

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

FORENSE / RIO DE JANEIRO / 1982

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

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

Nº 019 /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
Largo de São Francisco, 20 - loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

EDITORIAL

É com prazer que oferecemos ao público brasileiro o estudo notável do professor Alessandro Baratta sobre o modelo integral da ciência penal, que constitui penetrante análise crítica da Criminologia e da Dogmática Jurídico-Penal, na qual o mestre se tem destacado extraordinariamente. Já temos publicado outros trabalhos do professor Baratta, que é bem conhecido de nossos estudiosos.

Na parte de doutrina, publicamos ainda conferência proferida no Rio de Janeiro pelo professor Jorge de Figueiredo Dias, catedrático da Universidade de Coimbra, que recentemente nos visitou, sobre Direito Penal e Estado de Direito Material. Trata-se de excelente estudo, no qual o eminente professor versa o tema com mestria.

Inserimos ainda nesta Seção trabalhos do professor Roberto Lyra Filho (sobre Criminologia Radical) e do professor Nilo Batista (sobre o Direito Penal indígena), que merecem a atenção dos leitores, pela segurança e precisão na análise dos temas.

Na Seção de Comentários e Atualidades, publicamos trabalhos do professor Manuel Pedro Pimentel (sobre a sociedade criminógena) e do professor Heitor Costa Júnior (sobre Tobias Barreto), bem como as sugestões feitas por nosso Instituto ao anteprojeto de reforma da Parte Geral do CP (de que foi relator o professor Nilo Batista), em conjunto com as observações feitas por Comissão Especial, instituída pela Vara de Execuções Criminais, para opinar sobre o título V do referido anteprojeto.

Na parte de Comentários de Jurisprudência aparecem trabalhos de Celso Delmanto, de Delphim Salum de Oliveira e de Nilo Batista.

O volume se encerra com as seções habituais de Resenha Bibliográfica (onde se publica nota sobre a terceira edição do livro de Marc Ancel) e leis e projetos, onde aparece a discutida lei estadual, promulgada no Rio de Janeiro, sobre prisão-albergue, bem como parecer de nosso Instituto, de que foram relatores Nilo Batista e Alexandre Moura Dumans, sobre o projeto, que afinal se converteu em lei, excluindo a extinção da punibilidade pelo pagamento dos direitos, nos casos descaminho.

H.C.F.

CRIMINOLOGIA E DOGMÁTICA PENAL. PASSADO E FUTURO DO MODELO INTEGRAL DA CIÊNCIA PENAL

Alessandro Baratta

I

O modelo científico em que se inspira a ciência do Direito Penal, desde a última década do século passado até os anos trinta do atual, na Alemanha e na Itália, quanto às orientações que dominaram, durante esse período, em ambos os países,¹ baseia-se na integração da dogmática penal com as disciplinas antropológicas e sociológicas, as quais constituem as principais partes da criminologia "oficial" dessa época. Trata-se, no caso da criminologia positivista caracterizada por dois pressupostos teóricos: a tese do criminoso como ser completamente diferente dos indivíduos "normais" e o paradigma etiológico a que corresponde a concepção da criminologia como a busca das causas e fatores da criminalidade. A estes pressupostos corresponde a concepção da função instrumental da criminologia em relação ao sistema penal e à política criminal oficial. Considerando tal concepção, a criminologia desempenha tão-somente uma função auxiliar em relação à tarefa da construção conceitual e de sistematização que, partindo de lei penal positiva, leva a cabo essa dogmática.

A importância capital é ressaltar a relação ou dependência em que se encontra a criminologia positivista, no que concerne à definição do próprio objeto de sua investigação. Assim, para o desenvolvimento das teorias sobre a criminalidade mediante a utilização do método empírico-naturalista, a criminologia positivista extraía dados provenientes exclusivamente de investigações realizadas em sujeitos reclusos nos cárceres e nos manicômios judiciais.² Isto é, daquela

pequena parte da população total, individualizada pelo fato de ter caído definitivamente nas engrenagens da máquina da justiça.

Este método significa não só aceitar acriticamente as definições legais como princípios determinantes para a identificação da realidade a ser estudada, mas sobretudo a adoção dos resultados finais de todos os mecanismos de definição e seleção que entram em jogo na aplicação da lei penal. Esta situação de dependência da criminologia positivista com relação à definição do seu próprio objeto de investigação, dos resultados contidos em todo o processo de criminalização, faz com que seu *status* científico seja objeto de séria dúvida.³ Com efeito, não é possível determinar em razão de que harmonia preestabelecida, a "criminalidade" e os "criminosos", considerados como realidade ontológica pela criminologia positivista, devem necessariamente coincidir com o resultado da ação (altamente seletiva) do legislador e dos demais segmentos que formam o sistema penal positivo.

Esta dependência metodológica fez com que a criminologia positivista se convertesse em uma instância legitimante do sistema penal. Com esse proceder, a criminologia buscava nos sujeitos selecionados pelo sistema penal todas as variáveis que pudessem explicar sua diversidade em relação aos sujeitos normais, com exclusão, porém, do próprio processo de criminalização, o que, à luz das teorias mais avançadas, parece ser o fundamento mesmo de tal diversidade. Dessa maneira, a criminologia positivista contribuía para cobrir com um véu mistificante os mecanismos de seleção, ao mesmo tempo em que proporcionava uma justificação ontológica e sociológica aos resultados desses mesmos mecanismos.

O êxito do modelo integral de ciência penal, da denominada "*gesamte Strafrechtswissenschaft*", pode ser explicado não somente a partir da convergência entre a dogmática e a criminologia no que se refere à legitimação do sistema penal, mas também pelo fato de que a criminologia positivista se achava comprometida com a ideologia dominante na ciência do Direito Penal. O conteúdo dessa ideologia, não obstante as transformações ocorridas na dogmática penal depois dos anos trinta, permaneceu relativamente constante. Não se trata de uma ideologia exclusiva dos juristas, mas de uma ideologia que corresponde ao "saber comum" (*every day theories*) acerca da criminalidade e da pena.⁴

O núcleo constante dessa ideologia pode ser analiticamente definido com os seguintes princípios:⁵

a) *Princípio do bem e do mal.* O fato punível representa um dano para a sociedade. O criminoso é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O comportamento criminoso desviado é o *mal*, a sociedade é o *bem*.

b) *Princípio da culpabilidade.* O fato punível é expressão de uma atitude interior reprovável, porque o autor atua conscientemente contra os valores e as normas aceitas pela sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.

c) *Princípio da legitimidade.* O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade de que são responsáveis determinados indivíduos. Isto é alcançado através das instâncias oficiais de controle do Direito Penal (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Todas elas representam a reação legítima da sociedade, dirigida tanto à repressão e condenação do comportamento desviado individual quanto à reafirmação dos valores e normas sociais.

d) *Princípio da igualdade.* O Direito Penal é igual para todos. A reação penal aplica-se de igual maneira a todos os autores de delitos. A criminalidade significa violação do Direito Penal e, como tal, representa o comportamento de uma minoria desviada.

e) *Princípio do interesse social e do delito natural.* No centro mesmo das leis penais dos Estados civilizados encontra-se a ofensa a interesses fundamentais para a existência de toda a sociedade (delitos naturais). Os interesses que são protegidos pelo Direito Penal são comuns a todos os cidadãos. Somente uma pequena parte dos fatos puníveis representa violação de determinadas ordens políticas e econômicas, e é sancionada em função da consolidação dessas estruturas ("delitos artificiais").⁶

f) *Princípio do fim ou da prevenção.* A pena não tem (ou não tem unicamente) a função de retribuir o delito, mas também a de preveni-lo. Como sanção abstratamente prevista pela lei tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta tem como função a ressocialização do criminoso.

Com o declínio da "*gesamte Strafrechtswissenschaft*" durante os anos trinta, começa na Alemanha e na Itália o domínio das correntes técnico-jurídicas (Beling, Rocco) que exaltam a independência científica da dogmática penal em relação às disciplinas antropológicas e sociológicas.⁷ Esse isolamento permanece até os nossos dias na Europa Continental e só recentemente é que presenciamos tentativas sérias para superá-lo.⁸

Para determinar a origem desse isolamento é importante recordar as condições históricas e políticas em que se verificou. Entre os fatores que contribuíram para essa situação, encontra-se a política científica e cultural dos regimes autoritários que, temendo a constituição de uma instância de controle social incômoda à tecnocracia

social dos detentores do poder, desestimulou as investigações empíricas sobre problemas de relevância social. Esta tecnocracia social tinha se apoiado em meios irracionais, mais do que em conhecimentos racionais.

Uma contribuição adicional registra-se pelo surgimento, dentro de algumas correntes da ciência jurídica penal, de tendências com marcado caráter irracional, o que ocorre especialmente na Alemanha.⁹ A isso se uniu ainda a crença bastante generalizada por parte de alguns estudiosos do Direito Penal de que sua adesão ao formalismo jurídico diminuiria seu compromisso com o regime dominante.

2. Tais explicações não bastam para retratar a separação que tem lugar durante os anos trinta entre a criminologia e a ciência dogmática penal. Para isso é necessário considerar não só a evolução da criminologia, mas também a da sociologia criminal no período posterior a 1930. Referimo-nos fundamentalmente à evolução que ocorreu quase que exclusivamente no mundo anglo-saxão, em particular na América do Norte, tomando como ponto de referência um sistema jurídico e uma ciência do direito penal bem diversa dos característicos da Europa Continental. A investigação nesses lugares obteve resultados que levaram a posições teórica e ideologicamente mais avançadas, se comparadas com as da sociologia criminal positivista, e que impediram o desenvolvimento do modelo integral da ciência penal descrito ao princípio, em que a investigação criminológica ocupava uma posição auxiliar e dependente da ciência penal. Enquanto, a partir dos anos trinta, a dogmática penal européia continua desenvolvendo-se por conta própria, mantendo constante sua estrutura conceitual e ideológica, a criminologia liberal, sobretudo nos Estados Unidos, lograva resultados que, pondo em dúvida os princípios acima mencionados, tinham como consequência a negação da ideologia jurídico-penal. As limitações deste trabalho impedem justificar de forma definitiva esta tese. Todavia, procuraremos torná-la plausível através de algumas referências esclarecedoras.

Para atingir esse propósito, faremos uma exposição bem esquemática, enviando, ao mesmo tempo, o leitor a publicações anteriormente dedicadas ao mesmo tema.¹⁰

a) A teoria funcionalista da anomia e do comportamento desviante,¹¹ questiona somente o *princípio do bem e do mal*, pondo em evidência que as causas do desvio não devem buscar-se nem na patologia social nem na patologia individual. Ao contrário, o desvio criminoso é um fenômeno "normal" de toda estrutura social. Segundo esta teoria, funcionalista, somente quando não superados os princípios fisiológicos do desvio é que este se converte em fator negativo para a estabilidade e a evolução do sistema social; enquanto, porém,

esses limites são mantidos, é considerado fator parcialmente positivo, tendo em vista seu caráter inovador.

b) O *princípio da culpabilidade* é posto em dúvida pelas teorias das subculturas criminais.¹² Segundo essas teorias, o comportamento delituoso não deve ser interpretado como expressão de uma atitude interior dirigida contra o *valor*, como postura de uma vontade que, mesmo podendo, não se deixa determinar pelo valor (como quer a teoria normativa da culpabilidade). Segundo essas teorias das subculturas existe não apenas um único sistema oficial de valores, senão também série de subsistemas que se transmitem aos indivíduos por meio de mecanismos de socialização e aprendizagem específicos a ambientes e grupos sociais particulares, dentro dos quais os indivíduos estão inseridos. Por outro lado, fica fora do poder de decisão do indivíduo e, por sua vez, de sua responsabilidade moral, o fato de participar ou não de uma determinada subcultura e, com consequência, de apreender um determinado sistema de valores ou determinados modelos de comportamento desviados ou "técnicas de neutralização"¹³ alternativas em relação aos critérios oficiais de comportamento e de valoração.

c) O *princípio da legitimidade* é contestado pelas teorias psicanalíticas da criminalidade e do Direito Penal.¹⁴ Os mecanismos psicossociais da pena ressaltados por essas teorias (por exemplo, a projeção do mal e da culpa no bode expiatório) tomam o lugar das funções preventivas e éticas sobre as quais se baseava a ideologia tradicional.

d) O *princípio da igualdade* é convenientemente refutado pelo *labelling approach* (teoria do etiquetamento ou da reação social),¹⁵ que mesmo dentro do âmbito da criminologia liberal levou a uma mudança irreversível em relação ao paradigma etiológico. As investigações realizadas dentro do contexto do "*labelling approach*" revelaram que o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, identificáveis pela ação das diversas instâncias do sistema penal, senão que constituem qualidades atribuídas a determinados sujeitos, através de mecanismos oficiais e não oficiais de definição e seleção. Em consequência, não é possível estudar a criminalidade independentemente desses processos. Do ponto de vista de uma definição *legal*, a criminalidade se revela muito mais como o comportamento da maioria do que de uma minoria desviada da população (neste sentido, o "*labelling approach*" tem em conta os estudos das infrações não perseguidas, sobre a *cifra negra* da criminalidade e sobre a criminalidade do "*colarinho branco*"). Segundo a definição sociológica, a criminalidade, como em geral, o comportamento desviante, é um *status* social que caracteriza o indivíduo quando — e unicamente quando — lhe é adjudicado com êxito a

etiqueta¹⁶ de desviado ou de criminoso pelas instâncias que detêm o poder de definição. As *chances* de vir a ser etiquetado, com as graves consequências que isso acarreta, encontram-se desigualmente distribuídas. Isso faz com que o *princípio de igualdade*, ou seja, a própria base da ideologia do Direito Penal, seja posto em profunda dúvida, uma vez que a minoria criminosa a que se refere a definição sociológica aparece, na perspectiva do *labelling approach*, como resultado de um processo altamente seletivo e desigual dentro da população total, enquanto que o comportamento efetivo dos indivíduos não é, por si só, condição suficiente para tal processo.

e) As teorias da criminalidade que, orientadas pelas teorias do conflito, desenvolvem-se sobre a base do "*labelling approach*", tratam de localizar as verdadeiras variáveis do processo de definição nas relações de poder dos grupos sociais, tomando em consideração a estratificação social e os conflitos de interesses.¹⁷ Estas teorias puderam determinar em ditas relações além das bases da desigual distribuição dos *status* de criminoso, as da desigual distribuição entre os grupos sociais de poder de definição, dos quais aqueles *status* e as próprias definições legais da criminalidade dependem. Dessa maneira, as teorias do conflito sobre a criminalidade questionam o *princípio do interesse social e do delito natural*, pondo em evidência o fato de que na origem dos processos de criminalização primária (formação da lei penal) e secundária (aplicação da lei) não aparecem interesses gerais fundamentais para uma determinada sociedade ou diretamente para toda a sociedade civilizada, mas sim aqueles interesses dos grupos que detêm o poder. Estas teorias afirmam, portanto, que o caráter *político* (relativo à exposição a perigo de determinadas ordens contingentes econômico-políticas) não é prerrogativa de um pequeno número de delitos "artificiais", mas fenômeno total da criminalidade considerada como realidade social criada através dos processos de criminalização.

f) Finalmente, o *princípio do fim e da prevenção* é questionado através dos resultados de inúmeras pesquisas acerca da efetividade do Direito Penal e de suas consequências jurídicas,¹⁸ que partem das diferentes correntes da sociologia criminal já mencionadas. O princípio da ressocialização tem sido particularmente questionado pela sociologia das prisões e de outras instituições totais,¹⁹ assim como pelas pesquisas acerca da influência de sanções estigmatizantes sobre o desvio "secundário"²⁰ e a reincidência. Que a ressocialização do delinquente tenha sido função efetiva do cárcere e possa ser realmente considerada como fim alcançável através de medidas privativas da liberdade, aparece definitivamente como uma ilusão. Para demonstrar essa tese basta observar as recentes tendências conservadoras no âmbito da legislação e da prática penitenciária,²¹

e seguir as discussões teóricas e práticas sobre a criminologia e o Direito Penal de nossos dias,²² assim como o desenvolvimento da literatura historiográfica.²³

Não só no âmbito da "criminologia crítica" como também no da "criminologia liberal", rebatem-se de maneira crescente tanto a função reeducativa da pena como o próprio conceito de reeducação e de ressocialização, fazendo-os objeto de profunda dúvida.²⁴

3. A superação da ideologia de que é portadora a ciência jurídico-penal pela criminologia contemporânea pode ser demonstrada também fazendo referências exclusivamente a teorias desenvolvidas dentro do âmbito da criminologia liberal. Para isso, não é indispensável atacar a "criminologia crítica" e suas contribuições para a análise e a crítica do sistema penal. Contudo, para evitar os equívocos e mal-entendidos que facilmente poderiam advir de um discurso esquemático como este, é oportuno recordar o fato de que a superação e a crítica (na maior parte dos casos somente implícita) da ideologia do Direito Penal por parte das diferentes correntes da criminologia liberal estão ainda muito longe de oferecer uma alternativa orgânica e teoricamente suficiente para a construção do conceito de criminalidade sobre o qual se baseia a ideologia do Direito Penal. O resultado do desenvolvimento da criminologia liberal não vai além de significativa divergência ideológica entre a criminologia e a ciência do Direito Penal. A criminologia liberal criou uma base teórica e ideológica sobre a qual é possível desenvolver, em correspondência com o desenvolvimento da estrutura social capitalista desde a fase clássico-liberal ao capitalismo organizado, uma nova estratégia para o controle de desvios que seja mais adequada a essa fase do desenvolvimento da reprodução das relações sociais do que é uma estratégia confinada quase que totalmente ao âmbito do Direito Penal.

A nova estratégia, que se relaciona com as tendências tecnocráticas e eficientistas do *welfare state*, isto é, da ordem social no capitalismo avançado, enfatiza não a repressão jurídico-penal mas os métodos menos institucionalizados e mais "difusos" do controle (que se encontram, por conseguinte, menos ligados às garantias clássicas, mediante as quais o Estado de Direito havia limitado a função da pena). Trata-se de métodos de controle que não vão além dos instrumentos tradicionais do sistema punitivo (o cárcere e demais instituições privativas de liberdade) e que estão confiados sobretudo à Administração e às organizações assistenciais. Os juristas, em sua maioria, porém, permaneceram fiéis à velha ideologia. A brecha ideológica que se formou dessa maneira entre a criminologia e a ciência do Direito Penal pode ser considerada, dentro do marco da lógica da reprodução das estruturas sociais capitalistas como produto da coxeadura atrasada e disfuncional dos juristas com refe-

rência à tática e à estratégia de controle. Outro fator que atrasa a adesão dos juristas aos novos métodos de controle é determinado pelo fato de que, na maioria dos casos podem eles ser substituídos por trabalhadores sociais. Por outro lado, o Direito Penal pode vir a ser deslocado de sua posição dominante no sistema de controle por mecanismos mais elásticos, econômicos e eficientes.

Com o *labelling approach* e com as teorias sociológicas do conflito passa-se da criminologia "liberal" à criminologia "crítica".²⁵ Sobre isto é necessário chamar a atenção não somente para o fato de que se trata de um processo sem solução de continuidade, bem como para o fato de que a "nova" criminologia, que tantas e tão importantes contribuições trouxe à superação da ideologia penal, nem sempre formulou simultaneamente alternativas e posições em relação ao problema do controle social nas estruturas capitalistas.²⁶ Deixando de lado possíveis diferenciações dentro do âmbito da criminologia crítica, esta hoje em dia se ocupa da análise dos sistemas penais vigentes. Neste sentido é possível afirmar que com o amadurecimento do momento crítico, a criminologia contemporânea tende a transformar-se de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal.²⁷ Como objeto de tal análise, o sistema não é unicamente o complexo estático das normas, mas um complexo dinâmico de funções (processo de criminalização) para o qual concorre a atividade das diversas instâncias oficiais, desde a do legislador até a dos órgãos de execução penal dos mecanismos informais da reação social. É neste significado sociológico que se utiliza a seguir a expressão "sistema penal".

Toda uma série de investigações sobre esses mecanismos e sobre o processo de criminalização em sua totalidade²⁸ levaram a resultados que contradizem o *mito* do Direito Penal como *direito igual* por excelência e que continuam com o desenvolvimento da crítica à ideologia do princípio da igualdade. A antítese crítica do aspecto básico da ideologia do Direito Penal pode ser resumida nas seguintes proposições:²⁹

a) O Direito Penal não defende todos mas somente os bens essenciais nos quais está igualmente interessado o conjunto de cidadãos e quando castiga as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário.

b) A Lei Penal não é igual para todos. O *status* de criminoso está desigualmente distribuído entre os indivíduos.

c) O grau efetivo de tutela e distribuição dos *status* criminosos é independente do dano social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem as principais variáveis da reação criminalizante e de sua intensidade.

Esta crítica revela que o Direito Penal não é menos desigual que os outros ramos do Direito burguês, e que é, contrariamente a toda a aparência, o Direito desigual por excelência.³⁰

II

Levando-se em conta o desenvolvimento da criminologia e da sociologia criminal dos anos trinta até agora e examinando a situação atual da ciência dogmática do Direito Penal, nos damos conta das grandes dificuldades que hoje se opõem a uma nova proposição do modelo integral da ciência penal. Uma nova *gesamte Strafrechtswissenschaft* dificilmente alcançaria a integração da dogmática e da criminologia tal como foi alcançada nos tempos da fundação da *International Kriminalistische Vereinigung*, que fez dessa integração seu programa. As razões para isso são várias e é oportuno mencionar somente algumas delas:

1. Em primeiro lugar, como já foi assinalado, se se deixa de lado a criminologia tradicional de cunho positivista, que mesmo estando superada encontra ainda defensores na Alemanha e na Itália, a convergência ideológica entre a criminologia e a ciência do Direito Penal que se deu antes dos anos trinta, desapareceu.

2. Uma segunda razão para tal dificuldade deriva das mudanças ocorridas no objeto de investigação de ambas as disciplinas. Enquanto a criminologia teve como objeto exclusivo de conhecimento o comportamento criminoso e o sujeito criminoso, adotando para isso definições que proporcionava o Direito Penal, este representava um ponto de encontro ideal para a integração de ambas disciplinas. Vimos, porém, que hoje em dia o objeto de interesse da criminologia moderna se deslocou para a investigação das instâncias oficiais e dos mecanismos oficiais e não oficiais que constituem a realidade total do sistema penal. Pois bem. A dogmática penal é também parte desse sistema, é um elemento do mesmo. Ela é precisamente a que provê o instrumental conceitual adequado, necessário, para converter as decisões do legislador em decisões programáticas do juiz. Ela é, ainda, não só um fator importante na formação profissional do juiz e dos quadros que atuam em outros setores do sistema. Por outro lado, influi diretamente sobre a legislação penal à qual fornece não só as categorias lógicas que contribuem para a racionalização das decisões, como igualmente intervém de forma direta sobre a orientação político-criminal dessas decisões. Neste último caso, desempenha a função de uma instância que provê de caráter científico a política criminal, pertencendo por isso também aos objetos de interesse da nova sociologia criminal,³¹ o que torna impossível sua integração com ela em um mesmo discurso científico.

3. Um obstáculo ulterior para o desenvolvimento de um novo modelo integral de ciência penal encontra-se no diverso nível de abstração e de autonomia de ambas as disciplinas — a criminologia e a dogmática — com relação ao seu objeto. No caso da dogmática, a legislação penal é seu objeto fundamental. Conseqüentemente, é possível afirmar que a criminologia moderna que até então havia estado concentrada em processos de criminalização secundária, isto é, de aplicação de lei, descuidando da legislação penal, presta-lhe cada vez mais atenção, ressaltando e reconhecendo dessa maneira a importância significativa dessa “criminalização primária” para o sistema total.³² A parcial convergência em relação ao objeto de investigação que dessa maneira se produz, pareceria à primeira vista, favorecer a integração de ambas as disciplinas. Contudo, na realidade, a convergência é amplamente obstruída e compensada pela diferença fundamental na relação de ambas as disciplinas com a legislação penal como objeto de investigação, acima assinalado. Neste sentido, a situação da jurisprudência dentro das ciências humanas é comparável somente com a Teologia, que é a ciência que goza da menor autonomia com relação ao seu objeto. Com efeito, como a Teologia nos textos sacros, a jurisprudência está obrigada a ver na lei a revelação de uma vontade (não importa que seja a vontade do legislador ou a da lei) à qual deve homenagem, convertendo-a em seu oráculo. Semelhante vontade constitui para a jurisprudência, não só um fato a ser explicado e interpretado, mas um princípio de autoridade a que deve permanecer necessariamente subordinada.³³

Por mais amplo que seja o espaço de intervenção na interpretação da lei e elevado o nível das construções jurídicas conceituais, o plano de abstração da ciência do Direito Penal em relação à lei permanece sendo relativamente baixo. Trata-se, por assim dizer, de uma abstração de segundo grau, subordinada às abstrações preestabelecidas pela lei sobre a matéria a regular. A integração da matéria regulada — dados sociais e ontológicos —, dentro do discurso jurídico sobre a lei, somente pode ser realizada na medida em que essa matéria seja utilizada para interpretar a vontade da lei, não podendo, porém, ser empregada para criticá-la. O mesmo se aplica à construção do contexto histórico em que foi criada a norma. Tal reconstrução tem na jurisprudência uma função interpretativa; porém, não desempenha qualquer função social. O interesse cognoscitivo da moderna sociologia criminal pela legislação penal é, todavia, um interesse com um marcado caráter crítico social.

Desse ponto de vista, ambas as disciplinas apresentam maior tendência a divergir que pontos em comum, mormente se considerado o fato de que a criminologia atual, à diferença da ciência do Direito Penal e da Criminologia tradicional, revela uma tendência

a abandonar o papel auxiliar que antes desempenhava, em relação à política criminal oficial e tende, ao contrário, a assumir uma atitude crítica frente ao sistema.

4. Se nos referirmos à contribuição orientadora e racionalizante que a ciência do Direito Penal é chamada a proporcionar às escolhas normativas fundamentais do sistema penal, caem dentro desta área de influência não só as escolhas do legislador, como também as do juiz. A análise sociológica do sistema jurídico e dos mecanismos de reação não oficial ao comportamento desviante que o integram, permitiu reconhecer a complexidade do sistema total e isolar seus diversos setores. Do ponto de vista do processo de criminalização seletiva, o sistema penal oficial apresenta-se como um *continuum* no qual é possível individualizar segmentos constituídos pelas ações das diferentes instâncias oficiais: o legislador, os órgãos de assistência social e, em particular, os de assistência e controle de menores, a polícia, o Ministério Público, os juízes criminais, as instituições e órgãos de execução penal e os de execução de medidas de segurança, as instituições e os órgãos encarregados do controle e assistência aos egressos e aos sujeitos ao regime de liberdade condicional. A análise sociológica demonstrou também que esse sistema oficial não atua de forma isolada, mas que, para compreender seus efeitos, é necessário vê-lo como um subsistema encravado dentro de um sistema de controle social e de seleção de maior amplitude. Do ângulo dos processos funcionais e integradores do sistema penal oficial, podemos assinalar dentro deste complexo:

a) Os processos informais de reação social que correm paralelos aos processos de criminalização oficiais³⁴ (definições comuns da criminalidade),³⁵ a “distância social” em relação àqueles que são submetidos a sanções, a “proibição de coalizão” e a obrigação de coalizão³⁶ assim como os que constituem um início para os processos oficiais de criminalização (a disposição de apresentar uma denúncia ou a de depor como testemunha).

b) Além disso, deve ser considerada uma série de processos que transcorrem em instituições, cuja relação com o processo oficial de criminalização é mais bem indireta e, talvez, ainda não tenham sido eles investigados em toda sua complexidade pela análise sociológica contemporânea. Pense-se, por exemplo, na importância dos processos sociais de marginalização pertencentes ao mecanismo do mercado de trabalho³⁷ e à seleção escolar.³⁸ Estes fatores, juntamente com o sistema de Direito Penal e os controles sociais informais, conduzem à formação de setores sociais nos quais, para falar em termos de Foucault,³⁹ se recruta a “população criminal”, isto é, a maior parte daqueles sobre os quais se concentra a ação do sistema penal.

Vários estudos demonstraram que no processo de criminalização seletiva essas variáveis têm influência através de fatores cognoscitivos próprios das atitudes dos que atuam em nome da instituição.⁴⁰ Esses fatores condicionam os efeitos das atuações destas instâncias, sem que para isso seja necessário incluí-los no catálogo dos elementos que formalmente vinculam a tomada de decisão. Basta somente pensar na "reatividade"⁴¹ que caracteriza a ação da polícia, a qual tem uma tendência generalizada a intervir onde é chamada a fazê-lo; ou na "visibilidade" variável dos comportamentos contrários à lei que leva a que a atividade controladora dos órgãos se concentre nos comportamentos visíveis publicamente e imunize aqueles que se dão em lugares privados.⁴² A imunidade com respeito ao Direito Penal pode, por conseguinte, ser obtida com a propriedade.⁴³ Estas variáveis não legais e nem sequer reflexionadas pelas instâncias oficiais, têm um efeito sobre os resultados seletivos do sistema jurídico penal que não é de forma alguma menor que o das variáveis oficialmente reconhecidas, isto é, aquelas que estão submetidas à obrigação de justificação e aos critérios das ações profissionais. Talvez não seja exagerado comparar as relações existentes entre as variáveis legalmente reconhecidas pelo processo oficial da criminalização e o complexo das variáveis não reconhecidas legalmente, que têm sido objeto de análises sociológicas, sócio-econômicas e sócio-psicológicas, com as relações que existem entre a esfera dos processos conscientes e a esfera dos processos inconscientes do ponto de vista da moderna psicologia profunda. Em ambos os casos, os processos conscientes e legalmente reconhecidos aparecem com um microcosmo inscrito em um macrocosmo só parcialmente explorado.

Os exemplos aludidos de variáveis não legalmente reconhecidas nos processos de tomada de decisões nas instâncias oficiais são, sobretudo, aptos para incitar a reflexão acerca da situação da ciência jurídico-penal com respeito às *decisões judiciais*. O espaço dentro do qual a ciência jurídica pode fazer sentir seus efeitos, está duplamente limitado. Encontra-se limitado, em primeiro lugar, pelo fato de que os casos que chegam perante o juiz para que este profira uma decisão acerca deles, representam o resultado de uma fase sumamente avançada de um processo de seleção no qual intervieram como filtros sucessivos os processos específicos dos subsistemas oficiais do Direito Penal (o legislador, a assistência social, a polícia, o Ministério Público), além dos processos que intervêm no sistema social geral. Neste sentido é possível afirmar que a observação desta parte do processo que leva a cabo a ciência jurídico-penal, deixa por fora a maior parte das variáveis que indiretamente influem sobre ele. Em segundo lugar, o campo de ação da ciência jurídica está limitado pelo fato de que os instrumentos dogmáticos de que dispõe

para a orientação e racionalização das decisões judiciais, cobrem somente uma parte das variáveis das quais é portador o juiz. Referindo-nos a Cicourel⁴⁴ e a outros⁴⁵ introduzimos conceitos como "*basic rules*" ou "*seconde code*" e aludimos com eles à totalidade do complexo de regras (e dos mecanismos regulativos) que determinam *efetivamente* a aplicação que faz o juiz da lei, podemos dizer que as regras administradas pela metodologia e pela dogmática do Direito Penal e Processual Penal, somente cobrem uma pequena parte do processo decisório.

A maioria das regras derivadas de fatores como o comportamento e a socialização do juiz penal, que encontram expressão nos seus preconceitos e estereótipos, escapam à competência da ciência jurídico-penal. Igualmente escapam a ela outras condições da aplicação da lei que não dependem da consciência individual dos juizes, mas que influem de maneira não menos intensa na sua atividade decisória, como, por exemplo, os processos de influência derivados da organização e da comunicação.

Finalmente, convém observar que na atividade jurisdicional a ciência penal surte seus efeitos sobre aquele segmento do sistema jurídico-penal no qual o âmbito discricionário é relativamente mais estreito em relação a outros segmentos desse sistema; isto ocorre pelo fato de que as decisões que tomam os juizes são, em boa medida, programadas de antemão pelo legislador. Por um lado, o significado das funções jurídico-estatais que a ciência jurídico-penal exerce sobre o sistema, elevando o grau de uniformidade das decisões judiciais e com isso o grau de igualdade no exercício do Direito, não pode ser sublinhado de forma suficiente. Por outro, é necessário reconhecer que a atividade para a racionalização e gestação de igualdade exclui por decisão própria uma série de mecanismos que, vistos em conjunto, são mais adequados para a produção do efeito contrário, isto é, para gerar desigualdade. Isso não pode ser evitado pela ciência jurídico-penal em seu estado atual. Mesmo onde os representantes da ciência jurídico-penal contam com ampla bagagem de conhecimentos acerca da investigação sociológico-criminal sobre esses mecanismos, este fato não pode levar a mudança direta da situação, contribuindo, por exemplo, para alcançar um ajuste compensatório, porque isso significaria, em última instância, uma colisão com o princípio da legalidade.

5. O outro segmento do sistema sobre o qual se concentra a ação da ciência jurídico-penal tendente a preparar a decisão, é o da legislação. Contrariamente ao que sucede na atividade jurisdicional, trata-se, neste caso, do setor com a margem mais ampla de discricionariedade. Contudo, esta possibilidade de intervenção político-criminal da ciência não deve ser superestimada. As investigações sobre a formação das leis penais mostram que a instância científica nas

decisões legislativas não é de forma alguma onipotente e que ocupa uma posição de subordinação, apesar de algumas vezes desempenhar um papel digno de consideração.

Frente à atividade da instância científica na política criminal levanta-se uma barreira sobretudo institucional que não se alterou nem sequer diante do desenvolvimento da sociedade capitalista avançada em uma direção tecnocrática. Apesar da ampla tarefa que se atribui à instância científica (ampla em relação com a que aparece na atividade judicial) na formação da vontade política do legislador no âmbito do Direito Penal, esta tarefa permanece em ambos os casos (atividade judicial e atividade legislativa) idêntica. Sua competência não consiste em tomar decisões, mas em prepará-las.

Assim, o Direito Penal é, como todos os demais ramos do Direito, não somente o resultado concreto de uma mediação, mas também o resultado do conflito entre interesses materiais e não muito raramente da preponderância dos interesses particulares de grupos poderosos sobre os interesses gerais. Este último caso aparece com regularidade na legislação penal especial.

Por um lado, exercem aqui sua influência a potência dos grupos que defendem interesses particulares e, por outro, a pouca informação e conhecimento sobre os problemas tratados com que conta a opinião pública (e não raro também os partidos políticos). Isso faz com que a relação da legislação penal e a lógica das relações materiais de propriedade e produção seja ainda mais direta e aberta do que é nas codificações gerais ou nos clássicos relatórios da política criminal sobre os diferentes casos. Exemplos muito discutidos sobre a preponderância dos grupos de interesse na legislação penal são proporcionados pela legislação sobre drogas em diferentes países,⁴⁶ assim como pela legislação sobre delitos ecológicos, acidentes do trabalho e, em geral, pela legislação no âmbito da criminalidade econômica. Quanto mais direto e decisivo seja o peso com base no qual os grupos de interesse, utilizando para isso os múltiplos canais que se encontram à sua disposição, afetem a legislação penal, maior será a impotência da instância científica e maior será o grau a que fica reduzida, desempenhando um papel instrumental na preparação dos elementos técnico-jurídicos, e excluída da escolha das metas finais. Mesmo estando na presença daqueles setores clássicos da política criminal, em que a influência dos canais oficiais e institucionais sobre a conformação da vontade política é mais forte, a instância científica defronta-se, na racionalização dos fenômenos decisórios, com barreiras, quer no que se refere à fixação de metas, quer no que tange aos meios para as atingir. Sabemos, com efeito, que em relação à introdução de elementos racionalizantes extraídos dos conhecimentos mais avançados da criminologia, o peso dos preconceitos e

da ideologia, de que é portadora a opinião pública, produz, com não pouca frequência, um efeito limitador e inclusive neutralizador (presupondo, claro está, que a ciência possa contribuir construtivamente para a solução dos problemas, o que nem sempre ocorre). Nesse sentido, o sistema penal é um dos exemplos mais claros de que, até o dia de hoje, nenhuma democracia representativa conseguiu tornar perfeitamente traduzível a instância científica no sistema de formação da vontade política, a fim de evitar, dessa maneira que a *praticabilidade* política limite a racionalidade das decisões.

Contudo, a origem das barreiras com que se choca a política criminal científica, isto é, a política criminal no âmbito da ciência jurídico-penal, ao deslocar para a prática os conceitos criminológicos, deve ser também buscada na limitada capacidade da ciência jurídico-penal para o processamento desses conceitos. Entre os fatores indiretos deve ser considerada sobretudo a circunstância de que dentro do sistema penal, o monopólio da mediação entre a criminologia e os centros decisórios da política criminal oficial corresponde à ciência jurídico-penal. Isso dá sentido ao papel que os juristas desempenham dentro do extenso âmbito da *política criminal*. O fato de que esta tenha em mira, quase que exclusivamente, o momento repressivo (*política penal* em sentido estrito)⁴⁷ faz com que se incline privilegiar aqueles aspectos da criminologia que podem ser traduzidos diretamente em medidas de política criminal (preparação de sanções o mais adequadas possíveis para o controle social da criminalidade, determinação da pena, prognose social, etc.). Isto também explica a predileção geral dos juristas pela denominada “criminologia multifatorial”, isto é, por aquela criminologia que, mantendo todos os equívocos relacionados com o paradigma etiológico positivista, renunciou, em seguida, aos contextos teóricos amplos, como fizera a criminologia liberal em seus melhores dias. Em caráter ateu e eclético da criminologia multifatorial que põe em dúvida seu caráter científico, é explicável a partir do curto circuito mediante o qual a criminologia foi reduzida a ciência auxiliar da política penal, perdendo sua função explicativa com respeito às relações macrosociais do fenômeno da criminalidade, que haviam sido esclarecidas principalmente pela criminologia liberal na medida em que esta conseguira superar — como já foi exposto — o horizonte da política jurídico-penal.

A institucionalização da relação entre a criminologia e a política criminal oficial, levada a termos pelos representantes da ciência do Direito Penal, faz com que exista, em quase todos os países do mundo capitalista, uma série de filtros acadêmicos e administrativos entre as duas instâncias, com a finalidade de facilitar a penetração nos centros de tomada de decisões político-criminais (ministérios, institutos de investigação oficial, comissões ministeriais, etc.) dos setores

da investigação criminológica menos avançados no sentido crítico e, por conseguinte, mais idôneos para gerar uma estabilização conservadora do sistema penal ou também reformas conservadoras que para o sistema penal se qualificam naturalmente de reformas “positivas” (das quais fala Mathiesen).⁴⁸ Simultaneamente, nesses centros de tomada de decisões limita-se o significado daqueles segmentos da ciência criminológica que assumem um ponto de vista crítico em relação ao sistema e que propugnam uma política criminal alternativa, preparando dessa maneira a introdução de reformas “negativas”, tendentes a uma transformação radical do sistema. Tudo isto não surpreende, se considerada a atitude fundamentalmente conservadora que os juristas têm com respeito ao sistema penal e se se pensa na “ótica profissional” que os leva a outorgar uma absoluta superioridade aos aspectos jurídico-penais da política criminal. Nos países socialistas, estes filtros e este labor neutralizador da criminologia crítica por parte da ciência jurídico-penal não são necessários porque se pode afirmar não existir ali uma criminologia crítica.

6. Quanto aos fatores diretos que limitam a capacidade da ciência jurídico-penal para a recepção e utilização de conhecimentos criminológicos, pode-se dizer que têm relação com a limitada aptidão de transformação própria dessa ciência com relação às estruturas lógicas e ideológicas que a caracterizam desde o seu nascimento, na segunda metade do século passado. A estrutura lógica e dogmática, não só na Europa Continental e nos países sob sua influência, como nos da América do Sul e nos anglo-saxões, baseia-se sobre uma série de elementos conceituais (por ex.: a concepção analítica do crime) que concentram o núcleo do espectro do delito em atos puníveis com caráter *originalmente* criminoso e que, por conseguinte, aparentam ser os mais relevantes para a política criminal. As características fundamentais dessas infrações — segundo a teoria oficial do delito — são substancialmente as seguintes:

a) Representam não só violações instrumentais, mas também simbólicas, no sentido de que se acredita que representam a infração da margem de tolerância ética da comunidade,⁴⁹ pelo que sua punição não persegue unicamente uma finalidade utilitária, mas também a função expressiva de manifestar e fortalecer as valorações éticas.⁵⁰

b) São infrações imputáveis ao comportamento de indivíduos e são, portanto, o resultado de decisões livres e, por conseguinte, reprováveis (princípio da personalidade, princípio de culpabilidade).

c) Os interesses que são lesionados pelas infrações são geralmente interesses de sujeitos jurídicos, isto é, de indivíduos ou pessoas jurídicas.⁵¹

Tomando em consideração o que se disse, não deve surpreender a atitude irrefletida que caracterizou a ciência jurídico-penal em relação ao caráter fragmentário que ela mesma atribui ao Direito Penal. Alguns dos resultados mais importantes da análise moderna do sistema do Direito Penal distinguem-se precisamente por terem posto em evidência esse caráter extremamente fragmentário da tutela que esse sistema oferece aos interesses e necessidades que verdadeiramente são dela merecedores e por terem assinalado essa característica como própria do sistema.⁵² O aludido caráter fragmentário não consiste unicamente no fato de que o Direito Penal deixe a descoberto determinadas áreas de interesse e importantes necessidades. Ao contrário, os sistemas de Direito Penal modernos denotam uma acentuada tendência à representação universal dos âmbitos de interesses em seus sistemas de bens jurídicos. O caráter fragmentário em questão refere-se, sobretudo, à maneira altamente seletiva pela qual são cobertos apenas parcialmente os interesses representados nos sistemas de bens jurídicos, bem como também a diferente intensidade de tal proteção.

Com relação a este último ponto há que se assinalar que o privilégio da tutela e a intensidade da mesma nem sempre se encontram em relação com o grau em que merecem ser protegidos os interesses individuais ou coletivos e com o nível de perigo das diferentes situações. Assim, por exemplo, interesses que pertencem ao âmbito da incolumidade física ou da vida são privilegiados em relação àqueles interesses difusos ou coletivos⁵³ (também do ponto de vista jurídico-processual),⁵⁴ mesmo quando estes últimos não sejam menos importantes para a qualidade de vida dos indivíduos e afetem a um número maior deles.

Pode-se também pensar na desproporção da intervenção protetora do sistema penal em relação a infrações que resultam de mecanismos de ação, os quais denotam acentuada tendência segmentária ou marcada anonimidade e que são, em certo sentido, mecanismos automáticos que exercem seus efeitos no âmbito da produção e do mercado (grandes empresas nacionais e transnacionais, órgãos e institutos da administração pública) e que, por conseguinte, são dificilmente imputáveis à vontade ou à atividade de indivíduos. Exemplos amplamente discutidos são, neste caso, os limites da reforma do Direito Penal na área da economia e na persecução das gravíssimas violações e preceitos jurídicos cometidas por órgãos e corporações estatais. Em casos como estes, a imagem da infração estabelecida na teoria do delito produz uma espécie de fator imuniante dos efeitos do Direito Penal. A legitimação tradicional do caráter fragmentário da defesa dos interesses que proporciona a ciência jurídico-penal é questionável. Em geral, descansa precisamente sobre aquelas características da imagem do delito, às quais se fez

referência linhas acima e que condicionam a seletividade da proteção jurídico-penal. Porém, é precisamente aqui que se localiza o círculo vicioso; como de menor relevância penal são considerados aqueles interesses para cuja tutela o Direito Penal — que por sua vez repousa sobre as características apontadas na teoria do delito — tem menor aptidão, como se aquelas características aderissem mais fielmente à “natureza” do sistema de Direito Penal, em vez de ser, pelo contrário, o resultado de um processo de abstração que parte dos sistemas contingentes do direito positivo. Convencionalmente, seria sem dúvida possível definir o Direito Penal como uma técnica para o controle social que atua sobre certas formas de comportamento, que correspondem às três características acima indicadas. Todavia, não existem razões suficientes para justificar a hipótese de que a ciência jurídica deve necessariamente permanecer ligada a essa convenção e ao correspondente conceito de Direito, bem como ao sistema existente de controle social. A única razão para aceitar uma ligação convencional como a descrita poderíamos fazer derivar da harmonia que parece garantir a teoria oficial do delito entre a ação do sistema e os valores éticos da comunidade. Esta é apenas, no entanto, uma razão aparente, pois sabemos através dos estudos realizados,⁵⁵ que o tipo de legitimação que o sistema de Direito Penal obtém por meio das valorações e das atitudes da opinião pública, não é nem total nem homogênea, com respeito aos diversos grupos sociais. Sabemos que esta legitimação está muito longe de representar um consenso efetivo baseado sobre o conhecimento do real funcionamento do sistema e sobre uma valoração racional do mesmo e que, ao contrário, se assenta melhor sobre a “ausência de conhecimento” (Popitz)⁵⁶ e sobre uma imagem parcialmente fictícia do sistema. Além disso, são a nosso ver procedentes as objeções formuladas por Hart à teoria expressiva do Direito Penal,⁵⁷ que se manifestam do seguinte modo: mesmo admitindo que o Direito Penal se encontre e deva permanecer vinculado à moral, isto não significa que as valorações éticas vigentes concretamente em uma determinada sociedade tenham que ser mecanicamente adotadas e não possam ser objeto de uma reflexão crítica; a crítica — acrescentaríamos — de parte de uma ciência jurídico-penal que se atribua a tarefa de contribuir com elementos racionais para o progresso das valorações éticas na sociedade.

III

Qual pode ser agora a reação da ciência jurídico-penal frente aos conhecimentos acumulados e postos à sua disposição pela moderna criminologia, acerca da natureza real dos mecanismos de seleção e imunização que funcionam dentro do sistema penal, uma vez

que estão em contradição com as metas que a ciência tradicionalmente confere a esse sistema? Como pode reagir ante análises empíricas segundo as quais os fins declarados da sanção, sobretudo a reabilitação do delinqüente por meio da privação de liberdade, não correspondem aos efeitos e às funções reais? Como pode a ciência jurídico-penal responder às novas perspectivas de investigação que demonstram, por um lado, a escassa realização de seus fins declarados e que por outro, põem em evidência a onerosidade não só em sentido econômico, mas também em termos de custos “sociais”⁵⁸ que se encontram relacionados com o funcionamento do Direito Penal? Esses são apenas alguns exemplos do *desafio* que a moderna criminologia coloca à ciência jurídico-penal.

A reação a semelhante repto poderia apresentar-se de muitas maneiras diferentes. A mais freqüente até o momento no âmbito da ciência jurídico-penal oficial tem sido a de negar-se a tomar conhecimento dos resultados da criminologia, ou pelo menos, de uma parte deles. Esta reação vai ocasionalmente acompanhada da tentativa de deslegitimar, tanto no plano institucional como no ideológico, as modernas escolas e orientações de investigação no âmbito da criminologia.⁵⁹

A segunda forma possível de reação se manifesta no que desejaríamos chamar de “peso de consciência” dos penalistas. Trata-se de algo que não modifica diretamente a estrutura da ciência e sua posição dentro do sistema de Direito Penal, mas que se limita a acompanhar o trabalho tradicional do penalista, acrescentando-lhe um momento crítico e contraditório. Radbruch caracterizou com acerto esta reação ao escrever que somente pode converter-se em bom jurista quem o seja com certo “peso de consciência”.⁶⁰ Ambas as reações mostram que a ciência jurídico-penal dispõe de uma capacidade muito limitada de autotransformação. Deste ponto de vista, o parâmetro estabelecido nesse sentido com a Teologia favorece a esta última, uma vez que entre ambas as ciências dogmáticas não há dúvida de que tem sido a Teologia contemporânea que demonstrou maior capacidade de renovação quanto à sua estrutura conceitual e axiológica. Contudo, a segunda forma de reação é um sinal importante de progresso, pois ela introduz na pessoa — e não na ciência que a adota — um estímulo crítico, que se não produz diretamente uma renovação profunda no campo científico, pelo menos a prepara para o futuro. O peso de consciência é o mínimo que se pode esperar de um penalista, sendo, porém, talvez o máximo para a situação institucional da ciência no sistema de Direito Penal.

O desejo de produzir uma transformação radical do sistema do direito penal a fim de afetar dessa forma a ciência constitui uma

terceira forma de reação. É a reação de uma ciência jurídico-penal que vai além dos limites da sua própria dogmática e que supera inclusive seu primeiro dogma: o conceito de Direito Penal. É a reação de uma ciência que não mais aceita a situação de subordinação dentro do sistema penal e que luta sobretudo por lograr obter o projeto de um sistema adequado para o controle das formas de comportamento prejudicial aos interesses e necessidades do indivíduo e da sociedade que merecem ser protegidos. Isso não significa, contudo, a expansão do âmbito de aplicação dos métodos tradicionais da política penal e, em particular, das medidas privativas de liberdade, mas sim a drástica e determinada redução do emprego desses meios àqueles casos em que não haja outra solução possível, e ao mesmo tempo implica na preparação de um sistema de medidas de política criminal que atuem mediata e imediatamente e que possam controlar-se sobre a base de seus efeitos e dos custos sociais; em uma palavra, um conjunto de medidas dentro do qual as intervenções penais representem a parte menor e menos importante. Isto significa, para recordar uma vez mais uma formulação de Radbruch,⁶¹ não o esboço de um Direito Penal melhor, mas o esboço de algo melhor que o Direito Penal.

Só uma ciência jurídica, que por um período adequado de tempo transfira o peso principal de seu trabalho de interpretação do Direito vigente à crítica do mesmo, assim como ao projeto de um novo Direito, pode passar de constituir uma instância interna a ser uma instância externa do Direito Penal e alcançar dessa maneira um campo ou um nível de abstração que torna possível um encontro com a criminologia ao nível desta. Qual esboço ou qual crítica vai prevalecer, é algo que depende do grau de desenvolvimento que tenham alcançado em uma determinada sociedade as condições e a vontade política necessárias à transformação do sistema jurídico-penal.

Contudo, mesmo no caso em que esta ciência jurídica, para a qual já existem propostas, chegasse a estabelecer-se, é possível que não haja necessidade de chamar-se ciência jurídico-penal. O modelo integral do futuro será, caso consiga impor-se, absolutamente distinto do que seria uma edição atualizada da velha *gesamte Strafrechtswissenschaft*.⁶² Para terminar é oportuno fazer uma observação com respeito ao passado e futuro do modelo integral de ciência penal. Atualmente não existem ainda as condições para a realização de um modelo integrado; a ciência jurídica atual pode unicamente integrar-se com a criminologia de ontem e só a ciência jurídica de amanhã poderá chegar a integrar-se com a criminologia e as ciências sociais de nossos dias.

