórica responsabilidade dos Estados Unidos de vigiar as nações instáveis e delinqüentes da América Latina:

"Crônica má-administração, ou incapacidade, que produz um descontrole geral das instituições de uma sociedade civilizada, podem, na América como em qualquer outra parte, requerer a intervenção de alguma nação civilizada, e no Hemisfério Ocidental, a adesão dos Estados Unidos à Doutrina Monroe poderia forçar aos Estados Unidos, ainda contra a sua vontade, nos casos flagrantes dessas má-administrações ou incapacidades, a exercer um poder policial internacional" (Roosevelt, citado por Weinbert, 1963).

Para compreender cabalmente o porquê da utilização da polícia como força repressiva e instrumento útil para manutenção das desigualdades sociais, é necessário saber qual é o verdadeiro papel do Estado. As características do mesmo são as seguintes:

1. O Estado é um aparelho repressivo que pretende controlar as classes antagônicas. Facilita os meios de exploração ao rechaçar ou abandonar as reformas trabalhistas, ao estabelecer salá-

rios mínimos para a classe trabalhadora e ao criar uma falsa ideologia baseada na liberdade e na justiça social. Quando a classe dominante não apresenta uma alternativa válida para a sociedade em geral, utiliza estes mecanismos de controle, através do Estado, para defraudar à classe antagonica e manter a hegemonia.

2. Colocando-se por cima dos interesses econômicos da classe dirigente e dando uma aura de neutralidade ao processo da luta de classes, o Estado cria um corpo de leis que objetivam suavizar as contradições internas, enquanto mantém a bonança e o privilégio da burguesia (Rivas e Reimann, 1976: 211).

É por isto que os regimes latino-americanos, ainda os mais repressivos, em face da luta de classes, buscam uma legitimidade jurídica que lhes permita avalizar toda sua conduta. A lei é o suporte dos interesses dominantes.

Para conseguir alguns de seus objetivos, o Estado necessita do concurso de profissionais especializados, especialmente membros das forças armadas, os quais se encontram, sistematicamente, alienados dos setores populares, e servem aos interesses da classe dominante. É o caso dos *Carabineros*, no Chile, que haviam declarado seu apoio incondicional à democracia chilena, mas que, em 6 de setembro de 1973, demonstraram qual era sua verdadeira ideologia e o setor que defendiam, ao pôr em prática sua mística de patrioteirismo, que desabrochava de seus corações. Se esta situação não muda radical e definitivamente, o controle da criminalidade na América Latina não será outra coisa que repressão, que é iniciada diretamente pelas forças regulares e pela polícia. A tortura, o sistema de interrogatório habitual e outras práticas bárbaras, são geralmente cometidos por proeminentes discípulos das universidades de terror, os quais foram treinados por "verdadeiros mestres" nas técnicas necessárias para cumprir a tarefa policial encomendada. Um destes mestres foi Don Mitrione, Chefe de Segurança Interna da Embaixada Americana no Uruguai, que assessorou à polícia uruguaia e, posteriormente, foi justificado pelos Tupamaros.

Em síntese, para desmistificar a realidade da polícia latino-americana, devemos desenvolver novas ferramentas conceptuais. E, agora mais do que nunca, aqueles que, como Rico, pretendem nos mostrar, cientificamente, a polícia, têm que analisar as relações entre a instituição policial e outras instituições dos estados latino-americanos, que se desenvolveram com o passar dos anos. Dizer que a ideologia reinante é a causa da ineficácia dos corpos policiais não aporta nada de novo ao debate. Há que afundar nas razões que sustentam a ideologia policial. A polícia, na América Latina, se lhe assinou um

papel principal no desenvolvimento social da região; não obstante, a instituição fracassou estrepitosamente, porque seus ideólogos negaram a possibilidade de transformações sociais, mantendo a atual estrutura de classes e incrementando o controle social por parte da polícia. Uma ideologia separada dos interesses da maioria não poderá, jamais, contribuir para o desenvolvimento integral.

Um caso antológico: a polícia costarricense, força policial ou força paramilitar?

No decurso histórico da América Latina existe um caso típico no qual a instituição policial se orientou, sem vacilações, para o paramilitarismo, porque foi incubada e desenvolvida no contexto de uma ideologia das minorias. Trata-se da polícia de Costa Rica.

Depois dos incidentes que alteraram a tranqüilidade na cena política de Costa Rica, em 1948, o governo provisório presidido por José Figueres, se dispôs à preparação de uma reforma constitucional. Em 7 de novembro de 1949, foi promulgada a vigente Constituição de Costa Rica, que em seu articulado incluiu uma disposição que abolia as forças armadas como instituição permanente.⁴ A única exceção a este preceito constitucional é que, em casos de tratados internacionais, ou devido a razões estratégicas (defesa da segurança nacional) o governo pode organizar as forças armadas. Naquela oportunidade, o governo criou a primeira força policial pública para a manutenção da ordem existente. Costa Rica tem, agora, três tipos de forças policiais, que apresentam somente sutis diferenças com as forças armadas tradicionais. São elas, a *Guarda Civil*, a *Guarda de Assistência Rural*, criada através de um programa militar de ação civil, e a mais recente de todas: a *Unidade da Polícia Especial*. Em consequência, o famoso *slogan* que percorreu o mundo inteiro, e que diz: "Costa Rica é o único país no mundo que não tem exército", não é mais do que um invento oficial com um propósito definido: isolar Costa Rica do resto da América Latina, e fazê-la aparecer como um "caso típico" de civilidade.

Apesar da proibição constitucional de 1949, o governo costarricense tem mantido um tratado militar com os Estados Unidos. O mesmo foi firmado em Washington, D.C., em dezembro de 1945, e ratificado em 1949, 1954, 1957, 1961 e 1965. O tratado estabelecia a cooperação dos Estados Unidos para a organização das forças policiais costarricenses. Em 1965, por ocasião da revisão do mesmo tratado,

⁴ A Constituição de Costa Rica estabelece, em seu artigo 12, o seguinte: "Proscree-se o exército como instituição permanente. Para a vigilância da ordem pública, existirão as forças de polícia necessárias. Só por convênio continental, ou para a defesa nacional, poder-se-á organizar forças militares."

se manteve a cooperação dos Estados Unidos e se estabeleceu que, para melhorar esses nexos, era necessário estabelecer uma missão militar estadunidense em Costa Rica, para "cooperar com o Ministério de Segurança Pública e com o pessoal do exército costarricense (*sic*), com o fim de aumentar a eficácia do exército costarricense". O tratado foi firmado por cinco anos, contados a partir de 10 de dezembro de 1970.⁵ Outra das características ressaltantes deste insólito tratado foi a estipulação de privilégios econômicos para os membros da Missão em Costa Rica, os quais incluíam assistência médica para os representantes militares norte-americanos e seus familiares, assim como o pagamento de férias.

Ao analisar mais detalhadamente a organização policial costarricense, é óbvio que o governo subverteu o propósito da Constituição de 1949. As regras pelas quais se regem as forças policiais seguem modelos militares. Por exemplo, em um panfleto da Guarda Interior, lê-se o seguinte:

"Este panfleto é um extrato dos manuais Fm-26-5 das Forças Armadas Norte-americanas, de maio de 1953, do manual do Ministério de Segurança Pública, de novembro de 1953, e de outros panfletos publicados pela Seção de Operações e Treinamento."

A inter-relação entre as forças policiais costarricenses e o modelo militar se faz mais visível quando o referido manual define à Guarda Interior como a encarregada de realizar certos serviços através do concurso de membros de uma unidade militar. Entretanto, a função da Guarda Interior é "manter a ordem, proteger as propriedades e fazer cumprir os regulamentos da polícia".

É evidente que estes fatos, e a degradação política e policial, não têm a menor importância para os analistas convencionais da polícia. Conseguiu-se dar um caráter paramilitar às forças policiais costarricenses, que assegura "a estabilidade" para oferecer mais oportunidades às inversões estadunidenses.

⁵ A leitura dos artigos 8 e 9, do Tratado, mostra a absoluta subordinação e dependência das forças policiais costarricenses ao exército norte-americano:

Artigo 8: "Cada membro da Missão servirá nela com a posição que tenha no exército dos Estados Unidos, e usará o uniforme de seu posto, que terá preferência sobre todos os oficiais costarricenses de igual posto."

Artigo 9: "Cada membro da Missão terá direito a todos os privilégios que os regulamentos do exército costarricense prevêem para os oficiais costarricenses de posto correspondente."

b. Desenvolvimento Contemporâneo da Polícia.

Para Rico, o desenvolvimento contemporâneo da polícia e sua visibilidade, se devem a uma série de fenômenos sociais:

"Nossa sociedade também está se transformando de maneira considerável e a um ritmo vertiginoso: urbanização, industrialização, mobilidade constante, complexidade crescente, descobrimento e aplicação de técnicas cada vez mais aperfeiçoadas, multiplicação de regulamentos suscetíveis de atentar contra as liberdades individuais e que a polícia deve aplicar (circulação, manifestações de massa, etcétera). Estes fatores de transformação costumam ser acompanhados de desequilíbrios sociais, de tensões frequentemente geradoras de criminalidade" (1977: 309).

Quer dizer, guiado pela teoria de conflito da sociedade, Rico pretende explicar a expansão e a racionalização da polícia.

A década dos sessenta produziu uma série de desafios ao sistema capitalista, na América Latina. A consciência sócio-política e as expectativas amadureciam aceleradamente no continente, que reclamavam ações do Estado. Existia, e ainda existe, a economia do esbanjamento, incrementavam os cordões de miséria que formam as favelas no Brasil, os ranchos em Caracas e as *callampas* no Chile; o abismo entre pobres e ricos, o marasmo econômico e a supressão e violação cotidiana dos direitos humanos, geraram uma onda de protestos por parte de setores progressistas e movimentos esquerdistas. Esse período de efervescência social e política foi compreendido pelas forças reacionárias, que buscaram, imediatamente, aliança com outros setores. Os Estados Unidos precipitaram uma série de golpes de estado, oferecendo aos militares latino-americanos a oportunidade de serem os principais atores da vida política de suas nações. Se a estratégia fracassava, o imperialismo, sem nenhuma classe de escrúpulos, estava disposto a enviar suas forças militares ao continente, como no caso do desembarque de *marines* na República Dominicana, em 1965.

As lutas operárias, o despertar de certos setores camponeses e as mobilizações estudantis exigiam, ao lado das medidas contra-insurrecionais, a criação de programas para promover o desenvolvimento econômico de nossos países. Era necessário assegurar o clima de "estabilidade" que permitisse o êxito de tais programas. Um dos mecanismos reprodutivos foi a repressão, canalizada através dos corpos policiais, que tratavam de impedir a possível cristalização de uma verdadeira consciência de classe. A expansão e racionalização da polícia se deve a estes fatos, e não a outros.

No plano internacional, os vínculos entre a burguesia latino-americana e os representantes da Metrópole, deram como resultado a famosa Aliança para o Progresso. Nasce a Aliança como um programa de ajuda internacional para promover o desenvolvimento sócio-econômico, e com a esperança de conseguir a revolução pacífica na América Latina, quando surgiram temores sobre a "ameaça do comunismo", e se faz presente a luta e a resistência do povo cubano.

A Aliança para o Progresso, supostamente encaminhada a produzir uma série de mudanças estruturais, foi definida pelo Presidente Kennedy como:

"Um vasto esforço cooperativo, sem paralelos em magnitude e nobreza de propósito, para satisfazer as necessidades básicas do povo da América, como moradia, trabalho, terra, saúde e educação... um plano para transformar a década dos sessenta em uma histórica década de progresso democrático" (New York Times, 10 de janeiro de 1971).

Os proponentes deste programa político e ideológico pretendiam fazer crer ao povo latino-americano que o mesmo assegurava uma atmosfera social e política favorável ao desenvolvimento econômico da região. Ainda que não mencionado no texto da Aliança, mas integralmente ligado a seus principais objetivos, estava a assunção de que a expressão "atmosfera favorável" *tinha* que beneficiar aos Estados Unidos, que exerceria um maior controle sobre as nações do continente (Riera, 1978: 5). Com o desenvolvimento desta nova estratégia, que foi definitiva e francamente estabelecida durante os governos de Kennedy e Johnson, se ratificava a "benfeitora" política intervencionista dos Estados Unidos para salvar as nações latino-americanas do perigo do comunismo. Já na Conferência da Organização dos Estados Americanos celebrada em Caracas, em 1954, o Secretário de Estado norte-americano, John Foster Dulles, havia declarado que: "A dominação ou controle das instituições políticas de qualquer Estado Americano pelo movimento comunista internacional... constituiria uma ameaça para a soberania e independência política dos Estados Unidos." (Dulles, citado por Barnett, 1968: 231.)

A Aliança para o Progresso desenvolveu alguns programas de ajuda econômico-social. Todavia, não pôde sacar do marasmo à economia latino-americana. Seu fracasso deveu-se, basicamente, à invalidez de suas teorias, as quais negaram a realidade da estrutura social moldada pelas relações com os Estados Unidos. O que verdadeiramente interessou aos "American policy-makers" foi *lei e ordem*, imposta por quem quer que fosse capaz de exercer o poder político, para lograr a estabilidade e a segurança nacionais da região. Os peritos norte-americanos centraram sua atenção e interesse em todos

os governos — ditadura ou democracia liberal — afetos aos Estados Unidos, para oferecer a ajuda sócio-econômica. *A mudança na política de ajuda internacional foi mais uma mudança de estilo do que de substância.* A imensa maioria de latino-americanos não participou deste processo de desenvolvimento e de decisões, nem pôde exercer amplos direitos políticos e sócio-econômicos. Enquanto as classes dirigentes latino-americanas e os interesses norte-americanos estavam dispostos a fazer certas concessões, como uma suposta manifestação de sua amplitude, para exercer maior controle, também afastaram os latino-americanos da responsabilidade de buscar as soluções para seus problemas internos.⁶

Como era de supor, os Estados Unidos não esqueceram de incluir dentro dos programas da Aliança para o Progresso, a ajuda militar e policial.⁷ E assim associaram estes programas de assistência às estratégias sociais e políticas de desenvolvimento.

No desenvolvimento contemporâneo da polícia, Rico destaca o caráter militar da instituição:

"Determinados indícios, tomados da história passada e presente da América Latina, demonstram o caráter quase militar da maioria de seus serviços de polícia... Por outra parte, em numerosos países latino-americanos, os efetivos da polícia são superiores aos das forças armadas, e certas funções de ambos corpos são similares, notavelmente as intervenções repressivas para solucionar diversos problemas internos; com muita frequência se fazem conjuntamente" (1977: 312-313).

O processo de militarização das forças policiais latino-americanas é um fenômeno digno de uma análise profunda, e não de uma mera descrição ou relato histórico. Haverá que começar por analisar cada um dos elementos que configuram este processo.

⁶ Para uma crítica da Aliança para o Progresso, veja-se SUSANNE BODENHEIMER, "Dependency and Imperialism: The Roots of Latin American Development", *Readings in U.S. Imperialism*. K.T. FANN e DONALD C. HODGES, eds. (Boston: Porter Sargent Publisher, 1971, pp. 151-181). Também, OCTAVIO IANNI, *Imperialismo y Cultura de la Violencia en América Latina* (México: Siglo XXI Editores, 1976).

⁷ Existem certos antecedentes históricos de assistência policial, que se pode encontrar em documentos das reuniões internacionais de policiais. Por exemplo, em 1920, durante a Conferência Internacional Sul-Americana, realizada em Buenos Aires, recomendou-se aos delegados das nações assistentes que intercambiassem polícias, anualmente, para conhecer os progressos da instituição e manter relações internacionais de sincera amizade. Também em 1937, a polícia do Peru foi assistida pelo General CAMAROTTA, membro das forças armadas de MUSSOLINI, que foi convidado pelo ditador SANCHEZ CERRO para reorganizar as forças policiais desse país. Em Guatemala, o Presidente JUSTO RUFINO BARRIOS contratou oficiais da Polícia de Nova York, para estruturar a polícia guatemalteca.

Depois dos anos da Guerra Fria, os Estados Unidos modificaram sua política exterior. A filosofia imperante era a de fundir esta e a política da defesa nacional, para criar a doutrina conhecida com o nome de "segurança nacional". Esta estratégia significou, também, uma redefinição dos objetivos. Inspirados no conceito de "ordem" e "estabilidade", os Estados Unidos dedicaram todos seus esforços de ajuda militar para implementar programas de "ação civil", combinados com o treinamento das forças armadas da maioria das nações latino-americanas, para conseguir a meta proposta. Pensaram que as forças armadas eram as únicas que podiam realizar, com sucesso, a tarefa; e daí, que o país central buscasse a aliança com os grupos militares, em lugar de acudir às elites civis. Proclamou-se a superioridade e a inestimável capacidade dos militares como os condutores do progresso na América Latina. Em consequência, não somente houve uma militarização da polícia, mas, também, uma militarização da sociedade latino-americana, em geral.

Em alguns países, onde se mantém a democracia liberal, como na Venezuela, ainda que os militares não tenham ocupado esse papel político e ideológico tão visível, como no Brasil, Argentina, Uruguai e Chile, entre outros, a influência dos mesmos foi canalizada através de outras vias. Observa-se que os postos de comando das forças policiais são ocupados por membros das Forças Armadas de Cooperação (FAC), comumente conhecida como a Guarda Nacional.

Afirma-se que os militares, que têm estado, sempre, em favor do "interesse nacional", são capazes de controlar a subversão ou a agitação social e, em consequência, garantem a estabilidade política interna. Sem aprofundar na participação direta das forças armadas e policiais no cenário sócio-político, é óbvio que a neutralidade ideológica e o desinteresse partidário de ditas forças, no processo "democrático", são noções manifestamente falsas.

A polícia, na América Latina, constitui essencialmente um grupo social, e não uma determinada classe social. Os membros que a integram pertencem a mais de uma classe social e reproduzem e adotam a cultura ou ideologia de sua correspondente classe na vida civil. O fenômeno da militarização da polícia incidiu no aumento de agentes policiais e produziu claras divisões de classes. Vemos que no topo da organização policial se encontram membros das forças armadas, que a dirigem, privando outros da oportunidade de mando. Por quê? Os militares, que em sua maioria se encontram distanciados da classe trabalhadora, desempenham um papel importante na determinação de muitos aspectos essenciais da política criminal, que se orienta para proteger os interesses das elites. Além disso, sua influência não se limita ao sistema de segurança do Estado, mas, também, se estende à vida política da sociedade, em geral.

Neste sentido se tem afirmado que "os policiais parecem ser, mais propriamente, os peões, e os militares, os atores, nos cenários políticos" (Lefever, 1973: 35); afirmação que é parcialmente correta, já que os militares participam, mais ativamente que a polícia, na manutenção da ordem social, na América Latina. Não obstante, a polícia é utilizada como ponto de contacto entre o Estado e a população em geral, para reforçar a influência dos administradores da função coercitiva, em relação à estabilidade exigida. As relações civil-militares que originaram um aparente domínio sobre os questionadores da ordem social, os trabalhadores e os ativistas políticos progressistas, propõem, também, ou criam, um sentimento de vulnerabilidade ante a instituição policial e suas práticas violentas. Tal fato permite à polícia aliar-se com os elementos mais conservadores e reacionários, que lutem desesperadamente para manter o *status quo*. Além disso, os ajustes entre civis e militares, e as relações de subordinação a que estão submetidas as forças policiais, têm sido as claves essenciais para fazer com que muitos pensem, equivocadamente, que a polícia é um bloco monolítico.

A lealdade das forças armadas e policiais não é um fato inquestionável. As relações internas da polícia são formadas por contradições entre os que detêm o poder (os militares) e os que têm que executar suas ordens (os policiais e os soldados). Algumas delas não são aceitas caladamente, e as diferenças e tensões que alcançam um nível perigosamente elevado, segundo seus amos civis e militares, são insalváveis; incidindo negativamente na presumida lealdade, indefinida e automática, dos corpos policiais à classe dominante.

O exemplo mais claro e recente do que acabo de dizer, é o apoio dado por alguns membros da Guarda Nacional de Nicarágua, a polícia deste país, à Frente Sandinista de Libertação Nacional (FSLN), para liquidar definitivamente a ditadura militar e personalista de seu chefe máximo, Anastasio Somoza Debayle.

Um dos aspectos mais evidentes do desenvolvimento contemporâneo da polícia é a criação permanente e progressiva dos serviços privados de vigilância e proteção. Rico anota este fato, quando diz: "Observa-se, em vários países latino-americanos, uma proliferação de serviços privados de polícia" (1977: 313). Contudo, é necessário examinar com maior amplitude este fenômeno, pois seu simples assinalamento não nos permite compreender alguns dos aspectos primordiais do papel desempenhado pelas agências privadas de polícia, na sociedade latino-americana.

Um de tais aspectos é o porquê da proliferação desses serviços. Para justificar seu auge e expansão, alega-se que os vigilantes privados podem prestar um melhor serviço na proteção da propriedade privada e da segurança industrial, que são duas áreas críticas em

que a polícia pública cumpre muito irregularmente suas funções. A experiência demonstra, todavia, que o desenvolvimento contemporâneo de agências desta natureza constitui um novo elemento dentro de um extenso e coercitivo sistema institucional, que procura uma perfeita adequação aos câmbios na economia política. O resultado da confluência de determinados fatores fez com que a indústria da segurança privada não escapasse ao *manto protetor* dos Estados Unidos. Este país, em sua preocupação de converter-se na mais importante nação-polícia do mundo, estendeu, através de algumas corporações, sua influência sobre a polícia privada na América Latina. *The Wackenhut Corporation*, com sua sede principal em Coral Gables, Flórida, tem como empresa filiada a *Venezolana de Seguridad y Vigilancia*, em Caracas, e *Wackenhut de Colombia, S.A.*, e uma subsidiária na República Dominicana. *Burns International Security Services, Inc.*, fundada em 1909 por William Burns, ex-chefe do FBI, tem, também, uma agência subsidiária na Colômbia: *Seguridad Burns de Colombia S.A.*

A indústria da polícia privada oferece grandes benefícios econômicos. Um dos negócios mais rentáveis desta indústria é o cotidiano oferecimento de agências de detetives privados para realizar trabalhos de investigação em diferentes áreas: assuntos penais, pré-matrimoniais, matrimoniais, infidelidade, investigações de pré-emprego, e outros. Talvez o recente apogeu das agências de detetives privados se deva ao caráter secreto de suas atividades. Trabalham para um cliente determinado e os resultados obtidos na pesquisa realizada só interessam a este. Além disso, estas agências oferecem serviços, muitos deles à margem da lei; quer dizer, que se encontram, mesmo, fora da atividade policial pública. Com isso, violam o direito à privacidade e comercializam com atividades ilegais.

O policial ou vigilante privado constitui o verdadeiro proletário da indústria. Provém dos estratos sócio-econômicos mais baixos ou marginais; é uma pessoa de escassa educação, sub-remunerado e intensamente explorado. Às vezes, trata-se de um ex-policial público. Obviamente, as empresas levam em consideração os interesses a que servem, e conhecendo a falta de preparação dos policiais, tratam de incrementar os processos de acumulação, e sua proteção, através de uma força de trabalho barata. Por outro lado, a contratação ou despedida destes policiais depende das necessidades do mercado. Não se pode alegar, portanto, que as agências privadas de proteção contribuem para diminuir a taxa de desempregados, ao oferecer mensalmente certo número de vagas; pelo contrário, sua política de atribuir incumbências temporárias contribui para o processo de pauperização e incrementa o desemprego:

“Este processo não tem o potencial suficiente para abolir o desemprego e o subemprego. Só pode absorver uma pequena parte das centenas de milhões de desempregados, e oferecer-lhes os salários mais baixos possíveis; em consequência, a maioria das massas desempregadas cai dentro, e até por baixo, da posição e condição do exército industrial de reserva” (Frobel, Heinrichs y Kreyre, citados por Jonas y Dixon, 1979: 6).

Os fatores antes assinalados, unidos ao fato de que o mundo capitalista se rege pela lei da oferta e da demanda, e da defesa a todo o transe da propriedade privada, permitem entender a cotidiana contratação de vigilantes e detetives privados, que passam a ocupar lugar central dentro das estruturas desse mundo.

Michael Klare, ao analisar os programas de ajuda policial norte-americanos, expressa:

“Em alguns países, OPS se permitiu ampliar o conceito de “forças de segurança civil”, de modo que nele fiquem incluídas unidades paramilitares do Exército e organizações de segurança privada, especialmente aquelas que protegem os interesses comerciais norte-americanos em países estrangeiros” (1974: 219-220).

Guatemala é um caso típico em que a definição de “forças de segurança civil” se mantém dentro das prerrogativas da polícia. *The Sheraton Hotels Corporation* tem sua própria companhia de vigilância. Os que a integram são membros da Polícia Nacional da Guatemala, treinados na Academia Nacional de Polícia, que foi construída com financiamento da *Oficina de Seguridad Pública* (OPS). Os policiais são pagos pela corporação, mas, em caso de indisciplina, são julgados e castigados pela jurisdição civil. O chefe deste corpo de vigilância é um membro das Forças Armadas guatemaltecas. Este é um caso palpável da inter-relação e interdependência existente entre as tarefas de vigiar o país e as tarefas de vigiar os interesses norte-americanos nessa região.

Na Venezuela, os assessores da Divisão de Segurança Pública traçaram, ilegalmente, estratégias de segurança com os encarregados de vigilância de importantes corporações, de capital norte-americano, para combater a insurreição. A intromissão inadmissível de um organismo público estrangeiro em atividades privadas do país, era com o propósito de manter os lucros das corporações, conseguindo um controle total da vigilância e segurança na área comercial respectiva. Existia, então, um plano preconcebido, distinto da *suposta manutenção da lei e da ordem, em um mundo democrático e*

lombianos — treinados na Zona do Canal do Panamá —, os quais pretenderam esmagar a Frente Sandinista de Libertação Nacional.

Dentro da geoestratégia, que é um dos elementos básicos da segurança (o outro elemento é constituído pelo conceito de geopolítica), deve-se destacar a função das polícias secretas, que somente são controladas pelo Presidente da República. Assim, temos que o Serviço Nacional de Informação (SNI) no Brasil, e a Central Nacional de Informações (CNI), podem exercer funções repressivas, amparadas pelo que se denomina “segurança de governo”.

A maneira como a polícia cumpre seu papel e o grau com que manifesta suas práticas repressivas diferem grandemente, segundo os lugares e as circunstâncias.

a. Chile

Neste país, a atuação da polícia pública e da polícia secreta, depois do golpe militar, se caracterizou por ser mais sutil; houve uma mudança em suas operações, mas as estruturas nas quais se apoiam continuam as mesmas. Os Carabineiros e a Central Nacional de Informações (CNI), que substituiu a Direção de Inteligência Nacional (DINA), não abandonaram seu papel de guardião e protetor das elites civis e militares. O que sucedeu é que a ditadura militar eliminou os poucos vestígios de democracia liberal que sobreviveram ao golpe. A Junta Militar presidida por Augusto Pinochet — nova versão do fascismo —, com o firme propósito de “cumprir as metas” (uma “nova democracia”, entre outras) manteve-se no poder suprimindo toda oposição, suspendendo todas as garantias constitucionais e todas as liberdades políticas. Uma das armas mais efetivas do governo foi o ataque à classe trabalhadora, não lhe permitindo o direito à greve, nem a constituição de sindicatos. Atividades desta índole são etiquetadas como políticas, e contrárias aos interesses do Chile, acarretando a expulsão dos líderes sindicais e operários de seus empregos. E, com a tolerância simbólica de certos direitos constitucionais, a polícia pode empregar melhor seus sutis métodos de repressão.

b. Paraguai

O país mais esquecido da América Latina, que vive em um permanente estado de sítio, é um exemplo típico de como é entendida a doutrina da segurança nacional. No aspecto jurídico, um dos recursos legais com que contavam os paraguaios, o *habeas corpus*, foi eliminado. Com base no artigo 79 da Constituição de 1967 — que derogou o artigo 59 da Constituição anterior —, a Suprema Corte de Justiça (constituída, na sua maioria, por membros ativos do par-

tido do governo) denegou esse direito, pois o mencionado artigo estabelece que, em estado de emergência, os cidadãos poderão ser detidos sob a ordem pessoal do Presidente da República. A função policial é respaldada por uma gama de leis repressivas. Em setembro de 1970, os membros do Congresso — marionetes a serviço de Stroessner — promulgaram uma lei contra o “desacato” às autoridades, e “a simples instigação” pública a cometer delito “contra uma instituição”. Quer dizer, contra o regime militar-policial. A *Lei de Defesa da Paz Pública e da Liberdade das Pessoas*, além de seu caráter repressivo, é uma lei classista. Castiga os que predicam a necessidade da destruição das classes sociais no Paraguai, com uma pena de prisão de um a seis anos. Como se deduz obviamente, para o governo, a divisão de classes é um princípio institucional, que deve ser mantido a todo custo.

O regime de Alfredo Stroessner, que tem em sua história o envio de aviões a São Domingos para apoiar a invasão dos *marines* norte-americanos, em 1965, a colaboração prestada para derrubar o Presidente da Bolívia, Juan José Torres, em 1971, e, talvez o mais surpreendente, o oferecimento de ajuda militar aos Estados Unidos na guerra do Vietnã, utiliza a polícia para fatos mais repressivos.

A repressão policial está centralizada no Departamento de Investigações do Ministério do Interior. As sessões de tortura mais brutais são realizadas no Departamento de Delitos e Vigilância, onde a imersão em uma banheira cheia de água imunda e excrementos é um dos métodos mais comuns. Para este e outros meios de tortura, as forças paramilitares, que ultrapassam os 8.500 homens, e particularmente a polícia, contaram com a colaboração de Patric Contric, antigo membro da SS, e a assessoria técnica de Josef Mengele. Outro departamento essencial nas funções policiais é o de Vigilância Civil e Policial, encarregado de interferir e de gravar as conversações telefônicas.

Entre os centros de reclusão se destaca o Terceiro Comissariado, e à frente deste se encontra uma seção especial da polícia: *Seção Técnica de Repressão*, que, segundo fontes de todo crédito, é a agência regional da CIA, neste país.

c. Democracias Liberais

Nos países latino-americanos que ainda conservam a democracia como sistema de governo (Venezuela, Colômbia, Costa Rica e México), a manutenção da ordem social pode ser obtida por outros caminhos. Para isso, é vital o concurso da classe que exerce o domínio sobre as demais, já que a sua presença contribuiu, sem dúvida, para reforçar certos mitos. Proclama-se que existe uma gama de li-

berdades civis e políticas, mas se mantém a estrutura das relações operário-patronais, que são de domínio e sujeição. Insiste-se sobre o caráter democrático e liberal destes regimes, e os excessos policiais são apresentados como fatos isolados e excepcionais. Na Venezuela, em um só ano, foram assassinadas mais de duzentas pessoas por efetivos policiais. A desculpa mais comum, em defesa da repressão, é de que constituíam pessoas com amplos antecedentes penais, que eram ativamente procuradas pelos corpos policiais. Ou o mais insólito: "foi um equívoco".

Em troca, segundo o Escritório para a Luta contra o Terrorismo do Departamento de Estado Norte-americano, o número de vítimas do "terrorismo", em todo o mundo, desde 1973 até final de 1976, não passou de duzentas e noventa e duas (Tannenbaum, citado por Noam Chomsky e E. E. Heiman, 1977: 44). Todos os comentários são ociosos.

São estes fatos que levam a rechaçar a idéia de que a polícia, ainda que não esteja sujeita ao poder político, desempenhe, mesmo hipoteticamente, "um papel completamente neutro" (Rico, 1977: 321). As ditaduras ou regimes de fato rompem a própria legalidade burguesa para mostrar os interesses reais que representam. É o que sucedeu no Chile, onde Pinochet devolveu uma série de propriedades, que constituíam a propriedade social instaurada por Allende, a seus senhores originários, produzindo-se uma avidez de dinheiro e lucro nos círculos burgueses. De modo que, por fim, o aparelho militar e policial permanece ligado aos interesses do capital. Enfim, e prevendo qualquer fissura dentro do modelo militar-policial, busca-se, por todos os meios, a militarização não somente do sistema estatal, mas, também, das instituições que formam a sociedade civil. E ainda que, neste caso específico, possa prevalecer o político sobre o social, não se pode olvidar que a função policial tem estado ferreamente circunscrita por um marco sócio-econômico que facilita tal função. Por outro lado, crer na neutralidade das instituições do capitalismo pela existência de certas liberdades civis e políticas, que não são mais do que um mero disfarce do domínio classista, é perder toda perspectiva de análise.

Tão pouco é possível manter a idéia de que a polícia é uma efetiva instituição de controle social, e mais especificamente, uma das peças vitais do Estado para o controle do crime. Deve-se, antes de tudo, indagar sobre a ordem social existente, na qual a polícia vai exercer suas principais funções. A prova mais convincente de que a polícia surgiu historicamente para servir a interesses específicos é o fato de que, apesar de incorporação da mais alta tecnologia, de um material humano melhor selecionado, e com reivindicações sócio-econômicas e reformas na instituição, o índice de criminalidade, na

América Latina, aumenta e jamais diminui. Considerado este fato, é necessário ver como o desenvolvimento e a transformação da polícia foram se inserindo no sistema capitalista, para cumprir com as crescentes exigências de controle social.

Do mesmo modo que no passado, a estreita coordenação dos corpos policiais repressivos se mantém no presente. Especialmente a DINA, hoje, CNI, insistiu em firmar acordos com os policiais dos países do cone sul. Ditos acordos, que só servem para demonstrar, uma vez mais, o grau de ilegalidade da função policial na América Latina, permite às mencionadas polícias perseguir e deter cidadãos fora do território nacional, ou intercambiá-los, sem cumprir nenhum dos trâmites que o Direito Internacional Público exige para a extradição. Do mesmo modo que na Conferência Sul-americana de Polícia, em 1920, por ocasião de uma reunião celebrada por chefes de polícia de países notoriamente repressivos, celebrada em Buenos Aires, em fevereiro de 1974, a delegação do Chile, fez as seguintes proposições:

1. Credenciar, em cada embaixada, um agregado de segurança, que seja membro das Forças Armadas ou da polícia... cujas funções básicas seriam a coordenação com a polícia, ou o encarregado de segurança de cada país, ou os vários organismos locais.
2. Ter, também, uma central de informações, onde possamos obter dados de indivíduos marxistas.
3. Chegar diretamente, com toda confiança, a qualquer dos países... (Revuelta, 42)

Acordos como este permitem à polícia paraguaia, por exemplo, penetrar as zonas fronteiriças de países vizinhos, com o fim de seqüestrar, torturar e liquidar opositores do regime. Assim ocorreu quando forças parapoliciais do Paraguai, com prévio consentimento de um chefe militar brasileiro, invadiram território deste último país, em 1960, para dar "caça" a um grupo de guerrilheiros. O mesmo fizeram com a Argentina, quando rebeldes tomaram este caminho.

Desnecessário dizer que seria utópico pensar que a estrutura ideológica que agasalha a instituição policial e o papel sócio-político essencial que estes regimes esperam que cumpra, permitam falar de funções preventivas policiais. A mesma implantação de um ordenamento jurídico, conforme modelos igualmente vigentes no Paraguai, Chile, Uruguai, Brasil e Bolívia, justifica a atividade das forças repressoras, dando a entender que se trata de situações conjunturais. A redistribuição e reestruturação das funções policiais, de que fala Rico, não se devem a novas formas de criminalidade, mas ao fato de que a repressão jurídico-política cria novas figuras delitivas, novas penas e uma constante subtração de competência. Na Argentina, por

exemplo, modificou-se o Código Penal e se restabeleceu a pena de morte, que fora suprimida em 1921. E foi transposta a jurisdição de certos delitos para o Conselho de Guerra, para aplicar o procedimento previsto no Código de Justiça Militar.

Observa-se uma planificação conjunta das funções policiais dos regimes ditatoriais. Fala-se, até, da formação de um Esquadrão da Morte Internacional, "máquina de perseguir e assassinar nas sombras", no dizer de Eduardo Galeano, que possa executar alguns planos destes governos, fora de seus territórios. Sua missão fundamental seria a eliminação de exilados e personalidades políticas de esquerda. Com isso, imitam a Operação Phoenix, implementada pela CIA no Vietnã do Sul, com o propósito de eliminar os líderes e atividades do Movimento de Libertação do Vietnã do Sul, em sua luta contra os Estados Unidos.

IV. CONCLUSÃO

Quando se inicia a década dos oitenta, os corpos policiais latino-americanos se encontram modernizados para exercer melhor sua função classista nesta região.

Examinando a especificidade da estrutura policial, e sua dinâmica interna, conclui-se que desde a época colonial a polícia tem tido uma função similar à atual. A mesma se fez mais visível, intensificando seu lado repressivo, quando, nos últimos vinte anos, grupos progressistas, e com uma verdadeira consciência de classe, desafiaram seriamente o sistema sócio-econômico imperante. Ante tais ataques a polícia responde como o mecanismo necessário para manter as relações sociais de exploração e obter certa estabilidade política. Afirma-se, freqüentemente, que a polícia vive um constante processo de reforma, para lograr uma melhor imagem ante o público. Contudo, os comentaristas policiais, entre eles José M. Rico, não conseguem entender que essa ação reformista tem que se confinar dentro dos limites estruturais criados pelo sistema econômico que a produz. É certo que, às vezes, a polícia atua como um serviço público, assim apresentando seu aspecto benevolente ("the velvet glove") para lograr sua estratégia de legitimação e poder inseri-lo em sua função repressiva ("the iron fist"). Ambas funções não são opções distintas, mas complementares. Por outro lado, deve-se ter presente que as reformas policiais são, em todo caso, limites impostos pelos direitos de propriedade e pelo poder econômico desigual, que têm no Estado seu melhor guardião.

Em tais circunstâncias, a reforma não ajuda a mitigar os problemas, é, também, insuficiente, e, portanto, se faz finca-pé no poder policial, a lei e a ordem, para sufocar qualquer luta de classe. A mili-

tarização da polícia não se detém. Ao contrário. Marchamos irremediavelmente para o total controle da instituição policial por parte dos militares. Para contribuir com o processo de militarização, a Guatemala copiou, fielmente, o modelo militar do grupo SWAT, com tão pouca imaginação, que criou um corpo idêntico, batizando-o com o mesmo nome de SWAT. Na Colômbia existe, também, um grupo paramilitar com idênticas características do mencionado corpo estadunidense. Recentemente, neste mesmo país, ante o anúncio de uma jornada de protestos, o Chefe da Brigada de Institutos Militares (BIM) assumiu, diretamente, o comando de todas as forças que defendem a "democracia burguesa".

Observamos, também, que a militarização da América Latina produziu, em consequência, a militarização das instituições estatais. Hoje, ante o fracasso do modelo econômico brasileiro executado por militares, e outros inconvenientes, se pretende dar à América Latina o caráter civil que ofereceu em épocas passadas. A doutrina do *trilateralismo*, que contém como aspecto mais difundido, a política dos direitos humanos, reiniciada por Carter, luta para cumprir com este objetivo. Isso explica o aparente rompimento dos Estados Unidos com as ditaduras militares latino-americanas. Todavia, a retórica do momento esconde seu verdadeiro objetivo. Estabelecido o aparato militar-policial, os propulsores da doutrina assinalada se dispõem à obtenção dos mais altos benefícios, dando uma sensação de democratização da região. Os desejos e intenções, são, pois, devolver todo o poder político e econômico a seus senhores originais, criando uma relação de interesses mais estreita que permita a convivência *harmônica* das diferentes classes sociais.

Também se diz que a polícia vive uma etapa de transição para se adaptar à situação atual. Em sua defesa se alega que existe um processo de depuração de efetivos policiais para formar uma polícia honesta e eficiente. Com efeito, se conhecem alguns casos em que membros da polícia foram denunciados por cometer excessos, e expulsos da instituição. Mesmo que tais cruzadas saneadoras despertem grandes esperanças entre os defensores da polícia, e em muitos outros, a expulsão das "maças podres" é uma solução temporária, porque fica muito por baixo do prometido. Sob o sistema atual, a corrupção policial parece ser um fantasma que ronda permanentemente a instituição. Ao contrário do expressado por Rico, mesmo nos Estados Unidos, alguns técnicos e ex-policiais consideram que a corrupção não só forma parte da polícia, mas que é a *alma* da mesma. Para fazer frente a esta conduta indesejável, o Estado tem que lançar mão de uma melhor opção, que parece não encontrar pelos limites inevitáveis que a classe dirigente impõe.

Em resumo, a estreiteza ideológica e o desconhecimento de uma realidade complexa, que vive um dos momentos mais obscuros de sua história, por parte de teóricos e analistas da polícia, contribui grandemente, como ficou demonstrado, para o empobrecimento da escassa literatura policial na América Latina.

BIBLIOGRAFIA

- ARGUEDAS, José María — *El Sexto*. Barcelona, Espanha: Editorial Laia, 1974.
- BARNET, Richard Jr. — *Intervention and Revolution*. New York: The World Publishing Co., 1968.
- BRAVERMAN, Harry — *Labor and Monopoly Capital*. New York: Monthly Review Press, 1974.
- CALIN, Maureen — Trends in the Sociology of Police Work, *International Journal of the Sociology of Law*, n. 7, 1979, pp. 143-167.
- Center for Research of Criminal Justice — *The Iron Fist and the Velvet Glove*. San Francisco: Garret Press, 1977.
- CHOMSKY, Noam e HERMAN, E. S. — Estados Unidos contra los Derechos Humanos en el Tercer Mundo. *Revista Mensual*, vol. 1, n. 6, Outubro 1977, pp. 39-63.
- CUEVA, Agustín — *El Desarrollo del Capitalismo en América Latina*. 2.ª ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 1978.
- FANN, K. T. e HODGES, Donald C. — *Readings in U. S. Imperialism*. Boston: Porter Sargent Publisher, 1971.
- FOUCAULT, Michel — *Microfísica del Poder*. Madrid: Las Ediciones de La Piqueta, 1978.
- GONZALEZ CASANOVA, Pablo — *Imperialismo y Liberación en América Latina*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1978.
- GRAMSCI, Antonio — *Política y Sociedad*. Barcelona, Espanha: Ediciones Península, 1977.
- INCEP/RCA — *La Militarización en Costa Rica*. — Documento de Estudio n. 8. Costa Rica: INCEP/RCA, 1975.
- KENNEDY, Robert — *Una Respuesta a la Revolución Latinoamericana*, Montevideo: Libros de La Pupila, 1968.
- KLARE, Michael — *La Guerra sin Fin*. Barcelona, Espanha: Editorial Noguer, 1974.
- KLARE, Michael — *Supplying Repression*. New York: The Field Foundation, 1977.
- KLARE, Michael e STEIN, Nancy — *Armas y Poder en América Latina*. México: Ediciones Era, S.A., 1978.
- KOLKO, Gabriel — *The Roots of American Foreign Policy*. Boston: Beacon Press, 1969.

- LEFEVER, Ernest W. — *U.S. Public Safety Assistance: An Assessment*. Washington, 1973.
- LENIN, V. I. — *El Estado y la Revolución*. Barcelona, Espanha: Editorial Ariel, 1975.
- MARX, Karl — *The German Ideology*. New York: International Publishers, 1970.
- *Capital*. Vol. 1. New York: International Publishers, 1974.
- MILIBAND, Ralph — *El Estado en la Sociedad Capitalista*. 5.ª ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 1976.
- PEREZ VILA, Manuel — Alta Policía. *El Nacional*. Caracas, 25-5-79.
- RAMOS, Jorge Abelardo — *Historia de la Nación Latinoamericana*. Tomos I e II. Argentina: A. Peña Lillo Editor, 1973.
- RICO, José M. — *Crimen y Justicia en América Latina*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1977.
- RIERA, Argenis — *The Latin American Police and U. S. Aid*. Sacramento: California State University, 1978.
- RIVAS SANCHEZ, Fernando e REIMANN WEIGERT, Elizabeth — *Las Fuerzas Armadas de Chile: Un caso de Penetración Imperialista*. México: Ediciones 75, 1976.
- RODRIGUEZ, Adolfo — En Venezuela no hay clases. *El Nacional*. Caracas, 9-5-1979.
- VILLALBA, Carlos — *La Justicia Sobornada*. México: Editorial Trillas, 1978.

JUVENTUDE E CRIMINALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E FUTURA *

Manuel Lopez-Rey

Propósito

Em quase todos os lugares a delinquência juvenil, como um problema, é grosseiramente tratada. Por esta razão é que, não obstante esforços bem intencionados, o assunto não é propriamente compreendido, tornando-se matéria de difícil manejo. Na maioria dos países, os critérios prevalecentes, que regem o conceito e confundem o problema, são ainda uma mistura de atitudes sentimentais obsoletas que posicionam o menor em face da família. Teorias psicossociais ou sócio-psicológicas, ainda que já ultrapassadas, quando reformuladas e apresentadas como novas, interessam, relativamente aos novos aspectos, à mecânica dos serviços administrativos e judiciários, bem como ao crescente número de profissionais do campo das ciências sociais. As políticas e os programas sobre delinquência juvenil, que freqüentemente ainda não estão sequer conjecturando em torno de um conceito de criança, de adolescente, não correspondem à realidade de muitos países. Não há dúvida de que às crianças deva-se dedicar tanto mais atenção e cuidado quanto possíveis; mas isso não significa que os meios para cumprir tal obrigação sejam os certos na presente conjuntura histórica, particularmente nos tribunais de menores e, em alguns casos, nos juízos de família ou repartições assistenciais.

Diz-se comumente que o jovem é o capital-reserva da sociedade. Em grande parte isso é verdadeiro, especialmente nos países em desenvolvimento; mas também se aplica a qualquer outro país, em qualquer fase de desenvolvimento. Desse modo, em muitos casos, os adultos constituem o real capital-trabalho, e os velhos o capital já "usado", que rendeu bons resultados. Ainda, particularmente em países desenvolvidos, pessoas idosas são crescentemente molestadas por crimi-

* Tradução de Alexandre Moura Dumans.

nosos juvenis que, lamentavelmente, podem ser escusados a pretexto de serem desajustados ou imaturos (*Lopez-Rey, 1970*).

Em termos mais gerais, a Comissão de Desenvolvimento Social das Nações Unidas, na sua última sessão, em janeiro e fevereiro de 1977, confirmou o ponto de vista acima, enfatizando que as políticas sociais não deveriam ser desenvolvidas de tal modo a fazer com que o jovem apareça em uma posição especial, privilegiada, em comparação com outros grupos da população. Mais significativamente ainda a Comissão assentou que os jovens deveriam ser integrados na política atual e na futura, em níveis nacionais e internacionais. Isso, entre outras coisas, significa maior participação, mas, ao mesmo tempo, maior responsabilidade face a face da sociedade.

Em suma, o freqüente mau uso do termo "capital", quando se refere à necessidade de proteger os jovens, não pode ser considerado. Isso não quer dizer que os jovens devam ser negligenciados. Na realidade, o termo "capital", utilizado para enfatizar o valor dos jovens, reflete a imagem que as sociedades capitalistas usualmente têm dos problemas sociais, isto é, assim dividindo-os. Aparentemente imagina-se que, tratando o assunto de modo separado, em grupos, os problemas podem ser resolvidos mais facilmente. Obviamente isso não é verdadeiro; contudo, serve de propósito para aquela espécie de sociedade. Bastante curioso é que, ao invés do antiimperialismo declarado, a maioria dos países em desenvolvimento ainda tenta manejar o problema da delinquência juvenil de acordo com os conceitos herdados ou copiados de outros.

A conclusão é que, apesar de implementação dos originais conceitos e política ocidentais sobre delinquência juvenil, que produziram bons resultados, sempre historicamente apontados, o momento presente é absolutamente diverso, não só desde a fundação do primeiro tribunal de menores, mas também desde a sociedade industrial que subsistiu até o início de 1950. Seja qual for o grau de desenvolvimento, gostando ou não, todos os países já estão mergulhados na era pós-industrial. E isso clama por uma revisão na conceituação do problema da delinquência juvenil.

É óbvia, então, a necessidade de uma revisão nas políticas e programas existentes. A esse respeito os países em desenvolvimento estão melhor situados que os países desenvolvidos para inovar e, certamente, para introduzir algumas mudanças radicais. A principal razão é que os países desenvolvidos são prisioneiros do próprio desenvolvimento e correspondente sistema, condição esta ainda incipiente na maioria dos países em desenvolvimento. A tarefa, de qualquer modo, não é fácil. Isso implica em uma análise completa das situações em um dado país, decidindo de antemão o que seria utilizado ou excluído, e o que seria criado para reunir as pretensões fundamentais da realidade, no que concerne à delinquência juvenil. O que segue é uma tentativa de

facilitar a tarefa de analisar uma série de fatos e ficções, dentro do limite de espaço destinado a este ensaio. Esse também foi o propósito de minhas conferências na UNAFEI, em 1977. Desnecessário dizer que tal análise tanto se aplica aos países desenvolvidos quanto aos países em desenvolvimento, mas, por óbvias razões, os últimos são tratados com mais detalhes.¹

As Causas

O desumano tratamento dado às crianças, bem como aos trabalhadores e condenados, nos países europeus e nos Estados Unidos, como consequência do rápido e freqüentemente espoliativo desenvolvimento, foi um dos principais fatores que conduziram a uma nova maneira de pensar, no sentido de intensificar e eventualmente opor-se de modo público à exploração perpetrada pelas minorias. O movimento protecionista ganhou força, e o conceito de criminoso ou delinqüente juvenil foi posto em circulação. O conceito afirmou-se quando foi criado, em Chicago, o primeiro tribunal de menores, em 1899. Em alguns países os jovens são tratados por repartições assistenciais, enquanto que em outros os tribunais de família substituem os de menores. A atitude protecionista das minorias encontrou sua expressão mais geral na Declaração de Genebra dos Direitos das Crianças, em 1928, revista em 1948 e reformulada em 1959 pela Resolução n.º 1.386 (XIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas. Desde então foram promulgadas, praticamente por todo mundo, leis que versavam sobre criminalidade juvenil. Desafortunadamente, na maioria dos casos, a quantidade de tribunais e serviços não correspondem à magnitude do problema. Em muitos países os tribunais de menores ou seus equivalentes e correspondentes serviços assistenciais somente existem na capital e em duas ou três das mais importantes cidades. O argumento usual, de que é nas cidades que o problema é mais agudo, não convence.

Parece que em alguns países a delinqüência juvenil está decrescendo. Possivelmente isso é verdade, na medida em que as estatísticas são consideradas. Por outro lado, seria altamente desejável conhecer as razões do decréscimo. Provavelmente isso é bastante atribuível, primeiramente, ao gradual decréscimo da população juvenil, particularmente nas grandes áreas urbanas; e, em segundo lugar, por causa da insistência de muitos, nessas mesmas áreas, em deixar de comunicar uma série de atos que, apesar de tipificados como transgressões juvenis pela lei, são perdoados ou desprezados por muitas pessoas,

¹ As conferências foram parte do 46.º Curso de Treinamento no Tratamento de Delinqüente Juvenil e Criminoso Juvenil, Fuchu, Tokyo, abril-julho/1977, organizado pelo governo do Japão em benefício dos participantes de 15 países.

inclusive policiais e outras autoridades. Novamente aqui podemos verificar a íntima correlação entre mudanças sociais e crises — dois conceitos e fenômenos diversos, mas freqüentemente identificados — e descriminalização não legalizada.

Nos idos de 1950 a situação mundial mudou drasticamente. De um mundo considerado na maioria das vezes como uma salvaguarda ocidental, nós entramos em outro, no qual uma aproximação não ocidental, em relação aos problemas nacionais e internacionais, desempenharia um importante papel. O número de países-membros das Nações Unidas expandiu-se rapidamente com a incorporação de países recentemente independentes, que trazem diferentes objetivos. O termo “desenvolvimento” apareceu na arena da cooperação internacional necessariamente ligado a uma série de problemas, inclusive ao da delinqüência juvenil, que foi tratado como alguma coisa fora do contexto sócio-político. Lembramos que a teoria de uma importante doutrina era, e de algum modo ainda é, no sentido de considerar que os jovens vivem em um mundo particular, deles próprios. Em todos os aspectos, inclusive o psicológico, essa visão foi despedaçada pela transformação do mundo. A maior participação dos jovens foi óbvia nos anos 60 e, desde então, não tem diminuído, em países desenvolvidos ou em desenvolvimento, indistintamente. A sociedade pós-industrial já estava em marcha.

Durante o I Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinqüentes, realizado em Genebra, em 1955, a controvérsia sobre a concepção tradicional de delinqüência juvenil, como um conceito embaraçoso, que condicionava o seu sentido ao cometimento de uma ação criminal real, foi abordado e culminou com uma espécie de paralisação internacional das iniciativas. No II Congresso, em Londres, 1960, a situação mudou, radicalmente, para melhor. As razões foram que, de acordo com as mudanças mundiais, a Secretaria, seguindo também a recomendação do Comitê *Ad Hoc* de Especialistas em Crime e sua Prevenção, decidiu submeter à consideração do Congresso, como problemas intimamente ligados, as novas formas de delinqüência juvenil e tipos de criminalidade resultante das mudanças sociais que acompanham o desenvolvimento econômico nos países menos desenvolvidos; e que o número de países em desenvolvimento participantes do Congresso foi mais expressivo que em 1955 e, pela primeira vez, a União Soviética e outros países socialistas estiveram representados. Resumidamente, as conclusões e recomendações adotadas foram as seguintes: que, como um problema, a delinqüência juvenil deve ser considerada independentemente da estrutura do Estado; que algumas das novas formas de delinqüência juvenil, relevantes sob o ponto de vista da ordem pública, não são sempre denunciadas como um comportamento anti-social sério; que o problema da delinqüência juvenil não deveria ser desnecessariamente abordado; que o significado de delinqüência juvenil deveria ser res-

tringido, tanto quanto possível, a violações às leis criminais e, por essa razão, não deveriam ser criadas ofensas que se referissem a comportamentos irregulares ou desajustados, pelos quais os adultos não pudessem ser processados; que os programas de prevenção da criminalidade deveriam ser intimamente coordenados com uma agência especificamente organizada para esse propósito e que essa agência deveria operar como uma parte integral de um esquema articulado com o plano nacional, social e econômico, desde que, como expressado pelas Nações Unidas, exista uma urgente necessidade de eliminar a compartimentalização do pensamento e integrar objetivos sócio-econômicos em países que vêm suportando acelerado desenvolvimento. Neste Congresso, pela primeira vez, foi reivindicada a necessidade de um conceito próprio de delinquência juvenil, e também onde, pela primeira vez, as conexões entre crime, incluindo delinquência juvenil, e desenvolvimento nacional foram estabelecidas. Desde então ambos os termos constituem uma repetitiva feição das políticas das Nações Unidas na prevenção e controle do crime, no tratamento dos criminosos e na justiça criminal.

Apesar de as recomendações do Congresso serem endossadas pelo Conselho Econômico e Social e comunicadas aos Governos para considerações e possíveis ações, apenas alguns as têm levado em conta; em muitos países o problema da delinquência juvenil ainda é tratado como foi concebido há quase um século atrás. As razões são muitas, mas a de mais relevância é aquela, como foi dito, de que os países desenvolvidos são prisioneiros de suas próprias justificações criminais e de seus sistemas de tribunais de menores ou de família; tal contradição comprovadamente se evidencia em muitos países em desenvolvimento, onde a opinião prevalente entre os planejadores políticos e profissionais é a de que a melhoria material das condições de vida irão abolir ou reduzir consideravelmente o crime e a delinquência; e finalmente que, como um resultado do complexo processo imitativo, em muitos países em desenvolvimento as idéias e políticas ocidentais são freqüentemente o alvo de políticas antiimperialistas. Apesar disso, tais idéias e políticas ocidentais, no que diz respeito à delinquência juvenil e mais especialmente à justiça criminal, não são somente defendidas, mas sempre largamente aplicadas, sem primeiro conferir a validade nacional de tais políticas. Esse estado de coisas é facilitado pelo duplo processo de importação e exportação de teorias e sistemas, no qual errôneas técnicas de políticas assistenciais, tão satisfatoriamente quanto o desejo de "modernismo", atendem a algumas elites profissionais que desempenham significativo papel na vida nacional.

Mesmo uma modesta análise comparativa da legislação nacional sobre delinquência juvenil mostrará que o processo imitativo ainda continua. Muitos países em desenvolvimento, nos anos de 1950 e 1960, aprovaram leis que refletem ou reproduzem as colocações prevalentes

20 anos atrás, em alguns países desenvolvidos. Em um bem intencionado Código de Assistência ao Jovem e à Criança, adotado em 1974 em um país da Ásia, adolescentes e jovens delinquentes são tratados sob o título "Responsabilidade das Crianças", onde está incluído aquilo pelo qual ele deverá desempenhar-se para conduzi-lo à vida honesta e virtuosa, de acordo com as doutrinas de sua religião, com os ensinamentos de seus superiores e com os comandos de uma consciência clara para amar, respeitar e obedecer a seus pais. Em princípio, tudo isso é esplêndido. Por outro lado, mesmo sob o ponto de vista meramente assistencial, pode-se questionar se, em vista das características sociais, econômicas e políticas do país em tela, tais demandas são razoavelmente compatíveis com suas condições, e, mais particularmente, como um grande número de crianças vive em bairros miseráveis da capital e das grandes cidades.

Tanto quanto conheço, a planificação nacional desse país ainda ignora a correlação com o planejamento de prevenção do crime, cometido por adultos ou por jovens. Duvida-se também que o conceito de criminoso juvenil assim entendido, como uma pessoa acima dos 9 e abaixo dos 21 anos de idade no momento do cometimento do crime, ajuste-se à pluralística condição do país. Isto se refere a um país no qual diferenças sócio-econômicas e políticas, entre grupos étnicos, culturas, necessidades e anseios, desempenham papéis diversos ou mesmo opostos. Em tais casos, um conceito nacional uniforme de delinquência juvenil é somente uma ficção legal. Em alguns países de sistema federado essa ficção tem sido evitada ou reduzida, mas em muitos países da América Latina, África e Ásia a ficção tem sido mantida. Somente uma homogeneidade nacional distinta pode, em princípio, justificar a uniformização nacional do conceito de delinquência juvenil. Tal é o caso do Japão.

O que foi dito acima não significa que as idéias, políticas e sistemas ocidentais deveriam ser automaticamente postos de lado, longe disso. Muitas dessas idéias têm trazido grandes benefícios para o gênero humano e algumas delas já integram uma parcela do mundo não ocidental. O impacto positivo, em matéria de delinquência juvenil, foi inegável no começo do século XX. Mas desde então o mundo mudou. Ao invés de sua evolução, cada país preserva muitas das suas próprias características, necessidades e intenções que significam aspectos relevantes na extensão, gravidade e tendências da delinquência juvenil. A aceitação de alguns modelos universais de vida, mesmo entre jovens, não significa que o crime juvenil ou mesmo o crime de adulto, seja a mesma coisa em qualquer lugar.

Talvez um dos mais discutidos elementos para estabelecer-se uma correlação entre o planejamento do desenvolvimento nacional e o planejamento de prevenção do crime e tratamento dos criminosos, bem como o sistema de justiça criminal, seja o estreito caminho no qual

o termo “desenvolvimento” é compreendido pela maioria dos governos; os quais estão mais interessados no crescimento econômico, de onde o produto nacional bruto (PNB) é o mais reverenciado dos símbolos, acima de qualquer outra coisa. Enquanto o crescimento econômico, em alguns aspectos, significa uma melhoria social, em muitos outros significa inegavelmente a deterioração das condições de vida, frustrações, resistência e antagonismo. De regra, a obsessão por um maior PNB agrava algumas formas já existentes de crime e gera diversas outras. A expansão da industrialização e urbanização, geralmente manipuladas por grandes firmas, corporações e empreendimentos variados, tem geralmente trazido um melhor estilo de vida, que não se pode identificar como melhoria material das condições de vida. Educação e serviços sociais têm se desenvolvido praticamente por todos os lugares. E seus efeitos na delinquência juvenil ainda têm sido mínimos. O problema então é determinar a espécie de educação e de serviços assistenciais adequados à sociedade pós-industrial de nosso tempo, tão diferente da sociedade industrial que agasalhou a maioria dos atuais mecanismos de educação e assistência. Sem tentar dramatizar as coisas, o fato é que a imagem dos jovens entre 15 e 20 anos de nosso tempo não corresponde, em quase todos os aspectos, à juventude construída no fim do século passado, e ampliada na primeira década do século XX, com uma série de leis sobre delinquência juvenil, que de muitos modos têm sido transplantadas e imitadas em muitos outros países.

Desafortunadamente, enquanto alguns órgãos de planejamento político das Nações Unidas recomendam aos governos correlacionarem o planejamento nacional com o de prevenção do crime e matérias correlatas, o Comitê de Planejamento do Desenvolvimento afirma reiteradamente a importância da industrialização, a adequada fluência de recursos e comércio, modernização industrial e estimula o gosto pelo progresso aos países em desenvolvimento. Em seus relatórios, no mais recente comunicado da sessão de 1976, não pude vislumbrar clara referência à correlação acima mencionada; nem verifiquei, nas discussões, a participação de outros profissionais, senão daqueles equipados para tratar de matérias econômicas e correlatas. O fato é que o crescimento econômico vem se desenvolvendo há séculos e, até agora, não provocou qualquer efeito visível na redução do crime. Crimes econômicos em nível nacional e internacional, particularmente praticados pelas multinacionais, estão se tornando mais frequentes e sócio-politicamente mais perniciosos do que a maioria dos crimes cometidos pelos indivíduos. Não é de admirar-se que aqueles jovens entre 15 e 20 anos fiquem mais ativos e organizados no cometimento de crimes contra tal estado de coisas, sendo politicamente motivados, ainda que o elemento político não seja percebido por todos eles.

É tempo de a “veneração do PNB” chegar ao final (*T. Fukutake*, 1974). Por outro lado, devemos ter certeza de que isso não significa

uma transferência pela “veneração do bem-estar”, como praticado nos países escandinavos. O problema é mais profundo e consiste em planejar uma espécie de desenvolvimento nacional onde injustificadas desigualdades sejam abolidas.²

A Anatomia da Delinquência Juvenil

Apesar de terem sido firmados, aqui e ali, muitos aspectos relevantes, e demolidas muitas ficções bem enraizadas, advogando-se a revisão dos conceitos e sistemas existentes sobre delinquência juvenil, nenhuma tentativa ainda foi feita para estudar a anatomia do fenômeno, integralmente. Apesar de incompleto, o que se segue é uma geral e visceral exposição dos principais aspectos daquilo que geralmente é considerado um sério problema. Os aspectos examinados são os seguintes:

- 1) a extensão do problema;
- 2) o conceito governante;
- 3) os principais conceitos operacionais suplementares;
- 4) o sistema criado; e
- 5) a validade das teorias e estratégias aplicadas.

1) A Extensão do Problema

O número de pessoas envolvidas como principais protagonistas e o tamanho do grupo a que pertencem oferecem bases razoáveis para avaliar a magnitude do problema da delinquência juvenil. Tanto quanto possível, os países relatados são representativos de vários tipos. Desde o Curso que teve lugar na UNAFEI se tem dado preferência a países da Ásia.³

Qual o número de delinquentes juvenis? Antes de tentar responder à questão, cumpre destacar as anotações seguintes: uma distinção entre delinquência masculina e feminina deve ser feita; seus respectivos números são em geral igualmente divididos. A razão para a distinção é que as mulheres são menos delinquentes que os homens. A proporção entre jovens (homens e mulheres) vivendo em áreas

² Seria interessante saber se o Centro para Desenvolvimento, Planificação, Projetos e Políticas, do Departamento de Serviço Social, do Secretariado das Nações Unidas, tem levado em conta a correlação aqui mencionada.

³ Entre os participantes havia representações da Etiópia e do Equador, que justificam a inclusão da correspondente informação. Todas as estatísticas são tiradas de publicações das Nações Unidas e outras mencionadas na seleção bibliográfica selecionada e estão em números redondos.

urbanas e rurais deve ser determinada, de vez que a delinquência juvenil é muito mais um fenômeno urbano. Deveria, finalmente, ser considerado delinqüente juvenil apenas aquele que cometesse um ato que, praticado por um adulto, autorizaria uma perseguição criminal. Com essa orientação, ficam excluídos jovens meramente necessitados de atenção ou assistência, que não cometeram nenhuma ofensa criminal. A inclusão desses jovens, além de estabelecer o corrente equívoco de considerar como delinqüentes pessoas que não o são, inflaria enormemente o número de criminosos juvenis em qualquer país. Isso não significa que criminosos, jovens ou adultos, não são geralmente carentes de ajuda. O exposto acima mostra claramente a futilidade de calcular a extensão do crime pelos índices que se referem a toda uma população de um dado país com 100.000 habitantes.

Qual a média percentual de criminosos juvenis entre os menores? Isso varia em cada país, nunca é permanente, e difere visivelmente em áreas urbanas e rurais. Em cada país uma diversidade de fatores tais como a situação familiar, padrões de vida, educação, condições de trabalho, atitudes da comunidade ou vizinhança, etc., desempenham um papel. Diz-se, ainda, que em alguns países, particularmente nas áreas urbanas, um em cada três rapazes se transforma em delinqüente de uma forma ou de outra. Em outros países, as percentagens são entre 15 e 20. Em determinadas áreas subdesenvolvidas a proporção é algumas vezes entre 1 e 5 por cento. Após comparar uma série de estudos e levar em conta minhas próprias investigações em muitos países, na qualidade tanto de especialista das Nações Unidas, como de professor, eu acredito que uma estimativa moderada, em tese, pode ser aplicada à vasta maioria dos países: 10 em 100 garotos cometeram ao menos uma ofensa criminal, quando se encontram entre as idades já mencionadas.⁴

A figura dos dez por cento é propositadamente moderada e, com algumas reservas especialmente concernentes às mais subdesenvolvidas áreas ou países, deve ser considerada como uma medida geral que, desnecessário dizer, deverá ser ajustada de acordo com as circunstâncias nacionais ou regionais. Conseqüentemente existe o seguinte quadro:

⁴ Os países nos quais seleccionei a maioria de minhas informações são: Reino Unido, República Federal da Alemanha, França, países escandinavos, Holanda, Estados Unidos, Guatemala, Colômbia, Equador, Porto Rico, Venezuela, Egito, Síria, Turquia, Irã, Índia, Tailândia, Hong-Kong, Japão, Quênia e Nigéria. Admite-se que algumas das informações não são recentes, mas com toda probabilidade os índices então obtidos estão mais abaixo que os atuais.

Quadro I — População Juvenil — Faixa Etária de 10 a 19 anos

Ano	País	Tot. Pop. (mil.)	10 / 14	15 / 19	%
1969	Quênia	11	1.400.000	1.200.000	24
1973	Marrocos	16.5	2.100.000	1.700.000	23
1974	Canadá	22.5	2.400.000	2.700.000	23
1973	Costa Rica	1.9	280.000	230.000	27
1974	México	60.2	8.000.000	6.500.000	24
1974	Argentina	25.5	2.300.000	2.210.000	18
1974	Brasil	104.3	13.000.000	11.200.000	23
1974	Equador	6.7	880.000	705.000	24
1973	Venezuela	11.5	1.600.000	1.300.000	25
1974	Estados Unidos	212	20.800.000	20.800.000	20
1975	Hong Kong	4.4	540.000	530.000	24
1974	Índia	587	71.000.000	62.000.000	23
1971	Irã	30	3.900.000	3.100.000	23
1974	Japão	112	8.200.000	7.800.000	14
1972	Coréia	33	4.500.000	3.500.000	24
1971	Nepal	12	1.300.000	1.100.000	20
1976	Filipinas	43	5.600.000	5.100.000	25
1974	Cingapura	2.3	286.000	282.000	25
1970	Tailândia	34.5	4.600.000	3.800.000	24

Obs.: Os dados sobre Burma, Sri Lanka e Etiópia estão incompletos.

Nos Estados Unidos a estimativa mostraria um número não inferior a 2.100.000, a qual, obviamente, está bem abaixo do atual número. Se aplicada à URSS, onde somente escassos detalhes são examinados (*Lopez-Rey*, 1970), a estimativa seria de 2.500.000, que bem provavelmente será refutada por aquele país.

Ao invés de serem moderadas, as estimativas são expressivas e com toda probabilidade serão tidas como exageradas. Se comparadas com estatísticas oficiais elas mostram quase claramente que o número de delinqüentes juvenis masculinos, tratados pelos tribunais de menores ou de família ou qualquer outro serviço, é, em alguns países, mínimo; e em muitos outros ainda mais modesto. A esse respeito deve-se lembrar que em muitos países em desenvolvimento os tribunais de menores e serviços equivalentes somente existem na capital e nas mais importantes cidades. Desnecessário dizer que as estimativas seriam ainda mais altas, se tivesse sido utilizado o aventado conceito de delinquência juvenil.

Quadro II — Número de Delinquentes Juvenis Masculinos em Alguns Países Seleccionados

Ano	País	número
1975	Hong Kong	53.300
1974	Índia	6.650.000
1971	Irã	350.000
1974	Japão	800.000
1972	Coréia	400.000
1971	Nepal	120.000
1975	Filipinas	535.000
1974	Cingapura	28.400
1970	Tailândia	420.000
1974	Equador	80.000

Para uma correta avaliação da extensão e gravidade da delinquência juvenil masculina deve ser levado em conta o seguinte:

a) em grande número de casos, provavelmente não menos que 50 por cento, as ofensas cometidas são furtos, danos e alguns atos imorais; a maioria deles sem grande importância;

b) geralmente a ofensa não é repetida ou habitualmente cometida;

c) o transgressor juvenil pode parar de cometer a transgressão ou transgressões por si mesmo, sem intervenção de qualquer pessoa ou autoridade, isto é, sem receber qualquer espécie de tratamento. Em alguns casos basta que a transgressão seja suspeitada para fazê-lo desistir do seu cometimento, ou simplesmente novos incentivos atraem seu interesse. Em outros casos um sentimento de vergonha ou um crescente senso de responsabilidade será suficiente. A atitude da vítima também pode ser um fator decisivo;

d) aparentemente, em alguns países o descarte dos casos atua como uma restrição. No Japão o número de casos rejeitados pelos tribunais de família é muito alto. Qual a extensão desses casos neste ou naquele país tem sido objeto de estudo, que o autor não está capacitado a determinar;

e) obviamente a excessiva criminalização de condutas em muitos sistemas penais também ajuda a explicar o grande número de transgressores. No presente, em muitos países, existe uma tendência em favor da descriminalização de muitas condutas, embora incorretas as razões invocadas. De qualquer modo, nenhum processo de descri-

minalização pode prescindir de outro simultâneo, de criminalização, visto que ambos os processos são conseqüências das mudanças ou mesmo de crimes de caráter social, econômico e político. Atualmente, enquanto a criminalização só pode ter lugar seguindo certos processos legislativos ou legais, a descriminalização tem sido sempre uma prática cotidiana, seja em relação a menores ou adultos, pelas vítimas, pelas partes interessadas e por autoridades das mais variadas categorias. Muito freqüentemente o crime juvenil, se não é grave, é desculpado por razões nem sempre cabalmente justificadas. Em outras ocasiões ele é oficialmente desculpado por razões que se espera serem sempre as melhores. Em outras palavras, a lei criminal deve ser observada, mas nunca deve ser interpretada literalmente e, ainda menos, aplicada sem uma certa avaliação de todas as intenções, necessidades e valores envolvidos. Por outro lado, nenhum sistema penal está capacitado a combater, em condições de igualdade, o vasto número de pessoas indiciadas, acusadas e condenadas, mais aquelas liberadas condicionalmente ou sob qualquer outra forma de supervisão.

Desde que o crime não pode ser abolido, ainda que no futuro venha a ser denominado diferentemente, a observação acima suscita a inicial questão do volume de crime que um determinado país, em um determinado período de tempo, pode suportar, sem ser seriamente conturbado. Curiosamente, essa questão, que é antecedente de muitas outras, dentre as quais prevenção, tratamento e criminalização, tem recebido pouca atenção. Habitualmente ela tem sido abordada nos estudos concernentes ao custo do crime, que quase sempre simplificam demasiadamente o problema. Em relação à delinquência juvenil o assunto merece integral atenção, de vez que, nos países menos desenvolvidos, os jovens, em algumas décadas, não somente excederão em número os adultos, mas também determinarão o caminho pelo qual o plano de desenvolvimento nacional será conduzido; a criminalidade deles, jovens, aumentará particularmente nas suas formas violentas e nas áreas urbanas.

A extensão do crime juvenil feminino ainda é de mais difícil pesquisa, porque o papel desempenhado pelas mulheres em geral e pelas meninas em particular varia grandemente de país para país. Minhas pesquisas, em alguns dos já mencionados, mostram que em alguns países da Arábia e da América Latina a relação é geralmente de 30 a 40 meninos para cada menina. Provavelmente em alguns desses países a proporção tenha se alterado nos últimos anos, como resultado da comumente chamada mudança social. Na tentativa de determinar a proporção da criminalidade juvenil feminina, são aplicáveis as anotações concernentes à criminalidade juvenil masculina. De acordo com alguns dos documentos submetidos ao 46.º Curso da UNAFEI, a proporção entre meninos e meninas parecia variar dentro do mesmo país, o que é absolutamente lógico, em face de todos os

fatores envolvidos. Como ocorre quando se trata de delinquência juvenil masculina, as informações submetidas referem-se muito mais às áreas urbanas. Em países como Hong Kong, Cingapura e mesmo Porto Rico, essa é a regra geral, de vez que os três são praticamente “países urbanizados”. A situação, de qualquer modo, é muito diferente na vasta maioria dos países do assim chamado Terceiro Mundo.

Se a proporção moderada de 1 para 20 é fixada em bases estatísticas (quadro II), o quadro seguinte (III) também dá uma idéia aproximada da extensão numérica da criminalidade juvenil feminina:

Quadro III — Número de Delinquentes Juvenis Femininas em Alguns Países Seleccionados

Hong Kong	2.665
Índia	332.500
Irã	17.500
Japão	40.000
Coréia	20.000
Nepal	6.000
Filipinas	26.750
Cingapura	1.420
Tailândia	21.000
Equador	4.000

Novamente, com toda probabilidade, os números serão considerados um tanto quanto excessivos. Antes de rejeitá-los, deve ser lembrado — sem pretender que a maior participação das mulheres em todos os aspectos da vida as façam tão criminosas quanto os homens — que na prática, a menos que a ofensa seja grave, as meninas ainda são beneficiadas por alguns privilégios, por parte da acusação. Nos países desenvolvidos a criminalidade feminina tem aumentado, particularmente sob algumas de suas formas violentas, e geralmente por razões políticas. É possível que seja prematuro dizer que o mesmo esteja ocorrendo em todos os países em desenvolvimento. Mas, a menos que sejam incrementadas políticas de desenvolvimento em planos nacional e regional, a criminalidade juvenil feminina também aumentará. Além disso, somente com políticas assistenciais, a prevenção ficará mais propriamente limitada. É sintomático, nos países desenvolvidos, o número cada vez mais crescente de meninas que fogem de casa. E no Japão, de acordo com os dados fornecidos pela Agência Nacional de Polícia, não é exceção. Fugir de casa não deveria ser considerado delinquência. Mas as meninas evadidas do lar, quando capturadas, são postas sob custódia protecionista e são levadas aos tribunais de menores ou de família, fazendo concluir, *prima facie*,

que esse ato (fugir de casa) é considerado como ato delinquent. Em muitos países, documentos e estatísticas oficiais não fazem específica referência à delinquência juvenil feminina, englobando-a com a masculina, um procedimento que, pelas razões já firmadas, não é recomendável.

A urbanização e a delinquência juvenil estão frequentemente ligadas entre si. E muito provavelmente essa correlação será ainda maior se o processo de urbanização não for corrigido por uma planificação melhor. Em alguns países, a urbanização tem conduzido ao que se denominou “vasto apoderamento de terras”, pelas grandes corporações, empreendimentos e agências imobiliárias, como uma forma de investimento de pouco controle por parte dos governos. Temos, como resultado, que quando esses últimos tentam realizar grandes projetos de habitação encontram dificuldades e alto custo. Uma das piores falhas tem sido a construção de enormes blocos de apartamentos, que suprem a falta de abrigo mas não a falta de lar, o qual oferece proteção em face de eventuais frustrações, antagonismos, falta de privacidade e, a longo prazo, da desintegração dos laços familiares.

No começo dos anos 70, ao Sul e Leste da Ásia, 20% da população total já estavam vivendo nas áreas urbanas e, na maioria das vezes, em condições indesejáveis e apavorantes. Entre 1970 e 1975 não menos que 56 milhões de pessoas migraram das áreas rurais para as urbanas. O trabalhador nem sempre traz a família consigo e essa separação usualmente agrava a situação que já era insatisfatória. Desse modo, o pernicioso efeito da migração urbana é duplamente verificado, a menos que tais famílias deixadas para trás fossem amparadas por familiares — na maioria dos casos iguais ou mais desprivilegiados — ou por serviços sociais, que são geralmente escassos nas áreas rurais.

Nas Filipinas, enquanto em 1970 a população total estava aumentando na razão de 3,4% anualmente, o crescimento no setor urbano era duas vezes mais rápido. Isso em razão do alto índice de migração e do natural crescimento dos índices de fertilidade das cidades filipinas, que, apesar de mais baixo do que nas áreas rurais, permanecia alto.⁵ Em Seoul, em 1975, havia não menos que 160.000 unidades posseiras, com aproximadamente 1,5 milhões de pessoas, quase 1/4 da população total da capital, vivendo em condições indesejáveis.⁶ Não há dúvida de que nesses países, como em muitos outros, os governos tenham empreendido uma série de planos e programas para prevenir ou reduzir os nocivos efeitos de tais condições. Por outro lado, tenho-me surpreendido ao vislumbrar que as iniciativas tomadas têm levado em conta a necessidade de correlacionar o

⁵ Para detalhes sobre fatores contributivos para a delinquência juvenil, veja *Manila: The Face of Poverty*, de M. R. Hollensteiner e M. Elena Lopez, em *Asia Urbanizing*, citada na bibliografia.

⁶ Veja *The Seoul Phenomenon*, de Chung Hyun Ro.

planejamento urbano e nacional com o planejamento da prevenção do crime e tratamento de criminosos, de acordo com as recomendações das Nações Unidas. É das favelas que surgem diversos crimes (porém não todas as espécies de crimes) e, ainda, com exceção do Japão, elas existem em muitas cidades do mundo. A maioria das cidades japonesas são agregações de "villages" e a sobrevivência de algumas de suas características explica a exceção.

Na América Latina e África, o impacto quase anárquico do crescimento urbano já tem contribuído para o aumento do crime e das dificuldades para o próprio funcionamento não somente dos tribunais de menores, mas também dos serviços sociais. São Paulo, Rio de Janeiro, Lima, Caracas, Bogotá, Cidade do México, San Juan, Lagos e Nairobi mostram claramente a íntima relação entre certas formas de expansão urbana e o aumento da criminalidade juvenil. Digo certas formas porque, ao contrário do que é difundido e acreditado, o crescimento urbano, por si só, não é um fator condicionante do crime, mas o caminho pelo qual ele é trilhado.

Reconhecidamente a linha divisória entre urbano e rural é por vezes nebulosa e, em alguns casos, arbitrariamente imposta por critérios e regulamentações sem qualquer afinidade com a realidade contemporânea. Pode-se dizer que urbano significa tanto uma forma particular de ambiente habitacional quanto de vida, na qual o número, a concentração e o ritmo de vida das pessoas desempenham um papel primário. Sem entrar em muitas especificações, a vida urbana é caracterizada não só pela numerosa população, mas também pelas relações superficiais entre pessoas e grupos, relações essas sempre padronizadas. Também é caracterizada pelo maior dispêndio de tempo no transporte; pela maior viabilidade de educação, de assistência médica e outras facilidades, que nem sempre são acessíveis ou adequadas; pela renda mais alta e maiores despesas, algumas das quais como consequência de uma sociedade de consumo; e pela substituição de uma verdadeira comunidade por uma vizinhança urbana. A distinção entre essas duas últimas é de relevante importância, de vez que o termo comunidade é freqüentemente usado nas reuniões nacionais e internacionais sobre a prevenção do crime e o tratamento de criminosos, sem levar-se em conta que existem diferentes espécies de comunidades, dentre elas aquela constituída por uma vizinhança urbana que nem sempre é capaz de prover a cooperação recomendada pelos participantes dos congressos, seminários, etc. Apesar de intimamente relacionados, os termos comunidade, vizinhança e participação pública significam coisas diferentes. A importância da distinção é expressada no seguinte quadro:

Quadro IV — População Masculina e Feminina, Urbana e Rural, entre 10 e 19 Anos de Idade

Ano	País	Urbana (mil.)	Rural (mil.)
1970	Coréia	3.300	4.300
1971	Nepal	102	3.300
1970	Filipinas	3.000	6.100
1971	Índia	25.000	91.000
1971	Irã	3.000	4.100
1973	Iraque	1.600	1.100
1974	Equador	675	990

Esses exemplos mostram que as políticas, programas e mecanismos destinados a lidar com delinquência nas áreas urbanas não devem ser automaticamente utilizados nas áreas rurais. Como tenho dito, a maioria dos países em desenvolvimento são sociedades pluralísticas. E esse pluralismo é usualmente mais enfatizado nas áreas rurais. Em países como a Indonésia e Índia, ele é representado por algumas centenas de grupos étnicos geralmente muito distintos em seus valores, necessidades e instituições inerentes. Melhor do que tentar suprimi-las, é utilizá-las, tanto quanto possível, na prevenção e tratamento de criminosos juvenis. A esse respeito os *panchayats* devem contribuir para ambos os propósitos. Alguns países levaram quase 100 anos para desenvolver um sistema nacional de tribunais de menores; muito provavelmente o mesmo ocorrerá com a maioria dos países em desenvolvimento (qualquer que seja a aceleração de seu progresso), com resultados que não parecem ser satisfatórios apesar do grande investimento envolvido. Obviamente o crescimento urbano traz vantagens. Mas também traz muitas desvantagens que afetam seriamente a família e a vida individual, e, conseqüentemente, a delinquência juvenil. A fuga dos centros populacionais urbanos está aumentando bastante em alguns países. Entretanto, os subúrbios, que eram de início relativamente livres de crime juvenil, prontamente passam a "produzi-lo", geralmente em algumas de suas formas mais viciosas. As áreas urbanas semidesocupadas transformam-se em espaço vazio para o vandalismo, assaltos e mendicância. Em muitos casos as vítimas pertencem aos grupos menos privilegiados da sociedade, para os quais a falta de efetivo acesso à assistência social parece correr paralelamente ao êxodo urbano.

Desde que os jovens passaram a compor metade da população mundial (45% em alguns países em desenvolvimento), o impacto numérico de seus desvios no crime, particularmente nos crimes vio-

lentos, é manifesto. Como o crime juvenil não está condicionado pelo fator populacional, não tem ele diminuído nos países desenvolvidos, onde a população juvenil vem invariavelmente decrescendo há anos. A menos que alguma coisa seja feita por uma melhor espécie de desenvolvimento, o mesmo acontecerá com os países em desenvolvimento, cujas populações começarão a declinar de 1895 em diante, de acordo com projeções bem estabelecidas.

2) O Conceito de Delinquência Juvenil

De acordo com minhas análises, o conceito abrange: ociosidade descontrolada, indolência crescente, uso de linguagem obscena ou vulgar, perambulação pelas ruas ou pátios ferroviários, fumar, mendigar, vagabundear, entregar-se a irregularidades sexuais, atos imorais ou qualquer outra forma de vício, buscando noites de prazeres, frequentemente em salões de bilhar ou locais similares, fugindo de casa, faltando à escola, violando qualquer estatuto provinciano, estando fisicamente debilitado, mal ajustado, desajustado, retardado, negligenciado, abandonado, vitimado ou necessitado de cuidados médicos ou assistência, exibindo conduta extravagante, portando uma faca ou qualquer outro tipo de arma, submetido a degradação moral, comportando-se de qualquer modo que provoque distúrbio social, etc., e cometendo uma ação delituosa.

Essas e muitas outras ações e condições similares são geralmente consideradas pré-delinquentes, delinquentes em potencial, pré-criminosas ou propensas à delinquência. Até agora nenhum conceito claro do que seja pré-delinquência foi formulado. Na opinião dos doutrinadores o único conceito válido é aquele que entende a pré-delinquência como uma associação com criminosos conhecidos.

A imagem emergente é aquela da sociedade industrial liberal, na qual valores, normas e estereótipos subsistem para seu próprio benefício. Nos últimos vinte anos a sociedade pós-industrial vem transformando essa imagem, ora lenta ora rapidamente. Tais características são apontadas pelos autores ocidentais, e seria uma pena se os profissionais e políticos dos países em desenvolvimento as considerassem admissíveis em relação a seus países.

A imagem da juventude, criada no início do século, foi prontamente fomentada pela psicologia, psiquiatria e sociologia, individualmente orientada, atingindo o apogeu nas décadas de 30 e 40, especialmente nos Estados Unidos, Escandinávia, Alemanha e outros países ocidentais. Suas influências estenderam-se por todos os lados porque o mundo era então, política e economicamente, um mundo sob a dominação ocidental. A transformação começou logo após a Segunda Guerra Mundial. Desde então o termo mudança social tem sido usado para expressar todas as coisas, inclusive delinquência juvenil.