(Tradução da Dra. Paolina Hryniewicz)

1. A Escola "Sociológica" de Direito Penal na Alemanha (Franz Von Liszt) e a *Escola Positiva*, na Itália (Enrico Ferri). O modelo integral da ciência penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) foi proposto por Von Liszt como programa científico da *Internationale Kriminalistische Vereinigung*, fundada em 1881. Cf. Von Liszt F., *Kriminalpolitische Aufgaben*, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1889, p. 452 e segs. (455). Veja-se, do mesmo autor, sua aula inaugural para a cátedra de Berlim em 1889, *Die Aufgabe und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, em *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlim, 1970, p. 284 e segs.
2. Cf. por ex., Ferri, E., *Sociologia Criminale. Terza edizione, completamente rifatta dei Nuovi Orizzonti del Diritto e della Procedura Penale*, Palermo, Napoli, Catania, 1892, p. 115 e segs.
3. Neste sentido as observações críticas de Ph. Robert sobre a *Criminologie pénitentière*, cf. Robert Ph., *La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et un criminologie de la réaction sociale*, no *L'année sociologique*, 24, 1977, p. 441 e segs. (465). Neste sentido também Clark, J. P., Wenninger, E. P., *Socio-Economic Class and Area as Correlates of Illegal Behavior among Juveniles*, na *American Sociological Review*, 27, 1962, p. 826 e segs. (826).
4. Cf. Smaus, G., *Teorie del senso comune sulla criminalità e marginalizzazione. Una inchiesta sulla popolazione tedesca*, em *La questione criminale*, 3, 1977, p. 137 e segs.
5. Aqui retomamos, com algumas variações na ordem e na formulação, um esquema utilizado em trabalhos precedentes. Cf. Baratta, A., *Criminologia Liberale e ideologia della difesa sociale*, em *La questione criminale*, 1, 1975, p. 7 e segs.; *Conflito sociale e criminalità. Per la critica della teoria del conflitto in criminologia*, em *La questione sociale*, 3, 1977, p. 9 e segs.
6. Cf. Florian, E., *Trattato di diritto penale*, vol. I, Milão, 1926, p. 86.
7. Cf. Rocco, A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, em *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, p. 263 e segs.
8. Entre a literatura que documenta a recente discussão sobre as relações entre a Criminologia e a ciência do Direito Penal, cf. Vassali, G., *Criminologia e Giustizia penale*, em *Quaderni di criminologia clinica*, 1, 1959, p. 27 e segs.; Mergen, A., *Kriminologie und Strafrecht*, Gratz, 1960; Kaufmann, H., *Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, em *Juristenzeitung*, 17, 1962, p. 193 e segs.; Kaiser, G., *Die Beziehungen zwischen Kriminologie und Strafrecht*, em *Goldammer's Archiv*, 1967, p. 289 e segs.; Roxin, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Berlim, Nova York, 1973;

Krauss D., *Die Strafrechtliche Problematik kriminologischer Ziele und Methoden. Eine Untersuchung am Beispiel der psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen im Strafprozess*, Frankfurt a M. 1971; Wolff J., *Der Jurist in der Kriminologie*, em *Kriminologisches Journal*, 3, 1971, p. 260 e segs.; Baumann, U., Weigend, T., Weintraud U., *Kriminologie und Strafrecht. Kooperation, Koexistenz oder Konflikt*, em *Kriminologisches Journal*, 4, 1972, p. 94 e segs.; Hassemer, W., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg, 1974; Sack, F., *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie. Probleme und offene Fragen*, em Lüdersen, K., Sack, F., *Seminar: Abweichendes Verhalten, II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, vol. I, Frankfurt a M., 1975, p. 346 e segs.; Schewe, G., *Strafrecht und Kriminologie*, em Grimm, D. (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, vol. 1, Munique, 1973, p. 267 e segs.; Kraus, D., *Kriminologie und Strafrecht*, ibidem, p. 233 e segs.; Bacigalupo, E., *Significación y perspectivas de la oposición "Derecho Penal — política criminal"*, *Revue Internationale de Droit Pénal. Actes du Premier Colloque Régional Espagnol sur Politique Criminelle et Droit Pénal qui a eu lieu à la Faculté de Droit de L'Université de Madrid et à la Maison de la Culture de Plasencia*, 19-23 octobre-1977, p. 15 e segs.

9. Pense-se sobretudo na escola de Kiel (Dahm y Schaffstein); cf. Dahm, G., Schaffstein, F., *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburgo, 1933; Dahm, G., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 98, 1938, p. 735 e segs. Para ulteriores referências, veja-se Baratta, A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milão, 1963, p. 12 e segs.

10. Cf. os trabalhos aludidos na nota 4. A eles enviamos para um exame analítico das teorias liberais segundo este ponto de vista, bem como igualmente para indicações bibliográficas mais amplas.

11. Cf. Durkheim, E., *Les règles de la méthode sociologique*, 13.^a ed., Paris, 1956, p. 64 e segs.; Merton, R., *Social Structure and Anomie*, em *American Sociological Review*, 3, 1938, p. 672 e segs.; Cloward, R. A., *Illegitimate Means, Anomic and Deviant Behavior*, em *American Sociological Review*, 24, 1959, p. 164 e segs.

12. Cf. Sutherland, E. H., *A Sociological theory of Criminal Behavior*, em Sutherland, E., Cressey, D. R., *Principles of Criminology*, 5.^a ed., Chicago, Filadelfia, Nova York, 1955, p. 74 e segs.; Cohen, A. K., *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*, Glencoe, Ill., 1955; Cloward, R. A., Ohlin, L. E., *Types of Delinquent Subcultures*, Columbia University, 1958; Miller, W. B., *Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency*, em *The Journal of Social Issues*, 14, 1958, p. 5 e segs.

13. Cf. Sykes, G. M., Matza, D., *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, em *American Sociological Review*, 22, 1957, p. 664 e segs.

14. Alessandro F., Staub, *Der Verbrecher und sein Richter*, em Mitscherlich A. (ed.) *Psychoanalyse und Justiz*, Frankfurt a M., 1971, p. 205 e segs.; Reik, T., *Getändniszwang und Strafbedürfnis, Probleme der Psychoanalyse und der Kriminologie*, em Mitscher, A. (ed.), *Psychoanalyse und Justiz*, Frank-

furt a M., 1971, p. 9 e segs.; Fromm, E., *Zur Psychologie des Verbrechens und der Strafenden Gesellschaft*, em *Imago*, 17, 1931, p. 226 e segs.; Reiwald, P., *Die Gesellschaft und ihre Verbrechen*, 2.^a ed. (edit. por H. Jäger e T. Moser), Frankfurt a M., 1973.

15. Cf. Becker, H. S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, Nova York, 1963; Tannenbaum, F., *Crime and Community*, Nova York, 1938; Erikson, K. T., *Notes of Sociology of Deviance*, em *Social Problems*, 9, 1962, p. 307 e segs.; Lemert, E. M., *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, 2.^a ed., Nova York, 1972.

16. Cf. Becker, H., *Outsiders*, cit. (nota 15), p. 9.

17. Cf. Vold, G. B., *Theoretical Criminology*, Nova York, 1958; Quinney, R., *The Social Reality of Crime*, Boston, 1970; Turk, A., *Criminality and Legal Order*, 3.^a ed., Chicago, 1972; Schumann, K. F., *Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer Konflikttheoretischen Kriminologie*, em *Arbeitskreis Junger Kriminologen* (ed.), *Kritische Kriminologie*, 1974, p. 69 e segs.

18. Nigel, W., e Argyle, M., *Does the law affect Moral Judgements?*, em *British Journal of Criminology*, 4, 1964, p. 570 e segs.; Packer, H. L., *The Limits of The Criminal Sanction*, Stanford, Cal., 1968; Morris, N., Zimreing, F., *Deterrence and Corrections*, em *Annals of American Academy of Political and Social Science*, 381, 1969, p. 137 e segs.; Tittle, Ch. R., *Crime Rate and Legal Sanctions*, em *Social Problems*, 16, 1969, p. 409 e segs.; Chiricos, T. G., Waldo, G. P., *Perceived Penal Sanction and Self Reported Criminality. A Neglected Approach to Deterrence Research*, em *Social Problems*, 20, 1972, p. 622 e segs.; Zimreing, F., Hawkins, G., *Deterrence*, Chicago, 1973.

19. Cf. Goffmann, E., *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, Nova York, 1961; Sykes, G. M., *The society of captives. A study of a maximum security prison*, Princetion, Nova York, 1958; Morris, R. T., Morris, P., *Pentonville. A sociological study of an english prison*, Londres, 1963; Basaglia, F., Basaglia Ongaro, F., *La maggioranza deviante*, Turim, 1971; Harbordt, S., *Die Subkultur des Gefängnisses. Eine soziologische Studie zur Resozialisierung*, Stuttgart, 1972; Weis, K., *Zur subkultur der Strafanstalt*, em Schwind, A. D., Blau, G. (ed.), *Strafvollzug der Praxis. Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzugs und der Entlassenhilfe*, Berlim, Nova York, 1976; Baratta, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, em *La Questione Criminale*, 2, 1976, p. 237 e segs.

20. Schur, E. M., *Labelling deviant behavior: its sociological implications*, Nova York, 1971; Lemert, E. M., *Human deviance, social problems and social control*, cit. (nota 15).

21. Cf. Pavarini, M., "Concentrazione" e "diffusione" del penitenciaro. *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, em *La Questione Criminale*, 4, 1978, p. 39 e segs.

22. Cf. a ampla bibliografia em Eser, H., *Hesozialisierung in der Krise? Gedanken zur Sozialisationsziel des Strafvollzugs*, em Bauman, J., Tiedemann, K. (ed.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974, p. 505 e segs.; Müller-Dietz, H., *Strafvollzug und Gesellschaft*, Bad Homburg, Berlim e Zurique, 1970, p. 34

e segs.; Hilbers, M., Lange, W., *Abkehr von der Behandlungs ideologie*, em *Kriminologisches Journal*, 5, 1973, p. 53 e segs.; Morris, N., *The future of imprisonment*, Chicago, 1974.

23. Segundo este ponto de vista deve destacar-se a atenção que suscitou a reimpressão de duas obras clássicas: Rusche, G., Kirchheimer, O., *Punishment and Social Structure*, 2.^a ed., Nova York, 1968; Hall, J., *Theft, Law and Society*, 2.^a ed., Indianapolis, 1951. Entre a literatura mais recente pode-se citar Chevalier, L., *Classes laborieuses et dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX siècle*, Paris, 1958; Cobb, R., *The Police and the People. French Popular Protest 1789-1820*, Londres, 1970; Berger, T., *Die Konstante Repression. Zur Geschichte des Strafvollzugs in Preussen nach 1850*, Frankfurt a.M., 1974; Langbein, J. K., *Prosecuting crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge, Mass., 1976; Foucault, M., *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, Paris, 1975; Blasius D., *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität*, Göttingen, 1976; Pavarini, M., Melossi, D., *Carcere e fabbrica*, 2.^a ed., Bolonha, 1979.

24. Cf. Bergalli, R., *Readaptación social por medio de la ejecución penal? Notas a propósito de la ley penitenciaria nacional argentina y del proyecto de reformas a la Parte General del Código Penal*, Madri, 1976; Sessar, K., *Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft*, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81, 1967, p. 372 e segs.; outras indicações em Baratta, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, cit. (nota 19); Idem, *Criminologia critica e politica criminale alternativa*, em *La Questione Criminale*, 3, 1977, p. 339 e segs.

25. Cf., entre as obras mais representativas, Sack, F., *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, em König, R., Sack, F., *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a.M., 1968, p. 431 e segs.; Chambliss, W. J., *Crime and legal process*, Nova York, Saint Louis, 1969; Platt, A., *The child savers. The invention of delinquency*, Chicago, 1969; Quinney, R., *The social reality of crime*, cit. (nota 17); Werkentin, F., Hofferbert, M., Baurmann, N., *Kriminologie als Polizeiwissenschaft oder: wie alt ist die Neue Kriminologie?* em *Kritische Justiz*, 5, 1972, p. 211 e segs.; Cohen, St., *Folk devils and moral panics. The creation of the Mods and Rockers*, Londres, 1972; Steiner, H. (ed.), *Der Prozess der Kriminalisierung*, Munique, 1973; Robert, Ph., *La sociologie entre une criminologie du passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale*, cit. (nota 3); Taylor, I., Walton, P., Young, J., *The new criminology. For a social theory of deviance*, Londres, Boston, 1974; Keckeisen, W., *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach*, Munique, 1974; *Arbeitskreis Junger Kriminologen* (ed.), *Kritische Kriminologie. Positionen, Kontroversen und Perspektiven*, Munique, 1974; Mathiesen, T., *The politics of abolition. Essays in political action theory*, em *Scandinavian Studies in Criminology*, 4, 1974; Krisberg, B., *Crime and privilege. Toward a new Criminology*, Englewood Cliffs., Nova York, 1975; Bianchi, H., Simondi, M., Taylor, T. (ed.), *Deviance and control in Europe. Papers from the European Group for the study of deviance and social control*, Londres, Nova York, Sidney, Toronto, 1975; Ciacci, M., Gualandi, V. (ed.), *La costruzione della devianza*, Bolonha, 1977; entre os grupos e associações assinalam-se a National Deviance Conference (Grã-Bretanha), o European Group for the Study of Deviance and Social Control e o Arbeitskreis Junger Kriminologen (República Federal da Alemanha). Entre as revistas: *Crime and Social Justice* (Estados Unidos), *Kriminologisches Journal* (República Federal da Alemanha), *Kriminalsoziologische Bibliographie* (Áustria), *La Questione Criminale* (Itália); muitos artigos relevantes também em *Deviance et société* (França), *Nuevo*

Pensamiento Penal (agora *Doctrina Penal*, Argentina) e *Capítulo Criminológico* (Venezuela).

26. Cf. Werkentin, F., Hofferbert, M., Baurmann, M., cit. (nota 25).

27. Nesse sentido, Sack (1969), *Probleme der Kriminalsoziologie*, em König, R. (ed.), *Handbuch der Empirischen Sozialforschung*, t. 12, 2.^a ed., p. 192 e segs. (365 e segs.), onde formulam amplas e acertadas citações bibliográficas. Entre a vasta literatura sobre o tema da sociologia do direito e do sistema penal, cf. Wood, A. L., *Informal relations in the practice of Criminal Law*, em *American Journal of Sociology*, 62, 1956, p. 48 e segs.; Johnson, N., Savitz, L., Wolfgang, M. E. (ed.), *The sociology of Punishment and Correction*, 2.^a edição, Nova York, Londres, 1962; Aniyar de Castro, L., *El proceso de criminalización*, em *Capítulo Criminológico*, 1, 1973, p. 69 e segs.; Quinney, R., *Towards a sociology of criminal law*, em R. Quinney (ed.), *Crime and Justice in society*, Boston, 1969; Jeffrey, C. R., *Social change and criminal law*, em Nagel St. S. (ed.), *Law and social change*, Beverly Hills, Londres, 1970, p. 45 e segs.; Blumstein, A., *Management Science. Social systems*, Pittsburgh, Penn., 1972; Carson, W. G., *The sociology of crime and the emergence of criminal law*, em McIntosh, M., Rock, P. (ed.), *Deviance and social control*, Londres, 1974, p. 67 e segs.; Baratta, A., *Sociologia giuridica e sociologia del diritto*, em *Sociologia del diritto*, 2, 1974, p. 245 e segs.; Chambliss, W. J. (ed.), *Criminal law in action*, Santa Barbara, Calif., 1975; Lüdersen, K., Sack, F. (ed.), *Seminar: Abweichendes Verhalten I. Die selektiven Normen der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1975; Idem, *Seminar: Abweichendes Verhalten II, III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 2 vols., Frankfurt a.M., 1975, 1977; Steiner, H., *Über die Funktionem des Strafrechts, em Festschrift für Christian Broda*, Viena, 1976, p. 335 e segs.; Wood, A. L., *Deviant behavior and control strategies. Essays in sociology*, Lexington, Mass., Toronto, Londres, 1974; Mäkelä, *The societal tasks of the system of Penal Law*, em *Scandinavian Studies in Criminology*, 5, 1974, p. 47 e segs., Hopkins, A., *On the sociology of criminal law*, em *Social Problems*, 22, 1975, p. 608 e segs. Sobre a Criminologia crítica do Direito Penal, cf. Kühlwein, H. P., *Grundlegung zur einer Kritik der Strafrechtstheorie in lichte der modernem Kriminologie*, Hamburg, 1968; Kürzinger, J., *Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen*, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 86, 1974, p. 211 e segs.; Jäger, H., *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, em *Kriminologisches Journal*, 8, 1976, p. 98 e segs.

28. Convém nos limitarmos a alguns exemplos significativos, extraídos da literatura sobre as distintas instâncias. (a) — sobre a legislação: Hall, J., *Theft, Law and Society*, cit. (nota 23); Becker, H. S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, cit. (nota 15); Schur, M. E., *Crime without Victims, Deviant Behavior and Public Policy. Abortion, Homosexuality, Drug Addiction*, Englewood Cliffs, N. J., 1965; Gusfield, J. R., *Moral passage: Symbolic Process in Public Designations of Deviance em Social*, 1966; Young, J., *The Role of the Police as Amplifiers of Deviancy, Negotiators of Reality, and Translators of Fantasy. Some consequences of our present system of drug control as seen in Notting Hill*, em Cohen, S. (ed.), *Images of Deviance*, Londres, 1971, p. 27 e segs.; Kamburg, E., *Die Definitionsmacht der Polizei. Strategien der Strafverfolgung soziale Selektion*, Düsseldorf, 1972; Clark, J. P., Sykes, R. E., *Some Determinants of Police Organization and Practice in a Modern Industrial*

Democracy, em Glaser, D. (ed.), *Handbook of Criminology*, Chicago, 1974, p. 455 e segs.; Clark, J. P., *Isolation of the Police. A comparison of the British and American Situations*, em Hensel, R. L., Silverman, R. A., *Perception in Criminology*, Nova York, Londres, 1975, p. 241 e segs.; (b) sobre o Ministério Público: Miller, F. W., *Prosecution: The Decision to charge a Suspect with a Crime*, Boston, Toronto, 1969; Blankenburg, E., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess sozialer Kontrolle*, em *Kriminologisches Journal*, 5, 1973, p. 181 e segs.; Brusten, M., *Polizei-Staatsanwaltschaft — Gericht*, em *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 57, 1974, p. 129 e segs.; Sessar, K., *Legalitätsprinzip und Selektion des Staatsanwalts*, em Göppinger, H., Kaiser, G. (ed.), *Kriminologie und Strafverfahren*, Stuttgart, 1976, p. 156 e segs.; Kunz, K. L., *Das Absehen von der Strafverfolgung bei Bagatelldelinquenz. Empirische Untersuchung der Strafprozessordnung*, em *Kriminologisches Journal*, 11, 1979, p. 35 e segs.; (c) sobre os juízes: Lautmann, R., *Justiz — die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Frankfurt a.M., 1972; Peters, D., *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart, 1973; (d) sobre o processo penal em geral e diversos aspectos do mesmo: Sudnow, D., *Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defense Office*, em *Social Problems*, 12, 1965, p. 255 e segs.; Blumberg, A. A., *Criminal Justice*, Chicago, 1970; Schumann, K., Winter, G., *Zur Analyse des Strafverfahrens*, em *Kriminologisches Journal*, 3, 1971, p. 136 e segs.; Rasehorn, T., *Rechtlosigkeit als Klassenschicksal*, em *Vorgänge*, 12, 1973, p. 5 e segs.; Lautmann, R., Peters, D., *Ungleichheit vor dem Gesetz: Straffjustiz und soziale Schichten*, em *Vorgänge*, 12, 1973, p. 45 e segs.; Reiss, A. J., *Discretionary Justice*, em Glaser, D. (ed.), *Handbook of Criminology*, Chicago, 1974, p. 679 e segs.; Schünemann, H. W., *Selektion durch Strafverfahren? Die Bedeutung des labeling approach für unser Strafverfahren*, em *Deutsche Richterzeitung*, 52, 1974, p. 278 e segs.; Blankenburg, E., Steffen, W., *Der Einfluss sozialer Probleme*, 15, 1967, p. 175 e segs.; Chambliss, W. J., *A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy*, em *Social Problems*, 12, 1964, p. 67-100; Heinz, J. P., Gettleman, R. W., Seeskin, M. A., *Legislative Politics and the Criminal Law*, em *Northwestern University Law Review*, 64, 1969, p. 227 e segs.; Carson, W. G., *The Sociology of Crime and the Emergence of Criminal Laws*, cit. (nota 27); Dahl, T. S., *The emergence of the Norwegian Child Welfare Law*, em *Scandinavian Studies in Criminology*, 5, 1974, p. 73 e segs.; Thompson, E. P., *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*, Londres, 1975; Haferkamp, H., Lautmann, R., *Zur Genese Kriminalisierender Normen*, em *Kriminologisches Journal*, 7, 1975, p. 241 e segs.; Hernández, A. T., *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, 1977; (e) sobre os institutos de assistência e controle de menores: Goldman, N., *The Differential Selection of Juvenile Offenders for Court Appearance*, Nova York, 1963; Piliavin, I., Scott, B., *Police Encounters with Juveniles*, em *American Journal of Sociology*, 70, 1964, p. 204 e segs.; Cicourel, A. V., *The Social Organization of Juvenile Justice*, Nova York, Londres, Sidney, 1968; Peters, H., *Moderne Fürsorge und ihre Legitimation. Eine soziologische Analyse der Sozialarbeiter*, Köln, Opladen, 1968; Black, D. J., Reiss, A. J., junior, *Police Control of Juveniles*, em *American Sociological Review*, 35, 1970, p. 63 e segs.; Quensel, S., *Sozialarbeiter und Jugendkriminalität*, em Schmidt-Obreck, B. (ed.), *Kriminalität und Sozialarbeit*, Freiburg/Br., 1972, p. 47 e segs.; Brusten, M., *Prozesse der Kriminalisierung. Ergebnisse einer Analyse von Jugendamtsakten*, em Otto, H. U., Schneider, S. (ed.), *Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit*, 2, Neuwied, Berlin, 1973, p. 85 e segs.; Liazos, A., *Class Oppression: The*

Function of Juvenile Justice, em *The Insurgent Sociologist*, 5, 1974, p. 2 e segs.; Gisper, D., *Mädchenkriminalität. Soziale Bedingungen abweichenden Verhaltens*, München, 1975; Peters, H., Cremer-Schäfer, H., *Die sanften Kontrolleure. Wie Sozialarbeiter mit Devianten umgehen*, Stuttgart, 1975; Schünemann, H. W., *Selektion und Jugendgericht-verfahren*, em Göppinger, H., Kaiser, G. (ed.), *Kriminologie und Strafverfahren. Neuere Ergebnisse der Dunkelforschung in Deutschland (Kriminologische Gegenwartsfragen, vol. 12)*, Stuttgart, 1976, p. 186 e segs.; (f) sobre a polícia: Goldstein, J., *Police Discretion no to Invoke The Criminal Process. Law Visibility Decisions in the Administration of Justice*, em *Yale Law Journal*, 69, 1960, p. 543 e segs.; Lafave, W. R., *Arrest: Decision to Law Enforcement in Democratic Society*, Nova York, *Merkmale von Tätern und Opfern auf das Strafverfahren*, em Blankenburg, E. (ed.), *Empirische Rechtssoziologie*, München, 1975, p. 248 e segs.; Blankenburg, E., *Nicht-Kriminalisierung als Struktur und Routine*, em Göppinger, H., Kaiser, G. (ed.), *Kriminologie und Strafverfahren*, Stuttgart, 1976, p. 175 e segs.; Schumann, K., *Das Handeln mit der Gerechtigkeit. Funktions-probleme der Straffjustiz und ihre Lösungen-am Beispiel des amerikanischen plea bargaining*, Frankfurt a.M., 1977.

29. A tal fim se utilizam com algumas variantes formulações já empregadas nesse sentido no trabalho *Criminologia crítica y política criminal alternativa*, cit. (nota 24).

30. A principal variável da desigual distribuição do *status* de delinquente parece ser, indubitavelmente, à luz das recentes pesquisas, a posição ocupada pelo ator potencial na escala social. As possibilidades máximas de serem selecionadas para fazer parte da "população criminosa" aparecem concentradas nos graus mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). Sua posição precária característica no mundo do trabalho (desemprego, subemprego, ausência de qualificação profissional) e os defeitos de socialização familiar e escolar, que são considerados como causas da criminalidade por parte da criminologia positivista, apresentam-se mais como variáveis através das quais se imputa o *status* de criminoso. Sobre essa característica fundamental da distribuição social do *status* de criminoso e para a crítica à afirmação baseada nas estatísticas oficiais — de que a maior cota da "criminalidade" encontra-se nos extratos sociais inferiores, cf. entre a vasta literatura: Short, J. F., Junior, Nye, F. J., *Reported behavior as Criterion of Deviant Behavior*, em *Social Problems*, 5, 1957, p. 207 e segs.; Nye, F. J., Short, J. F., Junior, Olson, V. I., *Socioeconomic Status and Delinquent Behavior*, em *American Journal of Sociology*, 63, 1958, p. 381 e segs.; Clark, J. P., Wenninger, E. P., *Socio-economic Class and Area as Correlates of Illegal Behavior among Juvenils*, em *American Sociological Review*, 27, 1962, p. 826 e segs.; Erickson, M. L., Empey, L. T., *Class Position, Peers and Delinquency*, em *Sociology and Social Research*, 49, 1965, p. 268 e segs.; Christie, N., Andanaes, J., Skirbekk, S., *A Study of Self Reported Crime*, em *Scandinavian Studies in Criminology*, 1, 1965, p. 86 e segs.; Quensel, St., Quensel, E., *Lässt sich die Delinquenzbelastung messen?* em *Kriminologisches Journal*, 1, 1969, p. 4 e segs.; (onde se ministram outras indicações bibliográficas sobre investigações empíricas); Sack, F., *Selektion und Kriminalität*, em *Kritische Justiz*, 4, 1971, p. 384 e segs.; Peters, D., *Die soziale Herkunft der von der Polizei aufgegriffenen Täter*, em Feest, J., Lautmann, R. (ed.), *Die Polizei. Soziologische Studien und Forschungsberichte*, Opladen, 1971, p. 93 e segs.; Hoffmann-Riem, W., *Rechtsanwendung und Selektion*, em *Juristenzeitung*, 27, 1972, p. 297 e segs.; Blankenburg, E., *Die Selektivität rechtlicher Sank-*

tionen. Eine empirische Untersuchung von Ladendiebstählen, em Friedrichs, J. (ed.), *Teilnehmende Beobachtung abweichenden Verhaltens*, Stuttgart, 1973, p. 120 e segs.; Steinert, H. (ed.), *Der Prozess der Kriminalisierung*, cit. (nota 25); Schumann, K. F., *Ungleichheit, Stigmatisierung und abweichendes Verhalten. Zur theoretischen Orientierung kriminologisches Forschung*, em *Kriminologisches Journal*, 5, 1973, p. 81 e segs.; Wice, P. B., *Freedom for Sale. A National Study of Pretrial Release*, Lexington, Mass. 1974; Schumann, K. F., *Gegenstand und Erkenntnisinteresse einer konflikttheoretischen Kriminologie*, cit. (nota 17); Blankenburg, E., Sessar, K., Steffen, W., *Die Schichtverteilung der (Eigentums — und Vermögens) Kriminalität: eine Wilkur der Instanzen?*, em *Kriminologisches Journal*, 17, 1975, p. 36 e segs.; Quinney, R., *Class, State and Crime. On the theory and Practice of Criminal Justice*, Nova York, 1976; Schwendinger, H., Schwendinger, J., *Social Classes and the Definition of Crime*, em *Crime and Social Justice*, 7, 1977, p. 4 e segs.; Sack, F., *Interessen im Strafrecht. Zum Zusammenhang von Kriminalität und Klassen (Schicht-) Struktur*, em *Kriminologisches Journal*, 10, 1978 p. 248 e segs.; Particularmente, sobre a critica das estatísticas criminais oficiais e da distribuição da criminalidade por elas realizadas conforme Kitsuse, J. J., Cicourel, A. A., *A Note on the Case of Official Statistics*, em *Social Problems*, 11, 1963, p. 131 e segs.; Cicourel, A., *The Social Organization of Juvenile Justice*, cit. (nota 28b.), p. 25 e segs.; Black, D. J., *Production of Crime Rates*, em *American Sociological Review*, 35, 1970, p. 733 e segs.; Wiles, P., *Criminal Statistic and Sociological Explanation of Crime*, em Carson W. G., Wiles, P. (ed.), *The Sociology of Crime and Delinquency in Great Britain*, Londres, 1971, p. 198 e segs.; Kerner, H. J., *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung*, München, 1972; Douglas, J. D., *American Social Order. Social Rules in a Pluralistic Society*, Nova York, 1972, p. 42 e segs.

31. Várias referências para a análise da ciência do Direito Penal e suas ideologias no marco de uma ampla visão do sistema penal encontra-se em: Hulsman L. H. C., *Samenvatting van de colleges Inleiding Strafrecht 2e semester studie jaar*, em: *Erasmus Universiteit Rotterdam, faculteit der rechtsgeleerdheid, vakgroepen privatrecht, staatsrecht, strafrecht, le studiejaar, semester 2, Strafrecht, bundel 4.ª verplichte literatuur, Rotterdam, s. f.*, p. 1 e segs.

32. Cf. também para indicações ulteriores, veja-se também Chambliss, W. J., *The State, the Law, and the Definition of Behavior as Criminal or Delinquent*, em Glaser, D., *A Handbook of Criminology*, Chicago, 1974, p. 7 e segs.; e a literatura já acima indicada (nota 28).

33. É precisamente aqui que podem ser apreendidos os limites clássicos entre a ciência jurídica no sentido genérico e a lei positiva que durante tantos anos alimentaram o ceticismo jurídico, uma vez que contribuíram para refletir acerca do caráter problemático da ciência jurídica. O modelo da critica sobre o significado científico da jurisprudência continua sendo o clássico trabalho de Kirchmann de 1848, cf. Von Kirchmann, J. H., *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, editado por G. Nesse, Stuttgart, 1938; Leoni, B., *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di J. H. von Kirchmann*, na *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 20, 1940, p. 343 e segs.. Na literatura mais recente, cf. para uma comparação entre a ciência jurídica e a teologia, também Albert, H., *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, em *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechts-theories*, 2, 1972, p. 80 e segs.

34. Para o conceito de percepção social do comportamento desviante e da reação social não institucional e, particularmente, para os estudos empíricos respectivos cf. Pogorecki, A., Kaupen, W., van Houtte, J., *Knowledge and Opinion about Law*, Bristol, 1973. Le Blanc, M., *Représentations sociales du phénomène criminel, état des recherches québécoises et mondiales*, tese apresentada no VII Congresso Internacional de Criminologia, Belgrado, 1973; Newmann, G., *Comparative Deviance. Perception and Law in Six Cultures*, Nova York, Oxford, Amsterdam, 1976 (contém os resultados de uma pesquisa intercultural coordenada pelo *United Nations Social Defense Research Institute* (Roma). Outra pesquisa intercultural, coordenada pelo *Centre de Criminologie Comparée, Université de Montréal* (Canadá) foi recentemente concluída. Entre os documentos, cf. Kwasniewski, G. Kojder, A., *Research Project, International Centre for Comparative Criminology, University of Montréal*, junho 1973, *Instituto de Criminologia, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo* (Venezuela), *La reacción social a la conducta desviada*, Maracaibo, 1977; Maggioni, G. (1977), *Social Reaction to Deviance in Italy: A Research on a National Urban Sample Dealing with Perception and Attitudes towards Deviant Behavior. Progress Report*, tese apresentada em *International Conference of the I.S.A. Research Committee on Sociology of Law, Saarbrücken, West Germany*, september 4th-8th, 1977. Kwasniewski, J., Kojder, A. (1977), *Research in the Field of Sociology of Law and its Impact on Government Action. Progress Report*, tese apresentada na *1.ª International Conference of the I.S.A. Research Committee on Sociology of Law, West Germany*, september 4-th, 8-th, 1977. Além disso, deve ser referida pesquisa que se desenvolveu no *Service d'Études Pénales et Criminologiques* (Paris) sobre *L'image de la justice criminelle dans la société*, cf. os diversos artigos sobre as diferentes fases da pesquisa preparados por Ph. Robert, C. Faugeron e P. Lascoumes a partir de 1971. Entre os trabalhos já impressos, cf. Robert, Ph., Faugeron, C., *L'image de la justice criminelle dans la société*, na *Revue de droit pénale et criminologie*, 21, 1973, p. 665 e segs. Sobre a pesquisa levada a efeito no *Institut für Rechts und Sozialphilosophie, Universität Saarlandes* (nota 36), cf. Baratta, A., *Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereichs*, em *Kriminologisches Journal*, 7, 1975, p. 132 e segs.; Smaus, G., *Reazione sociale al comportamento deviante, con particolare riguardo al settore non istituzionale*, em *La questione criminale*, 1, 1975, p. 196 e segs.; Baratta, A., Smaus, G., *Research Project of Deviant Behaviour with Special Reference to Non-institutionalized Reaction*, em Kulcsar, K. (ed.), *Sociology of Law and Legal Sciences. Proceedings of a Conference on the Sociology of Law, Balatonszék-plak, Hungria, setembro 2-25, 1976, Budapest*, 1977, p. 261 e segs.. Veja-se, também entre os trabalhos mais recentes, as contribuições apresentadas por J. J. M. von Dijk, Ph. Robert, P. Rock e H. J. Schneider na *Thirteenth Conference of Criminological Research, Council of Europe, Strasbourg*, 19 julho 1978. Sobre a critica às pesquisas tradicionais Kol (*Knowledge and Opinion about Law*) nesta área cf. Smaus, G., *Kol Inquires and their impact on Government Action*, tese apresentada na *Conferencia Internacional de I.S.A. Research Committee on Sociology of Law, Saarbrücken, RFA*, 4-8 setembro 1977.

35. Cf. Smaus, G., *Teorie del senso comune*, cit. (nota 4).

36. Trata-se da reação do círculo familiar ou de amigos ou conhecidos ante o fato de que uma pessoa haja sido estigmatizada publicamente, seja por sofrer uma perseguição por parte das instâncias punitivas, ou por ter sido

condenada. A regra é que, nesses casos, diminuam ou se suspendam totalmente os contatos com essas pessoas ("distanciamento social"). Dá-se, inclusive, o caso de uma expectativa por parte da sociedade, no sentido de não se conceder ao criminoso qualquer tipo de segurança e apoio ("proibição de coalisão" com sujeitos desviantes) mas, ao contrário, conforme a opinião pública — opta-se pelos valores afetados pelo indivíduo (oferta de coalisão para a maioria conforme). Nesta perspectiva desenvolve-se na Universidade de Saarland-Saarbrücken, uma pesquisa financiada pela *Deutsche Forschungsgemeinschaft* e sob a direção de A. Baratta, G. Smaus e F. Sack (Hannover), que analisa as reações da população. Cf. a informação de Smaus, G., *Reazione sociale al comportamento deviante, con particolare riguardo al settore non istituzionale*, cit. (nota 24). Sobre o significado destas reações no marco dessa investigação, cf. Smaus, G., *Teorie del senso comune*, cit. (nota 4); Baratta, A., Smaus, G., *Research Project: Social Control of Deviant Behavior with Special Reference to Non-Instituzionalized Reaction*, cit. (nota 34); Spiegelberg, R., "Überlegungen zur Reaktion der Öffentlichkeit aus strajrechtliche Sanktionen", em *Kriminologisches Journal*, 11, 1979, p. 22 e segs.

37. Cf. Baratta, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, cit. (nota 19). Para a discussão em torno da relação funcional entre a população penitenciária e o mercado de trabalho, hipóteses fundamentais do clássico livro de Rusche y Kirchheimer (cf. nota 23), deve-se ver Jankovic, I., *Labor Market and Imprisonment*, em *Crime and Social Justice*, 8, 1977, p. 17 e segs.; Melossi, D., *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer*, em *La Questione Criminale*, 4, 1978, p. 11 e segs.

38. Cf. Baratta, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, cit. (nota 19) e a literatura ali aludida. Veja-se, também, em Cicourel, A. V., Kitsuse, J., *The Educational Decision-Makers*, Indianapolis, Nova York, 1963; Fischer, S., *Stigma and Deviant Careers in Schools*, em *Social Problems*, 20, 1972, p. 78 e segs.; Brusten, M., Hurrelmamm, K., *Abweichendes Verhalten in der Schule. Eine Untersuchung zu Prozessen der Stigmatisierung*, München, 1973; Brusten, M., *Soziale Schichtung, selbstberichtete Delinquenz und Prozesse der Stigmatisierung in der Schule*, em *Kriminologisches Journal*, 6, 1974, p. 29 e segs.

39. Cf. Foucault, M., *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, cit. (nota 23).

40. Cf. com relação aos fatores de que depende a atitude do técnico nas decisões judiciais, Hogart, J., *Sentencing as a Human Process*, Toronto, 1971 (com ampla bibliografia); Green, E., *Judicial Attitudes in Sentencing*, Londres, 1961; Hood, R., *Sentencing in Magistrates' Court*, Londres, 1962; Peters, D., *Die Genese richterlicher Urteilsbildung und die Schichtverteilung der Kriminalität*, em *Kriminologisches Journal*, 2, 1970, p. 210 e segs.; Peters, D., *Richter im Dienst der Macht*, cit. (nota 28); Robert, Ph., Faugeron, C., Kellens, G., *Les attitudes des juges à propos des prises de décision*, Paris, 1972; Shoemaker, D. J., South, D. R., Lowe, J., *Facial Stereotypes of Deviants and Judgements of Guilt or Innocence*, em *Social Forces*, 51, 1973, p. 427 e segs.; Miralles, T., *Attitudes of the Judges of the Criminal Courts of First Instance of Guanabara concerning the Process*, Rio de Janeiro, 1975. Com relação a outras instâncias e outras indicações bibliográficas, cf. Hensel, R. L., Silvermann, R. A. (ed.), *Perception in Criminology*, Nova York, Londres, 1975.

41. Cf. Reis, A. J. Junior; Bordua, D., *Environment and Organization*, em Bordua, D. (ed.), *The Police. Six Sociological Essays*, Nova York, 1967, p. 25 e segs.

42. Cf. Stinchombe, A. L., *Institution of Privacy in the Determination of Police Administrative Practice*, em *American Journal of Sociology*, 69, 1963, p. 150 e segs.; Chapman, D., *Sociology and the Stereotype of the Criminal*, Londres, Nova York, Sydney, Toronto, Wellington, 1968, p. 56 e segs.

43. Cf. Popitz, H., *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelfeldziffer, Norm und Strafe, Recht und Staat*, fasc. 350, Tübingen, 1968, p. 17 e segs.

44. Cf. Cicourel, A., *The Acquisition Social Structure. Toward a Developmental Sociology*, em Douglas, J. D. (ed.), *Understanding Everyday Life*, Chicago, 1970, p. 136 e segs.; Cicourel, A., *Delinquency and the Attribution of Responsibility*, em Scott, R. A., Douglas, J. D. (ed.), *Theoretical Perspectives on Deviance*, Nova York, 1972, p. 142 e segs.

45. McNaughton-Smith, P., *The Second-Code. Toward (or Away from) an Empiric Theory of Crime and Delinquency*, em *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 5, 1969, p. 15 e segs.; Blum, A. F., MacHugh, P., *The Social Assumption of Motives*, em *American Sociological Review*, 36, 1971, p. 98 e segs.; Sack, F., *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, cit. (nota 25), p. 458 e segs.

46. Cf. para uma análise sobre a formação da recente legislação alemã sobre drogas, Scherer, S., *Recht als Instrument sozialer Kontrolle*, tese de doutorado apresentada na Universidad de Münster, 1978; sobre a legislação nos Estados Unidos, veja-se Chambliss, W. J., *The State, the Law, and the Definition of Behavior as Criminal or Delinquent*, cit. (nota 32).

47. Para a distinção entre "política penal" e "política criminal", cf. Bricola, F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine público*, na *La Questione criminale*, 1, 1975, p. 221 e segs.; Baratta, A., *Criminologia critica e politica criminale alternativa*, cit. (nota 24), p. 349 e segs.

48. Cf. Mathiesen, T., *The Politics of Abolition*, cit. (nota 25).

49. Cf. Naucke, W., *Strafrecht. Eine Einführung*, 2.^a ed., Frankfurt, a.M. 1977, p. 60.

50. Sobre a teoria "expressiva" (*declaratory theory*) do Direito Penal, cf. Devlin, P., *The Enforcements of Morals*, Londres, 1965; Walker, N. D., *Morality and the Criminal Law*, em *The Howard Journal*, 11, 1964, p. 209 e segs. Esta teoria tem sido oficialmente acolhida pela atual comissão para a reforma do Direito Penal no Canadá, cf. *Commission de Réforme du Droit du Canada, Document de Travail* núm. 10, *Les confins du droit pénal*, Ottawa, 1975, p. 43 e segs.; Brodeur, J. P., Landreville, P., *Finalité du système de l'administration de la justice pénal et planifications de politiques*, Université de Montréal, École de Criminologie, 1977.

51. É oportuno advertir que o conceito de crimes e das diferenças entre estes e as *infractions criminelles*, adotado pela atual Comissão para a Re-

forma do Direito Penal no Canadá, está orientado por essas três características, cf. *Commission de Réforme du Droit du Canada, Document de Travail*, núm. 2, *La responsabilité stricte*, Ottawa, 1974.

52. Para uma teoria da imunização do Direito Penal é útil o conceito de “não contidos” do Direito Penal, introduzida por Schumann; cf. Schumann, K., *Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer Konflikttheoretischen Kriminologie*, cit. (nota 30).

53. Bricola, F., *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni e tutela degli interessi collettivi*, em *La Questione criminale*, 1976, p. 7 e segs.

54. Cf. Sgubbi, F., *Tutela penale di interessi diffusi*, em *La questione criminale*, 1, 1975, p. 439 e segs.

55. Cf. por exemplo, Weinberger, J. C., Jakubowicz, P., Robert, Ph., *Société et perception des comportements déviants incriminés, Service d'Études Pénales et Criminologiques*, Paris, janeiro 1976; Weinberger, J. C., Jakubowicz, P., Robert, Ph., *Il declino del diritto... come strumento di controllo sociale*, em *La Questione criminale*, 2, 1976, p. 73 e segs.

56. Cf. Popitz, H., *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, cit. (nota 43).

57. Cf. Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968, p. 170 e segs.

58. É oportuno notar a pesquisa que atualmente está sendo desenvolvida por uma equipe da *École de Criminologie de la Université de Montréal*; Cf. Landreville, P., Blankenvorrt, V., Pires, A., *Les coûts sociaux du système penal, premier rapport intérimaire, École de Criminologie, Université de Montréal*, julho 1978. Sobre o contexto teórico dos custos sociais do sistema penal, cf. também Hulsman, L., *Un paradigme criminologique abolitionniste et la recherche sur la catégorie de crime, rapport présenté aux tables rondes du CNRS sur Connaissance et fonctionnement de la justice pénale: perspectives sociologiques et criminologiques*, Lyon, 11-14 janeiro 1977.

59. Um clássico exemplo é o fechamento da *School of Criminology* da Universidade de Berkeley de Berkeley (Califórnia), em 1976.

60. Cf. Radbruch, G., *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlass*, Tübingen, 1952, p. 24.

61. Cr. Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, 6.^a ed., Stuttgart, 1963, p. 269.

62. Neste ponto nos limitamos a fazer referência à possibilidade de levar termo reelaborações da ciência penal e de nela introduzir os resultados obtidos pela moderna sociologia criminal, levando em conta as barreiras que impõe a estrutura dogmática e ideológica dessa ciência penal. Com isso, e evidente, não temos feito outra coisa que nos referimos a uma parte, se bem que a mais importante, dos problemas que hoje em dia limitam a integração de outras ciências afins com a ciência jurídica. Essa integração compreende, além da criminologia e da sociologia criminal — independentemente da amplitude com que se aceite qual seja o objeto dessas disciplinas

— toda uma gama de conhecimentos especialmente relacionados com o questionamento especializado de um espectro teoricamente ilimitado de ciências. Esses conhecimentos heterogêneos encontram, em princípio, sua possível unidade no conceito de “investigação do fato social”. A análise da situação e as perspectivas de integração leva-nos inevitavelmente ao questionamento específico de cada uma dessas ciências, com a consequência de que os resultados que obteríamos seriam ainda mais diferenciados do que seriam os obtidos a partir de uma questão de maior importância como o é a pergunta sobre a integração entre a ciência jurídica e a criminologia, de que nos ocupamos. A referência à investigação do fato social tem por objetivo chamar a atenção sobre um importante problema lógico que se apresenta em toda a plenitude do modelo de integração e, sobretudo e em primeiro lugar quando se trata de inserir na ciência penal conhecimentos de tipo sociológico-criminal. Referimo-nos, por exemplo, ao caráter necessariamente seletivo do processamento de conhecimentos sociológicos e de outro tipo na ciência jurídica. Pensamos, também, que qualquer ciência jurídica, inclusive a ciência jurídica do futuro, pode e deve quanto ao processamento e inserção desses conhecimentos, proceder tendo por base um processo seletivo orientado por sua função normativa, isto é, por sua função de instância preparadora e racionalizadora das decisões de outras instâncias. Aqui ressaltamos concretamente o caráter lógico e necessariamente seletivo da escolha no processamento e inserção de conhecimentos fornecidos pelas ciências sociais e naturais em toda ciência jurídica, inclusive a ciência jurídica do futuro. A integração desses conhecimentos é contínua sendo seletiva. Isso se deve à relação de subordinação que existe entre a função normativa da ciência jurídica de preparar e racionalizar as decisões de outras instâncias e a integração nela desses conhecimentos. Dentro desse contexto e para evitar um possível mal-entendido, insistimos no fato de que o chamamento a uma renovação da estrutura ideológica e dogmática da ciência jurídica penal e o questionamento acerca do estado atual dessa estrutura, nada tem a ver com a questão sobre a estrutura lógica da ciência jurídica como ciência normativa em geral.

Não participamos da opinião de que nossa complexa sociedade pode prescindir de uma técnica jurídica para resolver seus problemas de regulação e governo do comportamento, pois isto depende do rendimento de uma ciência jurídica que, além de normativa, esteja em condições de preparar decisões.

Não partilhamos também da opinião de que a lógica da ciência jurídica normativa e o processo de seleção no processamento e integração de conhecimento proveniente de outras ciências ligado a essa lógica, possam ou devam ser diferente. Defendemos a opinião de que a estrutura dogmática e ideológica da ciência jurídico-penal é o fator principal que impede sua integração com as ciências sociais. Uma profunda reflexão, isenta de preconceitos, bem como uma renovação igualmente profunda dessas estruturas, pareceria ser condição suficiente para um novo modelo integrado de uma “ciência jurídico-penal geral”.

Em direção similar, cf. Bacigalupo, E., cit. (nota 8).

DIREITO PENAL E ESTADO-DE-DIREITO MATERIAL

(Sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime)

Jorge de Figueiredo Dias

I. Escolhi para a presente comunicação dois títulos. O primeiro diz: "Direito Penal e Estado-de-direito material"; e o segundo: "Sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime." O primeiro título, tomado de per si, sugere um tema cujo desenvolvimento não parecerá difícil, por demais conhecido. Dir-se-ia que nele se trata, tão-só, da conhecida problemática que, em todos os países de regime democrático, liga a construção da doutrina do direito penal à máxima "nullum crimen, nulla poena sine lege" e às suas consequências dogmáticas. Não é, porém, desta tão essencial quanto notória implicação da idéia do Estado-de-direito na matéria penal substantiva que me proponho falar-vos, mas de implicações porventura menos lineares e evidentes, seguramente menos estudadas, mas nem por isso, tenho a certeza, menos dignas da atenção de quantos se preocupam com o presente e o futuro do direito penal.

Foi para o dar a entender desde início que, logo no título, me decidi a qualificar de "material" o Estado-de-direito aqui em vista. Não o fiz, devo confessá-lo, de ânimo leve. Sou dos que crêem que os conceitos fundamentais do nosso pensamento e da nossa cultura — posso dizer: da nossa civilização — se empobrecem, se é que não se desnaturam, sempre que adjetivados a esmo. Isto mesmo tem acontecido ao conceito de Estado-de-direito — e ao seu correlativo: o de democracia — quando qualificado, sobretudo para fins utilitários de luta política, de democrático, de social, de socialista... e também de material: usando (e abusando) de alguns destes qualificativos já se pretendeu imputar àqueles conceitos certas ideologias que constituem as suas mais pavorosas perversões. Penso de resto, como Barbosa de Melo, que o "novo" pensamento que naqueles conceitos se pretende hoje injectar, de modo a torná-los aptos a defron-

tar é a vencer o desafio do futuro — nomeadamente a acentuação das componentes "igualitarista" e "solidarista", sem prejuízo da tradicional dimensão "liberal" —, que o essencial desse pensamento se encontrava já vivo nos grandes filósofos políticos oitocentistas, verdadeiros "pais" da idéia democrática em sentido moderno.

Se, não obstante tudo isto, me decidi a apodar de "material" o Estado-de-direito que terei presente nas considerações seguintes, é só para sublinhar que a elas não interessa apenas o princípio básico do *primado de direito* na construção do Estado e na regência da vida comunitária dos cidadãos, mas interessa também, e de maneira fundamental, o *conteúdo normativo e axiológico* da regulamentação e da decisão jurídicas. Quero pois, com este designativo, abranger todo o Estado, mas só ele, que por um lado mantém incólume a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido da legalidade, bem como ao respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas; mas que por outro lado se move, dentro deste esquema, por considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições — sociais, culturais e económicas — de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem. Todo o Estado, por outras palavras, que sem renunciar, bem pelo contrário, a uma específica intencionalidade axiológico-normativa, nem por isso quebra ou atenua a sua ligação ao direito nos quadros da legalidade democrática; todo o Estado, em suma, que simultânea e porventura paradoxalmente reconheça ao homem a liberdade *de* o ser e lhe queira possibilitar a liberdade *para* o ser.

É neste preciso contexto que pretendo debater convosco algumas questões candentes da *dogmática* e do *sistema do direito penal*, limitando assim conscientemente a discussão a uma só parcela da "gesamte Strafrechtswissenschaft" — da "ciência penal total" de que falava Von Liszt. Uma parcela cujo relevo para o conjunto foi, em certas épocas e por certas escolas, desmesuradamente hipervalorizado, mas que em data recente vem sendo pelo contrário, porventura injustamente, minimizado.