Bem no início do século existia uma errônea identificação entre mudança social e crise. A primeira refere-se às mudanças do mundo, que está sempre mudando de um modo ou de outro, enquanto na segunda o sistema de convicções pertencentes à geração precedente cede lugar para um diferente estado, no qual o homem permanece sem essas convicções, e, ainda por algum tempo, não é capaz de construir um mundo novo (*Ortega e Gasset*, 1958).

Isto está acontecendo agora e influenciando na reconstrução. Um grande número de pessoas, de acordo com a legislação existente, deveria ser considerado como delinquente juvenil. O fenômeno ocorre no mundo capitalista e marxista e, de modo mais acentuado, no chamado Terceiro Mundo.

O conceito mais geral de delinquência juvenil tem sido circunscrito por um sistema de limites de idade, dentro do qual cada pessoa é tida como carente de maturidade, discernimento e de um senso de responsabilidade social. Em muitos casos o limite mais alto é de 20 a 21 anos de idade e, geralmente, aqueles abaixo destes limites são divididos em subgrupos. Todos eles ainda desafiam uma interpretação razoável.

A análise dos limites mostra a influência de uma variedade de teorias de desenvolvimento psicológico e físico, ou simples processo imitativo entre profissionais e políticos dos respectivos países. Consequentemente a idade limite máxima de 18 anos tem sido adotada por países tão diferentes e sempre contraditórios em suas próprias características, necessidades e objetivos como Suécia, Colômbia, Áustria, México, França, Jordânia, Turquia, Iugoslávia, Malásia, Irã, Suíça e Tailândia.

A questão crucial é saber o que aconteceu durante o último segundo, que marca a passagem do limite compreendido entre a total falta de responsabilidade, maturidade, discernimento, etc., e o início daquela que faz o menor inteiramente responsável. Pode-se argüir que os limites estabelecidos pela lei têm um propósito prático, mas a verdade é que a responsabilidade ou a falta desta não podem ser aferidas *a priori* em bases tão gerais. A responsabilidade deveria ser individualizada, tanto quanto socialmente estabelecida. Daí a necessidade de aplicar o princípio da individualização em todos os casos, ainda que se refira à criminalidade juvenil ou adulta.

3) Os Principais Conceitos Operacionais Complementares

Há causa ou fator, prognóstico e tratamento. Não é minha intenção adentrar em uma análise detalhada, o que já fiz em outra ocasião (*Lopez-Rey*, 1970 e 1973). Basta que se diga que em relação ao conceito de causa ainda existe uma grande confusão com os conceitos de causação e causalidade. Entende-se usualmente por causa o antecedente imediato de alguma coisa que, como tal, é múltiplo na

maioria dos casos. Como antecedente, ele nem sempre conduz ao mesmo tipo de ação e menos ainda de conduta. Causação refere-se ao processo iniciado pelo impacto de uma variedade de causas geralmente não relacionadas, um processo sempre variado e que inicia uma trajetória em direção a um resultado particular. Ainda que as variáveis envolvidas sejam as mesmas — um termo relativo — o evento resultante da causação não é sempre idêntico. Essa trajetória constitui a causalidade, a qual, em raros casos, pode ser claramente estabelecida. Incidentalmente, essa não é a causalidade material, usualmente referida pelos advogados criminais, quando tentam determinar se um crime específico deve ou não ser imputado a uma pessoa, ou pessoas, em particular.

A trílogia do meio ambiente, tendência a personalidade, ainda tão amplamente aceitável em criminologia, constitui, no máximo, uma excessiva simplificação. Assim também entendia o autor há muitos anos atrás. A personalidade, por si só, não pode explicar todos os aspectos do comportamento humano, inclusive o criminal, que pode estar em clara contradição ou pouco relacionado com as peculiaridades indicadas na personalidade do criminoso. O escape usual e determinar como ação causal meio ambiente e tendência. Mas aqui novamente encontramos sérias dificuldades, quando tentamos estabelecer o que constituem tendência e meio ambiente de uma dada pessoa.

Certamente as causas sempre existem, mas, no que concerne a comportamento humano, não podem elas ser manipuladas do mesmo modo como as ciências naturais ou em simplificadas teses de psicologia ou sociologia; nem podem ser baseadas em resultados obtidos em laboratórios de testes, através de comparação entre comportamento humano e o animal. Isso ainda é “cientificamente” feito por *Eysenck* e muitos outros. Em outras palavras, causa, comportamento e ação são coisas relacionadas, mas diferentes entre si. Das três, a ação tem sido o principal objeto da pesquisa criminológica, pela simples razão de ser a de mais fácil determinação e, conseqüentemente, mais fácil para investigar. Corretamente foi dito, já faz alguns anos, que a tentativa para elucidar as causas do crime, juvenil ou adulto, deveriam ser postas de lado (*Leon Radzinowicz*, 1961). Como alguma coisa mais de acordo com o caráter sócio-político do crime, os fatores condicionantes da criminalidade juvenil são poder, desenvolvimento, desigualdade, condição humana e sistema penal (*Lopez-Rey*, 1973). Na determinação de suas funções os conceitos de correlação, probabilidade, risco e chance, com a ajuda da cibernética, desempenharão, em futuro imediato, uma parte elementar. Tal desempenho, contudo, pressupõe um conceito de justiça social penal que, até agora, não tem sido ventilado (*ibidem*).

O que se disse acima conduz à conclusão de que os quadros de prognósticos e a preferência pertencem a uma criminologia enquadrada em um tipo de sociedade que está rapidamente desaparecendo.

Mutatis mutandis o mesmo se aplica para o tratamento, no qual o alvo é quase invariavelmente a recuperação do criminoso. Mesmo quando o termo não é usado, o objetivo de readaptar, de acordo com os valores fundamentais, normas e predicados, está presente. O fato é que tratamento é freqüentemente considerado como funcional, em harmonia com os interesses profissionais e científicos e abordagens que, apesar de relevantes, não são as únicas a serem consideradas. O conceito de tratamento, como também o de prevenção e de criminoso juvenil, é historicamente condicionado, e nem todas as formas de tratamento (a maioria das quais originadas dentro da estrutura da sociedade liberal-industrial) são aceitáveis. A seguinte questão deve esclarecer meu raciocínio: podemos nós sinceramente pensar que muitos dos jovens que mais e mais ativamente participam da transformação da sociedade ou, mais modestamente, que resistem às pressões de família ou grupo, devam ser considerados delinquentes porque fogem de casa, são promíscuos, recusam-se a obedecer a seus pais, provocam reclamação educacional ou outra, levam vida irregular ou, sem cometer uma ação delituosa, são obviamente hostis a alguns dos valores e normas fundamentais? Os menores, nos casos de uso de drogas, alcoolismo e associação com criminosos, devem ser tratados sem que sejam rotulados como delinquentes.

Iniciativas assistenciais são necessárias. Entretanto mais que freqüentemente os direitos assistenciais se contrapõem aos direitos humanos. Isso suscita a questão dos limites do tratamento, a qual ainda não foi solucionada; parte pelo modo como a reabilitação ainda é concebida e parte em razão de os profissionais sempre considerarem métodos científicos justificáveis em todos os casos.

4) O Sistema

O conteúdo quase ilimitado do conceito de delinquência juvenil, como alguma coisa diversa do crime de adulto, exigiu um mecanismo que só existe no papel ou de modo fragmentário. As principais variações do mecanismo criado foram os tribunais de menores ou de família e os serviços assistenciais. A principal exceção é Burma, com seus comitês.

Na Índia, até agora, nem todos os estados promulgaram leis de menores, de acordo com o Código Central de Menores, de 1960. Em minhas repetitivas visitas ao país, admirei os esforços empreendidos para incrementar a situação. Mas os dados estatísticos e não estatísticos mostram claramente que o sistema de tribunais de menores ainda não alcança envergadura nacional. O mesmo ocorre no Irã, onde alguns anos atrás adverti que a Lei de Delinquência Juvenil de

1959, por mais ampla que fosse sua implementação, mas operando ainda somente nas cidades mais importantes, jamais renderia os resultados esperados. Quando visitei a Tailândia pela última vez, somente três tribunais haviam sido criados. Um outro havia sido acrescentado, mas o dado avaliável refere-se muito mais a Bangkok. No Paquistão, o que existia nos anos 60 tem sido aperfeiçoado, mas nenhuma das várias leis de menores foi, até agora, implementada. Em Burma, após a introdução do Sistema de Administração Socialista em 1972, os tribunais de menores foram substituídos pelos Comitês de Assuntos Judiciais do Povo, sendo certo que seus membros são eleitos pelo voto popular. A estatística submetida ao 46.º Curso referia-se a Rangoon, onde em 1975 o número de criminosos juvenis tratados foi 2.032; em relação ao resto do país a estatística mostrou somente 387. O documento de apresentação das Filipinas contém estatística somente relativa à área metropolitana, com bem mais que cinco milhões de habitantes; o número de criminosos juvenis tratados em 1976 foi de 6.417. Em Cingapura e Hong Kong a abrangência nacional é efetiva e o mesmo acontece com o Japão, com os Tribunais de Família, cujas atividades são suplementadas por um extensivo sistema de reabilitação, nos quais a participação voluntária desempenha um importante papel. Ainda mesmo nestes três últimos países é óbvio que o problema do crime juvenil requer uma nova abordagem. Em Nepal, a legislação sobre delinquentes juvenis está sob consideração.

Na América Latina a situação não é nada animadora. Praticamente todos os países possuem legislação sobre delinquência juvenil mas, como regra, os tribunais de menores existem somente nas capitais e grandes cidades. Como exemplo, podem ser citados Bolívia, Peru, Guatemala, Equador, México e Colômbia. Instituições e grupos profissionais dedicados ao tratamento dos jovens existem nas grandes áreas urbanas. Como em tantos outros países, os juizes ou tribunais de jurisdição ordinária tratam com jovens, levando em conta, tanto quanto possível, as leis relativas à delinquência juvenil. No Brasil a situação melhorou com a organização da Funabem, uma Fundação Nacional de Bem-Estar que, através de uma série de acordos com os Estados, tem difundido cuidados e assistência aos menores.

Na África, usualmente os tribunais de menores e correspondentes serviços e instituições apenas abrangem áreas limitadas. Na Nigéria, Chade, Mauritânia e Mali não havia tribunal de menores no início dos anos setenta e não parece que a situação tenha mudado muito desde então. Nos outros países da África os tribunais de menores atuam nas capitais e, raramente, em outras áreas urbanas. No Oriente Médio, o Egito introduziu o sistema de tribunais de menores a partir de 1905. Os tribunais de menores da Síria são geralmente presididos por juizes de jurisdição comum, mas são considerados os privilégios dos menores, em razão de instituições especiais. Minha impressão pessoal, nos anos sessenta, foi de que os tribunais de menores que

operam em Damasco, Hana, Alepo, estavam bem organizados. A situação é bem menos satisfatória no Líbano e na Jordânia.

Em muitos países, não obstante os esforços empreendidos, a mecânica dos tribunais de menores é fragmentária. Muitas são as razões: falta de recursos financeiros, sistema penal defeituoso, a diferença entre áreas urbanas e rurais, políticas de desenvolvimento autoritárias e sobretudo, talvez, a prevalente política de insegurança da maioria dos países em desenvolvimento. Com relação a estes últimos deve-se admitir que, mesmo onde o regime ditatorial tem assegurado estabilidade política, o sistema de tribunais de menores, geralmente, tem se expandido. Talvez uma das razões seja que em alguns casos a atitude rebelde dos jovens, especialmente os estudantes, tem discriminado os regimes impostos que os consideram como carentes de maturidade. Neste particular, os líderes de tais regimes andaram certo.

5) *A Validade das Teorias e Estratégias Aplicadas*

Muito pouco resta a ser dito: a maioria das teorias e estratégias refletem idéias, valores, normas, intenções e conceitos profundamente enraizados em uma espécie de sociedade que está rápida e gradualmente desaparecendo, mesmo em alguns países em desenvolvimento e, eventualmente, desaparecerá em todos os demais. A solução não repousa em negar tudo aquilo que tem sido feito, mas sim em tentar criar um sistema que leve em conta as peculiares características, ânimos e planificação de cada país, ao invés de transplantar "melhores" modelos estrangeiros, apesar de serem eles úteis em alguns aspectos. Seria conveniente lembrar que a maioria das teorias foram desenvolvidas por profissionais geralmente eminentes, mas na maior parte das vezes criados do mundo ocidental, o qual, apesar de seu progresso econômico, técnico, científico e industrial, não representa o mundo todo.

As teses sobre delinquência juvenil, como uma expressão da subcultura juvenil ou de lares desfeitos e conseqüente privação de amor paternal ou maternal, mais do que freqüentemente são tiradas de estereótipos ocidentais. O equívoco da teoria da subcultura foi evidenciado quando a juventude, no início dos anos 50, tomou parte no processo de transformação da sociedade, reclamando uma reconsideração fundamental de muitos valores e normas, observadas em sua maioria, mas, apenas externamente. A era receptiva da juventude findou; e nos anos 60, em muitos países, foi substituída por outra na qual a população jovem entre 14 e 21 anos é sócio-politicamente ativa.

Anacronicamente, os conceitos e respectivas leis sobre delinquência juvenil ainda estão considerando os jovens como imaturos, desajustados, etc., e, sobretudo, sem qualquer responsabilidade. Quanto a lares desfeitos e carência de amor parental, o suporte de tais conceitos e leis não leva em conta que, inobstante lares e amor serem necessários, as crises dos anos 50 exigiram uma nova visão de ambos.

Estereótipos de lar e amor parental pertencem ao passado. Isso não significa que eles devam ser lançados ao mar como sugestões pseudo-radicais, mas que, psicologicamente, sociologicamente, etc., devem eles ser entendidos de acordo com a sociedade contemporânea e futura. De fato, cumpre dizer que o maior equívoco foi considerar os elementos lar e amor parental em áreas urbanas e rurais de modo mais ou menos padronizado, podendo ser profissionalmente usados por toda parte e submetidos cientificamente aos mesmos testes e métodos.

Desnecessário dizer que a situação não é a mesma dos países em desenvolvimento (que são a maioria), mas existe pequena dúvida de que, mais cedo ou mais tarde, tais países enfrentarão os mesmos sérios problemas se persistirem em seguir os padrões e políticas alienígenas. É nestes países que o poder dos jovens será mais e mais manifestado ao longo das várias décadas que virão. Como nos países desenvolvidos, tal poder frequentemente terá um caráter político e transpolítico, mesmo se exercido pelos jovens. Por transpolítico é entendido o uso de significados, os quais, em si próprios, trazem a ilegalidade e freqüentes violações de normas, com o escopo de realizar algum fim particular, considerado de insuperável importância (R. Nisbet, 1975). Muito poucos povos negarão que métodos transpolíticos têm sido mais freqüentes entre a juventude de países desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Cada período histórico tenta demolir o passado e construir alguma coisa totalmente diferente. Tal tarefa jamais pode realizar-se, visto que tanto o presente quanto o futuro estão sob o impacto do passado. Também é óbvio que alguma demolição é necessária e que a área de delinqüência juvenil disso necessita em considerável extensão. A prevenção e o tratamento não deveriam ser compreendidos de modo funcional, mas de modo histórico, como por exemplo, sócio-politicamente. Mas especificamente, um novo conceito de bem-estar em geral e de serviço social em particular deveriam ser elaborados. Como resultado, a imagem de criança aplicável a qualquer pessoa entre 10 e 21 anos será abandonada.

Anotações Conclusivas

a) Como fenômeno sócio-político, que significa bem mais do que a agregação numérica de casos apresentados estatisticamente ou não, inexiste qualquer solução de continuidade entre crime juvenil e adulto;

b) o crime pode ser convencional ou não convencional. As principais formas de crimes convencionais são assassinato, lesão corporal, rapto, roubo e ofensas contra a propriedade. Da segunda forma (não convencionais) são os crimes econômicos, violação de lei internacional,

crimes cometidos sob a cobertura de uma posição oficial ou seqüela por ação patriótica, política ou revolucionária. Em muitos países o crime não convencional é bem mais sério do que o crime convencional, do qual a maioria do crime juvenil faz parte;

c) com flutuações nacionais, o grupo etário dominante no crime convencional é entre 10 e 40 anos de idade que, por ordem decresciva de participação no crime, pode ser dividido em subgrupos:

21	—	30
17	—	21
30	—	40
14	—	17

No crime não convencional, o principal grupo está entre 30 e 60 anos de idade e, com flutuações nacionais, deve ser subdividido como se segue:

50	—	60
40	—	50
30	—	40

Conseqüentemente, a corrente afirmação de que o crime está concentrado em alguns dos subgrupos do primeiro grupo leva em conta apenas o crime convencional, o qual, repito, nem sempre é o mais grave, mesmo que seja o mais importante numericamente. A divisão dos dois grupos reflete a participação distinta de seus membros no plano social, econômico, administrativo e político;

d) crime juvenil e jovens carentes de assistência e cuidados devem ser tratados separadamente. Isso para o crédito dos participantes do 46.º Curso, onde esse ponto de vista obteve consenso geral. Isso significa que o crime juvenil deveria ser tratado pelo mesmo sistema penal que trata o crime adulto, mas não significa que jovens e adultos sejam tratados do mesmo modo. Individualização seria a regra. Em cada país a lei determinaria a idade, separando as crianças, em sentido estrito, de qualquer pessoa; e

e) a transição dos atuais sistemas penais, em muitos países imposta ou herdada, não é uma tarefa fácil e, acima de tudo, reclama um íntimo relacionamento entre o desenvolvimento nacional e a planificação da prevenção do crime e da justiça criminal, em todos os países. Isso tem sido afirmado pelas Nações Unidas, desde 1960. A correlação não significa que prevenção e justiça criminal estariam subordinadas ao desenvolvimento, ou que por desenvolvimento entenda-se apenas o crescimento econômico. A transição seria facilitada

se, nos países em desenvolvimento, ao invés de aumentarem os atuais tribunais de menores e adultos, fosse iniciada a avaliação da realidade nacional e do crime, com a finalidade de instituir seus próprios sistemas penais, tendo como objetivo primário a justiça social.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — *Task Force Report: Juvenile Delinquency and Youth Crime*, The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Washington D. C., 1967.
- 2 — *Comparative Survey of Juvenile Delinquency in Asia and the Far East*, A. A. G. Peters, UNAFEI Series, 1968.
- 3 — *European Exchange Plan Seminar on the Institutional Treatment of Juvenile Offenders*, Vienna, United Nations, 1954.
- 4 — *An Approach to Urban Sociology*, Peter H. Mann, 1965.
- 5 — *Urban Land Policies and Land-Use Control Measures, Asia and the Far East*, United Nations, 1973.
- 6 — *Committee for Development Planning, Report on the Twelfth Session*, United Nations, 1976.
- 7 — *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, United Nations, 1961.
- 8 — *Crime in India*, 1973, Ministério do Interior, 1975.
- 9 — *Crime Prevention and Control*, Ministério da Justiça, Tokio, 1975.
- 10 — *Young Adult Offenders, Report of the Advisory Council on the Penal System*, H. M. S. O., 1974.
- 11 — *The World Social Situation 1974*, United Nations, 1975.
- 12 — *Demographic Yearbook 1974*, United Nations, 1975.
- 13 — *The Home of Man*, Barbara Qard, 1976.
- 14 — *The City: Problems of Planning*, M. Stewart (ed.), 1972.
- 15 — *Japanese Culture and Behaviour*, T. Sugiyama e W. D. Lebra (eds.), 1974.
- 16 — *Asia Urbanizing Population Growth, Concentration and Problems Thereof*, Social Science Research Institute, Tokio, 1976.
- 17 — *Twilight of Authority*, R. Nisbet, 1975.
- 18 — *Statistical Handbook of Japan*, 1976, Bureau of Statistics.
- 19 — *Man and Crisis*, José Ortega y Gasset, 1958.
- 20 — *Japanese Society Today*, Tadashi Fukutake, 1974.
- 21 — *In Search of Criminology*, Leon Radzinowicz, 1961.
- 22 — *Crime: An Analytical Appraisal*, Manuel-Lopez-Rey, 1970, particularmente capítulos II e III.
- 23 — *The Present and Future Of Non-Institutional Treatment*, M. Lopez-Rey, in *International Review of Criminology and Penology*, Leiden, 1973.
- 24 — *Violence et Justice*, M. Lopez-Rey in *Revue internationale de Prophylaxie criminelle*, Paris, 1975.
- 25 — *Criminologia*, I, M. Lopez-Rey, 1975, Madri, especialmente capítulo IV.
- 26 — *United Nations, Policy in Crime Problems, The Problem of Crime and the Problem of Criminology*, M. Lopez-Rey, in *International Journal of Criminology and Penology*, Londres, 1975.

COMENTÁRIOS E ATUALIDADES

CONTRAVENTÕES PENAIS

(Parecer sobre o Projeto de
Lei n.º 635/75)

Nilo Batista

I

As reformas de leis penais, no Brasil, chegam sempre com atraso sobre as exigências da vida social e os progressos do conhecimento jurídico e da técnica legislativa. No caso da Lei das Contravenções Penais, o atraso é sobre a própria idéia da contravenção penal. A tendência mais moderna é, a exemplo do que se fez na Alemanha, acabar com as contravenções. Algumas delas foram "promovidas" a crimes; outras foram convertidas em transgressões à ordem, faltas puramente administrativas, equiparáveis a uma infração ao código de trânsito. Cf. Jescheck, *Reforma del Derecho Penal en Alemania*, trad. C. Finzi, B. Aires, 1976, p. 44. Parece que as construções em torno de um direito penal administrativo, que tanto intrigaram Goldschmidt, afinal se resolverão com uma nítida decantação do que deve ser penal e do que deve ser administrativo. Cf. Angeloni, *La Contravvenzione*, Milão, 1964, p. 31 ss; Ricardo Levene (h), *Introducción al Derecho Contravencional*, B. Aires, 1968, p. 33 ss. Embora "dessacralizado", despido de suas enganosas com-

ponentes moralistas, e reduzido a instrumento de política e controle social, o direito penal possui exigências bem características, que respondem à gravidade de sua sanção; o princípio da legalidade e o princípio da culpabilidade conformam algumas dessas exigências, que dificultam extremamente a criação, por miscigenação com outro ramo, de um direito penal "menor". O "*disprezio dai vecchi giuristi*" ao estudo das contravenções (Sabatini, *Delle Contravvenzioni*, Milão, 1927, p. 1) está redivivo na indiferença com a qual o jurista atual observa a decadência do "direito penal da bagatela".

A opinião do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro seria, num primeiro nível, no sentido de abandonar-se o Projeto de Lei n.º 635/75, em favor de outro tipo de reforma, que elevasse à categoria de crime aqueles comportamentos que o sugerissem, e remetesse a outra ordem legislativa — não penal — demais figuras. Tal opinião pressupõe responder afirmativamente à seguinte questão: podemos abrir mão da Lei de Contravenções Penais?

II

É fácil demonstrar que a vigente Lei de Contravenções Penais é um texto legislativo *inútil*.

A análise que se segue foi elaborada em dados da 26.^a Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, levantados pelo Professor Luiz Fernando de Freitas Santos, referentes ao período 1977, 1978 e 1979.

A 26.^a Vara Criminal é uma das três varas especializadas em contravenções penais na cidade do Rio de Janeiro. Isso significa — excluindo-

— se as duas varas regionais que foram instaladas durante o período analisado — que os números com os quais operaremos representam um terço da totalidade do tratamento judiciário do problema contravençional na cidade do Rio de Janeiro. No Quadro 1, abaixo, temos as quantidades de processos que ingressaram, por distribuição nessa Vara Criminal, bem como o total da saída, expresso em sentenças absolutórias, condenatórias, anulatórias do processo e outras (nesta última classe incluímos aquelas que declinam da competência, que extinguem a punibilidade, etc.).

QUADRO 1

	1979		1978		1977	
	n.º	%	n.º	%	n.º	%
<i>Processos distribuídos</i>	1.406	—	1.904	—	1.444	—
<i>Sentenças:</i>						
1. absolutórias	997	64,44	1.343	72,16	1.058	71,00
2. condenatórias	515	33,29	440	23,64	397	26,64
3. anulatórias	4	0,25	45	2,47	11	0,73
4. outras	31	2,00	33	1,77	24	1,61
<i>Total</i>	1.547	100,00	1.861	100,00	1.490	100,00

Verifica-se — e as características do procedimento contravençional, que fazem com que ao foro já chegue uma ação penal instaurada, é fator importante — que as sentenças absolutórias e condenatórias, somadas, ultrapassam sempre 95% do output total do sistema (97,73% em 1979, 95,80% em 1978 e 97,64% em 1977). Desprezando-se, pois, as sentenças que acima foram classificadas como “anulatórias” e “outras”, pode ser afirmado que, uma vez instaurada

ação penal por contravenção, a forma de solução por excelência é uma sentença de mérito, absolutória ou condenatória. Logo, uma apreciação das sentenças absolutórias e condenatórias pode informar, com fidelidade, sobre a realidade judiciária das contravenções.

Examinaremos, agora, um quadro especificado das sentenças absolutórias e condenatórias do período analisado.

QUADRO 2

Artigo	Texto legal	rubrica ou nomen juris	1979		1978		1977	
			abs.	cond.	abs.	cond.	abs.	cond.
18	LCP	fabrico, comércio ou detenção de armas	0	1	1	0	0	0
19	"	porte de arma	44	219	40	167	63	113
21	"	vias de fato	3	0	3	2	8	0
25	"	posse de instrumento para furto	1	4	1	2	0	2
28	"	disparo de arma de fogo	3	4	4	8	5	4
29	"	desabamento	0	1	0	0	0	0
31 e 31 § un., b e c	"	negligência na guarda de animais	0	0	0	1	1	0
32	"	falta de habilitação	84	56	82	62	39	38
34	"	direção perigosa	10	18	18	21	8	14
42, I	"	perturbação de sossego	2	0	0	0	0	0
45	"	simulação de qualidade de funcionário	0	0	0	1	0	0
46	"	uso indevido de uniforme ou distintivo	0	0	0	2	1	0
47	"	exercício ilegal de profissão	4	2	3	0	0	0
49	"	escrituração de indústria e profissão	0	0	1	0	0	0
50 ou 50 § 3º	"	jogo de azar	233	0	155	0	136	7
50, § 2º	"	jogo de azar (apostador)	4	0	4	0	2	0
56	"	jogo de azar (transporte de listas)	1	0	0	0	0	0
59	"	vadiagem	452	205	599	165	363	180
61	"	importunação ofensiva ao pudor	0	0	0	0	1	0
62	"	embriaguez	4	9	4	7	9	5
63 e 63 I	"	venda ilegal de bebidas alcoólicas	1	1	2	0	4	0
64	"	crueldade contra animais	0	0	1	1	2	0
65	"	perturbação da tranqüilidade	4	1	1	0	6	0
68	"	recusa de identificação	1	1	1	0	1	0
58	DL 6.259/ /44	jogo do bicho	143	2	429	0	304	34
60	"	apostas ilegais em cavalos	2	0	1	0	1	0
27 c/c 1º, 3º e 10	L 5.197/67	caça ilegal/comércio ilegal de fauna	0	0	2	1	1	0
9º, VIII	L 1.521/51	impedimento de uso de prédio urbano, ou fornecimento de água, luz ou gás	1	0	0	0	1	0
17	L 4.494/64	exigência abusiva de aluguel ou encargos	0	0	0	0	1	0

Verifica-se pelo Quadro 2 que, durante três anos, apenas *vinete e nove* espécies de contravenções penais foram objeto de apreciação, nessa Vara que opera com um terço do movimento total da cidade do Rio de Janeiro. Ora, só na Lei de Contravenções Penais temos aproximadamente *sessenta* figuras contravencionais. Das 29 registradas, 24 integram a Lei de Contravenções Penais, e cinco pertencem a outros textos legislativos.

O mais importante a observar, contudo, é a grande *concentração* dos números em torno de certas con-

travenções. Se reuníssemos todas as figuras contravencionais relativas a jogo (jogo de azar, apostador, transporte de listas, jogo do bicho e apostas ilegais em corridas de cavalo), e a essa rubrica — “Jogo” — adicionássemos os números relativos às contravenções de porte de arma, falta de habilitação para dirigir veículos, direção perigosa e vadiagem, veríamos que essas cinco classes representam aproximadamente 95% do movimento total da Vara (menor proporção, 93,19%; maior proporção, 98,86%). Observe-se essa realidade no Quadro 3, abaixo.

QUADRO 3

	1979				1978				1977			
	absolutórias		condenatórias		absolutórias		condenatórias		absolutórias		condenatórias	
	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%
Total	997	100	515	100	1.343	100	440	100	1.058	100	397	100
Porte de arma	44	4,41	219	42,52	40	2,97	167	37,95	63	5,95	113	28,46
Falta de habilitação	84	8,42	56	10,87	82	6,10	62	14,09	89	8,41	38	9,57
Direção perigosa	10	1,00	18	3,49	18	1,34	21	4,77	8	0,75	14	3,52
Jogo	383	38,41	2	0,38	589	43,85	0	0	443	41,87	41	10,32
Vadiagem	452	45,33	205	39,80	599	44,60	165	37,50	383	36,20	180	45,34
Subtotal	973	97,59	500	97,08	1.328	98,86	415	94,31	986	93,19	386	97,22

Ou seja: a Lei de Contravenções Penais, seu projeto de reforma, com 141 artigos, ocupando a atenção do Congresso Nacional, o oneroso aparato burocrático judiciário, tudo isso gravita (95%!) em torno de *cinco* figuras de contravenção...

E que figuras são essas?

III

A apreciação particularizada das cinco figuras que polarizam a atenção da justiça contravencional mais nos convencem da inutilidade da Lei de Contravenções Penais.

Porte de arma

Tal conduta pode ser criminalizada. Cf. Menna Barreto *et alt.* Violência e Criminalidade, Rio, 1980, p. 94 ss. Não ficaria mal num sistema que pune como crime de perigo para a fé pública a posse de “petrechos para falsificação de moeda” (art. 291 CP) a previsão do porte de arma, entre os crimes de perigo para a vida ou a saúde. A nova figura poderia substituir-se, no art. 130 CP, ao crime de perigo de contágio venéreo, desativado da realidade pela invenção da penicilina.

Falta de habilitação e direção perigosa

Constituiu-se, no âmbito do Ministério da Justiça (Portaria 327-B/67), uma comissão de cujo trabalho resultou um anteprojeto de lei penal autônoma para infrações relativas à circulação viária. O anteprojeto produzido foi publicado. Se vencedora a idéia de um texto legal autônomo, parece claro não ser outra a sede da falta de habilitação e da direção perigosa. Com efeito, nos arts. 10 e 19, o anteprojeto feito por aquela Comissão previa a direção perigosa e a falta de habilitação. Caso não sobrevenha um texto autônomo, a falta de habilitação mereceria tratamento puramente administrativo (penalidade no Código de Trânsito). Quanto à direção perigosa, a solução é ainda mais simples. Se o código penal de 1969 houvesse entrado em vigor, com os delitos de embriaguez ao volante e perigo resultante de violação de regra de trânsito (arts. 287 e 288), tal contravenção não se apresentaria nos números que examinamos. Seja pelo modelo do código de 1969 (isto é, pela via do perigo comum), seja pela reformulação do tipo básico de perigo para a vida ou a saúde (art. 132 CP), o assunto pode ser tratado de modo incomparavelmente mais sério e eficaz, dentro do código penal.

Jogo

O problema do jogo é bem mais sério, e o encaminhamento de sua solução depende da firmeza e coerência do legislador em privilegiar esta ou aquela posição. Ou o legislador entende que o jogo deve ser duramente reprimido por sua nocividade

social — radical programa para a nação da loteria esportiva — e parte para um estatuto rígido e implacável, ou o legislador entende que o jogo deve ser permitido, e neste caso parte para uma regulamentação que evite a subsistência da flora criminal que habitualmente o circunda.

A indefinição atual — repetida, em linhas gerais, nos arts. 75 e seguintes do Projeto n.º 635/75 — é que não pode persistir. A existência da proibição legal motiva pactos permanentes de corrupção policial, o que é de geral conhecimento. Com respeito ao resultado concreto da proibição legal, leia-se no Quadro 3 o total de sentenças condenatórias referentes a “jogo” na Vara Criminal pesquisada, de 1977 a 1979: 43 (em 1978, não houve uma só condenação).

Em suma, a perpetuação desse estado de coisas só interessa a quem dele se aproveita. A posição do legislador deve ser tomada, a partir de um levantamento do assunto, e por certo será diversa na cômoda indefinição atual.

Vadiagem

Não será objeto de apreciação aqui o conteúdo dessa contravenção, da qual se diz com razão que só pode ser praticada pelos pobres; é hoje universal o repúdio a esse referendo legal à produção social do “delinquente por natureza”. Cf. Basaglia, *Los Crimenes de la Paz*, trad. J. Castillo, México, 1977, p. 94; Fragoso, *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio, 1977, p. 7. Causa espanto que o poder público ainda hoje, depois da revolução tecnológica, se comunique com esses deserdados através do canal policial, a exemplo de quando a revolução in-

dustrial precisava de mão-de-obra obediente e abundante.

O mais importante, para além de uma apreciação conteudística é observar que na existência dessa contravenção reside uma mal disfarçada prisão cautelar. Ninguém ignora que a contravenção da vadiagem — que é inafiançável — é o recurso de que a polícia lança mão sempre que deseja deter por alguns dias uma pessoa contra a qual não se apresenta situação legal de prisão. Evidentemente, como tal expediente se restringe aos destinatários naturais da contravenção — os pobres que não disponham imediatamente de prova de trabalho —, nunca chegou a mobilizar a opinião pública, tal como ocorreu com a proposta da verdadeira prisão cautelar. A vadiagem, que só serve para encobrir uma detenção ilegal, deve ser despenalizada.

IV

Como se viu, os cinco casos que mobilizam todo (95%) o aparato legal e a estrutura burocrática da justiça penal contravencional encontram soluções incomparavelmente mais modernas e eficazes em algo distinto de uma reforma da Lei de Contravenções Penais.

Ao constituir-se firme empenho do legislador outorgar ao país nova Lei de Contravenções Penais, caberiam algumas observações sobre o Projeto n.º 635/75.

V

O projeto — a cujo autor, o saudoso Prof. José Salgado Martins, o Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro homenageia — suscita as seguintes observações:

1.ª) Art. 5.º

Não se vê que vantagem existirá em substituir a simples *voluntariedade* pelo sistema do código penal (dolo/culpa), especialmente sob forma deficiente e antiquada, que é cópia do código penal de 1940. Aliás, o Projeto do Prof. Salgado Martins dispunha: “Para a existência da contravenção basta a simples vontade de praticar o fato. Salvo disposição em contrário, não é necessária a conveniência de que seja ilícita a ação ou omissão”. Observe-se, além disso, que são raras as contravenções que admitem a forma culposa; cf. Manoel Pedro Pimentel, *Contravenções Penais*, S. Paulo, 1975, p. 23.

De qualquer modo, a ser mantida a atual redação, no art. 8.º, onde consta “pode”, é imperioso conste “deve”, ou fórmula equivalente.

2.ª) Art. 9.º

Certa ocasião lamentávamos que a imaginação do jurista brasileiro, pródiga em criar delitos, fosse tão estéril em matéria de penas; cf. Algumas Palavras sobre Descriminalização, *in* RDP 13, Rio, 1974, p. 34.

Por que não se aproveita essa reforma para introduzir outras penas principais, que não tenham os inconvenientes da prisão? Por que não introduzir, como penas principais, a prisão em fins de semana, o domicílio determinado e certas interdições? Cf. Antonio Beristain, *Medidas Penales en Derecho Contemporaneo*, Madrid, 1974, p. 109.

3.ª) Art. 23, §§ 1.º e 2.º

É desnecessário, face à disciplina do Código Penal. O prazo do § 1.º poderia ser acrescentado ao parágrafo

fo único do art. 46 CP. O § 2.º é redundante (art. 47 CP).

4.ª) Art. 24, §§ 1.º e 2.º

Constitui um preciosismo desviar as contravenções dos princípios que regem o concurso de crimes. A solução do Projeto, no art. 24 e seu § 1.º, é bizantina.

5.ª) Art. 27 e parágrafo único

Toda a polêmica em torno do “criminoso habitual”, suscitada pelo código de 1969, se renova no “contraventor habitual”, a quem o Projeto impõe pena indeterminada! O limite da indeterminação é de cinco anos!

6.ª) Art. 38

Todos apoiariam que nas contravenções a ação penal fosse, e só fosse, proposta pelo MP. Isso implica, no entanto, em algumas reformas do Código de Processo Penal, porquanto tal alteração interferirá intensamente no procedimento.

7.ª) Art. 46, pena, § 1.º

O erro na pena está observado pela Emenda n.º 1. No § 1.º, nota-se que “violência contra pessoa” é expressão muito genérica para demarcar uma agravante.

8.ª) Art. 47, em confronto com art. 46, § 2.º, al. b

Não se justifica o tratamento em apartado de uma modalidade de participação, e é inadmissível a diferença nas penas cominadas.

9.ª) Art. 50, §§ 1.º e 2.º

Preferível a fórmula da Emenda n.º 2.

10.ª) Art. 52

Dispositivo violador do princípio da reserva legal e inconstitucional.

11.ª) Arts. 53 a 57

A derrogação da Lei n.º 1.390/51 mereceria maior apuração formal, que inclusive representasse um progresso na abordagem legal do preconceito e discriminação racial.

12.ª) Art. 58

A proteção ao índio exige coisa mais séria que esse isolado preceito, além de um esclarecimento sobre o que seja índio “ainda não adaptado”. Não nos esclareceu a seguinte passagem da exposição de motivos: “O índio, embora não adaptado à vida civilizada, é pessoa que merece todo respeito”...

13.ª) Capítulo V

A recente Lei n.º 6.649/79 previu, em seu art. 45, contravenções relativas à locação de imóveis.

Há impossibilidade lógica entre o art. 84 do Projeto e o inc. VI do art. 2.º da Lei n.º 1.521/51, pois o primeiro reduz à categoria de contravenção a mesma conduta que o segundo prevê como crime contra a economia popular.

14.ª) Capítulo VI

A idéia de consolidar contravenções relativas à proteção do meio ambiente (chamado pelo projeto de “riquezas naturais”) é acertada, desde que se optasse por manter a ca-

tegoria das contravenções. O resultado do Projeto, contudo, é insatisfatório.

Para que se possa avaliar este fracasso, a contravenção de "emissão de fumaça, vapor e gás" se encontra em outro capítulo (art. 120), com a mesmíssima redação que, comprovadamente, não lhe conferiu eficácia; cf. Aurélio Wander Bastos *et alii*, *Liberdade e Proteção do Meio Ambiente*, VIII Conferência Nacional OAB, Manaus, 1980.

15.^a) Art. 126

A Emenda n.º 4 já se preocupou em suprimir esta nova infração, que

só se justificaria com uma alteração radical da disciplina do cheque.

VI

Ainda que o legislador optasse por manter uma Lei de Contravenções Penais, pensamos que o Projeto n.º 635/75 deveria ser abandonado em favor de algo mais renovador e atuante.

Não faz sentido promulgar-se um texto barroco e extenso, para que cinco espécies polarizem toda a aplicação concreta da lei.

OS PRINCÍPIOS DE POLÍTICA CRIMINAL DAS RECENTES REFORMAS E PROJETOS DE REFORMA NA AMÉRICA LATINA *

Enrique Bacigalupo

O direito penal latino-americano encontra-se atualmente em período de renovação legislativa. Tal renovação segue, em muitos casos, tendências de definido caráter totalitário e tende à destruição dos princípios do estado de direito que se concretizam nas chamadas garantias liberais do direito penal. Sobre tais tendências não há qualquer possibilidade de discussão. Elas se chocam contra nossa convicção democrática de uma maneira tão decisiva que só podem merecer um repúdio global e até enérgico. O direito penal, e em consequência a política criminal, só começa onde termina o terror penal e onde se inicia um tratamento racional do doloroso fenômeno do delito. Não vou me ocupar, portanto, de analisar, do ponto de vista da política criminal, os instrumentos do terror penal, mas tão-somente aqueles intentos de reforma que, pelo menos de uma maneira geral, resultam compatíveis com a idéia de estado de direito.

No que tange ao tema de meu relatório, é necessário, ainda, uma precisão. Ocupar-me-ei apenas da política penal, ou seja, daquele aspecto da política criminal que se vale dos meios do direito penal através dos limites de um sistema institucional.¹ Por tal motivo hei de referir-me basicamente aos sistemas de reações penais que se vêm propondo nos últimos anos e que mostram grande influência do Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina.²

Como ponto de referência para o desenvolvimento do tema, levei em consideração muito especialmente o informe da discussão que teve lugar no simpósio realizado em outubro de 1973, em Ludwigsburg, República Federal da Alemanha, em que tomaram parte juristas da Espanha, Itália e da República Federal da Alemanha.³

* Tradução de Nei Peres Canellas.

¹ Sigo aqui a acertada distinção de Baratta e Bricola; cf. Bricola em *La questione criminale*, n.º 2, 1975, p. 221-222.

² Ver *Nuevo Pensamiento Penal*, 1972, p. 153 e segs.

³ Cf. *Strafrecht und strafrechtsreform*, editado por W. Schöne, K. Madlener e D. Papenfuss, 1974, p. 129 e segs.

É provável que não existam, em nossas legislações, códigos mais atacados que os códigos penais. Não obstante, temos que reconhecer que tais códigos penais têm resistido em nossos países muito mais que o previsível. Como exemplo pode ser citado o Código Penal argentino de 1921 que, ao longo de 50 anos de existência, resistiu com êxito a cinco projetos integrais de reforma.

Apesar disso, há países na América Latina que começaram uma etapa de renovação de sua legislação e de seus métodos penais. Bolívia, Costa Rica, El Salvador, Brasil e México elaboraram novos códigos penais.⁴ O projeto de Código Penal Tipo para a América Latina,⁵ cuja parte geral foi dada a conhecer nos últimos anos, é a prova da existência de um consenso generalizado da necessidade de uma modernização da legislação penal. Este consenso, lamentavelmente, tem se manifestado mais no sentido da codificação unificada do direito penal do que no sentido de sua reforma.

Na prática, o enfoque com que se leva a cabo a reforma apresenta, às vezes, sensíveis diferenças. Há países, como o México, que procuram uma transformação da praxe da execução penal isolada de toda reforma legislativa do sistema de reações penais. Outros, ao contrário, acompanham a reforma da prática da execução penal com a reforma do direito material.

Se tivéssemos que distinguir etapas na história da legislação penal latino-americana, poder-se-ia afirmar que existe uma primeira época, posterior à independência, que se caracte-

teriza pela adoção dos modelos hispânicos de legislação penal. Em tais modelos, o sistema de penas se compunha de um amplo catálogo no qual estavam incluídas as mais diversas espécies de castigos. É provável que essa multiplicidade de penas tenha sido consequência da idéia retribucionista, ou seja, da concepção da pena como um castigo que não visa um fim social determinado, mas que procura tão-somente a realização de uma idéia de justiça.⁶

A partir de 1920, e como consequência da renovação teórica impulsionada na Europa pela filosofia positivista,⁷ começa um período de transformação das antigas legislações espanholas, cuja característica principal é a transferência do centro de gravidade da legislação penal da idéia retribucionista para uma fundamentação da pena, vinculando-a com a obtenção de certos fins sociais. Estes são os objetivos, nem sempre perseguidos, que têm conduzido a sanção dos códigos penais da Argentina, 1921; Panamá, 1922; Peru, 1924; México, 1931; Uruguai, 1933; Guatemala, Colômbia e Cuba, 1936; Brasil, 1940; Costa Rica, 1941. O Có-

⁴ Código Penal da Costa Rica, sancionado em 15.11.70; lei mexicana que estabelece as normas mínimas para a reintegração social de sentenciados, 1971 (cf. Sergio García Ramírez, *Comentarios a la ley de normas mínimas*, publicação da Secretaría de Estado, 1975); Código Penal boliviano (Decreto-Lei nº 10.426, de 23.8.72); Código Penal de El Salvador, em vigência desde 1.1.74; Código Penal Brasileiro de 1969, que ainda não entrou em vigor.

⁵ *Nuevo Pensamiento Penal*, 1972, p. 153.

⁶ Sobre a história do direito penal latino-americano, ver Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, tomo 1, 2ª ed., p. 911, 1000 e segs.; do mesmo autor, *Códigos iberoamericanos comentados*, Caracas, 1946.

⁷ Cf., sobre a filosofia positivista na América Latina, Augusto Saázar Bondy, *Existe una filosofía de nuestra América?*, 3ª ed., 1975.

digo Penal da Costa Rica, de 1941, não mais se encontra em vigor.

As características fundamentais dessa legislação podem ser resumidas nas seguintes linhas.⁸

1. Em primeiro lugar introduz-se uma instituição que tem uma finalidade preventiva especial muito definida: a *suspensão condicional da pena*, destinada a evitar a execução de penas privativas de liberdade de curta duração.

2. Em seguida, acolheu-se o *livramento condicional*, uma instituição cujo objetivo é evitar a brusca passagem do sistema de vida de um estabelecimento carcerário, totalmente sujeito a regras, para um sistema de autodeterminação dentro da sociedade normal, que visa evitar, dessa maneira, o surgimento de fatores que levem à reincidência.

3. Em terceiro lugar, de maneira geral, o *catálogo de penas foi reduzido sensivelmente*, salvo algumas exceções entre as quais pode contar-se o Código Penal mexicano. O novo catálogo de penas contém somente duas penas privativas de liberdade: prisão e reclusão, pena de multa e pena de inabilitação.

De qualquer modo, a utilização das penas de multa e de inabilitação é relativamente pequena, pois o caráter segregador da nova concepção da pena — assim foi entendida entre nós a prevenção especial — fez com que estes códigos se baseassem fundamentalmente no uso da pena privativa de liberdade.

4. Em quarto lugar, aparece uma *regulação específica do problema da*

reincidência; como tratamento para o reincidente ou criminoso habitual determina-se, geralmente, a aplicação de uma pena sensivelmente agravada e se acrescenta, inclusive, o estabelecimento da pena de duração indeterminada. Não é o caso discutir-se aqui — como se tem feito — se esta pena indeterminada constitui em realidade uma medida de segurança.

5. Por outro lado, nesses códigos, e às vezes em leis especiais, nota-se uma *incipiente introdução das medidas de segurança*; ou seja, amplia-se o âmbito do direito penal, classicamente reduzido às penas, incorporando-se agora a finalidade da segurança pessoal naqueles casos em que o autor não tenha agido culpavelmente. Do ponto de vista técnico, os sistemas de medidas de segurança são geralmente defeituosos. No campo que a elas corresponde por antonomásia, no direito penal dos menores, observam-se habitualmente idéias pouco claras no que respeita à função das medidas tutelares, para o que serve de exemplo a lei argentina. O sistema de medidas para adultos se reduz, quase sempre, à reclusão em manicômio por tempo indeterminado para indivíduos inimpugnáveis. Essa reclusão em manicômio era por certo conhecida nas legislações anteriores.

6. Outra característica fundamental desta legislação consiste na vinculação da medida da pena com a periculosidade do autor; não é a gravidade do ato, ou seja, a culpabilidade, o que determina a medida justa da

⁸ Cf. Bacigalupo, em *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, p. 129 e segs.

pena, mas sim a periculosidade do autor que determina a medida da pena a cumprir.⁹ A pena tem por finalidade, antes de tudo, segregar da sociedade aqueles que tenham praticado ato punível. A idéia de segregação social como finalidade da pena — e em uma concepção monista, também das medidas de segurança — estava claramente expressa na exposição de motivos do Projeto Ferri de 1921,¹⁰ que sem dúvida exerceu influência na legislação comentada. Apesar de os redatores do Projeto argentino de 1917, sancionado em 1921, não terem tido oportunidade de conhecer o Projeto Ferri, não resta dúvida de que as idéias do positivismo criminológico italiano já eram conhecidas na América Latina.

7. O último aspecto que a meu ver caracteriza esta legislação refere-se à forma praticamente inalterada em que se mantiveram os pressupostos da responsabilidade penal; ou seja, aquelas características do ato punível, mediante as quais se definem as condições para a aplicação da pena. A legítima defesa, o estado de necessidade, o erro, a coação e a inimputabilidade constituíram as causas previstas nesta legislação, para a exclusão da responsabilidade penal. Em alguns sistemas, as causas que excluem a aplicação das penas são mais detalhadas assim como também encontramos sistemas mais acertados que outros na regulação das mesmas. De qualquer modo, os pressupostos que se consideram deste ponto de vista são praticamente sempre os mesmos.

II

Tais características constituem o núcleo fundamental da legislação da

qual partem os movimentos modernos de reforma, que começaram em 1960 com o Projeto de Sebastián Soler para a República Argentina. Antes do projeto de Soler existiram vários projetos em países latino-americanos. Tais projetos tenderam, basicamente, à adoção dos modelos provenientes da legislação italiana. Na primeira etapa, o Projeto Ferri de 1921 exerceu considerável domínio; uma vez sancionado, na Itália, o Código de 1930, passou este a ser o ponto de referência fundamental. Em 1960 começa então uma nova etapa da legislação penal na qual os projetos alemães de pós-guerra exerceram influência. Tal preponderância existia já na dogmática penal e se manifestou notavelmente na interpretação do direito então vigente. No Código Penal italiano de 1930, e principalmente na obra de seu autor, Arturo Rocco, encontra-se muitas vezes o caminho pelo qual tal influência chega até nós, e muitos dos elementos que vão caracterizar os mais modernos desenvolvimentos da legislação penal latino-americana. Refiro-me, aqui, à concepção da chamada escola “técnico-jurídica”, que se definiu a si mesma como uma concepção neutra no que respeita aos aspectos político-criminais do direito penal. Conscientemente ou não, esta concepção impregnou fortemente o Projeto argentino de 1960, com o que se inaugura a etapa mais moderna, à qual quero me referir especialmente. Nesse período considerou-se a reordenação dos pressupostos da pena como sendo a função fundamental da

⁹ Cf. Bacigalupo, em *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, p. 305 e segs.

¹⁰ Cf. Enrico Ferri, *Principio di diritto penale*, 1928, p. 608, e Garofalo, *Criminologia* (4ª ed. francesa), 1895, p. 254.

reforma, sem introduzir modificações substanciais no sistema de penas e de medidas de segurança.

Com essa atitude de neutralidade político-criminal, o centro de gravidade da reforma desloca-se das consequências do ato punível, ou seja, dos meios e métodos do direito penal, para o problema da adequação típica, da antijuridicidade e da culpabilidade. Dito de outra maneira: o que caracteriza o Projeto argentino de 1960 é o intento de codificação de soluções dogmáticas obtidas na interpretação do direito penal vigente. Não é possível abordar aqui a crítica a tais soluções dogmáticas, bastando assinalar que elas continuam sendo, pelo menos de maneira geral, em si mesmas, discutíveis. Dentro dessa orientação também se tem desenvolvido o Projeto venezuelano de 1967; o Código do Brasil de 1969; o Código boliviano de 1972 e o Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina.¹¹ Este último exerceu considerável influência no recente Código Penal da Costa Rica, nos Projetos para a Colômbia de 1974 e 1976, no novo Código Penal da República de El Salvador de 1973 e no Projeto venezuelano de 1969.

Quais são as características que mais se salientam no sistema penal dessa legislação?

1. Nelas mantém-se a tendência, já existente, a uma prevenção especial ilimitada,¹² vale dizer, a pena continua sendo determinada pela periculosidade do autor (Projeto argentino de 1960, art. 73; Projetos venezuelanos de 1967, art. 73 e de 1973, art. 72; Código boliviano, art. 37; Brasil 1969, art. 52; Código Penal Tipo, art.

73; Código de El Salvador, art. 67; Código da Costa Rica, art. 71 e ainda, possivelmente, as Bases para um Anteprojeto espanhol, Base 7.^a). A maioria desses Projetos e novos Códigos se referem, ao regular a individualização da pena, à “personalidade do autor”; mas é claro que por esta expressão entende-se “personalidade perigosa do autor”. Deste modo, a neutralidade político-criminal teve como consequência, na realidade, que o tão criticado “positivismo” continuava plenamente vigente.

Não obstante, todas essas legislações costumavam fazer profissão de fé no que se refere ao princípio da culpabilidade (Projeto argentino de 1960, art. 18; Projetos venezuelanos de 1967, art. 18 e de 1969, art. 20; Código boliviano, art. 13; Código brasileiro de 1969, art. 17; Código Penal Tipo, art. 24; Código de El Salvador, art. 2; Código da Costa Rica, art. 30), que não parece conciliável com a manutenção de um sistema no qual a gravidade da pena provém da periculosidade do autor e pode superar a medida de censura individual que a este corresponda. Em verdade, o princípio de culpabilidade que se introduziu sofreu uma importante mutilação. O princípio de culpabilidade do Projeto argentino de 1960, ou o que guarda o Código do Brasil de 1969, ou o que se encontra no Código Penal Tipo para a América Latina, tem uma significação limitada: ape-

¹¹ Sobre o Código Penal Tipo, cf. Jescheck, em *Fest. für Heintz*, 1972, p. 717 e segs., e Eduardo Novoa Monreal, em *ZStW* 81 (1969), p. 752 e segs.

¹² Cf. Bacigalupo, em *Fest. für Welzel*, 1974, p. 477 e segs. O Código de El Salvador estabelece que “a pena não excederá a medida da culpabilidade” (art. 2). A individualização da pena, entretanto, parece não se reger por este princípio (ver art. 67).

nas procura excluir a mera responsabilidade pelo resultado, ou seja, condiciona a aplicação de uma pena a que o autor tenha agido com dolo ou culpa. No momento de individualização da pena, a culpabilidade desaparece e cai-se num puro direito penal de autor. O que se julga em última instância não é o ato praticado pelo autor — tal ato só tem um valor sintomático na determinação da pena — mas a *personalidade perigosa do autor* de um ato punível. Deste ponto de vista, então, a inovação é relativamente insignificante porque, em geral, teoria e prática haviam reconhecido de maneira unânime que sem dolo ou culpa não se pode aplicar pena.¹³ Antes e depois faltou o reconhecimento da função limitadora da medida da pena que a culpabilidade deveria cumprir em um direito penal que se autodefine como direito penal da culpabilidade.

As limitações com que tem sido entendido o princípio da culpabilidade, se percebem também no sistema legislativo do erro. Exemplo disto é o Código de El Salvador, que logo após manifestar sua adesão ao princípio da culpabilidade (art. 2), estabelece no art. 3 a irrelevância do erro sobre o direito. Do mesmo modo, o Projeto venezuelano de 1969 (arts. 20 e 25).

O Código Penal do Brasil de 1969 contém uma incongruência adicional, difundida em parte em tortuosas construções que se encontram na jurisprudência de vários países. Na exposição de motivos, o legislador reconhece que, para seguir estritamente o princípio da culpabilidade, seria necessário incluir a grave perturbação da consciência entre as causas que excluem a imputabilidade.

Porém, como desta maneira a exclusão da punibilidade alcançaria geralmente os casos de embriaguez, resolve-se sacrificar o princípio de culpabilidade antes proclamado. O certo é que resolver o problema da embriaguez não é função que corresponda ao direito penal. Trata-se de um problema de política social geral que não tem por que resolver-se mediante a aplicação de penas a sujeitos que agem sem saber o que fazem. Em todo caso, ao direito penal só cabe prever o tratamento para o autor que delinque em estado de embriaguez, mediante uma medida de segurança. A pena carece, evidentemente, de capacidade para resolver este problema. Crer no contrário é uma ingenuidade.

2. Outro aspecto significativo dos códigos e projetos comentados é que incluem uma definição relativa ao fim da pena. Na legislação anterior seria impróprio falar de fim da pena, desde o momento que se acreditava que o objetivo por alcançar com a aplicação de uma pena — se é que existia — estava mais além da atividade judicial, no âmbito da ação administrativa, à qual se reservou a questão da execução penal. Talvez isto tenha sido consequência da influência exercida pela obra de Saleilles de 1898 sobre a individualização da pena.¹⁴ Pode-se dizer que, em geral, o direito penal latino-americano tem distinguido falsamente — a partir de nossa perspectiva atual — entre a aplicação da pena e o fim da execução da pena.

¹³ Do mesmo modo, Parmenio Cárdenas em sua dissensão com respeito ao Projeto colombiano de 1976, edição oficial.

¹⁴ Cf. Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 1898.

Entretanto, retoma-se agora o caminho adequado: define-se a finalidade da pena. A finalidade da pena é, sem dúvida, uma questão legítima do direito penal material.

O empenho desejável na adoção de um sistema penal decididamente orientado à ressocialização do autor tem sido sempre insuficiente. Um exemplo de timidez neste sentido é Projeto de Código Penal Tipo. Talvez seja por isso que o fim de readaptação social a que se propõe resulte freqüentemente frustrado por um sistema de sanções que não corresponde a princípios claros.¹⁵

A definição do fim da pena tem uma implicação decisiva na legislação penal, porém não é suficiente estabelecê-la de uma maneira mais ou menos pragmática em algum artigo da lei. Se o fim da pena é uma matéria legítima da legislação substantiva — como se diz — também o será a determinação daqueles meios mínimos que no âmbito da execução penal garantam o alcance do fim da pena. Também sobre estes meios e limites (relativos à execução penal), deverá legislar o Código Penal. Exemplo dessa concepção é o Projeto argentino de 1974-1975. Sem se estabelecer os meios mínimos da execução penal e os limites que a esta corresponde para garantir a obtenção do fim de ressocialização, ou pelo menos para não frustrá-la logo no início, faltará uma adequada resolução legislativa do problema do fim da pena.

Seria um equívoco crer que com essas normas mínimas referentes a uma execução ressocializadora se terá alcançado o objetivo perseguido. Além disso, dessas regras e definições, próprias do Código Penal, impõe-se uma reforma eficaz da execução penal em si mesma.

3. Outra questão importante que surge da nova legislação e especialmente do Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina, é a que se refere à *unificação das penas privativas de liberdade*.¹⁶ O Projeto argentino de 1960 havia insistido, ainda, em manter a reclusão e a prisão como penas privativas de liberdade.¹⁷

A forma mais grave da pena privativa de liberdade (reclusão, presídio etc.) caracteriza-se em geral, por certos elementos adicionais que a distinguem da forma menos grave (prisão, arresto etc.). Na reclusão por exemplo, o regime de trabalho é mais duro, o isolamento com o mundo exterior é maior e o regime carcerário é mais rigoroso. Às vezes se caracteriza por implicar também numa inabilitação que supera o tempo da privação de liberdade propriamente dita (assim é no Projeto argentino de 1960).

Porém, se se toma por base que a pena não deve consistir simplesmente em um mal que se atribui ao autor por um ato ilícito que tenha praticado culpavelmente, a distinção de formas diversas da privação de liberdade, carece de todo sentido. Aquelas diferenciações estavam vinculadas, como é claro, com a concep-

¹⁵ Cf. Bergalli, *Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, 1976.

¹⁶ O Projeto argentino de 1960 (Soler) manteve a distinção entre prisão e reclusão; o de 1974-1975 (Acevedo, Aftallón, Bacigalupo, Levene e Masi) se pronunciou, ao contrário, pela unificação; o Código Penal Brasileiro de 1969 prevê reclusão e prisão; o Anteprojeto colombiano de 1974 mantém prisão e arresto; o Código costarricense, seguindo ao Código Penal Tipo, prevê somente a pena de prisão.

¹⁷ De aproximadamente 340 delitos previstos no Projeto argentino de 1960, apenas 26 eram sancionados com pena de multa (cf. *Planilla comparativa de penas*, edição do Congresso Nacional, 1962).

ção puramente retributiva da pena, e se mantiveram, sem que tenha havido maiores discussões a respeito, também nos sistemas que se caracterizaram por sua inclinação à prevenção especial. Uma única pena privativa de liberdade que tenha por fim a ressocialização do autor é, então, consequência da unificação do fim das penas em torno da idéia da reintegração social do autor. Não obstante, e apesar do que se percebe com uma observação preliminar de sua série de artigos, é duvidoso que se tenha obtido aceitavelmente o fim da unificação no Projeto de Código Penal Tipo e nas legislações que o tenham tomado como modelo (por exemplo, Costa Rica).

Observando-se integralmente o sistema de penas do Projeto de Código Penal Tipo, observar-se-á que nele existem pelo menos duas penas privativas de liberdade. Uma, mais grave, que consistiria na pena de prisão acrescida de uma pena de inabilitação que durasse mais que a primeira (ou seja, a "reclusão" do Projeto argentino de 1960). Outra, menos grave, limitada simplesmente à pena de prisão. Como se vê, a faculdade outorgada ao juiz de aplicar uma pena de inabilitação maior que a de prisão e juntamente com esta, permite manter, em seus efeitos, o sistema dualista de reclusão e prisão, ou seja, de duas penas privativas de liberdade de distinta gravidade. Assim é que no Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina, a unificação das penas privativas de liberdade se frustra indiretamente como consequência da regulação dada à inabilitação como pena acessória daquela.

Em resumo, há penas privativas de liberdade nas quais a inabilitação só alcança o tempo que dure a privação de liberdade, e outras em que a inabilitação vai além do tempo de privação de liberdade.

Tampouco neste âmbito, então, a inovação consegue ser realmente uma inovação.

No Projeto de 1967 para a Venezuela são estabelecidas penas substitutivas das penas privativas de liberdade de curta duração. Essa tendência, entretanto, se tem desenvolvido mais no Projeto argentino de 1974-1975. Nas futuras reformas penais ter-se-á que trabalhar sobre essas idéias.

4. O sistema da pena de multa não tem sofrido maiores transformações. A tendência que se nota no Projeto argentino de 1960, introduzindo o sistema dos dias-multa, foi seguida mais tarde pelo Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina. A necessidade de um debate sobre os verdadeiros alcances político-criminais desta pena é imprescindível para a realização de uma eficiente reforma penal. A afirmação comumente repetida, segundo a qual deve dar-se maior transcendência à pena de multa em nossos sistemas penais, não é tão óbvia quanto parece à primeira vista. Apesar disso essas afirmações das exposições de motivos carecem, freqüentemente, de uma realização efetiva na parte especial. Um exemplo disto é o Projeto argentino de 1960, que não alterou as proporções que o legislador de 1921 concedeu à pena de multa.

5. Por último encontra-se a pena de inabilitação. Atualmente são pro-

blemáticas as possibilidades de uma delimitação de seu âmbito frente ao que corresponde às medidas de segurança. A ela referir-me-ei mais adiante.¹⁸

6. Uma nota bem característica da nova legislação penal latino-americana é a introdução de um sistema muito mais orgânico de medidas de segurança que o do direito vigente.

Os pontos de partida são, entretanto, tão pouco claros quanto sua forma de realização. Exemplo disso é o Projeto argentino de 1960 que estabeleceu um critério muito objetivo, segundo o qual as penas e as medidas de segurança se distinguem já não em função do autor ao qual se aplica a medida, mas segundo a duração determinada ou não da medida.¹⁹ As medidas de segurança não se diferenciam das penas pela determinação ou indeterminação do tempo de internação, mas porque não estão sujeitas ao limite estabelecido pela culpabilidade; elas devem ser regidas pelo princípio de proporcionalidade. Não há dúvida de que a fundamentação teórica de um sistema de duplo binário apresentará, ainda assim, inúmeras dificuldades, apesar de penas e medidas não diferirem senão na forma de estabelecer seus limites.²⁰ O sistema do duplo binário pressupõe consequências jurídicas do delito que reclamam diversos critérios de legitimação. Deste ponto de vista, os reduzidos alcances dados por Soler ao "princípio da culpabilidade" no Projeto argentino de 1960, logo seguido pelo Projeto de Código Penal Tipo, não requerem, de modo algum, um sistema dualista de legitimação das consequências penais. Por não se dar à culpabilidade o caráter de fundamento da pena,

mas tão-somente o de um pressuposto da mesma — cuja exigência seria também explicável pelas mesmas razões preventivo-especiais em que se apóiam as medidas —, no sistema dualista vem a ser apenas um aspecto exterior do sistema de consequências jurídicas, que responde mais a razões limitativas do que a maiores fundamentos. É por este motivo que, no Projeto de Código Penal Tipo e nas legislações e projetos que o tenham seguido, o sistema de duplo binário reduziu-se a um duplo rotulamento das consequências penais, sem maior significação.

O fundamento e a necessidade de um sistema dualista — que não é estranho como problema à questão do significado do princípio da culpabilidade — requer, entretanto, especial aprofundamento.²¹

De modo algum o critério do Projeto argentino de 1960 logrou impor-se: o Projeto de Código Penal Tipo estabeleceu limites máximos de duração para as medidas que requerem internação, e o Código Penal do Brasil de 1969 prevê penas de relativa indeterminação temporal.²²

¹⁸ Sobre os inconvenientes da pena de inabilitação, cf. Bacigalupo, em *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, p. 86 e segs.

¹⁹ Do mesmo modo se pronunciou Fontán Bañeira. Cf. Beristain, *Medidas penales en el derecho contemporáneo*, 1974, Agustín Barreiro, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, 1974.

²⁰ Cf. Baumann, *Strafrecht*, AT, 7ª ed., 1975, p. 725 e segs.; Callies, *Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, p. 176 e segs.; Jescheck, *Lehrbuch*, 2ª ed., 1972, p. 9 e segs.

²¹ Criticamente em relação ao sistema dualista, Leferenz, em *ZStW* 70, p. 35 e segs.; Noll, em *Recht und Staat*, 244; Callies, *loc. cit.*; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 10, com indicações de direito comparado.

²² Cf. Enrique Ramos Mejía, em *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, p. 355; cf. sobre as penas indeterminadas no direito português e sua reforma, Eduardo Correia, *Sentido e alcance do Projeto de Reforma do Código Penal português (1963-1966)* em *Ensayos Penales*, Universidade de Compostela, 1974, p. 106 e segs.

O Código Penal Tipo, bem como aqueles que o tenham tomado por modelo, têm classificado as medidas de segurança em medidas de *internação*, de *vigilância* e de *tratamento*. As medidas de internação e vigilância são destinadas, geralmente, a habituais, profissionais e aos reincidentes. As medidas de tratamento são previstas para os que tenham agido em estado de inimputabilidade ou com imputabilidade diminuída.

A primeira objeção que merece este sistema de medidas de segurança é a imprecisão das diferenças entre internação e prisão. Isso caracteriza uma evolução em sentido inverso ao que temos mencionado mais acima: não se tende a substituir as penas por medidas, mas sim a converter as medidas em penas sujeitas a menores pressupostos para sua aplicação. Analisando-se por exemplo o art. 57 do Código Penal Tipo, vê-se-á que nele as medidas de internação se definem pelas mesmas características que as penas de prisão e, inclusive, estão sujeitas às mesmas regras de execução brevemente formuladas no art. 43: "A internação deve cumprir-se em estabelecimentos especiais com regime de trabalho e de educação". Ao definir a pena de prisão no art. 43, se diz que a pena deverá exercer uma ação reeducadora. Se se levar em conta que também a internação deverá cumprir-se em estabelecimentos especiais e que não há reeducação possível sem a realização de um trabalho e a participação em um sistema educativo, ficará imediatamente claro que entre a pena de prisão e a medida de internação não existe diferença alguma. Ambas se caracterizam pelos mesmos elementos: estabelecimento especial,

trabalho e educação. É mais uma prova de que é duvidosa a qualificação desse sistema como de duplo binário. Além disso, os três elementos resultam demasiadamente imprecisos para a definição de um regime de consequências jurídicas orientado para a ressocialização do autor.²³

Percebe-se também a falta de uma clara distinção conceitual quando se fixa um mínimo de tempo para a medida de internação, durante o qual a mesma medida não pode ser revista, como ocorre nos arts. 110 e 111 do Projeto venezuelano de 1969, art. 73 do Projeto colombiano de 1974 e art. 113 do de 1976. É evidente que se a periculosidade é o único fundamento da intervenção estatal, em qualquer momento que ela desaparecer, a conservação da medida carecerá de justificação. Por sua natureza, tanto como por seu fundamento, as medidas não devem ter um mínimo de duração (corretamente, neste sentido, o Código Penal Tipo, art. 59; Código de El Salvador, art. 115; e o da Costa Rica, art. 100).

A medida de internação é também criticável do ponto de vista da função que se lhe atribui. Mediante ela prevê-se a substituição da pena privativa de liberdade para criminosos habituais ou profissionais. Tal substituição carece de sentido a partir do momento em que a medida de internação e a de prisão não apresentam diferenças essenciais. Então, tampouco aqui, há qualquer inovação no que respeita ao tratamento clássico da habitualidade e da profissionalidade. A medida de internação não é senão uma pena privativa de

²³ No que se refere à Espanha, ver Marino Barbero, em *Sistema* n.º 10, 1975, p. 99, 109 e segs.

liberdade de duração indeterminada de até 15 anos. A compatibilidade das penas indeterminadas com a idéia do estado de direito é, decididamente, problemática.

Outro aspecto criticável do sistema de medidas de segurança é o que se refere às regras de execução. Quando, de uma maneira muito simples, o Código Penal Tipo em seu art. 57 faz referência aos meios de execução da medida de internação, menciona apenas a aplicação da laborterapia em estabelecimentos agrícolas e ao ar livre (de igual modo o Código de El Salvador, art. 105 e 106; Projeto colombiano de 1974, art. 71 e de 1976, art. 113; Projeto venezuelano de 1969, art. 116; Código da Costa Rica, art. 101). O certo é que a laborterapia, como única forma de tratamento, precisamente nos casos mais difíceis, é mais do que insuficiente. O tipo de tratamento que se deve utilizar durante a execução das medidas de segurança destinadas a esses agentes é, em realidade, muito mais complexo e não se alcança através da agricultura nem da vida ao ar livre. As razões pelas quais os autores do Projeto têm atribuído à agricultura e à vida ao ar livre, propriedades curativas e ressocializadoras tão amplas, são difíceis de se explicar. Por detrás delas deve-se ver antes de tudo uma simplificação excessiva do problema da execução das medidas destinadas aos casos mais difíceis.²⁴

Além disso, não se entende a vantagem de procurar adaptar a um meio rural um homem que, em muitos casos, não terá qualquer outra possibilidade que a de continuar vivendo em um meio urbano. Esse tipo

de "tratamento", como se vê, pode produzir mais mal do que bem.

Tampouco as medidas curativas do Projeto de Código Penal Tipo apresentam um quadro positivo.

A princípio diferem muito pouco das velhas reclusões em manicômio. O tratamento, freqüentemente inumano, que se dá a estes casos, determina uma tarefa legislativa indispensável: deve-se estabelecer os limites com que se levam a cabo os tratamentos, fixando-se as linhas básicas dos mesmos num regime científico de execução, determinando-se o controle judicial sobre sua aplicação. Freqüentemente se aplicam técnicas de tratamento que longe de dirigir-se à recuperação do paciente, produzem danos irreparáveis. Um exemplo disto é a utilização exagerada de certas técnicas como o choque elétrico, o tratamento pelo trabalho, a utilização da psicologia profunda etc. Pelo menos em parte, o Projeto argentino de 1974-1975 observou estes aspectos.

Por fim, observa-se no Código Penal Tipo a medida de segurança chamada vigilância (denomina-se preventiva no Código de El Salvador, art. 107). É ela, provavelmente, a que merece maior número de críticas. O art. 57 do Código Penal Tipo, ou o art. 101 do Código Penal costarricense, ou o art. 72 do Projeto de Código Penal colombiano de 1974 concretizam essa medida ao estabelecer uma série de limitações que se impõem ao condenado: por exemplo, se lhe impõe a obrigação de não consumir álcool ou drogas, de não viver senão em lugar determinado, de não freqüentar certos círculos de pessoas,

²⁴ Cf. Guenter Kaiser e outros, *Strafvollzug*, 1974, p. 114, 224 e segs.

de apresentar-se periodicamente à autoridade, etc. A simples leitura destas disposições demonstra tratam-se mais de medidas de *autovigilância* do que de um sistema de vigilância; ou seja, um sistema no qual se estabelece a certos sujeitos uma série de proibições adicionais, cuja quebra se ameaça com a transformação da medida em internação no caso do Código Penal Tipo, com sua prolongação ou transformação em internação no Projeto de Código colombiano de 1974, ou então, como ocorre no Código Penal costarricense, com a renovação do tratamento a que estava submetido o sujeito (art. 100, último parágrafo). Se se tem em conta que essas proibições adicionais se dirigem a sujeitos que frequentemente manifestam uma marcada dependência do álcool, das drogas, ou então estejam assimilados a círculos sociais marginalizados, se demonstrará a ingenuidade de crer que um sujeito com tais características poderia mudar sua tendência ao delito simplesmente pela imposição de uma proibição de ingerir álcool, drogas ou de ser anti-social. Com isto se demonstra que as medidas de vigilância são na realidade meios totalmente ineficazes em relação aos fins que se pretende alcançar, e que com elas não se pode substituir a necessidade de tratamentos específicos, dos quais o Estado deve ocupar-se. Pode-se dizer que, em geral, o problema criminológico que apresentam esses agentes não se resolverá aplicando-lhes determinadas proibições, pois suas características pessoais os impedem de cumpri-las: não se trata de que *não querem cumpri-las*, mas de que normalmente *não o*

podem fazer. Aqui necessita-se tratamento e não a simples multiplicação de proibições.

Porém, sem dúvida, o ponto mais criticável das chamadas medidas de vigilância é que se tem reservado tais medidas aos criminosos habituais (Código Penal Tipo, art. 72; El Salvador, art. 100, inciso V). Isto resulta duplamente enganoso: não apenas a medida é intrinsecamente duvidosa — como se demonstrou acima —, como também é utilizada em um grupo de agentes para o qual é evidentemente ineficaz.

Além disso, essas medidas de autovigilância praticamente se confundem com a pena de inabilitação, que em si mesma dá lugar a outro tipo de crítica.

A conservação da pena de inabilitação no Projeto de Código Penal Tipo, agrava ainda mais o sistema de consequências penais. A estas críticas não escapa tampouco o Projeto argentino de 1974-1975, que procedeu de maneira idêntica. A pena de inabilitação é uma manifestação de sobrevivência das penas infamantes cujo objetivo era excluir o condenado do núcleo social. Seu fim era, precisamente, oposto ao de ressocialização.

O uso que o legislador fez da pena de inabilitação como pena principal na parte especial dos códigos demonstra até que ponto não se tem confiança no que respeita a seus efeitos preventivos gerais. Por isso, se me permitem exemplificar com o Código Penal argentino vigente, ver-se-á que o uso da pena de inabilitação é excepcional como pena principal, e que praticamente não existem casos nos quais um delito apareça ameaçado apenas com a pena

de inabilitação. É por isso que seu uso geralmente se reduz ao de uma pena acessória ou conjunta com a pena privativa de liberdade, à qual se atribui o verdadeiro efeito preventivo geral. Em todo caso, para a inabilitação resta simplesmente a possibilidade de um efeito preventivo-especial, ou seja, assegurador, que a vincula mais com a função das medidas de segurança do que com as penas. Disto se deduz, a meu ver, que a inabilitação deve excluir-se definitivamente do catálogo das penas e que seus objetivos devem de ser alcançados através de medidas de segurança. Como pena conjunta com a pena privativa de liberdade (e isto vale também se se a considera como pena acessória) sua ação é totalmente inócua durante o tempo que durar a privação de liberdade. Sua prolongação além do tempo de privação de liberdade operará neutralizando os efeitos ressocializadores que se quer alcançar com o tratamento a que se submete o autor durante a vida intramuros.

Além disso, no sistema de medidas de segurança há quatro questões que, do meu ponto de vista, são criticáveis:

1. A primeira refere-se à extensão da pena de inabilitação, ao pátrio poder, como se dispõe no art. 49 do Código Penal Tipo e no art. 57 do Código Penal costarricense. A inabilitação absoluta, destinada geralmente à sanção de delitos cometidos no exercício da função pública, alcança uma marcada repercussão no âmbito familiar. A necessidade de atingir os direitos familiares é, do ponto de vista da política criminal, totalmente desaprovável. O problema

que apresenta a pena de inabilitação ao afetar tanto os direitos que se referem ao exercício de cargos públicos, os direitos eleitorais e os direitos familiares, torna impossível uma coerente aplicação desta pena na parte especial. Que sentido tem sancionar o cometimento de um delito familiar com a perda de direitos políticos e do exercício de cargos públicos, ou delitos no exercício da função pública com a incapacidade para exercer o pátrio poder? Não há dúvida de que a atual concepção do art. 49 do Projeto de Código Penal Tipo provocará essas dificuldades quando na parte especial o legislador queira fazer uso dessa pena. Neste sentido é preferível o critério seguido pelo art. 61 do Anteprojeto de Código Penal colombiano de 1974, que leva em consideração a perda do pátrio poder segundo a natureza do delito ao qual se aplique a pena.

2. Outro ponto que parece criticável é a exclusão da possibilidade de anistia que se prevê para as medidas de segurança no art. 100 do Código Penal costarricense e no art. 80 do Anteprojeto de Código Penal colombiano. Ambas as disposições reconhecem como antecedente o art. 62 do Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina. Não há razão alguma que permita justificar a conservação de consequências penais por feitos que tenham deixado de ser um delito. A concepção que apóia as disposições criticadas é, provavelmente — já que nada se diz expressamente sobre os fundamentos de tais disposições —, a que considera as medidas de segurança como consequências regidas pelo direito admi-

nistrativo antes que pelo direito penal criminal. Atualmente, tal concepção não merece aprovação.

3. Do ponto de vista do princípio da legalidade — que também rege as medidas — não se pode aprovar a tendência que se manifesta nos Códigos de El Salvador, art. 110; no Projeto colombiano, art. 71 e seguintes, segundo o qual elas são enumeradas, porém não se determinam os pressupostos da aplicação de cada uma. Dessa maneira, deixa-se totalmente nas mãos do juiz a determinação da hipótese a que aplicará a medida, sem oferecer-lhe nenhuma pauta que impeça, por exemplo, que um reincidente seja internado em hospital psiquiátrico sem ser um psicótico. É certo que no âmbito das medidas de segurança e melhoramento, a relação entre os pressupostos e a consequência jurídica deve ser significativamente mais flexível que no âmbito das penas. Isto impedirá a indeterminação total que caracteriza os códigos comentados.

4. Por último, é também contestável o critério seguido pelo Código de El Salvador que no art. 110, inciso VII, estabelece a possibilidade de se aplicar uma medida de segurança, depois de cumprida a sentença, “quando possível presumir-se” que o regime penal a que o delinquente esteve submetido “não alcançou o fim proposto”. Desta forma, o agente está também obrigado a suportar as consequências negativas de um mau sistema penitenciário. Na prática, qualquer pena, por pequena que seja, pode ser convertida em uma pena indeterminada que poderá estender-se até 15 anos (!) (art. 115)

de internação posteriores à condenação. Tais disposições são incompatíveis com as garantias penais do estado de direito. Essas críticas correspondem também à possibilidade de impor a proibição de residência ou de freqüentar determinados lugares, prevista no art. 102, letras “d” e “e” ao Código Penal da Costa Rica.

III

Uma questão que está intimamente ligada ao tema das medidas de segurança é a do tipo de autores aos quais elas se destinam. Neste sentido, o caso do reincidente e do habitual adquire especial significação. Em geral, o reincidente tem sido tratado sobre a base de uma significativa agravação da pena pelo simples fato da recaída no delito (ver por exemplo o Código Penal mexicano, arts. 65 e 20). O Código Penal argentino (arts. 50 e 55) estabelecia para o reincidente pela segunda vez, a princípio, apenas uma forma agravada da execução da pena, porém não uma agravação da própria escala penal. Tal agravação estava destinada aos que tenham sido condenados pelo menos três vezes, sendo uma delas a reclusão por mais de três anos, ou um número maior de condenações (art. 52). Para estes casos estabelece a reclusão por tempo indeterminado. O Código mexicano não estabelece uma agravação especial para os habituais, pois determina apenas que a pena não poderá ser menor que a destinada aos reincidentes (art. 66). Assim, deixa de ter sentido a distinção estabelecida nos arts. 20 e 21, entre reincidentes e habituais. Tal diferenciação só teria relevância caso fossem estabele-

cidas regras diversas no âmbito das consequências penais. O critério que respeita ao número de reincidências que condicionam a agravação não é uniforme. O Código argentino de 1921, recentemente modificado nesse ponto a 25 de julho de 1976, porém vigente, seguiu o critério clássico de exigir que o autor seja “reincidente pela segunda vez”. O Código Penal mexicano de 1931, ao contrário, agravava a pena desde a primeira reincidência. A redação dos textos legais freqüentemente deixa dúvidas quanto a se se requer a execução — ainda que parcialmente — das condenações anteriores ou se, ao contrário, já é suficiente com a prolação de sentença condenatória.

Os sistemas descritos são o produto das orientações seguidas pela legislação penal européia do princípio do século: um exemplo bem claro disto é o Código Penal suíço e o Anteprojeto de Código Penal alemão de 1909 (arts. 87 a 89 inclusive).

A legislação que aqui chamamos de moderna não modificou as idéias básicas do sistema da reincidência. Percebe-se, antes de tudo, uma tendência a dilatar seus efeitos já à primeira reincidência. Até agora, é desconhecida uma fundamentação do sentido político criminal desta ampliação. Tal tendência vinha se manifestando, por exemplo, na Argentina, já desde o Projeto de 1937.

Por outro lado, deve-se distinguir entre reincidentes, habituais e profissionais (Código Penal Tipo, arts. 69 e ss.; Código da Costa Rica, artigos 39-41; Código de El Salvador, arts. 111 e 112; Projeto venezuelano de 1969, arts. 30-35; Projeto colombiano de 1974, arts. 87-92). A reincidência determina-se, em regra, de

uma maneira puramente objetiva através da simples reiteração de condenações (Projeto de Código Penal Tipo, art. 69; Código Penal costarricense, art. 39; Anteprojeto colombiano, art. 87). A habitualidade requer, em geral, certo número de condenações (Código da Costa Rica: duas, art. 40; Anteprojeto colombiano: quatro, art. 89) e um aspecto subjetivo: “a tendência persistente ao delito” (art. 89 do Anteprojeto colombiano) ou a “inclinação a delinquir” (art. 40 do Código Penal da Costa Rica). Este componente já havia sido introduzido nos projetos argentinos de 1937, 1942, 1960. A definição de profissional às vezes difere significativamente: o Projeto de Código Penal Tipo deixa a questão totalmente aberta, o mesmo acontecendo com a habitualidade (art. 72); o Anteprojeto colombiano, por sua vez, qualifica de profissionais os habituais “que derivem do delito sua subsistência ou parte dela” (art. 90); o Código Penal costarricense, por último, considera como profissionais aos que “tenham feito de sua conduta delitosa um modo de viver” (art. 41). As reformas argentinas de 1967 e 1976 não têm distinguido esses três pressupostos e, consideram todas essas hipóteses sob o ponto de vista exclusivo da reincidência.

O tratamento dispensado aos reincidentes coincide nos exemplos que vimos analisando: agravação da escala penal (Código Penal da Costa Rica, art. 78; Projeto de Código Penal Tipo, art. 69; Anteprojeto colombiano, art. 87; reformas argentinas de 1967 e 1976). O Anteprojeto Colombiano estabelece para o habitual e para o profissional uma agravação

maior da pena que para o simples reincidente (art. 88).

Com isto coincide, em parte, o Projeto de Código Penal Tipo. Este, porém, ao contrário do anterior prevê alternativamente a substituição da agravação pela aplicação das medidas de internação ou vigilância (art. 102, "b"), em especial para os habituais e reincidentes seguramente perigosos e não é necessário voltar a isto. O Código Penal costarriquenho, contrariamente aos demais, segue outro critério: dispõe para os reincidentes, habituais e autores de crime impossível, sua internação em colônias agrícolas ou estabelecimentos de trabalho. A unidade de tratamento para os provavelmente pouco perigosos autores de crime impossível (art. 102, b) e dos seguramente perigosos habituais e reincidentes, resulta, como vimos, antes de mais nada, muito difícil de explicar.

Talvez este capítulo das novas legislações seja um sintoma de duas circunstâncias bem concretas de nossa evolução legislativa: primeiramente é que se está longe, nos problemas concretos, da unificação que se procura: quatro legislações seguem quatro sistemas distintos, igualmente criticáveis; a segunda é a falta de clareza das idéias substanciais que imperam neste âmbito tão decisivo da legislação penal.

O Projeto argentino de 1974/1975 seguiu, neste ponto, o modelo do Projeto Alternativo alemão: dispõe a internação em institutos de terapia social (art. 48).

A execução das medidas de segurança nos institutos de terapia social deve praticar-se na forma de uma terapia médico-psicológica intensiva feita por médicos especializa-

dos, psiquiatras, psicólogos, pedagogos e assistentes sociais.²⁵ Fundamentalmente, deve ser realizada em pequenos grupos terapêuticos, diferenciados pelas características pessoais de seus componentes. Se bem que não seja possível descrever aqui de forma completa as características de tais tratamentos, o que se disse é suficiente para afirmar que de outra maneira seria provavelmente impossível lograr a ressocialização de autores que apresentam estruturas de personalidade muito complicadas e, com respeito aos quais — posto que se tratará em grande parte de reincidentes — a aplicação da pena já demonstrou não ser o meio adequado de tratamento.