Ultrapassada de vez a perspectiva *positivista*, pode dizer-se que o momento actual de evolução da doutrina do crime se caracteriza pela tentativa de erigir um sistema que leve em conta, tanto as objecções críticas levantadas à perspectiva *finalista* como as aquisições que permanecem ligadas à perspectiva *normativista*. Não creio, porém, que devamos contentar-nos com um qualquer sistema "inter-médio", uma espécie de "via per mezzo" entre aquelas duas perspectivas. Antes tenho por seguro impor-se uma "construção teleológica do conceito de crime" possuidora dos seus próprios postulados e das suas próprias convicções; e norteadas, não pela simples vontade de cortar ao meio entre dois extremos, mas por uma posição de céptico *relativismo* tanto face à estrutura ontológica, ou mesmo só ôntica,

dos conceitos jurídicos, como simultaneamente face ao domínio ilimitado das valorações normativas.

Devo dizer com clareza que é deste terreno que se nutre o meu próprio pensamento. O problema que hoje vos proponho é assim o de saber — e por aqui se connexionam os dois títulos da minha intervenção numa unidade de sentido —, o de saber se, em que medida e sob que forma, o étimo do Estado-de-direito material pode oferecer fundamento a algumas opções dogmáticas a tomar, com vista à reconstrução de um sistema possibilitador de soluções justas e político-criminalmente oportunas, dos concretos problemas da vida que ao direito penal cumpre resolver.

Devendo conter tema tão complexo e ambicioso nos limites de tempo impostos por uma simples conferência, e não me atrevendo eu a abusar da vossa amabilidade paciente, tenho de me exprimir com a mais terminante concisão. Só por isso me permitirei articular a minha argumentação sob a forma de *teses*. Não viso com elas, por certo, esboçar qualquer nova sùmula ou — se me fosse lícito parafrasear o título da conhecida obra de *Welzel* — qualquer “nova imagem do sistema jurídico-penal”. Mas talvez que a construção teleológica da infracção penal, que em seguida sugiro, possa em alguma medida auxiliar o prosseguimento de uma discussão frutuosa à roda da doutrina do crime. Se esse crédito não me puder ser reconhecido, fique ao menos a pureza da minha intenção de participar numa tarefa exaltante e inadiável: a de abater as barreiras que ainda hoje, infelizmente, obstam ao conhecimento recíproco de manifestações do espírito de povos que — como é o caso do brasileiro e do português — têm a ligá-los laços tecidos de uma substância histórico-cultural comum tão forte que nada nem ninguém poderá desatar.

II. A doutrina geral do crime constitui sem dúvida um dos mais ingentes esforços de abstracção a que se abalançou o pensamento jurídico. Impossibilitado, até hoje, de lograr uma apreciação unitária e sincrética do seu objecto essencial, o crime, viu-se sempre perante a necessidade de análise e dissociação, cindindo aquele objecto numa pluralidade de elementos parcelares (a acção, a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade) e transformando a simultaneidade entitativa numa sucessão lógica. Por isso, ao *problema metodológico* há-de caber sempre decisivo relevo na arquitetura do crime.

Aqui se inscreve, justamente, a minha *primeira tese*. Ela diz: *“Os quadros de um Estado-de-direito material — de um Estado que visa, em último termo, a realização da justiça na vida comunitária dos seus membros — o momento essencial de todo o direito é o da justa decisão do caso jurídico concreto, o da sua aplicação a cada caso por forma, hic et nunc, justa.* Deste modo (para me exprimir através de uma forma aproximativa, mas que vem ganhando foros e cidade) o pensamento do “problema” introduz-se no — e sobre-

põe-se mesmo ao — pensamento do “sistema”, ainda largamente dominante na doutrina do crime.

Assim, desde logo, no decidir se esta doutrina deve apresentar um cunho estritamente normativo, ou é antes ontológica ou onticamente pré-determinada, impõe-se uma consideração diferenciadora. A “matéria” da regulamentação jurídica e posterior análise dogmática não retira o seu sentido da valoração do legislador, do juiz ou do intérprete, antes é “previamente dada” através de princípios e de estruturas de desenvolvimento ôntico-sociais. Mas importará depois sempre *escolher* dentre os diversos sentidos que os dados apriorísticos permitem e sugerem, através de uma *valoração jurídica autónoma*, aquele que há-de decidir da regulamentação ou da solução jurídicas do concreto problema em causa. Quando, porém, se afronta a questão do critério de valoração, não será suficiente dizer, como foi dogma no Estado-de-direito formal e continua ainda hoje a ser predominante, que o legislador o elege em inteira liberdade e que o juiz e o intérprete só terão de o ir buscar à lei. A eleição supõe sim aquilo que, com *Karl Engisch*, chamarei a “penetração axiológica” do concreto problema investigado e para a qual a lei só pode constituir uma directriz, a par de outras, que terá de ser analisada na sua concreta aplicabilidade ao problema em causa.

Assim se rejeita o puro dedutivismo silogístico e conceitual, típico de uma “jurisprudência dos conceitos”, ainda que “teleológica”. Como se rejeita, por outra parte, a legitimidade de resolução sem resto de problemas prático-normativos, a partir de estruturas ônticas ou lógico-materiais. Também na doutrina do crime se deve maior atenção a considerações de justiça concreta do que ao seu condicionamento por dados pré-jurídicos ou às valorações do legislador histórico. Também nela haverá que — partindo de uma casuística tão larga quanto escolhida — procurar a formulação de critérios de valor, que outra coisa não são que “princípios” ou “tópicos” materiais fundamentadores da argumentação e das soluções triunfantes. Também nela haverá que manter a disponibilidade para, quando necessário, renunciar a tais critérios em favor de outros que em concreto melhor realizem a justiça do caso.

Pressinto a objecção: dir-me-ão que a exigência de legalidade formal contida no princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” impõe, ao menos em extensas zonas da doutrina do crime, uma metodologia formal, conceitualista e subsuntiva, ou, em todo o caso, torna a *lei* penal em fundamento e limite de toda aquela doutrina. Julgo, porém, que esta objecção assenta num equívoco. Há, decerto, na construção da doutrina do crime um momento “inicial” de pura subsunção formal, imposta pelo princípio da legalidade e justificada pela função de estrita garantia que ele cumpre dentro do Estado-de-

-direito; derivada, numa palavra, do que chamarei o *tipo-de-garantia* jurídico-constitucionalmente postulado por aquele princípio. Ultrapassado, porém, este momento inicial, toda a construção posterior deve integrar-se na orientação metodológica sugerida. Não só, pois, na idéia-mestra de que decisivo será sempre, em última instância, o “problema” e não o “sistema”; mas também no duplo pressuposto em que assenta, a meus olhos, a função da lei no Estado-de-direito material: no de que ela só obriga onde e enquanto puder representar-se como direito (recusa da aplicabilidade da “lei injusta”); e no de que é devida obediência não apenas ao direito positivado na lei, mas a todos os critérios de juridicidade válidos para a solução justa de um concreto problema jurídico (recusa do dogma positivista e legalista da “aplicação subsuntiva”).

Não deixarei de aceitar que por esta via possa tornar-se mais difícil o encerramento da dogmática jurídico-penal num sistema lógico-formal acabado. Mas também não deverá esquecer-se que, à luz da proposta metodológica esboçada, as próprias noções de “dogmática” e de “sistema” se modificam. Do que sempre se trata é de encontrar soluções *justas* para concretos problemas da vida de relação comunitária. Chamar “dogmático” este tipo de pensamento significa apenas que os produtos das valorações jurídicas são sujeitos a processos de racionalização, de controle e de validade, daqui resultando para eles uma certa significação dogmática. O que por sua vez não exclui, antes postula até, a noção de “sistema” — que todavia não haverá de resultar de qualquer teoria estrutural, *prévia* em relação à dogmática, mas de uma actividade *posterior* a esta. Uma actividade que se vai refazendo à medida que a dogmática vai defrontando novos problemas e cuja missão se esgotará em tornar compreensível o significado — meramente operacional ou coadjuvante — dos conceitos para a aplicação concreta do direito, assim se envolvendo o “sistema fechado” em “sistema aberto”.

Devo concluir sobre este ponto: é do problematismo próprio de cada situação que importa partir para a determinação da totalidade normativa. Disse *Savigny* ser tarefa da dogmática jurídica “estabelecer os princípios que subjazem a um direito positivo e explicitá-los sistematicamente”; mas foi ele também quem afirmou dever cada “caso” ser tomado “como se fosse ponto de partida de toda a ciência, que a partir dele deveria ser encontrada”. Isto deve valer completamente para a doutrina do crime: na justa solução do problema posto pelo caso concreto e na sua posterior integração no sistema há-de consistir a exacta função da dogmática do direito penal.

III. Existe hoje um renovado interesse pela problemática relativa à *função do direito penal* e um largo acordo em que a sua correcta determinação constitui um dos mais relevantes comandos de um

programa político-criminal de domínio e controle da criminalidade. Mas é igualmente à sua luz que devem ser tomadas algumas das mais difíceis opções da doutrina do crime.

Ora, também a correcta determinação da função do direito penal só é possível no horizonte da concepção do Estado e do modelo valorativo jurídico-constitucional em que ela se traduz. No pensamento do Estado-de-direito material persiste a idéia-mestra de que toda a soberania reside no povo e de que este só aliena, para formação do poder do Estado, a quota-parte indispensável à criação de condições de livre realização da personalidade de cada homem. E porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência — só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente *pluralista* —, ao Estado falece por inteiro legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo, tudo deve ser deixado à livre decisão individual. Daqui a minha *segunda tese*: *num Estado-de-direito material deve caber ao direito penal uma função exclusiva de protecção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem, e cuja violação constitui o “crime”*.

Esta tese é prenhe de conseqüências. Logo, como disse, enquanto ela pode e deve ser posta na base de todo um programa político-criminal. E tentando caracterizá-lo, diria eu que ele repousa em três directrizes fundamentais. É a primeira a do encetar decidido de um programa de *descriminalização* e de luta contra a *inflação incriminatória* — verdadeira praga dos nossos dias que me parece ligada, mais que à concepção política estrita do Estado, à subsistência de um tónus moralizante nos sistemas penais, e à crescente e quase incontável complexidade das relações da vida comunitária na sociedade industrial e tecnológica. A segunda directriz conduz à acentuação da *natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal*, com o corolário de que a intervenção desta e dos seus meios próprios, só é admissível como “ultima ratio” da política social. A terceira e última directriz manda conservar sempre, como ponto de partida da intervenção penal, o critério da *necessidade social*: só a conduta externa-social dos cidadãos pode constituir ponto de partida para a averiguação da responsabilidade penal, pois que esta arranca sempre da violação de *bens jurídicos* como interesses socialmente relevantes. E, com isto, estamos de novo regressados ao tema da construção teleológica do sistema jurídico-penal.

1. Com efeito, compreender-se-á agora claramente, e em primeiro lugar, o valor fundamental que para aquela construção deve assumir a *teoria do bem jurídico*. O elemento básico deste conceito reside num momento relacional, numa unidade funcional ou numa

estrutura complexa de aspectos ónticos e axiológicos. Através dela se procura exprimir o interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo reconhecido como socialmente relevante e por isso “valioso”, e ao qual o direito penal confere protecção em certas circunstâncias e dentro de certos limites. De que forma, porém, há-de a noção de bem jurídico ganhar a indispensável materialidade e concreção, de que forma há-de ela ligar-se às condições fundamentais de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem?

O passo essencial vejo-o eu no raciocínio seguinte. Se, num Estado-de-direito material — como se aponta p. ex., de maneira lapidar na Constituição portuguesa —, toda a actividade do Estado, incluída a jurídico-penal, há-de estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos há-de constituir, antes de mais, uma ordenação axiológica *como aquela que* preside à Constituição, verificando-se entre as duas ordens uma mútua relação. Relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de *analogia substancial*, fundada numa essencial correspondência de sentido, a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado.

Se isto puder ser reconhecido, ter-se-á logrado, em minha opinião, um instrumento dogmático fundamental para uma tentativa de reconstrução da doutrina do crime. Darei um exemplo: só por esta via, estou certo, se alcançará clareza sobre o sentido e a essência do chamado direito penal administrativo — hoje de novo no centro das atenções, por força sobretudo do espectacular aumento do âmbito e da importância do direito penal económico. Uma *relativa* autonomização deste direito penal administrativo face ao direito penal clássico, ou de justiça, só nos quadros do Estado-de-direito material será aceitável e compreensível. Não porém, como ainda hoje predominantemente se pensa, porque o direito penal administrativo não vise a protecção de bens jurídicos mas só de “bens administrativos”, ou em todo o caso de “bens ideais e sem sujeito”, ou ainda (como defende *Tiedemann*) de bens “supra-individuais”. Tampouco, como sugere *Roxin*, porque se tenha de considerar que a função do direito penal reside na protecção não só de bens jurídicos, mas também de certas prestações do Estado de carácter social. Em qualquer destes casos, se vejo correctamente a situação das coisas, não se pensam ainda a essência do Estado-de-direito material e as suas implicações jurídico-penais com suficiente decisão. No direito penal de justiça como no administrativo há-de tratar-se sempre da protecção de bens jurídicos e, portanto, de uma ordem legal análoga à ordem axiológica constitucional. Só que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal de

justiça se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto os do direito penal administrativo se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela. Por isso os primeiros se devem considerar concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais e os segundos concretizações dos valores ligados aos direitos sociais e à organização económica contidos na Constituição.

Expor, ainda que em síntese apertada, as consequências que desta concepção fundamental resultariam para a dogmática e o sistema do direito penal administrativo, em particular do económico, implicaria todo o tempo de uma outra conferência. Deixo pois aqui o exemplo e viro-me decididamente para outra ilustração da fecundidade heurística da tese apontada no sistema jurídico-penal.

2. Se a função do direito penal se restringe à protecção de bens jurídicos, e se a noção de bem jurídico constitui o elemento fundamental, embora prévio, da valoração da *antijuridicidade*, então é este mesmo elemento do crime, na forma de *antijuridicidade típica*; que deve constituir a pedra angular e possuir prioridade ontológica e normativa na construção do sistema jurídico-penal.

a) Com isto recuso, desde logo, o valor prioritário que até aqui tem sido em geral concedido, na construção do sistema, às discussões à volta do conceito de *acção*. Um tal conceito — assumo-se ele como acção “naturalística”, “normativa”, “final” ou “social” — nem pode ser concebido de modo *unitário*, capaz de suportar a construção de todas as formas de aparecimento do crime (como crime doloso e negligente, activo e omissivo); nem pode manter-se como entidade *autónoma*, estranha e previamente dada ao tipo, que não antecipe alguma ou algumas das posteriores determinações do sistema. A doutrina do crime deve pois renunciar, neste ponto, a encontrar a sua “última Thule” nos resultados da abstracção generalizadora e classificatória. É um preconceito — e, na verdade, um preconceito idealista — pensar que os fenómenos deste mundo hão-de por força reconduzir-se a conceitos de maior abstracção e forma uma “ordem” pré-estabelecida, que só importaria “conhecer”. Deixemos em paz — se é lícito exprimir-me assim — a “acção” em geral, e ocupemo-nos das acções e omissões concretas, das dolosas e das negligentes, tal como concretamente nos são dadas nos tipos-legais de crimes.

Vale isto por dizer, de forma conclusiva, que a doutrina geral da acção deve, na construção do conceito de crime, ceder a primazia à doutrina da “acção ou da realização típica”, passando a caber ao conceito de acção apenas, como já preconizava *Gallas*, “a função de integrar, no âmbito da teoria do tipo, o meio adequado de prospecção da espécie de actuação”. A partir daqui torna-se inevitável assi-

nalar ao conceito geral de acção o desempenho de um papel secundário no sistema, que praticamente se esgota na função negativa (ou função de “delimitação”, na terminologia de *Jescheck*) de excluir daquele conceito os comportamentos *ab-initio* jurídico-penalmente irrelevantes. A primazia há-de, diferentemente, ser conferida sem rebuços ao conceito de antijuridicidade típica e à função por ele desempenhada na construção teleológica do crime.

b) Traz-se assim também, creio, uma nova clareza e enriquecimento ao debate entre uma construção *bipartida* e uma construção *tripartida* do crime. Não quero, pondo assim o problema, reeditar concepções como as que distinguem no crime só o elemento “material ou objectivo” e o “moral ou subjectivo” — a “injúria” e a “culpa” —, desvalorizando ou ignorando a categoria do *tipo* ou “*Tatbestand*” que, a partir de *Beling*, não mais pode ser afastada das discussões sobre o conceito de crime. Quero, pelo contrário, pôr a questão da função do tipo e das suas relações com a antijuridicidade, determinando se aquele constitui um autónomo degrau valorativo na *arquitetura* do crime (concepção *tripartida*) ou é só concretização de uma antijuridicidade pré-existente (concepção *bipartida*).

A luz da idéia do primado da antijuridicidade, como implicação no sistema dos pressupostos do Estado-de-direito material, parece-me claramente esta última — a concepção bipartida — a construção mais correcta, se não a única admissível. E não desejaria que a questão fosse desvalorizada (como sucede hoje na generalidade dos seus tratamentos) para mero produto da aceitação da doutrina que vê nas causas da justificação verdadeiros elementos negativos do tipo. Se a minha afirmação puder não ser considerada pretensiosa ou provocativa, direi que tanto esta doutrina — que, na esteira da dogmática alemã, chamarei daqui do “tipo-de-ilícito total” — como a que se lhe opõe — a doutrina do “tipo-indiciador” — falham no essencial. Para a doutrina do tipo-indiciador o tipo é só *um* dos fundamentos da antijuridicidade, a par de outro constituído pela não intervenção de causas justificativas; para a doutrina do tipo-de-ilícito o tipo é o *único* fundamento da antijuridicidade, porque nela intervêm já, negativamente, a ausência de causas justificativas. Para uma como para outra doutrina, porém, o tipo está, lógica, ontológica e teleologicamente “antes” da antijuridicidade, não é resultado de uma valoração mas mero “objecto” dela; para uma como para outra o tipo é o substantivo, a causa, o *prius*, e a antijuridicidade apenas a predicação, a consequência, o *posterius*. De tal forma — e isto é o verdadeiramente grave — que a antijuridicidade como tal acaba sempre por reduzir-se à questão formal e positivista da intervenção ou não intervenção, no caso concreto, de uma causa justificativa;

por isso não possui ela valor *autónomo* na qualificação de um comportamento como criminoso e surge como mera categoria formal e vazia de conteúdo.

Reputo uma tal conclusão inadmissível nos quadros do Estado-de-direito material. A antijuridicidade, como valoração autónoma da ordem jurídica através da qual se liga a um certo comportamento humano um sentido de desvalor jurídico, detém prioridade lógica, ôntico-social e normativa sobre o tipo. Ela há-de possuir os seus próprios postulados e o seu próprio sentido, sendo, nesta acepção, uma antijuridicidade *material*. Decerto: em direito penal, por força do “*nullum crimen sine lege*” ou do que chamei o “tipo-de-garantia”, nem toda a antijuridicidade é relevante, antes só a que corresponder à descrição de uma conduta pela lei penal. Mas isso em nada deve obscurecer a conclusão de que o tipo-de-ilícito é sempre, já, a emanção concretizada de uma antijuridicidade que o precede e o fundamenta, nem deve impedir — se posso servir-me, sem que me chamem herético, da fórmula paradigmática de *Hardwig* —, a conclusão de que *sem antijuridicidade não há tipo-de-ilícito*!

c) Por razões imperiosas de tempo devo renunciar completamente à tentativa de mostrar como esta conclusão serviria para dar nova luz a problemas dogmáticos importantes e actuais, como o da relação entre bem jurídico e causa de justificação, o dos chamados tipos-abertos, o das características especiais da antijuridicidade, enfim — e talvez sobretudo — o da adequação social. Mas não deixarei de dizer uma palavra sobre um outro tema que com esta questão se prende e continua mesmo no centro das discussões: o da “pertinência sistemática” do dolo e da negligência (ou culpa) ao tipo-de-ilícito ou antes à culpabilidade.

Pode dizer-se abandonada hoje, por quase toda a parte, a idéia de que decisiva para esta localização seria a concepção da acção de que se partisse — nomeadamente o fazer-se dela uma acepção “final” ou antes “causal”. Não falta todavia quem pretenda agora que a inclusão daqueles elementos no tipo-de-ilícito deveria logo deduzir-se, ou da exigência de determinabilidade dos tipos própria do Estado-de-direito, ou da idéia segundo a qual os elementos de ilícito devem ser desenvolvidos a partir da essência da antijuridicidade. Um e outro argumento fazem entrar o problema mesmo no cerne das preocupações que aqui me propus debater.

O primeiro argumento — usado p. ex. por *Roxin* — radica em meu juízo na confusão entre o tipo-de-ilícito como concretização de antijuridicidade e o tipo-de-garantia imposto pelo princípio “*nullum crimen sine lege*”. Decerto que dolo e negligência são circunstâncias delimitadoras do âmbito da punibilidade e portanto elementos constitutivos do tipo-de-garantia; mas também o é a própria culpabili-

dade, sem que daí alguém conclua que ela deve reentrar no tipo-de-ilícito. Por outro lado, da essência da antijuridicidade — com que argumenta, p. ex., *Jescheck* — só consigo eu retirar a conclusão de que ela se não deve bastar com a categoria da causalidade, determinante do desvalor do resultado, antes há-de tomar também em conta os elementos do desvalor da acção, através dos quais esta surge como obra de uma pessoa, ligada a um centro ético de imputação. Por isso mesmo sustento eu que certos elementos constitutivos do dolo (o conhecimento e vontade de realização do tipo) e da negligência (a violação do dever objectivo de cuidado) devem na verdade localizar-se sistematicamente em sede de tipo-de-ilícito. Se o mesmo, porém, deve dizer-se dos restantes elementos constitutivos do dolo e da negligência, é coisa que só após considerar o momento da culpabilidade pode capazmente ser decidida.

IV. Depois de uma época de esplendor, de novo se encontra hoje em crise o pensamento da culpabilidade no direito penal. Deu-se, por um lado, a cisão entre esse pensamento e a pena retributiva, sendo à luz de considerações preventivas que há-de agora decidir-se do futuro do conceito de culpabilidade. Desapareceu, assim, a necessidade de um momento ético neste conceito, através do qual ele se ligava à liberdade do agente. Reconhece-se, por outro lado, que o tradicional conceito de culpabilidade conduz, em muitos problemas práticos, a soluções político-criminalmente intoleráveis. E acentua-se, por fim, que nas mútuas relações entre a dogmática, o sistema e a política criminal é esta última — como de há muito acentuava já *Aníbal Bruno* — que assume papel decisivo na determinação dos limites últimos do punível.

Devo exprimir a minha concordância de princípio com a forma como, assim, surge condicionado o futuro de um direito penal de culpabilidade. E todavia, creio, na companhia de *Fabrizio Leiria*, que aquele também não poderá subsistir se não alcançar uma *fundamentação axiológica*, a qual, por sua vez, arrastará de novo a discussão sobre o seu *momento ético*. Apesar da extensão e da intensidade com que hoje se afirma o dogma empírico-analítico no mundo do Direito, persisto em ver na “dimensão axiológica” aquilo que constitui um princípio como jurídico e fornece, como acentua *Castanheira Neves*, o fundamento do seu particular modo de validade. Uma tal dimensão há-de então ser procurada no quadro dos valores integrantes do consenso comunitário, que vivem no fundo ético-cultural de uma sociedade em dado momento e se objectivam historicamente através da “consciência jurídica comunitária”. Para que possam arvorar-se em fundamentos de validade jurídica precisam eles ainda, porém, de ser mediados ou “positivados” pela Constituição democrática do Estado. É no quadro dos valores aceites ou pressupostos para

uma tal Constituição que deverá determinar-se o fundamento axiológico do princípio da culpabilidade e, com ele, a razão da sua subsistência ou do seu perecimento.

Ora aquele quadro é dominado pela idéia de que, nas relações sociais, cada pessoa é um fim em si mesma, possui uma dignidade intocável. Todas as relações humanas em sociedade devem por isso ser ordenadas em função deste primeiro fundamento ou — para dizer com *Barbosa de Melo* — deste “axioma antropológico”, assim constituído em *Grundnorm* da ordem jurídica do Estado democrático. Daqui, justamente, a minha *terceira tese*: *é o valor irrenunciável da garantia da iminente dignidade humana que constitui o fundamento axiológico do princípio da culpabilidade; e é a delimitação da responsabilidade do homem, dali decorrente, que define a função do princípio à luz das exigências do Estado-de-direito material.*

1. Incompatível com esta tese, é, logo, o requisito a favor da abolição do direito penal da culpabilidade e da sua integral substituição por um sistema de medidas profiláticas ou terapêuticas. Incompatível é também depois, se bem vejo, a posição daqueles que (como *Gimbernát Ordeig* ou *Ellscheid* e *Hassemer*), renunciando à culpabilidade como fundamento e como limite da pena, pretendem manter no essencial as suas consequências em matéria de delimitação da responsabilidade — para tanto apelando para um correcto entendimento das exigências preventivas ou para o princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade. Como incompatível é por fim a idéia, proposta por *Jakobs*, de manutenção da culpabilidade como puro derivado da prevenção geral. Não vejo, com efeito, pontos de conexão entre as exigências preventivas ou as da proporcionalidade e a garantia da dignidade do homem, capazes de credenciar uma coincidência da limitação da responsabilidade a partir daquelas e desta.

A luz do valor da garantia da dignidade humana concluirei pois, como *Stratenwerth*, que não há alternativa à necessidade de medição da pena pela culpabilidade; e por uma culpabilidade que contenha um elemento ético-pessoal limitador das exigências que, de outros pontos de vista, se façam à responsabilização do agente.

2. O problema é saber se, deste modo, não estamos caídos mesmo no meio da indiscernível problemática do livre-arbítrio e da conseqüente tese da culpabilidade da vontade. É minha convicção (que procurei minuciosamente demonstrar em alguns dos meus trabalhos anteriores) que por esta via não se oferecem boas perspectivas de futuro ao pensamento da culpabilidade no direito penal. A pergunta pela liberdade da vontade que presidiu à prática de um facto (pelo poder individual do agente para, numa situação concreta, agir de outra maneira) continua e há-de continuar a ser uma pergunta

sem resposta. Além de que a concepção de culpabilidade aqui implicada origina consequências político-criminalmente insuportáveis, ao tornar aquela dependente da medida do poder individual e ao dissolver nesta, completamente, as exigências do dever social.

A saída para o impasse vejo-a eu na superação de uma liberdade indeterminista por uma liberdade *personal*, num recuo da liberdade como propriedade da acção em favor da liberdade como característica do ser total que age, como um todo. Aquilo que, no plano de acção, parece ser liberdade de indiferença, livre-arbítrio, é, no plano do existir, a liberdade da decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental (de que fala *Max Müller*) pela conformação da vida pessoal — a *liberdade daquele que tem de agir assim por ser como é*. Aqui residirá a autêntica liberdade pessoal do homem, a sua característica irrenunciável: no seu concreto existir ele é sempre *ser-livre*.

Isto torna legítima uma acepção material da culpabilidade jurídico-penal como violação pelo homem do *dever* de conformar a sua existência por forma tal que, na sua actuação na vida, não lese ou ponha em perigo os bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Se acrescentar agora: por um lado que toda a culpabilidade jurídico-penal tem, num Estado-de-direito, de referir-se ao *facto* ou ao ilícito-típico cometido; e, por outro lado, que o substrato derivado da decisão do homem sobre si mesmo é o que, com o pensamento teológico católico, se chama a *personalidade* (não o mero carácter naturalístico) — ficam dadas as condições para poder afirmar que toda a culpabilidade em direito penal é, materialmente, o *ter que responder pela personalidade que fundamenta um facto ilícito-típico*.

3. Mais uma vez se me torna impossível mostrar em pormenor o que se terá ganho, do ponto de vista da dogmática e do sistema, com esta acepção material da culpabilidade. Limito-me a mencionar — a mencionar só — os tópicos seguintes:

1.º Uma tal acepção pode legitimamente reivindicar-se do seu fundamento ético, sem por isso ter de ligar-se à aceitação de um poder de agir de outra maneira na situação e sem que, por isso, depare com o “*ignoramus et ignorabimus*” imposto na questão do livre-arbítrio. O apelo que nela se faz à liberdade pessoal, como característica irrenunciável do homem, é só fundamento e pressuposto da culpabilidade — e não também critério e elemento do seu conteúdo — e constitui, assim, penhor da sua ligação ao étimo fundamento do Estado-de-direito material.

2.º Esta acepção da culpabilidade poderá pois ser subscrita mesmo por aqueles que, tendo de bastar-se com um “*non-liquet*” na questão do livre-arbítrio, se não preocupam com procurar a liberdade

do homem a outro nível e acabam por aceitar, ao menos como hipótese de trabalho, um ponto de partida determinista.

3.º A acepção proposta da culpabilidade, através da sua referência à personalidade do agente e à violação por este de um dever-ser de espécie particular, oferece fundadas esperanças de obviar às antinomias, postas pela culpa da vontade, entre a medida do poder individual e as exigências do dever social e de poder constituir um instrumento político-criminal aceitável e, assim, um dos fundamentos do direito penal do futuro. A ilustração fragmentária deste ponto dedicarei as minhas últimas considerações.

a) Ela permite, antes de mais, o que me parece a solução mais razoável da questão, já atrás referida, da *localização sistemática do dolo e da negligência*. Disse que o dolo enquanto conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo, e a negligência enquanto violação de um dever de cuidado, são elementos constitutivos do tipo-de-ilícito. Mas o dolo é também e ainda expressão de uma atitude pessoal *contrária* ou *indiferente*, e a negligência expressão de uma atitude pessoal *descuidada* ou *leviana*, perante o dever-ser jurídico-penal; e nesta parte são elementos constitutivos, respectivamente, do tipo-de-culpabilidade doloso e do culposo. É a dupla valoração da antijuridicidade e da culpabilidade que *concorre* na completa modelação dogmática e sistemática do dolo e da negligência.

b) Assim se abre caminho para o que sempre pensei ser a correcta solução do problema da *consciência do ilícito*. Esta é o elemento — digamos: emocional — que, acrescentando ao conhecimento e vontade de realização do facto (ao elemento intelectual e ao volitivo), caracteriza a atitude pessoal requerida pelo tipo-de-culpabilidade doloso. Quando ela falte, importa porém determinar se já o conhecimento do tipo objectivo era suficiente a uma correcta orientação do agente para o desvalor do ilícito. Se se concluir que *não*, e que no caso era ainda para tanto necessário o conhecimento da proibição, estaremos perante um erro sobre a proibição relevante, que exclui o dolo. Se porém se concluir que *sim*, então é a própria falta de consciência do ilícito que vale como o elemento emocional requerido e fundamenta a culpabilidade dolosa. No primeiro caso estaremos ainda — tal como no caso de erro sobre os elementos do tipo-de-ilícito — perante uma *falta de conhecimento*, que deve ser imputada a uma falta de informação ou de esclarecimento e assim, quando censurável, a uma atitude descuidada ou leviana perante o dever-ser jurídico-penal. No segundo caso, porém, estamos já perante uma *deficiência da consciência ético-jurídica*, que não lhe permite apreender correctamente os valores jurídico-penais e que, quando censurável, deve ser imputada a uma atitude contrária ou indiferente ao dever-ser jurídico-penal.

c) A concepção esboçada da culpabilidade jurídico-penal lança por último, creio eu, uma luz mais favorável sobre as incidências político-criminais das chamadas causas de exclusão da culpa.

Quanto à *inimputabilidade*, ela deve ser afirmada apenas quando a anomalia psíquica, ou a falta de idade, impedem um juízo de compreensão da personalidade do agente como fundamento do facto ou, o que é o mesmo, impedem o juiz de compreender a conexão objectiva de sentido da actuação do agente, de compreender o facto como facto de uma pessoa. Assim se salvaguarda a distinção entre o éticamente censurável e o psiquicamente anómalo ou imaturo e se podem alcançar soluções político-criminalmente aceitáveis dos problemas da chamada imputabilidade diminuída.

Quanto à *inexigibilidade*, ela só deverá ser afirmada quando se verifique uma sensível desconformidade entre a censurabilidade externo-objectiva do facto e a "essência de valor" da personalidade nele documentada. E quando se possa atribuir uma tal desconformação a uma pressão imperiosa de momentos exteriores à própria pessoa, que não encontram nesta um "eco" favorável, antes *estorvavam* ou *desviaram* mesmo o cumprimento normal das suas intenções fundamentais. De tal modo que se possa dizer, como *Roxin*, que também a generalidade dos homens "normalmente fiéis ao direito" seria actuado da mesma maneira. Assim se compreende que a culpabilidade deva ainda ser afirmada nos casos de *inexigibilidade intensificada* — nos casos de actuação de soldados, polícias, bombeiros e outras pessoas que são obrigados a suportar um risco aumentado —, ainda quando, na mesma situação, ao agente sobre o qual não recaísse um dever especial pudesse ser concedida a exclusão da culpa em nome da *inexigibilidade*. Como só assim — na base da concepção da culpabilidade que venho desenvolvendo — se pode compreender a regulamentação, comum ao direito vigente no Brasil e em Portugal, da exclusão da culpa em caso de excesso de legítima defesa. Que um afecto *esténico*, p. ex. o ódio ou a cólera, nunca tenha efeito de exclusão da culpa, ainda quando assuma a mesma ou maior força de coacção psicológica que o afecto *asténico*, é solução que demonstra como certas qualidades da personalidade são pela lei imediatamente valoradas como culpabilidade.

Num pensamento paralelo ao da *inexigibilidade* vejo eu o fundamento da exclusão da culpa por *falta de consciência do ilícito não censurável*: ela só pode ficar a dever-se a que a personalidade do agente, apesar do erro em que incorreu, mantém no essencial a sua conformação com a personalidade suposta pela ordem jurídica e revela, em especial, uma consciência ético-jurídica *recta*. Essencial é aqui a distinção entre uma consciência ético-jurídica *verdadeira*, que decide em conformidade com a totalidade das exigências jurídi-

cas reais-objectivas; e uma consciência ético-jurídica simplesmente *recta* que, apesar da não integral coincidência com aquelas exigências, revela a persistência no agente de uma *geral atitude de fidelidade ao direito*. Trata-se, nesta última, de uma consciência ético-jurídica que, apesar de errônea, se orienta ainda por pontos de vista de valor aceitáveis para a ordem jurídica e que por eles pauta a sua conduta vital. Uma falta de consciência do ilícito não censurável dar-se-á assim, preferentemente, nas chamadas áreas de conflito social ou de "controle ativo", onde a questão da antijuridicidade do facto concreto surge como particularmente discutida e controversa. Não só nelas porém, já que também nas áreas de consenso social ou de "controle passivo" se dão muitas vezes exigências jurídicas não coincidentes ou mesmo contraditórias, sendo na prevalência a conferir a uma delas que se constitui o autêntico problema da antijuridicidade.

V. Termino, desta forma, o apanhado que perante vós me propus levar a cabo das principais implicações que para o sistema jurídico-penal e a doutrina geral do crime — particularmente nos temas do método, da antijuridicidade e da culpabilidade — me parecem contidas nas três teses que formulei sobre o Estado-de-direito material. Falando perante juristas brasileiros, lídimos representantes de uma ciência que ao progresso de uma frutuosa discussão da doutrina do crime tem prestado inestimável contributo, assalta-me bem viva a consciência da questionabilidade e da precariedade das posições que avancei. Confessarei, todavia, que não me preocupa demasiado essa circunstância, seguro como estou que é na apresentação de proposições divergentes, no fogo da argumentação e da contra-argumentação, na defesa de pontos de vista contrapostos que verdadeiramente se constitui o progresso da nossa disciplina. E não é em permitir e favorecer um tal processo de busca da verdade — da verdade que, só ela, nos libertará, como proclamou *Platão*, o primeiro dos académicos —, não é aí que reside justamente o mérito, esse sim: intemporal e absoluto, da própria democracia e do Estado-de-direito?

À luz do étimo fundante do Estado-de-direito material — sobre a superioridade ética do qual eu espero que todos estaremos de acordo — atrevi-me a trazer perante vós uma proposta e uma possível justificação de uma certa idéia da doutrina do crime. Só a vós pertence decidir da eventual utilidade que ela possa ter no estado actual de evolução da doutrina brasileira. Por mim fica-me a certeza de que, ao decidi-lo, tereis presente, tal como eu, a tão sábia quão antiga advertência de *Heráclito*: "Não nos apressemos a formar um juízo definitivo sobre as coisas essenciais."

A CRIMINOLOGIA RADICAL

Roberto Lyra Filho

Assumi o compromisso de redigir este ensaio, devido ao interesse com que venho acompanhando a carreira de Juarez Cirino dos Santos, desde os seus primeiros passos. Nele, reconheci, de imediato — e o tenho proclamado, repetidamente (Lyra Filho, 1980A: 157) — o maior talento da nova geração de criminólogos brasileiros. É, portanto, duplamente grato confirmar, agora, este juízo e saudar a passagem do marco doutoral.

A *Criminologia Radical* (Cirino, 1981) é o seu texto mais recente e, ao mesmo tempo, a tese de doutoramento que, com os meus insígnies colegas Albuquerque Mello, Fragoso, Mestieri e Papaleo, aprovei, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, atribuindo-lhe a nota máxima. Isto, é claro, não importa em concordar, sem ressalvas, com tudo quanto o autor, ali sustenta. A própria banca examinadora constituía, como é normal, na vida universitária, uma seleção de professores com significativas diferenças de ponto de vista. Aliás, dentre eles, era eu, sem dúvida, quem demonstrava maiores afinidades com a orientação esposada pelo candidato. A minha proposta duma *Criminologia Dialética* (Lyra Filho, 1972; 1975; 1981) representa um subgrupo da extensa gama de modelos da *Criminologia Crítica*, a que também pertence, com seu peculiar matiz, a *Criminologia Radical*.

Depois de encerrado o debate acadêmico, de arguição e defesa de tese, podemos, assim, retomar, em tom mais repousado, um diálogo fraterno, assinalando as divergências e convergências das nossas posições, dentro da unidade substancial de propósitos e esperanças, em que comungamos.

Exprimindo a harmonia básica da nossa visão criminológica, referi-me, na arguição mencionada, ao trabalho de dois arquitetos que projetassem a morada científica, tendo em mira as mesmas opções democráticas, populares e socialistas. A diversidade do estilo nada

retira à fecundidade das sugestões alternativas, que antes enriquece o repertório dos moldes, no empenho comum a que ambos servimos (Lyra Filho, 1981A: 4).

Se a *Criminologia Radical* mais não fizesse — e estou convicto de que tem muitas outras excelências — bastar-lhe-ia a não pequena virtude, que manifesta, de quebrar o marasmo dos trabalhos rotineiros, ainda predominantes, entre nós.

Na verdade, após o impulso dado à *Criminologia* pelos mais ilustres precursores, de Tobias Barreto a Roberto Lyra, pai (Lyra, 1964: 107 ss.) — este último inclusive antecipando a nota crítica —, ficou a nossa disciplina em grande parte relegada aos dúbios cuidados de não rigorosos especialistas e constantes repetidores do positivismo, de várias espécies. Em 1964, Roberto Lyra, pai, chegava a arrematar uma síntese histórica, fazendo este apelo, quase patético: “peço aos novos valores que me enviem seus trabalhos, para as menções merecidas” (Lyra, 1964: 138).

Apareceu em 1967 a minha primeira contribuição crítica (Lyra Filho, 1967), resumindo idéias divulgadas anteriormente, em aulas e seminários, e iniciando o rompimento com as posições conservadoras (Tavares, 1980: 5), que culminou na posição definitiva, em 1972 (Lyra Filho, 1972). Alguns colegas, daqui e do estrangeiro, acolheram então, generosamente, a *Criminologia Dialética*, assinalando que se tratava de perspectiva útil e original (Lyra Filho, 1975: 29). O objetivo marcante e cada vez mais nítido era, e é, alistar-me entre os intelectuais orgânicos do novo bloco histórico, visando o socialismo democrático. Isto, por si só, delineia uma evidente solidariedade com os propósitos declarados pelo meu jovem e brilhante colega, Cirino (Cirino, 1981: 126). Além deste aspecto fundamental, no engajamento sócio-político, de próximo parentesco — apesar de alguns matizes distintivos — liga-nos também a oposição à *Criminologia Tradicional*, de timbre positivista e conservador. Desde o período de estagnação, em que apareceu o primeiro esboço da *Criminologia Dialética* — subsiste, apesar de tudo, o desfibramento da produção mais comum dos criminólogos brasileiros, perante o qual as idéias de Cirino me reconfortam, como esforço notável de questionamento. As nossas sugestões são paralelas, solidárias e afins.

Criminólogos de vanguarda, consideramos a dogmática jurídica uma fatal obstrução (Lyra Filho, 1980; 1980 B; 1981 B; 1981 C), e era constrangedor verificar que a *Criminologia* brasileira se deixava ficar a reboque do Direito Criminal dogmático (Mestieri, 1972: 90-94). Campeava, então, no Brasil, a atitude dogmática, e era no terreno jurídico-penal que surgiam obras de mérito, erudição e preocupações positivas. Nestas, inclusive, medravam, apesar das limitações do enfoque, os posicionamentos progressistas, oscilando entre um libera-

or meios pacíficos, e até convencionais, da estrutura implantada Lyra Filho, 1979: 16 ss). Com isto, o conservantismo visa reprimir qualquer teoria e praxis progressistas, e é extremamente honroso ocorrer em tais iras reacionárias. Ocorre, todavia, que, no lado esquerdo, o “radicalismo” pode significar um posicionamento anarquista ou, em todo caso, o tipo da “doença infantil”, que eu mesmo enfrentei, no Criminólogo da *Carta Aberta* (Lyra Filho, 1981). Considero isto um perigo para os nossos objetivos comuns e uma fonte de equívocos políticos, principalmente em face do modelo de socialismo autogestionário, não “estatista”, não burocrático, antes livre respeitador dos direitos humanos, que defendo, com inspiração na advertência solene de Bloch (Bloch, 1976: 13).

Mais grave ainda é o inconveniente que surge no próprio setor criminológico. Os esquemas classificatórios da reação já adotaram, aqui, a etiqueta radical, para indicarem os anarquismos e “esquerismos” puramente destrutivos, tanto assim que os distinguem — como “radicais” — até da Criminologia marxista... (Pinatel, 1980: 263; Szabó, 1980: 22-23.)

Todavia, se tomarmos o “radicalismo” como uma descida às raízes, todo aperfeiçoamento da Criminologia Crítica é, sem dúvida, um mergulho “radical”; e nisto Cirino e eu estamos propriamente de acordo. Uma Criminologia Dialética, tal como preconizo, ou Radical, como prefere ele, são esforços para consumir o impulso crítico, dando aos condicionamentos infra-estruturais e denunciando as ficções paliativos de superfície, tanto quanto propondo a *Aufhebung*, para não ficar na pura negação. Aliás, tive ensejo de insistir neste ponto, em minha arguição, quando confrontava a obra anterior de Cirino — *Criminologia da Repressão* (Cirino, 1979) e, com ou sem ressalva do rótulo, a sua *Criminologia Radical*, mais recente (Cirino, 1981).

Assinalei, então, que o parágrafo inicial e a conclusão 5.^a da *Criminologia da Repressão* (Cirino, 1979: 1-2; 115) pareciam condenar a ciência criminológica mesma, enquanto a *Criminologia Radical* manifesta uma clara alternativa. Por outras palavras, deseja superar a Criminologia Tradicional, e não destruir a ciência que praticamos. Como nota a eminente Lola Aniyar, há espaço indiscutível para uma Criminologia da Libertação” (Aniyar, 1981), e este rótulo tem, para mim, conotações simpáticas, devido à proximidade com a Teologia da Libertação, em que busquei paralelo para combater os dogmas dos marxistas (Lyra Filho, 1980: 17-18; 21; 42). Celebro, assim, como brasileiro, os movimentos de liderança, aparecidos no seio do cristianismo nacional. Neste ângulo e sem prejuízo de qualquer eventual desconformidade de táticas e objetivos “finais” (aqui, é claro, eu me retiro do modelo socialista democrático, do meu compromisso político), estamos em aliança, numa frente única e ampla. Os “matizes” a que

acertadamente se refere a colega venezuelana, em nada obscurecem as “matrizes” (Aniyar, 1981: 6). Cientificamente e em nosso terreno específico de atuação, a matriz é mesmo a Criminologia Crítica.

Mas, para entender melhor o que ela significa, enquanto nos opõe à Criminologia Tradicional e seu positivismo, creio que é necessário remontar, brevemente, às origens da disciplina.

Ninguém ignora que a Criminologia nasceu sob o comando da *Scuola Positiva* do Direito Criminal e que destes primeiros ensaios advém todo o *corpus* teórico, servindo ao que, em contraste com a atual Criminologia Crítica, já se designa como Criminologia Clássica (Mestieri, 1972). Assim também os positivistas chamaram de clássicos os próprios antecessores, na ciência jurídica. O termo — clássico — refere, aí, o tradicional, o consagrado pelo *establishment*, o que já desempenhou seu papel histórico e que novos tempos e circunstâncias permitem superar.

A Criminologia Clássica aparece, deste modo, em fins do século XIX e, à maneira das ciências naturais e sociais, de que então se desgarrou — como a Biologia, a Antropologia Física, a Psicologia e a Sociologia, principalmente — vai inserir-se no positivismo, à época generalizado, nos meios científicos. Todo este movimento participava da ideologia, então ainda hegemônica, do assentado mundo capitalista.

O positivismo criminológico, entretanto, se tinha as mesmas raízes classistas do positivismo legalista da “ciência jurídica” burguesa (Lyra Filho, 1980: 19 ss. e *passim*), cedendo as mesmas conveniências, influentes na teoria social da *intelligentzia* reinante, não pactuava, sem mais, com os procedimentos de exegese, presos ao dogma da lei e do Estado e seus “entes jurídicos” abstratos. Ao contrário, os positivistas criminológicos nutriram a sua polêmica de argumentos até certo ponto antidogmáticos, ao menos na fase inicial da Escola Positiva, substituindo a visão do crime, como criação legislativa, pela noção da criminalidade, como fato humano e social; e desencadearam, assim, as técnicas de “defesa da sociedade”, no plano das medidas “substitutivas”, com a “prevenção especial” do delito e os processos de “reeducação” do delinquente. Está visto que tal deslocamento apenas trocava a idéia de controle social classístico, mediante formalismos jurídicos, pelo controle mais requintado e porventura (foi a ilusão) mais eficaz, não abandonando o vazo ideológico de enxergar, na engrenagem do Poder e na atuação da classe dominante, o veículo (assim disfarçadamente legitimado) da reação contra toda conduta discrepante.

No positivismo criminológico avultava a influência de Augusto Comte, seus discípulos e sucessores (Lyra Filho, 1972A: 14-19; 35-37). E o pensamento de Comte não era menos centrípeto e conservador. Em última análise, vinha a assegurar o processo de dominação bur-

guesa. Comte foi “uma espécie de Napoleão da Filosofia, para a definitiva ordem (instituída) e progresso (dentro dessa ordem e segundo seus parâmetros e teleologias)” (Lyra Filho, 1972A: 37). Asenta ele o cientificismo burguês.

Por isto mesmo, a rebeldia superficial da *Scuola Positiva* logo se acomodou, através de expedientes ecléticos. De Florian a Grisignani, perdeu até o nome, pois este último já preconizava um “novo endereço técnico-científico”, de quase pura dogmática e total capitulação ao legalismo. Bem se percebe, deste modo, que os dois positivismos — legalista e “naturalista comteano” — eram conciliáveis, no seu teor básico. Juristas e criminólogos do positivismo amalgamado poderiam, conseqüentemente, manejar, como alternativas, as medidas do tecnicismo jurídico e do “naturalismo” criminológico. Assim nasceu o “duplo binário”, chegando ao disparate de certas “soluções”, como a de, primeiro, “castigar” o “doente” e, depois, tentar “curá-lo” (Fragoso, 1980: 206/7). De qualquer forma, o elemento repressivo continuava a funcionar, seja na punição, seja nos provimentos “curativos” e “reeducativos”. Não à toa a Criminologia Crítica é irmã gêmea da Antipsiquiatria.

Pena, defesa social, reeducação, prevenção geral ou especial, intimidação, retribuição e medidas “assistenciais” enriqueciam a palheta, mas, ao fim e ao cabo, destinavam-se à mesma pintura.

De fato, no plano da investigação criminológica, a pesquisa, dita causal-explicativa, do delito (considerado individual ou coletivamente nos ramos “clínico” e “sociológico” da Criminologia Tradicional) lançava um dado aparentemente mais solto, na análise dos fenômenos criminais. Todavia, o parâmetro utilizado não se alterava, substancialmente, já que a visão do crime conservava a admissão de que o delito era definido, em todo caso, pelos Códigos ou por outras normas sociais da classe dominante. O Estado subsistia, como um poder supostamente isento, em todo o básico sentido de hegemonia do capital, espoliando a classe trabalhadora.

Neste panorama, uma reta colocação dialética não deve, entretanto, minimizar as contradições, seja do próprio Direito estatal burguês, seja da doutrina criminológica e penitenciária. Nisto, confundiríamos os esforços, por exemplo, numa vida à Concepcion Arenal com a perseguição de um Javert a todo Jean Valjean; e, ainda mais gravemente, ficaríamos em queda no que até as posições originárias e ortodoxas do marxismo já viam como certo mecanismo manifesto (Engels, 1977: 38).

Um grande entusiasmo em denunciar os condicionamentos classísticos e infra-estruturais tangencia, no próprio Cirino e decerto contra as suas melhores intenções, a redução mecanicista. Na sua Tese, o lado crítico nem sempre se volta para aquele fundamental aspecto, ficando mais preso à consideração — sem dúvida relevantis-

sima — do outro lado, isto é, do que trai os interesses e conveniências da classe dominante. Devo dizer que encaro com certa preocupação a ênfase excessiva, que se distrai das contradições, sobretudo quando se volta para situações concretas e contribuições teóricas especiais. Talvez esteja aí a razão da simpatia que Cirino demonstra, na *Criminologia Radical*, pelas colocações de Foucault. Decerto, ele arrola Foucault entre os autores “idealistas” (Cirino, 1981: 61); mas, em seguida, passa à resenha de *Surveiller et Punir* com o arroubo de quem vai saudar uma importante contribuição teórica. Não haveria, nisto, uma incompreensão do próprio sentido da obra focalizada? Foucault mesmo ressalva que, no seu livro, não está o enquadramento teórico do estudo sobre as prisões, ali desenvolvido (Foucault, 1975: 315, nota). Este deveria ser buscado em trabalhos anteriores (quanto à epistemologia empregada) e subseqüentes (no que se refere à investigação histórica, intentada como preliminar). Ora, na epistemologia aplicada não há traço que o salve do idealismo e, assim, se compromete a própria focalização específica do problema penitenciário (Coutinho, 1972; Gianotti, 1979; Gianotti, 1980). Quero dizer, com isto, que, nada obstante agudas observações, fichamentos e críticas do autor francês, o seu esforço é, em última análise, em tese e em concreto, deturpado pela visão idealista, que advém de variações prisionais ligadas a substrato incompatível com uma perspectiva “radical” dos problemas. Nem me parece que a crítica de Melossi, esposada por Cirino, seja suficiente para compensar a superestimação do trabalho daquele ardiloso francês, pois, em Melossi, o que vem à tona é precisamente a tendência reducionista e mecanicista, com o vazo de “liquidar” toda a evolução penitenciária, como se fosse apenas a expressão, sem contradições, da dominação classista. Entre o anarquismo de Foucault e o mecanicismo de Melossi, não vejo qualquer avanço ou melhora.