Nos estabelecimentos de terapia social também podem ser internados aqueles que tenham agido com imputabilidade diminuída, quando suas características fazem presumir a eficácia de um tratamento como o que ali se pode levar a cabo. Há agentes, entretanto, que exigem tratamentos específicos pelo tipo de inclinação que os tenha conduzido ao cometimento do delito. Nestes casos, a especificação do tratamento requer estabelecimentos diferenciados: é, principalmente, o caso dos alcoólatras e dos viciados em drogas; estes não podem ser tratados de maneira eficaz em institutos de terapia social — ainda que aí se possa realizar alguma forma de tratamento complementar — sem superar-se previamente o problema de sua inclinação específica mediante desintoxicação e criação de

²⁵ Não tem qualquer fundamento a proposta de Aftalión e Levene no Projeto argentino de 1974-1975, de incluir os homossexuais nos institutos de terapia social. Cf. minha crítica em *Nuevo Pensamiento Penal*, p. 98.

um mecanismo psicológico de aversão à droga e ao álcool. Tudo isto faz com que seja recomendável o tratamento em estabelecimentos especiais. Este tem sido o critério seguido pelo Projeto Alternativo da Alemanha e logo adotado pelo Projeto argentino de 1974-1975.²⁶

A descrição dos modelos legislativos analisados demonstra a necessidade de proceder-se cuidadosamente neste terreno e sobre a base de estudos prévios que tornem claros e precisos os fins que se quer alcançar, estudando-se os métodos eficazes para lograr estes resultados. Não tenho dúvida de que as discrepâncias e os marcados desacertos que se percebem são uma parte do preço que nossa ciência do direito penal está pagando pelo seu recolhimento de quase meio século numa concepção da ciência do direito formalista e alheio aos conhecimentos da criminologia e outras ciências sociais, sem os pressupostos dos quais é impossível empreender-se hoje uma tarefa reformadora. Lamentavelmente, nossos cientistas tendem, de maneira geral, a posições intoleráveis: abolir a dogmática e proclamar como única ciência a criminologia, ou então fazer-se o contrário. Porém, sem que se compreenda a necessidade de integração dos diversos conhecimentos, faltarão freqüentemente as bases para encarar uma profunda renovação da legislação penal latino-americana.²⁷

Por último, quero referir-me, ainda que muito brevemente, a uma notável carência de nossas legislações penais recentes. Todas elas optaram por um sistema dualista, ou seja, por um sistema diferencial no que se refere a penas e medidas de seguran-

ça. Com isto se definem a favor de um dos sistemas que ocuparam a ciência penal nos últimos anos. Parece-me difícil, entretanto, poder-se afirmar que desta maneira se tenha superado realmente a forte influência que o monismo exerceu entre nós. Uma prova disto é que — com exceção do Projeto argentino de 1974-75 — não se estabeleceu o princípio regulador das relações entre penas e medidas. Por meio da interpretação pode-se chegar a sustentar, talvez, que o Projeto de Código Penal Tipo teria seguido um método acumulativo. Porém, também ele carece de uma definição precisa.

O projeto argentino de 1974-1975 seguiu, ao contrário, o princípio variante que dá preponderância aos fins preventivos especiais no que respeita à função retributiva da pena. O sistema foi seguido também pelo Projeto Alternativo alemão. Desta forma, o tempo das medidas de internação é computado para o cumprimento da pena, a medida é executada prioritariamente e se estabelece a maneira com que se substitui o resto do tempo da pena privativa de liberdade, não coberta pelo tempo de internação requerido pela medida. Para estes fins entram em consideração as normas que regulam a liberdade condicional.

A escolha do sistema do duplo binário requer a solução das relações entre penas e medidas de uma maneira expressa, e por isto é preciso que, também neste ponto, se aprofundem os fundamentos das soluções que serão projetadas e se faça uma avaliação clara dos resultados que se

²⁶ Cf. Baratta, em *La questione criminale*, nº 1, janeiro-abril, 1975, p. 77 e segs.

²⁷ Cf. Bergalli, *loc. cit.*

podem obter. A conclusão a que levam estas análises dos projetos de reforma penal e da nova legislação penal latino-americana é que, com exceção dos débeis esforços do Projeto argentino de 1974-1975, a nova legislação não se caracteriza por uma orientação político-criminal definida. Seus objetivos não transcendem o modesto limite de uma reordenação, modernizada exteriormente, da legislação da década de 20, preocupada mais pelos aspectos dogmáticos que pelos meios para alcançar fins plausíveis de política criminal.

A tarefa de reforma deve dirigir-se, então, em primeira linha, à formulação de novos objetivos e dos meios racionais para alcançá-los. O direito penal atual conhece os meios das penas e das medidas de segurança e melhoramento. Porém, a eficácia de tais meios está hoje fortemente questionada.²⁸ Tal questionamento tornou manifestos os limites da eficácia do direito penal e o âmbito, de certa forma reduzido, que corresponde à política penal dentro do âmbito maior da política social. A mais importante das reformas penais é, paradoxalmente, a que se refere ao desenvolvimento dos meios não penais (em geral medidas de política social) que devem trabalhar antes do direito penal e que precedem à repressão. A pena converteu-se em um meio tão questionável para a solução de conflitos sociais, que é preciso reservar as primeiras instâncias à política social e dar ao direito penal o caráter de *última ratio* desta.²⁹

A maior coincidência encontra-se na supressão da pena de morte, apesar de sua reimplantação na Argentina e sua conservação nos novos

Códigos da Bolívia e de El Salvador. Com acerto disse Baumann que ela "só pode ser objeto de discussão para uma imaginação doentia" (Kann nur für eine krankhafte Phantasie noch Diskussionsgegenstand sein).³⁰

As espécies de penas restantes, em geral só se justificam pelo fato de ainda não se ter encontrado nada melhor,³¹ dificilmente por sua eficácia. Na medida em que hoje não se está disposto a renunciar ao sistema de controle social baseado na utilização das penas e das medidas de segurança, a reforma penal deve consistir em um processo de racionalização do sistema das reações penais que afetará principalmente a pena privativa de liberdade.

A idéia de ressocialização contém na atualidade o substrato ideológico³² no qual se desenvolvem os esforços para lograr uma transformação racional das penas e principalmente da pena privativa de liberdade. As possibilidades de se obter mediante ela a ressocialização do autor, são discutíveis.³³

De acordo com isto, o processo de racionalização da pena privativa de liberdade deve objetivar, em primeiro lugar, a formulação de modelos de execução cientificamente orientados. Em termos gerais, pode-se dizer que os sistemas de execução da

²⁸ Baratta, *op. cit.*, p. 7 e segs.

²⁹ Cf. Bacigalupo, em *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, p. 160.

³⁰ Cf. Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, 2ª, 1976, p. 29.

³¹ *Loc. cit.*, p. 618; cf. também Marino Barbero Santos e outros em *La pena de muerte, seis respuestas*, 1975; Heleno Cláudio Frago, *Marginalité sociale et Justice*, no IX Congresso internacional de Defesa Social, 1976, p. 15.

³² Cf. Baumann, *loc. cit.*, p. 619; Joscheck, *loc. cit.*, p. 10.

³³ Cf. Schmidhauser, *Strafrecht*, 2ª ed., 1975, p. 756 e segs.

pena privativa de liberdade na América Latina apóiam-se em falsas idéias pedagógicas. Um exemplo claro nos é dado pela lei argentina de execução penal: nela, o "tratamento ressocializador" se resume a submeter-se o condenado a um regime de trabalho e de disciplina que "se orientará à reforma moral do interno" (art. 78). A "progressividade" desse "tratamento" consiste na redução paulatina do rigor disciplinar. É evidente que através de métodos tão pouco idôneos não se poderá lograr a formação da capacidade de autodeterminação que requer a vida social. Neste sentido se orienta a lei mexicana de 1971, que estabeleceu as normas mínimas sobre readaptação social de sentenciados. Esta lei estabelece o marco de referência mais amplo da execução penal, que será concretizado seguramente em outras leis que precisarão o que se entende por tratamento, os aspectos jurídicos vinculados com a posição do condenado na execução penal, etc.³⁴

Do ponto de vista de sua configuração exterior, a pena privativa de liberdade requer uma duração que em si mesma não exclua a possibilidade de um tratamento ressocializador. Por isso requer-se o desaparecimento da pena de prisão perpétua. Não há dúvida, entretanto, de que esse objetivo não se cumpre quando se mantêm penas que alcançam máximos exagerados. A pena de prisão perpétua não tem maior efeito preventivo geral que as penas temporárias. Os mesmos argumentos com que se contrariam a pena de morte valem contra essa pena. Tampouco se poderá justificar a pena de prisão perpétua com argumentos pre-

ventivos especiais. A recuperação do condenado carece de sentido numa pena que implica na segregação definitiva do mesmo. Ainda quando se permite a liberdade condicional daquele que cumpre pena perpétua, o longo tempo de cumprimento da pena que é condição para a obtenção desse privilégio torna provavelmente impossível sua reintegração na vida social.

Os máximos da pena privativa de liberdade que se observam em nossas legislações, superam a medida desejável, e contribuem para frustrar o fim de ressocialização. O Projeto argentino de 1974-1975 reduziu a duração máxima a 20 anos, o que, de qualquer modo, continua acima do aconselhável. Não resta dúvida de que o máximo da pena se rege por razões de prevenção geral. Entretanto, sem renunciar ao efeito preventivo geral que a pena privativa de liberdade tem na atualidade, pode-se reduzir o máximo a 15 anos, pois desta maneira seriam obtidas consideráveis melhoras do ponto de vista preventivo-especial.

A racionalização da pena privativa de liberdade requer também uma melhor regulação do livramento condicional e da suspensão condicional da pena. Em ambos os casos é preciso que se as considere como institutos destinados a fins preventivo-especiais, que não devem ser confundidos, como freqüentemente ocorre, com expressões especiais do direito de graça. Tais institutos não constituem forma de perdão nem estão condi-

³⁴ Cf. Bacigalupo, *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, p. 161; Baumann, *loc. cit.*, p. 619; Baratta, *Marginalidad social y justicia*, em sua Comunicación al IX Congreso de Defensa Social, Caracas 1976; Schmidhauser, *loc. cit.*, p. 763; Stratenwerth, *loc. cit.*; Vassalli, em *Mélanges offerts a Marc Ancel*, Paris, p. 473 e segs.

cionados pela expiação da culpabilidade, mas sim por fins concretos de prevenção especial.

O programa de racionalização da pena privativa de liberdade despertará, sem dúvida, resistências na opinião pública, pois o leigo crê, freqüentemente, que a segurança depende da atrocidade com que se ameaça os delitos. Nisto coincide, às vezes, a própria opinião de técnicos que assumem posições pouco esclarecedoras, fazendo invocação à "lei e ordem", e ao temor do cidadão comum.³⁵ Por este motivo a tarefa de modernizar e humanizar o direito penal não só é um trabalho técnico, como também, e principalmente, uma tarefa de transformação da consciência pública a respeito do tratamento que o Estado deve dar ao problema do delito.

A racionalização do sistema penal deve alcançar também a pena de multa. Sem dúvida que é exagerada a função que se lhe quis atribuir na exposição de motivos do Projeto argentino de 1960, que entretanto não teve reflexo algum na parte especial deste Projeto.³⁶ Os problemas não resolvidos que apresenta esta espécie de pena não são pequenos. O diferente efeito da multa sobre os que dispõem de maior capacidade econômica, não se logra resolver totalmente por meio dos dias-multa, que sem dúvida é o mais adequado a este tipo de pena. A isso deve-se somar a possibilidade de que um terceiro pague a multa pelo autor, o que é praticamente impossível de se impedir. Consequência disto é — em comparação com a pena privativa de liberdade — seu reduzido poder intimidatório;³⁷ a possibilidade de uma ação pedagó-

gica por meio da pena de multa é evidentemente nula.

Já manifestamos anteriormente nossa opinião no que respeita à eliminação da pena de inabilitação do catálogo das penas. Suas funções deverão absorver-se num sistema de medidas que terá uma amplitude maior que a atribuída no direito penal vigente, pois deverá ser vinculada com o tratamento dos reincidentes, habituais e profissionais, e com os que tenham agido no momento do feito com a capacidade de culpabilidade diminuída.

A estruturação do sistema de reações penais dependerá dos critérios de legitimação das consequências penais. Uma discussão relativa a estes aspectos, que é precedente à reforma penal, falta hoje em dia, entre nós, quase que por completo. Essa carência se explica, em grande parte, pelo esgotamento da chamada luta de escolas e à excessiva concentração da ciência penal na dogmática jurídica dos pressupostos da pena. Neste processo pode-se observar provavelmente a causa do impasse a que chegaram as tentativas de reforma nos últimos tempos; tentativas essas que se dirigem mais no sentido de unificação do direito penal sobre a base de um modelo sem inovações, do que à reforma de um regime pouco eficaz e freqüentemente inumano.

³⁵ Tal é o caso do Anteprojeto colombiano de 1974 que prevê pena privativa de liberdade de até 30 anos.

³⁶ É o caso de Guillermo J. Ouviaña, em *La Ley*, nº 242, de 17.12.75, coincidindo amplamente neste sentido com a Policía Federal Argentina, cf. *Revista Argentina de Ciencias Penales*, 1975, p. 168 e segs. Ver sobre a transformação deste tipo de argumentação: Arzt, *Der Ruf nach Gesetz und Ordnung*, 1976.

³⁷ Ver *Planilla comparativa de penas*, edição do Congresso Nacional.

Mais do que um modelo de unificação, nosso direito penal exige um modelo de reforma. E nessa reforma devemos começar por banir da nossa linguagem científica expressões que traduzam uma atitude irracional frente ao problema do direito. É preciso eliminar a crença de que o direito penal é uma "arma" e que a sua função é "a luta contra a delinquência", no que se baseia a crença cientificamente falsa de que os delinquentes constituem grupo determinado e preciso de inimigos da sociedade. O problema penal não se de-

termina hoje em dia através do confronto entre policiais e bandidos, mas sim como uma questão muito mais complexa de política social que se deve encarar antes de tudo de pontos de vista os mais variados, se é que se deseja encontrar uma solução que não se torne um peso sobre nossas consciências. Há algum tempo disse Nietzsche: "nosso delito contra os delinquentes é tratá-los como canalhas". Tomemos consciência disto e encontraremos o caminho da reforma penal latino-americana.

A LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA E A INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO NA LEI DE IMPRENSA *

Nelson Nery Junior

1. LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA.

§ 1.º — *Função e objeto da atividade do Ministério Público no processo penal.*

O Ministério Público no processo penal exerce uma função da mais alta significação do ponto de vista social, pois, mediante seu parecer, pretende dar a cada um o que é seu. Não é o órgão puramente acusador, como vulgarmente é conhecido. Convencido da inocência do réu, em suas alegações finais poderá pedir a improcedência da pretensão punitiva do Estado.

No processo penal não existe *lide*, na conceituação que lhe é dada pelo direito processual civil. Existe, sim, uma *contenciosidade* que não chega a ser um conflito de interesses qualificado por uma pretensão insatisfeita.¹ Aliás, existe, somente *um* interesse: “o interesse do réu em obter,

se culpado, o tratamento ou redenção da pena; e se inocente, a absolvição. Interesse por parte do órgão de acusação se patentearia inadmissível, pois seria atribuir uma desonestidade do Ministério Público, tê-lo como interessado na condenação de um inocente”.² Logo, o *único* interesse que há no processo penal é aquele que visa a busca da verdade em nome da sociedade, quer seja para condenar o

* Comentário ao acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito nº 217.671, julgado em 27.9.1979 pela Colenda Terceira Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, relator o Juiz Sílvio Lemmi, votação unânime, onde se decidiu pela ilegitimidade recursal do Ministério Público na ação penal privada e que nada, nem mesmo a sentença condenatória interrompe ou suspende o prazo prescricional que, no caso de crime de imprensa, é inexorável.

¹ Luciano Marques Leite, *O conceito de “lide” no processo penal*, in “Justitia”, São Paulo, 1970, vol. 70, p. 181, et passim.

² José Geraldo Rodrigues de Alckmin, *A instituição do Ministério Público*, in “Justitia”, São Paulo, 1973, vol. 80, p. 19.

culpado, quer para absolver o inocente.

O Ministério Público tem o poder-dever de fiscalizar a sanção e o respeito à lei,³ exercendo a todo momento no desenvolvimento da relação processual penal, a função de “custos legis”.

O Ministério Público fiscal da lei é aquele que zela pela sua observância, fórmulas e prazos processuais. Essa função é por demais abrangente, posto que confere a ele a incumbência de velar pelo estrito cumprimento da lei, em sentido amplo.

Tanto no início da ação penal, quanto no desenvolvimento do processo, deve agir como fiscal da lei. Isto é dever do Ministério Público.

Compete a ele, órgão autônomo de administração da justiça, “realizar a função em colaboração com o juiz na descoberta da verdade e na realização do direito que é, em último termo, a verdadeira razão da intervenção do Ministério Público no processo penal”.⁴

Não se vai aqui discutir se se trata de parte principal, parte ‘sui generis’, órgão imparcial e muitas outras denominações e qualidades que se lhe tem dado na discussão a respeito de sua natureza jurídica. Deve-se ter em mente a atividade de órgão administrador da justiça (incluída aqui a fiscalização da lei), antes de ser o órgão promotor da ação penal.

Assim, em nome da administração da justiça, o órgão fiscalizador da sanção e respeito à lei exerce a importante e ampla função de “custos legis”, que lhe dá o direito-dever de intervir no processo, em todos os termos do desenvolvimento deste mesmo processo, a fim de ver bem cumprida a lei pelas partes e pelo juiz.

§ 2.º — *Interesse recursal do Ministério Público na ação penal privada.*

Delineada a função do Ministério Público no processo penal, de órgão administrador da justiça e fiscalizador da lei, é imperativo que se lhe reconheça legitimidade e interesse para recorrer, no caso de ILEGALIDADE da sentença.

O agente do Ministério Público pode entender que o réu deva ser absolvido por insuficiência de provas, presença de excludente de criminalidade, atipicidade, etc., requerendo a improcedência do pedido contido na peça inicial. Caso o magistrado venha a proferir sentença de condenação, o membro do ‘parquet’ tem interesse e legitimidade para recorrer em benefício do réu, em nome da ilegalidade da decisão, que se caracterizou por descumprimento ao artigo 386 do Código de Processo Penal.

O artigo 257, do Código de Processo Penal, conquanto revestido de aparente singeleza em seu conteúdo, confere ao Ministério Público amplos poderes para exercer a função de fis-

³ Em abrangente estudo a respeito do Ministério Público, Michèle-Laure Ressayt ensina que *Il paraît non moins évident que le rôle du ministère public en matière répressive est également, et avant tout, de pourvoir à la sanction et au respect de la loi, et cela, durant tout le déroulement de l'action en justice. Le ministère public est donc en toute matière (civile ou répressive), et à tout moment (origine de l'action ou déroulement du procès), l'organe de la loi, chargé de l'interpréter pour la défendre* (“Le Ministère Public — entre son passé et son avenir”, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1975 (reimpressão), ns. 192 e 193, p. 144 e 145).

⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, § 11, p. 362 e 365.

cal da lei: "o Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei".

Como bem observou PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO,⁵ a simples leitura desse artigo demonstra a necessidade de o Ministério Público usar de *todos* os meios processuais para tornar possível a determinação legal. Pode, portanto, recorrer objetivando a exata aplicação da lei penal, em benefício do interesse público. Esse entendimento da possibilidade e legitimidade de o Ministério Público recorrer em benefício do réu foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal.⁶ Aliás, cumpre salientar que a colocação feita pelo nobre defensor público do Estado do Rio de Janeiro, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO é lapidar no sentido da admissibilidade⁷ porque, tendo em vista o interesse público, o órgão do 'parquet' tanto pode pedir a absolvição de um condenado inocente, como a condenação de um absolvido culpado.

Passando, agora, à análise estrita da legitimidade recursal do Ministério Público na ação penal exclusivamente privada, entendemos ser possível o seu recurso, tendo em vista a sua ampla função de órgão administrador da justiça e fiscalizador da exata aplicação da lei penal.

Havendo ilegalidade na sentença, há legitimidade e interesse recursal por parte do Ministério Público.

Não terá interesse em recorrer se a sentença for absolutória, dado que a ação é exclusivamente privada, cabendo ao querelante interpor, querendo, o recurso cabível.⁸ Isto porque a ação privada está na disponibilidade do querelante. Se ele se conformar com a absolvição, o Estado-Ministério Público não poderá invadir a esfera de disponibilidade do ofendido.

O "jus perseguendi", na ação exclusivamente privada, é do ofendido. Enquanto que na ação penal pública vigoram os princípios da *obrigatoriedade* e da *indesistibilidade* da ação penal, na ação privada vigora o princípio *dispositivo*. Vale dizer, o ofendido tem a faculdade de propor a ação e não a obrigatoriedade. Embora não haja no Código de Processo Penal disposição expressa autorizando ao querelante a desistência da ação, poderá ele perimi-la, ou seja, deixar que ocorra a perempção (art. 63, n.ºs I e III, CPP), o que equivale à desistência tácita da ação penal privada.

Como fiscal da lei o Ministério Público deverá intervir em todos os termos do processo de ação penal exclusivamente privada, segundo dispõe o art. 45, do Código de Processo Penal. Qual a razão de a lei assim dispor? Atribui o poder de o órgão do Ministério Público aditar a queixa-crime e de intervir em todos os termos do processo, exatamente para que o interesse público, a correta aplica-

⁵ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Ministério Público. Recurso em benefício do réu*, Parecer in "Revista de Direito", n.º 8, Rio de Janeiro, 1978, p. 138.

⁶ Decisão proferida no RECrIm. n.º 86.088, RJ, 1ª Turma, rel. Min. Bilac Pinto, j. 22.11.1977. Em seu voto, o Min. Bilac Pinto aduz que, se o Ministério Público pode requerer revisão e *habeas corpus* em favor do réu, que recursos são, poderá, também apelar ou interpor outro recurso ordinário, tendo em vista a aplicação do princípio *ubi eadem ratio, ibi jus idem esse debet*.

⁷ Ver nota n.º 5, *supra*. Ver, ainda, do mesmo autor, comentários e notas ao acórdão proferido pelas Câmaras Criminais reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Ap. Crim. n.º 62.142, in "Revista de Direito Penal", ns. 19-20, Rio de Janeiro, 1975, p. 117 e segs.

⁸ Sérgio Demoro Hamilton, *A presença do Ministério Público na ação penal privada*, in "Justitia", vol. 101, São Paulo, 1978, p. 42.

ção da lei, enfim; a sanção e o respeito à lei sejam observados. Logo, verificada ofensa à lei, o interesse recursal do Ministério Público se manifesta de maneira inequívoca.

Havendo condenação do querelado quando o Ministério Público se manifestar pela absolvição entendendo ocorrer alguma das hipóteses contidas no art. 386, do Código de Processo Penal, há *ilegalidade*. Nesse caso existe legitimidade recursal concorrente do Ministério Público como fiscal da lei e do querelado como condenado sucumbente.

É irrelevante o recurso do querelante ou querelado no caso de afronta à lei. Caso haja descumprimento de texto legal, tratando de ação penal privada, o Ministério Público *sempre* terá legitimidade e interesse em recorrer, pois atua como 'custos legis'.

No processo penal, o pressuposto recursal da sucumbência deverá ser examinado com vagar, no tocante ao Ministério Público. Na lição de ESPÍNOLA FILHO,⁹ esse conceito, em relação ao Ministério Público, "deve ser considerado com maior largueza, do que diz respeito às outras partes, porque tem ele, sempre, na esfera própria de sua função, interesse em que a lei seja, exatamente, cumprida".

Nesse passo as lições de GIAN DOMENICO PISAPIA,¹⁰ EUGENIO FLORIAN¹¹ e de JORGE A. CLARIA OLMEDO.¹²

Não se poderia dizer que, em sendo o querelado condenado, ou, caso seja absolvido com sentença afrontando a lei, o Ministério Público não teria interesse em recorrer da decisão, porque não é parte na ação penal.

Sendo condenado o querelado, havendo opinado o Ministério Público pela absolvição, ainda que o que-

relado recorra, o Ministério Público terá legitimidade em recorrer. Isto porque está exercendo uma função de órgão fiscalizador do cumprimento da lei, sendo irrelevante a sua condição de parte ou não na relação jurídica deduzida no juízo penal.

Na hipótese de ser o querelado absolvido, o Ministério Público não poderá recorrer objetivando a condenação no mérito, dado o caráter privatista da ação penal exclusivamente privada que persegue o crime levado a juízo. A menos que tenha aditado a queixa-crime. Como já se disse, na ação penal privada vigora o princípio *dispositivo*, não podendo o Estado, representado pelo Ministério Público, interferir na vontade do querelante, pois este manifestou renúncia tácita ao recurso. Mas o Ministério Público terá manifesto interesse em ver reformada a decisão, se a sentença incidiu em infringência à lei, máxime se o dispositivo de lei regular questão de ordem pública. É o caso de o juiz deixar de aplicar o art. 117, do Código Penal, decretando a extinção da punibilidade pela prescrição, caso tal artigo haja incidido na hipótese concreta. Ora, a prescrição e a decadência, no direito penal, são questões de

⁹ Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. VI, Borsói, Rio de Janeiro, 1965, p. 43.

¹⁰ Gian Domenico Pisapia, entendendo que o Ministério Público "nelle sue funzione di giustizia, ha sempre interesse alla retta applicazione della legge" (*Compendio di Procedura Penale*, Cedam, Padova, 1975, ristampa, p. 390).

¹¹ Eugenio Florian, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1934, p. 425 (trad. de L. Prieto Castro).

¹² Jorge A. Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, vol. V, Buenos Aires, 1966, p. 447-448.

ordem pública, cabendo ao Ministério Público velar pelo cumprimento das normas que as regulam. Se houve incidência do art. 117, CP, *v. g.*, recebimento da queixa-crime, e o juiz extingue a punibilidade pela prescrição entendendo que o recebimento da queixa não a interrompeu, está patente a afronta à lei, ensejando o recurso por parte do órgão fiscalizador da aplicação e execução da lei, que é o Ministério Público.

Se assim não se entendesse, qual seria a função do Ministério Público ao receber para ciência uma sentença desse jaez? Ficaria inerte diante da ilegalidade? A lei determina a intervenção do Ministério Público em todos os termos do processo de ação penal privada, justamente por causa de problemas como esse. Verificada a ilegalidade da sentença, ainda que seja caso de absolvição, existirá a sucumbência para o Ministério Público, que é o fiscal da lei (que foi infringida pela sentença).

No recurso-crime n.º 217.671, que estamos comentando, foi estampado o parecer da Procuradoria Geral da Justiça, da lavra do ilustre Subprocurador da Justiça de São Paulo e professor de direito processual penal, Dr. José Roberto Baraúna, no sentido da ilegitimidade recursal do Ministério Público, recurso esse que atacava a negativa de vigência dos arts. 10 e 117, do Código Penal e 48 da Lei n.º 5.250/67 (estando, portanto, na posição de 'custos legis'), cujo inteiro teor é o seguinte:

"2. Respeitante àquele manifestado pela douta promotoria, não é de ser conhecido, por falta de legitimidade recursal. Trata-se de ação privada em que a atividade do Ministério Público de primeira instância é de simples 'custos legis'."

O parecer não examina, como deveria, a legitimidade recursal do órgão fiscalizador da lei. Se o juiz, ao proferir a sentença, descumpriu norma expressa de lei, cabe ao órgão fiscalizar, interpor recurso objetivando a reforma da decisão ilegal. Senão, qual seria a função do Ministério Público na ação penal privada? A adotar-se o argumento trazido pelo parecer — de que se trata de ação privada —, esvaziar-se-ia a função de 'custos legis' do Ministério Público: as partes (querelante e querelado) e o juiz poderiam cometer os maiores desmandos processuais e aberrações jurídicas (ilegalidades gritantes), devendo o **ÓRGÃO FISCAL DA LEI CALAR-SE DIANTE DESSE QUADRO**, porque se trata de ação penal privada. Ora, seria um verdadeiro absurdo a ponto de chegar-se ao caos na aplicação da justiça.

Concluindo, o Ministério Público tem *sempre* legitimidade e interesse em recorrer de sentença *ilegal* (absolutória, condenatória ou terminativa), quer se trate de ação penal pública, quer de ação penal privada.

2. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO NA LEI N.º 5.250, DE 9 DE FEVEREIRO DE 1967.

§ 3.º — *Distinção entre prescrição e decadência.*

A doutrina não elaborou, ainda, um *descrimen* que pudesse pôr termo definitivo à controvérsia a respeito dos institutos da decadência e da prescrição.

A razão de ser de ambos os institutos é a garantia da estabilidade das relações jurídicas. O seu fundamento primeiro é o resguardo do in-

teresse jurídico em não eternizar determinada situação pendente.

A doutrina discute muito a natureza jurídica da prescrição e da decadência. SAVIGNY¹³ dizia tratar-se de um castigo à negligência. É certo que tanto a prescrição como a decadência não deixam de ser penalidades pela inércia de quem deva agir. Colocando em primeiro plano a harmonia social, o interesse social, CÂMARA LEAL¹⁴ entende ser justificável a pena imposta ao titular, ou pretensão titular, de um direito, de fulminá-lo de extermínio, caso não o exerça no tempo em que a lei determinar.

Notamos, pois, que se trata de um castigo à negligência. Exercida a atividade no prazo de lei, afastada estará a penalidade da decadência ou prescrição.

Em uma primeira visão panorâmica respeitadamente a ambos os institutos, diz-se que a decadência extingue o *direito* e, via de consequência, a pretensão de exercício desse direito, enquanto que a prescrição atinge a *pretensão* diretamente e o direito de forma indireta.

Tendo em vista os fundamentos aduzidos para justificar a existência dos institutos da decadência e da prescrição no direito brasileiro, tem-se que ambos os institutos se revestem de *caráter público*.¹⁵

Mas o critério diferenciador de que a decadência atinge o direito e de que a prescrição atinge a pretensão não parece totalmente abrangente, necessitando de alguns acréscimos.

Não basta a diferenciação tendo em conta o 'terminus a quo' de tais institutos. Quando começaria a correr o prazo decadencial? E o prescricional? A princípio, o termo 'a quo'

seria o mesmo para ambos os institutos. Mas há algumas diferenças, principalmente no direito penal, que é o que nos interessa.

O termo inicial do prazo decadencial se verifica quando do nascimento do direito e do nascimento da lesão a esse direito: o direito e a lesão são concomitantes. Na prescrição o fenômeno é outro. O prazo prescricional tem início com o nascimento da pretensão, e a lesão ou violação de um direito como fato que faz nascer a ação (*rectius*: pretensão).¹⁶

Essa posição é ligeiramente discordante daquela adotada por CÂMARA LEAL¹⁷ para quem o prazo de decadência começa a correr desde o nascimento do direito, e o de prescrição a partir de quando esse direito é violado, ameaçado ou desrespeitado, porque é nesse momento que nasce o interesse processual, vale dizer, nasce a ação propriamente dita, para a qual se dirige a prescrição.

¹³ Friedrich C. Von Savigny, *Sistema del Derecho Romano*, vol. IV, § 237 (tradução espanhola de Mésia e Poley).

¹⁴ Antônio Luís da Câmara Leal leciona que: "Não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social" (*Da prescrição e da decadência*, 3ª edição, FORENSE, Rio de Janeiro, 1978, p. 16).

¹⁵ Antônio Luís da Câmara Leal, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ Agnelo Amorim Filho, *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, in *Revista de Direito Processual*, vol. 3º, Saraiva, São Paulo, 1962, p. 109.

¹⁷ Antônio Luís da Câmara Leal, *op. cit.*, p. 100.

Ora, não concordamos com a colocação de CÂMARA LEAL. Se o prazo decadencial começa a correr somente quando do nascimento do direito, qual a razão de ser da existência desse instituto, se não há aplicação para ele? Se o direito não foi violado, o seu titular não tem interesse em promover algo para fazer valer esse direito. Daí não poder falar-se em ocorrência e incidência da decadência.

Assim, verifica-se que o prazo decadencial se inicia no momento do nascimento do direito e de sua violação, que são concomitantes.

É sabido, ainda, que a decadência não comporta suspensão ou interrupção: a sua ocorrência é inexorável no tempo, nada a obstando. A prescrição, ao revés, é suscetível de suspensão e interrupção.

§ 4.º — *Aplicação das normas do Código Penal sobre a prescrição à Lei n.º 5.250/67.*

As causas interruptivas da prescrição constantes do Código Penal Brasileiro se aplicam à Lei de Imprensa, pelo fato de esta lei especial não dispor de modo diverso.

O art. 10, do Código Penal reza que as regras gerais constantes desse 'codex' se aplicam às leis especiais, se estas não dispuserem de modo diverso. O art. 48 da Lei de Imprensa atribui força de norma subsidiária ao Código Penal no tocante à responsabilidade penal, à *ação penal* e ao processo.

No regime da lei de imprensa revogada, falava-se em decadência, corretamente, embora fosse difícil explicar a sua interrupção à luz da dogmática desse instituto.

Na tentativa de solucionar o impasse, a nova lei (Lei n.º 5.250/67),

dispôs no art. 41, § 1.º, a respeito da prescrição do direito de queixa e representação e sobre a sua interrupção (art. 41, § 2.º).

Foi infeliz o legislador.

Realmente se trata de DECADÊNCIA e não de prescrição. Sem razão DARCY DE ARRUDA MIRANDA¹⁸ quando afirma que a hipótese do artigo 41, § 1.º, é de prescrição por força de lei. Fez esse autor interpretação literal que não pode, todavia, ir de encontro à sistemática do instituto da decadência.

Quando o Estado retira do particular o direito de perseguir, ou provocar a perseguição de determinada infração penal, obsteu diretamente o DIREITO de o particular ajuizar queixa-crime ou representar para a instauração da instância penal. Isso quer dizer que a lei regula a decadência e não a prescrição, como erroneamente consta do art. 41, § 1.º, da Lei Federal n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. O que se verifica é enorme erro de técnica legislativa.

Já vimos que a decadência não admite suspensão ou interrupção. Para solucionar a questão, deveria o legislador consignar que se trata de decadência, mas que o 'dies a quo' somente se verificaria após a decisão no requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação e após o julgamento do pedido judicial de declaração de inidoneidade do responsável. Segundo o que ficou dito a respeito do termo inicial da decadência, deve haver *lesão* concomitantemente ao nascimento do direito. Com o pedido de publicação de resposta ou pedido de retificação, *e. g.*,

¹⁸ Darcy de Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, vol. II, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969, n.º 644, p. 715.

não houve *lesão*, não iniciando, portanto, o prazo decadencial. Se o pretense ofendido reclama providência em juízo sem ter a convicção de que, realmente, fora ofendido pela publicação, não terá interesse em promover ação penal privada ou representar para o início da ação penal pública condicionada.

Nesse passo é correta a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES.¹⁹ O legislador inverteu a posição da lei anterior, denominando de prescrição o que é, na verdade, decadência. Isto não é possível.

Temos, então, que a interpretação literal feita por DARCY DE ARRUDA MIRANDA não é a que melhor traduz os princípios que infirmam o instituto da decadência, o instituto da prescrição e a própria vontade do legislador.

A lei de imprensa, no atinente à prescrição, contém dispositivos que se harmonizam por inteiro com as normas do Código Penal que devem ser aplicadas àquela lei especial.

O art. 41, "caput", da referida lei regula o prazo prescricional da pretensão punitiva, substituindo, dessarte, o art. 109 do Código Penal. Os parágrafos do art. 41, da Lei n.º 5.250/67 se referem ao instituto da *decadência*, porquanto tratam de causa obstativa ao *direito* de queixa ou representação, e não da *ação penal*.²⁰ Logo, as normas do Código Penal referentes à prescrição, COM EXCEÇÃO AO ARTIGO 109, se aplicam por inteiro à Lei de Imprensa.

O cerne da questão reside no fato de a lei de imprensa *não dispor* de modo diverso do Código Penal, atinentemente às causas interruptivas da prescrição. Logo, temos que o artigo 117, CP se aplica à Lei de Imprensa.

O que não se pode conceber é que alguém seja condenado pela prática de crime de imprensa e fique impune face à ocorrência da prescrição, por não ser esta suscetível de interrupção. Aliás, o entendimento de DARCY DE ARRUDA MIRANDA²¹ de que *nem a sentença condenatória interrompe a prescrição*, CONDUZ AO ABSURDO, e deve ser relegado à não-aceitação, pois a interpretação não pode conduzir ao absurdo.

É elementar em hermenêutica a regra de que a interpretação não pode levar ao absurdo. E o fato de o autor acima dizer que nem a sentença condenatória interrompe a prescrição, leva, necessariamente, ao absurdo. O espírito da prescrição é de ministrar uma pena ao Estado ou ao particular ofendido, por não ter agido dentro do limite de tempo estabelecido pela lei para o término de uma ação penal. Ora, se a ação penal terminou antes dos dois anos previstos pela lei, é óbvio que houve interrupção da prescrição.

Na lição do Desembargador ANTONIO RODRIGUES PORTO,²² "a atual Lei de Imprensa dispõe quanto à prescrição, somente a respeito da extensão e início do prazo. Em consonância com o art. 10 do Código Penal, o art. 48 da Lei de Imprensa es-

¹⁹ José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, vol. III, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1966, § 162, n.º 8, p. 417.

²⁰ Celso Delmanto trata da hipótese do art. 41, § 1º, da Lei n.º 5.250/67, como *exceção* ao art. 105, do Código Penal, dizendo tratar-se de *decadência* (*Código Penal*, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 79).

²¹ Darcy de Arruda Miranda; op. cit., n.º 643, p. 715.

²² Antonio Rodrigues Porto, *Da prescrição penal*, 2ª edição, Bushatsky, São Paulo, 1977, n.º 86, p. 169 e 170.

tabelece que em tudo o que não é regulado por norma especial desta lei, o Código Penal e o Código de Processo Penal se aplicam à responsabilidade penal, à ação penal e ao processo e julgamento dos crimes de que trata esta lei. Nessas condições, o prazo prescricional está sujeito à interrupção e suspensão previstas no Código”.

MAGALHÃES NORONHA,²³ preleciona que a atual lei de imprensa está subordinada ao Código Penal, *ex vi* do art. 10 deste e do seu próprio art. 48, desde que não disponha de modo contrário. “Assim, por exemplo, ela se referiu apenas à interrupção da caducidade do direito de queixa ou representação (DECADÊNCIA), *silenciando quanto à prescrição de modo que, por força daqueles dispositivos, é aplicável o art. 117*” (grifei).

Dispõe a lei especial sobre as peculiaridades dos crimes de imprensa, como, *v. g.*, a hipótese de o pedido judicial de retratação ‘interromper’ a decadência (*rectius*: o prazo começara a correr após o julgamento desse pedido, pois o prazo decadencial não se interrompe). É natural que, havendo pendência de pedido judicial de retratação, está, *ipso facto*, interrompido o prazo para o oferecimento de queixa-crime (art. 41, § 2.º, Lei n.º 5.250/67). São estas as causas tratadas na lei de imprensa. Por serem, como já dissemos, peculiares à estas ações, não são incompatíveis com os dispositivos reguladores das causas interruptivas da prescrição contidos no Código Penal.

A lei de imprensa não faz referências a respeito da taxatividade ou não das hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição (*rectius*: de-

cadência) ali contidas. Nem seria curial que o fizesse, porquanto só trata das minúcias pertinentes aos crimes de imprensa. Destarte, as hipóteses contidas naquela lei especial são meramente *exemplificativas*, sendo complementares das disposições análogas contidas no Código Penal que, conseqüentemente, se aplicam ao crime de imprensa.²⁴

Nossa jurisprudência, acompanhando a doutrina dominante, tem se orientado no sentido de admitir o recebimento da queixa-crime ou denúncia em delitos de imprensa, como causa interruptiva da prescrição, sendo aplicável a norma contida no art. 117, n.º I, do Código Penal.²⁵

Na mais recente monografia sobre prescrição, premiada com a láurea ‘Jurista Costa e Silva’, o entendimento de CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE²⁶ é o seguinte:

²³ Edgard Magalhães Noronha, *Direito Penal*, vol. 1, 9ª edição, Saraiva, São Paulo, 1973, p. 404.

²⁴ Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo I, 5ª edição, FORENSE, Rio de Janeiro-São Paulo, 1977, p. 213 e 214.

²⁵ Nos tribunais estaduais, vejam-se os arestos publicados nos “Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo”, Lex Editora, São Paulo, vols. 16/175, 36/250, 48/350; “Revista dos Tribunais”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, vols. 403/318, 441/411, 443/501, 279/565 e 299/423. Merece destaque o acórdão proferido na Ap. Crim. n.º 47.142, TJGB, rel. Des. Roberto Medeiros, *v.u.*, 2ª Câm. Crim., in *Revista de Direito Penal*, n.º 4, Borsói, Rio de Janeiro, 1971, p. 105. O Supremo Tribunal Federal, sem divergência de julgamento, entende pacificamente que as causas interruptivas da prescrição se aplicam à lei de imprensa: RTJ 38/558, 54/224, 61/581, 66/61, 68/712, 71/656, 73/96 e 83/662.

²⁶ Christiano José de Andrade, *Da prescrição em matéria penal*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, n.º 48, p. 206.

“Face ao disposto no art. 10 do Código Penal e 48 da Lei de Imprensa, o prazo referido no art. 41, “caput”, admite interrupção e suspensão.”

Outro não é o pensamento do ilustre Professor HELENO CLAUDIO FRAGOSO,²⁷ que também admite a interrupção e suspensão da prescrição nos crimes de imprensa, aplicando para isto o art. 117, do Código Penal.

O acórdão ora comentado entendeu que “nada, nem mesmo a decisão condenatória, ao contrário do que ocorre no processo penal ordinário, suspende o curso do prazo prescricional que, no caso, é inexorável”.

Concessa venia, a adotar-se o argumento expendido no venerando acórdão, ter-se-ia como *inexorável* um prazo de prescrição. O QUE POR SI SÓ NÃO É INEXORÁVEL, porquanto de decadência não se trata. Não se pode dar o tratamento de decadência (inexorabilidade) ao instituto da prescrição.

BIBLIOGRAFIA

1. AMORIM FILHO, Agnelo, “*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*”, in *Revista de Direito Processual*, vol. 3.º, Saraiva, São Paulo, 1962, p. 95 ss.
2. ANDRADE, Christiano José de, “*Da prescrição em matéria penal*”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979.
3. CÂMARA LEAL, Antônio Luís, “*Da prescrição e da decadência*”, 3.ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1978.
4. CLARÍA OLMEDO, Jorge A., “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, vol. V, Buenos Aires, 1966.