É certo, porém, e nisto acompanho a posição de Cirino, que as projeções institucionais hão de trazer o selo da estrutura social implantada e segundo ela se enformarem, nas linhas gerais. Da mesma forma, o positivismo criminológico, dando a tais estabelecimentos uma “justificação” defensiva, que requinta e mascara a crueza do “castigo”, transforma-se em canonização indireta da repressão burguesa. Reeducação e defesa social desenvolvem teses que agravam as coisas, na medida em que se concedem alibis teóricos e comodidades da “boa consciência”.

Atribuir, como faz a Criminologia Clássica, ao comportamento desconforme — no estalão das leis ou das “normas de cultura” da classe dominante —, um elenco de causas (ou, menos rigidamente, fatores de propiciação), de natureza bio-psíquica ou “social” — deixa intocados os preceitos ditados pela dominação ilegítima (sem prejuízo das contradições emergentes).

Aliás, um certo “marxismo positivista” não deixou de engolir gato por lebre. Se identificava aquelas “causas” da delinquência como determinações da miséria, da injusta repartição dos bens, até da propriedade privada dos meios de produção, olvidava, contudo, que a criminalidade mesma das condutas é definida pela classe dominante, em forma que resguarda os seus interesses e posição. Torno a acentuar, aqui, é evidente, as contradições, muito bem destacadas na distinção de Roberto Lyra, pai, entre crimes de criação classística e “crimes de perigo e dano comuns”, que, “mesmo numa sociedade estruturada em classes”, não estão ausentes do elenco de tipificações legais (Lyra, 1948: 15). Está visto, quanto a estes últimos, que, então, reaparece o problema dos fatores, inclusive econômicos, de propiciação. De toda sorte, o economicismo de Bonger (Taylor, Walton e Young, 1973: 222 ss) ainda lembrava aquele “socialismo de juristas” (juristas legalistas, entenda-se), que despertou o sarcasmo de Engels (Engels, 1980: 3).

Em síntese, falar de causas ou fatores econômicos, omitindo (e, portanto, consagrando) os condicionamentos econômicos da tipificação criminal da conduta, revertia, sempre, ao positivismo, apesar das pretensões “marxistas”.

Em que pesem, torno a acentuar, as contradições da dominação classista (que ainda não eram apontadas e exploradas, sequer na direção que hoje toma o “uso alternativo” do Direito de Barcellona, com repercussão na Criminologia — Sola, 1979: 54), o parâmetro “oficial” da estrutura podia absorver os reformismos de superfície, tal como a reeducação, em lugar do castigo, trocando a retribuição pela “defesa social”. Esta, assim, permanecia como defesa *de classe*. Aliás, a mudança de cartas não afetaria as regras do jogo. Para este, as “mãos”, tomadas com o idealismo dos rótulos, eram francamente intercambiáveis. Mais adiante, o esboço de crise social, ameaçando o *establishment*, produziria um retorno de preocupações repressivas. Reapareceu, conseqüentemente, o “castigo”, mediante incriminações especiais ou mais violentas penas, assecuratórias dos abalados privilégios da dominação. Assim, ao “liberalismo” das ficções educativas, sucedeu o velho esquema da porretada, com a histeria conservadora a pedir sanções cruéis contra o *lumpen* que ela própria gerara, na violência estrutural do sistema. Na hora da escalada, rompem-se os esgotos sociais, as baratas e ratazanas invadem as ruas e o burguês manipula o susto da pequena-burguesia, levando-a a berrar com ele o “morra per ello” da mais antiga tradição absolutista e autocrática (Lyra Filho, 1972: 22). Isto visa, é claro, *ocultar* a violência estrutural.

Pouco importa que uma tradição positivista houvesse trocado as leis pelo “sentimento médio de piedade e probidade”, como pedra

de toque das licitudes ou ilicitudes criminais, pois tal noção, manobrada pelos intelectuais burgueses, a partir de Garofalo (com baronia e tudo), acaba confluindo nos critérios-gêmeos de incriminação. O “sentimento médio” é moldado pela classe dominante, a mesma classe que produz as leis, no mundo capitalista.

A Criminologia veio, em conseqüência, presa, na origem, a uma espécie de idealismo “reeducador”, “terapêutico” e “defensista”, como desdobramento da ideologia sociológico-centrípeto do controle social conservador. Ele foi, apenas, transposto da Sociologia burguesa (Lyra Filho, 1980B: 13) para a ciência criminológica nascente. Neste ângulo, de resto, é que se entende a colocação de Cirino, na sua *Criminologia da Repressão*, quando nega à “ciência positiva” do crime o próprio *status* científico (Cirino, 1979: 115). Nada obstante, se quisermos evitar todo maniqueísmo infradialético —, em que aparece uma Ciência (a atual, a nossa) e uma pseudociência (a antiga, a alheia), temos de convir em que o juízo *puramente* negativo sobre a tradição criminológica, não só desdialética o enfoque, mas chega a manifestar um evidente anacronismo. Não se poderia solicitar à visão dos precursores um horizonte histórico não discernível, à altura em que trabalharam. Nem havia condições favoráveis para a conscientização que lhes é cobrada. Por outro lado, a condenação, pura e simples, do positivismo como ideologia, além desse pecado de inversão temporal, parece insinuar que *agora* chegamos à verdadeira, exata e definitiva ciência, que basta aplicar, dogmaticamente — pois há o perigo de um dogmatismo neo-criminológico também. *Nenhuma* etapa científica escapa a certo grau de contaminação ideológica e nenhuma delas se limita, relativisticamente, a isto. Sempre se progride nas conquistas do que Schaff denominou a “verdade-processo” (Schaff, 1970: 69), sem atingir um “saber absoluto”, que engendra todos os dogmas (inclusive os do marxismo dogmático).

Antes de render-se ao fascismo da velhice, que lhe macula a biografia, Ferri pregara um “socialismo de jurista” que, nada obstante as suas limitações, desempenhou importante função dinamizadora. Seu reformismo, é evidente, continuava preso à Sociologia “positiva” (sobretudo na via do organicismo à Spencer). Mas ninguém poderá contestar-lhe, validamente, certas contribuições importantes, desde a polêmica mantida com Lombroso, para negar a tese do criminoso nato, até o esboço dos “fatores” e as sugestões da “saturação”, que iriam, dali por diante, governar toda a Criminologia Clássica e, apesar da básica insuficiência desta, emergir, transfigurados, numa Criminologia Crítica e Dialética (Lyra Filho, 1975:29-57; Lyra Filho, 1981).

Também a Criminologia Liberal, como já foi lembrado, cumpre uma etapa importante, no desenvolvimento interno da ciência criminológica. Basta destacar, entre outros elementos, a noção de *white*

collar crime, que os nossos autores teimam em traduzir como “crime de colarinho branco”. Isto, em português, simplesmente não tem sentido. O “colarinho branco” designa aqueles empregados, que se distinguem dos que realizam trabalhos manuais e portam uniformes, simbolizados pelo “colarinho azul” (*blue collar*). A partir desta indicação semiológica, infla-se e cresce a separação, com base nas situações opostas de operário e pequeno-burguês, tendendo, através do conceito de *white collar crime*, a designar certos privilégios que principiam na faixa oscilante da “classe média” e terminam englobando a alta burguesia. Por isso mesmo, prefiro abranger as modalidades indicadas na expressão de “crimes privilegiados”, que melhor indica o grau crescente de “consideração” e “imunidades”, sejam elas legais, sejam consuetudinárias, até *contra legem*, dos não-operários ou não-trabalhadores, no sentido classístico. A atenção dada a esse fenômeno por Sutherland adquire muito mais relevo, na Criminologia Crítica do que a “associação diferencial”, isto é, a tese criminológica (para ele) básica. Em qualquer hipótese, a Criminologia Crítica tem dedicado — e com razão — estudos avançados e aprofundados ao “crime privilegiado”. Assim se estabeleceu o programa de pesquisa comparada na América Latina (Aniyar, 1978: 89-102), com o ramo brasileiro, projetado justamente por Cirino, que distingue o “falso colarinho branco” da pequena burguesia e o “colarinho branco” propriamente dito, da “alta classe” (Cirino, 1979A: 7 ss). Sutherland mesmo não estava alheio a essa transposição do *white collar*, da sua modesta designação pequeno-burguesa, para a vista assestada nos que manipulam os cordéis de todo o sistema capitalista. É, de fato, a preocupação com o “crime privilegiado”, que ascende à matriz dos mais “altos” privilégios.

Também o arremate da obra de Cloward & Ohlin, embora em perspectiva timidamente neo-clásica, abre passo, no contexto liberal, à agudeza da crítica à estrutura social, na medida em que esta, criando obstruções à ascensão social das classes ditas inferiores, gera a criminalidade convencional, sobretudo através do *lumpen*, por ela mesma produzido. Esta particularidade da delinquência, criada pela falta de “oportunidade”, não só desencadeou a resistência conservadora muito sintomática (Göppinger, 1980: 62), mas também me permitiu desdobrar as sugestões dos criminólogos americanos, em uma análise da problemática, referente a drogas e criminalidade (Lyra Filho, 1976: 26 ss). Aliás, a *disposição* crítica, pelo menos em Ohlin, era tão marcante, que dele pude receber a inesperada e reconfortante aprovação do avanço, em carta cheia de simpatia e compreensão.

A rotulagem (*labelling*), cujo restrito alcance é corretamente acentuado por Cirino (Cirino, 1981: 19 ss), já assentava numa expressa adoção daquele modelo-conflito, presente na Criminologia Liberal — sob o acicate da crise de estrutura da sociedade — e, embora sem

ameaçar basicamente o modelo centrípeto-conservador (Lyra Filho, 1980B: 10-13), vinha revelando todo o desconforto, ante a situação óbvia. Devido à superficialidade com que encara o conflito social, o modelo novo pôde ser inteligentemente cooptado por Dahrendorf. E a rotulação, a ele vinculada, acabou descrevendo, sem explicar, devidamente, a “marginalização” dos grupos oprimidos (que é preciso distinguir, nesta mediação, das classes espoliadas — Lyra Filho, 1981C: 25). Entre estes grupos oprimidos estão aqueles cuja “marginalidade” não se prende, em forma direta, à cisão classística. Miaille arrola, por exemplo, as minorias étnicas, regionais e sexuais (Miaille, 1978: 123), que o sistema “condena” e cuja posição reprimida pode, inclusive, subsistir, apesar da troca do modo de produção. Assim é que, mesmo em países socialistas, a “rotulação” prossegue e a repressão continua, ilegítimamente (a exemplo do que ocorre, perante o machismo cubano, com a situação das mulheres e dos homossexuais; ou, no anti-semitismo soviético, para as restrições de direitos do judeu, por ser judeu). Isto, é claro, não afeta a pureza do ideal socialista, na medida em que aqueles socialismos autoritários revelam a própria deturpação inadmissível. “Um socialismo autoritário”, como dizia Bloch, “é uma contradição em termos” (Bloch, 1965: 231-232; Lyra Filho, 1981B: 9-11). A propósito, vejam-se as justas ressalvas de Loney, quanto ao caso cubano (Loney, 1973: 42-60).

De toda sorte, a teoria da rotulação também não precisa ser abandonada, sem mais, porque cumpriu e ainda cumpre (inclusive entre nós — Misse, 1979) uma função útil de análise e desmascaramento, sobretudo se enriquecida com os reenquadramentos mais precisos.

Não quero alongar o rol de exemplos, que visam, em todo caso, a sublinhar a minha visão da marcha e superações da doutrina criminológica tradicional. Receio que, na demarcação frisante das rupturas, o meu colega Cirino tenda, às vezes, a esquecer o lado positivo da Criminologia Clássica e a tomar aquela superação, que intenta na *Criminologia Radical*, um tanto... “radicalmente”. Tem-se a impressão de que vai por terra, e de forma irremediável, um passado, que a meu ver se cuida, mais exatamente, de transcender, incorporando-o, transfigurando-o e reenquadrando-o, na forma dialética de “negação da negação” e que não é caso dum simples aniquilamento. Por outras palavras, além do perigo do mecanicismo, ronda, no texto, o jogo, também arriscado, da “verdade” após o “erro”, assim como uma espécie de ardente denúncia dos antecedentes, por uma fé muito vigorosa na “ciência” imaculada que se segue à “pura” ideologia. Creio, ao revés, que ainda temos, na perspectiva histórica, os sempre novos caminhos a trilhar e que a melhor convicção, em que estamos (e na qual coincido, em larga parte, com a de Cirino), de todos os modos conduz a precários resultados humanos. Quanto ao itinerário

percorrido, ficará sempre alguma coisa que não se reduz a “erro” e “ideologia” apenas, porém que se integra na busca da “verdade-processo” de Schaff, a que já me referi. Por isso mesmo, Ortega, numa de suas melhores páginas, aplica a lição de Hegel ao exame crítico da filosofia de Kant, notando que “toda superação é negação, mas toda verdadeira negação é conservação”. A partir daí, nota o pensador espanhol, é que podemos “ser outra coisa, mais além” (Ortega, 1966, IV: 25-26).

Um leitor malicioso poderia dizer, a esta altura, que escrevo uma espécie de prefácio à obra de Cirino, com a preocupação mais constante de ressaltar as minhas divergências e que, nisto, estou mais propenso a falar da Criminologia Dialética, de meu repertório, do que da Criminologia Radical, da preferência do meu colega.

Antecipo esta intriga, destacando que ela é inteiramente falsa. Em primeiro lugar, não somos, eu e Cirino, donos da verdade, a criticar todos os demais, numa dogmática pelo avesso (isto é, à luz de *outra* dogmática), mas, ao invés disto, procuramos ambos o acerto, dentro de nossas visões peculiares, com o engajamento comum da lógica ontológica, que é precisamente a dialética (Cirino, 1981: 129). Em segundo lugar, o meu estudo foi concebido exatamente no padrão que me parece mais fecundo e adequado àquele compromisso: o confronto de dois modelos da Criminologia Crítica, de evidente parentesco e estimulantes características pessoais. É, por assim dizer, o relatório sobre a maneira de situar-nos, um e outro, no cotejo fraternal duma só procura da “verdade-processo”. O admirável Gérard Lebrun, da mesma forma, prefaciou, com todo o apreço merecido, a tese de Valério Rohden sobre Kant, sem preocupar-se com “resolver”, em “acorde perfeito”, a mais moderna harmonia do seu discurso. E até assinalou: “eis que pareço pronunciar um requisitório contra Rohden sob o pretexto de prefaciá-lo seu livro. Mas, juro, não é nada disto. Ao contrário, tento dizer o mais exatamente possível que espécie de interesse encontrei em seu estudo” (Lebrun, 1981: 20). Registrar os aporismos é também uma espécie de homenagem, e ela resulta de tipo superior; é mais sutil e desembaraçada do que os améns e rapapés. Estes, no fundo, representam o que chamo “política de galinheiro”, como se o panorama das idéias comportasse apenas um galo e a opção fosse partir para a rinha ou adotar a posição de franga submissa.

Em todo caso, estamos firmes, dentro da Criminologia Crítica, naquilo que a distingue do passado e tradição superados. E este posicionamento comum, já o disse noutra ocasião, fica bem demarcado pelo critério sugerido por Chambliss: “o ponto de partida para o estudo sistemático do crime *não* é perguntar” (como na Criminologia Clássica) “por que certas pessoas se tornam criminosas, e outras não,

mas indagar, primeiro, por que certas condutas são definidas como criminosas, e outras não” (Chambliss, 1974: 7). Aborda-se, então, o que ficava omissa no positivismo criminológico, determinando as insuficiências a que já me referi. Seja qual for a modalidade da Criminologia Crítica, de que se cogite, no entanto, a característica se mantém: é um questionamento do fenômeno da incriminação, como pressuposto e base de toda análise das condições de emergência do delito, assim procurado em suas raízes histórico-sociais. A este respeito, comungo com Cirino na excelente colocação que faz, nestes termos: “a redefinição do objeto científico da Criminologia” (que, a meu ver, não se confunde com uma definição apriorística, idealista e formal de crime, indicando, num elenco fixo, cada tipo “eterno” — Lyra Filho, 1981) “introduz um critério político no estudo da criminalidade (e das formas de controle do crime), capaz de dotar a teoria criminológica da dimensão histórica de seu objeto real”. Não se poderia dizer melhor; e nem vai nisto um simples relativismo caótico, mas um posicionamento ante a questão criminal, em totalidade e devenir; isto é, no contexto da situação histórica e nas transformações dos *critérios* de incriminar, que absorvem a dialética dominação-libertação e, para a *Criminologia da Repressão*, oferecem alternativa duma *Criminologia da Libertação*. Diga-se, de passagem, aliás, que não se trata de aniquilar todo controle social ou de imaginar, niilisticamente, a mítica sociedade sem crime. Trata-se de contribuir para a desideologização da teoria e a “desopressão” do controle social, entregue, não a dominadores ilegítimos e, sim, à própria classe ascendente e em vias de libertação. É neste sentido que nos propomos o trabalho de intelectuais orgânicos do *novo* bloco histórico. Também sob tal inspiração carece de sentido opor prevenção geral e especial, punição e defesa social, com medidas readaptadoras. Esta é uma antinomia idealista, e não uma antítese dialeticamente superável. Porque o importante é notar *a que* serve o controle social: às garantias da construção duma sociedade socialista ou à salvaguarda de uma sociedade que se estrutura em dominação espoliativa. Numa comunidade socialista (reenquadremos, assim, a distinção de Tönnies), há sempre, a punição dos que atentam contra a sua *legítima* organização, como deve existir (se a queremos *legítima*) a atenção aos direitos humanos, sem os quais se desnatura o próprio socialismo. Punir ou reeducar, impor um *justo* castigo ou defender a sociedade (e não a classe que espoliativamente a domina) são instrumentos que só ganham sentido, quando situados perante o problema relativo à comunidade que os empregue e seu grau de legitimidade. Isto, sem prejuízo, como nota bem Ernest Bloch, da questão jurídica (que às vezes confunde os *pretextos* de defesa socialista, em desnaturamento autocrático do modelo, e as razões de uso do controle social *para* o socialismo, sem desnaturamentos). “A dignidade humana é impossí-

vel, sem a libertação econômica, e esta, acima de empreiteiros e empregados de todo gênero, é impossível também, se desaparece a causa dos Direitos do Homem. Esses dois resultados não nascem, automaticamente, do mesmo ato, mas reciprocamente se reportam um ao outro. Não há verdadeiro estabelecimento dos Direitos Humanos, sem o fim da exploração; não há fim verdadeiro da exploração, sem o estabelecimento dos Direitos Humanos" (Bloch, 1976: 13). Mais do que isto: em relação aos sistemas socialistas implantados (Lyra Filho, 1981 B: 8-11), nota Bloch que "depois de desaparecida a exploração e opressão dos trabalhadores, os Direitos do Homem não são menos militantes; então, assumem significado mais positivo, enquanto direitos à crítica, inexoravelmente objetiva e prática, pelo avanço da construção socialista, dentro do quadro de solidariedade; (...) sem ela, o socialismo seria autoritário — uma contradição em termos" (Bloch, 1965: 231-232).

Sobre tal pano de fundo é que se estendem os desdobramentos, em ciência criminológica, do que chamo de Criminologia Dialética e cuja síntese de princípios atualizados se encontra em recente obra, já citada (Lyra Filho, 1981). À sua luz, ademais, é que me cabe perquirir a proximidade das minhas conclusões com as que Cirino propõe, na sua obra.

O miolo — por assim dizer — descritivo da *Criminologia Radical*, depois condensado nas conclusões (n.º 2) (Cirino, 1981: 124-125), pode ser traduzido, a meu ver, nos termos seguintes.

Dadas as relações de produção, o modo de produção, representando a infra-estrutura social; dado o modo de produção, as classes, nele divididas; dada a dominação de uma classe, a ideologia e as instituições, com seus aparelhos; dada a articulação das instituições, o Estado; dado o Estado, o "Direito", que exprime e resguarda os interesses e privilégios da classe dominante; dado o "Direito", como síntese quintessenciada de "tradição, família e propriedade" (sobretudo a última, é claro), o Direito Criminal; dado o Direito Criminal, o processo e julgamento e, no capitalismo, a prisão, a que praticamente só chegam as classes dominadas; dada a prisão, como um microcosmo, espelhando o universo social da estrutura capitalista, uma espécie de imitação interna das relações de classe, com os mitos da reeducação e defesa social, em última análise disfarçando o castigo, que cai sobre o espoliado; dada tal situação institucional, a cobertura ideológica, em que todas as criminologias, salvo a Radical, constituem reforço e disfarce (consciente ou não) do mesmo processo de dominação.

Já afirmei, na arguição da tese, que estaria longe de negar que cada traço aplicado nesta construção tem ponderáveis elementos confirmadores na realidade social. O que me afasta do conjunto é o seu

caráter unilateral e compacto, que parece não enxergar mediações e contradições, pondo todo o justo fervor de denúncia numa *simplicificação* infradialética do processo.

Tenho, por exemplo, uma visão diferente, da colocação do fenómeno jurídico (Lyra Filho, 1981, 1981 A, 1981 B, 1981 C; Sousa Jr., 1981), que não posso desenvolver aqui, porém que fica bem apartado do simples jogo de infra-estrutura-superestrutura, no qual o Direito é reduzido a *um* dos seus aspectos. Imre Szabò, o iurisfilósofo húngaro, chamou esta leitura reducionista de "marxismo kelseniano", de vez que, com a aposição "explicativa" da infra-estrutura, ficamos dentro do formalismo jurídico-estatal, como se o Direito estatal fosse todo o Direito — e não o é; é, ao revés, cuido eu, a sua parte mais freqüentemente desnaturada, dentro do processo jurídico, seja no desajustado domínio capitalista, seja na embriaguez do Poder, em um socialismo, que, por isto mesmo, se tornou autoritário. Dentro daquela concepção reducionista, não cabem as aquisições mais importantes do próprio marxismo atual, e cito, como exemplo, além dos "iurisnaturalismos de combate", como os de Bloch e Mialle, a contundente observação (a meu ver exata) de Boaventura de Sousa Santos, mostrando que a "metáfora topográfica" (infra-estrutura — superestrutura), pondo o direito *apenas* na segunda parte, obscurece o problema da dualidade de poderes, perturba a estratégia socialista e não capta, sequer, a melhor utilização não-burguesa da legalidade burguesa (o que Barcellona denomina "uso alternativo"). Além disso, não favorece a reta "criação e expansão das instâncias de legalidade socialista alternativa" (Santos, 1980: 247-248). Em síntese, espero, com vivo interesse, o momento em que a obra de Cirino, até agora voltada para a crise da Criminologia Clássica, incorpore ao seu instrumental teórico de superação a pluralidade de ordenamentos jurídicos, que é a via adotada pela vanguarda sociológica e filosófico-jurídica presente. De toda sorte, a conclusão n.º 2 de Cirino parece comprometer o engajamento *dialético* da conclusão n.º 1, exceto se, por dialética, entendermos a infradialetização do "marxismo preguiçoso" ainda exposta, sob tal rótulo, em obras soviéticas (Sartre, 1966: 48).

Por outro lado, confesso que não entendo muito bem a razão de *confinar-se* a Criminologia Radical, enquanto ciência, àquelas superestruturas do *capitalismo*, como se os países socialistas, existentes ou que venham a fundar-se, não tivessem uma *questione criminale*. E eles a têm, é indiscutível, não apenas como "remanescente" do capitalismo anterior. Esta colocação, que debitava os "restos" à estrutura substituída, não é mais defendida, sequer, na União Soviética (Lyra, 1966: 9). Sakharov mesmo volta, subsidiariamente, às condições da "personalidade do criminoso", embora debite tal desajuste (pressuposta, *et pour cause*, a perfeição estrutural e funcional da

sociedade soviética — o que é uma premissa desafiada pelos fatos) à consideração de que “a consciência do homem não acompanhou a evolução das condições materiais” (Lyra, 1966: 9). Eliminado este ângulo russo, há que convir, creio eu, em que o problema criminal não é só uma questão de troca dos modelos e “correção” da infra-estrutura. Ele subsiste, e subsistirá sempre, numa visão dialética, a que se poderia dar uma expressão exata, mais ou menos assim: nas sociedades (ou momentos da sua estrutura) em que o fluxo histórico condiciona a pressão reforçada do meio (espoliação de classes, opressão de grupos), cresce e se avoluma o ângulo macro-criminológico e, de par com a proliferação violenta das normas sociais de repressão da conduta desconforme, esta mesma conduta não pode ser analisada como se fora (e não mais) uma emanção de fatores condicionantes ou causas individuais e biopsíquicas (Lyra Filho, 1976). Ao revés, quando o avanço *desafoga* a pressão estrutural, em novas conquistas da estruturação social mais avançada, o ângulo macro-criminológico tem menos vigor condicionante e explicativo e revalorizam-se as condições *pessoais* do delinqüente ou grupo de delinqüentes. Este, o motivo por que, em países socialistas, onde, malgrado todas as distorções autoritárias, houve um indiscutível progresso nas condições materiais da vida popular, a atenção se volta, mais uma vez, para os fatores “clínicos” da criminalidade. E, da mesma forma, quando estas mesmas sociedades socialistas manifestam mais intensamente as suas contradições autoritárias e desvios antidemocráticos, retorna o pensamento crítico, a indicar a pressão social, as incriminações ilegítimas e os fatores mesológicos fortemente condutores ao comportamento desafiador, mesmo na criminalidade “convencional” (já que estão presentes os dados de “enervamento” determinados pelo meio mais acre). Veja-se, a propósito, o problema do alcoolismo e suas derivadas, na União Soviética. Essas transmutações de foco logo constituem a expressão dialética dum processo complexo, de que é exemplo a análise sociológica da anomia, feita por Adam Podgorecki, na Polônia, e continuada na Inglaterra, quando se agravaram as tensões, no país de origem.

Em síntese e com respeito ao conjunto das conclusões da tese de Cirino, parece-me que ela apresenta, saudavelmente, uma crítica — embora algo compacta, simplificada e mecânica — da questão criminal (em teoria e prática), nas sociedades capitalistas em crise e decadência; mas não funda uma ciência criminológica, dentro das características de universalidade, totalidade e devenir, ao nível histórico em que captamos a “verdade-processo”. Esta carência deriva-se, a meu ver, do fato de que se prende, com excessiva unilateralidade, aos esquemas de um marxismo em vias da superação, que, de toda sorte, o conserva (dialeticamente) e (dialeticamente) transfigura, como uma conquista do pensamento humano, a ser tratada com

reverência algo menos sacramental. Aliás, isto seria, penso eu, o que Marx e até Engels pediriam, pois já solicitei que me mostrem onde e quando algum deles condenou qualquer tipo de “revisionismo”, que é consequência fatal de um ponto de vista dialético. Marx e Engels começaram por ser (felizmente) os “revisionistas” de si mesmos, em diferentes fases da sua construção e às vezes trataram até com rudeza os fãs mais ardorosos e “incondicionais”. São exemplo disto as cartas de Engels a Schmidt, reclamando novos estudos históricos e a noção duma sociedade socialista, não como epílogo e solução estável de tudo; e mais: sem antíteses polares, sem absolutos (Engels: 1975, 518, 519, 529). Neste ângulo, reconforto-me na conclusão de Engels, a respeito de certa rigidez dogmática do que Lefebvre chamou “marxismo bruto”: “para ela, Hegel não existiu...” (Engels, 1975: 529).

Gostaria, entretanto, de ser bem compreendido, quando vou desenvolvendo à margem das páginas, freqüentemente admiráveis, de Cirino as minhas dúvidas e ressalvas. Estes comentários manifestam, antes de tudo, o meu grande respeito e admiração pela trajetória ascendente do colega e pelo já considerável lastro que acumulou, em tão curto período. Se me parece que *A Criminologia Radical* constitui um fruto ainda não totalmente amadurecido de seu talento, é logo de se destacar, nele, a rara qualidade. Ademais, quando nos empenhamos, afinal, em posicionamentos concretos, o mais freqüentemente decrescem as reservas — como, por exemplo, no corretíssimo esboço duma política científica, em vista da nova política criminal. Esta regressa na tese, a título de conclusão 8.^a, ecoando o estudo anterior sobre defesa social e desenvolvimento, justamente aplaudido nas Jornadas Latino-Americanas de Defesa Social (México, 1979). Reporto-me, especialmente, aos parágrafos finais, muito bem inspirados e muito precisos (Cirino, 1979 B: 31-32).

Já estamos longe das promessas. Há realizações ponderáveis e continuo atento, para dar ao jovem colega paranaense os novos testemunhos da minha admiração. Até me sinto como tentado, em que pesem divergências menores, aqui lealmente arroladas, a repetir o que atribuem a Verdi, perante Carlos Gomes: “*questo giovine comincia dove finisco io*”... No limiar da velhice e das despedidas, é reconfortante saber que a Criminologia brasileira conta com um lutador de tão excepcional inteligência, íntegro caráter e destacado ardor progressista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANIYAR DE CASTRO, Lola — (1978) — *Projeto para uma Investigação Comparada sobre “Crimes de Colarinho Branco” na América Latina*, Rio, Revista de Direito Penal, n.º 25: 89-102.
- (1981) — *Conocimiento y Orden Social: Criminologia como Legitimación y Criminologia de la Liberación*, Zulia, Instituto de Criminologia de la Universidad de Zulia.

BARATTA, Alessandro (1979) — *Criminologia e Dogmatica*, Bologna, La Questione Criminale, V (2).

BLOCH, Ernest — (1965) — in ERICH FROMM et alii, *Humanismo Socialista*, Lisboa, Edições 70.

— (1976) — *Droit Naturel et Dignité Humaine*, Paris, Payot.

CHAMELISS, William J. (1974) in Daniel Glaser et alii — *Handbook of Criminology*, Chicago, Rand McNally.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez — (1979) — *A Criminologia da Repressão*, Rio, Forense.

— (1979 A) — *A Criminalidade do "Colarinho Branco"*, Rio, Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro (datilografado).

— (1979 B) — *Defesa Social e Desenvolvimento*, Rio, Revista de Direito Penal, n.º 26: 19-32.

— (1981) — *A Criminologia Radical*, tese de doutorado, Rio, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (xerox).

DIVERSOS (1980) — *La Criminologie: Bilan et Perspectives*, Paris, Pédone.

ENGELS, Fr. — (1975) — *Obras Escolhidas de Marx y Engels*, Madrid, Fundamentos, Tomo II.

— (1977) — in K. Marx & F. Engels, *Cartas Filosóficas*, São Paulo, Grijalbo.

— (1980) — *Socialismo de Juristas in Crítica do Direito*, 1, São Paulo, Editora Ciências Humanas.

FERRACUTI, Franco (1975) — *Análise da Conferência do Prof. Roberto Lyra Filho*, Brasília, Revista do STM, I (1).

FRAGOSO, Heleno — (1977) — *O Direito Penal Comparado na América Latina*, Rio, Revista de Direito Penal, 24: 17-25.

— (1980) — *Lições de Direito Penal — Parte Geral*, Rio, Forense.

GÖPPINGER, Hans (1980) — *Kriminologie*, München, C. H. Beck.

LEBRUN, Gérard (1981) in Valério Rohden, *Interesse da Razão e da Liberdade*, São Paulo, Ática.

LONY, Martin (1973) in Ian & Laurie Taylor, *Politics and Deviance*, Harmondsworth, Penguin Books.

LYRA, Roberto (pai) — (1948) — *Em Defesa da Analogia*, Rio, Revista Brasileira de Criminologia, II (2): 14-16.

— (1964) — *Criminologia*, Rio, Forense.

— (1966) — *Presente e Futuro do Direito Penal*, Rio, Revista Brasileira de Criminologia, 15: 7-18.

LYRA FILHO, Roberto — (1967) — *Perspectivas Atuais da Criminologia*, Recife, Imprensa Oficial de Pernambuco.

— (1972) — *Criminologia Dialética*, Rio Borsoi.

— (1972 A) — *A Conceção do Mundo na Obra de Castro Alves*, Rio, Borsoi.

— (1975) — *A Criminogênese à Luz da Criminologia Dialética*, Brasília, Revista do STM, I/1: 29-57.

— (1976) — *Drogas e Criminalidade*, Rio, Revista de Direito Penal 21/22: 26-37.

— (1979) — *As Propostas do Prof. Mangabeira Unger*, Rio, Sophia Rosa.

— (1980) — *Para um Direito sem Dogmas*, Porto Alegre, Fabris.

— (1980 A) — in DIVERSOS, *Criminalidade Violenta*, Rio, Conselho Federal da OAB.

— (1980 B) — *O Direito que se Ensina Errado*, Brasília, Centro Acadêmico de Direito da UnB.

— (1981) — *Carta Aberta a um Jovem Criminólogo*, Rio, Socil — Achiamé.

— (1981 A) — *Arguição da Tese do Prof. Juarez Cirino dos Santos*, Rio, datilografado.

— (1981 B) — *Razões de Defesa do Direito*, Brasília, Gráfica e Editora Obreira.

— (1981 C) — *Problemas Atuais do Ensino Jurídico*, Brasília, Gráfica e Editora Obreira.

MESTIERI, João (1972) — *Os Rumos da Criminologia*, Rio, Revista de Direito Penal, 6: 90-94.

MIAILLE, Michel (1978) — in M. Bourjol et alii, Paris, Maspero.

MISSE, Michel (1979) *O Estigma do Passivo Sexual*, Rio, Socil — Achiamé.

ORTEGA y GASSET, José (1966) *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, vol. V.

PINATEL, Jean (1980) in DIVERSOS (1980).

SANTOS, Boaventura de Sousa — *Justicia Popular, Dualidad de Poderes e Estrategia Socialista*, Papers, 13: 243-263.

SARTRE, J. P. (1966) — *Questão de Método*, São Paulo, DIFEL.

SCHAFF, Adam et alii (1970) — *Sociologia e Ideologia*, Lisboa, Presença.

SOLA DUEÑAS, Angel de (1979) *Socialismo y Delincuencia*, Barcelona, Fontamara.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (1981) — *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*, Brasília, Universidade de Brasília, dissertação de mestrado (mimeografada).

SZABÒ, Denis (1980) in *DIVERSOS* (1980).

TAVARES, Juarez (1980) — *Teorias do Delito*, Rio, Forense.

TAYLOR, I.; WALTON, P. & YOUNG, J. (1973) — *The New Criminology*, London, Routledge & Kegan Paul.

PRÁTICAS PENAIS NO DIREITO INDÍGENA

Nilo Batista

Duas dificuldades preliminares se apresentam ao estudo das práticas penais no direito indígena. A primeira delas reside na indistinção entre um “direito penal” e um “direito civil” de povos primitivos. A segunda consiste na técnica de interpretação das práticas penais, particularmente na correta utilização daquilo que foi chamado de raciocínio ou pensamento pré-lógico.

A primeira das dificuldades propostas está homenageada quando se emprega a expressão “práticas penais no direito indígena” ao invés de “direito penal indígena”. Nas comunidades selvagens, como lembrava Malinowski, o aspecto “penal” do direito era talvez ainda mais vago que o aspecto “civil”;¹ muitos mal-entendidos se propõem, portanto, se o observador classificar as normas e os usos da cultura por ele estudada segundo sua própria experiência do que seja ou deva ser “penal” ou “civil”. Trata-se, aqui, daquele delicado “controle da lógica da cultura da comparação” a que se referia Bohannan, indispensável face à tentação da “quimera” da “unidade psíquica da humanidade”.²

Max Weber anotava que a primitiva administração da justiça desconhecia por completo a distinção entre um direito penal e um direito civil.³ São comuns, em estudos historiográficos de direito primitivo, advertências sobre o desconhecimento, por parte dos povos

¹ Bronislaw Malinowski, *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*, trad. J. Alier, Barcelona, 1973, p. 91.

² Paul Bohannan, *Etnografia e Comparação*, no volume *Antropologia do Direito*, org. Shelton Davis, trad. Tereza Cristina A. Costa, Rio, 1973, p. 110, 121 e *passim*. A quimera da unidade psíquica está presente quando Fustel de Coulanges formula a temerária afirmação de que o direito antigo derivou-se de “crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva” (*A Cidade Antiga*, trad. J. C. Leite e E. Fonseca, S. Paulo, 1975, p. 68).

³ *Economia y Sociedad*, trad. J. M. Echavarría *et al.*, Bogotá, 1977, v. I, p. 503.

estudados, de divisões ou classificações das normas de direito, usadas não obstante pelo pesquisador.⁴

Como ensina com precisão Machado Neto, “entre os primitivos não fazia sentido a hoje notória distinção entre os vários ramos do direito, nem sequer a mais notória e geral dessas distinções em direito público e privado”.⁵ O primeiro *distinguo* explícito entre direito público e privado apareceu no direito romano, e deitava âncora na utilidade pública ou privada da relação jurídica estabelecida pela norma.⁶ Está claro que tal distinção pressupõe o surgimento do Estado, com a superação do regime gentílico, e a divisão social do trabalho, e ainda a conseqüente divisão da sociedade em classes; no caso de Roma, “a sociedade gentílica se converteu numa aristocracia fechada, em meio a uma plebe numerosa e mantida à parte, sem direitos mas com deveres; a vitória da plebe destruiu a antiga civilização da *gens*, e sobre os escombros instituiu o Estado”.⁷ O Estado operaria uma diferenciação entre *imperium* e *dominium*, monopolizando titularidade e exercício de direitos públicos, separando dessa forma as atribuições políticas do monarca de seus direitos privados.⁸ A Idade Média assistiria à reunificação dessas categorias no senhor feudal, que não só dispunha de autoridade política como também controlava a propriedade da terra;⁹ portanto, os marcos divisórios entre direito público e direito privado atravessam este período mal aviventados. Em verdade, só “com o processo histórico da formação dos Estados nacionais”¹⁰ a distinção adquiriria a nitidez de hoje.

⁴ Lucio Mendieta y Núñez, ao estudar o direito nos reinos de Texcoco, México e Tacuba, divide seu trabalho em direito público, direito privado e direito processual, advertindo entretanto que não pretendeu afirmar “*que los pueblos aborígenes a los que se refiere este estudio tenían claro concepto sobre las divisiones jurídicas apuntadas*” (*El Derecho Precolonial*, México, 1976, p. 31).

⁵ *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, S. Paulo, 1975, p. 241. Cf. no mesmo sentido, Mario G. Losano, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, trad. A. F. Bastos e L. Leitão, ed. Presença, Lisboa, 1979, p. 140.

⁶ “*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*” (*Instituta*, liv. I, tit. I, § 4.º). Sobre a acepção (correspondente ao nosso Estado) em que deve ser tomada a expressão *rei Romanae*, veja-se a fina observação de Bonfante (*Institutiones de Derecho Romano*, trad. L. Bacci et al., Madrid, 1965, p. 13). Sobre o critério da distinção, cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, S. Paulo, 1973, p. 383 ss.

⁷ Frederico Engels, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, trad. Leandro Konder, em *Obras Escolhidas*, Rio, 1963, v. 3, p. 135. Sobre a revolta da plebe, cf. Antonio Guarino, *La Rivoluzione della Plebe*, Nápoles, 1975.

⁸ Hermes Lima, *Introdução à Ciência do Direito*, Rio, 1955, p. 64.

⁹ Sobre o último aspecto, veja-se Leo Huberman, *História da Riqueza do Homem*, trad. W. Dutra, Rio, 1979, cap. I.

¹⁰ Machado Neto, *op. cit.*, p. 242.

Na lição de Radbruch, “a superação do feudalismo coincidiu, como se sabe, com o aparecimento da consciência desta distinção entre direito público e privado”.¹¹

Por tudo isso, é delicada a seleção de práticas “penais” ou “civis” no estudo de povos primitivos, e dificultoso que o investigador recorra impunemente ao expediente lógico da classificação. Renunciando-se a um critério relativamente seguro — a natureza da sanção —, por ser estranho ao direito primitivo, e recorrendo-se ao exame da própria conduta, a indefinição para o observador não só subsiste, como se acrescenta. Pense-se no seguinte exemplo: a significação do canibalismo. Hermann Helmuth arrola os seguintes motivos gerais para a prática do canibalismo: 1.º amor e afeição; 2.º canibalismo judicial; 3.º ódio e desprezo; 4.º aquisição de poder; 5.º a idéia de continuidade; 6.º magia cerimonial; 7.º ritual funerário.¹² Quem considerasse que todo episódio de canibalismo merece ser arrolado e tratado como “direito penal”, estaria incorrendo em grave equívoco. A comparação pura e simples de práticas penais primitivas — dissochadas do contexto cultural que as produziu, à maneira da antropologia evolucionista¹³ — com práticas penais modernas, à base da similitude de sanções, deságua num jogo eventualmente brilhante, porém estéril.

A segunda dificuldade preliminar se situa no chamado “pensamento pré-lógico”, ou mais propriamente na incorporação acrítica das hipóteses fundamentais da teoria do “pensamento pré-lógico” pelos juristas que estudam o direito primitivo. É fácil oferecer exemplos da irrestrita aceitação dessa teoria. Kelsen afirmava que “não havia razão para supor nos homens primitivos uma tendência ao conhecimento ou um direto desejo de uma explicação objetiva do mundo”, acrescentando que sua mentalidade “se caracteriza pela falta de curiosidade”, sendo “alheia a sua natureza a busca de causas mais profundas”.¹⁴ Soler abre sua resenha histórica da evolução do direito penal com um estudo sobre formas primitivas de pensamento, dominado por dois tópicos: a idéia, tomada a Frazer, de que a causalidade, ignorada pelo selvagem, era substituída por relações de contigüidade e semelhança, e a idéia, tomada a Lévy-Bruhl, do animismo mágico.¹⁵ Uma aplicação prática ilustrará melhor os riscos dessa

¹¹ Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, trad. L. C. Moscada, Coimbra, 1961, v. II, p. 13.

¹² *Apud* Ashley Montag, *A Natureza da Agressividade Humana*, Rio, 1978, p. 103.

¹³ A propósito, Roberto da Matta, *Relativizando: uma Introdução à Antropologia Social*, Petrópolis, 1981, p. 90.

¹⁴ Hans Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, trad. J. Perriau, B. Aires, 1945, p. 8 e 9.

¹⁵ Sebastian Soler, *Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970, v. I, p. 39, 72 e *passim*.

aceitação acrítica. Registra João Bernardino Gonzaga, baseado em informações de Cardim, Thevet, Anchieta e Evreux, que o furto era um “delito” bastante incomum entre os aborígenes, anotando que, entretanto, “no que concerne às pessoas estranhas ao bando, não havia nenhum escrúpulo em lhes subtrair os haveres”.¹⁶ É idêntica a referência no estudo de Clóvis Bevilacqua: “o furto a inimigos e estranhos que não fossem hóspedes era um ato lícito. Dentro da taba, entre consócios era quase desconhecido”.¹⁷ Parece claro, por um lado, que a consideração do caráter coletivo da propriedade entre os índios, relacionado à forma pela qual obtinham bens, especialmente alimentos, elucida a falta de furtos internamente; por outro lado, a consideração de sua organização social e condições objetivas de existência, determinantes de notável coesão grupal — coesão que seria reprocessada ao nível de ritos e cerimônias específicas — elucida a neutralidade jurídica do furto contra estranhos. Veja-se, no texto de Bernardino Gonzaga, a seguir transcrito, a taxa paga ao acatamento acrítico da teoria do pensamento pré-lógico: “Nada ameahavam (os índios) pois, com a imprevidência própria do primitivo. A já consignada incapacidade de abstração mental em muito prejudicava o reconhecimento do efetivo valor dos bens”.¹⁸ Ora, o fato desses índios não procederem à acumulação de excedentes de produção e, assim, não operarem com valores de troca, no acesso, por doação ou escambo, a bens, pode ser explicado por vias mais convincentes e demonstráveis do que vagas referências à imprevidência e incapacidade de abstração mental; é possível resgatar aí uma racionalidade perfeitamente demarcável.

Correspondeu a Lévy-Bruhl o mais completo empreendimento para a descrição e compreensão do que foi por ele chamado de mentalidade primitiva, devotando-lhe nada menos que sete livros.¹⁹ Para Lévy-Bruhl, a mentalidade primitiva é definida essencialmente pelo caráter místico e pré-lógico das representações. Raciocínio pré-lógico seria aquele que não observa o princípio lógico da contradição. Relata João Pacheco de Oliveira Filho²⁰ que progressivamente Lévy-

¹⁶ *O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil*, S. Paulo, ed. Max Limonad, s/d, p. 142 e 144.

¹⁷ “Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros ao Tempo da Conquista”, no volume *Criminologia e Direito*, Bahia, 1896, p. 236. César Tripoli também afirma que “o roubo era desconhecido” (*História do Direito Brasileiro*, S. Paulo, 1936, v. I, p. 36).

¹⁸ *Op. cit.*, p. 142.

¹⁹ Cf. João Pacheco de Oliveira Filho, Lévy-Bruhl, Rio, 1974, mimeografado inédito. A série se inicia em 1910, com *Les Fonctions Mentales dans les Sociétés Inférieures*, e se interrompe em 1940, com o póstumo *Les Carnets de Lévy-Bruhl*. O livro que mais influenciou trabalhos jurídicos é *La Mentalité Primitive*, de 1922.

²⁰ *Op. cit.*, p. 10.

-Bruhl abandonou a procura de diferenças lógicas entre o primitivo e o civilizado, em favor da ênfase no caráter místico das representações. Com efeito, mais importante do que as teses sobre incapacidade de abstração, substituição do raciocínio pela memória, aversão ao raciocínio, e outras, é o exame das categorias de participações místicas e causalidade mística. O caráter místico das representações dos primitivos determinaria o surgimento de associações dinâmicas entre o indivíduo e a sua imagem, seu nome, sua sombra, seus sonhos e seus pertences pessoais.²¹ “Nas representações coletivas da mentalidade primitiva, os objetos, os seres, e os fenômenos podem ser, de uma maneira incompreensível para nós, ao mesmo tempo eles mesmos e outra coisa além deles. De uma maneira não menos incompreensível, eles emitem e recebem forças, virtudes e qualidades”.²² As participações místicas podem “assumir múltiplas formas: por contágio, por transferência, por simpatia, por ação à distância”.²³ A ignorância da causalidade apaga qualquer diferença entre a morte por velhice, por doença, ou violenta, porquanto, na concepção do primitivo, a doença ou o ataque do animal não são as verdadeiras causas da morte, e sim estão a serviço da força oculta que quis essa morte e que poderia ter eleito, se o desejasse, outro instrumento.²⁴ A causalidade não é representada como lei física, e, evidentemente, menos ainda como categoria puramente gnoseológica, a vincular com constância a emergência de dois fenômenos.

A revisão das idéias de Lévy-Bruhl (revisão de que ele mesmo participaria, de resto) já em 1923, um ano após o lançamento de *La Mentalité Primitive*, recebia a contribuição de Mauss, que afirmava existirem entre o espírito humano primitivo e o nosso “semelhanças muito mais profundas” do que as consignadas por Lévy-Bruhl, e procurava revelar que nas “participações” não há apenas uma confusão, e sim um esforço de identificação e discernimento.²⁵ Evans-Pritchard observa que Lévy-Bruhl “mostrou os povos primitivos como sendo muito mais supersticiosos do que o eram”, e “excluiu o que há de místico em nossa cultura tão severamente quanto excluiu o que há de empírico nas culturas selvagens”.²⁶ Na verdade, como assinala Evans-Pritchard, Lévy-Bruhl “estava errado ao supor que há necessariamente uma contradição entre uma explicação objetiva

²¹ Oliveira Filho, *op. cit.*, p. 17.

²² Lévy-Bruhl, 1910, *apud* Oliveira Filho, *op. cit.*, p. 18.

²³ Oliveira Filho, *op. cit.*, p. 20.

²⁴ Lucien Lévy-Bruhl, *La Mentalité Primitive*, Paris, 1947, p. 27 e 28.

²⁵ Marcel Mauss, *Mentalidade Primitiva e Participação*, trad. Regina L. Morel, no volume *Antropologia*, S. Paulo, 1979, p. 160 e 163.

²⁶ E. E. Evans-Pritchard, Lévy-Bruhl, no volume *Antropologia Social da Religião*, trad. E. Viveiros de Castro, Rio, 1978, p. 128.

causal e uma explicação mística".²⁷ Lévi-Strauss iria apresentar o homem do neolítico como "o herdeiro de uma longa tradição científica", chamando a atenção para que "toda classificação é superior ao caos, e até uma classificação ao nível das propriedades sensíveis constitui uma etapa em direção a uma ordem racional".²⁸ Tudo isso adverte o estudioso para que, diante da observação direta, do relatório etnográfico, ou da narrativa do cronista, que revela uma prática penal aparentemente estranha, ao invés de desde logo renunciar à sua compreensão, em nome da "mentalidade primitiva", trate de buscar em elementos da investigação antropológica, que incluam as condições objetivas da existência daquela comunidade, uma racionalidade capaz de abranger e decifrar a prática sob exame. Valeria aqui ter presente a advertência de Hoebel: "se as sociedades mais primitivas possuem um direito menos desenvolvido do que as mais civilizadas, não significa que sejam, *ipso facto*, mais desordenadas; ao contrário, é porque são mais homogêneas".²⁹

Colocadas as duas dificuldades preliminares ao estudo das práticas penais do direito indígena, cabe lamentar o abandono a que foi relegado tal estudo pelos penalistas brasileiros. As obras gerais que consagraram um tópico à história do direito penal brasileiro podem ser divididas em dois grupos: o primeiro, representado por trabalhos que sequer mencionam a experiência indígena;³⁰ o segundo, representado por trabalhos que a mencionam tão-só para consig-

²⁷ *Op. cit.*, p. 126. Veja-se, por exemplo, o estudo do próprio Evans-Pritchard, "A Noção de Bruxaria como Explicação de Infortúnios" (Brasília, ed. Univ. de Brasília, s/d). Entre os Azande, o dono de uma choupana fora examinar, à noite, os potes de cerveja destinada a uma festa mortuária, valendo-se de uma tocha de palha como iluminação, tendo involuntariamente ateado fogo à choça; o fato era atribuído a bruxaria. O raciocínio Zande foi assim recolhido por Evans-Pritchard: "todo ano centenas de Azande vão inspecionar sua cerveja à noite e sempre levam consigo tochas de palha para iluminar a choupana onde ela está fermentando. Por que, então, teria este homem em particular, nesta única ocasião, incendiado a cobertura de sua casa?" Vê-se que a causalidade (a tocha próxima ao teto) não é ignorada; pelo contrário, a noção de bruxaria procura ir além da simples causalidade, da mesma forma que as noções "civilizadas" de fatalidade, provação, azar, destino, e, parcialmente, algumas teorias psicanalíticas, e, no corpo do direito penal — por exemplo —, a culpabilidade da culpa inconsciente.

²⁸ Claude Lévi-Strauss, *La Pensée Sauvage*, Paris, 1962, p. 24.

²⁹ Edward Adamson Hoebel, *Il diritto nelle società primitive*, trad. A. Colajanni, Bolonha, 1973, p. 413. A uma "sociedade pouco diferenciada" se referia Machado Neto (*op. cit.*, p. 241).

³⁰ Por exemplo, Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1932, v. I, p. 5 ss.; Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, S. Paulo, ed. Max Limonad, 4.^a ed., s/d, v. I, t. I, p. 115 ss.; Heleno Fragoso, *Lições de Direito Penal*, PG, Rio, 1980, p. 57 ss.

nar a pouca importância de seu exame.³¹ Os raros estudos monográficos socorreram-se predominantemente da opinião de historiadores, como Assis Ribeiro,³² ou de relatos dos cronistas, como Bernardino Gonzaga, cuja obra, já citada, constitui não obstante o mais documentado trabalho de que dispomos sobre o assunto que ora nos interessa. Existe hoje uma apreciável literatura antropológica sobre os índios brasileiros,³³ não visitada pelos penalistas, que dessa forma reeditam, ao nível da elaboração jurídica, a síndrome de supremacia e extermínio que marcou — e até hoje marca —³⁴ as relações entre europeus conquistadores e aborígenes conquistados. Ao lado do exame indeclinável do direito dos índios, há outro personagem jurídico à espera de um autor: o direito *contra* os índios, os instrumentos legais de manipulação e dominação usados pelo colonizador.³⁵ Entrementes vejamos, de forma breve, algumas práticas penais do direito indígena brasileiro à época do descobrimento.

A conhecida hipótese de Roberto Lyra, segundo a qual o direito dos aborígenes era tão evoluído quanto o dos conquistadores, comportando inclusive definição de ramos, nunca foi demonstrada, como também nunca foi demonstrada a suposição de Assis Ribeiro acerca de uma corte de justiça à qual tocaria o julgamento de infrações graves. Como ensina João Bernardino Gonzaga, o exame das fontes não revela "a instituição de órgãos judiciários, nem (...) de um

³¹ Por exemplo, Salgado Martins, *Direito Penal*, S. Paulo, 1974, p. 75 ss.; Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Rio, 1959, v. I, p. 155 ss.; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, S. Paulo, 1978, v. I, p. 63.

³² *História do Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1943, v. I.

³³ Por exemplo Júlio Cezar Melatti, *Índios do Brasil*, Brasília, 1972; cf. as indicações bibliográficas de Anthony Seeger, *Os Índios e Nós*, Rio, 1980, p. 135 ss.

³⁴ Sobre relações entre a expansão de frentes produtivas e índios no século XX, cf., extensamente, Darci Ribeiro, *Os Índios e a Civilização*, Petrópolis, 1979. Uma reportagem longa em Lucien Bodard, *Masacre de Índios em el Amazonas*, trad. J. Piatigorsky, Caracas, 1970.

³⁵ A crônica da subjugação está saborosamente relatada no livro de John Hemming, *Red Gold — The Conquest of Brazilian Indians*. Harvard Un. Press, Cambridge, Massachusetts, 1978. Cf. também Carlos A. Dias, *O Indígena e o Invasor*, em "Encontros com a Civilização Brasileira" n.º 28, Rio, 1981, p. 201 ss. Logo após o descobrimento, mão-de-obra escrava indígena foi utilizada na extração de pau-brasil; em 1534 D. João III autorizava a escravidão, e inclusive a venda de número limitado de escravos em Lisboa. Cf., a respeito, Manoel Maurício de Albuquerque, *Pequena História da Formação Social Brasileira*, Rio, 1981, p. 27. Expedições eram realizadas para capturar índios. Mais tarde, o suprimento de escravos tornou-se insuficiente "para a voraz demanda da nova indústria do açúcar; então os portugueses incitaram os índios a atacar seus inimigos" (cf. Hemming, *op. cit.*, p. 39; cf. também Manoel Maurício de Albuquerque, *op. cit.*, p. 30). Na metade do século XVI, com a chegada dos primeiros jesuítas, iniciar-se-ia um relacionamento complexo e tumultuado entre a Companhia de Jesus, comprometida com a redenção espiritual

conjunto de normas (...) organizadas".³⁶ Se as regras derivadas de situações já vivenciadas pelo grupo tendiam a reproduzir-se, como observa Florestan Fernandes,³⁷ e portanto a opinião dos velhos poderia decidir certo tipo de conflitos, nada de equiparável ao cenáculo idealizado por alguns cronistas é compatível com a cultura tupi. Devemos pois renunciar à idéia de uma instância judiciária distinta do próprio grupo social ou da pessoa ofendida; a execução da sanção era quase sempre ritualizada em si mesma, e dispensava ritos de mediação ("processo") entre infração e pena.

A responsabilidade tinha caráter extensivo-grupal, isto é, ultrapassava a pessoa do autor material da falta para alcançar membros do mesmo grupo familiar, totêmico ou étnico, limitando-se no grupo apreciado. Esta forma de responsabilidade, como já foi fartamente observado, resulta da extraordinária coesão grupal que provém das condições objetivas da existência selvagem, e tem como corolário que

³⁶ *Op. cit.*, p. 21 e 31.

³⁷ Florestan Fernandes, "Organização Social das Tribos Tupis", em *História Geral da Civilização Brasileira*, S. Paulo e Rio, 1976, v. 1.º, p. 79. Os velhos, nas sociedades tribais, não se inscrevem necessariamente como autoridades governativas ou religiosas; veja-se o estudo "Os Velhos nas Sociedades Tribais", de Anthony Seeger, *op. cit.*, p. 61 ss.

do "gentio", e as diversas etnias tribais. Alguns documentos legais testemunham o nível desse relacionamento como o Regimento das Missões do Estado do Maranhão e Pará, de 1.º de dezembro de 1686, segundo o qual os padres da Companhia passavam a ter "o governo não só espiritual, que antes tinham, mas o político e temporal das aldeias sob sua administração". O Regimento outorgava aos Padres as funções de registro e controle sobre a força de trabalho indígena, e alterava a disciplina das repartições. Em 1755 tal regime foi alterado, editando-se em 3 de maio de 1757 o ato que, regulamentando o anterior alvará régio, criou o Diretório para as Povoações dos índios do Pará e Maranhão. Este ato intervinha em diversas expressões da cultura indígena: do nome dos índios, obrigados doravante a usar sobrenome (n.º 11), à forma objetiva de sua casa, prosrita a habitação coletiva (n.º 12); e, naturalmente verberando os males advindos da ociosidade (n.º 20), prescrevia a quais cultivos do solo deveriam eles dedicar-se (ns. 22, 23 e 24), estendendo-lhes a obrigação do Dízimo (n.º 27); os Diretores eram estipendiados com a sexta parte de quanto cultivassem ou adquirissem os índios (n.º 34); proibia-se aos índios o livre comércio (n.º 39) salvo, limitadamente, na própria povoação (n.º 43), recomendando-se pudessem eles trocar o produto de sua agricultura por fazendas — mas não por aguardente (n.º 40) —, impedindo-se recebessem em espécie, porquanto se considerava que o pagamento direto, frente a sua "rusticidade e ignorância", ofendia "não só as leis da Caridade, mas da Justiça" (n.º 58); e, por fim, tratava meticulosamente da distribuição dos índios aptos para o trabalho (assim considerados entre 13 e 60 anos). Quanto ao período da união ibérica, dentro da política espanhola de preservar as autoridades portuguesas instaladas na colônia, não há indícios de que tenham sido aqui observados, no tratamento dos índios, os princípios legais recolhidos na *Recopilación de las leyes de las indias*, livro VI, título primeiro (*De los indios*).

a ofensa seja tomada como ofensa ao grupo. Portanto, não só a autoria do delito se estende ao grupo do autor, como também o grupo da vítima se sente vitimizado. Como assinalou Florestan Fernandes: "Qualquer que fosse a situação, a responsabilidade pela ocorrência era atribuída ao grupo local a que pertencia o autor (ou os autores) da morte (...) Os membros do grupo local responsável e dos outros grupos locais a ele solidários deviam pagar, indistintamente, pelo derramamento de sangue".³⁸ Parece que da agressão a um membro de outro grupo resultava a ruptura da solidariedade e confiança recíproca entre os dois grupos, estabelecendo-se uma situação de inimizade estável, cuja purgação não raro se fazia através de rituais antropofágicos.³⁹

Se tudo o que contava era a existência objetiva de uma ofensa, e se a responsabilidade se estruturava como acima se enunciou, é claro que não se encontrará vestígio das idéias de causalidade, tentativa, autoria e participação, e ainda dolo e culpa. Para raciocínios que concebiam a causalidade como algo associado aos desígnios da divindade, suscetível de sofrer interferências através de iniciativas de caráter mágico, é impensável o nexos causal como forma objetiva de limitar a responsabilidade. Por outro lado, se o que contava era a existência objetiva da ofensa, a tentativa nunca se apresentaria como entidade punível autônoma, salvo quando o processo executivo, por si mesmo, produzisse algum dano; aí, entretanto, já não se tratava de tentativa com respeito ao delito inatingido, e sim responsabilidade pelo dano que efetivamente se consumou.⁴⁰ Num regime de responsabilidade extensivo-grupal, não tem cabimento procurar qualquer coisa assimilável às formas de autoria e participação no crime. Por último, o caráter intencional ou involuntário com que fosse produzida a ofensa não desempenhava qualquer função atenuante ou classificatória das ofensas, dada a absoluta predominância do resultado objetivo; o único texto que ampararia a posição oposta, certa

³⁸ *Apud* Bernardino Gonzaga, *op. cit.*, p. 117.

³⁹ Este estado de inimizade entre grupos, muito comum em sistemas jurídicos primitivos, alcançou institucionalização no antigo direito germânico, sendo conhecido pela designação de "perda da paz". Enquanto circunscrita à parentela (*sippe*) do ofensor e do ofendido (perda da paz relativa), tal situação chamava-se *faida*, e era resolvida, seja pela vingança exercida por membros da *sippe* do ofendido, seja por formas composicionais. Veja-se, a respeito, Heinnich Brunner e Claudius von Schwerin, *Historia del Derecho Germánico*, trad. Alvarez López, ed. Labor, 1936, p. 11 ss.; Pasquale del Giudice, *Diritto Penale Germanico*, in Erc. Pessina Milão, 1905, v. I, p. 439 ss. Sobre a evolução do conceito de responsabilidade, cf. o clássico Paul Fauconnet, *La Responsabilité*, Paris, 1928.

⁴⁰ Cf. as interessantes observações de Brunner e v. Schwerin, *op. cit.*, p. 23.

passagem de Evreux, é excelentemente contestado por Bernardino Gonzaga.⁴¹

Quem pretenda afirmar que a pena entre os índios brasileiros à época do descobrimento tinha caráter retributivo deve estar disposto a associar, em sua origem e desenvolvimento, o instinto de vingança e o princípio da retribuição — como fez Kelsen.⁴² A idéia de que qualquer ofensa a um membro da tribo deveria merecer indeclinável reação punitiva respondia à solidariedade grupal e a imposições religiosas; o exercício da vingança aparecia, pois, como ato indisponível, de conteúdo comunitário e místico. Isso explica aquilo que Bernardino Gonzaga chamou de “inexorabilidade das sanções”,⁴³ bem como sua imprescritibilidade. Há referências de cronistas sobre o uso do talião,⁴⁴ o que representa um certo estágio de controle das práticas punitivas (o talião, próprio ou simbólico, limita *intensivamente* a reação penal).⁴⁵ Há indícios de que os aborígenes brasileiros conhecessem a “expulsão da paz”, através da qual, rompendo os laços que integravam o autor da violação ao grupo familiar ou étnico, evitava-se a generalização da vingança e o estado de animosidade intergrupar (“perda da paz”); a “expulsão da paz” também exprime uma certa evolução no controle de práticas punitivas, limitando *extensivamente* a reação penal. A morte era executada basicamente por golpes de tacape (“ivirapema”, “tangapema”) no crânio, e sempre desta maneira quando se tratava do sacrifício de prisioneiros de guerra. Bernardino Gonzaga refere ainda a administração de veneno e o sepultamento com vida; e, possivelmente já sob influência do colonizador europeu, enforcamento, afogamento e açoitamento.⁴⁶ A execução pelo tacape parece ter sido a mais ritualizada, especialmente se seguida de refeição antropofágica. Florestan Fernandes menciona certos ritos de inculpação, que tinham o objetivo de “identificar o prisioneiro ao grupo a que ele pertencia”, evocando-se na ocasião ações sacrílegas dos inimigos contra ancestrais ou parentes, e conferindo à execução o sentido de vingança e expiação.⁴⁷ A ingestão

comum da mesma substância colaborava para renovar os laços sagrados que unificavam o grupo, dividindo entre todos o exercício da vingança.⁴⁸ A privação de liberdade era desconhecida como pena, intervindo eventualmente às vésperas da execução da morte; antes de acercar-se o dia da execução, o prisioneiro tinha liberdade de locomoção, e não raro se lhe concedia uma mulher.

O homicídio em sociedades primitivas não pode ser concebido segundo critérios de um direito penal civilizado. Por um lado, ignorada a distinção entre homicídio voluntário e involuntário, prevalece estritamente a representação social que possa ter o resultado morte, e a leitura religiosa deste acontecimento retira ao homicídio, embora ressalvada sua importância, qualquer caráter infamante.⁴⁹ A perseguição e resposta penal ao homicídio não atende, dessa forma, a nada de semelhante ao objetivo de proteger a vida humana como valor em si mesma.⁵⁰ Por outro lado, o homicídio de um membro do próprio clã tem a significação que já se procurou capturar com a expressão “suicídio parcial”, pois o autor, enquanto mutila um corpo organicamente indecomponível (o grupo), atinge-se a si mesmo; nessa ordem de idéias, a punição, pela morte, do autor do homicídio, só faria aumentar a extensão do dano.⁵¹ Será sempre necessário, pois, distinguir o homicídio intergrupar (que provocará perda da paz, e postulará inexorável vingança, podendo levar à guerra), e o mais improvável homicídio intragrupal, que pode reduzir-se a soluções não penais. Os cronistas referem a ocorrência de casos de abortamento, prática sobre a qual não recaía qualquer censura (uma hipótese de abortamento narrada menciona a interrupção da gravidez de mulher que servira de esposa a prisioneiro, uma vez que, neste caso, seria inevitável a morte da criança tão logo nascesse).

O rapto de mulheres era considerado ofensa grave, e dava origem à perda da paz⁵² porque, praticando os tupis casamento preferencial, tal fato perturbava extraordinariamente as possibilidades normais de, pela aliança matrimonial, renovarem-se os laços de

⁴¹ O texto é o seguinte: “Quanto são misericordiosos os selvagens para com os criminosos por acaso e sem malícia”, e tal observação resultaria de incidente no qual, durante uma festa, um índio teria ferido involuntariamente seu irmão, que morreu, exprimido o pai de ambos ao Governador francês a necessidade de atender ao caráter involuntário do ocorrido. Cf. Bernardino Gonzaga, *op. cit.*, p. 105 ss.

⁴² *Op. cit.*, p. 79 ss.

⁴³ *Op. cit.*, p. 53.

⁴⁴ Cf. Clóvis Bevilacqua, *op. cit.*, p. 235, e Bernardino Gonzaga, p. 125.

⁴⁵ Costuma-se chamar talião simbólico à prática que infligia o castigo no órgão ou membro fisicamente relacionado ao delito: cortar a mão do ladrão, mutilação em crimes sexuais, etc. (cf. Rodolfo Pessagno *et al.*, *Temas de Historia Penal*, B. Aires, 1953, p. 24).

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 127.

⁴⁷ *Apud* Bernardino Gonzaga, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁸ Sobre a significação do sacrifício entre primitivos, cf. Sigmund Freud, *Totem e Tabu*, trad. J. Salomão, Rio, ed. Imago, s/d, p. 160 ss.

⁴⁹ Vincenzo Manzini, *Contributo alle ricerche sulla genesi del diritto e della procedura penale*, em *Scelta di Scritti Minori*, Turim, 1959, p. 15.

⁵⁰ Quintano Ripolles, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid, 1972, t. I, v. I, p. 44.

⁵¹ Cf. Roger Caillois, *O Homem e o Sagrado*, trad. G. Cascais Franco, Lisboa, 1979, p. 82; por isso, “nas estâncias esquimós, considera-se acidental qualquer homicídio”. Afirma Bernardino Gonzaga que “de um modo geral a sociedade se mostrava indiferente diante de ofensas à vida ocorridas dentro do ambiente familiar” (*op. cit.*, p. 135).

⁵² “Nesse caso, as parentelas antagônicas separavam-se e todo o sistema de solidariedade intergrupar precisava ser recomposto” (Florestan Fernandes, *Organização Social*, cit., p. 75).

coesão grupal. O casamento tinha, ante os tupis, forma avuncular (tio materno e sobrinha) ou se realizava entre primos cruzados.⁵³ Para casar, o homem precisava de renominar-se, o que só podia ser feito se ele abatesse outro homem, não sendo raro o "empréstimo" de um prisioneiro, para viabilizar o rito de nomeação do noivo. O adultério da mulher era castigado duramente, às vezes com sua morte imediata; o comborço, se estranho ao grupo, era poupado, para que se evitasse a perda da paz e a vingança. O estupro era igualmente punido com severidade. Como em quase todas as sociedades primitivas, o incesto era proibido e sua prática era associada a sucessos desventurosos (proibição do tipo *tabu*).

Como já vimos anteriormente, os índios brasileiros que mantiveram contacto com os europeus conquistadores no século XVI subsistiam através de uma economia marcadamente coletivista. Seja o produto acumulado de caça e pesca, seja algum eventual excedente de produção da mandioca ou outra lavoura, tudo pertencia ao grupo, e era distribuído consoante as necessidades de seus integrantes. Dessa forma, desconhecia-se o furto intragrupal. O apoderamento de bens pertencentes a estranhos era ato lícito para o "direito penal indígena". Um texto de Anchieta refere, entretanto, que se algum praticasse furto contra seus companheiros estaria sujeito a açoitamento.⁵⁴ Desconhecida qualquer espécie de domínio territorial,⁵⁵ não havia como apresentar-se qualquer ilicitude envolvendo imóveis, cuja significação como elemento da organização tribal-religiosa e da coesão familiar suplantava inteiramente toda consideração material.

⁵³ *Idem, ibidem.*

⁵⁴ *Apud* Bernardino Gonzaga, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁵ Bevilacqua, *op. cit.*, p. 244.

A SOCIEDADE CRIMINÓGENA *

Manoel Pedro Pimentel

1. Representando a Associação dos Advogados de São Paulo, ao lado de eminentes colegas, professores Miguel Reale Júnior e José Luiz Gaeta Paixão, sob a coordenação do professor Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, coube-me falar sobre "A Sociedade Criminógena".

Muito significativo o honroso convite feito, pela primeira vez, à nossa Associação, ensejando a presença de advogados na reunião anual da SBPC, forum da maior relevância para apresentação e debate de temas da atualidade brasileira.

O assunto que nos foi confiado, certamente, é daqueles que interessam sobremaneira à comunidade brasileira, como um dos problemas mais intrincados e desafiantes do momento.

2. Uma primeira colocação deve ser feita, desde logo, para bem situar o tema. Entendemos que não se deve falar em *sociedade criminógena*, sendo mais correto dizer *sociedade geradora de fatores criminógenos*, pois, como observou Jean Pinatel, "as grandes manifestações de nossa criminalidade dependem das ocasiões que a sociedade concede. Em todo caso nossa sociedade é parcialmente responsável pelo desenvolvimento da crimi-

nalidade. Porém, não se trata senão de uma responsabilidade mecânica, ligada à morfologia social e, mais precisamente, à demografia e à urbanização".

A pressão exercida pela sociedade é igual, desde que consideremos sua dinâmica, sobre todos os indivíduos de uma mesma classe. Essa atuação, entretanto, gera fatores que estimularão reações diversas, fazendo com que, outros fatores individuais, condicionantes, propiciem o comportamento criminoso.

Exemplifiquemos. A pressão econômica, com todos os seus corolários, gera a *pobreza*, que é um fator de criminalidade, e não uma *causa*. Se fosse uma *causa*, atuaria de modo a fazer com que todos os pobres praticassem crimes. No entanto, pesquisas realizadas comprovaram que somente 5% dos favelados de São Paulo delinqüem (Ramão Gomes Portão, 1979), enquanto que, estatisticamente, constata-se que cerca de 95% da população carcerária da Casa de Detenção de São Paulo provêm dos estratos sociais inferiores. A prova es-

* Trabalho apresentado na 33ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), realizada em Salvador (BA), em julho de 1981.

tatística, portanto, é no sentido de que a pobreza é um *fator* de criminalidade gerado pela sociedade. O mesmo se dirá de outros fatores, *v.g.*, o abandono da infância, a educação, os meios de comunicação, a publicidade e muitos outros.

3. Inegável, todavia, que a sociedade atual gera e desenvolve fatores através da pressão que exerce sobre os indivíduos. Para identificar tais fatores é suficiente verificar-se a circunstância de nos encontrarmos envolvidos em um tipo de sociedade que se caracteriza pela mutação, pela instabilidade e pela desorganização. Como diz Pinatel ("La sociedad criminógena", 1979) "esta mutação social se expressa em um modo de vida, em um estilo de vida, mais ou menos idêntico em todas as metrópoles modernas, sejam países capitalistas ou socialistas".

Assim é que em todas elas se nota o ritmo apressado de vida, os congestionamentos do trânsito nas horas mais movimentadas, o abandono das cidades nos fins de semana, a aglomeração de pessoas nos espetáculos públicos e muitas outras situações semelhantes.

Os problemas decorrentes dos fatores demográficos e da urbanização são também assinaladamente iguais e determinam as mesmas consequências: em todos os lugares procura-se fugir ao cumprimento das leis, seja pelo fato de haver exagerada regulamentação oprimindo os cidadãos, seja em razão de confrontar-se a normatização com o interesse particular contrariado ou, ainda, porque as leis não se identificam com a realidade que pretendem normatizar.

Todos nós praticamos diariamente algum tipo de comportamento ilícito, tais como pequenas infrações de trânsito (estacionar em fila dupla ou em lugar proibido; percorrer pequenos trechos na contramão; dar sinais de luz, nas rodovias, para advertir os motoristas que transitam em sentido contrário da presença da fiscalização); obtenção de alguma especial vantagem mediante pequenos subornos (gratificar o bilheteiro de um teatro para que nos entregue as entradas já reservadas para outros espectadores); comprar artigos estrangeiros negociados à margem do comércio convencional, e muitos outros tipos de comportamento transgressor de normas de menor relevância.

Ora, estes desvios de comportamento demonstram a *anomia* existente, significando que os indivíduos não se comportam como deveriam frente às regras de conduta, gerando aquele fenômeno observado por Durkheim, a situação de *anomia*, um estado de confusão, em que as pessoas passam a agir segundo seus próprios interesses ou conforme seus valores ou fins.

O fenômeno da *anomia* é fator criminógeno, sem dúvida, e mostra o outro lado da questão: o homem comum está afogado, submerso em um oceano de normas, às quais ele procura respeitar, até que se cansa, verificando que, desde os indivíduos situados no topo da escala social até os mais humildes, há uma generalizada desobediência às normas e os infratores permanecem impunes.

4. Historicamente, todas as sociedades, no seu tempo e ao seu mo-

do, geraram fatores criminógenos. Os hábitos e condutas privativos dos nobres, por exemplo, por *contágio hierárquico*, passaram para a burguesia, tornando-se comuns os saques, as violações, os seqüestros, a embriaguez, comportamentos tolerados quando praticados pela nobreza, mas que se tornaram crimes quando seus autores eram homens do povo.

Ainda hoje se verificam muitos comportamentos de tipo desviante, praticados por pessoas altamente situadas nas esferas governamentais, que não são considerados criminosos, mas que violam o sentimento de justiça da comunidade. Basta recordar o desvio de rota de aviões de carreira, para atender à conveniência de um ministro; a maxidesvalorização do cruzeiro, enriquecendo alguns privilegiados; as negociatas e falcatuas praticadas na área bancária, como os escândalos do Banco Econômico e do BNDE; o perdulário gasto do dinheiro público com viagens, condecorações e banquetes, que apenas atendem a finalidades políticas; os negócios de ações, como as do conhecido caso da Vale do Rio Doce.

Todos esses comportamentos desviantes atuam, por *contágio hierárquico*, como fatores criminógenos, estimulando ações criminosas de indivíduos das classes inferiores, por imitação ou convencidos de que a impunidade é a regra.

5. Depois de mostrar que a urbanização, fruto do desenvolvimento capitalista, com o surgimento de uma sociedade pós-tecnológica, tecnocrônica, acompanhada de uma elevada taxa de inadaptação e de delinqüência (Denis Szabò), não explica o caso da Suécia, onde um sofisticado ins-

trumental social não detém o crescimento da criminalidade, ou o caso de Israel, em que há rigoroso cimento moral e religioso, mas que não reduz a criminalidade — que não decorre, portanto, apenas da redução dos valores morais, da quebra dos fundamentos da educação, da contestação, da impugnação da autoridade paterna, do relaxamento dos costumes, da onda de erotismo. Pinatel assinala que "o que caracteriza a nossa época é uma mutação sem precedentes, cuja origem deve ser buscada no desenvolvimento fulgurante da ciência e da técnica. Acontece, agora, um salto entre o processo científico e técnico e a cultura; quer dizer, nossos costumes, nossas idéias, crenças e formas de atuar e de reagir. O homem se encontra inadaptado, imerso em uma situação de desorganização social, em que nada é estável, onde tudo muda e tudo se move. Pois bem, é um fato comprovado que a desorganização social e a inadaptação individual favorecem o crescimento da criminalidade. Assim, os períodos turbulentos são acompanhados de uma sobressaturação criminal, como observou Ferri no fim do século XIX. Assim, a prodigiosa história dos Estados Unidos, com suas grandezas e exageros, sua intensa vida cultural e econômica, teve em contrapartida uma criminalidade importante ao lado da qual a européia parecia tímida e insignificante".

Estas assertivas não mereceram o aplauso de Manuel Lopez-Rey ("Criminologia", 1975), quando analisou a questão, também enfocada por outros criminólogos. Segundo ele, "a teoria da desorganização social ignora que nenhuma estrutura social se acha livre de contradições, desigualdades e

conflitos, e que a evolução e renovação, assim como o impedi-las, dão lugar a novas formas delitivas.”

Não há dúvida de que toda sociedade teve, tem e terá seus criminosos. Porém, aqui tratamos de uma criminalidade exponencial, cujo nível altíssimo indica claramente a patologia social que a enseja. E, neste caso, é possível considerar a desorganização social como responsável, em boa parte, pelos fatores criminógenos oriundos da sociedade.

6. Assim sendo, para que se identifiquem com razoável segurança os fatores criminógenos que podem ser gerados ou estimulados pela pressão exercida pela sociedade, parece que o melhor método será, como propõe Pinatel, analisar os fatores predisponentes de cunho individual, encontrados nas personalidades delinquentes com expressiva regularidade, e que são: a) *egocentrismo*; b) *labilidade*; c) *agressividade* e, d) *indiferença afetiva*.

Passemos à correlação. Temos como certo que a personalidade do delinquente é uma *estrutura complexa de fatores* ou, como prefere Pinatel, uma *estrutura dinâmica*, cujos elementos não são anormais por si mesmos. A interação ou a conjugação deles, ou, então, sua inflação, produzem condições desencadeantes da ação delituosa. Anote-se, por importante, que a personalidade do delinquente antes de ser um *dado* é um *resultado*, como bem concluiu Pinatel.

Sobre cada uma das características nucleares dessa personalidade atuam os fatores sociais, dinamizando as potencialidades existentes. O *egocentrismo* é dinamizado pelos fatores

massificação, anomia, contágio hierárquico, lesão do sentimento de justiça (que De Greeff classifica como um mecanismo cego), pelo progresso científico e técnico que oprime o *ego* condicionando a covardia do medíocre, que se resigna, mas que impulsiona outros à fuga através das drogas ou, ainda, que provoca a *reação violenta* dos que não suportam a pressão e descambam para o ato criminoso.

A *labilidade* é vulnerada pela denominada sociedade do bem-estar, que coloca a meta da felicidade na *satisfação imediata do prazer do momento* (Pinatel). Os desejos artificiais criados pela propaganda; o ritmo de vida da sociedade de consumo, sempre com ondas novas de necessidades engendradas, *v.g.*, a moda; a pressão dos noticiários sensacionalistas; as contínuas mudanças e o rápido envelhecimento das novidades, dando margem à instabilidade e à futilidade; o pensar pouco e o ler pouco; os vazios preenchidos erradamente através de sensações, em que a sensualidade é alimentada de modo permanente com gastos excessivos, tudo isso leva ao agir irrefletido, inconsequente, desprovido do lastro da experiência moral, dando como resultado comportamentos criminosos.

Nesta mesma ordem de idéias, embora de modo paralelo, podemos lembrar certo tipo de sociedade que leva o homem a trocar a liberdade pela segurança, dissolvendo-se na massa, em cuja força coletiva pensa estar subsumido como um forte, mas que, na verdade, reduz-lhe o sentido de individualidade e o conduz a inevitáveis frustrações, sobretudo porque passa a se comportar como mais um

carneiro do rebanho. (Eric Fromm, “O medo à liberdade”).

Elementos normais, e até mesmo essenciais, integrantes da personalidade humana ajustada, como a *agressividade sadia*, podem converter-se em manifestação antissocial quando pressionados pelos fatores gerados pela sociedade. A *agressividade*, segundo Pinatel, é um *dinamismo combativo*, sendo muito expressivo que Melanie Klein se refira a uma *ansiedade básica* existente em todos os homens, que tem a função de impulsioná-los na luta pela vida.

Entretanto, pode dar-se que essa auto-afirmação, por alguns considerada como verdadeiro instinto, sofra violentas distorções geradas por frustrações, provocando reações delituosas. Dyonélio Machado (“Uma definição biológica do crime”) fala em termos claros que, no seu entender, o crime é um excesso que o homem coloca no esforço de realizar-se na sociedade, sob forma de expansão instintiva. Não é raro que manifestações de ira, de furor, nada mais sejam que um produto do *rebaixamento da zona de tolerância* (Pinatel), como uma reação inconsciente contra o excesso de humilhação, de exploração, de injustiça sofrida em silêncio, como brilhantemente fez sentir Rollo May em seu discurso sobre “Poder e inocência”.

Podemos aludir, neste momento, a uma posição que vem sendo denunciada, em sucessivas análises, para demonstrar que o Direito penal vai paulatinamente servindo como arma dos poderosos. Há uma evidente discriminação quanto aos destinatários da norma penal. É importante transcrever certo texto de Heleno Cláudio

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

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

Não há negar que este é, também, um fato gerador de criminalidade,

pois a agressividade se torna um recurso de que lançam mão os que sofrem, seletivamente, as ofensas e as humilhações aludidas por Heleno Cláudio Fragoso.

Por outro lado, as atividades diárias do homem na sociedade, mesmo as mais comuns, como dirigir um automóvel, acumulam carga emocional resultante das frustrações e da permanente competição, causando fadiga e esgotamento. A ansiedade e a angústia que se comprimem, maceando o *ego*, podem elevar o nível da agressividade normal e, não raramente, causar a prática de crimes violentos, aparecendo tais fatos no noticiário como delitos imotivados, ou como crimes incompreensíveis diante da aparente falta de razão para reações tão violentas.

A *indiferença afetiva*, notada com impressionante frequência nos criminosos multireincidentes, é estimulada nos predipostos pela sociedade moderna, que condiciona elementos debilitadores da sua já frágil capacidade de sentir altruisticamente. O mesmo empenho na competição inevitável para alcançar os objetivos existenciais, que comumente é designado pela expressão "lutar para vencer na vida", reduz drasticamente as já em si delicadas emoções da piedade e da probidade, da generosidade e do altruísmo, da liberdade e do amor. E, como define Pinatel, a redução extrema de todas essas manifestações da afetividade é *fonte de angústia patológica*.

Tal carência se torna mais expressiva quando a sociedade impõe, através do seu mecanismo de atuação dinâmica, o afastamento dos homens, uns dos outros, aproximando-os ape-

nas superficialmente. O *autismo* é a consequência que decorre desse isolamento, levando o indivíduo a ensimismar-se. O *estar junto* não tem o mesmo significado de *envolver-se*, emocionalmente, pouco importando o *outro*, tornando-se indiferente a sua sorte, o seu sofrimento, empobrecendo-se a personalidade.

É este o pensamento de Zbigniew Brzezinski, citado por Pinatel, quando assinala que "na sociedade tecnocrônica a vida social está atomizada até tal ponto que a intimidade somente pode ser encontrada em reuniões com amigos. O recurso à droga trata de criar uma intimidade por meio da introspecção, ampliando, supostamente, o campo da consciência".

Dessa forma a sociedade moderna criou fatores capazes de exercer forte e incontrolável pressão sobre os indigentes de afeto, esfriando-lhes ainda mais as potencialidades emocionais e conduzindo-os à prática de violentos atos anti-sociais.

Não é de estranhar, portanto, que em todo esse contexto dado a *família* tenha deixado de ser um núcleo poderoso de enriquecimento e de expansão da vida afetiva. A falta de comunicação entre seus membros, as direções diversificadas dos interesses de cada qual e, mesmo, a necessidade de aumentar a renda familiar, fazendo com que também a mulher tenha que trabalhar fora de casa; a mudança radical dos hábitos familiares, em consequência de numerosas razões, tais como a diversidade dos horários de trabalho, impedindo a reunião dos membros da família à mesa das refeições e nos fins de semana; os programas de televisão, que impedem as conversas e os serões; os novos padrões de comportamento

quanto ao lazer dos jovens, contrastando com as formas de lazer e de entretenimento dos adultos, tudo isso, e muito mais ainda haveria a acrescentar, distanciou os membros da família, favorecendo o êxodo dos filhos apenas adolescentes ou o seu isolamento dentro do lar, quando não o abandonam.

A consequência é que a juventude sofreu, em alto grau, o impacto dessa situação familiar conflitiva, desguarnecida que ficou das defesas típicas, quase biológicas, que sempre foram desenvolvidas no núcleo familiar. O antagonismo declarado entre as gerações, fruto do distanciamento dos padrões aceitos pelos jovens e rejeitados pelos adultos, apressa a etapa de desligamento do lar, que em si mesma seria normal no tempo certo, descaracterizando a *maturidade psicológica*, que acaba sendo prejudicada, uma vez que os jovens acabam por experimentar a realidade desprovidos dos meios que habilitariam o discernimento adequado, tornando-se presas fáceis dos vícios e de falsa visão da realidade.

Estas formas de oposição entre as gerações, operando seus efeitos em pessoas ainda não amadurecidas, carentes de afeto e de comunicação, fazem com que os jovens se identifiquem em grupos determinados (K. Lorenz, "Civilização e pecado"), distinguindo-se acintosamente dos adultos pelas vestimentas exóticas, pelos cabelos compridos — moda que vigorou até há pouco tempo —, formando suas *gangs*, algumas bastante conhecidas como os *Teddy boys*, os *Blousons noirs* ou os *Hell's angels*, que deixaram marcas de violenta criminalidade e de vandalismo gratuito.

Esse fenômeno, curiosamente, não se manifestou exclusivamente nas classes sociais menos favorecidas, ou nos grupos minoritários, como os negros ou os homossexuais, mas generalizou-se entre adolescentes saídos das camadas mais altas do estamento social. Em todos os casos existe um mesmo pano de fundo: a sociedade de consumo, a sociedade do bem-estar, o mundo novo, cheio de mutações, de temores, de perplexidades, cujos valores são calcados em revolucionárias formas cogentes, causadoras da *diáspora* terrível, da qual não escapou nem mesmo a Inglaterra, consoante se assiste nos dias atuais.

O papel desempenhado pela família na formação da personalidade do adolescente que deve integrar-se no mundo adulto, como se constata, foi totalmente desvirtuado, ocasionando os males enraizados na falta de adequado ambiente para seu normal desenvolvimento, dizendo Pinatel, magistralmente, que "oculto profundamente na personalidade, o trauma infantil, ferida mal cicatrizada, encontra-se regularmente entre os delinquentes. Sob a máscara, sob a aparência, sob o desafio do criminoso endurecido há sempre — pode dar-se a isto o caráter de lei — uma ferida secreta".

Lidando com criminosos durante 35 anos de trabalho profissional, posso dar o testemunho de que é inteiramente verdadeira essa afirmação, pois a minha experiência confirma essa agudíssima observação.

7. Resumem-se, assim, os fatores criminógenos individuais, sobre os quais incidem os efeitos decorrentes de fatos e de circunstâncias operados na sociedade, tais como a *indigência*

afetiva, a pobreza econômica e cultural, os meios de comunicação, a oposição juvenil e o contágio hierárquico, aos quais agregamos, pela sua importância, a anomia e a diásporia.

Acrescente-se, a tudo isso, o deficiente funcionamento das agentes de controle social, institucionalizadas, desde a edição de leis penais discriminatórias até à administração da justiça criminal, através dos seus precários subsistemas policial, judiciário e penitenciário.

Dramaticamente observa Richard Quinney ("O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal", in "Criminologia crítica", 1980) que: "Nossa organização cultural e social presente, apoiada como está por um sistema de produção e distribuição burocrático-tecnológico, é uma ameaça à liberdade do indivíduo — inclusive a liberdade de saber que este sistema é opressivo e pode ser alterado. Um tal sistema tende a precluir a possibilidade de uma oposição dentro dele. Aspirando às recompensas que o sistema nos oferece, nós somos incapazes de considerar uma existência alternativa. Tal é a mensagem de Marcuse em sua discussão do caráter 'unidimensional' de nossa realidade presente. Somente em uma negação do presente podemos experimentar qualquer outra coisa."

Um dos movimentos mais significativos da nossa época, a *contra-cultura*, apontou caminhos que, entretanto, por parecerem paradoxais, foram fechados. A proposta "hippie", aparentemente desprovida de senso, terá sido, talvez, a sugestão mais séria e mais importante, à qual pouca atenção se deu, sobretudo porque a apa-

rência dos seus corifeus não inspira-va maior confiança.

Mas, se não formos capazes de mudar esta sociedade, o que acontecerá?

Uma das respostas mais inteligentes e lúcidas é dada por Roger Garaudy ("Apelo aos vivos", 1981): "Bem pouca imaginação se requer para antevermos nossa morte: basta prolongar com linhas pontilhadas as correntes de nosso tempo. Todas essas linhas se entrecruzam nos inícios do terceiro milênio, vale dizer, dentro de trinta ou quarenta anos, e revelam a sinistra evidência: se continuarmos a viver os próximos trinta anos da maneira como vivemos os últimos trinta, não faremos mais do que assassinar nossos netos."

Em todos os pontos do futuro antevemos essa sinistra situação, pois a humanidade vive, atualmente, o momento mais tormentoso da sua crise existencial. Estamos às portas de uma nova era, a Era da Técnica, em que o valor supremo será a *eficiência*, capaz de otimizar resultados. Tal valor tornará obsoletos todos os conceitos atualmente vigentes e que não sejam capazes de mutação para acompanhar a realização do novo projeto social.

O Direito não fugirá à regra. Perderá suas características que perduraram nos últimos séculos. O *suum cuique tribuere* terá um novo sentido, que hoje mal podemos imaginar.

Sem a pretensão de ser profeta, preferindo ser chamado de visionário, creio que em uma sociedade tecnocrônica avançada, a transformação mais dramática, e a que primeiro se fará sentir, será a do Direito penal.

O aumento da criminalidade, especialmente da criminalidade violenta, do vandalismo gratuito e dos delitos sofisticadamente fraudulentos; o insucesso da pena de prisão; a crescente demanda de recursos orçamentários para investimentos no sistema de administração da justiça criminal, alimentando seus subsistemas policial, judiciário e penitenciário; a ineficiência, a final, desses mesmos sistemas e o índice elevado da taxa de reincidência, são motivos mais do que suficientes para que a tecnoburocracia questione as soluções até agora preconizadas pela ciência penal e pela penologia, visando a reduzir o índice de criminalidade e a aumentar a eficiência das sanções penais, quanto aos seus objetivos formais: punir e recuperar.

Corolário das mudanças, tendo em vista a necessidade de alcançar resultados eficientes, com redução dos custos, será a condenação dos princípios liberais do Direito penal da culpabilidade, intoleráveis aos olhos dos que apenas vêem o mundo através da ótica de um programático ciclo *objetivo-custo-resultado*, e será entronizado o Direito penal da periculosidade. Segundo o novo critério (técnica-eficiência), não haverá necessidade de aguardar-se a manifestação anti-social do indivíduo. Bastará a avaliação da sua personalidade, por processos cibernéticos, a partir de padrões estabelecidos através de fichas encartadas na memória eletrônica, formuladas a partir de observações feitas em delinquentes institucionalizados, para que se decida sobre sua periculosidade.

Os engenheiros sociais assumirão o comando das operações de combate ao crime e ao delinquente. O *fato tí-*

pico (crime), conceito essencial do Direito Penal liberal, será substituído pelo *delinquente típico* (criminoso), instituindo-se uma espécie de *lombrosianismo eletrônico*. A pena será substituída por medidas de reabilitação, e as prisões darão lugar aos centros de reabilitação, onde os métodos e processos não guardarão qualquer semelhança com o tratamento humano de que hoje tanto falamos.

Tudo será feito em nome de uma sociedade sem crimes, higienizada, como justificação. Não estamos assistindo, hoje, ao ingênuo movimento que reclama a pena de morte aos autores de delitos graves? Qual a surpresa, então, se em um futuro próximo esse apelo for atendido?

A consequência trágica dessa solução entrevista, que pretenderá conceber uma sociedade sem crimes, será, certamente, o sacrifício da liberdade, pois, como sentenciou Miguel Reale Júnior ("Crime e pena", artigo publicado na "Folha de São Paulo", em 5 de julho de 1981): "o preço da liberdade é o eterno delito. O crime só desaparecerá quando findar a liberdade."

Qualquer sociedade onde existe liberdade terá que suportar uma taxa de criminalidade. O que é preciso, como observou Durkheim, é lembrar que quando a taxa da criminalidade é inusitadamente alta, como acontece agora no mundo capitalista, esse excesso é de natureza mórbida, revelando que a sociedade está doente.

Ainda está em tempo de se fazer alguma coisa, para que não tenhamos que parabenizar Huxley ("O admirável mundo novo"), Orwell ("1984") e Burgess ("A laranja mecânica" e "1985"), pela brilhante antevisão des-

se terrível futuro, que parece já estar tão próximo e tão inevitável, com a ruína do homem do nosso tempo, com o fim dos ideais de liberdade, com a derrocada da civilização.

Mas é isso que, lamentavelmente, também antevejo, negando-me o dom da profecia e preferindo, mil vezes,

ser apontado como um visionário apocalíptico, no caso de não termos capacidade e competência para modificar a sociedade atual, cuja função geradora de fatores criminosos pode ser, senão anulada, pelo menos contida em níveis normais e suportáveis.

TOBIAS BARRETO *

Heitor Costa Júnior

1839 foi um ano importante para a inteligência brasileira. Tobias Barreto de Menezes, o notável germanófilo, líder da Escola de Recife, nasceu em 7 de junho na vila de Campos do Rio Real, na província de Sergipe. Alguns dias antes nascia Machado de Assis e em janeiro Casimiro de Abreu. Tobias faleceu aos 50 anos, em Recife, precisamente às 21 horas do dia 26 de junho de 1889, segundo Abelardo Lobo.¹ Há quem diga que a sua morte ocorreu às 10 horas e 16 minutos² na casa de Alves Managa, na Rua do Hospício n.º 3. A esta época Clovis Bevilacqua estava com 20 anos, Silvio Romero com 38 e Ruy Barbosa com 40. Tobias foi um homem do Segundo Reinado. Cinco meses depois de seu falecimento, seria proclamada a República. A generosa cidade, como que recompensando a cultura jurídica do país da grande e lastimável perda,

serviu de berço, após 4 meses, à figura ímpar do mestre Anibal Bruno.³

Filho de Pedro Barreto de Menezes e Emerenciana Barreto de Menezes, Tobias descendia de família humilde. Seu pai era escrivão de órfãos, mas vivia modestamente, por não ser populoso e rico o município onde exercia sua função, como afirma seu fiel amigo Silvio Romero.⁴

Tobias começa seus estudos em Campos, indo para Estância em 1850. Lá estuda música e latim. Três anos depois, vai a Lagarto, continuando seu aprendizado de Latim até 1854. Adolescente ainda, com apenas 16 anos, inicia-se no magistério, atividade que exercerá por toda sua atribulada existência. Aos 18 anos, segundo Virgílio de Sá Pereira⁵ ele já era um espírito de extraordinária cultura conhecendo o latim, o francês, a literatura italiana e inglesa. Parece incorreta a afir-

* Este trabalho é a introdução à tese de Mestrado intitulada "A Teoria da Omissão no Pensamento Jurídico-Penal de Tobias Barreto".

1. Apud HERMES LIMA, *Tobias Barreto, a Época e o Homem*, Instituto Nacional do Livro, 1963, p. 35.
2. Depoimento do Dr. Luís Ferreira Nascimento, in OMER MONT'ALEGRE, *Tobias Barreto*, Vecchi Ed., 1939, RJ., p. 295.
3. Sobre Anibal Bruno, cf. NILO BATISTA, *Revista Ciência Penal*, nº 1, S.P., 1975, ps. 3/9.
4. *Obra Filosófica*, Livraria José Olímpio Editora, RJ., 1969, p. 164.
5. *Tobias Barreto*, *Revista dos Tribunais*, RJ., 1917, p. 39.

mação feita por Virgílio de Sá Pereira de que Tobias, já nesta época, dominava a língua de Goethe.

Na Bahia, em 1861, onde estudou filosofia com o renomado Frei Itaparica, Tobias quase ingressa na carreira eclesiástica.⁶ Uma canção executada ao violão, considerada escandalosa conduta de boêmio, impediu-o de permanecer no seminário, “às voltas com hinos e latínios pios”.⁷ O ano de 1863 foi muito difícil para Tobias, atormentado por doenças e ainda vítima de graves problemas materiais. Sua formatura foi retardada de um ano por falta de presença no período de 1866, época da famosa polêmica com Castro Alves.

Aos 30 anos, casa-se Tobias com a filha do coronel João Felix dos Santos, Senhor de Engenho em Pernambuco, Grata Mafalda Felix dos Santos com quem teve 9 filhos.⁸ Para Hermes Lima tudo indica que ele pusera a esperança de grandes vantagens sociais neste casamento. “O sogro prometera-lhe muitas coisas, inclusive um dote”,⁹ o que não passou de vã promessa.

Tobias forma-se em direito no ano do casamento, indo residir em Escada, militando por dez anos na advocacia, no jornalismo e na política, sendo que a práxis jurídica não lhe foi sedutora. Tobias pertencia à justiça local, porque era suplente de

Juiz Municipal. Nem isto o impediu de afirmar: “o cinismo da Justiça de Escada”, e de dizer que o Juiz de Direito e o Juiz Municipal “faziam da Justiça uma prostituta”.¹⁰

Esta fase, fecunda para a vida intelectual brasileira, é para nós particularmente importante pois em 1879 foi publicado, no periódico “Contra a Hipocrisia”, o célebre artigo de Tobias sobre omissão.

Silvio Romero analisou a década: “O decênio que vai de 1868 a 1878 é o mais notável da nossa vida espiritual. Quem não viveu nesse tempo, não conhece por ter sentido diretamente em si as mais fundas comoções da alma nacional. Até 1868, o catolicismo reinante não tinha sofrido nestas plagas o mais leve abalo; a filosofia espiritualista, católica e eclética, a mais insignificante oposição; a autoridade das instituições monárquicas, o menor ataque sério por qualquer classe do povo; a instituição servil e os direitos tradicionais do feudalismo prático dos grandes proprietários, a mais indireta opugnação; o romantismo, com seus doces, enganosos e encantadores cismas, a mais apagada desavença reatora. Tudo tinha adormecido à sombra do manto do princípio feliz que havia acabado com o caudilhismo nas províncias e na América do Sul e preparado a engrenagem da peça política de centralização mais coesa que

já uma vez houve na história em um grande país. De repente, por um movimento subterrâneo, que vinha de longe, a instabilidade de todas as coisas se mostrou, e o sofisma do Império apareceu em toda a sua nudez.” Depois de referir-se à Guerra do Paraguai, prossegue Silvio Romero sua interpretação: “Na política é um mundo inteiro que vacila. Nas regiões do pensamento teórico, o travamento da peleja foi ainda mais formidável porque o atraso era horroroso. Um bando de idéias novas esvoaçou sobre nós de todos os pontos do horizonte. Hoje, depois de mais de trinta anos, hoje, que são elas correntes e andam por todas as cabeças, não têm mais o sabor da novidade, nem lembram mais as feridas que, para as espalhar sofremos os combatentes do grande decênio. Positivismo, evolucionismo, darwinismo, crítica religiosa, naturalismo, cientificismo na poesia e no romance, folklore, novos processos de críticas e de história literária, transformação da intuição do direito e da política, tudo então se agitou e o brado de alarma partiu da Escola de Recife. Tobias foi o mais esforçado combatente, com o senso de visão rápida de que era dotado.”¹¹

Voltemos à análise cronológica. Em 1864, após fase de grande dificuldade financeira, Tobias ingressa na Academia de Recife e candidata-se à cadeira de latim no Colégio das Artes sem conseguir o seu inten-

to. O mesmo resultado ocorreria com relação à cadeira de Filosofia no Ginásio Pernambucano em 1867, sem que lhe faltassem méritos, pois alcançaria a primeira colocação. Será, no entanto, nomeado o neotomista paraibano Soriano de Souza, Doutor em Filosofia pela Universidade de Louvain,¹² justificando-se a irregularidade com a alegação de ser este candidato casado. Forma singular de se preencher vaga no magistério da monarquia... Este fato histórico, não é episódico e se reproduziria mais tarde entre Farias Brito e Euclides da Cunha, em concurso realizado para a cadeira de lógica no Colégio Pedro II. Classificado Farias Brito, em 1.º lugar, foi preterido a favor daquele.¹³ Desta vez conhecidos dramas conjugais fizeram Farias Brito assumir o lugar que lhe pertencia com a lamentável e brutal morte de Euclides.