5. DELMANTO, Celso, “*Código Penal*”, Saraiva, São Paulo, 1980.
6. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, “*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*”, vol. VI, Borsói, Rio de Janeiro, 1965.
7. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “*Direito Processual Penal*”, 1.º vol. Coimbra Editora, Coimbra, 1974.
8. FLORIAN, Eugenio, “*Elementos de Derecho Procesal Penal*”, Bosch, Barcelona, 1934 (tradução de L. Prieto Castro).
9. FRAGOSO, Heleno Cláudio, “*Jurisprudência Criminal*”, 1.ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1968.
10. HAMILTON, Sérgio Demoro, “*A presença do Ministério Público na ação penal privada*”, in “*Justitia*”, vol. 101, São Paulo, 1978.
11. HUNGRIA, Nelson, “*Comentários ao Código Penal*”, vol. I, tomo I, 5.ª edição, Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1977.
12. LEITE, Luciano Marques, “*O conceito de ‘lide’ no processo penal*”, in “*Justitia*”, vol. 70, São Paulo, 1970.
13. MAGALHÃES NORONHA, Edgard, “*Direito Penal*”, vol. 1, 9.ª edição, Saraiva, São Paulo, 1973.
14. MARQUES, José Frederico, “*Tratado de Direito Penal*”, vol. III, 2.ª edição, Saraiva, São Paulo, 1966.
15. MIRANDA, Darcy de Arruda, “*Comentários à Lei de Imprensa*”, vol. II, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969.

²⁷ Heleno Cláudio Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, 1ª edição, FORENSE, Rio de Janeiro, 1968, n.º 52.

16. PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cesar, "*Ministério Público. Recurso em benefício do réu*", parecer in Revista de Direito n.º 8, Rio de Janeiro, 1978.
17. ———, *Comentários e notas à Apelação Criminal n.º 62.142*, in Revista de Direito Penal n.ºs 19/20, Rio de Janeiro, 1975.
18. RESSAT, Michèle-Laure, "*Le Ministère Public — entre son passé et son avenir*", Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1975.
19. RODRIGUES DE ALCKMIN, José Geraldo, "*A instituição do Ministério Público*", in "*Justitia*", vol. 80, São Paulo, 1973.
20. RODRIGUES PORTO, Antonio, "*Da prescrição penal*", 2.ª edição, Bushatsky, São Paulo, 1977.
21. PISAPIA, Gian Domenico, "*Compendio di Procedura Penale*", Cedam, Padova, 1975 (ristampa).
22. SAVIGNY, Friedrich C. Von, "*Sistema del Derecho Romano Actual*", vol. IV (tradução espanhola de Mésia e Poley).

A REVELIA NO JÚRI

Ederson de Mello Serra

PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA

I

1.1. O Livro I do Código de Processo Penal — DO PROCESSO EM GERAL — é disposto em doze títulos e estes divididos em capítulos. O Título I versa sobre DISPOSIÇÕES PRELIMINARES (arts. 1.º a 3.º); o IX cuida DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA, sendo que o Capítulo I trata das DISPOSIÇÕES GERAIS (arts. 282 a 300); o Capítulo II — DA PRISÃO EM FLAGRANTE (arts. 301 a 310); o Capítulo III — DA PRISÃO PREVENTIVA (arts. 311 a 316); o Capítulo IV — DA APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA DO ACUSADO (arts. 317 a 318); o Capítulo V — DA PRISÃO ADMINISTRATIVA (arts. 319 a 320); e, finalmente, o Capítulo VI — DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA (arts. 321 a 350).

1.2. Os destaques do título são: a PRISÃO e a LIBERDADE PROVISÓRIA.

1.2.1. Os capítulos apresentam-se dispostos de forma fiel ao sistema do Código, com normas gerais do título (DISPOSIÇÕES PRELIMINARES), seguindo-se os pertinentes à PRISÃO EM FLAGRANTE, PRISÃO PREVENTIVA e PRISÃO ADMINISTRATIVA, as quais poderiam ser seções de um capítulo que versasse sobre a PRISÃO PROVISÓRIA, enquanto a APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA DO ACUSADO referida no Capítulo IV estaria melhor na seção da PRISÃO PREVENTIVA, pois a ela se refere (arts. 316 e 317).

1.2.2. O derradeiro capítulo trata da segunda parte do título — A LIBERDADE PROVISÓRIA —, com as espécies sem fiança e com fiança (Capítulo VI, arts. 321 a 350).

1.3. A PRISÃO PROVISÓRIA, por ser imposta sem a declaração definitiva do Juiz, mereceu disciplina constitucional (CP art. 153, § 12)¹ e a Lei de Introdução ao Código Penal dela cuidou nos arts. 2.º e 6.º, § 3.º, neste caso quando resulta da pronúncia (art. 408, § 1.º).

1.3.1. As mitigações da prisão provisória foram sucessivas ao longo dessas quatro décadas de vigência do

¹ Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969.

Código, com a ampliação das hipóteses de tratamento especial antes da condenação definitiva, recolhendo-se os a ela sujeitos a quartéis ou estabelecimento adequado à prisão especial (art. 295).²

1.3.2. Apesar de o Código ter sido elaborado numa época em que o país vivia sob eclipse democrático e em cumprimento de dispositivo de uma constituição outorgada,³ credite-se à comissão de juristas⁴ a coragem de garantir logo no 1.º artigo do Capítulo I — DISPOSIÇÕES GERAIS,⁵ o direito de liberdade — síntese dos direitos humanos.⁶

1.3.3. No Capítulo II — DA PRISÃO EM FLAGRANTE — o legislador tratou também da liberdade provisória, que tem capítulo próprio (VI), para possibilitar a sua concessão quando o fato for praticado nas condições do art. 19, n.ºs I, II ou III, do CP.

1.3.4. Aqui prosseguiu a mitigação para estender os casos de liberdade provisória sem fiança quando incorrer qualquer das hipóteses que autorizam a prisão cautelar.⁷

1.3.5. A aura suavizadora da medida cautelar ganhou dimensão realmente importante a partir da Lei n.º 5.349, de 03.11.67, que terminou com a prisão preventiva obrigatória e daí por diante todos os dispositivos do Capítulo III foram modificados.⁸

1.3.6. Pelos arts. 314 e 316 assegurou-se a liberdade do réu. No primeiro, a prisão não será decretada quando o fato for praticado nas con-

² Lei n.º 799, de 1.9.1949, sobre a prisão especial de oficiais da Marinha Mercante Nacional; Lei n.º 2.860, de 31.8.1956, sobre prisão especial de dirigentes e administradores

dições do art. 19, n.ºs I, II ou III, do Código Penal e, no segundo, incluiu-se a faculdade de revogação da prisão

sindicais; Lei n.º 3.313, de 14.11.1957, sobre a prisão especial de servidores públicos; Lei n.º 3.988, de 24.11.1961, sobre prisão especial de pilotos de aeronaves mercantes nacionais; Lei n.º 5.350, de 6.11.1967, sobre a prisão especial dos funcionários da polícia civil dos Estados e Territórios; Lei n.º 3.181, de 11.6.1957, que deu nova redação ao n.º II, do art. 295 do C. Pr. Pen., incluindo os prefeitos municipais e vereadores; Lei n.º 4.215, de 27.4.63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), art. 89, n.º V, especificando os direitos do advogado incluindo o de "não ser recolhido preso antes da sentença transitada em julgado, senão em sala especial do Estado Maior" (art. 295, n.º VII, assegura prisão especial aos diplomados por qualquer das faculdades superiores da República); Lei n.º 4.760, de 23.8.1965, e com a redação dada pela Lei n.º 5.126, de 29.9.1966, acrescentou o n.º XI ao art. 295, do C. Pr. Pen.

³ Exposição de Motivos, 3º período, *in principio*.

⁴ Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, Des. Florêncio de Abreu e Cândido Mendes de Almeida, presidida pelo Ministro da Justiça, Francisco Campos, e com a colaboração, na parte de redação, do Dr. Abgar Renault.

⁵ Art. 282. A exceção de flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita de autoridade competente.

⁶ Cf., art. 153, § 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão e a detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

⁷ O parág. único do art. 310 foi inserido pela Lei n.º 6.416, de 24.5.77.

⁸ Art. 311 (redação dada pela Lei n.º 5.349, de 3.11.67); art. 312 (redação dada pela Lei n.º 5.349, de 3.11.67); art. 313 (redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24.5.77); art. 314 (redação dada pela Lei n.º 5.349, de 3.11.67); art. 315 (redação dada pela Lei n.º 5.349, de 3.11.67); art. 316 (redação dada pela Lei n.º 5.349, de 3.11.67).

no curso do processo, verificada a falta de motivo para que ela subsista.⁹

1.3.7. No Capítulo IV, versou o código matéria que poderia, com melhor técnica, estar na seção da prisão preventiva (n.º 1, *supra*) e a do art. 318, no Capítulo III, do Título II, do Livro III, do CPP.

1.3.8. Sobre a prisão administrativa de que trata o Capítulo V, do CPP (n.º 1, *supra*) há de considerar-se a disciplina do DL 3.415, de 10.07.1941 (Crimes contra a Fazenda Nacional), e o DL 502, de 17.03.69 (Confisco de bens).

1.4. Finalmente, cuida o Código no Capítulo VI "DA LIBERDADE PROVISÓRIA com ou sem fiança", que sofreu profundas alterações pelas Leis n.ºs 5.941, de 03.11.73, e 6.416, de 24.05.1977.¹⁰

1.5. No Título IX, do Livro I (DO PROCESSO EM GERAL), dispõe o legislador sobre a PRISÃO E A LIBERDADE PROVISÓRIA.

1.5.1. Ao revés dos seis capítulos bem que poderia, usando a divisão que utilizou nos outros títulos, expor o tema em três capítulos:

I — DISPOSIÇÕES GERAIS; II — DA PRISÃO PROVISÓRIA. Seção I — DA PRISÃO EM FLAGRANTE; Seção II — DA PRISÃO PREVENTIVA; Seção III — DA PRISÃO ADMINISTRATIVA; Capítulo III — DA LIBERDADE PROVISÓRIA; Seção I — DA LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA; Seção II — DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA.

1.5.2. A princípio, a PRISÃO PROVISÓRIA era a regra, e a LIBERDADE PROVISÓRIA a exceção.¹¹

1.5.3. Por isso, pôde o legislador classificar com facilidade, tendo em consideração a qualidade da pena — reclusão —, e a infração — nesta incluídas as contravenções referidas no n.º II, do art. 323, atualmente com nova redação (10), os crimes em afiançáveis e inafiançáveis.¹²

1.6. Preponderou o critério objetivo — a pena e a infração — para efetuar-se a prisão ou manter-se o réu em liberdade provisória, isto é, a que ia desfrutar até o trânsito em julgado da sentença, seja a absolutória, que tem o efeito de restabelecer o direito de liberdade ameaçado de restrição, seja a condenatória, com o efeito de lançamento do nome do réu no rol dos culpados e a recomendação para o cumprimento da sentença na prisão.

1.7. A PRISÃO PROVISÓRIA, à exceção do flagrante delito (n.º 1.3.2., *supra*), só poderia ocorrer em virtude de pronúncia (art. 408) e nos casos previstos em lei mediante ordem escrita da autoridade competente (5).

1.8. Praticado o fato, verificar-se-ia a concorrência do requisito ob-

⁹ Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, ns. I, II ou III, do Código Penal.

Art. 316. O Juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

¹⁰ Acrescentou o parág. único do art. 322; deu nova redação aos ns. I, II e III do art. 323 e acrescentou o n.º V; art. 324, n.º IV, com a redação modificada; art. 325, n.º II, com a redação alterada.

¹¹ Arts. 310, 317.

¹² Arts. 408, § 3º, 414, 415, 421, 451, § 1º, 492, II, a. Constituições de 1824, art. 179, § 9º; 1891, art. 72, § 14; 1934, art. 113, § 22; 1946,

jetivo impedito da concessão da LIBERDADE PROVISÓRIA, e legitimador da PRISÃO PROVISÓRIA.

1.8.1. Primeiramente, com a ressalva da reincidência e de haver prova de ser o réu vadio (art. 321) livrar-se-ia solto o sujeito ativo, independentemente de fiança, quando a *SANCTIO IURIS* fosse tão-somente a multa (art. 321, n.º I), o que é óbvio, pois o cerceamento do direito de liberdade só seria legítimo com a aplicação provisória da medida de segurança (art. 378, n.º II); idem, ainda considerada a pena, mas no aspecto privativo de liberdade isolada, cumulativa e alternativamente cominada, *in abstracto*, desde que ela não excedesse no máximo a três meses (art. 321, n.º II).

1.8.2. Condição o legislador, cumprindo o dispositivo constitucional, em outros casos, a liberdade provisória à prestação da fiança (nota 12). Preponderavam, também, os critérios objetivos da pena e da infração (n.ºs 1.5.2. e 1.5.3., *supra*), figurando a pena de reclusão como impedito da liberdade provisória, salvo se no máximo não ultrapassasse a dois anos e o réu fosse menor de 21 anos ou maior de 70 anos (art. 323, n.º I, antes da redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24.05.77); ainda, o critério objetivo da infração, com o talento de excluir o critério subjetivo, em aparente conflito com o pensamento do legislador do Código Penal¹³ e de impedir o desfrute da liberdade durante o processo, está consagrado no art. 323, n.º II, com as contravenções definidas nos arts. 50, 51 e seu § 1.º, 52 e seu §, 53 e seu §, 54 e seu §, 58, 59 e 60 da LCP.¹⁴

1.8.3. Portanto, só se examinava o concurso do critério subjetivo quando o critério objetivo não era excludente da concessão da liberdade provisória, isto é, para que ela pudesse ser desfrutada era preciso que os dois critérios empregados, seguidos e sucessivamente, não a excluíssem (arts. 321, n.º II, 323, n.ºs I e II, 324, n.ºs I a IV, e 325, n.ºs III e IV — reincidência específica e prova de ser o réu vadio).¹⁵

¹³ Exposição de Motivos do Código Penal, n.º 2: Ficou decidido, desde o início do trabalho de revisão, excluir do Código Penal as contravenções, que seriam objeto de lei à parte. Foi assim rejeitado o critério inicialmente proposto pelo professor Alcântara Machado de abolir-se qualquer distinção entre crimes e contravenções. Quando se misturam coisas de somenos importância com outras de maior valor, correm estas o risco de se verem amesquinhasadas. Não é que exista diversidade ontológica entre crime e contravenção; embora sendo apenas de grau ou quantidade a diferença entre as duas espécies de ilícito penal, pareceu-nos de toda conveniência excluir do Código Penal a matéria tão miúda, tão vária e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunistas ou meramente convencionais e, assim, permitir que o Código Penal se frustrasse, na medida do possível, pelo menos às vezes contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração.

¹⁴ Redação anterior à da Lei n.º 6.416, de 24.5.77.

¹⁵ Art. 46, § 1º, n.º II, do C. Pen., redação original (*Exposição de Motivos* n.º 25). — A reincidência na textura do projeto, são atribuídas consequências legais particularmente severas, quer do ponto de vista preventivo ou da pena, quer do ponto de vista repressivo ou da medida de segurança.

Define-a o art. 46: "Verifica-se a reincidência quando o agente pratica novo crime,

art. 141, § 21; 1967, art. 150, § 12; 1969, art. 153, § 12, as quais à exceção da de 1937, que confiou à Lei ordinária, instituíram a fiança como uma garantia individual.

1.8.4. Obstava também ao deferimento da liberdade provisória, o facto de ser o réu perigoso, mas para tanto havia a exigência da aplicação anterior da medida de segurança adequada, que tinha o condão de tornar sem efeito a liberdade provisória já concedida (art. 380).

II

2.1. Com o advento, porém, da Lei n.º 5.941, de 22.11.73, conhecida como Lei Fleury,¹⁶ modificou-se radicalmente a orientação do Código no que diz respeito à prisão.

2.2. O legislador revolucionário, nesse passo, foi mais além, instituindo o direito subjetivo de o réu vir a apelar em liberdade da sentença que o condenou, desde que nela se reconhecessem a sua primariedade e bons antecedentes.¹⁷

2.3. A alteração do art. 596 tirou o efeito suspensivo da apelação quando a sentença fosse absolutória, possibilitando que o réu fosse posto imediatamente em liberdade, mas conservou o § que assegurava a execução da medida de segurança provisoriamente aplicada.

2.4. Vê-se que o legislador quis amparar o indivíduo perigoso, impedindo fosse colocado em liberdade, aplicando-lhe a medida de segurança, inalterada pelo recurso que não tem efeito suspensivo.

2.5. A partir da Lei Fleury (2.1., *supra*) a prisão deixou de ser a regra para ser a exceção.

2.6. Se o acusado é primário, de bons antecedentes e não é perigoso, tem o direito de continuar em liberdade, independentemente da natureza da infração praticada ou da pena.

2.7. A apresentação espontânea do acusado (art. 317) não obstava à

¹⁶ Fleury é o sobrenome de um Delegado de Polícia, em São Paulo, já falecido, e que se notabilizou pelas acusações que sofreu de torturar presos políticos.

¹⁷ O STF tem decidido que é aplicável quando o réu estiver em liberdade.

depois de transitado em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado "por crime anterior".

A relevância da sentença condenatória estrangeira, para o efeito do reconhecimento da reincidência, sobre importar um critério de maior vigor, em cotejo com a lei vigente, é mais um traço do aperfeiçoamento do projeto à tendência de internacionalidade do direito penal.

A reincidência é específica ou genérica, conforme sejam os crimes da mesma ou diversa natureza. É abolida a reincidência especialíssima da lei atual. Crimes da mesma natureza não são apenas aqueles que consistem na violação do mesmo artigo, mas também aqueles que, embora definidos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

Em qualquer de suas espécies, a reincidência faz presumir a periculosidade (art. 78, n.º IV), excui a suspensão condicional da pena (art. 57, n.º I) eleva o período de tempo de cumprimento da pena necessária para a concessão do livramento condicional, aumenta o prazo de prescrição (art. 110), interrompe o curso da prescrição, duplica o prazo mínimo para o pedido de reabilitação.

A reincidência genérica, além do efeito de exasperação da pena (como qualquer outra agravante), torna obrigatória, como já vimos, a conversão da multa em detenção, no caso de não pagamento.

A reincidência específica produz o mesmo efeito, se a multa é aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade e, além disso, segundo o art. 47, importa: "I — a aplicação da pena acima da metade da soma do mínimo com o máximo, se se trata de reclusão ou detenção; II — a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no número I".

Art. 59 da LCP.

prisão em virtude de pronúncia ou de sentença condenatória.

2.8. Após a sobredita Lei não há que se cogitar mais desses critérios objetivos da pena e da infração, impedientes da liberdade provisória, e sim do critério subjetivo, de ser o réu primário e de bons antecedentes (art. 408, § 2.º, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n.º 5.941, de 22.11.73), critério suficiente para o desfrute daquela liberdade pelo réu, desde que não fosse perigoso (art. 380, do CPP e 77, n.º II, do CP).

2.9. A Lei n.º 5.941, de 22.11.73, deu excepcional relevância ao tema da liberdade provisória, à figura do homem que episodicamente delinqüiu, sob nítida influência da Escola Positiva,¹⁸ derruindo o sistema que erigiu a prisão provisória como regra de que era exceção a LIBERDADE PROVISÓRIA, a qual somente era deferida pela satisfação de critérios objetivos (da infração e da pena), aplicados em conjugação com critérios subjetivos (reincidência e não ser o réu vadio), estes sempre cogitados quando pela aplicação dos primeiros critérios não era desde logo excluída a liberdade provisória.

2.10. Perdeu, portanto, a peremptoriedade, a velha classificação dos crimes em afiançáveis e inafiançáveis, adotada pelo Código vigente, que a herdou do Código de Processo Penal do Império de 1832, e que foi reiteradamente usada, inclusive como recurso de redação em diversos dispositivos do Código de Processo Penal, derogados pela Lei n.º 5.941, de 22.11.73.

2.11. A linha de princípio não se alterou com a Lei n.º 6.416, de

24.05.1977, cuja ação mitigadora prosseguiu, modificando substancialmente o Capítulo VI, e a inovação introduzida no art. 323 do CPP terminou com a distinção dos crimes punidos com reclusão como inafiançáveis, eis que a pena de reclusão deixou de ser um critério objetivo absoluto de inafiançabilidade, vale dizer, impediente da concessão da liberdade provisória, o que caracterizava o crime inafiançável,¹⁹ para admitir a caução quando a pena de reclusão no seu mínimo não fosse superior a dois anos.

2.12. Ainda, e aqui de maneira mais coerente até com a inteligência adiantada pelo legislador do Código Penal, na exposição de motivos n.º 2, restringiu-se quanto à infração contravencional às definições do arts. 59 e 60 (vadiagem e mendicância).

2.13. A admissibilidade do pleito de fiança somente ocorrerá quando não for possível o desfrute da liberdade provisória por falta de atendimento do critério subjetivo da primariedade e dos bons antecedentes.

2.13.1. Isso pode acontecer quando o réu, embora primário, não tenha bons antecedentes, mas também não seja perigoso, nada obstando a concessão da liberdade provisória, mediante caução por qualquer dos critérios alinhados nos arts. 323 e 324.

2.14. Outro raciocínio conduziria à conclusão absurda de permitir a liberdade provisória a um réu de ho-

¹⁸ Evandro Lins e Silva, *A Liberdade Provisória no Processo Penal*, in *Revista de Direito Penal*, n.º 15/16, p. 48, n.º 11.

¹⁹ Edgard Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 241, n.º 105, Ed. Saraiva, 1964.

micídio, sem caução, ou impor a fiança a um acusado de lesão corporal para que logre a liberdade provisória.

2.15. Por tudo isso, avulta que o legislador não deu a importância que se quer dar à classificação dos crimes em afiançáveis e inafiançáveis e se valeu do seu caráter peremptório para facilitar a redação, particularmente no título do procedimento do júri, quando não era possível conceder-se a liberdade provisória após a pronúncia, a qualquer réu dos seguintes crimes: homicídio, simples ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; e aborto com as definições dos arts. 125 e 126 (aborto provocado por terceiro com ou sem consentimento da gestante).

2.16. A relevância, portanto, está no fato de desfrutar o réu de liberdade ou se encontrar preso.

2.17. Estando o réu preso, tem o Estado a obrigação de apresentá-lo em Juízo para que assista a todos os atos do processo; não apenas aos atos do procedimento do júri, mas também aos de qualquer outro, pela única razão de não dispor o acusado do direito de ir e vir, sendo, pois, nesse caso, imputável a ausência do réu à omissão do Estado.

2.18. Dentro da moldura atual do Código, ainda que se queira admitir como peremptória na sua força distintiva e capaz de impor tratamentos especiais aos acusados a sobredita classificação das infrações, não há que distinguir o réu preso quando se trata de infração inafiançável ou afiançável.

2.18.1. A ausência do réu preso é suficiente para invalidar o ato, e,

no júri, o julgamento não se fará sem a sua presença, seja ou não afiançável a infração.

2.19. É obrigatória, pois, como ficou meridianamente exposta, a presença do réu preso a todos os atos do processo, visando a atender a uma garantia individual do cidadão que, sofrendo a restrição em seu direito de ir e vir, não poderá suportar os efeitos do processo a que não esteve presente, quando sua ausência não lhe é imputável, mas à omissão do Estado Juiz e Estado Administração considerados responsáveis por ela, pois nada fizeram para apresentá-lo em Juízo.

2.20. Ressalte-se, ainda, o princípio de que uma parte não tem o poder para paralisar o processo, que necessariamente há de concluir-se pela entrega da prestação jurisdicional.

2.21. Por outro lado, o direito brasileiro não obriga ao réu, ainda que esteja preso, a assistir ao julgamento. O juiz poderá trazê-lo à sua presença, mas não poderá mantê-lo ali, contra a sua vontade, ainda que enjaulado e amordaçado, porque a lei não lhe faculta tal procedimento.

2.22. A presença do réu não é imprescindível, assegurando a lei, entretanto, ao réu preso todos os meios para assistir ao julgamento ou a qualquer ato do processo e, ao acusado em liberdade, o conhecimento da data do ato para que a ele esteja presente, querendo, consciente de que poderá sofrer os efeitos da contumácia.

2.23. Ora, no procedimento do júri, o legislador expressamente afirmou no art. 451, § 1.º, que o não com-

parecimento do réu, sem motivo legítimo, quando se tratasse de crime afiançável, ensinaria o julgamento à sua revelia.

2.24. Este dispositivo está derrogado pela Lei n.º 4.591, pois à época em que foi redigido, os casos de obtenção da liberdade provisória estavam restritos à fiança, *id est*, não era possível logrã-la sem esta caução, e também restrito ao infanticídio e ao auto-aborto.

A Lei n.º 5.941/73 ampliou a possibilidade da concessão da liberdade provisória a todas as infrações do Capítulo I, do Título I, do Código Penal, podendo ensinar a seus autores o desfrute da liberdade provisória, independentemente de fiança, desde que sejam primários e tenham bons antecedentes.

2.25. Destarte, não há que se cogitar da liberdade provisória obtida através de caução, mas da liberdade provisória regularmente desfrutada ou ainda daquela em cujo gozo se acha o acusado, por não ter sido cumprido o mandado de prisão, seja por omissão do Juízo, seja por haver o réu escapado à captura, exigindo-se nesse caso, tão-somente, que ele tenha ciência inequívoca da data designada para a prática do ato.

2.26. Ora, é estreme de qualquer dúvida que prevaleceu com a sobre-dita derrogação, no desfrute da liberdade provisória, o critério subjetivo da primariedade e dos bons antecedentes do réu sobre o objetivo referente à pena e à infração.

2.27. Cuidar-se hoje da infração sem ter em conta a pessoa do acusado, é distanciar-se do pensamen-

to do legislador, que a partir da Lei n.º 5.941 deixou de considerar a infração e a pena como critérios preponderantes para a fruição da liberdade provisória, que na maioria dos casos somente era possível mediante caução, pois, excepcionalmente, livrava-se o réu solto (art. 321, n.ºs I e II do CPP).

2.28. Nos crimes dolosos contra a vida, a sua maioria ou quase totalidade acarretava a prisão no momento da pronúncia, havendo apenas dois deles que autorizavam a concessão da liberdade provisória, mediante fiança: O INFANTICÍDIO E O AUTO-ABORTO.

2.29. Portanto, a classificação dos crimes em afiançáveis e inafiançáveis para admitir ou não o julgamento à revelia, dentro do quadro do art. 451, § 1.º, do CPP, não tem mais aceitação, tendo em conta a intenção do legislador, isto é, estar ou não o réu preso. No primeiro caso, por não dispor do direito de ir e vir, a sua ausência é atribuível à omissão do Estado e, no segundo, se não comparecer sem motivo legítimo, será tido por contumaz.

2.30. Verifica-se, desse modo, que a expressão crime afiançável do § 1.º, do art. 451, está ligada ao desfrute da liberdade provisória, quando o acusado dispõe de seu direito de ir e vir, e a sua ausência, uma vez intimado para o ato, é consequência de conduta voluntária sua.

2.31. É, portanto, indubitável que o legislador quando no procedimento do júri se refere em alguns dispositivos a crime afiançável, quis significar que o réu está em liberdade e, por isso, a falta cometida no processo se deveu a ato seu.

2.31.1. E não se pode admitir outra inteligência, pois se estiver preso não há que se considerar ser ou não o crime afiançável, pois o tratamento será igual para qualquer deles.

2.32. Acresce, ainda, que a presença do réu não é imprescindível para o julgamento, podendo ele comparecer e declarar que não quer assistir ao julgamento, que não confia no Tribunal e comportar-se de modo agressivo, caso em que o juiz determinará a sua retirada da sala de audiência. Pode, ainda, recusar-se ao ato do interrogatório, manter-se silencioso e até não participar de outros atos, como a acareação.

2.33. A decisão jurisdicional há de vir para fazer prevalecer a pretensão punitiva ou o direito de liberdade, restituindo a tranqüilidade e a segurança aos cidadãos, eis que o Estado se empenha de forma permanente na busca dos ideais de segurança e de justiça, pois, assim procedendo, atende ao bem comum.²⁰

2.34. A intimação ao réu da sentença de pronúncia, à época em que prevalecia o discrimine das infrações em afiançáveis (aquelas cujo único meio de lograr a liberdade provisória durante o processo era a fiança) e as inafiançáveis (caracterizadas pela pena de reclusão), era pessoal, ressalvado o disposto no art. 415, e toda a doutrina foi construída com fundamento no direito anterior, derrogado pela Lei n.º 5.941/73.

A fiança nos crimes da competência do Júri era o único meio de que dispunha o réu para lograr a liberdade provisória, e, ainda assim, quando se tratasse de infanticídio,

auto-aborto ou um crime conexo que também satisfizesse a disciplina dos arts. 323 e 324 do CPP.

2.35. Seria incongruente que se concluísse diferentemente ante as profundas modificações sofridas pelo Título IX — DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA.

2.35.1. Primeiramente, a Lei n.º 5.349/67 alterou todo o Capítulo III, do Título IX, do Livro I, do Código de Processo Penal, pertinente à prisão preventiva, fazendo ruir a até então inexpugnável fortaleza da prisão preventiva obrigatória antes de transitar em julgado a sentença penal.

2.35.2. Seguidamente, haurindo os ensinamentos da Escola Positiva, foi promulgada a Lei n.º 5.941/73, a partir da qual passou a governar todo o sistema o critério subjetivo da primariedade e dos bons antecedentes do réu possibilitando que se livrasse solto durante o processo e até após a condenação, e que fosse posto também em liberdade quando preso estivesse, seja no momento da pronúncia ou da sentença absolutória, e aqui sem qualquer consideração pela forma como decidisse o Tribunal, isto é, se por maioria ou à unanimidade (arts. 408, § 2.º, 594 e 596 do CPP).

2.35.3. A Lei n.º 6.416/77 jogou a pá de cal sobre o critério objetivo, que tinha na pena de reclusão a característica do crime inafiançável, perdendo essa pena, a partir daí, a força de um critério distintivo, eis que passou a admitir-se a fiança para os crimes de reclusão, cujo mínimo da

²⁰ Ederson de Mello Serra, *Violência e Liberdade*, conferência no Instituto dos Advogados Brasileiros, junho de 1978.

pena em abstrato não fosse superior a dois anos.

2.35.4. Assim, somente o réu que não tivesse bons antecedentes, satisfeito o critério subjetivo da primariedade, sem ser perigoso, e aí, dentro da moldura disciplinar dos arts. 323 e 324, disporia como meio de lograr a liberdade provisória a cautela legal.²¹

2.35.5. Restou o ruidoso conflito com a inteligência dada ao Código Penal pelo seu legislador na Exposição de Motivos, n.º 2 — a inafiançabilidade das Contravenções dos arts. 59 e 60 (vadiagem e mendicância).

2.35.6. Entretanto, ainda para elas, qualquer que seja a inspiração do legislador (art. 323, n.º II), não será o seu autor levado à prisão se ostentar a satisfação do critério subjetivo da primariedade dos bons antecedentes, inexistindo prova de sua periculosidade.

2.36. Não há como deixar de reconhecer a derrogação dos arts. 408 § 3.º, 414, 415, 421, 451 § 1.º e 492, II, letra *a*, do Código de Processo Penal, para estabelecer uma inteligência compatível com a Lei n.º 5.941/73 e no que diz respeito às expressões crime afiançável e crime inafiançável e ante o seu nenhum sentido em face das sobreditas modificações, que deixaram de dar relevância à pena e à infração como critério determinante e com força exclusiva para levar à prisão o réu, substituído pelo critério subjetivo da primariedade e dos bons antecedentes, devendo-se, ainda, realçar que até a pena de reclusão deixou de ser o critério de identificação da inafiançabilidade.

2.37. A intimação do réu revel, na pessoa do advogado de sua livre escolha e por ele constituído,²³ atende aos princípios de direito que governam todo o sistema, particularmente o que caracteriza o processo como um movimento constante para a sentença,²⁴ o que não permite que força alguma obste esse movimento, nem mesmo quando emana do Estado; o da lealdade; o da igualdade das partes e, principalmente, o da validade dos atos processuais, eis que nenhum prejuízo advirá para o réu, o que por si só é robusto indicador da saúde e da vitalidade do ato intimatório.

2.38. Esforcei-me por demonstrar o nenhum sentido da classificação dos crimes em afiançáveis e inafiançáveis depois das Leis n.º 5.941/73 e 6.416/77, permanecendo a expressão "crime afiançável", como ali foi posta, como mero recurso redacional e, *data venia*, de evidente inanidade.

2.39. A relevância do tema sempre foi a prisão e a liberdade provisória do réu (Livro I, Título IX e Capítulos I a VI).

²¹ Vide nota nº 12. Após a Lei nº 5.941/73 passou a ser um meio secundário para obter a liberdade provisória.

²² O legislador da Lei nº 5.941, de 22.11.73, manteve a redação do art. 408 e seus §§, acrescentando um que passou a ser o § 2º, renumerando os três restantes. O § 2º "Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o Juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso". Derrogou o sistema adotado pelo Código no Capítulo II, do Título I, do Livro II, resultado da inclusão do DL nº 167, de 5.11.1938, que consagrava a prisão como regra.

²³ Arts. 263, 266 e 3º, CPP c/c art. 38 do CPC.

²⁴ João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 243, *in principio*, Ed. Freitas Bastos, 1960.

2.40. A situação de preso do réu assegura-lhe *ex-vi* da Constituição e da lei processual o direito de estar presente a todos os atos do processo, arcando o Estado, por omissão, com o ônus da ausência do acusado, sem qualquer consideração à infração.

2.41. A fiança, excetuando a Constituição de 1937, desde a do Império de 1824, é uma garantia constitucional.²⁵

2.42. Vê-se que o próprio legislador constitucional não vislumbrou a possibilidade de o réu livrar-se solto durante o processo e até após a condenação, desprezada qualquer consideração pela infração ou pena a ela cominada.

2.43. Depois das Leis n.ºs 5.941/73 e 6.416/77 a prisão, como já foi dito, deixou de ser a regra para ser a exceção (2.5.).

2.44. A norma que há de prevalecer é a que consagra o direito do cidadão à liberdade provisória, sendo a prisão uma medida excepcional, somente aceitável diante de um quadro perigoso do réu ou após a condenação, com trânsito em julgado.

III CONCLUSÃO

3.1. A Lei n.º 5.941/73 fez ruir o sistema da prisão adotado no procedimento do júri (composto de normas especiais) ao permitir que o réu pronunciado — primário e de bons antecedentes — se livrasse solto.²⁶

3.2. Os arts. 408, § 3.º, 414, 415, 421, 451, § 1.º, e 492, n.º II, letra *a*, estão derogados, com a predominância da liberdade provisória sem fiança, consagrada pela Lei n.º 5.941/73.

3.3. A revelia, portanto, ante a derruição do sistema do Código, composto, quanto ao procedimento do júri, de normas especiais, passa a ser regida pelas normas gerais, abrangida pelos arts. 261 e 263, que asseguram ao réu contumaz o patrocínio de advogado dativo, isto é, nomeado pelo juiz.

3.4. O Código não veda o julgamento à revelia para os réus dos crimes mais graves (roubo qualificado pelo resultado morte — art. 157, § 3.º — e extorsão mediante seqüestro do qual resulta morte — art. 159, § 3.º).

3.5. Acrescente-se, ainda, que PIMENTA BUENO ao tratar "DA FALTA DE COMPARECIMENTO DO ACUSADO" mostrou que as Leis Francesa e Inglesa admitem o julgamento à revelia.²⁷

²⁵ Cf. nota 12.

²⁶ Exposição de Motivos, nº XIV — Com algumas alterações, impostas pela lição da experiência e pelo sistema de aplicação da pena adotado pelo novo Código Penal, foi incluído no corpo do projeto o Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938 (13). Como atestam os aplausos recebidos, de vários pontos do país, pelo Governo da República, e é notório, têm sido excelentes os resultados desse Decreto-Lei que veio afeiçoar o tribunal popular à finalidade precípua da defesa social. A aplicação da justiça penal pelo júri deixou de ser uma abdicação, para ser uma delegação do Estado, controlada e orientada no sentido do superior interesse da sociedade. Privado de sua antiga soberania, que redundava, na prática, numa sistemática indulgência para com os criminosos, o júri está, agora, integrado na consciência de suas graves responsabilidades e reabilitado na confiança geral.

²⁷ Pimenta Bueno, *Processo Criminal Brasileiro*, ps. 308-409, nº 221, ed. da Rev. dos Tribunais.

3.6. As legislações em vigor nos Estados Unidos, Inglaterra, França, Suíça e Portugal, permitem o julgamento à revelia.²⁸

3.7. A paralisação do processo depois da pronúncia beneficia o réu foragido, que passa a desfrutar de si-

tuação privilegiada ao arrepio das Leis Constitucional e do Processo, como à maravilha se demonstrou.

3.8. O julgamento pelo júri do réu revel é um corolário inevitável depois da sobredita derrogação (3.2. *supra*) e atende ainda a todos os princípios de direito.

²⁸ Dr. Luiz Roberto Pimenta Pereira de Mello, in "Justitia", n.º 103, p. 164-165, órgão do Ministério Público de São Paulo.

PERICULOSIDADE: CORRETIVO DA CULPABILIDADE

Damásio E. de Jesus

A periculosidade do delinqüente, dizia Asúa, "consiste nella probabilità che un individuo commetterà o potrà commettere un delitto" (*La Periculosità*, Turim, Fratelli Bocca, 1923, trad. de Ferri, págs. 26 e 28). Sob o aspecto psíquico, continuava, "è un modo di esser del soggetto, è un attributo, una qualità di una persona, e più precisamente, è la condizione psichica di una persona in quanto probabile causa di reato" (*idem*). E, no plano jurídico, observa Grispigni, "è uno stato di anti-giuridicità di un soggetto che ha per conseguenza giuridica l'applicazione al medesimo di una sanzione criminale" (*La Periculosità Criminale e il Valore Sintomatico del Delitto*, in *La Scuola Positiva*, 1920, p. 100).

Como explica José F. Argibay Molina, o condicionamento total de fatores individuais e sociais num homem e num dado momento de sua vida permitem extrair, como conclusão, um "juízo de probabilidade" de que chegue a ser autor de crime, ou de uma conduta que, sem ser delito, possa causar danos a terceiros ou a si próprio (*Derecho Penal*, Buenos

Aires, Ediar S.A. Editora, 1972, II/301, n.º 182). Assim, não se cuida de fatores, externos e internos, que indiquem a mera *possibilidade* de o sujeito vir a tornar a delinqüir. Trata-se de *probabilidade* de delinqüir, "estado de desajustamento social do homem, de máxima gravidade, resultante de uma maneira de ser particular do indivíduo, congênita ou gerada pela pressão de condições desfavoráveis do meio", manifestando, "nos casos extremos, uma criminalidade latente à espera da circunstância externa do momento para exprimir-se no ato de delinqüir" (Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Rio, Forense, 1959, III/287).

Estão totalmente superadas as teorias que procuravam fundamentar a responsabilidade penal somente na periculosidade. Na lição de Ricardo C. Nuñez, "por intermédio da admissão da culpabilidade como pressuposto da pena, o Direito Penal reconhece ao delinqüente a categoria de pessoa, isto é, a categoria de um ser capaz de conduzir-se racionalmente, cuja responsabilidade jurídica não descansa só na natureza lesiva de

seu comportamento (*responsabilidade pelo resultado*), mas sim em sua atitude espiritual ao comportar-se dessa maneira (*responsabilidade pela culpabilidade*)” (*Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Lerner, 1972, p. 208).

A imposição da pena depende da culpabilidade, não da periculosidade, que, tradicionalmente, sempre constituiu o pressuposto das medidas de segurança. Assim, sempre foi da tradição de nosso Direito Penal ligar a culpabilidade à pena; a periculosidade, às medidas de segurança. Juízo de reprovação e juízo de periculosidade, ensina Bettiol, “são irredutíveis entre si, são grandezas que operam em mundos diferentes: uma em contato com a personalidade moral do homem, a outra em relação com a personalidade naturalística e criminológica; uma é juízo que olha o passado, a outra um juízo voltado para o futuro” (*O Problema Penal*, Coimbra, 1967, trad. de Fernando de Miranda, ps. 154/5).

Para nós, a imposição da pena está condicionada à culpabilidade do sujeito. Na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade). A periculosidade, como no sistema tradicional, constitui pressuposto da imposição das medidas de segurança. No regime novo, além de fundamentar as medidas de segurança, o juízo de periculosidade tem papel relevantíssimo na fase executória da pena, como veremos, funcionando como corretivo da culpabilidade.

A Lei n.º 6.416/77 manteve o sistema contido na Lei n.º 6.016/73, que alterou o CP de 1969. Com alguma

modificação, estabeleceu duas fases na fixação da pena privativa de liberdade. Na primeira, nos termos do art. 42 do CP, que não sofreu alteração, o Juiz fixa a qualidade e a quantidade da pena em função do juízo de culpabilidade do réu, operação de cunho francamente retributivo. Na segunda, em razão do disposto no art. 77, § 1.º do CP, formula um juízo sobre a sua periculosidade, do que resultará a forma de execução da pena. Se perigoso, o cumprimento se dará em estabelecimento de regime fechado; se não perigoso, em regime aberto ou semi-aberto (art. 30, § 5.º). Como se vê, o modo de execução da pena varia de acordo com a periculosidade do réu, sistema que se afeiçoa à finalidade utilitária, no sentido de sua recuperação social.

A periculosidade, no regime da Lei n.º 6.416/77, funciona como *corretivo da culpabilidade*, expressão empregada por Zaffaroni. Toda vez que a medida da pena em função da culpabilidade resulta contrária aos princípios de política criminal, busca-se um corretivo na individualização da pena por intermédio do juízo de periculosidade. Assim, explica Zaffaroni, “um mitômano que tenha cometido um estelionato, tem uma culpabilidade reduzida, porque o catálogo de condutas que sua personalidade permite é pequeno, porém, de qualquer maneira, sua periculosidade é maior que a daquele que não é mitômano. Vice-versa: o estelionatário não mitômano tem em regra uma culpabilidade maior, porém pode ser que seu delito seja ocasional e sua periculosidade mínima. Daí afirmar-se que a culpabilidade deve fornecer a medida da pena, tanto que o

Direito Penal se fundamenta numa culpabilidade de ato, resultando contrário aos postulados da política criminal: os sujeitos que maiores possibilidades de reiteração tenham, serão os que terão pena menor. Por isso se faz mister manter o critério da periculosidade como corretivo, para cumprir com um elementar princípio de política criminal: a prevenção” (*Teoria del Delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, ps. 543/4). Significa que o princípio da culpabilidade constitui o centro da individualização *judiciária* da pena, enquanto a periculosidade é o núcleo de sua individualização *executória*. A maior ou menor quantidade da resposta penal depende do maior ou menor grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade). Fixada a quantidade da pena, a forma de sua execução, observadas certas restrições objetivas (art. 30, § 5.º do CP), fica condicionada à probabilidade de o sujeito tornar a delinquir (periculosidade). O cumprimento de pena em regime fechado fica reservado aos condenados de acentuado estado perigoso. Aos de escassa ou nenhuma periculosidade, o novo sistema concede, de acordo com suas condições pessoais, determinados privilégios que transformam a pena privativa de liberdade em pena meramente restritiva de liberdade, contidos nos regimes semi-aberto e aberto. Suponha-

-se a hipótese de dois sujeitos que cometam crime cuja pena varia de um a quatro anos de reclusão: um, de nenhuma periculosidade, vem a ser condenado a quatro anos de reclusão; o outro, de extrema periculosidade, sofre pena de um ano de reclusão. O primeiro possui culpabilidade acentuada e nenhuma periculosidade. O segundo tem culpabilidade mínima e periculosidade máxima. Se a culpabilidade, no novo regime penal, funcionasse como critério exclusivo de individualização judicial e executória da pena, o réu de culpabilidade máxima, condenado a quatro anos de reclusão, teria de cumprir a pena em regime fechado, e o outro, de culpabilidade mínima, condenado a um ano de reclusão, seria submetido ao regime aberto. Aí ingressa o critério da periculosidade corrigindo o juízo de culpabilidade. O condenado de nenhuma periculosidade, muito embora de conduta extremamente censurável (extrema culpabilidade), poderá cumprir a pena em regime aberto (art. 30, § 5.º, I, do CP); o de acentuada periculosidade, não obstante a reduzida culpabilidade, cumprirá pena em regime fechado (arts. 29 e 30, *caput* e §§ 1.º, 2.º e 3.º, do CP). Daí a importância do art. 77, § 1.º, do CP, ao determinar que o Juiz, na sentença, fixe o grau de periculosidade do condenado para os fins do art. 30, § 5.º.