Formado em Direito, Tobias permanece em Recife, lecionando. Estamos em fins de 1869. Na sua turma “formaram-se rapazes de valor excepcional”. Além de Tobias Barreto, Araripe Junior, Guimarães Junior, Anfilóbio de Carvalho, por exemplo.¹⁴ Clovis Bevilacqua lembra uma curiosidade quanto ao rendimento dos alunos citados. “Destes somente o último alcançou, nas informações fornecidas pela Faculdade, a nota de aproveitamento mais que regular. Os outros não cederam à craveira co-

6. SILVIO ROMERO, ob. cit., p. 167; cf. também do mesmo autor *História da Literatura Brasileira*, Livraria José Olímpio, RJ, 1960, vol. IV, p. 1.194.

7. ROBERTO LYRA, *Tobias Barreto, o Homem Pêndulo*, Cia. Ed. Coelho Branco, Rio, 1937, p. 10.

8. JUNOT SILVEIRA, *O Romance de Tobias Barreto*, Ed. Caderno da Bahia, Salvador, 1953, p. 187.

9. HERMES LIMA, ob. cit., p. 19.

10. EVARISTO DE MORAES, *Revista Forense*, 79, 1939, p. 153.

11. *Explicações Indispensáveis* in prólogo de Vários Escritos de TOBIAS BARRETO, datado de março de 1900, ps. 26/27.

12. Cf. *Tomismo e neotomismo no Brasil*, Ed. Grijalbo, 1968.

13. Cf. AQUILES CORTES GUIMARÃES, *Farias Brito e as Origens do Existencialismo no Brasil*, Ed. Tempo Brasileiro, 1979, p. 16.

14. CLÓVIS BEVILAQUA, *História da Faculdade de Direito de Recife*. Instituto Nacional do Livro, 2ª ed., p. 124.

mum do regular. Que lição tiraremos? Que as notas escolares não são índice seguro da capacidade mental dos estudantes. A opinião dos contemporâneos, dos colegas da mesma geração acadêmica, aproxima-se mais da verdade".¹⁵

Distingue Silvio Romero, com nitidez, duas fases do maior penalista do império na capital pernambucana. O primeiro período alcança os anos de 1862 a 1871, excluindo-se o tempo em que Tobias viveu nos Estados de Sergipe e Bahia. O segundo período cobre os anos de 1871 a 1881.¹⁶ Nesta fase Tobias aprendera alemão como autodidata o que muito lhe valeu no magistério do Direito Penal. Ele comprara na Livraria Laillacard um dicionário e uma gramática em alemão, encomendando, ainda, um exemplar de "*Geschichte des Volkes Israel*" de Ewald¹⁷ e seu solitário estudo bastou para que viesse a dominar o complexo idioma.

Em 1873, o mestre sofre um duro golpe com o falecimento de sua mãe. Dois anos depois, funda um jornal escrito em alemão, o *Deutscher Kampher*.

Em abril de 1882, apresenta à Congregação da Faculdade de Direito de Recife sua tese de concurso ou como ele preferia dizer, um comentário ao artigo 4.º do Código: "*O Mandato Criminal*". Sagrando-se vencedor no memorável concurso vem a ser no mesmo ano nomeado Lente da Academia de Recife por Pedro II apesar das pressões políticas em favor do Freitas, um dos candidatos que

concorreria com Tobias. Os memoria-listas Gumerindo Bessa e Graça Aranha testemunharam para a posteridade a brilhante atuação de Tobias. Graça Aranha assim retratou a solenidade: "Era dos primeiros a chegar ao vasto salão da Faculdade e tomava posição junto à grade, que separava a Congregação da multidão dos estudantes. Imediatamente Tobias Barreto se tornou o nosso favorito. Para estimular essa predileção havia o apoio dos estudantes baianos ao candidato Freitas, baiano e cunhado do lente Seabra. Tobias, mulato desengonçado, entrava sob o delírio das ovações. Era para ele toda a admiração da assistência, mesmo a da emperrada Congregação. O mulato feio, desgracioso, transformava-se na argüição e nos debates do concurso. Os seus olhos flamejavam, da sua boca escancarada, roxa móvel, saía uma voz maravilhosa, de múltiplos timbres, a sua gesticulação transbordante, porém sempre expressiva e completando o pensamento. O que ele dizia era novo, profundo, sugestivo. Abria uma nova época na inteligência brasileira e nós recolhíamos a nova semente, sem saber como ela frutificaria em nossos espíritos, mas seguros que por ela nos transformávamos. Esses debates incomparáveis eram pontuados pelas contínuas ovações que fazíamos ao grande revelador. Nada continha o nosso entusiasmo, a Congregação humilhada em seu espírito reacionário, curvava-se ao ardor da mocidade impetuosa. Prosseguíamos impávidos, certos de que conduzidos por Tobias Barreto,

estávamos emancipando a mentalidade brasileira, afundada na Teologia, no Direito Natural, em todos os abismos do conservantismo. Para mim, era tudo isto delírio. Era a alucinação de um estado inverossímil que eu desejava, adivinhava, mas cuja realização me parecia sobrenatural. Tobias Barreto fez a sua prova de preleção oral. O orador atingia para a minha sensibilidade ao auge da eloquência. Quando terminou, recebeu a mais grandiosa manifestação dos estudantes, a cujo entusiasmo aderiram os lentes unânimes".¹⁸

Desta data até sua morte Tobias Barreto lecionou na Academia de Recife. Foram, portanto, sete anos de magistério prejudicados pela doença que, desde 1887, praticamente o afastara de seus queridos alunos. Em 1884, publicou *Menores e Loucos em Direito Criminal* onde, segundo Clovis Bevilacqua, foram expostas por Tobias suas idéias básicas sobre o crime, a pena e a imputabilidade.¹⁹ No ano seguinte vem à luz a *Introdução ao Estudo do Direito e Prolegômenos ao Estudo do Direito Criminal*. É de 1888 o inacabado *Comentário ao Código Criminal*.²⁰

Com a vitória de seu líder, nasce a chamada Escola do Recife. Ela que ironicamente foi qualificada de escola teuto-sergipana, por Carlos de Laet, face ao germanismo de Tobias, terá grande influência sobre os

acadêmicos de direito daquela escola. Vinha Tobias juntar-se a dois excelentes penalistas. Ao professor José Higino Duarte Pereira, tradutor da sexta edição do *Tratado de Von Liszt*, com prefácio de sua autoria, que se tornou clássico entre nós, e a João Vieira de Araújo, autor de conhecido comentário e "Ensaio" de Direito Penal.

Todavia, nos dois últimos anos de sua existência Tobias foi obrigado a licenciar-se, reduzido à condição de "pensionista da caridade pública", como ele mesmo confidenciara ao seu inseparável amigo Silvio Romero. Uma semana depois, polemizando como sempre vivera, ele falece. Desapareceu incompreendido no ambiente inóspito para o qual tanto contribuíra. Tobias procurou, em verdade, inimigos. Ele os criava e os alimentava. Foi sempre impiedoso, inclinado a competições mesquinhas e vulgares, "em mangas de camisa". Um traço marcante em sua personalidade era a profunda revolta. A insegurança e a exaltação. Assim falecia o homem de intensa atividade intelectual, o ídolo de seus alunos, o importador de idéias, o músico, o poeta, o político, o orador, o filósofo, o jurista, o "mulato feio e desengonçado" enfim, no dizer de Graça Aranha; o homem de letras, o provinciano dispersivo extremamente vaidoso, o polêmico Tobias Barreto,

15. *Idem*, p. 125.

16. *Obra Filosófica*, cit., p. 168.

17. JUNOT SILVEIRA, ob. cit., p. 111.

18. *Meu Próprio Romance*, in *Obras Completas*, RJ., MEC e Conselho Federal de Cultura, 1969, ps. 572/573. De salientar que para prova escrita lhe foi proposta a questão: "Conforma-se com os princípios da ciência social a doutrina dos direitos naturais e origem dos homens". Sobre o concurso de TOBIAS, cf. também, a carta de GUMERCINDO BESSA dirigida a Luiz Mattos Freire, in *Estudos de Direito*, vol. II, 1962, Ed. Estado de Sergipe, ps. 257 a 270.

19. CLÓVIS BEVILAQUA, ob. cit., p. 361.

20. SILVIO ROMERO, *Obra Filosófica*, p. 171.

mestre de pena temida por padres e colegas, endeusado pelos discípulos que o consideravam homem genial. Sua obra é imperecível documento da intelectualidade brasileira do século passado.

O impiedoso Tobias Barreto qual um novo "boca do inferno", jamais foi elemento aglutinador. Se a indiferença do seu ambiente o irritava, como diz Gilberto Amado,²¹ nada fazia ele para cultivar a amizade de seus colegas de afazer. A possibilidade de dividir o sucesso o enciumava. É dele esta frase: "Nossa ciência do direito principalmente na esfera criminal é a ignorância ensinada com método e ainda metodicamente aprendida".²² A bem da verdade, deve ser dito que nem todos eram medíocres como na pessimista visão de Tobias a justificar seu isolamento. José Higino não o era. Tinha apenas um grave defeito: conhecia o idioma alemão, defeito, para Tobias imperdoável. Uma de suas páginas mais lamentáveis são as polêmicas "odientas e frívolas" que travou com José Higino. Ele, homem de difícil trato, somente ele podia brilhar. José Higino, o "holandês", foi vítima de sua crítica constante, de sua intransigente provocação. Não seria necessário evocar o testemunho insuspeito de Silvio Romero.²³ Confessou-o Tobias — "Sim senhor, foi uma provo-

cação e posso dizer até que sem desfazce algum".²⁴

Mas não foi só José Higino a única vítima de sua profunda exaltação. Sobre outros colegas Tobias teceu comentários dos mais desairosos. Mendes da Cunha não foi poupado.²⁵ Para Tobias, Clovis não valia nada, "alguma coisa melhor que escrevia era plagiada".²⁶ "Não havia ninguém para ele que prestasse na congregação", segundo Hermes Lima.²⁷ Tobias reconheceu, aliás, que seus colegas lhe devotavam "raízes de ódio". Recompensado afirmava, nas polêmicas: "A simpatia de que gozo entre os estudantes tem raízes profundas."²⁸

O espírito desabrido e polêmico de Tobias Barreto não se circunscreveu ao magistério nordestino — Carrara, reconhecidamente o sumo mestre do Direito Penal Italiano, sofreu suas injustas e indevidas críticas. — "O ilustre autor do *Programma del corso di Diritto Criminale*, sobretudo, é fertilíssimo de novidade que a final depois de algum exame não passa de outras tantas frivoleiras". Na mesma obra afirma ser Carrara "maníaco de novidades".²⁹

Em *Menores e Loucos* dissera: "Carrara é um penalista metafísico da pior espécie". Na mesma obra criticará Lombroso.³⁰

No que diretamente concerne ao nosso interesse, cabe questionar se Tobias foi reconhecidamente um seguro mestre de Direito Penal ou merece as mesmas críticas que foram dirigidas ao filósofo Tobias³¹ e ao poeta Tobias. A outra questão seria, lembrando Alceu Amoroso Lima, perquirir se o penalista Tobias Barreto³² foi pensador, original ou "um espírito de seu tempo que passou com seu tempo". Haeckel teria dito pertencer Tobias à raça dos grandes pensadores.

A obra de Tobias deve ser analisada sem se perder de vista o ambiente intelectual do Brasil no Segundo Reinado: "Poucas escolas, nenhuma Universidade, imprensa precária, maus arquivos, grande desnível entre o saber das elites e o do povo."³³ O que tanto se critica em Tobias, sua falta de método,³⁴ era um fato natural à época: "Faltavam sobretudo hábito e disciplinamento em

termos de preparo acadêmico que ajudassem às elites a suplantarem o gosto pelo verbalismo e à cultura rigores intelectuais."³⁵ Para a cultura brasileira as Faculdades de Direito eram instituições que representavam os "centros dominantes da fisionomia espiritual do país e principalmente no cenário de cada uma dessas províncias (Recife e São Paulo), fazendo as vezes de escolas de estudos políticos e sociais, onde se formavam os futuros governantes, ministros, parlamentares, legisladores, em suma, a classe dirigente".³⁶

Lembrado o contexto histórico-social em que Tobias realizou sua produção intelectual, algumas opiniões deverão ser reproduzidas para chegarmos à resposta sobre Tobias, mestre de Direito Penal. Todas estas opiniões são respeitáveis em razão da autoridade de seus prolores. Seu mais autorizado biógrafo, Hermes Lima, também jurista, afirmou ser

21. GILBERTO AMADO, *Tobias Barreto*, Ariel, 1934, p. 20.

22. *Delitos por omissão*, cit., p. 199.

23. Prefácio das *Polêmicas* de TOBIAS BARRETO, Ed. Estado de Sergipe, 1962, p. XVIII.

24. *Polêmicas*, cit., p. 205.

25. *Delitos por omissão*, cit., p. 189.

26. Cf. *Tobias, não Jurista*, de MANUEL CAVALCANTI, in *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, nº 1, 1975, ps. 93/95.

27. Ob. cit., ps. 28/29.

28. *Polêmicas*, cit., p. 406.

29. In *Estudo de Direito*, cit., ps. 102, 125 e 131.

30. *Menores e Loucos*, Ed. Estado de Sergipe, 1926, p. 74.

31. Foge ao âmbito deste trabalho, analisar o pensamento filosófico de TOBIAS BARRETO. Cf. a propósito: *Noções de História da Filosofia*, Livraria Agir, Ed. Rio, 1955, ps. 296 e segs. do Padre Leonel Franca; *Panorama da Filosofia no Brasil*, Luis W. Vita, Ed. Globo, ps. 86 e segs.; Cruz Costa, *Contribuição à História das Idéias no Brasil*, 2ª ed., Civilização Brasileira, Rio, 1967, ps. 289 e segs.; Guilherme Francovich, *Filósofos Brasileiros*, trad. Nisia Nóbrega, Ed. Presença, Rio, 1979, ps. 39, 51; Antônio Paim, *História das idéias Jurídicas no Brasil*, Ed. Grijalbo, S.P., 1969, ps. 76/96 e Hélio Jaguaribe, *A Filosofia no Brasil*, ISEB, RJ., 1957, ps. 33 e segs. Este autor afirma ser injusta as críticas feitas a TOBIAS BARRETO por Leonel Franca e também ter sido TOBIAS um intelectual mais importante que Ruy Barbosa. *As Idéias Filosóficas no Brasil*. Coordenação de Adolpho Crippa, Ed. Convívio, S.P., 1978, ps. 81 e segs.

32. *Estudos*, 1ª série, p. 345. O próprio Alceu Amoroso Lima reconheceu que "Tobias Barreto sacudiu violentamente o marasmo do nosso mundo colonial", p. 393; "alargou nossas fontes de pensamento", p. 392; "Mesmo para os que, como eu, discordam radicalmente" de suas idéias, — é um excelente estímulo a leitura dessas páginas, tendenciosas, mas sempre vivas e ardentes, em que uma inteligência fora do comum, lastreada por uma leitura extensa, reflete integralmente os preconceitos de sua época, a pretensão infinita do seu século, a segurança desdenhosa e tranqüila do homem do século XIX", p. 393.

33. *As Idéias Filosóficas no Brasil*, cit., p. 92.

34. No Prólogo dos *Estudos Alemães*, ele mesmo admitia ser volúvel.

35. *As Idéias Filosóficas no Brasil*, cit., p. 93.

36. HERMES LIMA, ob. cit., p. 185.

Tobias Barreto o “verdadeiro fundador de nossa literatura penal”.³⁷ Já dissera o mesmo autor que “a matéria penal constituiu realmente parte do Direito que mais apaixonou Tobias e para a qual com maior viço contribuiu”.³⁸

Gilberto Amado, que também foi Professor de Direito Penal, afirmava que Tobias em “matéria criminal antecipou tudo. Refuta Carrara em termos proféticos. Compreende e discute Lombroso, formulando objeções que só mais tarde seriam apresentadas na Europa”. Disse, ainda, o mesmo autor que “bastariam os *Estudos de Direito* para colocar Tobias acima de todos os brasileiros de seu tempo. Tudo que ele escreveu sobre o Direito Criminal ainda pode ser traduzido. Daria a impressão no estrangeiro de trabalho feito agora pelos mais altos especialistas”.³⁹ A opinião não parece tão otimista se observarmos que o estudo de Gilberto Amado é de 1934. Saliente-se que este crítico foi imparcial, chegando mesmo a ser rigoroso em sua análise sobre Tobias.⁴⁰

Com Clovis Bevilacqua ocorrerá a mesma distinção entre Tobias filósofo e Tobias penalista: “Como filósofo e como jurista foram as idéias gerais, os princípios dominantes que o seduziram. Mas nunca enfeixou, numa síntese completa, essas idéias fundamentais. Assim como lhe faltava o gosto pelas análises demoradas,

não lhe aprazia deter-se em obras de grande extensão. Surgia-lhe a concepção, a descarga das forças criadoras levava-o, febril, à produção; mas, aliviado daquela necessidade psíquica, enfastiava-o prosseguir no mesmo caminho, e ensalava velejar por outros mares e aspirar outros perfumes. Foi um ensaísta. Agitando idéias, demolindo construções antiquadas, percorrendo vários domínios da filosofia e do direito, pôde, afinal, prestar melhor serviço à evolução do pensamento brasileiro do que se cultivasse, com afincio, um só departamento científico”.⁴¹

Assim Clovis Bevilacqua viu o mestre de Direito Penal: “Dentre os ramos particulares do Direito, o que Tobias cultivou, mais detida e carinhosamente, foi o Direito Criminal. Ele mesmo nos disse que esperava envergar a clâmide de criminalista, se prosseguisse nessa ordem de estudos. Em verdade a envergou e com extraordinário garbo. Quem escreveu *Menores e Loucos; Dos Delitos por Omissão; Ensaio sobre a Tentativa em matéria criminal; Sobre a co-delinquência no Código Criminal* e os *Comentários*, ainda que não concluídos, ao Código Criminal, foi um criminalista de idéias seguras e profundas.”⁴²

Evaristo de Moraes também faz coro na louvação: “Ninguém, absolutamente ninguém, nas datas em que Tobias Barreto escreveu foi além

dele no enfrentar diversos problemas do Direito Criminal. Pelo contrário: mercê da já aludida cultura alemã foi extraordinário o seu avanço sobre todos os criminalistas contemporâneos.”⁴³

Antes de Tobias “a literatura penal no Brasil é um mito”, segundo Roberto Lyra, pois mal “se começava condignamente a tomar conhecimento da fase clássica do Direito Penal Italiano, em pleno alvorecer da própria ciência penal”. “Apoderando-se da cultura alemã e avançando nas perspectivas, através desse óculo de alcance posto, no interior da província, Tobias fez de tal privilégio um instrumento de confrontos frívolos e falaciosos, cioso da eventualidade do monopólio.”⁴⁴

Roberto Lyra reproduziu a opinião que Asúa expenderá a respeito de Tobias. Vejamos no original o que diz o crítico Asúa, para quem a bibliografia alemã penetrou no Brasil pelas mãos de Tobias antes que outros países latino-americanos a conhecessem: “La mas superficial consulta de las páginas de Tobias Barreto nos demuestra las fuentes de su formación científica. La cultura germánica influyó en el de manera tan profunda que muchos de sus libros sólo citan títulos alemanes. Esto le permitió abarcar horizontes técnicos invisibles para la mayor par-

te de sus contemporâneos, no solo brasileños, sino continentales y aun latinos de Europa. En su monografía sobre Delitos por Omissão defendió puntos de vista familiares a los penalistas alemanes, pero ignotos incluso para los escritores franceses de sus días. Por eso sus doctrina causaron extranexa en el Brasil.”⁴⁵ Após criticá-lo, pelo ataque ao princípio da reserva legal em confronto com seu pensamento sobre a sanção criminal, que não se conciliam, Asúa finaliza: “Tobias Barreto es uno de los espíritus mas finos y cáusticos que puede lucir la ciencia jurídica brasileña.”⁴⁶

Apesar de numerosas, não podemos cessar por aqui a reprodução de tais opiniões. Isto porque incompreensivelmente hoje em dia ainda há pessoas que negam a Tobias a qualidade de jurista, desconfiando até de sua produção no Direito Penal, ramo onde “muitíssimo pouco desovou”. A afirmação parte de um civilista.⁴⁷ Os especialistas da matéria pensam de maneira diversa e não costumam regatear-lhe elogios.

Nosso maior mestre de Direito Penal de todos os tempos, Anibal Bruno, não teve dúvida em intitular de “Tobias Barreto Criminalista” o artigo que lhe dedicou. Seu dizer é como sempre claro e preciso: “Neste forte pensador inquieto e dispersivo

37. Idem.

38. HERMES LIMA, ob. cit., p. 181.

39. GILBERTO AMADO, ob. cit., ps. 26 e segs.

40. Idem, p. 27.

41. *História da Faculdade de Direito do Recife*, cit., ps. 363/364.

42. Idem, p. 370.

43. *Apud* HERMES LIMA, ob. cit., p. 182.

44. T. BARRETO, *Homem*, cit., ps. 36/37.

45. *Tratado*, vol. I, p. 1.071.

46. Idem.

47. “A ciência do Direito propriamente dita nunca se fez objeto pragmático de suas indagações, senão um tema abordado em vista a posicionamento conceptualístico no lastro geral da Sociologia. Numa palavra: Tobias não foi jurista, nem a ciência do Direito foi marca do relevo em sua escola”. Manuel Cavalcanti, *Tobias, não Jurista*, in *Rev. Fac. Direito Cândido Mendes* nº 1. 1975, RJ., ps. 39 e seg.

cuja estatura excedeu de muito as proporções de seu tempo, a feição mais interessante para o estudioso das questões jurídicas é a do mestre do Direito Penal." Foi aí que se consolidou o seu renome de jurista e criou as mais fortes expressões de sua obra na ciência do Direito.⁴⁸

Fragoso também não se negou a reconhecer que Tobias dominava a especialidade estando "em dia com a ciência penal de seu tempo".⁴⁹

A primeira indagação parece estar respondida: Tobias foi mestre de Direito Penal. E pensador original, ele foi? A opinião comum é no sentido da negativa.⁵⁰ Os que assim pensam não deixam de consignar sua inteligência penetrante. Não foi grande pensador. Inegavelmente, todavia, renovou o estudo jurídico. Agitou, trouxe novas idéias, possibilitou discussões, transpondo "para clave de sol para uso dos diletantes". doutrinas desconhecidas no Brasil. Parece, pois, ter razão Artur Orlando, quando salienta ser o penetrante estilo de Tobias "uma fonte de reflexão porque não só desperta, evocando, idéias, como também obriga-

-o a descobrir relação entre as numerosas e diversas idéias sugeridas".⁵¹

Anibal Bruno enxergou ineditismo em Tobias ao basear o fundamento do Direito Criminal na Defesa Social. Isto ninguém fizera antes dele.⁵² Outro jurista, Machado Neto, lembra que, criticando o jusnaturalismo, Tobias Barreto "chegou à noção de direito como objeto cultural, uma das mais originais contribuições do seu pensamento".⁵³

Uma circunstância aumenta o valor de Tobias: ter sido ele um investigador solitário. Fato comum entre nós. Isto não impediu que o mestre chegasse a conclusões verdadeiramente precursoras, adiantando-se ao seu tempo. Quem consignou que o conceito de pena não é jurídico mas político,⁵⁴ quem teve intuição perfeita dos crimes de mão própria,⁵⁵ quem sustentou o alargamento da punibilidade dos crimes omissivos ainda que de forma técnica insatisfatória,⁵⁶ não foi "um homem de seu tempo que passou com seu tempo".⁵⁷

Quem escrevia em latim, francês e alemão⁵⁸ no nordeste brasileiro há um século, quem demonstrando fino espírito, gostava mais de Shakespeare do que Lobão,⁵⁹ quem pela primeira vez no Brasil proclamou a importância de Marx; quem pela vez primeira também aqui criticou Lombroso,⁶⁰ quem pela primeira vez definiu Wagner e lhe deu supremacia na música moderna, exaltando e compreendendo Walt Whitmann,⁶¹ foi algo mais do que incontestável mestre de direito penal, sem dúvida o mais destacado da segunda metade do Século XIX, em nosso país. Foi realmente homem de rara sensibilidade inteirado das idéias do seu tempo.

Mesmo com defeitos, inerentes à natureza humana, — e o do penalista Tobias Barreto foi não se ter dedicado, sistematicamente, ao estudo de sua ciência — ainda assim, Tobias inaugura em nosso país uma nova fase nestes estudos, iluminando com sua inteligência aspectos dogmáticos jamais aqui ventilados. Seus defeitos, como salientou corretamente Gilberto Amado, não podem "ser considerados senão à luz das idéias de seu tempo e dentro do meio" em que viveu.⁶²

Ninguém em seu tempo envergou com tanto mérito a "clâmide de criminalista" a que ele tanto aspirou e negavelmente honrou.⁶³

48. Tobias Barreto *Criminalista*, separata da Rev. Acadêmica, Fac. Direito Recife, 1939, ps. 5, 24.

49. *Conduta Punível*, José Bushatsky Ed., 1961, p. 18.

50. Cf. Gilberto Freyre, *Nós e a Europa Germânica*, Ed. Grifo, RJ., 1971, p. 135; *História Geral da Civilização Brasileira*, vol. II, p. 340, sob a direção de Sérgio Buarque de Holanda; cf. *História da Inteligência Brasileira*, Wilson Martins, Ed. Cultrix, S.P., 1977, ps. 498, 499.

51. Introdução a *Questões Vigentes*, 1926, Ed. Estado Sergipe, p. XXXVII.

52. Art. cit., p. 19.

53. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*, cit., p. 87.

54. *Fundamentos do Direito de Punir*, in *Estudos de Direito*, Laemmert, Ed. 1892, p. 177.

55. Eis a lição ainda hoje atual: "Existem certos crimes, por cuja natureza está determinado que só possa ser considerado por agente punível aquele que praticou mesmo fisicamente a ação externa, que contém os caracteres objetivos desses crimes, nos quais, por conseguinte, não se concebe que o autor punível possa utilizar-se da atividade de outra pessoa como meio de executar o ato exterior criminoso". *Mandato Criminal in Estudos de Direito*, Ed. Estado Sergipe, vol. I, 1926, p. 271.

56. *Delitos por omissão in Estudos*, cit., vol. I, Ed. Est. Sergipe, ps. 214 a 239.

57. Tobias Barreto, cit., de Tristão de Athayde, in *Estudos 1ª Série*, ps. 381 e seg.

58. HERMES LIMA, biografia cit., p. 232.

59. HERMES LIMA, biografia cit., p. 179.

60. *Menores e Loucos*, 1926, Ed. Estado de Sergipe, ps. 67 e seg.

61. GRAÇA ARANHA, ob. cit., p. 574.

62. Ob. cit., p. 28.

63. *Delitos por Omissão*, cit., ed. 1926, p. 239.

PARECER DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS DO RIO DE JANEIRO SOBRE O ANTEPROJETO DE LEI QUE ALTERA DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL (PORTARIA N.º 192, DE 6 DE MARÇO DE 1981, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)

Relatório

O Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro examinou o anteprojeto de lei que altera dispositivos do Código Penal e dá outras providências, elaborado pela Comissão constituída pela Portaria n.º 1.043, de 27 de novembro de 1980, do Ministério da Justiça.

Este exame sofreu as restrições ditadas pelo prazo diminuto que a Portaria n.º 192, de 6 de março de 1981, estabeleceu para o encaminhamento de sugestões. Considerou-se que o prazo, inferior a dois meses para uma apreciação de toda a Parte Geral, impediu um desejável aprofundamento no debate de opções que se oferecem ao legislador.

Não obstante, entendeu-se apresentar as sugestões que se seguem, como colaboração ao trabalho desenvolvido pela Comissão.

As sugestões abaixo formuladas resultaram de três reuniões, realizadas nos dias 10, 23 e 27 de abril de 1981, no Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. Delas participam

ram os professores Heleno Fragoso, Nilo Batista, Heitor Costa Júnior, Juarez Cirino dos Santos, Celso Fernando de Barros, Maria Cristina Palhares dos Anjos, Tércio Lins e Silva, Delphim Salum de Oliveira, Arthur Lavigne, Luiz Fernando de Freitas Santos, Cláudio Ramos, Sérgio Verani, Ilídio de Moura, Elizabeth Cassar, Sérgio Fragoso e Alexandre Moura Dumans. As sugestões relativas ao Título V se formularam a partir de Relatório da Comissão instituída pela Vara de Execuções Criminais, cujo relator foi o Dr. José Mauro Couto de Assis. As decisões foram tomadas por maioria de votos. A premência de tempo antes referida conduziu a que não se consignasse nada além de uma sucinta justificação, que naturalmente figura como o produto final de uma reflexão conjunta não reduzida a termo.

TÍTULO I

De forma geral, o anteprojeto aprimora a disciplina legal vigente.

Nilo Batista

(Relator)

1.ª Sugestão

Estender, segundo tendência moderna, às medidas de segurança o princípio da reserva legal. Redação proposta para o art. 1.º: *Art. 1.º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena nem medida de segurança sem previsão legal anterior.*

2.ª Sugestão

Entendeu-se que a definição do tempo do crime deveria estar topograficamente próxima das regras que disciplinam a lei penal no tempo. Tal aproximação seria obtida com as seguintes inversões:

- a) o art. 6.º do anteprojeto passaria a ser o 4.º;
- b) o art. 4.º do anteprojeto passaria a ser o 5.º;
- c) o art. 5.º do anteprojeto passaria a ser o 6.º.

3.ª Sugestão

Correlacionar, em função do advérbio “respectivamente”, os vocábulos “navio” e “alto mar”, e “aeronaves” e “espaço aéreo”. Redação proposta para o § 1.º do art. 4.º: § 1.º. *Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional os navios e aeronaves brasileiros, de natureza pública, ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como os navios e aeronaves brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, em alto-mar ou espaço aéreo correspondente.*

4.ª Sugestão

Como serão sugeridas penas repressivas da liberdade, o art. 11 deveria ser ampliado, caso a sugestão fosse

acatada. Nesta hipótese, sua redação seria: *Art. 11. Desprezam-se, nas penas privativas e restritivas da liberdade e nas restritivas de direito, as frações de dia, e, nas patrimoniais, as frações de cruzeiro.*

5.ª Sugestão

Entendeu-se de acrescentar ao art. 12 cláusula que preserve o princípio da subsidiariedade. Redação com a emenda: *Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.*

TÍTULO II

De forma geral, o anteprojeto aprimora a disciplina legal vigente.

6.ª Sugestão

A causalidade constitui o mais exterior limite da imputação do fato nos crimes de resultado; a esta espécie de delitos está cifrada sua função e utilidade. Redação proposta para o art. 13: *Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido.*

7.ª Sugestão

A regra do art. 13 possui amplitude lógica para resolver casos de superveniência de causa independente. O texto deve referir-se a causa relativamente independente. Redação proposta para o § 1.º do art. 13: § 1.º. *A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.*

8.^a Sugestão

Considera-se conceitualmente mais esclarecedora e gramaticalmente mais explícita a seguinte redação para a alínea c do § 2.º do art. 13: § 2.º (“omissis”). O dever de agir incumbe a quem:

a) (“omissis”)

b) (“omissis”)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da superveniência do resultado.

9.^a Sugestão

Entendeu-se preferível, na definição da tentativa, referência ao início de execução da conduta típica. Redação proposta para o inciso II do art. 14: *II — tentado, quando, iniciada a execução da conduta típica, não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente.*

10.^a Sugestão

Estaria compatível com a filosofia penal do projeto atribuir maior espectro decisório para a hipótese da tentativa. Redação proposta para o parágrafo único do art. 14: *Parágrafo único: Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços, podendo aplicar-se pena menos grave.*

11.^a Sugestão

Entendeu-se preferível, na prescrição da desistência voluntária, o critério do prosseguimento na execução. Redação proposta para o artigo 15: *Art. 15. O agente que, voluntariamente desiste de prosseguir na execução do crime, ou impede que o resul-*

tado se produza, só responde pelos atos já praticados.

12.^a Sugestão

Considerou-se que a sede mais adequada à disposição do art. 16 seria a do Título V (Das Penas), Capítulo III (Da Aplicação da Pena). De qualquer forma, entendeu-se que a rubrica deveria ser substituída por “reparação do dano”. A extinção da punibilidade pela reparação do dano, como se verá a seu tempo, não deveria cingir-se exclusivamente ao peculato culposos.

13.^a Sugestão

Considerou-se necessário reformular por completo as muito críticas definições legais de dolo e culpa, para afeiçoá-las ao progresso da ciência jurídica e à técnica de legislações e projetos mais avançados. Redação proposta para o artigo 18: *Art. 18. Diz-se o crime doloso, quando o agente:*

I. representando um fato que corresponde a um tipo legal de crime, atua com vontade de o realizar;

II. representa a realização de um fato que corresponde a um tipo legal de crime como consequência necessária da conduta que empreende;

III. representando a probabilidade de realizar um fato que corresponde a um tipo legal de crime, ainda assim atua, conformando-se com sua realização.

§ 1.º. *Diz-se o crime culposos, quando o agente realiza um fato que corresponde a um tipo legal de crime, deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária ou especial a que estava obrigado em*

face das circunstâncias, não prevenindo o resultado que podia prever, ou, caso o tenha previsto, conduzindo-se na confiança de poder evitá-lo.

14.^a Sugestão

O art. 19 contém uma regra referida aos crimes qualificados pelo resultado, limitando a punição no que concerne ao resultado agravador. Assim, entendeu-se que a redação a seguir proposta melhor atenderia aos objetivos da norma: *Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado, ao menos, culposamente.*

15.^a Sugestão

Entendeu-se, face ao caráter substancial de erro de proibição, de deslocar o § 1.º do art. 20 (cuja rubrica “discriminantes putativas” estaria com vantagem substituída por “erro sobre causas de exclusão da ilicitude”), com redação diversa, para o local ora ocupado pelo parágrafo único do art. 21, que passaria a ser § 2.º, renumerando-se por igual os parágrafos do art. 20 (o 2.º passaria a 1.º, e o 3.º a 2.º). Também quanto ao art. 21 — cuja introdução deve ser louvada — considerou-se preferível a solução que vai expressa na redação abaixo articulada. Com as sugestões ora formuladas, assim ficaria a disciplina do erro no projeto:

ERROS SOBRE ELEMENTOS DO TIPO

Art. 20. Mesma redação.

ERRO DETERMINADO POR TERCEIRO

§ 1.º Mesma redação do § 2.º do projeto.

ERRO SOBRE A PESSOA

§ 2.º Mesma redação do § 3.º do projeto.

ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO

Art. 21. Não é culpável quem realiza o tipo legal de crime, supondo lícito o fato, por inevitável ignorância ou erro de interpretação da lei. Se o erro é evitável, subsiste a punição por fato culposos, se prevista em lei. É aplicável o disposto no § 1.º do art. 20.

ERRO SOBRE CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

§ 1.º Não é culpável quem, por erro plenamente justificável, realiza o tipo legal de crime, supondo situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Se o erro é evitável, subsiste a punição por fato culposos, se prevista em lei. É aplicável o disposto no § 1.º do art. 20.

ERRO EVITÁVEL

§ 2.º Mesma redação do parágrafo único do projeto.

16.^a Sugestão

O consentimento do ofendido já ganhou foros de cidadania jurídico-penal, de sorte a merecer inclusão entre as causas da exclusão da ilicitude. Sugere-se o acréscimo de um inciso IV ao art. 23, com a seguinte redação: *IV — com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito violado.*

17.^a Sugestão

Entendeu-se que a disciplina legal do excesso só se beneficiaria com a definição do excesso escusável. Nessa

linha, convertendo-se o parágrafo único do art. 23 do anteprojeto em § 1.º, criar-se-ia um § 2.º com a seguinte redação:

EXCESSO ESCUSÁVEL

§ 2.º *Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação.*

TÍTULO III

A manutenção pelo anteprojeto, em linhas gerais, da disciplina da imputabilidade e semi-imputabilidade é prudente. A introdução do sistema vicariante marca um progresso que deve ser assinalado.

18.ª Sugestão

Substituída a rubrica por “semi-imputabilidade”, o parágrafo único do art. 26, com a redação abaixo sugerida, permitiria maior espectro de atuação ao introduzido sistema vicariante.

SEMI-IMPUTABILIDADE

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços ou substituída por outra menos grave, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não possui, ao tempo da ação ou da “omissis”, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, observado o disposto no art. 98.

19.ª Sugestão

Considerou-se dispensável a adverteência do art. 28, cuja eliminação

se propõe. O § 1.º passaria a ser o art. 28, e o § 2.º se converteria em parágrafo único.

TÍTULO IV

Aqui residirá talvez a mais acentuada divergência do Instituto com o anteprojeto. Considerou-se indispensável retomar o sistema diferenciador, tradicional no direito penal brasileiro, e que reduz os riscos derivados da amplitude da fórmula extensiva do art. 29. O título “concurso de pessoas”, tomado de um código que chama a vítima de “pessoa ofendida pelo delito”, não parece feliz (e a designação superior concurso de agentes retorna no art. 62). Naturalmente, propõe-se o título “Autoria e Participação”.

20.ª Sugestão

Na linha adotada, propõe-se a substituição do art. 29 e seus parágrafos pelo texto abaixo disposto. Na participação em crime menos grave, buscou-se a solução mais compatível com um direito penal da culpa.

Art. 29. Incidirá nas penas cominadas ao crime quem para ele concorrer:

AUTORIA DIRETA

I — realizando pessoalmente o tipo legal;

AUTORIA MEDIATA

II — valendo-se de outrem para realizar o tipo legal;

CO-AUTORIA

III — realizando, em conjunto com outro ou outros autores, o tipo legal;

INSTIGAÇÃO

IV — determinando, dolosamente, outrem à realização dolosa do tipo legal;

CUMPLICIDADE

V — prestando auxílio, dolosamente, a outrem na realização dolosa do tipo legal;

§ 1.º. *Se o auxílio prestado for de somenos importância, a pena pode ser diminuída de um a dois terços, ou substituída por outra menos grave.*

§ 2.º. *A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo sua própria culpabilidade. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, somente por este responderá, salvo se o resultado mais grave puder ser-lhe imputado a título de culpa.*

21.ª Sugestão

A comunicabilidade das circunstâncias, sob o primado do princípio da culpabilidade, deve submeter-se à ciência que delas tenha o partícipe ao qual devam comunicar-se. Propõe-se a seguinte redação para o art. 30.

Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do tipo legal de crime, e desde que conhecidas pelo partícipe ao qual hajam de comunicar-se.

TÍTULOS V e VI

Ao ver do Instituto, aqui residem as mais louváveis e progressistas inovações do anteprojeto, representadas por uma clara opção político-criminal em favor de substitutivos da pena privativa de liberdade, e de uma

intervenção reeducadora e tutelar do sistema penal.

Decidiu-se adotar as conclusões do grupo de trabalho instituído pela Vara de Execuções Criminais do Estado do Rio de Janeiro, que foram todavia objeto de discussão conjunta. Veja-se o documento anexo ao presente.

TÍTULO VII

22.ª Sugestão

Na esteira de importantes anteprojeto e projetos brasileiros, e atentos às conhecidas restrições doutrinárias, sugere-se a extinção da ação penal privada subsidiária da pública, bastante para tanto a mera supressão do § 3.º do art. 100.

TÍTULO VIII

23.ª Sugestão

A reparação do dano, como forma de extinção da punibilidade, não deve cifrar-se ao peculato culposo (aliás, espécie em extinção). Veja-se o art. 16 do anteprojeto e a 12.ª sugestão deste relatório. Considerou-se que a avaliação da experiência brasileira em tema de cheque sem fundos deveria conduzir a solução legal equiparável, em circunstâncias determinadas, nos casos de crimes culposos e crimes patrimoniais de pequeno valor sem mediação de violência ou grave ameaça.

24.ª Sugestão

Por razões de farto conhecimento dos especialistas, propõe-se a supressão do § 2.º do art. 110, resgatando, em toda a sua amplitude lógica, a criativa teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto.

Entendeu-se que o conteúdo da Súmula n.º 497 deveria ser assegurado por texto legal.

O Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro exprime aos ilustres membros da Comissão Redatora, Pro-

fessores Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca e Rogério Lauria Tucci os cumprimentos pelo nível invulgar com que desempenharam a difícil tarefa que lhes foi cometida.

Rio de Janeiro, 28 de abril de 1981.

RELATÓRIO DA COMISSÃO INSTITUÍDA PELA PORTARIA N.º 1/81, DO MM. JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, COM A FINALIDADE DE OFERECER SUGESTÕES AO ANTEPROJETO DE LEI QUE ALTERA DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

José Mauro Couto de Assis

O presente relatório, sintetiza o pensamento da Comissão no que concerne à nova sistematização de aplicação de penas, bem como, de outros institutos e princípios dos Títulos V e VI do Anteprojeto de Lei proposto pela Comissão criada pela Portaria n.º 1.043, de 27 de novembro de 1980, de S.Ex.^a o Ministro de Estado da Justiça.

A Comissão foi integrada pelo MM. Dr. Juiz de Direito Titular da Vara de Execuções Criminais do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Francisco Luiz Cavalcante da Cunha Horta, que a presidiu; pelo advogado criminal e membro do Conselho Nacional de Política Penitenciária, Dr. José Mauro Couto de Assis, designado relator; pelo Dr. Nilo Batista — advogado criminal, professor universitário e conselheiro da Seccional deste Estado da Ordem dos Advogados do Brasil — e pelo Dr. Jorge Alberto Romeiro Jr. — Promotor de Justiça de 1.^a categoria e professor universitário.

As decisões da Comissão foram tomadas por maioria, em reuniões realizadas nos dias 2, 9, 16 e 29 de abril do corrente.

A Comissão agradece, penhorada, a colaboração prestada pelos eminentes membros do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, onde o trabalho foi exposto, tendo merecido críticas e aperfeiçoamentos extremamente valiosos.

Cabe ressaltar, genericamente, que as inovações verificadas no Título V do Anteprojeto de Lei correspondem aos anseios da mais atualizada doutrina penal, o que não ocorre, todavia, em relação aos dispositivos presentes ao seu Título VI. Não obstante, constata-se no Título V a manutenção da anacrônica distinção no tocante às penas privativas de liberdade — reclusão e detenção —, dispositivo que só poderia encontrar duvidoso amparo na existência de ritos processuais diversos e certos benefícios ou incidentes na execução penal.

Tendo em vista não apenas o notável saber jurídico dos componentes da Comissão elaboradora do Anteprojeto, como também, a exigüidade do prazo concedido para o oferecimento de contribuições, a Comissão decidiu, por consenso de seus membros, formular justificativas bastantes breves, e que contivessem, tão-somente, o estritamente necessário à exata compreensão da proposta; por outro lado, decidiu-se, ainda, que as sugestões deveriam ter sempre em vista a manutenção, tanto quanto possível, do texto original do Anteprojeto de Lei, sem embargo da efetiva clareza do conteúdo da proposta aqui formulada.

Passamos, por conseguinte, a relatar e justificar, quando necessário, as sugestões da Comissão.

1.^a SUGESTÃO

Incluir no inciso I do artigo 32, e na Seção I, a palavra "Restritivas".

Justificação:

Possibilitar a previsão das penas restritivas da liberdade — Prisão em fins de semana e exílio local, esta última prevista como medida de segurança no Código em vigor, em seu artigo 97, devendo merecer no novo Diploma o tratamento e a destinação que tem atualmente.

Esse transporte é consequência da adoção pelo Anteprojeto do critério vicariante.

2.^a SUGESTÃO

Acréscimo de parágrafo terceiro, no art. 33, assim redigido:

"Não é defeso ao Juízo de Execuções, na hipótese da ocorrência do inciso I do parágrafo 2.^o, verificando a primariedade, os antecedentes, a personalidade do apenado e os mo-

tivos determinantes do crime, bem como, a capacidade daquele de prestar serviços à comunidade, permitir que, desde o início, as penas de reclusão superiores a 4 anos, possam ser cumpridas na forma do inciso III do parágrafo 1.^o."

Justificação:

Evitar o contágio carcerário de sentenciados de bom nível intelectual e social, autores dos chamados "crimes de impulso", com pouquíssimas possibilidades de reincidirem, aproveitando-os para prestarem serviços à comunidade.

3.^a SUGESTÃO

Inclusão de outro artigo, prevenindo a prisão de final de semana, a qual deverá ser cumprida nas condições previstas pela Legislação Especial.

4.^a SUGESTÃO

Dar nova redação ao parágrafo 3.^o do artigo 34, substituindo-se "as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina", pela expressão "as cautelas compatíveis com o regime carcerário do apenado".

Justificação:

Não estimular a hipertrofia das metas secundárias da execução — disciplina e segurança — em detrimento das metas prioritárias.

Estimular, outrossim, o apenado, infundindo neste, respeito às suas responsabilidades.

5.^a SUGESTÃO

Acrescer o artigo 37 de dois parágrafos e dois incisos:

§ 1.^o — A mulher sentenciada será dispensado:

I — Se gestante, cumprindo pena em regime fechado, tratamento con-

dizente com seu estado, se necessário for, em hospital ou ambulatório da Previdência Social.

II — A parturiente ou lactante não será separada do filho, pelo menos até este completar 4 anos.

§ 2.^o — Em caso de necessidade, poderá ser suspensa a execução da pena privativa da liberdade da mulher gestante, parturiente ou lactante a critério do Juízo de Execuções, ouvido o Ministério Público sobre a conveniência e necessidade da concessão do benefício, independentemente dos requisitos objetivos previstos no artigo 77.

6.^a SUGESTÃO

Incluir, na parte final do parágrafo 2.^o do artigo 36, o seguinte período:

"Nesta última hipótese, a transferência não será realizada, quando for possível realizar o desconto da quantia devida pelo apenado, total ou parceladamente, na remuneração a que tem direito pela prestação de serviço à comunidade."

7.^a SUGESTÃO

No artigo 38, substituir "direitos do preso" por "direitos do sentenciado".

Justificação:

A expressão é mais abrangente, inclusive, incluindo aqueles que sofrem tratamento de pena restritiva de direitos.

8.^a SUGESTÃO

Substituir, no artigo 39, a palavra "preso" por "sentenciado".

Justificação:

Adequação à idéia do artigo anterior.

9.^a SUGESTÃO

No artigo 40, trocar "especificará" por "regulamentará".

Justificação:

Adequá-lo, no que se refere ao encaminhamento para Legislação Especial, das sugestões que forem aceitas, e que devam ser regulamentadas em tal sede.

10.^a SUGESTÃO

Depois do artigo 42, recomendação de inclusão de regra, prevenindo e disciplinando as penas restritivas da liberdade — prisão em fim de semana e exílio local —; quanto à primeira, atentando-se para o Projeto Espanhol; quanto à segunda, devendo ser a mesma aplicada nos moldes previstos pelo artigo 97 do Código em vigor.

11.^a SUGESTÃO

Ainda no artigo 42, inclusão de um outro parágrafo, determinando-se que na prisão provisória, aplicar-se-á, *naquilo que couber*, o disposto no artigo 38.

12.^a SUGESTÃO

Incluir na parte final do parágrafo único a seguinte cláusula:

"No caso do inciso II do artigo 47, a pena poderá ser substituída por outra prevista no artigo 43, quando, para o apenado, o exercício da profissão for o único meio para prover a subsistência do mesmo e de sua família."

13.^a SUGESTÃO

No artigo 49, substituir “multa penitenciária” por “multa”.

14.^a SUGESTÃO

No parágrafo único do artigo 49, mudar “trigésimo” por “centésimo” e “cinco vezes” por “dez vezes”.

Justificação:

Permitir maior fungibilidade ao Juiz, facilitando uma mais justa e igualitária individualização penal.

15.^a SUGESTÃO

Exclusão do *caput* e dos parágrafos do artigo 53.

Justificação:

Se há um conceito em torno do qual se pacifica opiniões, é aquele que situa na característica da sanção o *distinguo* das normas gerais; e precisamente a diferença específica da sanção penal está que, para além da simples reposição de interesses no estado anterior (que constitui a reparação da sanção civil por excelência) ela priva o autor do ilícito de bens jurídicos.

Vistos por essa perspectiva, a expressão *multa reparatória* contém um *contradictio in adjecto*. Aliás, o caráter civil medidor se revela no parágrafo 3.º do artigo 53.

A multa reparatória inventa, consigo, o conceito de *prejuízo material*. Quis o legislador excluir prejuízos de outra ordem (moral, estético, etc.)? E o que será “prejuízo” demonstrado no processo? Será aquele constante de laudo oficial de avaliação, ou o estabelecido por sentença?

A reparação do dano causado pelo delito adquire modernamente importância que não pode ser dissimulada; convertê-la em pena, contudo, é avançar numa direção confucionista e perigosa. Poderá ela exercer funções importantes, inclusive na área da extinção da punibilidade; falta-lhe, todavia, o elemento fundamental da natureza da pena: a reparação não priva o autor do ilícito de certos bens jurídicos, mas, tão-somente, promove o restabelecimento da ordem anterior ao ilícito. Não intimida, não castiga, é elitista (!) e compromete a dignidade das instituições penais.

16.^a SUGESTÃO

Exclusão dos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 54, ganhando o parágrafo 3.º nova redação:

“A pena de multa poderá ser cumulada com pena privativa ou restritiva da liberdade, ou restritiva de direitos.”

Justificação:

Compatibilização com a sugestão anterior.

17.^a SUGESTÃO

Incluir a pena restritiva da liberdade no artigo 55.

18.^a SUGESTÃO

Realizar correção no inciso III do artigo 56, em sua redação, substituindo “para todo crime” por “a todo crime”.

19.^a SUGESTÃO

O artigo 60 deve passar a ter a seguinte redação:

“O valor do dia-multa será determinado tendo em conta a situação econômica do condenado, considerando-se especialmente seu patrimônio, renda, meios de subsistência, nível de gastos e outros elementos da mesma natureza.”

20.^a SUGESTÃO

No parágrafo 1.º do artigo 60, substituir a expressão “multa-penitenciária” por “multa”.

Justificação:

Compatibilização com a 13.^a sugestão.

21.^a SUGESTÃO

Incluir no artigo 60 um parágrafo 2.º, com a seguinte redação: “Se o condenado viver exclusivamente do produto de seu trabalho, o dia-multa não poderá ser superior à metade de seu ganho.”

22.^a SUGESTÃO

No artigo 62, em seu inciso II, excluir “ou induz”.

Justificação:

Não é jurídico, seja o instigador punido mais gravemente que o autor.

23.^a SUGESTÃO

Nova redação à parte final do inciso I do artigo 64, substituindo-se “(...) de tempo superior a cinco anos” por “(...) de tempo superior à semi-soma das penas relativas ao crime pelo qual foi o agente condenado, nunca ultrapassando cinco anos.”

Justificação:

É certo que a gravidade da conduta delituosa e o dano social por ela causado são mensuráveis pela qualidade e pela quantidade da reprimenda que lhe é inerente.

Não parece justo, portanto, um critério cronológico fixo, quando se trata da fixação para possibilitar a “caducidade” dos efeitos da reincidência.

O balizamento do limite máximo em cinco anos atende aos casos em que as penas, mínimas e máximas, cominadas ao crime pelo qual foi o agente condenado, excedem, de muito, o tempo fixado no Código em vigor, e no próprio Anteprojeto, desvirtuando a idéia que presidiu o novo tratamento à espécie.

24.^a SUGESTÃO

Dar nova redação ao inciso I do artigo 65:

I — Ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de sessenta anos, na data da sentença.

Justificação:

Compatibilizar o Anteprojeto com o Decreto n.º 85.422, de 26 de novembro de 1980 — último Decreto de Indulto Natalino —, notadamente com a idade fixada no parágrafo único do artigo 1.º do referido Decreto.

25.^a SUGESTÃO

Excluir, da alínea e do artigo 65, sua última parte:

“(...) nem é reincidente.”

26.^a SUGESTÃO

Dar nova redação à parte final do parágrafo 2.º do artigo 69, ex-

cluindo-se a pena de interdição de direitos, incluindo-se a pena restritiva da liberdade:

"Somam-se tão-só a de prestação de serviços e a de prisão em fim de semana."

27.^a SUGESTÃO

Exclusão, pura e simples, do parágrafo único do artigo 71.

Justificação:

O problema do crime continuado, tendo em vista a possibilidade de ser o mesmo reconhecido quando a conduta delituosa ofender bens jurídicos personalíssimos, sendo diversos os sujeitos passivos, deve continuar a merecer tratamento interpretativo (Jurisprudência).

Não é possível olvidar, entretanto, a diferença de tratamento dada às figuras típicas explicitadas no referido parágrafo.

Não é possível vedar o reconhecimento da continuação delituosa em caso de extorsão, não a estendendo à concussão; da mesma forma, relativamente aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

28.^a SUGESTÃO

Excluir a parte final do artigo 77:

"(...) nos crimes cuja pena máxima seja superior a três, desde que:..."

29.^a SUGESTÃO

Incluir no parágrafo único do artigo 78 a cláusula:

"(...) houver reparado o dano, ou demonstrar a impossibilidade de o fazer, o Juiz..."

30.^a SUGESTÃO

Incluir no final do inciso II do artigo 81, a cláusula:

"Salvo se for possível a aplicação do disposto na parte final do § 2.º do artigo 36" (com a redação dada pela 6.^a sugestão do presente relatório).

31.^a SUGESTÃO

Supressão da parte final do inciso II do artigo 83, a partir de "ou se tiver praticado...".

Justificação:

Compatibilizar o referido dispositivo com a idéia exposta na sugestão de exclusão do parágrafo único do artigo 71.

32.^a SUGESTÃO

Incluir no inciso III do artigo 92 "temporária".

33.^a SUGESTÃO

Incluir no artigo 93 dois parágrafos, transformando o parágrafo único em parágrafo 1.º:

§ 2.º — A reabilitação se operará de fato, quando:

I — Sendo aplicada, separada ou cumulativamente, as penas dos incisos I e III do artigo 43, o agente demonstrar que:

a. Prestou, com assiduidade e proficiência, serviços à comunidade;

b. Tornou-se capacitado pelo aprendizado compulsório.

§ 3.º — Nos crimes punidos com a pena de detenção, quando for extinta, de qualquer modo, a pena, ou terminar sua execução, computan-

do-se o período de prova da suspensão condicional e do livramento condicional, se não sobrevier revogação.

Justificação:

Possibilitar a reabilitação de fato aos condenados desprovidos de periculosidade, condenados pelo cometimento de delitos menos graves.

Tal benefício é estendido aos crimes culposos e a todos aqueles punidos com a pena de detenção. A idéia é impedir as dificuldades de completa ressocialização de sentenciados, nas condições já referidas, pela necessidade de extração dos malsinados atestados de antecedentes, pelo longo prazo previsto no artigo 94 e por outras circunstâncias que afetam diretamente a mais rápida e integral adequação e respeito ao corpo social e aos seus valores.

34.^a SUGESTÃO

Suprimir o prazo de cinco anos, previsto no artigo 94, adequando o referido dispositivo legal com a idéia defendida na 24.^a sugestão.

35.^a SUGESTÃO

Suprimir o parágrafo 1.º do artigo 94.

Justificação:

O referido parágrafo 1.º do artigo 94 é incompatível com o novo tratamento dado à reincidência, sendo certo que é nocivo à ressocialização do egresso, frustrando as finalidades prioritárias da própria execução penal, notadamente no campo do exercício de atividade laborativa lícita.

36.^a SUGESTÃO

Incluir no artigo 96 um inciso: III — Tratamento ambulatorial

compulsório.

Justificação:

Munir o Anteprojeto de outra medida de segurança, essa condizente com a realidade médica no campo da Psiquiatria.

37.^a SUGESTÃO

Dar nova redação ao parágrafo 2.º do artigo 97:

"A perícia médica será realizada anualmente, independentemente do prazo mínimo fixado à internação, e, não sendo esta revogada, deverá ser repetida no mesmo período ou a qualquer tempo, se o determina o Juízo das Execuções."

Justificação:

Possibilitar, em havendo superveniência de cura, a imediata liberação ou a desinternação de quem recebe tratamento especializado.

38.^a SUGESTÃO

Substituir no parágrafo 1.º do artigo 98 "pode" por "deverá o internado ser imediatamente transferido para...".

Justificação:

Adequação à nova redação dada pelo presente ao parágrafo 2.º do artigo 97, bem como impedir a desumana manutenção de pessoa sã em ambiente inteiramente incompatível com seu estado.

São essas as sugestões da Comissão instituída pela Portaria n.º 1/81, emanada pelo MD. Juízo da Vara de Execuções Criminais do Estado do Rio de Janeiro, seguindo o presente assinado pelo relator designado pela Portaria acima mencionada.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 1981.

DA IMPETRAÇÃO DE "HABEAS CORPUS"
POR JUÍZES, PROMOTORES E DELEGADOS

1. A Constituição assegura que será dado *habeas corpus* sempre que o direito de ir, ficar ou vir de alguém for atingido ou ameaçado, por ilegalidade ou abuso de poder.

Trata-se do mais eficiente, rápido e vigoroso remédio para a defesa da liberdade de locomoção.

Muito mais do que simples recurso processual, o *habeas corpus* é uma verdadeira ação popular.

Dentre as suas características mais conhecidas, está a de que qualquer pessoa do povo — advogado ou não — pode requerê-lo em seu próprio favor ou no de outrem.

Isso se explica, pois o direito de pedir *habeas corpus* não depende da capacidade processual, civil ou política do requerente.

Qualquer pessoa pode impetrá-lo, diz a lei. Por isso, são comumente recebidos pedidos feitos por menores, analfabetos ou condenados que tiveram seus direitos políticos suspensos.

Entretanto, surgem problemas quando o *habeas corpus* é pedido, em favor de outrem, por pessoas que ocupam três tipos de funções: delegados de polícia, promotores e juizes.

Entende-se, com muita freqüência, que tais pessoas, em razão de suas

situações funcionais, sofreriam restrições no seu direito constitucional ao *habeas corpus*.

Ou seja, embora possam pedir a ordem em seu próprio benefício, não poderiam descer de suas funções ou desvesti-las, para impetrar a ordem em favor de outrem, como qualquer pessoa do povo.

Recentemente, certo delegado do Rio de Janeiro viu-se impedido de requerer *habeas corpus* em benefício de outro policial, sob a alegação de faltar-lhe legitimidade processual.

Decidiu o Tribunal de Justiça local que, embora o delegado se apresentasse como pessoa do povo ao impetrar a ordem, era ele, funcionalmente, um policial, achando-se impedido de pleiteá-la (TJRJ, HC 5.444, RT 541/425).

Discussão semelhante surgiu em São Paulo, quando um promotor público de 1.ª instância requereu, diretamente ao Tribunal de Alçada Criminal, *habeas corpus* em favor de réu preso, a quem o juiz negava a concessão de fiança.

Apesar do longo voto vencido do Juiz Paulo Restiffe Neto, favorável ao promotor-impetrante, a Corte paulista acolheu o parecer contrário do

Procurador Dante Busana e não conheceu da impetração (TACrSP, HC 98.768, RT 544/351, mv).

Há, realmente, ponderável corrente contrária, como se vê de vários julgados que negam a legitimidade do impetrante, em hipóteses semelhantes (TJPR, HC 283, TR 543/427; TJSC, HC 5.657, RT 504/404; TACrSP, HC 48.796, RT 461/363 etc.).

Segundo o posicionamento daqueles que se opõem à permissão, os promotores públicos podem requerer *habeas corpus*, mas sua atribuição ficaria restrita à competência dos juízes perante os quais atuam, sendo-lhes vedado impetrar aos Tribunais, por ser função reservada ao Procurador-Geral da Justiça. Por sua vez, este não poderia pleitear a ordem ao Supremo Tribunal Federal, por ser atribuição privativa do Procurador-Geral da República (cf. Tese aprovada pelo I Congresso do Ministério Público de São Paulo, em RT 438/315).

Os argumentos apresentados têm relevância, mas, parece-nos, estão voltados, exclusivamente, à boa ordem dos serviços e à hierarquia do Ministério Público.

Quanto aos juízes, pondera-se que eles têm funções judicantes e podem dar *habeas corpus*, até mesmo de ofício. Não, porém, requerer a ordem em favor de outrem, pois, se tal faculdade foi permitida pelo legislador ao Ministério Público, de maneira implícita estaria negada aos juízes (TJGB, HC 18.309, RT 327/645).

Assim, fica levantada a questão e lançada a pergunta: apesar de suas funções, podem delegados, promotores públicos e juízes impetrar *habeas corpus* em favor de outrem, como se fossem qualquer pessoa do povo?

2. A capacidade ativa para o exercício do direito constitucional ao *habeas corpus* vem regulada pelo artigo 654 do vigente Código de Processo Penal.

Diz o texto legal: “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”. Em uma das alíneas, prevê-se que, sendo analfabeto o requerente, outra pessoa assinará a impetração a seu rogo.

Em face das controvérsias surgidas, acreditamos útil a procura dos antecedentes históricos da expressão *qualquer pessoa*, que a lei atual emprega.

Ao surgir o *habeas corpus* no direito brasileiro, dispunha o Código de Processo Criminal de 1832, art. 350: “Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre... tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.”

O vocábulo usado não trouxe maiores dificuldades para as mulheres e menores, entendendo-se que eles estavam abrangidos pela permissão.

Quanto aos escravos, admitiu-se que pudessem usar do *habeas corpus*, desde que não fosse contra seus senhores.

Empecilho surgiu, com relação aos estrangeiros.

Para estes, foi necessária a elaboração de nova disposição legal, que alargasse a primitiva. Estabeleceu a Lei n.º 2.033, de 1871, no art. 18, § 8.º: “Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de *habeas corpus*...”

Já podia, então, o alienígena pedir a ordem em seu próprio benefício. Não, porém, em favor de terceira pessoa.

Continuou a tendência à ampliação.

Veio o Decreto n.º 848, de 1890, preceituando no art. 45: “O cidadão ou estrangeiro que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal...” Tanto quanto ao nacional, já se permitia ao estrangeiro impetrar a ordem para si próprio ou em favor de terceiro.

Como corolário das sucessivas dilatações, surgiu, em 1898, a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal, declarando, em seu art. 357: “Qualquer pessoa pode pedir para si ou para outrem uma ordem de *habeas corpus*.”

A amplitude continuou à época das legislações processuais estaduais, como no Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, art. 257: “É facultado a toda pessoa impetrar para si ou para outrem...”

Também o Projeto de Código de Processo Penal, de 1935, previa, no art. 336, que o *habeas corpus* podia ser impetrado por “qualquer pessoa, nacional ou estrangeira”.

Por fim, assinala-se que o recente Anteprojeto para o novo Código de Processo Penal, de 1981, repete, no art. 695, a redação do *caput* do atual art. 654.

Pela análise histórica do *habeas corpus* em nosso país, constata-se que a legitimação para pedi-lo sempre evoluiu em abertura e ampliação, jamais se notando a menor tendência à restrição.

3. A doutrina, de modo geral, acolhe entendimento bastante amplo quanto à legitimação para pedir *habeas corpus*.

Como diz Pontes de Miranda, em palavras sempre lembradas, o *habeas*

corpus é ação popular e não faculdade “dependente de capacidade política civil ou processual” (*História e Prática do Habeas Corpus*, Rio, 1972, II/32).

Por isso, Espinola Filho assinala que não há impedimento em razão da capacidade civil: a mulher casada prescinde de autorização do marido, podendo impetrar a ordem contra a vontade deste. Também o incapaz não carece de autorização do pai, tutor ou curador. Mais, ainda: “ao menor, ao surdo e mudo sem instrução, ao interditado, se reconhece a qualidade de impetrante, desde que as suas condições pessoais lhes permitam a manifestação da vontade” (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio, 1962, VII/232).

Hoje, também já se tem, como praticamente pacífico, que o *habeas corpus* pode ser pedido por pessoas jurídicas em favor de físicas. E que o estrangeiro não precisa residir no país para impetrar a ordem.

Todavia, quanto às pessoas que desempenham aquelas funções especiais — delegado de polícia, promotor público e juiz — não são muitos os autores que se aprofundam no assunto.

Entre eles, destacam-se Pontes de Miranda e Espinola Filho.

Para o primeiro, é ampla a liberdade do promotor público: “Dentro do território em que funciona, ou fora dele, perante os juízes junto aos quais exerce a sua função, ou perante outros, a sua legitimação independe da qualidade do cargo: exerce direito público, como qualquer outra pessoa” (ob. cit., p. 33).

Para o outro jurista: “Dentro no território, em que tem função, todo promotor, curador, procurador-geral

pode impetrar, funcionalmente, a ordem; fora de tal território, poderá fazê-lo, mas *como qualquer do povo*" (ob. cit., p. 234).

4. A respeito do assunto, existem três manifestações marcantes do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro acórdão, do ano de 1911 (HC 3.075), decidiu-se que a inexistência, na época, de disposição legal permissiva especial não impedia o promotor de impetrar *habeas corpus* em benefício de quem ele reputasse ameaçado de prisão ilegal, não sendo o pedido contrário à natureza de suas funções.

Mais tarde, em 1963, outro caso, esse cercado de particularidades especiais, foi levado à apreciação da Suprema Corte. Tratava-se, na verdade, de conflito entre autoridades, cuja solução se buscava pela via do *habeas corpus*.

O relator do pedido, Ministro *Pedro Chaves*, invocou dois argumentos para não tomar conhecimento da impetração.

O primeiro, de que ao órgão do Ministério Público não era conferida a iniciativa de impetrar *habeas corpus* para qualquer foro, tribunal ou processo, como se fosse defensor de ofício.

Entretanto, o motivo que S. Exa. considerou de grande relevância foi o segundo: a finalidade da impetração estava desviada, "por não se tratar de pedido precisamente destinado à proteção da liberdade dos pacientes".

Os dois outros Ministros que pronunciaram seus votos — *Evandro Lins* e *Luiz Gallotti* — fundaram-se, tão-só, no segundo argumento, ou seja, no desvio da finalidade. Nesse sentido, foi a própria ementa do julgado (STF, HC 41.912, RTJ 33/399).

Em 1980, subiu ao exame do Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso, a impetração do delegado de polícia do Rio de Janeiro, já referida nestas notas.

A matéria foi, então, apreciada amplamente.

De conformidade com o parecer do Subprocurador *Francisco de Assis Toledo*, decidiu-se que "qualquer do povo ou, no dizer do art. 654 do CPP, 'qualquer pessoa', pode fazê-lo. Consequência disso é que também os impedidos de advogar o podem, desde que o façam no exclusivo propósito de defender a liberdade individual, isto é, sem o caráter de desempenho de atividade profissional (v.g., cobrar honorários), esta sim reservada ao advogado devidamente inscrito".

O acórdão unânime, relatado pelo Ministro *Soares Muñoz*, proclamou:

"O *habeas corpus* é garantia da liberdade individual, assegurada na Constituição da República, como atributo da personalidade, e seu exercício é facultado 'a qualquer pessoa'. O impetrante age como 'pessoa do povo' sem violar, ademais, os deveres do cargo de delegado de polícia, que exerce" (STF, RHC 58.014, Ementário n.º 1.182-1).

5. A Excelsa Corte deu à controvérsia a mais legítima solução.

Como bem decidiu, o direito constitucional de impetrar *habeas corpus* em favor de outrem é *atributo da personalidade*, podendo qualquer um requerê-lo, como *pessoa do povo*.

Os eventuais deveres funcionais do impetrante não o impedem de postular a ordem, desde que o faça despedido de sua qualidade funcional, isto é, como particular.

A solução dada pela Suprema Corte tem seguro fundamento na natureza constitucional do *habeas corpus* e na ampla licença que a lei vigente a todos concede, indiscriminadamente.

Ajusta-se, igualmente, à evolução histórica do instituto em nosso direito.

O mesmo entendimento deverá prevalecer para os promotores e juizes, pois o direito constitucional à impetração não pode curvar-se a singularidades meramente hierárquicas, ainda que relevantes.

O promotor público, funcionalmente, deve ater-se à área de sua atribuição, sem perder, porém, o direito constitucional de requerer *habeas corpus* em outras esferas, como pessoa do povo que também é.

Quanto aos juizes, o problema merece ser analisado sob o mesmo fecho de luz que a Suprema Corte lançou.

É certo que eles têm funções judicantes. Podem, assim, dar *habeas corpus* espontaneamente, "quando no

curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (CPP, art. 654, § 2.º).

Tal competência especial dos juizes bastaria, porém, para retirar-lhes, em casos fora de suas funções, o direito constitucional de requerer *habeas corpus*, como qualquer outra pessoa do povo?

Acreditamos que não.

O poder que a lei lhes dá, como juizes, não lhes tira, como particulares, o atributo da personalidade e garantia constitucional de qualquer pessoa do povo: o direito de impetrar *habeas corpus*.

Assim, entendemos que tanto os delegados, como os promotores e os próprios juizes, devem, livremente, poder impetrar *habeas corpus*, desde que o façam como particulares.

O único requisito que deverá estar presente é o comum a qualquer impetrante: a finalidade de resguardar a liberdade da pessoa em cujo favor se pede a ordem. (*Nota de Celso Delmanto.*)

QUADRILHA OU BANDO — CONCURSO DE CRIMES

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, acordaram, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus* de n.º 56.447-SP, que visava à descaracterização do delito de bando ou quadrilha, definido no art. 288 CP.

O paciente, identificado pela polícia como um dos elementos do bando, veio a ser preso em flagrante como partícipe de uma das operações, não inteiramente consumada, de levantamento de dinheiro de banco mediante falsificação de talonários de requisição de cheques, dos próprios cheques e de documentos de identidade.

O Juízo singular o absolveu das ações a ele imputadas, tendo no entanto sido condenado pela prática de *tentativa de estelionato* (arts. 12, n.º II, e 171 CP) em recurso do Ministério Público.

A ementa do julgado ficou assim redigida: “*Penal. Quadrilha ou bando (art. 288 do CP). O crime de quadrilha ou bando é sempre independente daqueles que na sociedades delinquentium vierem a ser praticados. O membro da associação será co-autor do crime para o qual concorrer, que poderá ser isolado do conjunto dos demais crimes praticados pelo bando.*”

Merece reparos o acórdão objeto desse estudo.

De relativamente recente incriminação, posto que surgido no Brasil em nosso Código Penal de 1940, o crime de quadrilha ou bando ainda não mereceu da doutrina um estudo profundo. Além da única monografia existente, de autoria de Marcello Araújo, valemo-nos dos comentários de Hungria, Heleno Fragoso e Magalhães Noronha ao tratarem do assunto quando do estudo do artigo 288 CP 1940 em seus respectivos compêndios.

Outra fonte, embora rara nesse sentido, são os acórdãos abordando o tema, inclusive o acima mencionado, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, vol. 88, pág. 468.

A consumação desse crime se verifica no momento da associação, seja ela expressa ou tácita. No entanto, pela subjetividade requerida para esse delito, torna-se, por vezes, extremamente difícil a sua caracterização. Muito embora seja indiferente que os seus componentes acertem entre si a organização destinada ao cometimento do crime ou se reúnam sistematicamente para o fim ilícito, é fundamental a consciência de cada um a respeito da estabilidade e permanência da associação.

Por constituir um crime contra a paz pública, é necessário que essa as-

sociação se traduza em fator de intranquilidade social.

Para corroborar nossa afirmação quanto às dificuldades para a caracterização do crime de bando ou quadrilha, eis o que ensina Hungria (Comentários, vol. IX, Forense, 2.ª ed. 1959, págs. 180/181): “Nem sempre é fácil a prova da existência da quadrilha ou bando: a certeza a respeito só é possível, as mais das vezes, quando se consegue rastrear a associação pelos crimes já praticados.”

O maior obstáculo é encontrado na perfeita distinção a se fazer entre a reiteração criminosa de um grupo de delinquentes e a associação em bando ou quadrilha.

Para alguns autores, o critério distintivo reside em que, no caso da associação, deve haver uma fase preparatória, preordenada à consumação de delitos em geral, na qual se manifesta a atividade organizadora, característica da *societas sceleris*; no concurso de várias pessoas em um mesmo delito, os agentes não preparam nenhum organismo, pois limitam sua ação à consumação, em concurso, de um delito determinado.

Muitas das vezes inicialmente existe apenas uma aproximação decorrente da reiteração da atividade criminosa que, com o passar dos tempos, ela se solidifica, ajustando-se a um comportamento grupal mais efetivo, mais coordenado, com maior organicidade e habitualidade. Passa, dessa forma, a constituir uma associação característica do bando ou quadrilha.

Também em alguns casos, o delinquentes participa isoladamente da ação malfetora do grupo e posteriormente a ele se filia, passando a inte-

grar a sociedade criminosa, não agora como uma participação ocasional ou transitória, mas com uma atuação duradoura permanente.

Assim é a lição de Marcello Araújo (*Quadrilha ou bando*, Liber Juris, RJ, 1977, págs. 47 e 57).

Não é apenas a sucessão de ações grupais que determinará a existência do crime em questão.

Para Heleno Fragoso (*Lições*, volume 3.º, Parte Especial, José Bushatsky, SP, 1959, pág. 757), é indispensável, para a consumação do crime, que se observe o escopo contido na norma, ou seja, “o fim de cometer crimes”, acentuando: “Deve tratar-se de uma pluralidade de crimes (pelo menos dois), residindo aí, precisamente, a essência da incriminação e sua verdadeira razão de ser.”

Sebastián Soler (*Derecho Penal Argentino*, IV, Tip. Ed. Argentina, Buenos Aires, 1970, pág. 607), ao abordar a questão ora focada, afirma “... *si por tres o cuatro veces se ha encontrado a varios sujetos tomando parte en diferentes acuerdos, convenios, fusiones, tendientes a alterar los precios, etc., parece que debe imputárseles en el delito de monopolio, pero no asociación ilícita.*”

Assim, verificamos que a simples participação ocasional não caracteriza o crime em questão, faltando, como ensina Nilo Batista (*Concurso de Agentes*, Liber Juris, RJ, 1979, página 123), o “dolo da participação”, isto é, torna-se necessário que o partícipe ignore o caráter habitual do autor direto. Além do dolo exigido, deve faltar ao mesmo o conhecimento da organicidade do grupo.

Considerando tratar-se de um crime “*per sé stante*”, e a sua exis-

tência se verificar pela simples associação visando o cometimento de ações delituosas, é fundamental que o agente represente o fato alheio como punível, mesmo que o seja com dolo eventual, quando então, como esclarece Nilo Batista, será reconhecível a participação.

O ponto crucial, no entanto, reside na distinção, que se há de fazer, para evidenciar se o agente deve responder tão-somente pelo crime ou crimes de que participe, ou é também responsável por todos os crimes cometidos pelo bando ou quadrilha do qual é integrante.

Ou ainda, em relação à Apelação Criminal n.º 47.252 (Rev. Jur. Justiça Estado Guanabara, vol. 17, pág. 444), pergunta-se: Nos crimes qualificados pelo concurso de várias pessoas, havendo tal fato, responde o agente pela forma simples ou qualificada?

A respeito, rememorando a lição de Manzini, escreve Bento de Faria (Código Penal Brasileiro — vol. V — Livraria Jacinto, 1943 — pág. 398): *“Dal lato individuale è da rammentarsi che, nonostante la natura collettiva del delitto, ogni singoli associato rispondevi penalmente soltanto del fatto proprio: si puniscono gli associati per il fatto dell'associazione, e non questa”*.

Idêntico é o pensamento de Sebastián Soler (obra citada, pág. 608): *“... sin embargos, rigen siempre los principios comuns de la participación: no todo miembro de la asociación responde necesariamente de los delitos efectivamente consumados por algunos de los miembros”*.

Outra não é a opinião de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, vol. 4.º,

3.ª, Saraiva, SP, 1968, pág. 134), ao afirmar que não serão considerados co-autores os que de qualquer modo não tomaram parte na ação criminosa, respondendo apenas e tão-somente os associados que, de qualquer modo, concorreram para o delito.

Desse modo também opina Heleno Fragoso, expondo todavia a sua posição contrária à Hungria em relação ao crime continuado, admitindo a existência do delito mesmo se a quadrilha for constituída somente para a prática de crime continuado, segundo a opinião dominante, afirma ele.

Hungria (Comentários, vol. IX, pág. 178), ao opinar sobre a matéria, afirma que “no crime continuado não há organização estável entre os co-autores”.

Ainda em relação ao crime continuado, há de se examinar o aspecto da participação do agente em uma única ação.

A lição que nos é dada por Nilo Batista em sua obra citada esclarece e define com muita propriedade o problema. Declara ele: “Poderá a participação incidir apenas sobre um dos crimes que compõem a série continuada, quando só este seja alcançado pelo dolo do partícipe; caso, porém, reconheça a continuação, a participação numa série já iniciada o responsabilizará pela totalidade.” É esta, sem dúvida alguma, a solução correta. Aplicam-se, no caso, os princípios gerais da participação.

Pelo que foi exposto, verificamos que o crime de bando ou quadrilha não somente é autônomo em si, como também são autônomos os delitos cometidos por cada um dos associa-

dos. Como diz Mancini, punem-se os associados, não a associação.

São porém discordantes as opiniões quanto aos crimes qualificados pelo concurso de pessoas.

Heleno Fragoso pretende que, nos casos em que o concurso de agentes seja causa especial de aumento de pena ou forma qualificada, se estebeleça o concurso material entre o crime de quadrilha e o do outro crime, na sua forma simples.

Tal não foi porém a opinião do Desembargador Cristovam Breiner, ao proferir o seu voto discordante na Apelação Criminal n.º 47.252 do STF. Deixou ele patente que, no seu entender, não poderia o paciente ser condenado pelo crime previsto no art. 288 CP., mas tão-somente pelo crime previsto no n.º IV do § 4.º do artigo 155 CP., posto que, de outra forma, contrariava o velho princípio “non bis in idem”, dado o caráter ilegal ou antijurídico da repetição da pena.

Não nos parece assistir razão nem a um nem a outro.

Preferimos valer-nos da bem fundamentada argumentação de Nelson Hungria publicada no rodapé da página 180 de sua obra já citada, para dar, a nosso ver, uma perfeita solução para a divergência existente.

O seu voto, prolatado no Acórdão relativo ao *habeas corpus* n.º 34.088 do STF, assinalava entre outros trechos: “Se, para a prática do crime que atende ao programa da associação, não é necessário o concurso de todos os associados, podendo mesmo ser praticado por um só deles, é claro que a reunião de todos ou de alguns para esse crime individuado é circunstância que não se identifica com a anterior associação para delinquir.”

... “O crime qualificado pelo concurso de agentes não absorve ou exclui o crime de quadrilha ou bando, pela singela razão de que não é necessária a precedência deste para a prática daquele.”

Considerando o exposto, analisaremos, agora, o Acórdão objeto de nossa apreciação.

O relatório elaborado pelo eminente Ministro Décio Miranda faz referência a “peças que vinculam este último (paciente Marcelo Teixeira) a diversos episódios anteriores à derradeira tentativa”. Essa vinculação certamente diz respeito a associação e não a outros crimes, vez que a incriminação se limitou à tentativa de estelionato, afora o crime de Bando ou Quadrilha.

A convicção declarada fundamentou-se nos interrogatórios policiais dos acusados da tentativa de estelionato. Nada mais inconsistente para se estabelecer a tipicidade de um crime de tão difícil conceituação como o de bando ou quadrilha. Fosse evidentes as circunstâncias incriminadoras e certamente ao Juízo singular não as teria passado despercebido. Trata-se de um delito em que as suposições ou ténues evidências devem ser marginalizadas. A vontade da participação no grupo deve ser consciente e estar robustamente patenteada. E o Juiz, no interrogatório judicial, tem condições técnico-jurídicas para essa avaliação, mais que o Delegado no interrogatório policial.

Abordando a “continuidade”, o relatório tece críticas à condenação, afirmando: “Se menos feliz a condenação pela tentativa de estelionato, dirá o exame das peças anexas que o

terá sido por não incluir o paciente na censura do crime continuado, envolvendo as anterioridades que chegaram à plena consumação."

Pelo que se depreende, vários outros crimes já haviam sido perpetrados sem a participação do paciente. Duas hipóteses poderiam ter ocorrido: ou o paciente ignorava a série de crimes já iniciada e assim correta estaria a decisão do Tribunal que reformou a sentença do Juiz *a quo*, ou tinha conhecimento das anteriores ações e, assim se imporia a ele o disposto no § 2.º do artigo 51 CP, como aliás é a opinião do Relator.

A Ementa relativa ao Acórdão em estudo muito embora não factível em seus termos de uma apreciação desfavorável, não condiz com a substân-

cia do *habeas-corpus* impetrado, posto que a medida pretendida consistia na descaracterização do crime de bando ou quadrilha, não sendo objeto de discussão a independência do crime associativo com os demais crimes praticados.

A vista dos ensinamentos colhidos, concluímos não ter havido fundadas razões para a incriminação do paciente no crime de Bando ou Quadrilha, senão pela sua única participação em todos os delitos praticados, mas por julgar, face à fundamentação do relatório citado e as razões invocadas pela impetrante, ter havido falta de organicidade e, principalmente, da indispensável subjetividade da permanência, requerida para o caso. (*Nota de Delphim Salum de Oliveira.*)

SUPRESSÃO DE DOCUMENTO

Questão extremamente interessante foi debatida pela 3.ª C.Cr. do TJRJ no julgamento da A.Cr. n.º 8.862 da qual foi relator o eminente Des. Raphael Cirigliano Filho. Vale a pena resumir a hipótese, como se segue.

A, estagiário inscrito na OAB, cobrou para a agência local de um banco, à qual prestava esse serviço habitualmente, cédulas rurais pignoratícias, fazendo crescer ao principal despesas e honorários que dois devedores, depois de terem pago, consideraram inaceitáveis. Para haver a repetição do indébito, tais ex-devedores contrataram o advogado B, e foi marcada uma reunião, tendo A acedido em devolver parte daquilo que fora cobrado a maior. Um dos ex-devedores assinou previamente um recibo, que ficou em poder do advogado B. Durante a reunião, houve uma discussão, e A abruptamente se apoderou deste recibo, retirando-se do local.

A foi denunciado e, posteriormente, condenado em primeiro grau, por supressão de documento (artigo 305, CP).

A acusação por *supressão de documento* produz no observador inegável estranheza. Essa estranheza

provém da constatação de que, diante da hipótese da denúncia, *ilícito seria o uso do recibo apoderado, e não sua destruição*. Ou seja: se A usasse o recibo do qual se apoderou (por exemplo, ao contestar uma ação de repetição de indébito que fosse subsequente proposta, ou numa notificação judicial, ou ainda num comunicado à praça, etc.), aí sim, a verdade documental estaria sendo violada; por outro lado, se ele rasgasse em pedaços o recibo, ou o queimasse, a verdade documental estaria sendo observada, porque estaria sendo destruído um documento cujo teor não correspondia a ela (pois "documentava" um recebimento ... inexistente).

Tudo se explica, e a estranheza cede, se se considerar que o recibo previamente assinado pelo ex-devedor — quando, em verdade, nada ainda recebera — e deixado com o advogado B não constituía, até o momento em que fosse introduzido no trânsito jurídico, *documento verdadeiro* na acepção do art. 305, CP, e não constituía documento verdadeiro por ser ideologicamente falso. É claro que se trata de falsidade ideológica impunível, por uma dezena de razões, que não vem ao caso invocar, bastando ficar na disponibilidade da declaração, na falta de dolo e na carência

de aptidão para produzir qualquer dano a outrem. O fato de se tratar de uma prática impunível, contudo, não converte aquele recibo em documento verdadeiro, porque ele atesta um fato não veraz: pelo seu teor, o ex-devedor afirmaria ter recebido de A certa quantia, dando quitação, quando na verdade nada recebera ainda.

O douto relator consignou que “o recibo não retratava um fato verdadeiro, pois ainda não ocorrera o pagamento a que se referia”. Ao dar provimento à apelação para absolver, proclamando a atipicidade do fato, o acórdão acentuou que, na supressão de documento, o agente “tem em mira destruir a prova de um fato juridicamente relevante e que de alguma forma lhe é prejudicial. O desaparecimento do documento, isto é, o desaparecimento daquele meio de prova, vai proporcionar-lhe uma vantagem de qualquer espécie”.

Em nossa opinião, o aresto capta excelentemente, na passagem transcrita, a essência do crime previsto no art. 305, CP.

O crime de supressão de documento é uma modalidade do *crimen falsis*. Ensinava Hungria, retomando a lição de Carrara, que “se é falsidade alterar um documento, a lógica exige que se considere tal o destruí-lo, suprimi-lo ou ocultá-lo, pois com isto também se ludibria a fé pública. Fazer desaparecer uma prova verdadeira de um fato verdadeiro é dar aparência de não provado ou de inexistente àquilo que é verdadeiro e juridicamente certo, o que, sem dúvida, equivale ao *falsum*” (Comentários, Rio, 1959, v. IX, p. 301).

Como ensina Pietro Mirto, a supressão de documento “tende a tor-

nar não utilizável (...) um documento verdadeiro para o fim geral ou particular ao qual fora destinado com sua formação” (“*tende a rendere non utilizzabile (...) un atto vero per lo scopo generale o particolare, cui era stato destinato con la sua formazione*”). Através de tal atividade delituosa, prossegue Mirto, obtém-se o fim de fazer perder os efeitos jurídicos que a criação e a existência do documento determinam (“*attraverso una tale attività delittuosa si consegue lo scopo di fare perdere gli effetti giuridici che la creazione e l'esistenza dell'atto determinano*” — cf. *La Falsità in Atti*, Milão, 1955, p. 321).

Parece claro, portanto, que só o documento integral e incondicionalmente verdadeiro pode ser objeto material da supressão, porque só assim se apresenta esta espécie de falsidade, a qual opera por negação da verdade documental, que se destrói. Quanto a isso, há unanimidade (Hungria, *op. cit.*, p. 302; Mirto, *loc. cit.*; Sylvio do Amaral, *Falsidade Documental*, S. Paulo, 1978, p. 211; Carnelutti, *Teoria del Falso*, Pádua, 1935, p. 151; Fragoso, *Lições*, Rio, 1981, P.E., p. 375; etc.). É pelo mesmo motivo que a destruição de simples traslados de notas depositadas em ofício público, e a todo tempo recuperáveis através de novas certidões, não constitui crime de supressão de documento (Sylvio do Amaral, *op. cit.*, p. 207; Hungria, *op. cit.*, p. 301; veja-se RT 447/375).

Na mesma linha, o dolo há de ser integrado por aquilo que Fragoso chama de “o fim de agir próprio do *falsum*, qual seja, o de atentar contra a verdade documental ou a integridade do documento como meio de prova” (*Lições*, cit., p. 376). A exigência

deste dolo específico é constantemente formulada pelos tribunais: RT 483/347, RT 516/289. Veja-se a lição concisa e exata de Ugo Dinacci: “*Quanto al dolo, é da ritenere che sia necessaria la volontà di eliminare un mezzo di prova*” (*Profili Sistematici del Falso Documentale*, Napoles, 1979, página 129).

Ora, na hipótese versada, se A tendo se apoderado do recibo previamente assinado e confiado ao advogado B, o destruísse, suprimisse ou ocultasse, estaria servindo à verdade documental, porque realmente nada tinha sido recebido. Que paradoxal seria este caso de supressão de documento, no qual quem não pagou se apodera e elimina a “prova” de que teria pago!

Na verdade, tudo se aclara quando concebemos a conduta de A como ato preparatório para um crime de estelionato, ou fraude processual, ou mesmo de uso de documento falso, isso, claro está, à míngua da possibilidade de definir-se um furto, pela falta de expressão econômica da *res*. O simples apoderamento — mesmo de documento verdadeiro! — sem a finalidade, e logo a conduta, de atentar contra a fé pública, não constitui supressão de documento (RT 413/117).

O caso oferece um encanto teórico incomum, e produziu um acórdão de notável limpidez e exatidão. (Nota de Nilo Batista.)

LIBERDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 310, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP

Ao decidir o RHC 58.480, afirmou o Supremo Tribunal Federal, por sua 1.^a Turma, ser obrigatória a fundamentação do despacho que nega a liberdade provisória postulada aos moldes do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal. A decisão, que teve por relator o eminente Ministro Thompson Flores, assinala que tal fundamentação deve conter “os mesmos pressupostos objetivamente demonstrados” (RTJ 98/1.013).

Como se cabe, o art. 310 CPP (que dispõe sobre a liberdade provisória concedida, sob certos pressupostos e condições, a presos em flagrante) acrescentou à Lei 6.416, de 24.5.77, o seguinte parágrafo único: “Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).”

Ou seja: embora formalmente perfeito o auto de prisão em flagrante e embora inafiançável o delito atribuído ao preso, o efeito de manter-se detido o réu só deve ser prorrogado quando presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva.

Tais requisitos, como em qualquer medida cautelar, são de dupla ordem: a primeira diz respeito ao *fumus boni iuris* (prova do fato criminoso e indícios da autoria), e a segunda concerne ao *periculum in mora* (isto é, a necessidade da medida, expressa na garantia da ordem pública, ou conveniência da instrução criminal, ou, por último, na eficácia da aplicação da lei penal). Constam tais requisitos do art. 312 CPP, e jurisprudência torrencial exige que, para a decretação da prisão preventiva, as fórmulas abstratas da lei sejam substituídas por referências concretas ao caso em exame, que demonstrem, de forma individualizada e cabal, a necessidade de uma medida que universalmente se reconhece como excepcional.

Quis o legislador de 1977, realizando uma conexão entre o princípio da presunção da inocência e o *jus libertatis*, que o réu preso em flagrante — independentemente da exatidão formal do auto, e da afiançabilidade do delito — só permanecesse preso se presentes os requisitos da prisão preventiva; caso contrário, seria-lhe-ia deferida a “liberdade vinculada” do art. 310 CPP.

Não se trata de um *favor* que se possa outorgar ao preso, senão de um

direito, e quem no-lo afirma é o autor da única e brilhante monografia brasileira sobre o assunto, Weber Martins Batista: “A liberdade provisória prevista no art. 310 e seu parágrafo único, desde que satisfeitos os pressupostos da lei, é um direito do réu ou indiciado, não um simples benefício. Não importa que no texto do artigo se use o verbo poder; desde que a lei estabelece pressupostos para a medida, seu atendimento depende apenas da satisfação desses requisitos” (*Liberdade Provisória*, Rio, Ed. Forense, 1981, p. 118).

Este é também o entendimento de Oscar Xavier de Freitas: “Se incorrerem as hipóteses que autorizam a prisão preventiva, deve ser concedida ao réu preso em flagrante a liberdade provisória” (*Justitia*, S. Paulo, 1977, v. 97, p. 27). Não discrepa a opinião respeitável de Tourinho Filho: “Embora o texto empregue a expressão *poderá*, demonstrativa de mera faculdade, estamos hoje convencidos de que se trata de um poder discricionário *que deve ser usado*, se satisfeitas as condições legais. Nem teria sentido ficasse a medida subordinada ao bel-prazer, à vontade (...) do Magistrado” (*Processo Penal*, Bauru, 1979, ed. Jalovi, v. 3.^o, p. 394).

Tal entendimento, após compreensível hesitação, começou a predominar na jurisprudência, como se pode ver da decisão do TACrimSP, tomada unanimemente pela Câmara de Férias, no HC 96.660, em 16.1.80, relator o Juiz Silvio Lemmi: “Prisão em flagrante. Relaxamento *obrigatório* se incorrer qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Ordem concedida” (*Julgados TACrimSP* 62/89).

Registrou o acórdão, interpretando a letra do parágrafo único do artigo 310 CPP, que “se a lei diz que o procedimento de relaxar o flagrante *será adotado*, afastada está a hipótese de a aplicação do texto legal ficar ao arbítrio do Magistrado” (*ibidem*).

Pode o réu preso em flagrante, ao qual, sem motivos legais, se denegue a liberdade provisória, invocar a tutela jurisdicional, e deve fazê-lo através do remédio do *habeas-corpus* — é o que leciona Frederico Marques: “Tal pretensão de liberdade tem por base, justamente, a exigibilidade do direito de defender-se, o réu, solto, sendo que o *habeas-corpus* constitui a garantia processual de maior relevo dentre as que se destinam a impedir lesões ao *status libertatis* assegurado pela liberdade provisória” (*Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, 1965, Ed. Forense, v. IV, p. 115).

Para que possa o Tribunal Superior se pronunciar sobre a legalidade da denegação da liberdade provisória, outrossim, é de mister esteja o despacho denegatório correspondente cumpridamente motivado.

Na verdade, indeferir a liberdade provisória é algo logicamente idêntico a decretar a prisão preventiva: trata-se de afirmar a presença dos mesmos requisitos, para os mesmos efeitos. O que o Juiz afirma, ao indeferir a liberdade provisória, é algo que poderia assim ser resumido: “não reconheço a este réu o direito de defender-se em liberdade, porque, *face a tais ou quais concretos motivos*, teria ele sua prisão preventiva decretada; sendo assim, mantenho a prisão em flagrante”.

Duas conclusões são inevitáveis. A primeira, no sentido de que o des-

pacho que denega a liberdade, nos casos do art. 310, parágrafo único, CPP, *tem que ser fundamentado*, a exemplo do despacho que decreta a prisão preventiva; *a segunda*, no sentido de que essa *fundamentação* não pode se limitar a repetir as fórmulas legais, mas — também a exemplo do despacho que decreta a prisão preventiva — tem que individualizar, tem que demonstrar os motivos reais e concretos, no caso em exame, que levam à conclusão. Ou seja: é indispensável que o despacho seja motivado, e essa motivação não pode restringir-se a referências vagas e genéricas às cláusulas legais (do tipo “como garantia da instrução criminal”, ou “levando em conta a garantia da ordem pública”, etc.). Sem a motivação, não podem os Tribunais Superiores controlar a legalidade da opção feita pelo despacho, quer denegando a liberdade (quando cabe *habeas-corpus*), que relaxando a prisão (quando cabe recurso em sentido estrito, art. 581, inc. V, CPP).

Por isso, frisa Tourinho Filho: “Baldaria a lei, o magistrado que negasse a liberdade provisória, por exemplo, dizendo que assim agia para assegurar a aplicação da lei penal. Caber-lhe-á, indiscutivelmente, apontar os elementos de que dispõe para chegar àquela conclusão” (*op. cit.*, p. 397).

Os tribunais freqüentemente concedem *habeas-corpus* em hipóteses nas quais não se apresentou a indispensável fundamentação. Veja-se a seguinte decisão, da 6.^a C. Cr. do TACrimSP, proferida no HC 81.758, e da qual foi relator o Juiz Silva Franco: “Prisão em flagrante. Relaxamento, embora se apresente o Auto formalmente perfeito. Hipótese em que

não ocorrem os pressupostos para a prisão preventiva. Liberdade provisória concedida ao paciente. *Habeas-corpus deferido*. (...) A nova sistemática legal não se satisfaz mais, para a subsistência da prisão em flagrante, com um auto revestido de todas as formalidades legais, *exigindo, além disso, que se demonstre, da forma satisfatória, a necessidade dessa prisão em face dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores da decretação da prisão preventiva*” (RF 264/315).

A fundamentação deve estar suficientemente assentada na prova, de sorte a convencer de que os requisitos que indicam a *necessidade* da prisão preventiva (art. 312 CPP) estão presentes. Caso contrário, a jurisprudência se orienta pela concessão do *writ* de *habeas-corpus*, para o efeito de conceder a liberdade provisória.

Vejamos algumas decisões: “Prisão em flagrante. Tentativa de furto. Acusado primário, com residência fixa e família constituída, dedicado ao trabalho. Outro processo em andamento que não lhe pode obstar a medida pretendida. Constrangimento ilegal caracterizado. Concessão de *habeas-corpus*. Inteligência do parágrafo único do art. 310 do CPP” (RT 533/341). “O que importa indagar é se, não obstante revestido o auto de prisão em flagrante das formalidades legais, se justificaria, ou não, nos termos do art. 312 do CPP, o decreto de prisão preventiva (...). Considerada a documentação ofertada pelo nobre bacharel impetrante, e à míngua de comprovação em sentido contrário, a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal não correm nenhum perigo com a concessão da liberdade provisória ao paciente, a

ser concretizada com as formalidades de estilo, art. 310 do CPP, *in fine*” (Julgados TACrimSP, 64/90). “O paciente demonstrou, contudo, mediante documentos, ser primário, ter residência fixa, exibindo contrato de locação do imóvel, ter passado limpo e ocupação definida como empreiteiro de obras. A sua liberdade provisória não atentaria contra a ordem pública, não perturbaria a instrução criminal, e não prejudicaria a aplicação da lei penal. Vale dizer, não se apresentam as hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Sendo assim, é de adotar-se o procedimento previsto no parágrafo único do artigo 310 do CPP (...)” HC 971.512, 5.^a C. Cr., 11.11.80, Rel. Juiz Carlos Antonini, *in* Julgados TACrimSP 63/113). “Prisão em flagrante. Relaxamento. Réu com domicílio certo e profissão definida, e que não teria prisão preventiva decretada. Quando, por suas condições, não teria o réu prisão preventiva decretada, não há razão de se manter sua prisão em flagrante” (Julgados TACrimSP 57/85).

A gravidade do delito imputado ao réu não entra em consideração para tais efeitos. Acusados de crimes contra a vida e contra o patrimônio têm o direito que lhes outorga o parágrafo único do art. 310 CPP, desde que não se evidenciem situações que autorizariam sua prisão preventiva. Acusados do crime de tráfico de entorpecentes não se excetam da re-

gra: “Prisão em flagrante. Crime contra a saúde pública, tráfico de entorpecentes. Paciente radicado no distrito da culpa, casado, com profissão definida e estudante. Relaxamento. Concessão de *habeas-corpus*. Inteligência dos arts. 302 e 310 do CPP, este com a nova redação dada pela Lei 6.416/77” (RT 527/383). “*Habeas-corpus*. Prisão em flagrante. Inexistência dos pressupostos do art. 312 do CPP. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. Independentemente da natureza do crime praticado, o flagrante só será mantido em ocorrendo os pressupostos à decretação da prisão preventiva. (...) Na espécie *sub iudice* o d. Magistrado não invoca nenhum desses pressupostos para a manutenção do flagrante. Limita-se, no caso, a ressaltar a perfeição formal do flagrante e configurar, em princípio, a hipótese o delito do art. 12 da Lei 6.368, de 1976” (Julgados TACrimSP 63/74).

A presunção de inocência deve aproveitar aos acusados independentemente da gravidade do delito a eles atribuído, sob pena de desfigurar-se. A decisão da Corte Suprema que motivou este comentário, ao estabelecer definitivamente a necessidade da motivação (“pressupostos objetivamente demonstrados”) é um marco importante na disciplina forense de matéria tão delicada. (*Nota de Nilo Batista*.)

EDUARDO NOVOA MONREAL — *Causalismo y finalismo en Derecho Penal (Aspectos de la enseñanza penal en Hispanoamérica)*, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1980.

Cremos, diversamente do que sustenta o ilustre mestre chileno, que a teoria do delito, após profundo desenvolvimento que culminou com a visão sistemática do finalismo — evidentemente como todo discurso técnico-jurídico de forma ideologicamente acrítica — conduziu a dogmática penal a um nível de elaboração técnica inquestionavelmente superior à visão do sistema clássico de Liszt-Beling e dos causalistas mais recentes.

Existem muitos preconceitos contra o finalismo. Porém, não se pode mais dizer que há, em relação a esta doutrina, apenas o fascínio pelo novo. Primeiro, porque dogmaticamente o finalismo é fruto de meio século de desenvolvimento doutrinário. Seu caminho foi longo e vagaroso. Não existiria talvez o pensamento de Welzel, não fora as anteriores e geniais colocações de Frank, Dohna, V. Weber e Mezger. Segundo, porque filosoficamente ele deita raízes na antiguidade grega.

O autor vê as coisas de forma diversa e apresenta veemente libelo contra o finalismo. Já a introdução é extremamente esclarecedora, pois nela fica exposta sua opção pelo sistema causal. A facilidade de sua compreensão pelos alunos é para ele indubitosa. O finalismo, diversamente, careceria destas qualidades didáticas porque *superpone en los variados aspectos ideas que se confunden*. Para o aluno comum a *simplicidad y simetria* estariam destruídas. Somente os bens dotados, segundo o Professor Novoa, seriam capazes de compreender com sucesso o sistema finalista.

Prosseguindo o autor inicia propriamente a análise dos problemas técnicos, fazendo-a em quatro capítulos: o primeiro dedicado à teoria clássica do delito. Nos dois seguintes são analisadas *La teoria final da acción y sus primeros yerros* além das *Proyecciones de la teoria de Welzel hacia los principios*. O último cuida da *Confusión sistematica originada por el "Finalismo"*. Neste o Professor Novoa analisa o delito culposos, o tipo, o vínculo causal, o injusto pessoal, a culpabilidade (qualificada de *vacía*) e a omissão. Atenção especial merece a crítica que o autor faz ao tratamento dado pelo finalismo ao delito culposos. Este aliás tem sido o caminho predileto dos que não aderem ao finalismo, inobstante as novas colocações de Welzel. O autor não é so-

mente contra a teoria finalista: Frank, Goldschmidt e Freudenthal, ao que parece, não são por ele aceitos porquanto a própria concepção normativa da culpabilidade como juízo valorativo acerca da conduta típica e ilícita é repelida.