CONCURSO MATERIAL BENÉFICO

1. No Direito Penal, o concurso formal e o crime continuado são institutos que favorecem o agente, pois visam a evitar a aplicação de punições excessivas ou até desumanas.

Caso as penas privativas de liberdade tivessem de ser, sempre, impostas integralmente, surgiriam, situações absurdas. O ladrão que subtraísse, durante uma viagem de trem, as carteiras de quinze passageiros, praticando quinze furtos qualificados pela destreza, sofreria a pena de trinta anos de reclusão. O motorista de ônibus que viesse, por culpa, a tombar o coletivo, causando lesões corporais leves em cinqüenta passageiros, estaria sujeito a mais de oito anos de detenção...

Evidentemente, punições exacerbadas como essas repugnariam a qualquer pessoa de bom senso. E provocariam alarme e inquietação na própria coletividade que a lei penal procura proteger.

Por isso, ao disciplinar o concurso de crimes, o Código Penal (art. 51 e §§) estabelece três regras distintas: *a.* concurso material ou real, em que as penas são aplicadas de forma acumulada, somando-se aritmeticamente; *b.* concurso formal ou ideal, em que, sendo idênticas as penas, impõe-se uma só, e, se diversas, a mais grave delas, porém, em qual-

quer caso, sempre acrescida de um sexto até metade; *c.* crime continuado, em que a pena é aplicada de modo semelhante ao do concurso formal, mas a porcentagem do aumento é de um sexto até dois terços.

Assim — nos exemplos antes dados — o batedor de carteiras receberia a pena mínima de dois anos e quatro meses (2 anos + 1/6), em vez de trinta anos, por força do crime continuado; pela regra do concurso formal, a punição mínima do motorista poderia ser inferior a três meses (2 meses + 1/6), e não superior a oito anos de detenção.

2. Em alguns casos, porém, o concurso formal e o crime continuado, embora instituídos para favorecer o agente, poderão vir a prejudicá-lo, se aplicados.

Isso ocorre quando se trata de penas diversas, em que uma delas é muito maior que a outra.

O exemplo mais freqüente é o do homicídio e da lesão corporal leve, em concurso formal ou em continuidade delitiva.

O réu que for condenado por homicídio qualificado e lesão corporal leve, se aplicado o concurso formal, terá a pena mínima de 14 anos (12 anos + 1/6). No entanto, se seguida a regra do concurso material (que deveria agravar sua situação), sofrerá a pena mínima de 12 anos e três meses.

Com conjuntura semelhante nos deparamos em face do crime continuado, porquanto predomina a orientação que admite a continuidade em crimes contra interesses jurídicos pessoais, ainda que diversas as vítimas (STF, Pleno, RE 87.769, DJU 6.4.79, p. 2.685).

Condenado o réu por homicídio simples e lesão corporal leve, a pena mínima seria de sete anos (6 anos + 1/6), se reconhecido o crime continuado. Todavia, tal mínimo ficaria em seis anos e três meses, pela regra do concurso material.

São hipóteses — não tão infrequentes na prática — em que o concurso formal e a continuidade delitiva operam contrariamente a suas finalidades: agravam a situação do agente, em vez de aliviá-la.

Entendemos, em tais casos, que se deve aplicar o acúmulo material ou soma das penas, numa forma que se poderia chamar *concurso material benéfico*.

3. Afronta a lógica e o bom senso que institutos criados em favor do agente possam vir a prejudicá-lo.

Chegaríamos ao despropósito de que o réu que matasse uma vítima e ferisse levemente outra, mediante uma só ação ou omissão, ficaria em melhor situação se tivesse agido com designios autônomos, pois, então, escaparia da regra do concurso formal e seria favorecido pela aplicação da pena de acordo com a regra do concurso material.

Não se argumente — como já se fez em relação à continuidade delitiva — que o agente do crime continuado, ao mesmo tempo em que se beneficia da punição mais branda,

sofre o gravame de só se iniciar a contagem prescricional após cessada a continuação (CP, art. 111, c). São situações que não se assemelham, pois a última norma tem amparo lógico.

Nem haveria, com o concurso material benéfico, quebra na sistemática penal da concorrência de crimes.

Basta que se lembre que o próprio STF, para evitar absurdo análogo ao ora apontado, já inscreveu a Súmula 497, mandando não computar, para fins prescricionais, o acréscimo decorrente da continuidade.

O mesmo se dá com o aumento devido ao concurso formal (cf. TJSP, RT 508/314; TACrSP, *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 47/355 e 14/238).

Nestas hipóteses, embora a lei mande, expressamente, contar a prescrição pela pena “imposta” (CP, art. 110), faz-se o cálculo prescricional como se a pena tivesse sido aplicada seguindo a regra do concurso material.

É clara a razão que leva a desprezar o aumento: “Como o concurso formal e o crime continuado ensejam causas de diminuição da pena, entende-se que *não devem prejudicar* o agente no caso da prescrição” (DAMÁSIO DE JESUS, *Direito Penal*, S. Paulo, 1978, I/671).

Na hipótese ora tratada, maior seria o contra-senso.

Condenado em concurso formal ou crime continuado, o réu foragido teria a prescrição contada favoravelmente, como se a pena lhe tivesse sido imposta pela forma do concurso material. Já o réu preso não teria igual benefício e cumpriria punição maior do que a devida pela própria regra do concurso material.

4. Na doutrina, cuidando só do crime continuado, há concisas referências favoráveis de MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Do Crime Continuado*, S. Paulo, 1969, p. 216) e ROBERTO LYRA (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1958, II/451), que podem, a nosso ver, ser também entendidas ao concurso formal.

A jurisprudência, por sua vez, não traz maior material. Em poucos acórdãos foi o problema questionado, variando as decisões (*a favor*: TJSP, RT 523/354; TJSC, RT 508/410; *contra*: TJSP, RT 513/388).

5. *Concluindo*, entendemos que deve ser aplicada a pena segundo a regra do concurso material, e não pela do concurso formal ou do crime continuado, quando estas duas últimas regras possam importar maior agravamento na punição do agente.

Sempre que os sistemas do concurso formal e do crime continuado redundarem em pena mais severa do que o concurso material, deve prevalecer o acúmulo de penas, aplicando-se o que denominamos *concurso material benéfico*.

O fundamento da posição está na coerência ao princípio de que tais institutos foram criados para favorecer o agente e não para exacerbar sua pena.

Como precedente e argumento principal, apontamos as mesmas razões que levam a doutrina e a jurisprudência a desprezar, no cálculo prescricional, o acréscimo decorrente do concurso formal e do crime continuado.

Se assim se faz com relação ao réu solto, que visa à prescrição, com maior razão deve ser obedecido se-

melhante critério em favor do réu que deverá descontar a pena na prisão. (Nota de Celso Delmanto.)

EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA: DILIGÊNCIA DA DEFESA OU OBRIGATORIEDADE DO JUÍZO?

Têm entendido os nossos tribunais que o exame de dependência toxicológica, quando requerido pela defesa, é uma diligência no interesse desta, e assim não se pode falar em ilegalidade da prisão por violação do prazo de 30 dias concedido pelo § 1.º do art. 23 da Lei n.º 6.368/76 para a realização da audiência de instrução e julgamento.

A dura realidade é que o Manicômio Judiciário, encarregado exclusivo da realização dos exames de dependência, não remete os laudos a juízo dentro do prazo, já generoso, estabelecido pela Nova Lei de Entorpecentes.

Uma nefanda consequência do advento da Lei n.º 6.368/76 foi o crescente número de prisões em flagrante por tráfico de tóxicos que são afinal, e quase sempre só no julgamento final, desclassificados para o art. 16 da mesma lei, que contempla a hipótese de posse para uso próprio. Na vigência das legislações anteriores a pena mínima era de um ano de reclusão, quer para traficantes, quer para viciados.

A Nova Lei veio beneficiar o dependente com a pena de detenção, o que vale dizer: arbitramento de fiança, no caso de prisão em flagrante e suspensão condicional da pena na hipótese de condenação.

Ao que se deduz do crescente número de prisões, em flagrante por

tráfico que afinal são desclassificados, na audiência de julgamento, para o art. 16, as novas condições criadas pela Lei n.º 6.368/76 não satisfizeram aos anseios justiceiros de certos policiais acostumados ao regime da lei antiga quando a reclusão era sempre o único caminho.

Assim, inúmeros dependentes acusados de tráfico de drogas apodrecem nas masmorras à espera do julgamento final que demora indeterminadamente por culpa da repartição pública. Os *habeas corpus* são denegados, os que se fundam no excesso de prazo, a pretexto de ter sido a diligência requerida pela defesa, e os que visam a desclassificação prematura do delito para o art. 16 da lei específica e o conseqüente arbitramento da fiança, sob a alegação de não ser o *habeas corpus* meio idôneo para a apreciação da prova.

Mas afinal o exame de dependência toxicológica é uma diligência da defesa ou uma obrigatoriedade do juiz?

O art. 20 da Lei n.º 6.368/76 determina que se aplique, subsidiariamente o Cód. Proc. Penal. É o caso, portanto, de analogia entre o incidente de dependência toxicológica e o incidente de insanidade mental previstos nos arts. 149 e segs. do Cód. Proc. Penal. Ordena a lei adjetiva: "Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado o juiz ordenará (imperatividade) de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, seja este submetido a exame médico-legal."

Ora, a simples declaração do réu, que foi preso portando substância que determina dependência física ou psíquica, de que é um dependente é

suficiente para gerar a dúvida sobre esta afirmação e assim, por força da norma imperativa do art. 149 do Cód. Proc. Penal aplicada analogicamente, o juízo estaria obrigado a submetê-lo a exame de dependência toxicológica. Além disso, quando a lei ordena a pergunta do juiz ao acusado sobre eventual dependência, diz também que este deverá adverti-lo sobre as conseqüências de suas declarações (art. 22, § 5.º, da Lei n.º 6.368/76) e, logicamente, a primeira dessas conseqüências, impostas pela lei, é a realização do exame de dependência.

O ilustre Professor J. W. Seixas Santos ao comentar a Lei n.º 6.368/76, afirmou com propriedade: "O exame de dependência é de ser determinado pelo juiz, após o interrogatório do réu, em juízo, e feita a advertência de que trata o § 5.º do art. 22, pois é nesta fase, ouvido o réu, que há de se aferir a conveniência ou não da instauração de tal exame. Senão para que advertir o réu das "conseqüências de suas declarações"?

E noutro trecho, ao enumerar o exame de dependência como uma das conseqüências das declarações do réu: "Não restará outra solução ao juiz, após ter ouvido do réu declaração expressa de que é dependente, senão determinar se realize tal exame" (J. W. Seixas Santos, "A Nova Lei Antitóxicos Comentada", Editora Pró Livro, págs. 87 e 95).

Concluimos, assim, que o exame de dependência é uma diligência imposta pela lei ao juízo sempre que o réu se declarar dependente e não

uma diligência da defesa, do exclusivo interesse desta, vez que, antes, o principal interessado é o próprio Estado, que quer aplicar aos dependentes as medidas de tratamento e recuperação previstas no Cap. II da Lei n.º 6.368/76 e aplicar aos traficantes a severa pena de até 15 anos de reclusão.

Convém salientar, ainda, que o art. 33 da Nova Lei Antitóxicos ordena absoluta precedência nas diligências que têm o objetivo de instruir processos destinados à apuração de quaisquer crimes definidos naquela lei, sob pena de responsabilidade penal e administrativa dos culpados.

Não se justifica assim, a permanência dos acusados na prisão por tempo indeterminado a aguardar a remessa do laudo do exame de dependência a juízo para, afinal, serem julgados, observando-se que esta demora é prejudicial ao próprio resultado do exame, vez que os presídios, na maioria das vezes, acabam por extinguir a dependência de modo menos técnico, que é o abrupto afastamento da droga, conduzindo os peritos a erros irreparáveis, prejudiciais à distribuição da justiça e aos interesses do Estado. (Nota de Mário Rebello de Oliveira Neto.)

CRIME CONTINUADO. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. ROUBO E EXTORSÃO

A Seção Criminal do TJ do Rio de Janeiro, decidindo a Revisão Criminal n.º 603, afirmou que pode haver crime continuado entre o roubo e a extorsão, pois são crimes da mesma espécie. A ementa reza: "Roubo e extorsão. Em lugar da tese do con-

flito aparente de normas, para o prevalecimento de uma só dessas figuras delituosas, é de se acolher a do crime continuado (art. 157, § 2.º, I e II c/c art. 51, § 2.º, todos do CP)." Foi relator o des. VIVALDE BRANDÃO COUTO. Ficou vencido o des. PIRES E ALBUQUERQUE que entendia serem crimes da mesma espécie apenas os previstos no mesmo artigo de lei.

O Repte. da revisão criminal havia sido condenado pelos crimes de roubo e extorsão, em concurso material, à pena de 10 anos e oito meses de reclusão. E isto porque participou de um assalto ocorrido na residência de um casal, ação delituosa na qual foram subtraídos valores das vítimas e exigido, de uma delas, que emitisse dois cheques, nos valores de Cr\$ 6 mil e Cr\$ 25 mil, contra o Banco de Boston. Os cheques foram sacados da conta conjunta do casal, não tendo sido cobrados. Quem se apresentou ao Banco para cobrar os cheques foi preso, pelo intercorrente aviso dado pelos lesados.

A decisão é, a nosso ver, incensurável.

Trata-se de saber o que significa, no art. 51, § 2.º CP, a expressão "crimes da mesma espécie".

Estamos diante de um problema de exegese. E é sempre bom fixar os critérios que devem nortear quem busca estabelecer o alcance e o significado da lei. Parece não haver dúvida de que o instrumento decisivo para a exegese é a indagação quanto ao fim a que a norma é disposta (método teleológico). A consideração do escopo da lei, como elemento da *ratio legis*, constitui roteiro seguro para iluminar o sentido da norma,

dando-lhe o conteúdo valorativo, que é a essência da interpretação.

A noção de crime continuado se constrói a partir de inspiração benígna, que deve dominar a compreensão do instituto. Considera-se por ficção legal, a existência de crime único quando diversas ações são praticadas, na ofensa ao mesmo bem jurídico, constitutivas de violação da mesma proibição, em circunstâncias homogêneas de tempo, lugar, maneira de execução etc. Viola a idéia fundamental do crime continuado uma interpretação demasiadamente restritiva, no sentido, por exemplo, de que da mesma espécie são apenas as infrações ao mesmo artigo de lei.

A lei não diz o que são crimes da mesma espécie. Vejamos, pois, o que ensinam os doutores. MAGALHÃES NORONHA, "Direito Penal", São Paulo, Saraiva, vol. I, 1978, 289, esclarece: "É mister que os crimes sejam da mesma espécie e como tal não se há de entender somente os previstos no mesmo artigo, tanto que o § 2.º se refere a penas diversas, mas também os *integrados pelos mesmos elementos subjetivos e objetivos*, como ocorre, *v.g.* com o furto com fraude e o estelionato, quando a distância que os separa é mínima."

FREDERICO MARQUES, "Tratado de Direito Penal", São Paulo, Saraiva, vol. 2, 1965, 357, também ensina: "Os crimes, no caso, têm de ser da mesma espécie. Isto não significa que todos os delitos devam enquadrar-se no mesmo artigo da lei."

BASILEU GARCIA, "Instituições de Direito Penal", São Paulo, Max Limonad, vol. II, 522, por seu turno, doutrina: "Parece-nos acertada a idéia de norma incriminadora prin-

cipal, abrangendo o conjunto dos artigos que concernem à lesão do mesmo bem jurídico."

Autor de excelente monografia sobre o assunto, o professor MANOEL PEDRO PIMENTEL, "Do Crime continuado", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969, 145, também ensina: "Serão da mesma espécie, portanto, conforme a doutrina predominante, os crimes que se assemelhem pelos seus elementos objetivos e subjetivos."

O professor ROBERTO LYRA, "Comentários ao Código Penal", Rio de Janeiro, Forense, vol. II, 1942, 383, por seu turno, afirma: "Se os crimes ligados pelo vínculo da continuação fossem sempre previstos no mesmo dispositivo legal, necessariamente corresponderiam à mesma pena e não haveria razão para cogitar-se de penas diversas. Explica-se, assim, que, no art. 51, o legislador se refira a crimes *idênticos* e no § 2.º do mesmo a crime da mesma espécie ou natureza."

NELSON HUNGRIA opinou no sentido de que crimes da mesma espécie são os que violam o mesmo artigo da lei penal ("Comentários", vol. I, tomo I, 6.ª edição, 1980, 339). Modificou porém esse entendimento, pois escrevendo sobre os crimes contra o patrimônio ("Comentários", VII, 57) expressamente afirmou: "Pode existir continuação entre roubo e extorsão, pois *são da mesma espécie*, isto é, ambos lesivos, simultaneamente, do patrimônio e da pessoa, contemplando-os o código, logicamente, no mesmo capítulo."

Em suma, a conclusão a que se chega é a de que perante nossa doutrina mais autorizada, crimes da

mesma espécie não são apenas os que estão previstos no mesmo dispositivo legal, mas sim os que, lesando o mesmo bem jurídico, apresentam caracteres objetivos e subjetivos comuns. É o caso do roubo e da extorsão, expressamente referidos por NELSON HUNGRIA.

Convém examinar o que se passa no direito estrangeiro. Na Itália, o art. 81 do Código Rocco requer, para o crime continuado, violação "da mesma disposição de lei" (*stessa disposizione di legge*). É curioso observar como a doutrina interpreta essa exigência legal.

Assim, ANTOLISEI, "Manuale di Diritto Penale", Milão, Giuffrè, 1955, 364: "È certo che per 'stessa disposizione di legge' non si può intendere il medesimo articolo di legge."

MANZINI, "Trattato di Diritto Penale Italiano", Turim, Utet, 1950, vol. II, 642, com sua grande autoridade, esclarece: "L'espressione 'la stessa disposizione di legge' anchorche il più delle volte equivalga a 'medesimo titolo di reato' (il quale risulta dagli elementi costitutivi della specie, e dalla particolare sanzione applicabile), non sempre implica tale identità; e tanto meno equivale a 'medesimo articolo di legge', uno stesso articolo potendo contenere disposizione riguardanti diversi titoli di reato."

BETTIOL, "Diritto Penale", Pádua, Cedam, 1966, 553, por seu turno, ensina: "Bisogna quindi, predeterminare che cosa si intenda per 'la medesima disposizione di legge', guardare all' *identità del precetto giuridico*, del comando il quale può trovarsi specificato in una molteplicità di distinte disposizioni di legge, senza che

con ciò queste debbano considerarsi tra loro diverse ai fini d'escludere la figura della continuazione. "L'identità della lesione giuridica è ciò distingue il reato continuato dal concorso reali di reati. La questione non va quindi risolta intermini di chiara interpretazione restrittiva, che finirebbe per identificare le *stessa disposizione di legge* con lo *stesso articolo del codice* o con lo *stesso titolo di reato*."

SABATINI, "Istituzioni di Diritto Penale", Catania, Casa del Libro Editrice, 1946, I, 453, identifica "la stessa disposizione di legge" com "reati della stessa specie", entendendo que há continuação entre roubo e extorsão, entre falsidade material e falsidade ideológica etc.

Em suma, na Itália, a disposição legal vem interpretada pela doutrina e pela jurisprudência, não no sentido de significar o mesmo artigo da lei, mas sim o conjunto de artigos que concernem à lesão do mesmo bem jurídico, com características objetivas e subjetivas comuns.

SCHÖNKE-SCHRÖDER, "Strafgesetzbuch Kommentar", Munique, Beck, 1978, n.º 38 Vorbem. § 52, traçam, a nosso ver, com precisão a idéia fundamental quando dizem que decisivo não é que as diversas infrações estejam reguladas no mesmo parágrafo da lei, mas, sim, que se dirijam contra a mesma proibição. Exige-se, assim, uma unidade de lesão jurídica, o que ocorrerá quando as diversas figuras violam o mesmo bem jurídico, transgredindo basicamente a mesma norma implícita em diversas incriminações.

É o que sintetiza SOLER, "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, Tea, 1963, vol. II, 310, ao dizer: "En

general prevalece la idea de admitir continuación entre figuras que pertenezcan a un mismo grupo y que importen una misma manera de violar la ley."

Roubo e extorsão são crimes da mesma espécie, que em certas situações praticamente se confundem. Em ambos há emprego de violência ou de grave ameaça; ambos atingem o patrimônio e a liberdade ou a integridade corporal. A diferença quanto ao momento consumativo é elemento irrelevante, pois não afeta a essencial identidade de ambas as figuras de delito. Como ensina GIUSEPPE RAGNO, "Il delitto di estorsione", Milão, Giuffrè, 1966, 320, não há entre tais crimes diferença conceitual. A única diferença básica é que num caso (o de roubo) temos subtração, e no outro (o da extorsão) temos entrega de coisa: "La differenza tra i reati è nell'esservi in uno sottrazione ed impossessamento, e nell'altro consegna". (Nota de H.C.F.)

RESISTÊNCIA E PERIGO DE VIDA. "BIS IN IDEM"

Decidiu a 1.^a C.A. TJRJ, no julgamento da A. Cr. 3.710, por maioria de votos, que "o crime de perigo não pode ser punido em cúmulo material com o crime de resistência. A apenação autônoma de delito de perigo importaria em *BIS IN IDEM* em relação ao crime de resistência".

O acusado foi processado perante o Tribunal do Júri como incurso no crime de homicídio, na forma tentada, contra policial na execução de prisão em flagrante. O Tribunal popular negou o dolo de homicídio. O

Juiz Presidente reconheceu o crime de resistência à ordem legal em cúmulo material com o crime de perigo para a vida. A Câmara, reformando a sentença, afirmou no acórdão do eminente Des. Ronald de Souza que é inoperante a alusão do § 2.^o do art. 329 para o crime de perigo, aplicando-se somente para o homicídio ou lesão corporal.

A violência que caracteriza a oposição ativa é elemento constitutivo do tipo da resistência. Não sendo a oposição violenta, a ação tipificada é a desobediência — art. 330 CP. Se não há emprego de violência não há resistência.

O crime de resistência mediante ameaça, por exemplo, não se pode puni-lo em concurso com o delito de ameaça (art. 147 CP), pois a ameaça é prevista como forma de conduta para tipificar a resistência. Da mesma forma, a injúria arrogada por ocasião da resistência não constitui crime autônomo.

O assunto não se esgota aí porquanto o § 2.^o do art. 329 CP determina a punição da violência em concurso com a resistência. No entanto, esta hipótese cuida da vontade consciente de causar dano ao funcionário ou a quem lhe esteja prestando auxílio, em concurso com o dolo de opor-se à ordem legal.

O § 2.^o refere-se às vontades concorrentes: dano e opor-se à execução de ato legal.

No caso concreto, o Júri não reconheceu a existência de homicídio, nem o Juiz o crime de lesões corporais; portanto não haveria por que falar no § 2.^o do art. 329.

O crime do art. 132 do CP — expor a vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente — é um crime subsidiário por excelência, constituindo uma espécie de soldado de reserva; só deve ser reconhecido "se o fato não constitui crime mais grave", como expressamente consta da sanção. Dado o caráter subsidiário, fica excluída a possibilidade de um concurso de crimes, devendo-se proclamar-se o concurso aparente de normas, que se resolve pelo princípio da subsidiariedade (Heleno Fragoso).

Como se sabe, a norma principal prevalece sobre a norma simplesmente subsidiária, isto é, a norma subsidiária só se aplica se ao caso não for aplicável a norma principal. É o princípio da subsidiariedade. As vezes, é a própria lei que cria a subsidiariedade por meio de expressões que indicam que só será aplicável se o fato não constitui crime mais grave (Anibal Bruno).

A violência contra funcionário, no crime de resistência, já comporta a produção objetiva de perigo. (Nota de Arthur Lavigne.)

ROUBO. ARMA DE BRINQUEDO AINDA UMA VEZ

É conhecida a polêmica sobre a qualificação do crime de roubo pelo emprego de arma de brinquedo. Provavelmente influenciado pela opinião de Manzini, o grande Hungria equivocou-se na consideração da forma qualificada, e respondeu positivamente à questão. E, no Brasil, onde Hungria se equivocava, sempre sobreveio, como na queda de peças articuladas do dominó, uma sucessão de equívocos. Em vão procurou-se

chamar a atenção dos tribunais para o correto equacionamento do assunto, invocando inclusive autoridades tão ilustres quanto a de Hungria, não bastasse a exatidão do raciocínio. Quem escreve dedicou algumas páginas a essa tarefa (*Decisões Criminais Comentadas*, Rio, 1976, p. 50 a 55). Entretanto, sem embargo de algumas decisões isoladas em sentido contrário, sempre prevaleceu o entendimento de que a utilização de arma de brinquedo na ameaça constitutiva do crime de roubo configura, *também*, "emprego de arma". No Supremo Tribunal Federal dos últimos anos, esse entendimento tornou-se pacífico.

Ocorre que na hipótese objeto do R. Ext. 90.881, do qual foi relator o eminente Min. Décio Miranda, a arma de brinquedo só foi posta à cintura pelo autor do roubo, sendo entrevista pela vítima. A ementa consignou: "A jurisprudência do STF se orienta no sentido de admitir a qualificadora do art. 157, § 2.^o, I, do Código Penal, quando empregada arma de brinquedo. "No caso dos autos, porém, não houve emprego de tal artefato, que a vítima apenas entreviu na cintura do agente" (RTJ 92/1.368). Essas "peculiaridades fáticas" (Min. Cordeiro Guerra), essas "singularidades do caso" (Min. Djalci Falcão) levaram a Segunda Turma da Corte Suprema a não conhecer do recurso, interposto pelo Ministério Público de São Paulo.

Algum dia isso aconteceria, e poria à calva a tibieza da argumentação preponderante. Se se tratasse de arma, a qualificadora seria indisputável, estivesse ela na mão, na cinta, no coldre, exibida ou apenas anunciada. É que não havia, neste

caso (como nos outros), arma alguma, porque uma arma de brinquedo — até que alguém tenha coragem de prender por porte de arma os *cow-boys* de carnaval — não é arma. Ela pode compor a ameaça *elementar* da figura do roubo, mas não implementa o perigo objetivo do fato, que é a razão de ser da forma qualificada. É uma pena que, no seio do Pretório Excelso, não se reabra esse debate. (Nota de Nilo Batista.)

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. RECURSO PRIVATIVO DA DEFESA

Decidiram as Câmaras Criminais Reunidas, TJRJ, pelo não conhecimento de embargos infringentes e de nulidade, eis que se trata de “recurso privativo da defesa, nos termos do parágrafo único do art. 609 do CPP”. Foi relator o eminente Des. Fonseca Passos (DO 28/ago./80, P. III, p. 55). Com efeito, nem o Querelante (nas ações penais privadas) nem o Ministério Público (nas ações penais públicas) podem, em caso de decisão por maioria no julgamento de segunda instância, opor embargos infringentes e de nulidade.

Foi a Lei n.º 1.720-B, de 3/nov./52, que acrescentou ao art. 609 CPP seu parágrafo único, cuja clareza nunca alimentou dissensões. Espínola Filho assinala que tal recurso só cabe “quando o voto vencido for mais benéfico, para o réu, que o pronunciamento da maioria” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio, 1965, v. VI, p. 327). Com a habitual clareza e precisão, Frederico Marques: “Os embargos infringentes são recurso que só ao réu é dado interpor. Apenas o acusado está legitimado para a interposição do recurso.

O Ministério Público ou o querelante, o ofendido ou o assistente não possuem qualidade ad agendum para interponem embargos infringentes.” (Elementos de Direito Processual Penal, Rio, 1965, v. IV, p. 308)

As poucas decisões existentes sobre a matéria invariavelmente sufragam esse entendimento. (Nota de Nilo Batista.)

LIVRE CONVENCIMENTO E PROVA PERICIAL. REJEIÇÃO DE LAUDO

O art. 157 CPP consagra o princípio do livre convencimento. Apesar de sua clareza, tal posição é objeto de explícita reiteração, quanto à prova pericial, no art. 182 CPP: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo no todo ou em parte.”

É tradicional na doutrina o repúdio a uma posição acrítica do juiz diante da prova técnica. É famosa a passagem de Bonnier, na qual a perícia é comparada a uma lente que aumenta os objetos, correspondendo ao juiz, que dela se serve, examinar com toda a liberdade se as imagens oferecidas são suficientemente limpidas (*“Au contraire, l'expertise n'est qu'un verre qui grossit les objets; et c'est au juge, qui a la faculté de s'en servir, à examiner en toute liberté si les images qu'elle lui présente sont bien nettes”* — *Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminal*, Paris, 1888, p. 91). Outros clássicos da prova não divergem dessa orientação. Veja-se a lição de Mittermayer: “Deverá o tribunal prestar absolutamente fé ao parecer dos peritos, desde que for regular, e principalmente ao parecer de um colégio médico? Por certo que

não, como já dissemos; a prova por peritos baseia-se em um encadeamento de probabilidades racionais, que o juiz deve pesar antes de declarar-se convencido” (Tratado da Prova em Matéria Criminal, trad. A. Soares, Rio, 1909, p. 207).

Este ensinamento é recolhido por Döhring: *“El juez no está atado a la concepción del perito; su deber es someterla a un concienzudo examen y sólo deberá aceptarla si lo convence plenamente”* (*La Prueba — su Práctica y Apreciación*, trad. A. Banzhaf, B. Aires, 1972, p. 248). O dever do juiz de examinar a coerência e logicidade do laudo pericial aumenta quando se trata de um exame psiquiátrico. Como lembra Glanville Williams, essa prova é freqüentemente precária, pelas dificuldades da matéria e pela omissão em desenvolver o estudo até as últimas consequências (*“Psychiatric evidence has frequently been defective because of the difficulties of the subject and the failure to promote and develop its study to the fullest extent”* — *The Proof of Guilt*, Londres, 1963, p. 125-126).

No Brasil, essas concepções são amplamente predominantes. Tornaghi afirma do juiz ser ele o “*senhor da perícia*” (Instituições de Processo Penal, ed. Saraiva, 1978, v. 4.º, p. 194). Espínola frisava: “Insistimos, particularmente, em que, como meio de prova que é, o exame pericial não goza de qualquer privilégio sobre os outros gêneros de prova” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio, 1965, v. II, p. 574).

O juiz que se subordine acriticamente às conclusões do exame pericial, sem cotejá-lo com os demais

elementos, sem inquirir sua coerência lógica interna, não procura sua livre convicção: cria um sistema próprio de prova legal, obedecendo à regra de que a prova técnica é sempre a prova decisiva. Tal juiz derroga o art. 157 do Código de Processo Penal; tal juiz não é senhor, como quer Tornaghi, e sim servo da perícia.

Os tribunais brasileiros sempre decidiram segundo tais princípios. Veja-se a ementa seguinte: “Não existe no CPP hierarquia de provas; todas são relativas e se é certo que o juiz fica adstrito a elas, não menos certo é que não está subordinado a qualquer critério apriorístico no apurar, por intermédio delas, a verdade material, sem que isso importe capricho de opinião ou mero arbítrio” (RF 236/350).

Laudo pericial cuja conclusão é fundamentada em simples suposição dos expertos é rejeitado (Julgados TACrimSP 40/201). A desvalia probatória de laudo pericial desprovido de fundamentação é proclamada (Julgados TACrimSP 42/115). Considerações do laudo pericial, desmentidas pelo restante dos elementos de convicção, não prevalecem (Franceschini, Jurisprudência TACrimSP, S. Paulo, 1976, v. III, p. 480, n.º 5.290). Considera-se que “a conclusão dos peritos no laudo, por si só, sem apoio nas demais provas, é insuficiente para a condenação (TAGB, AC 9.526, DO 16/abr./75, III, p. 1.422). Depreciam-se conclusões do laudo pericial “não confirmadas pela prova testemunhal” (TAGB, AC 10.805, DO 14 de agosto de 1975, III, p. 7.879). O confronto entre conclusões do laudo pericial e outras provas não é resolvido pela prevalência da prova téc-

nica, e sim pela afirmação do *non liquet* (TAGB, AC 9.803, DO 4/mar./75, III, p. 4.665). Não se superpõe à palavra da vítima a conjectura do laudo (TAGB, AC 9.553, DO 21/fev./75, III, p. 3.126). O princípio de que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos probatórios” prevalece também em sede cível (STF, Ap. 79.379-8, rel. Min. Raul Mayer, DJ 12/ago./80, p. 5.786).

Questão interessante surge quando a parte apresenta um laudo pericial, elaborado por um *expert* à instância da própria parte. É perfeita a lição de Frederico Marques a respeito. O juiz não pode “dar prevalência a fatos afirmados e colhidos pelo perito extrajudicial, para relegar a segundo plano, no exame da *quaestio facti*, o que foi obtido durante a instrução do processo”. O motivo fundamental é que, ao contrário do que se passa no laudo oficial, o parecer técnico produzido por parte está alheio ao contraditório. Observe-se, entretanto, que a restrição só diz res-

peito a fatos, ao *quadro fático* que é objeto da apreciação técnica. Sobre a apreciação em si e suas conclusões, prevalece, claro está, a regra do livre convencimento. Eis como se exprime Frederico Marques: “O magistrado criminal (...) não está vinculado às conclusões dos laudos periciais. *A fortiori*, preso não se encontra ele às deduções científicas dos peritos extrajudiciais. Mas, por isso mesmo, *faculdade* lhe é dada de confrontar as conclusões técnicas dos peritos judiciais com as do laudo extrajudicial, e até mesmo optar pela orientação deste, no tocante à interpretação científica dos dados e indícios que servem de base à perícia.” (Elementos de Direito Processual Penal, Ed. Forense, 1965, v. II, p. 361.)

Já se decidiu que “o magistrado, usando da faculdade que lhe é concedida pelo art. 182 do CPP, pode validamente rejeitar, no todo ou em parte, o trabalho técnico pericial, apoiando sua decisão em parecer juntado aos autos pelas partes” (Julgados, XI/272, *apud* Franceschini, ob. cit., p. 479). (Nota de Nilo Batista.)

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

EVANDRO LINS E SILVA, *A Defesa tem a Palavra* (O Caso Doca Street e Algumas Lembranças), Rio, 1980, ed. AIDE, 334 págs.

Numa famosa passagem do Fausto, Mefistófeles ensina ao estudante que “árida é toda a teoria, e a preciosa árvore da vida é cheia de flores e frutos”. Em verdade, as situações judiciais concretas possuem um segredo fascínio que faz convergir sobre elas não só a atenção de juristas, mas também de filósofos literatos, cientistas sociais e jornalistas. A árvore da vida é cheia de flores e frutos, e em minha opinião as observações do Marx liberal sobre a lei incriminatória do furto de lenha — questão agudamente concreta — são para sempre mais importantes do que sua crítica à filosofia jurídica hegeliana. A atenção que Foucault deferiu aos crimes de Pierre Rivière, num seminário do *College de France*, produziu uma valiosa reflexão interdisciplinar sobre a psiquiatria forense e a justiça criminal do século XIX, e portanto de hoje. O interesse de Zola pelo processo Dreyfus se reedita no grande número de livros de jornalistas brasileiros sobre certos crimes mal esclarecidos. Norman Mailer (*In cold blood*) faz a crônica inquietante e absurda de duas chacinas, a segunda das quais judicial.

Este encantamento pela riqueza e complexidade do episódio judiciário determinado se apresenta também, evidentemente, na literatura jurídica. Um teórico tão refinado e “geométrico” como Carrara não se furtou à publicação, nos *Opuscoli*, de algumas defesas, densas e criativas. Poderia ter deixado de existir esse livro com as decisões do Juiz Magnaud? Os estudos sobre a articulação lógica da sentença perderiam a notável contribuição de Escobedo (*Le sentenze suicide*), não fora um certo processo e um certo julgamento. O que sobreviverá, em Ferri: sua sociologia criminal ou seus discursos forenses? Qual o melhor De Marsico: o do *Diritto Penale*, franzino e repetitivo, ou o das *Arringhe*, opulento e audacioso?

A experiência judiciária produziu historicamente instituições e conhecimento jurídico. Sem a perplexidade dos práticos italianos diante da pena de morte cominada ao ladrão do terceiro furto os sistemas legais de hoje não incluiriam a idéia do crime continuado. É urgente o abandono da distinção inaceitável e preconceituosa entre um direito penal “sério”, sediado na universidade e estudado em italiano e alemão, e um direito penal “bufo”, sediado no foro, e expresso no idioma de alegações e sentenças. Historicamente, a universidade aprendeu com o foro. O caso do cocheiro, o caso da cegonha, o caso da jovem siciliana, o caso da banheira — são situações que antecederam

ou enformaram o trabalho teórico. O fenômeno é, desenganadamente, mais rico do que a lei, e um direito penal antropocêntrico não pode dispensar a mediação judiciária. O abandono daquela distinção não passa, afinal, de reencontro com um jurista integral, insensível ao efeito alienante da divisão social do trabalho, e que não se demite de buscar um sentido e um compromisso social para o seu afazer.

Saúda-se, assim, efusivamente, o lançamento deste "A Defesa tem a Palavra", que, a partir do relato de um caso concreto de homicídio, aborda uma constelação de problemas fundamentais para o jurista e o advogado criminal, tais como liberdade provisória, fins da pena, motivo passionai, vitimologia, etc. O volume é aberto com uma reflexão sobre o exercício da advocacia criminal, a partir de reminiscências do Autor. São lições de inestimável valor para os jovens profissionais, que serão no entanto lidas com prazer mesmo pelos leigos. Os episódios são evocados numa linguagem fluida e saborosa, que pressagia um memorialista de primeira linha. A erudição só intervém para clarificar, abonando com um caso famoso ou com um parecer importante o tema versado.

Embora essencialmente voltada para o exame do tribunal do júri, técnicas de atuação (memoriais, estudo do processo, etc.) e virtualidades da instituição, essa primeira parte do trabalho também se ocupa de uma questão deontológica interessante (recusa de patrocínio por motivo de consciência), e, no último tópico, da defesa em processos por crimes políticos.

A segunda parte, contendo as peças de defesa e a sustentação oral, revela de corpo inteiro este mestre da nossa profissão, este advogado maravilhoso e combativo que é EVANDRO LINS E SILVA. A dura batalha pela libertação do cliente nos lega admiráveis considerações sobre o caráter da prisão preventiva e as possibilidades legais de recorrer em liberdade (Lei n.º 5.941/73, também conhecida pelo malsinado nome de Fleury). A sustentação oral, extraída de fita magnética, que se lê inevitavelmente de um só folego, permite registrar o tribuno envolvente, atento para a única opinião que lhe interessa naquele momento — a dos jurados —, cáustico e amável, cordato e mordaz, agudo, apaixonado, apaixonado inteiramente pelo seu ofício de salvação.

EVANDRO LINS E SILVA presta um serviço aos estudantes de direito e profissionais da justiça criminal, quando divide sua rica experiência na publicação de um livro que se ocupa de assuntos que, ordinariamente, não são versados nos currículos acadêmicos, espaço predileto da árida teoria. Essa defesa magistral nos ministra úteis lições sobre o exercício da profissão, sobre homicídio e sobre prisão preventiva, e até mesmo sobre certas vicissitudes a que está sujeito o advogado pela incompreensão a respeito do que sejam seus deveres.

Escuso-me de qualquer observação a respeito do resultado do julgamento. Os especialistas sabem se os jurados, habitualmente, são — ou não — condescendentes com autores de homicídio, quando intervenha uma relação amorosa, e, portanto, se o resultado se filia — ou não — a uma reconhecível linha de decisões. Todavia, é inadmissível que o advogado seja atingido porque certas pessoas entenderam que tal veredito é equivocado ou monstruoso. O

que haverá de arquetípico nos protagonistas dessa história estranha, e na tragédia mesma em que ela se resolve, para mobilizar tão passionalmente a opinião pública?

"A Defesa tem a Palavra" é um livro que será lido com grande proveito por estudantes de direito e profissionais da justiça criminal, e com prazer pelos não iniciados. EVANDRO LINS E SILVA, como os antigos mestres das corporações medievais, expõe aos aprendizes do ofício, e a seus colegas, a invejável habilidade adquirida neste meio século de exercício profissional, de contacto diário e intenso com flores e frutos da árvore à qual se referia Goethe.

Nilo Batista

FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda & SUSSEKIND, Elisabeth, *Direitos dos Presos*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

O Instituto de Ciências Penais apresenta, neste volume, dois estudos. Um, do seu ilustre diretor, HELENO FRAGOSO, é eminentemente teórico, analisando, à luz da doutrina jurídica e do direito comparado, o elenco dos direitos dos presos, tal como os vêm focalizando a crítica científica, as legislações nacionais e os princípios internacionais relativos aos direitos dos presos, enquanto direitos humanos. O outro, das talentosas colaboradoras daquele Instituto, YOLANDA CATÃO e ELISABETH SUSSEKIND, parte desse panorama, sintetizado em rápidas pinceladas nos tópicos iniciais, para descer aos pormenores dos nossos regulamentos penitenciários e à pesquisa de campo, mostrando lacunas e distorções na aplicação dos próprios dispositivos regulamentares e, duma forma geral, o descompasso entre as normas vigentes e as recomendações de documentos internacionais sobre os direitos dos presos.

Os dois estudos formam um conjunto atualizado e entrosado, em aspectos complementares, cujo valor informativo e excelente propósito crítico se recomenda à atenção dos juristas, administradores e políticos, tanto quanto dos cientistas sociais e cidadãos comuns. Todos estes hão de participar do movimento de opinião, para conscientizar a necessidade da mudança, também no setor focalizado, de um estado de coisas, bem característico do "meio social em que as forças repressivas e discriminatórias atuam sem qualquer restrição" (p. 128).

A segurança, clareza e erudição de FRAGOSO enfibra toda a sua notável exposição de abertura. Nesta, abre-se uma perspectiva muito saudável e avançada, pondo em questão a "ideologia do sistema", que encobre "desigualdade, dominação e opressão" (p. 7). Verdade é que ainda se nota, em certas passagens, a tendência a tratar as "realidades do sistema" (p. 8ss) com uma espécie de dualismo, entre a corajosa abordagem sócio-política e a focalização do direito criminal (p. 15, por exemplo) na qual a política criminal e a construção "dogmática" separam-se, devido à obstrução epistemológica delineada, com precisão, no magnífico ensaio de BARATTA (ALESSANDRO BARATTA, *Criminologia e Dogmática, Passato e Futuro del Modello Integrato di Scienza Pena-*

listica, La Questione Criminale, V, 2 (1979): 147-183). FRAGOSO é jurista de formação tradicional, em que logo revelou uma agilidade e cultura que o puseram no primeiro plano dos criminalistas brasileiros de categoria internacional. Mas, por outro lado, tem evoluído, nítida e rapidamente, na preocupação social, que advém da práxis de advogado e da consciência sócio-política, num engajamento progressista de evidente simpatia pelos aspectos críticos do que FARATTA caracterizou como "Criminologia liberal". Não é fácil, dentro deste quase dilaceramento, harmonizar o espírito, numa síntese, a partir de concepção que reconstrua a própria "ciência do direito", derrubando as barreiras entre fontes materiais e formais, exegese e crítica, "direito positivo" (entendido como ordenamento único, legal e estatal) e direitos plurais, decorrentes da cisão estrutural de grupos e classes, com ordenamentos múltiplos, "oficiais" e "não oficiais" (BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *The Law of the Oppressed*, Law and Society, XVII, 1 (1977): 5-126). O que assim se delinearía, em síntese, é a dialética social e global do direito (ROBERTO LYRA FILHO, *O Direito que se Ensina Errado*, Brasília, Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980; *Para um Direito sem Dogmas*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980; *Carta Aberta a um Jovem Criminólogo*, Revista de Direito Penal, n.º 28).

A ressalva, porém, não constitui uma restrição ao trabalho de FRAGOSO, antes mostrando o que há de fecundo e dinâmico no seu pensamento jurídico-criminal; pois, inclusive, uma concepção verdadeiramente dialética do direito não desdenha o aspecto importante, que ele assinala: "utilizar o próprio sistema jurídico" (aqui, entendido como "direito positivo", legislado e estatal), que "não é desprezível para lutar por essas transformações" (p. 45) de mais largo enquadramento sócio-político. Neste sentido, o posicionamento de FRAGOSO, como seria de esperar dum autor da sua estatura, atinge a melhor direção progressista e vanguardista. Ele é, notoriamente, além de grande cientista, um temperamento aberto, até militante, na divulgação das novas idéias e na sensibilidade às direções que retomam sugestões dos grandes precursores, como ROBERTO LYRA, tanto quanto as que seguem o movimento crítico mais aguçado e entre nós representadas por JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, que já desponta, no panorama internacional, como valor brasileiro do mais alto nível.

A segunda parte do livro não é menos interessante, em especial no que se refere a dados concretos e análise da situação em estabelecimentos penitenciários cariocas. Assiste inteira razão às doutas e inteligentes co-autoras, YOLANDA CATÃO e ELISABETH SUSSEKIND, quando assinalam que, "no Brasil, ainda não se tem consciência de que o preso é sujeito de direitos" (p. 51). Um dos méritos do livro — e que já, em si, bastaria para recomendá-lo enquanto contribuição de especial destaque e oportunidade — é enfatizar a necessidade da "tomada de posição a respeito da problemática do preso comum" (p. 51), o que elas realizam com atraente e agudo empenho crítico e, portanto, largo e benéfico alcance social.

Roberto Lyra Filho

RICHARD CLUTTERBUCK, *Terrorismo*, Rio de Janeiro, Agents Editores, 1980.

A bibliografia internacional sobre terrorismo alcança vastas proporções. Em português, entanto, essa bibliografia é inexistente, apesar de ter o Brasil experiência considerável com essa terrível forma de criminalidade violenta. A tradução do pequeno livro de CLUTTERBUCK, conhecido especialista inglês, é assim oportuna e interessante para o leitor brasileiro. Esse livro (no original "Living with Terrorism") foi escrito em 1975 e se destina ao grande público.

Escrito em estilo simples e direto, o livro aparece como um grande relato de fatos e acontecimentos, apresentados com riqueza de informação. Trata-se da guerrilha urbana, do seqüestro político, do ataque a firmas comerciais na Argentina, realizado pelo ERP, das medidas de segurança contra seqüestros, com a narração da experiência do embaixador inglês, Sir Goffrey Jackson (a quem o livro é dedicado), vítima dos Tupamaros, no Uruguai, em 1971. O autor trata também das bombas, que constituem a forma clássica do terrorismo, com ampla informação técnica sobre o reconhecimento e detecção. Examina também, com ampla informação, o apoderamento de aeronaves (chamado de "seqüestro"). Na parte final há uma tentativa de fixação dos diversos tipos de terroristas ("bons sujeitos e maus sujeitos"), com análise e exposição de diversos aspectos da prevenção, advertindo-se para o perigo da reação exagerada.

É obra sem maiores pretensões, corretamente traduzida (apesar de certas impropriedades), que se põe basicamente na perspectiva da repressão e da prevenção, a nível policial. Os especialistas a lerão com agrado e proveito.

H.C.F.

ALENCAR (Ana Valderez A.N.), *Segurança Nacional*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1980.

Excelente trabalho realizado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, que obedece à competente direção da Dra. Leyla Castello Branco Rangel, através de uma de suas melhores colaboradoras.

Na primeira parte do volume encontramos o texto da Lei de Segurança Nacional em vigor, seguido dos índices sistemático e temático. Logo a seguir, aparecem os textos constitucionais na parte referente ao tema, de forma comparativa, e eementário completo de toda a legislação pertinente, desde a Constituição de 1824, bem como dos projetos em tramitação no Congresso Nacional.

Na segunda parte do volume aparecem comparações e anotações feitas, artigo por artigo, com indicação da legislação anterior e referências doutrinárias à matéria. Esta é a parte mais importante e valiosa do trabalho.

Ao final está o histórico da Lei n.º 6.620, com ampla informação sobre o processo legislativo.

Trata-se de obra destinada a prestar inestimável serviço aos estudiosos, constituindo o mais amplo conjunto de informações técnicas sobre a Lei de Segurança Nacional. É trabalho de referência obrigatória para os que, doravante, se dedicarem ao estudo do tema.

H.C.F

FRAGOSO (Heleno Cláudio), *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, 4.ª edição.

A conhecida obra do Professor HELENO FRAGOSO aparece agora, em quarta edição, preparada pela Forense. As sucessivas edições, fruto da grande aceitação do livro, como explica o autor, vêm permitindo correções e adições que vão dando à obra a sua forma definitiva.

Trata-se de texto destinado ao ensino da Parte Geral do curso de direito penal, apresentado com simplicidade e clareza, que caracterizam o estilo do autor. A parte propedêutica aparece nesta edição bastante alterada, indicando a evolução do pensamento do autor no que tange à dogmática jurídico-penal e sua metodologia. Notamos também maior desenvolvimento em alguns capítulos da parte inicial, com evidente vantagem sobre a edição anterior.

Foi suprimida a vasta e inútil indicação de bibliografia, que constava no final do volume. Em apêndice, aparecem agora dois recentes trabalhos do autor, publicados nesta revista, com o qual se explora a perspectiva crítica do sistema punitivo. Parece particularmente importante que, num livro destinado ao ensino do direito penal, se apresente a visão crítica (e um pouco desiludida) dos que conhecem o sistema, e têm autoridade para falar.

No início do ano de 1981 aparecerá integralmente refundida a Parte Especial completa, publicada pela Forense, em dois volumes. Os professores da matéria podem contar, felizmente, com um texto moderno, didático, que constituirá auxiliar valioso e indispensável na sua árdua tarefa.

G.A.P.

PRADO (Luiz Regis), *Pena de multa. Aspectos Históricos e Dogmáticos*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1980, 113 págs.

O autor deste pequeno trabalho é professor de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá, no Paraná. Trata-se de tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A pena de multa é estudada sob vários aspectos. A um breve capítulo sobre a conceituação e a natureza jurídica dessa pena, segue-se uma análise dos antecedentes históricos, e da evolução da pena de multa no direito brasileiro. Examina, então, o autor os sistemas de cominação da pena de multa e a multa como substitutivo das penas privativas da liberdade de curta duração.

Trata-se de trabalho correto e bem feito. A crítica apresentada ao sistema atual de cominação da pena de multa é de inegável procedência, e está longe de constituir novidade. A pena de multa se apresenta como a primeira e mais importante alternativa à pena privativa da liberdade. Na Alemanha hoje, a multa é a mais freqüente sanção penal. Duvidamos, porém, que em países do Terceiro Mundo possa a pena de multa ter a relevância que apresenta nos países europeus. Basta examinar a clientela do sistema.

Observamos que o autor ignorou as leis que no Brasil já adotaram o sistema dos dias-multa. Teria sido importante estudar e criticar essas leis, extremamente imperfeitas.

Não hesitamos em recomendar a obra, que é promissora pelas qualidades que revela em seu autor, de quem seguramente se poderá esperar contribuição mais ambiciosa ao estudo de nossa matéria.

H.C.F

OLIVEIRA MÉDICI (Sergio de), *Contravenções penais*, São Paulo, Jalovi, 1980 (2.ª edição).

O volume contém comentários ligeiros sobre a lei das contravenções penais, abrangendo a Parte Geral e a Parte Especial, bem como ampla coletânea de jurisprudência sobre a matéria. Na última parte do volume está reproduzida a legislação. Trata-se de um trabalho sem grandes pretensões, que nem de longe desenvolve a perspectiva crítica que o estudo das contravenções exige. Será, no entanto, bastante útil para a prática judiciária de advogados, juizes e promotores, particularmente pela jurisprudência que reproduz.

G.A.P.

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

I — DIREITO PENAL

- NOVOA MONREAL (Eduardo), *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, San José, Editorial Juricentro, 1980.
- HUNGRIA (Nelson), FRAGOSO (Heleno), *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, vols. V, VI e VII, 1980.
- OLIVEIRA MEDICI (Sergio), *Contravenções*, Bauru, Editora Jalovi, 1980, 2.^a edição.
- LINHARES (Marcelo J.), *Contravenções Penais*, São Paulo, Saraiva, 1980.
- ANDRADE (Christiano José), *Da prescrição em matéria penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- MUNOZ R. (Campo Elias) — VILLALAZ (Aura E. Guerra de), *Derecho Penal Panameño*, Panamá, Ed. Panama Viejo, 1980.
- BARROS (Orlando Mara), *Dicionário de classificação de crimes*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980.
- CUNHA (Fernando W.), *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- FERNANDO (M.), *Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1980.
- VERGARA (Pedro), *Dos motivos determinantes no Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980 (2.^a edição).
- STRATENWERTH (Günter), *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madri, Instituto de Criminología de La Universidad Complutense de Madrid, 1980. Tradução de Enrique Bacigalupo e Agustin Zagaldia Espinar.
- LEIRIA (Antonio José Fabrício), *Fundamentos da responsabilidade penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- ALMEIDA SALLES JR. (Romeu), *Furto*, Bauru, Jalovi, 1980.
- BASSIOUNI (M. Cherif), *International Criminal Law. A draft International Criminal Code*, Alphen aan der Rijn e Germantown, Sigthoff e Noordhoff, 1980.
- GIMBERNAT ORDEIG (Enrique), *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Madri, Universidad Complutense, 1979.
- MATTES (Heinz), *Problemas de Derecho Penal Administrativo, História y Derecho Comparado*, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979. Tradução de José Maria Rodriguez Devesa.

- PIEDADE JR. (Heitor), *Questões de Direito Penal. Mil Perguntas e Respostas da Parte Geral*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980.
- ALENCAR (Ana Valderez A. N. de), *Segurança Nacional*, Brasília, Senado Federal, 1980.
- ZAFFARONI (Eugenio Raul), *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, vol. I, Buenos Aires, EDIAR, 1980.

II — PROCESSO PENAL

- SILVEIRA (Alípio), *As prisões por suspeita no Brasil*, São Paulo, Brasilivros, 1979.
- SIQUEIRA F.^o (Mariano de), *Curso Básico de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1980.
- SOUZA GAMA (José), *Curso de Prática Forense Penal*, Rio de Janeiro, Arsgráfica, 1980.
- TORNAGHI (Hélio), *Curso de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1980.
- LOPES DA COSTA (Milton), *Detenções para averiguações*, Rio de Janeiro, 1980 (edição do autor).
- TUCCI (Rogério Lauria), *Do corpo de delito no direito processual penal*, São Paulo, Saraiva, 1980.
- MAIER (Julio B. J.), *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- PORTO (Hermínio), *Júri*, São Paulo, Saraiva, 1980 (2.^a edição).
- PELLEGRINI GRINOVER (Ada), *Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas*, São Paulo, Saraiva, 1976.
- GAMA MALCHER (José Lisboa), *Manual de Processo Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980.
- TUCCI (Rogério Lauria), *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1980.
- GARCIA (Ismar Estulano), *Procedimento Policial*, São Paulo, Saraiva, 1980.
- MARQUES (José Frederico), *Tratado de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, I, 1980.

III — CRIMINOLOGIA

- KOVARICK (Lúcio), *A espoliação urbana*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1980.
- CASTILLO BARRANTES (J. Enrique), *Becker y Chapman, criminólogos interaccionistas; El interaccionismo simbólico en criminología, visto en dos de sus representantes*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1980.
- BUNCHER (Judith) (ed.), *Crime and punishment in America, Facts on File*, Nova York, 1978.
- ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, n.º 151 — julho/setembro, 1979. *Criminalidade e violência. Um debate no MJ.*
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Criminalidade e violência*, Relatório e Conclusões da CPI sobre o sistema penitenciário, Brasília, 1980, vols. II e III.

- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Criminalidade e violência*, Relatórios dos grupos de trabalho de juristas e cientistas sociais, Brasília, 1980, vol. I.
- TAYLOR (Ian), WALTON (Paul) e YOUNG (Jack), *Criminologia Crítica*, trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo, Rio de Janeiro, Graal, 1980.
- KAISER (Günther), *Criminologia, Una Introducción a sus fundamentos científicos*, Madri, Espasa Calpe, 1978, trad.
- GRONINGEN (Karin Van), *Desigualdad social y aplicación de la ley penal*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980.
- ZIPF (Heinz), *Introducción a la política criminal*, Caracas, Madri, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, trad.
- BERGALLI (Roberto), *La recaída en el delito: Modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, Sertesa, 1980.
- DELMAS-MARTY (Mireille), *Les chemins de la répression*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980.
- BITTENCOURT (V.) — ÁVILA (J.), *O processo Araceli*, Vitória, HC Publicações Editora, 1980.
- MARCHIORI (Hilda), *Personalidad del Delincuente*, México, Porrúa, 1978.
- SOLA DUEÑAS (Angel de), *Socialismo y delincuencia. Por una política criminal socialista*, Barcelona, Editorial Fontamara, 1979.
- ERWIN (John R.), *The man who keeps going to jail*, Elgin, Ill., David C. Cook Publishing, 1979.
- CLUTTERBUCK (Richard), *Terrorismo*, Rio de Janeiro, Agents Editores, 1980.
- JESUS (Damásio E. de) e outros, *Violência e Criminalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- TALLI (Renato Laércio), *Violência Urbana*, Brasília, 1980.

IV — DIVERSOS

- LINS E SILVA (Evandro), *A defesa tem a palavra*, Rio de Janeiro, AIDE, 1980.
- THOMPSON (Augusto), *A questão penitenciária*, Rio de Janeiro, Forense, 1980 (2.^a edição).
- CAPÍTULO CRIMINOLÓGICO n.º 6, órgão do Instituto de Criminologia da Universidade del Zulia (Maracaibo), 1978.
- SILVA FRANCO (Alberto) e outros, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- NOGUEIRA (Paulo Lúcio), *Comentários ao novo Código de Menores*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1980.
- MAC DERMOT (Niall) et al., *Como hacer eficaz la Convención Internacional contra la tortura*, Comisión Internationale de Juristes, Genebra, 1980.
- CUADERNOS PANAMEÑOS DE CRIMINOLOGIA, n.º 8, Panamá, Ciudad Universitaria, 1979.
- DERECHO COMPARADO, Revista da Associação Argentina de Direito Comparado, n.º 3 (1979).
- JESCHECK (H. H.) — KAISER (G.) (eds.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.

- OLIVEIRA (Edmundo de), *Direitos e deveres do condenado*, São Paulo, Saraiva, 1980.
- FRAGOSO (Heleno C.), et al., *Direitos dos presos*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- FRANCESCHINI (J. C. DE AZEVEDO), *Jurisprudência Penal e Processual Penal*, São Paulo, 1980.
- GOMES GRILLO (Elio), *Los delitos y las penas en los países socialistas*, Caracas, Editorial Ateneo de Caracas, 1980.
- MONTEIRO (Agnaldo Bahia), et al., *Notas Interpretativas ao Código de Menores*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- NUEVO FORO PENAL, n.º 4 (1979).
- PAPERS REVISTA DE SOCIOLOGIA, n.º 13 (*Sociedad y delito*), Universidade Autônoma de Barcelona, 1980.
- ALVES GARCIA (J.) *Psicopatologia Forense*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- Rechtsprechung zum Strafvollzug und zur Straffälligenhilfe* 79, Sonderheft 1979 der Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe.
- ARAÚJO JR. (João Marcelo), *Roberto Lyra*, Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, Coleção Biográfica n.º 2, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- Simpósio sobre el papel de la policía en la protección de los derechos humanos*, Nações Unidas, Nova York, 1980.
- The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 70, n.º 4 (1979).

LEIS E PROJETOS

PROJETO DE LEI n.º 1.075, DE 1979

(Do Sr. Marcelo Medeiros)

Dá nova redação ao art. 392 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941).

(A Comissão de Constituição e Justiça)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º — Dê-se ao art. 392 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941) a redação seguinte:

“Art. 392. A intimação da sentença será feita mediante leitura ao réu pelo juiz de todo o seu conteúdo.

§ 1.º — O réu será conduzido à presença do juiz, e para tanto:

I — O juiz requisitará o réu à autoridade responsável pela prisão onde o mesmo estiver recolhido;

II — O Oficial de Justiça, por mandado a ser cumprido dentro de quarenta e oito horas de seu recebimento, conduzirá o réu até o cartório criminal, podendo o juiz requisitar os recursos necessários à efetivação da diligência.

§ 2.º — Se a sentença for condenatória e o Oficial de Justiça houver certificado não ter encontrado o réu, expedir-se-á precatória para que o réu seja apresentado.

I — Se o Oficial de Justiça certificar a impossibilidade de localizar o réu, far-se-á a intimação por edital para que este compareça perante o juiz;

II — O prazo do edital será de noventa dias, se tiver sido imposta pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano e de sessenta dias nos demais casos;

III — Se o réu tiver defensor constituído, este será intimado para os efeitos de apelação.

§ 3.º — Somente se iniciará a contagem do prazo de apelação após a leitura da sentença ao réu.

I — Não correrá o prazo para o recurso do Ministério Público enquanto não se fizer a leitura da sentença para o réu absolvido;

II — Não será apreciado em segunda instância qualquer recurso cabível se não houver sido feita a leitura da sentença;

III — Se o defensor constituído for intimado e não recorrer, o réu somente poderá fazê-lo por outro patrono, após lhe ter sido lida a sentença.”

Art. 2.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

Alheio aos trâmites do processo, muitas vezes o réu fica desconhecendo, ao término do procedimento, o que realmente motivou a sentença. Seus defensores, por falta de tempo, de oportunidade, ou de interesse do próprio acusado, não lhe fornecem uma versão imparcial e completa.

Ora, a sentença é, freqüentemente, de extraordinária profundidade, contendo conceitos aptos à necessária doutrinação, dado o seu conteúdo.

Relegar a plano secundário esta suprema manifestação da Justiça, dispensando-lhe o tratamento dos atos processuais maçudos e rotineiros, da fria tramitação, significa desperdiçar o que de valia social se constrói no processo.

Por outro lado, o simples conhecimento por mandado de citação faz perder, pelo caráter de documento burocrático, no agente do delito, qualquer efeito, ao tocante à percepção psicológica da Lei e de seus semelhantes, passando o mesmo a encarar a aplicação despersonalizada do Direito.

Com este Projeto, que ofereço à consideração de meus nobres pares, procuro dar uma contribuição, no sentido de valorização da sentença criminal.

COMENTÁRIO: O Projeto de Lei n.º 1.075, de autoria do Deputado Marcelo Medeiros, que dá nova redação ao art. 392 do Código de Processo Penal, procura encontrar sua justificativa na circunstância de que “alheio aos trâmites do processo, muitas vezes o réu fica desconhecendo, ao término do procedimento, o que realmente motivou a sentença”, argumentando, ainda, seu autor, no sentido de que “o simples conhecimento por *mandado de citação*, faz perder, pelo caráter de documento burocrático, no agente do delito, qualquer efeito, ao tocante à percepção psicológica da Lei e de seus semelhantes, passando o mesmo a encarar a aplicação despersonalizada do Direito”. (Grifos nossos)

Conquanto, em tese, a idéia expressa na justificação tenha sido, efetivamente, inspirada no legítimo anseio de uma distribuição e aplicação mais eficaz da Justiça, parece-nos, *data venia*, que tal objetivo, da forma como se traduziu, não encontra qualquer viabilidade técnica.

Cumpre-nos salientar, inicialmente, a impropriedade terminológica utilizada pelo autor, naquela justificação, ao referir-se a *mandado de citação* quando, na realidade, cuida-se, aqui, de intimação de sentença. E, sem querermos resvalar para o tormentoso terreno conceitual, permitir-nos-íamos ponderar que a *citação* é, tão-somente, o ato processual através do qual se leva ao conhecimento do réu a notícia de que contra ele foi intentada uma ação penal, para que possa, então, defender-se, constituindo-se a *intimação* na ciência que se dá a alguém de um ato já praticado, no caso, a própria sentença.

Quanto ao texto do projeto, em que pese ao brilho de seu ilustre autor e sem embargo da circunstância que se vem de pôr em realce, algumas observações devem ser feitas.

A nova redação dada ao *caput* do art. 392 do Código de Processo Penal enfatiza a necessidade de se dar ao réu, pessoalmente, ciência da sentença,

mediante leitura de todo seu conteúdo. Acertada, a nosso ver, esta preocupação, pois as intimações fictas deveriam, a rigor, estar banidas do processo penal, em se verificando a condenação do réu. Com efeito, prejudicado fica o princípio da ampla defesa quando é o réu intimado de decisão que lhe irá atingir o *status libertatis* através de atos indiretos, cujo conhecimento, geralmente, não vem a ter.

Em seguida, distingue o autor, logo no *parágrafo primeiro*, as hipóteses de se encontrar o *réu preso*, ou em *liberdade*, estabelecendo, no primeiro caso, “a requisição à autoridade responsável pela prisão onde o mesmo estiver recolhido”, devendo, no segundo, o Oficial de Justiça, por mandado a ser cumprido dentro de quarenta e oito horas de seu recebimento, “conduzir o réu até o cartório criminal, podendo o Juiz requisitar os recursos necessários à efetivação da diligência”.

Como se vê da própria redação dos incisos — I e II —, foi abolida a distinção estabelecida no texto vigente, separando a intimação da sentença condenatória em três categorias: (a) do réu preso; (b) do réu em liberdade com advogado constituído; (c) do réu em liberdade sem advogado constituído nos autos. Por outro lado, também deixaram de ser contemplados, no projeto, os aspectos da intimação de sentença proferida contra réu em liberdade, com advogado constituído, consoante se tratasse de crime afiançável ou inafiançável ou, então, de crime afiançável em que a fiança tivesse sido anteriormente prestada.

No texto vigente, nessa última hipótese, e ainda no caso de infração penal em que o réu se livre solto, a sentença será tida por conhecida pelo mesmo, quer o ato recaia na pessoa do condenado, como na de seu patrono (Código de Processo Penal, art. 392 — II). Estando o réu solto, sem que haja prestado fiança, expede-se mandado de prisão para cumprimento da sentença condenatória. Se ele não for encontrado e assim o certificar o Oficial de Justiça, a intimação deverá ser efetuada na pessoa de seu patrono. O mesmo deve ser dito — e com maior razão — quando o réu é condenado em crime inafiançável e se encontra em liberdade (Código de Processo Penal, art. 392 — III). Se um e outro não forem encontrados, procede-se à intimação por edital (*idem*, art. 392, IV).

Notamos, assim, que a lei adjetiva em vigor determina que se intime *supletivamente* o defensor constituído pelo réu, tão-somente, quando o último não for encontrado. A linguagem é, em tudo idêntica à do art. 361 do Código de Processo Penal no tocante à *citação por edital*. Ou seja, se depois de verificado que o réu está em lugar incerto e não sabido, tiver lugar a intimação supletiva de seu defensor, sem que também este se encontre, aí então se faz a intimação mediante edital, com a exigência constante do art. 392 — V do Código de Processo Penal que dispõe como pressuposto de tal intimação ficta, o não ter sido encontrado, igualmente, o defensor que o réu houver constituído e assim o certificar o Oficial de Justiça.

Finalmente, quando o réu não tiver defensor constituído nos autos será intimado por editais, sempre que o Oficial de Justiça certificar não havê-lo encontrado.

O preceito legal vigente é, pois, categórico no sentido de *restringir a intimação válida* apenas ao *defensor constituído* pelo réu, sem qualquer alusão ao *defensor dativo*.

Vem, agora, o projeto em exame e, sem aproveitar o ensejo para corrigir tal lacuna, repete, de forma assistemática, disposições que já se encontram no texto em vigor.

O *parágrafo segundo*, inclusive, encontra-se redigido de forma tal que pode, na prática, ensejar confusão.

“§ 2.º — Se a sentença for condenatória e o Oficial de Justiça houver certificado não ter encontrado o réu, expedir-se-á precatória para que o réu seja apresentado.”

Caberia, inicialmente, a pergunta: carta precatória... Mas, para onde?

Na melhor hipótese, acreditamos que o projeto procurou deixar fora de eventuais dúvidas a circunstância de que, estando o réu preso em estabelecimento carcerário não situado no foro da causa criminal julgada, a intimação pessoal opera-se mediante precatória ao Juiz da circunscrição judiciária em que o réu se encontre preso e encarcerado. Todavia, não é isso o que se encontra expresso no texto.

O inciso III do mesmo parágrafo estabelece:

“III — Se o réu tiver defensor constituído, este será intimado para os efeitos de *apelação*.” (Grifos nossos.)

Entendemos que o inciso estaria a merecer melhor redação porquanto não parece ser de boa técnica legislativa que a lei justifique ou restrinja a finalidade da intimação, até mesmo porque da decisão de primeiro grau podem ser interpostos, por exemplo, Embargos de Declaração.

De resto, a inclusão deste inciso em seguida àquele que prevê a intimação por edital, nos casos em que o réu não for localizado, sugere a idéia de que, só após o decurso do prazo do edital — e, conseqüentemente, uma vez se verificado o trânsito em julgado da sentença — possa o defensor constituído vir a ser intimado, o que, positivamente, é inconcebível.

Finalmente, merece especial atenção o disposto no *parágrafo terceiro* e seus *incisos*.

“§ 3.º — Somente se iniciará a contagem do prazo de *apelação* após a leitura da sentença ao réu.”

Diante da redação apresentada, impõem-se as mais diversas indagações: procedendo-se à intimação por edital não haverá contagem de prazo para interposição de recurso? Ou será que mesmo findo o prazo do edital poderia o réu, tomando conhecimento posterior, recorrer, uma vez que a contagem do prazo somente iniciar-se-ia após a leitura da sentença? Dificilmente lograríamos conciliar tamanha perplexidade com “a qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional”, como assim definiu LIEBMAN a *res judicata*.

E o projeto segue mais além. O *inciso I*, deste parágrafo, dispõe, singelamente, que:

“I — Não correrá o prazo para recurso do Ministério Público enquanto não se fizer a leitura da sentença para o réu absolvido.”

A singularidade de tal dispositivo implicaria, antes de mais nada, na completa impossibilidade de conciliarmos o art. 390 do Código de Processo Penal (“O escrivão, dentro de três dias após a publicação, e sob pena de suspensão de cinco dias, dará conhecimento da sentença ao órgão do Ministério Público”) e o art. 593 do mesmo diploma legal (“Caberá *apelação* no prazo de cinco dias...”). Ao depois, condicionarmos a eventual interposição de recurso por parte do Ministério Público ao conhecimento da decisão pelo réu é algo que, definitivamente, não faz sentido algum.

E, neste diapasão, sucedem-se os *incisos II* e *III*. Se não, vejamos:

“II — Não será apreciado em segunda instância qualquer recurso cabível se não houver sido feita a leitura da sentença.”

Apenas por questão de coerência manifestamo-nos, ainda, sobre o inciso acima, ponderando que o autor do projeto, mais uma vez, no afã de colocar em destaque a importância do conteúdo da sentença, termina por, praticamente, inviabilizar a apreciação da matéria pelo segundo grau de jurisdição. No caso específico, como o dispositivo não esclarece o que seja “recurso cabível”, colocamos em dúvida a possibilidade de ser apreciado pela Instância Superior um Recurso de *Apelação* interposto pelo Ministério Público, objetivando a majoração da pena imposta, onde o réu haja sido intimado por edital e a sentença transitado em julgado.

Em seguida, preceitua o *inciso III*:

“III — Se o defensor constituído for intimado e não recorrer, o réu somente poderá fazê-lo por outro patrono, após lhe ter sido lida a sentença,” deixando entrever, de maneira perigosa, a possibilidade de eventual *dualidade de prazo recursal* — diante da redação truncada que lhe emprestou o autor — e postergando a própria ordem normativa do Direito, ao abandonar a regra concreta que deve não só regular a situação em que incidiu o julgamento mas, sobretudo, compor, definitivamente, o conflito de interesses a que deu lugar a pretensão punitiva.

Diante do exposto, conquanto digno de louvor o esforço do legislador, inspirado nos motivos constantes da justificação, o projeto em exame carece de respaldo técnico-jurídico, não nos parecendo por isto oportuno ou conveniente, sobretudo por conter dispositivos que se chocam com a lei à qual deverá estar adaptado. Representaria, lamentavelmente, apenas mais uma quebra de sistemática em nossa legislação processual penal, de resto, já tão retalhada por sucessivas leis esparsas.

Maria Cristina Palhares dos Anjos

Dispõe sobre a composição do Conselho Nacional de Política Penitenciária, e altera redação do item VII do art. 3.º do Decreto n.º 76.387, de 2 de outubro de 1975.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 81, itens III e V, da Constituição e na forma do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967,

DECRETA:

Art. 1.º — O Conselho Nacional de Política Penitenciária a que se referem os arts. 2.º, item II, alínea d, e 3.º, item VII, do Decreto n.º 76.387, de 2 de outubro de 1975, tem por finalidade elaborar diretrizes, estabelecer normas e coordenar a execução da política penitenciária no território nacional.

Art. 2.º — O Conselho Nacional de Política Penitenciária tem a seguinte composição:

I — O Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Federal;

II — um representante do Ministério Público Federal;

III — dois representantes do Ministério Público das unidades da Federação;

IV — um advogado militante na área penal, de reconhecido saber e idoneidade moral;

V — dois representantes do magistério de Direito Penitenciário, de Direito Processual Penal ou Direito Penal;

VI — um representante da administração Penitenciária das unidades da Federação;

VII — um representante da comunidade, de relevante saber jurídico e reputação ilibada;

VIII — dois cientistas sociais.

Parágrafo único — Cada membro do Conselho terá um suplente.

Art. 3.º — Os membros do Conselho Nacional de Política Penitenciária serão designados pelo Ministro da Justiça.

Art. 4.º — O Conselho será presidido por um de seus membros, escolhido e designado pelo Ministro da Justiça sendo, também, escolhido e designado o seu substituto.

Art. 5.º — O Presidente do Conselho designará um Secretário Executivo, cujas atribuições serão fixadas no Regimento do órgão.

Art. 6.º — Perderá o mandato o membro do Conselho que, no semestre, deixar de comparecer, sem motivo justificado, a três reuniões sucessivas, ou a cinco intercaladas, independentemente de justificação.

Art. 7.º — O Conselho reunir-se-á ordinariamente uma vez por mês, e, extraordinariamente, mediante convocação do Presidente ou de um terço de seus membros, com a indicação da relevância da matéria a ser incluída na ordem do dia.

Parágrafo único — As sessões do Conselho somente serão realizadas presente a maioria de seus membros, mas as decisões poderão ser tomadas pela maioria dos presentes.

Art. 8.º — O Conselho Nacional de Política Penitenciária é classificado como órgão de deliberação coletiva de 2.º grau, nos termos do art. 1.º, alínea b, do Decreto n.º 69.382, de 19 de outubro de 1971.

Art. 9.º — No prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da publicação do presente Decreto, o Conselho proporá projeto de seu Regimento Interno ao Ministro da Justiça, nos termos do Decreto n.º 68.885, de 6 de julho de 1971.

Art. 10 — Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11 — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 12 de abril de 1980; 159.º da Independência e 92.º da República.

(Publicado no D.O. de 14.4.80)

PROVIMENTO N.º 13-80

Dispõe sobre a utilização do aparelho de telex e a emissão de mensagens entre as Varas Criminais, órgãos da Secretaria de Estado de Segurança Pública e outros órgãos componentes da Rede Estadual de Telex.

O DESEMBARGADOR EBERT CHAMOUN, CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais, e

CONSIDERANDO que é necessária a adoção de providências para reduzir a quantidade de ofícios emitidos entre as VARAS CRIMINAIS e as Delegações de Polícia e outros órgãos, visando à requisição de informações, testemunhas e réus para depor;

CONSIDERANDO a necessidade de ser simplificada a rotina de comunicações entre os cartórios das varas e os referidos órgãos.

RESOLVE:

Art. 1.º — O aparelho de TELEX, instalado nas dependências da 24.ª Vara Criminal, nesta Comarca, será utilizado para o envio e recebimento de

mensagens entre as Varas Criminais e as Delegacias de Polícia e outros órgãos competentes da Rede Estadual de Telex.

Parágrafo único — O aparelho somente deverá ser utilizado para o envio de mensagens que atendam às seguintes necessidades:

- a) requisições, pelos Juizes Criminais, de réus presos;
- b) requisições, para prestarem depoimento ou atenderem solicitações dos Juizes, de servidores de Delegacias Policiais, da Polícia Militar ou de outros órgãos ligados à rede de Comunicações da Secretaria de Segurança Pública;
- c) requisições de informações para instrução de pedidos de *habeas corpus*;
- d) requisições, pelos Juizes Criminais, de peças técnicas, tais como folhas de antecedentes penais, laudos de exames periciais, etc.;
- e) solicitações, pelos Juizes Criminais, de devolução de autos de inquéritos;
- f) solicitações, de parte dos Delegados de Polícia, aos Juizes Criminais, de prorrogações de prazo para término de cumprimento de diligências e as respectivas respostas dos Juizes, autorizando ou negando tais prorrogações, a fim de evitar o trânsito dos autos e o conseqüente atraso no andamento dos processos;
- g) outros eventuais pedidos de informações que, a critério do Juiz, dentro das compatibilidades do equipamento e sem contrariar normas expressas deste Provimento e as de segurança e autenticidade das informações e comunicações criminais, sejam passíveis de transmissão e resposta.

Art. 2.º — O aparelho de TELEX ficará sob a guarda do Escrivão da 24.ª Vara Criminal, que exercerá a vigilância necessária à conservação, bom estado e perfeito funcionamento do equipamento, bem como zelará pelo cumprimento das normas constantes deste Provimento, notadamente as que dizem respeito ao teor das mensagens enviadas e sua procedência.

Parágrafo único — A manutenção, reparo, ajuste, alteração ou substituição de peças do equipamento de TELEX incumbirão ao DEPARTAMENTO DE TELECOMUNICAÇÕES — DETEL — de Secretaria de Estado de Segurança Pública, sendo vedado o acesso ao aparelho a quem quer que não se identifique como autorizado pelo referido Departamento.

Art. 3.º — Só deverão ser emitidas mensagens escritas no formulário oficial: "REGISTRO DE MENSAGENS ENVIADAS" (modelo anexo — código de estoque de Divisão de Material do Tribunal de Justiça: 7535-651-0446), que deverá estar assinado e corretamente preenchido pelo Escrivão da Vara Criminal solicitante, sempre atendendo a determinações do Juiz.

§ 1.º — O formulário preenchido, em três vias, pelo Cartório da Vara que solicita o envio da mensagem, deverá ser encaminhado ao Escrivão da 24.ª Vara Criminal, que devolverá ao emitente a 3.ª via, com o recibo de entrega.

§ 2.º — Expedida a mensagem e confirmado seu recebimento, a 1.ª via do formulário deverá retornar, incontinenti, ao Escrivão da Vara solicitante,

que ordenará sua juntada aos autos do processo e eliminará a 3.ª via; a 2.ª via deve ser arquivada pelo operador que enviou a mensagem, juntamente com o texto de confirmação do recebimento.

§ 3.º — Havendo problemas na expedição de mensagem, na acusação de seu recebimento pelo destinatário, ou qualquer outro, as 1.ª e 2.ª vias do formulário devem ser devolvidas ao emitente com as devidas observações no verso da 1.ª via.

Art. 4.º — Havendo recebimento de mensagens dirigidas a Juizes de Varas Criminais, seus textos devem ser encaminhados, imediatamente, aos respectivos escrivães das Varas, para que os façam chegar aos Juizes destinatários e emitam, se assim for determinado, as respectivas respostas.

Parágrafo único — As respostas a mensagens recebidas devem ser encaminhadas ao TELEX, também através do formulário de "REGISTRO DE MENSAGENS ENVIADAS", na forma prescrita no art. 3.º e seus §§.

Art. 5.º — O aparelho de TELEX funcionará em circuito fechado com a rede de comunicações da Secretaria de Estado de Segurança Pública, para os fins constantes deste Provimento; a relação de destinatários, com os respectivos códigos de transmissão, será fornecida e atualizada pelo DETEL — Departamento de Telecomunicações daquela Secretaria de Estado.

Parágrafo único — Somente será permitido o envio de mensagens para os órgãos constantes da relação oficial.

Art. 6.º — A não ser por motivo de força maior, fica abolido o encaminhamento, pelas Varas Criminais, de ofícios para requisitar testemunhas ou réus presos, solicitar informações para *habeas corpus* ou de requisição de informações, passíveis de serem enviadas por TELEX.

Art. 7.º — É proibido enviar, por TELEX, alvarás de liberdade ou mandados de prisão.

Art. 8.º — Este Provimento entrará em vigor em 14 de julho de 1980, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1980.

(Publicado no D.O. Estadual de 30.06.1980)

LEI N.º 6.799, DE 23 DE JUNHO DE 1980

Dispõe sobre causa de especial aumento de pena, quanto aos crimes contra a Administração Pública, praticados por ocupantes de cargos em comissão da administração direta e indireta, regula a forma de seu procedimento, 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 parágrafo único do art. 327 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, é renumerado para § 1.º, ficando acrescentado o seguinte § 2.º:

Art. 327 —

§ 1.º —

§ 2.º — A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Art. 2.º — (Vetado).

§ 1.º — (Vetado).

§ 2.º — (Vetado).

§ 3.º — (Vetado).

Art. 3.º — (Vetado).

I — (Vetado).

II — (Vetado).

III — (Vetado).

IV — (Vetado).

Art. 4.º — (Vetado).

Parágrafo único — (Vetado).

Art. 5.º — (Vetado).

Art. 6.º — (Vetado).

Art. 7.º — (Vetado).

Art. 8.º — (Vetado).

Art. 9.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de junho de 1980; 159.º da Independência e 92.º da República.

DECRETO N.º 84.848, DE 26 DE JUNHO DE 1980

Concede indulto, reduz penas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da faculdade que lhe confere o art. 81, inciso XXII, da Constituição, e considerando que a visita de Sua Santidade o Papa João Paulo II se reveste de mais alta significação cristã e que é da tradição brasileira a concessão de indulto, em ocasiões especiais, 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 30 de junho de 1980, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primários, ou metade, se reincidentes.

§ único — É igualmente, concedido indulto aos condenados a penas superiores a quatro anos que tenham completado sessenta anos de idade até a data fixada neste artigo, dispensando-se o requisito do item I do art. 6.º, deste decreto, desde que tenham cumprido 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 art. 1.º deste decreto não abrange as penas acessórias, abrangendo, porém, as pecuniárias aplicadas cumulativamente.

§ 1.º — O condenado ficará indultado da pena pecuniária quando a redução prevista no art. 2.º ensejar imediata soltura ou livramento condicional.

§ 2.º — Ficam indultados das penas de multa de valor igual ou inferior a Cr\$ 100,00 (cem cruzeiros) todos os réus por crimes ou contravenções praticados até 24 de maio de 1977.

Art. 5.º — Para efeito de indulto ou redução somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Art. 6.º — Constituem, também, requisitos para que o condenado obtenha o indulto ou a redução da pena:

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 art. 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 exacerbação das condições.

Art. 7.º — Este decreto não beneficia os condenados por crime:

I — de roubo, nas hipóteses dos parágrafos 2.º e 3.º do art. 157 do Código Penal;

II — relativo a entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante;

III — contra a Segurança Nacional;

IV — de extorsão, nas hipóteses dos parágrafos 1.º e 2.º do art. 158 e nas hipóteses do art. 159 do Código Penal;

V — de estupro ou atentado violento ao pudor, praticados contra menores ou incapazes.

Art. 8.º — Caberá aos Conselhos Penitenciários, de ofício ou por provocação de qualquer dos interessados, verificar quais os condenados que preencham os requisitos estabelecidos por este decreto, emitindo, desde logo, parecer, nos termos do art. 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao Juiz da Execução, para os fins do art. 738 do mesmo Código.

§ 1.º — Os dirigentes dos estabelecimentos prisionais encaminharão aos Conselhos Penitenciários relação dos condenados que, neles recolhidos, satisfaçam àqueles 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 da 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. 9.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. 10 — Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 11 — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 26 de junho de 1980; 159.º da Independência e 92.º da República.

(Publicado no D.O. de 27.6.80)