Os crimes omissivos seriam outro óbice para aceitação do finalismo segundo mestre Novoa "*pues resulta difícil entender siempre como final un comportamiento humano omisivo*". A nosso ver, crítica razoável mereceria a *finalidade potencial na omissão*, já abandonada em relação aos crimes culposos por Welzel. Também na omissão há finalidade. Deixou-se de realizar uma conduta concreta diversa daquela ordenada, e o mandamento nos delitos omissivos exige a prática de uma ação final.

Sem desprezar mais esta contribuição do destacado mestre chileno, lamentamos não ter sido por ele aceita a chamada "revolução copernicana" instaurada pelo finalismo tão prestigiada em nossa América por nomes exponenciais das letras jurídicas que não enxergam no finalismo um "caos sistemático". Que há pontos a ser repensados — sempre os há — ninguém em sã consciência negará. Mas as conquistas técnicas realizadas são, segundo pensamos, inafastáveis.

Sinceramente encanta-nos mais o Professor Eduardo Novoa Monreal de trabalhos como *El derecho como obstáculo al cambio social* e da *La evolución del Derecho Penal en el presente siglo*.

Heitor Costa Junior

HELENO C. FRAGOSO, *Terrorismo e Criminalidade Política*, Forense, Rio de Janeiro, 1981.

"Não é com direito penal que se resolve o problema da criminalidade (pág. 116)". É esta verdade, singela e cristalina, assumida, pelo Autor, com desassombro, na obra "*Terrorismo e Criminalidade Política*", que tem escapado, propositadamente ou não, aos detentores do poder. E, muito especialmente, aos manipuladores da legislação antiterror, generalizadamente draconiana, e com aplicação seletiva: *serve apenas para perseguir e punir os terroristas de esquerda*.

O livro do Mestre Fragoso tem um nítido caráter de denúncia de situações verificadas em quase todos os países do mundo ocidental, onde as leis consagram as maiores teratologias jurídicas, na vã tentativa de coibir as práticas terroristas.

Após apontar as grandes dificuldades que a doutrina tem enfrentado para encontrar uma "definição global" de terrorismo, Heleno Fragoso faz uma excelente resenha histórica do terrorismo, desde sua origem, ligada à revolução francesa, até à guerrilha urbana dos nossos dias. Nessa parte da obra, Fragoso lembra as palavras de Ernesto "CHE" Guevara, que, referindo-se ao terrorismo, dizia: "Sinceramente acreditamos que constitui arma negativa, pois não produz, de forma alguma, os efeitos desejados, podendo voltar o

povo contra um movimento revolucionário determinado, além de conduzir à perda da vida dos que o exercitam, muito maior do que os benefícios que produz" (págs. 23 e 24).

No capítulo relativo ao "Terrorismo e a Teoria do Crime Político", Fragoso alude ao esforço realizado para "transferir o terrorismo para a órbita dos crimes comuns", o que, segundo ele, "visa retirar-lhe o privilégio que a criminalidade política ainda conserva" (pág. 34). Demais, Fragoso põe realce especial na afirmação de que "não há crime político sem o especial fim de agir representado pelo propósito de atentar contra a segurança do Estado" (pág. 35), o que é, evidentemente, indispensável. De fato, a possibilidade de identificar-se crime político, sem a presença da intenção do agente de atentar contra as condições políticas do Estado, é, por si só, terrível: as condutas poderiam ser consideradas como politicamente criminosas, sem embargo do objetivo do agente, a partir dos eventuais caprichos dos detentores do poder.

É particularmente interessante o Capítulo VI do livro, que cuida do "Terrorismo no Direito Comparado". A partir do pressuposto, literalmente equivocado, de que se pode controlar o comportamento do criminoso "por convicção", como é o criminoso político, com a lei severa, os países do mundo ocidental, de um modo geral, têm consagrado, em suas leis, expedientes capazes de ruborizar a face dos juristas mais conservadores. Nessa parte da obra são analisadas diversas legislações, em estudo, a nosso ver, completo, dentro dos limites a que o trabalho se propõe. Merece referência especial o "Terrorism Act" da África do Sul, em vigor desde 1967, com sucessivas emendas em 1969 e 1977. Segundo as próprias palavras do Autor, "trata-se de uma lei monstruosa, com efeito retroativo a 27 de junho de 1962, que estabelece inversão do ônus da prova, revoga regras sobre jurisdição, apresenta definições vagas, permite a prisão cautelar sem intervenção judicial, suspendendo garantias processuais" (pág. 84). Eis aí o aparato de que dispõe a minoria branca para massacrar a maioria negra, vítima de toda a sorte de atrocidades e do pior tipo de terrorismo: o terrorismo oficial ou oficioso, patrocinado pelo próprio Estado. Vale a pena, até mesmo como alerta, transcrever, ainda que parcialmente, o art. 2.º do "Terrorism Act", a teor do qual é punido quem: "a) com o propósito de expor a perigo a manutenção da lei e da ordem na república ou em qualquer parte dela, ou em qualquer outro lugar, comete *qualquer ato*, ou tenta cometê-lo, ou conspira com qualquer outra pessoa para ajudar ou promover a comissão ou para cometer, ou incita, instiga, ordena, ajuda, aconselha, encoraja ou leva qualquer outra pessoa a cometer *qualquer ato*; ou b) na república ou em qualquer outro lugar, recebe ou tenta receber, consente ou toma medidas para receber, ou incita, instiga, ordena, auxilia, aconselha, encoraja ou leva outra pessoa a receber *qualquer treinamento* que possa ser útil a *qualquer pessoa* que pretenda expor a perigo a manutenção da lei e da ordem, e que deixe de provar, além de toda dúvida razoável que não recebeu ou tentou, consentiu, ou tomou medidas para receber, ou incitou, instigou, ordenou, auxiliou, aconselhou ou fez com que outra pessoa recebesse treinamento, para o fim de usá-lo, ou fazer que seja

usado, para cometer *qualquer ato* capaz de ter qualquer dos resultados referidos no inciso 2.º, na república ou em qualquer parte dela”.

Importante também é aludir, ligeiramente, à legislação da Argentina — país dos presos sem nome e sem número (cf. *Prisoner without a name, cell without a number*, Jacobo Timerman, New York, 1981) — onde o simples *porte de arma* passou, a partir de março de 1976, a ser punido com reclusão de até 10 anos, independentemente da finalidade do agente! Por igual, na Alemanha, Itália, Espanha, etc., “não há limites na manipulação do instrumental repressivo policial judiciário” (pág. 73), justificando-se tudo com a ilusão de que possa o aparato legal solucionar problema complexo de causas igualmente complexas.

A legislação do Brasil é também objeto do estudo de Fragoso, desde o Decreto 4.269, de 17 de janeiro de 1921 à Lei 6.620, de 17 de dezembro de 1978, que é a atual Lei de Segurança Nacional. A análise abrange — é claro — o Dec.-Lei n.º 898, o qual, no sentir do Autor, “estabelecia um sistema de processo penal que possibilitava a tortura (pela prisão cautelar, com suspensão do *habeas corpus*), consagrando a desigualdade das partes na fase judicial” (pág. 97). É oportuna, também, a lembrança de Fragoso, no sentido de que, embora o Brasil tenha, pela vez primeira, uma lei, e não um decreto-lei, a dispor sobre os crimes contra a segurança nacional, “a lei surgiu através de projeto enviado pelo Executivo com prazo determinado, o qual se transformou em lei em virtude do decurso do prazo. Baldados foram os esforços feitos por um Congresso disciplinado para emendar o imperfeitíssimo projeto” (pág. 98).

Ainda em relação à experiência brasileira (págs. 108 e segs.), Fragoso faz coro com todos aqueles que, com seriedade e isenção, analisam a questão da criminalidade política violenta no Brasil: está ela ligada ao regime político ditatorial instituído no país em 1964, e agravado em 1968.

Para encerrar esta breve nota sobre livro, de leitura indispensável e obrigatória, importante é frisar algumas palavras do Autor que representam, a nosso ver, uma clara opção política, no sentido da democracia e da sociedade mais justa: “O terrorismo surge no Estado violento. Na violência que representa a fome e a desnutrição, a miséria e condições subumanas de vida; o desemprego e o subemprego; a incapacidade de resolver os problemas sociais que impedem uma vida digna; a opressão política dos regimes ditatoriais” (pág. 127).

O terrorismo também surge — queremos acrescentar, se nos permitir o Mestre — para a *manutenção* da fome, da desnutrição, do desemprego, das condições de opressão, etc... É o que está mostrando o Brasil dos dias que correm.

Luiz Fernando de Freitas Santos

JUAREZ TAVARES, *Teorias do Delito. Variações e Tendências*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

Com esta lúcida tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Juarez Tavares obteve o grau de Mestre em Direito Penal e preencheu uma lacuna na bibliografia jurídico-penal brasileira.

A utilidade do trabalho é indiscutível. Raramente conseguimos encontrar em algum “Manual” ou “Tratado” uma satisfatória análise da evolução da teoria do delito. Fora do Brasil as coisas melhoram significativamente. Há importantes obras sobre o tema, que no entanto pecam pela brevidade. Estamos nos referindo aos preciosos trabalhos de Richard Busch e Wilhelm Gallas. Na Espanha, J. Córdoba Roda conseguiu em “Una Nueva Concepción del Delito” apresentar uma segura análise da evolução histórico-dogmática do delito. Há outros trabalhos mais voltados para o exame específico do movimento finalista, como as monografias de Rodríguez Muñoz e Marcello Gallo. Não pode, neste campo, ser esquecido o importantíssimo “Novo Sistema” de Welzel.

Em “Teorias do Delito” o autor estuda o sistema causal clássico e sua evolução — do tipo à culpabilidade —, esclarecendo a insustentabilidade de se chegar a uma perfeita diferenciação de todo o objetivo no tipo e do subjetivo na culpabilidade. Passa ele, a seguir, ao causalismo mais moderno. Aqui o tipo já não será somente descritivo, porém como em Mezger, tipo de injusto. As mudanças em sede de culpabilidade são profundas. A culpabilidade, como reprovação pessoal da conduta — Frank, 1907 — fica distante da paupérrima visão psicológica deste elemento do conceito analítico do crime. O dolo, mostra o autor, ainda permanece na culpabilidade e a culpa até este momento não mereceu tratamento razoável. Não somente a culpa, mas também o erro, o concurso de agentes, etc.

O ponto alto do livro, a nosso ver, está na terceira parte onde é analisado o sistema finalista e seus precursores. Aqui estudam-se a ação, a omissão, o tipo, as causas de justificação e a culpabilidade — salientada, nesta última, a posição de Maurach — e outras revisões teóricas que a adoção do finalismo necessariamente implica.

Os méritos do sistema de Welzel vêm expostos no item III da terceira parte. Na quarta parte o autor apresenta e critica as tendências atuais da dogmática, iniciando com a teoria social da ação e suas variantes de E. Schmidt a Jescheck, Arthur Kaufmann, dentre outros. O sistema de Schmidhäuser, Mayer, Jescheck, Wessels, Roxin e Bockelmann são analisados separadamente.

O autor dedicou, ainda, um capítulo ao estudo das transformações da teoria do delito no Brasil, deixando certo que o finalismo ainda não domina a literatura penal pátria. Predomina, em verdade, a corrente mais conservadora do sistema causal-naturalista, havendo professores, sobretudo entre os jovens, que representam a corrente finalista. A teoria social da ação encontra alguns adeptos.

Das conclusões podemos salientar a crítica que o autor faz ao finalismo no que concerne à culpabilidade, cujo debate não cabe no estrito âmbito desta resenha.

De formação germânica, pois estudou com Jescheck no Instituto Max Planck, em Freiburg, Juarez Tavares já nos brindara com a tradução da parte geral de Wessels, sendo, portanto, realmente a pessoa indicada para escrever, com o êxito que alcançou, este excelente trabalho, de grande rigor científico, que passa a ser, não temos dúvida alguma em afirmar, obra de consulta obrigatória.

O livro foi enriquecido com o meticoloso e esclarecedor prefácio de autoria do Ministro Victor Nunes Leal.

Heitor Costa Junior

GERSON PEREIRA DOS SANTOS, *Direito Penal Econômico*, São Paulo, 1981, Saraiva.

A escassa bibliografia brasileira sobre o conjunto de temas que costuma ser reunido sob a designação de direito penal econômico está enriquecida por este trabalho do professor baiano, Gerson Pereira dos Santos.

O livro se divide em quatro partes. Na primeira delas encontramos uma abordagem criminológica da delinquência econômica, na qual o leitor admirará não só a atualização da teoria (p. ex., Quinney comparece na pág. 24) como também a teorização da atualidade (p. ex., a criminalidade do computador, pág. 65 ss.). Esta primeira parte, que se oculta sob o título modesto de introdução, constitui-se numa reflexão singularmente profunda a respeito de problemas fundamentais do direito penal nas relações capitalistas de produção.

A segunda parte, a exemplo de outras obras sobre a matéria, pretende realizar uma espécie de parte geral do delito econômico. Este empreendimento se faz sempre necessário para a apreciação da submissão, ou não, do direito penal econômico a certos princípios gerais do direito penal. Algumas questões de ordem geral foram pelo Autor transferidas para o início da terceira parte — direito penal comercial —, da qual se deve destacar cuidadoso estudo dos crimes de diretores e gerentes de sociedades por ações (art. 177, CP). O volume se encerra com uma quarta parte, dedicada a direito penal financeiro e tributário, que é objeto de cuidadosa aproximação.

O presente trabalho talvez venha a merecer do seu Autor uma ampliação em seus quadros de parte especial, mas é, desde já, um auxiliar indispensável, quer na universidade, quer no foro criminal.

Nilo Batista

MARC ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Editions Cujas, 1981 (3.^a ed.).

Aparece finalmente a terceira edição da celebrada obra de Marc Ancel, que constitui a publicação mais importante do movimento de nova defesa social. Surgida em 1954 a primeira edição, e logo traduzida para o espanhol (1961), o servocroata (1963), o inglês (1965) e o italiano (1966), uma segunda edição, consideravelmente aumentada, apareceu em 1966, e dela se fez uma segunda tiragem em 1971. Essa segunda edição foi também traduzida para o japonês (1969), o alemão (1970), o russo (1970) e finalmente para o português (Forense, Rio de Janeiro, 1979). Como dissemos, no prefácio da tradução brasileira, não é possível ao jurista moderno desconhecer este livro, já hoje clássico.

A terceira edição está inteiramente revista, levando em conta a elaboração legislativa notável destes últimos anos, na Europa ocidental e nos países do leste europeu e as novas contribuições da Criminologia e da Política Criminal. Foram suprimidos vários parágrafos, notas e referências ao direito comparado, de tal forma que o novo volume é menor que o anterior. A obra, a nosso ver, ganhou com isso, tornando-se mais enxuta, com a supressão de matérias que realmente não se relacionavam com o seu objeto: a exposição do movimento de defesa social moderno.

A nova edição aparece com minucioso índice alfabético-remissivo, que a enriquece, e com sumários em todos os parágrafos dos diversos capítulos, o que facilitará a leitura.

No terceiro capítulo ("As etapas da defesa social"), aparece um novo parágrafo, dedicado ao período posterior aos anos 60 e 70, com o surgimento da Criminologia Crítica e sua influência nos congressos e reuniões científicas. O autor examina aqui as proposições fundamentais das novas correntes. O interacionismo e as teorias da estigmatização (*labelling theory*) que reclamam uma nova criminologia da reação social; a Criminologia Radical, que entende o ato criminoso como rejeição da ordem social estabelecida pelas classes dirigentes e sancionada pela lei penal. De tal sorte que a luta contra a delinquência deve constituir não em reforma ou melhoria ilusória das instituições, mas em transformação radical do sistema econômico e social de exploração do homem. E, finalmente, as teorias da não intervenção, surgidas notadamente no campo da delinquência juvenil, para evitar a estigmatização de um processo judicial que desconhece, em boa medida, as regras do devido processo legal. As teorias da não intervenção propõem os métodos de diversificação ("*diversion*") e de desjudicialização, procurando evitar o processo judicial. Através da descriminalização busca-se também, na perspectiva mais geral da delinquência de adultos, subtrair ao sistema repressivo diversas ações de pouca gravidade, para submetê-las a medidas de ordem civil, administrativa, sanitária, educativa ou social.

Marc Ancel considera de grande importância as contribuições da nova Criminologia e entende que diante delas a Nova Defesa Social deve proceder a um sincero exame de consciência, que deve conduzir a uma renovação da doutrina. Isso, aliás, se fez nos Congressos Internacionais, de Defesa Social

de 1971 e de 1976 (este último celebrado em Caracas, tendo por tema a marginalidade social), bem como nas Jornadas latino-americanas de defesa social, que se realizaram no México, em 1979. Nosso Instituto esteve presente a esses acontecimentos. O signatário destas linhas funcionou como relator oficial do IX Congresso (cf. "Aspectos Jurídicos da marginalidade social", no volume "Direito Penal e Direitos Humanos", Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 1 e seguintes) e o professor Juarez Cirino dos Santos desempenhou as mesmas funções nas Jornadas mexicanas (cf. "Defesa Social e Desenvolvimento", RDP 26, p. 19 e seguintes).

No capítulo VII importantes acréscimos são feitos a propósito de novas objeções sérias feitas pelos adversários da doutrina. A Nova Defesa Social fez, como se sabe, do tratamento dos delinquentes, uma de suas grandes bandeiras. Não é mais possível, no entanto, manter a noção de tratamento que se tinha nos anos 50. A verdade é que a idéia de tratamento entrou em crise pela impossibilidade virtual de conciliá-lo com o encarceramento (cf. Heleno C. Fragoso, "Direitos dos Presos", Forense, Rio de Janeiro, 1980, págs. 37 e seguintes). Não se demonstrou a eficácia de tratamento algum. As taxas de reincidência mantêm-se elevadas, qualquer que seja a prisão. Daí a tendência de limitar o "tratamento" aos internos que o desejem, e expressivo foi, nesse sentido, o documento de trabalho oficial preparado pelo Secretariado da ONU para o seu V Congresso. Como diz Martinson, "nothing works".

Marc Ancel se dá conta desses novos fatos, assinalando que a posição tomada pela Nova Defesa Social nos anos 50 constituiu apenas uma etapa. E diz que seria equivocar-se gravemente sobre a essência, e mesmo sobre os meios de ação do movimento, restringir a defesa social ao simples "tratamento de ressocialização". É necessário examinar o problema com mais atenção e, se for o caso, fazer a esse respeito um verdadeiro exame de consciência. Reconhece o autor que os penólogos dos anos 50 tiveram grandes ilusões quanto às possibilidades e quanto à eficácia do tratamento institucional. Sobre o plano da aplicação positiva, a falência da reeducação na prisão parece praticamente estabelecida.

Cumprido, porém observar, nota Marc Ancel, que não existe a propósito do assunto, um estudo geral e imparcial. Algumas experiências positivas foram registradas. Resta a possibilidade de tratamento para os criminosos anormais, ou seja, no domínio terapêutico ou paramédico. Por outro lado, o tratamento deve ser proposto e não imposto. Seja como for, mesmo se se renuncia ao "tratamento dos anos 50", não é o caso de se retornar ao regime carcerário do século passado (destinado a fazer sofrer o condenado), e de rejeitar os melhoramentos proporcionados pela reforma penitenciária, relativos à higiene, às condições de alojamento, à alimentação, aos esportes, aos lazeres e aos contatos com o mundo exterior. Sem contar as possibilidades de um tratamento bem conduzido (sempre facultativo) em meio livre.

É possível — diz o autor — que a questão seja, em definitivo, passar do tratamento para a assistência. Trata-se de introduzir a perspectiva de assistência e de defesa social, ou seja, de uma verdadeira justiça de proteção. A Criminologia moderna teve o mérito de colocar claramente o problema, que

em substância é o de saber se se deve readaptar o marginal a uma sociedade que o contesta, ou se se deve fazê-la reconhecê-lo e aceitá-lo a marginalidade. Trata-se, no momento, menos de resolver do que de bem formular as questões essenciais. A defesa social consiste sobretudo nesta nova abordagem dos problemas atuais da política criminal, o que conduz ao exame crítico das sanções penais.

A propósito, fixa-se assim a posição de uma sã política criminal de defesa social:

(a) — O encarceramento é um mal que deve ser empregado quando nenhuma outra medida possa ser utilizada, como *ultima ratio* da reação anticriminal. Ele aparece a título de proteção da coletividade, portanto tecnicamente como medida de segurança neutralizante; (b) — A prisão preventiva deve ser verdadeiramente excepcional, cuja motivação deve ser objeto de um controle efetivo (e não apenas formal). Ela deve ser proscrita para infrações que não comportem um verdadeiro perigo social; (c) — O encarceramento, deixando de ser a pena habitual, será substituído por uma série de outras sanções, essencialmente privativas ou restritivas de direitos e patrimoniais; (d) — Na medida em que ainda se usa a privação da liberdade, duas precauções essenciais se impõem. Para as penas curtas de privação da liberdade, medidas como a semiliberdade ou o fracionamento da pena (notadamente o "week-end" penal) deveriam ser utilizadas, procurando-se evitar todo contágio criminoso. Seria interessante mesmo considerar, ao lado (ou no lugar) da prisão estigmatizante, outras medidas de caráter paradisciplinar, análogas à prisão (simples ou rigorosa) do direito militar. Para as internações de longa duração, a "reforma penitenciária" moderna deve ser realizada cuidadosamente. A sanção consiste apenas *realmente* na perda da liberdade, e o preso conserva todos os seus direitos compatíveis com tal privação da liberdade. Sem impor qualquer tratamento de ressocialização, a reinserção social deve ser facilitada na medida do possível, com a previsão de contatos com o exterior e a vida extramuros; (e) — A sanção privativa da liberdade deverá se integrar num conjunto coerente de sanções (e não apenas numa simples enumeração ou numa justaposição de medidas heteróclitas), integrado num sistema refletido e coerente de política criminal. Esse sistema procurará, primeiramente, estabelecer uma estratégica diferenciada de reação anticriminal, segundo a importância ou a gravidade social das incriminações mantidas, tendo em conta as distinções entre criminalidade, comportamento desviado e marginalidade. Impõe-se assegurar utilmente a reparação do dano à vítima ou ao grupo social, podendo esta reparação, em certos casos, constituir a sanção principal. Esse regime de sanções não será eficaz senão quando for aceito pela opinião pública, inclusive por aqueles aos quais se aplicará, e na medida em que for acompanhado de um sistema de prevenção, relativo às condições econômico-sociais e às causas profundas da delinquência.

Na parte final do sétimo capítulo um novo parágrafo é acrescentado, sobre os desenvolvimentos posteriores aos congressos de 1971 e 1976 e as novas

perspectivas. Aqui o autor se pronuncia categoricamente sobre algumas questões fundamentais. A evolução recente mostrou o caráter sócio-político da criminalidade, a noção de “violência institucional”, a função da sociedade tecnológica (de produção e consumo) na criação e na estigmatização do comportamento desviado, a rejeição (ou, pelo menos, a superação) do estereótipo antigo do *delinqüente* e da periculosidade do sujeito, a necessidade de situar o autor do ato em seu meio político-econômico e de considerar o “fenômeno criminal” como sendo largamente o resultado de ações e reações e a necessidade, enfim, de ter em conta os processos de elaboração das medidas e das modalidades da reação social. É necessário mais do que nunca insistir no caráter social da nova linha de partida. Ela se inicia com a constatação de que a delinqüência é um *problema social* e parte também da necessidade de tomar em consideração, para avaliar o ato de seu autor, o contexto que o envolve, de modo que é menos o “sujeito delinqüente” que se encontra ao centro da análise do que “a sociedade estruturada de uma certa maneira, na qual ele vive”. A nova política criminal é uma política social, organizando uma verdadeira justiça social.

O capítulo VIII (“Reponse a quelques objections”) também aparece com o acréscimo de um novo parágrafo, no qual se consideram as novas críticas dos movimentos de direita e de esquerda, ou seja, as críticas derivadas da criminologia radical e das teorias de não-intervenção, bem como o reaparecimento de uma corrente autoritária de repressão legalista e expiatória.

Marc Ancel aqui sustenta que a nova Criminologia, mesmo em sua forma crítica, não é em si adversária das doutrinas de defesa social. Ao contrário, estas podem encontrar nas teses da estigmatização e do interacionismo, e mesmo da não-intervenção, objetos úteis de reflexão e inclusive ocasiões para renovação.

Respondendo às críticas que vêm da esquerda, o autor afirma que a defesa social recusa encerrar-se no dogma de uma ideologia política militante, e mais ainda, a se engajar numa ação (ou propaganda) política. E que é estritamente contra a verdade afirmar que a nova defesa social se faz serva do poder e que tenha desenvolvido a política do tratamento para melhor secundar as empresas ou melhor servir, se necessário marginalizando os que não pertencem à minoria dirigente. Sua ideologia é mesmo radicalmente oposta, pois se funda sobre o respeito e a proteção dos direitos humanos. Não se pode também dizer — acrescenta — que a nova defesa social tenha por escopo sustentar o *establishment* e que as medidas que ela propõe visam a consolidar o sistema, evitando os vícios mais aparentes. O que ocorre é que este movimento recusa o absoluto e se põe no terreno da política criminal. A política criminal, a menos que tenha de retomar os sonhos da Utopia, não pode senão partir do dado social atual. Não existe, salvo no abstrato, a política criminal da tábula rasa.

A última parte desse parágrafo considera a questão dos novos *realistas* para dizer que eles retornam aos tempos anteriores ao Positivismo e mesmo ao ano 1760, época anterior a Beccaria e à filosofia das luzes. Aproveita o

autor para manifestar-se contra a recente lei francesa, “Securité et Liberté”, que é expressão dessa corrente repressiva autoritária.

Esta terceira edição deste livro importante revela a grande vitalidade da doutrina de que constitui a obra fundamental. Pode dizer-se que ela constitui uma *mise au point*, sustentando-se com vantagem diante dos adversários. Sua proposição básica, como movimento de política criminal, vai abrindo caminhos entre os neoclássicos: a pena não se funda na retribuição nem tem qualquer outro fundamento metafísico. O avanço dessas idéias, mesmo na Alemanha, é um fato notável. Como lembra Roxin, na 4.^a edição do célebre “Tratado” de Maurach, do ano de 1971, se dizia que “a qualidade mais notável da pena retributiva é sua majestade desvinculada de quaisquer fins”. Ela deve ser aplicada — prosseguia Maurach — mesmo que falte a necessidade de prevenção, como justa retribuição da culpabilidade manifestada pelo fato. Na 5.^a edição, publicada em 1977, após a morte de Maurach, atualizada por seu discípulo Zipf, se diz que a idéia de retribuição não pode mais subsistir e que “a justificação da pena deriva da missão de proteção atribuída ao Estado”. Poderíamos também invocar o Projeto Alternativo, de 1966.

Incomoda aos penalistas neoclássicos, encastelados no bizantinismo de suas formulações teóricas, a campanha em prol da desjuridicização do crime e da pena. Mas é preciso que aqui nos entendamos. A nova defesa social é um movimento de política criminal. Não pretende substituir o direito penal que é necessariamente normativo e será a base de uma ciência jurídica indispensável. O que se reclama é a necessidade de ultrapassar a abordagem puramente jurídica do problema social da criminalidade, construindo um sistema que se baseie nas realidades concretas da vida e abandone as ficções.

A Nova Defesa Social continua conquistando adeptos. É uma pena que a tradução brasileira, recentemente aparecida tivesse por base a segunda edição. Nesta terceira edição, a doutrina se enriqueceu e se modernizou, atingindo um grau de acabamento formidável.

A obra é agora dedicada à memória de Karl Schlyter, Benigno di Tullio e Filippo Gramatica, “promotores esclarecidos, generosos e entusiastas de uma política criminal humanista”.

H.C.F.

COSTA JR. (Paulo José da) — GREGORI (Giorgio), *Direito Penal Ecológico*, São Paulo, Cetesb, 1981, 96 págs.

Obra sucinta e bem informada, que vem enriquecer a nossa escassa bibliografia sobre o tema. A matéria é estudada em seus aspectos de direito internacional e de tutela interna, com o exame da problemática relativa à objetividade jurídica e à responsabilidade penal. Os autores se detêm na análise da responsabilidade objetiva, adotada pelo direito anglo-americano,

e da questão da responsabilidade da pessoa jurídica, que vem abrindo caminhos no direito continental.

É extremamente restrita a tutela jurídico-penal, em nosso país, em tema de proteção ecológica. Os autores lamentavelmente não apresentam sugestões para futura alteração legislativa. No momento discute-se a necessidade e a conveniência de utilização do instrumental punitivo, ou das medidas de ordem puramente administrativa ou social. Parece certo, porém, que o direito penal terá sempre um papel a desempenhar em todo sistema de eficaz proteção do meio ambiente.

O pequeno livro de que damos notícia ajudará, sem dúvida, os estudiosos do tema, na busca de soluções.

H.C.F.

SAGARIN, Edward (ed.), *Criminology New Concerns*, Beverly Hills, Londres, Sage Publications, 1979.

O volume compreende vários estudos elaborados por destacados criminologistas, membros da American Society of Criminology, e pretende refletir as preocupações dos especialistas, nesta época de grande incidência de crime, e as tendências da Criminologia de nosso tempo. A obra é dedicada à memória de Hans Mattick, que faleceu enquanto se preparava o volume. Vários dos trabalhos aqui incluídos apareceram anteriormente na revista oficial da ASC, *Criminology An Interdisciplinary Journal* (vol. 16, n.º 2, agosto de 1978).

A Criminologia clássica falhou, é inegável, em suas proposições fundamentais. Procurava-se uma explicação causal para o fenômeno da criminalidade, e apesar da formulação de inúmeras teorias, não se conseguiu, até o presente, indicar qualquer causa do crime que tenha sido verificada empiricamente. Abandonando-se a pesquisa causal fala-se em correlações e determinações. O modelo do tratamento penitenciário também falhou por completo, tendo-se em vista as altas taxas de reincidência. Como notou Radzinowicz, a falência da Criminologia e da justiça criminal demonstra-se com o fato de que existe hoje nos Estados Unidos mais pessoas encarceradas do que em qualquer outro país; nos Estados Unidos existe hoje a maior população penitenciária de sua história; a reincidência se verifica à razão de 60-70%; não há qualquer prova de que a punição seja solução para o problema, ou de que a prevenção efetivamente funcione; não existe uma teoria do comportamento, na Criminologia, capaz de resistir a minuciosa verificação.

Esse estado de coisas conduziu ao ceticismo, com a conclusão de que nada funciona (Martinson, "nothing works"). E fez surgir os novos "realistas", que advogam a adoção de uma nova filosofia penal, na qual se expressa bem o pensamento conservador e reacionário que normalmente inspira os governantes. Reclama-se assim, o abandono do tratamento em favor da punição.

É a teoria do justo merecimento ("just desert"). Os criminosos devem receber o que merecem. A severidade da sanção deve ser compatível com o mal praticado. O sistema punitivo do Estado baseia-se na justiça, que reclama o justo castigo.

Em consequência da nova filosofia, abandona-se o falido sistema das penas indeterminadas, em favor das penas fixas. Ao direito ao tratamento junta-se, um direito de não ser tratado, abandonando-se a terapia coercitiva em favor do reconhecimento dos direitos dos presos.

Vários dos ensaios aqui reunidos ocupam-se dessa problemática. Assim, Marvin E. Wolfgang escreve sobre "Mudança e Estabilidade na Justiça Criminal" e Walter C. Reckless e Harry E. Allen escrevem sobre "O desenvolvimento de uma política nacional do crime: o impacto da política sobre o crime na América". Estes últimos autores afirmam que o pensamento de direita domina hoje a matéria nos Estados Unidos.

Uma posição liberal defende os seguintes princípios: 1. O crime resulta das circunstâncias sociais, que os governos podem melhorar; 2. Os delinquentes cometem crimes em virtude de fatores sociais, tais como a pobreza, falta de educação ou racismo, por exemplo; 3. Cumpre combater a pobreza, não o crime, que é um sintoma do problema; 4. É essencial eliminar favelas e lugares de concentração de pessoas discriminadas e melhorar as cidades do interior; 5. Os governos devem proporcionar empregos e oportunidades; 6. O crime e a justiça é que devem ter ênfase, não a lei e a ordem; 7. Deve-se promover tratamento equitativo através da ordem social; 8. Não pode o crime ser controlado pelo aumento da efetividade e eficiência do sistema de justiça criminal; 9. É desejável advogar e implementar táticas e programas, tais como o controle de armas, descriminalização de crimes sem vítimas; sistema correccional baseado na comunidade, prisão-albergue e contratos de livramento condicional; 10. Deve-se perseguir a realização da justiça distributiva.

A essa posição liberal contrapõe-se a conservadora que se baseia na retribuição e no princípio do justo merecimento, que inclui, entre outros, os seguintes pontos: 1. Devemos ter lei e ordem, não crime; 2. As decisões liberais da Corte Suprema manietaram o sistema repressivo, acostumaram mal os delinquentes e levam a perder de vista às vítimas; 3. Os delinquentes deveriam ter presunção de culpa; 4. A punição previne a criminalidade de outros e a do próprio delinquente; 5. Devem-se advogar e implementar as seguintes medidas: (a) verificação eletrônica e gravação de conversas; (b) prisão preventiva; (c) pena de morte; (d) autorização para buscas sem mandato; (e) oposição ao controle de armas; (f) aumento do número de policiais; (g) eliminação da fiança para traficantes de heroína e vendedores de outras drogas pesadas; (h) abolição do livramento condicional e restrições ao sistema correccional baseado na comunidade; sentenças obrigatórias, inclusive, condenação mínima para o uso de arma na prática de crime, repetição de crimes de violência e venda de heroína. Sentenças de morte obrigatórias para terroristas políticos, traição relacionada com a guerra, sabotagem, apodera-

mento ilícito de aeronaves com resultado morte, colocação de bombas em edifícios públicos, homicídio de policial no cumprimento do dever ou de guarda prisional por interno; homicídio mediante paga.

O pensamento conservador, diante da falência do sistema repressivo clássico, está hoje em pleno domínio, como se demonstra tão bem no último número de *Crime and Social Justice* (n.º 15, "Law and order in the 1980's. The rise of the right"). Diante desse fenômeno, a criminologia tradicional produz novos "realistas", mas nada tem a oferecer. O conjunto de trabalhos reunidos neste volume revela bem a impotência e a falta de imaginação dos criminólogos positivistas.

H.C.F.

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

I — DIREITO PENAL

- ALMEIDA SALLES JR. (Romeu), *Lesões Corporais (Doutrina, Comentários, Jurisprudência e Prática)*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981.
- ARAUJO JR. (João Marcelo), *Delitos de Trânsito*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- BARROS (Orlando Mara), *Dicionário de classificação de crimes*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1981.
- BETTIOL (G.) e outros, *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, La Questione Criminale, n.º 1, 1981, Bolonha, Società Ed. Il Mulino.
- CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I. Introducción. Teoría Jurídica del delito 1*, Madri, Editorial Tecnos, 1981 (2.ª edição).
- CHIOSSONE (Tulio), *Contribución a la reforma de la ley penal en Venezuela*, Caracas, Instituto de Ciências Penales y Criminológicas, 1979.
- CONTEMPORARY DEVELOPMENTS IN THE DEFINITION AND PUNISHMENT OF SEX OFFENCES, Documentos do Colóquio internacional organizado pelo Grupo sueco da AIDP, em Estocolmo, em maio de 1978, Toulouse, Eres, 1981.
- COSTA JR. (Paulo José da), GREGORI (Giorgio), *Direito Penal Ecológico*, São Paulo, Cetesb, 1981.
- DELMANTO (Celso), *Código Penal Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1981 (2.ª ed.).
- DELMANTO (Celso), *Código Penal e Legislação Complementar*, São Paulo, Saraiva, 1981.
- ESTRADIZIONE E SPAZIO GIURIDICO EUROPEO, Consiglio Superiore della magistratura, Roma, Jasillo, 1981.
- FRAGOSO (Heleno C.), *Lições de Direito Penal, Parte Especial* (Arts. 121 a 160 CP), Rio de Janeiro, Forense, 1981 (6.ª edição).
- FRAGOSO (Heleno C.), *Lições de Direito Penal, Parte Especial* (Arts. 213 a 359 CP), Rio de Janeiro, Forense, 1981 (3.ª edição).

- GASSIN (Raymond), *La liberté individuelle devant le Droit Pénal*, Paris, Si-
rey, 1980.
- GIMBERNAT ORDEIG (Enrique), *Estudios de Derecho Penal*, Madri, Editó-
rial Civitas, 1981 (2.^a edição).
- GIUSTINA (Vasco della), *O crime continuado*, Porto Alegre, Síntese, 1981.
- GUSMÃO (Chrysolito de), *Dos crimes sexuais*, Rio de Janeiro, São Paulo,
Freitas Bastos, 1981 (5.^a edição).
- HASSEMER (Raimund), *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdog-
matik, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263
StGB*, Berlim — Munique, Duncker & Humblot, 1981.
- HUNGRIA (Nelson), LACERDA (Romão Côrtes) e FRAGOSO (Heleno), *Co-
mentários ao Código Penal*, vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense.
- JESUS (Damásio E. de), *Questões criminais*, São Paulo, Saraiva, 1981.
- JESCHECK (Hans-Heinrich), *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Ber-
lim — Munique, Duncker & Humblot, 1980.
- II JORNADAS ITALO-FRANCO-LUSO-ESPAÑOLAS, INTERRUPCIÓN VOLUN-
TARIA DEL EMBARAZO. RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA, Avila,
Alcala de Henaves, 1981.
- LEIRIA (Antonio José Fabrício), *Teoria e aplicação da lei penal*, São Paulo,
Revista dos Tribunais, 1981.
- MEDEIROS DA SILVA (Jorge), *Direito Penal Especial*, São Paulo, Saraiva,
1981.
- MÜLLER (Bernd), *Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Masse-
regeln der Besserung und Sicherung*, Berlim — Munique, Duncker & Hum-
blot, 1981.
- NUVOLONE (Pietro), *O sistema de direito penal*, vol. I, São Paulo, Revista
dos Tribunais, 1981.
- PEREIRA DOS SANTOS (Gerson), *Direito Penal Econômico*, São Paulo, Sa-
raiva, 1981.
- REPORT ON DECRIMINALIZATION, European Committee on Crime Problems,
Estrasburgo, Council of Europe, 1980.
- RODRIGUES (J. M.), *Derecho Penal Español*, Madri, Carasa, 1981 (8.^a edição).
- ROXIN (Claus), *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, tradução de
Francisco Muñoz Conde, Madri, Reus 1981.
- ROXIN (Claus), *Iniciación al Derecho Penal de hoy*, tradução de Francisco
Muñoz Conde e Diego Manuel Luzón Peña, Sevilha, Universidade de Se-
vilha, 1981.
- SANTOS (Gerson Pereira dos), *Direito Penal Econômico*, São Paulo, Sarai-
va, 1981.
- SERRANO NEVES, *A tutela penal da solidão*, Rio de Janeiro, Edições Traba-
listas, 1981.

- SILVEIRA (Alipio), *Prisão-Albergue e regime semi-aberto*, Legislação, Dou-
trina e Jurisprudência, São Paulo, BrasiliVros, 1981 (2 volumes).
- STILE (A.) (ed.), *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del
codice penale*, Nápoles, Jovene Editore, 1981.
- SZNICK (Valdir), *Entorpecentes*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981.
- TERRADILHOS (Juan), *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madri, Akal
Editor, 1981.
- ZAFFARONI (R.E.), PIERANGELLI (J.H.), *Da tentativa*, Bauru, Jalovi, 1981.
- ZAFFARONI (R.E.), *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, vol. II, Buenos
Aires, EDIAR, 1981.

II — PROCESSO PENAL

- BEDRAN (M.J.), *Manual de Prática Penal*, São Paulo, Sugestões Literárias,
1981.
- BRITO ALVES, *O "habeas corpus" na jurisprudência*, São Paulo, Sugestões
Literárias, 1981.
- CASTELO BRANCO (Vitorino Prata), *Como se faz uma defesa criminal*, São
Paulo, Sugestões Literárias, 1981 (9.^a edição).
- CORDEIRO (Franco), *Procedura penale*, Milão, Giuffrè, 1979.
- ELLERSIEK (Dirk), *Die Beschwerde im Strafprozess*, Berlim — Munique,
Duncker & Humblot, 1981.
- LANDRY (Michel), *O psiquiatra no tribunal. O processo da perícia psiquiá-
trica em justiça penal*, tradução de Jurema Franco Camargo, São Paulo,
Pioneira/EDUSP, 1981.
- MEIRELES CÂMARA (João), *No Plenário do Júri*, São Paulo, Saraiva, 1981.
- MENEZES DORIA (Kleber), *Direito processual penal para exame de ordem*,
São Paulo, Rev. Tribunais, 1981.
- THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GER-
MANY, Documentos da Conferência realizada em Chicago, em 12 de abril
de 1980, sob o patrocínio do grupo americano da AIDP, do Instituto
Goethe e da Faculdade de Direito da Universidade de Paul, Toulouse, Eres,
1981.

III — CRIMINOLOGIA

- ANIYAR DE CASTRO (Lola), *Conocimiento y orden social: criminologia
como legitimación y Criminologia de la liberación*, Instituto de Crimino-
logia, Universidade del Zulia, Maracaibo, 1981.
- BOWKER (Lec H.), *Prison Victimization*, Nova York e Amsterdã, 1980.
- GÓMEZ (Luis), *Violencia política en Venezuela. El caso de los años 60*, Insti-
tuto de Criminologia, Universidade del Zulia, Maracaibo, 1981.

- HELLMER (Joachim), *Beiträge zur Kriminalgeographie*, Berlin — Munique, Duncker & Humblot, 1981.
- LOCKWOOD (Daniel), *Prison sexual violence*. Amsterdã, Elsevier, 1980.
- TUBENCHLAK (James), *Crise Social e Delinquência*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981.
- WOLFGANG (Marvin), FIGLIO (Robert M.); THORNBERRY (Terrence P.), *Evaluating Criminology*, Amsterdã, Elsevier, 1980.

IV — PERIÓDICOS

- Deviance et Société*, vol. V, ns. 1, 2 e 3 (1981), Éditions médecine et hygiène, Genebra.
- Doctrina Penal*, n.º 15 (Julio-Septiembre 1981).
- La Questione Criminale*, n.º 2/3 (1980), Società Editrice Il Mulino, Bolonha.
- Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, n.º 4 (1981), Cali, Colômbia.
- Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, Ano XVII n.º 41 (Jul-Dez 1980).
- Revista de Derecho Penal*, n.º 3, nov. 1981, Montevideo, Uruguai.
- Revista de Polícia*, Associação das Autoridades Policiais do Estado do Rio de Janeiro, n.º 3 (Jul-Dez 1981).
- Revue Internationale de Droit Pénal*, 1980 ns. 3/4, Editions Eres (Toulouse).
- The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University School of Law, vol. 72, n.º 1 (1981).

V — DIVERSOS

- Amnesty International Report — *Prisoners of conscience in the URSS: their treatment and conditions*, Londres, 1980.
- PEYREFITTE (Alain), *Le chevaux du lac Ladoga, La justice entre feu et glace*, Paris, Plon, 1981.
- SVENSSON (Arne), WENDEL (Otto), FISHER (Barry), *Techniques of crime scene investigation*, Nova York, Elsevier (3.ª edição).
- XAVIER FILHO (Ernesto Freitas), *Manual de Perícias Médico-Legais*, Porto Alegre, Síntese, 1980.

LEIS E PROJETOS

LEI N.º 6.898, DE 30 DE MARÇO DE 1981

Altera o art. 242 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º — O art. 242 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 242 — Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena — reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único — Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena — detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”.

Art. 2.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 30 de março de 1981; 160.º da Independência e 93.º da República.

(Publicada no D.O. de 1.4.81.)

LEI N.º 6.900, DE 14 DE ABRIL DE 1981

Acrescenta parágrafo único do art. 20 do Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º — Acrescente-se ao art. 20 do Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, o seguinte parágrafo:

“Art. 20 —

Parágrafo único — Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior.”

Art. 2.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 14 de abril de 1981; 160.º da Independência e 93.º da República.

(Publicado no D.O. de 15.04.81.)

LEI N.º 6.910, DE 27 DE MAIO DE 1981

Restringe a aplicação do disposto no art. 2.º da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2.º, do Decreto-lei n.º 157, de 10 de fevereiro de 1967, e revoga o Decreto-lei n.º 1.650, de 19 de dezembro de 1978.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º — O disposto no art. 2.º da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2.º, do Decreto-lei n.º 157, de 10 de fevereiro de 1967, não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 334 do Código Penal.

Art. 2.º — É revogado o Decreto-lei n.º 1.650, de 19 de dezembro de 1978.

Art. 3.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 27 de maio de 1981; 160.º da Independência e 93.º da República.

(Publicada no D.O. de 28.5.81.)

LEI N.º 441, DE 26 DE JUNHO DE 1981

Disciplina, no âmbito do Estado, a aplicação e a concessão de medidas explicitadas na Lei federal n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais, dando providências correlatas.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º — O regime de prisão-albergue previsto no art. 30, § 6.º, inciso II, do Código Penal, poderá ser cumprido, mediante autorização do Juiz das

Execuções Criminais, em casa de albergado ou na residência do sentenciado.

Parágrafo único — Esta concessão não poderá ser outorgada ao sentenciado perigoso que não tenha revelado durante o tempo anterior do cumprimento da pena inequívoca mostra de reajustamento social.

Art. 2.º — O sentenciado no desempenho do regime albergue é obrigado a respeitar as seguintes normas de conduta:

I — observar todos os deveres inerentes à sua condição;

II — cumprir todas as obrigações impostas pelo Juiz na sentença concessiva;

III — proceder sempre com disciplina e urbanidade;

IV — não se desviar, por qualquer motivo, do trajeto entre a casa onde se encontra albergado e o local onde exerça atividade;

V — observar o horário de regresso à casa onde se encontra albergado;

VI — não freqüentar bares, restaurantes ou estabelecimentos similares;

VII — não participar de aglomeração na via pública;

VIII — não servir de intermediário ou portador para qualquer pretensão ou solicitação de outro preso;

IX — não realizar transação ou negócios de qualquer espécie;

X — não participar de divulgação jornalística ou publicitária.

Art. 3.º — O regime instituído nesta lei será suspenso ou revogado a critério do juiz quando o sentenciado:

I — infringir qualquer das normas de conduta previstas no artigo anterior;

II — passar a oferecer risco para a execução da pena ou de medida de segurança detentiva;

III — revelar manifesta inaptidão para o exercício da concessão;

IV — evidenciar desinteresse ou ausência de proveito no desempenho da concessão.

Art. 4.º — Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário especialmente as contidas na Lei n.º 175, de 09 de dezembro de 1977.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1981.

(Publicada no D.O. RJ de 29.6.81.)

MENSAGEM N.º 18, DE 1981-CN

Envolve a proposta de Lei n.º 4, de 1981-CN, que restringe a aplicação do artigo 2.º, da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, e o artigo 18, § 2.º, do Decreto-lei n.º 157, de 10 de fevereiro de 1967, e revoga o Decreto-lei n.º 1.650, de 19 de dezembro de 1978.

Relatores: Prof. Nilo Batista — Prof. Alexandre Moura Dumans

O Projeto de lei n.º 4/81, proposto pelo Poder Executivo, acompanhado de sintética exposição de motivos do Ministro de Estado da Justiça, constitui uma reiterada tentativa de impedir a aplicação do art. 2.º, da Lei 4.729/65, e do art. 18, § 2.º, do Decreto-lei 157/67, aos crimes de contrabando e descaminho, previstos no art. 334 do Código Penal.

A iniciativa precedente foi a edição do Decreto-lei 1.650/78, que expressamente afastava os crimes de contrabando e descaminho da área de aplicação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes de ação penal, prevista no art. 2.º, da Lei 4.729/65 e no art. 18, § 2.º, do Decreto-lei 157/67; especialmente quando este último compreende a possibilidade de aplicação do benefício não apenas aos crimes de sonegação fiscal; mas também, na expressão da lei, “em relação à imputação penal, de natureza diversa da Lei 4.729, de 14 de julho de 1965”.

O referido Decreto-lei 1.650/78 teve sua inconstitucionalidade declarada através do *habeas corpus* 4.648, julgado pelo TFR em 15 de maio de 1980. A arguição de inconstitucionalidade foi julgada procedente com fundamento na falta de legitimidade legislativa do Poder Executivo em matéria de direito penal. Tal circunstância já havia sido anteriormente proclamada pelos estudiosos da matéria, como se nota no artigo “Da Inconstitucionalidade do Decreto-lei 1.650/78”, de Celso Delmanto, cuja conclusão bem reflete tal entendimento: “*Parece-nos, assim, que o Decreto-lei 1.650/78 é ineficaz, pois carrega o vício da inconstitucionalidade em razão da matéria. Apesar do suporte invocado para editá-lo, a substância nele tratada é penal e só o Congresso Nacional pode legislar a propósito dela*” (Revista de Direito Penal, n.º 27, p. 64).

Vê-se, pois, que o objetivo da presente proposta legislativa é o mesmo do Decreto-lei 1.650/78: estabelecer uma restrição legal ao art. 2.º e ao art. 18, § 2.º, da Lei 4.729/65 e do Decreto-lei 157/67, desconsiderando o pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade nos casos de contrabando e descaminho.

A exposição de motivos do Projeto de lei n.º 4/81-CN, ao escopo de justificar a restrição, assim sustenta: “*Quis o Governo pôr um paradeiro definitivo a situações incompatíveis com o estágio de nossa evolução jurídica, social, econômica e moral, onde contrabandistas pagam em dinheiro o cumprimento de uma pena de reclusão estabelecida pelo art. 334 do Código Penal?*”.

Há nesta colocação uma simplificação deformadora, que ignora a existência — contra a qual ninguém nunca se insurgiu — da mesma causa de extinção de punibilidade (pagamento dos tributos) para os crimes de sonegação fiscal.

Não se compreende porque o “*estágio de nossa evolução jurídica, social, econômica e moral*” — para usar expressões da exposição de motivos — é

compatível com a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, quando um empresário pratica vultosa sonegação fiscal, e é incompatível com a mesma solução, se um cidadão lesa o fisco ao contrabandear um aparelho de som. Parece que se menospreza a equidade, quando se pretende que a extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo beneficie restritamente o crime de sonegação fiscal, e seja inaplicável ao crime de descaminho, que é da sua mesma espécie (fraude fiscal), e tem a mesma objetividade jurídica: salvaguardar os interesses do erário público (cf. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições*, PE, Forense/81, p. 482, e Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, Forense/1959, p. 435).

Daí concluir Heleno Cláudio Fragoso, ao abordar a questão: “*O descaminho é crime de sonegação fiscal, e é bem orientada a decisão que lhe estende a causa de extinção de punibilidade prevista para os crimes de sonegação fiscal, ou seja, o pagamento dos tributos devidos*” (“Jurisprudência Criminal”, RJ/1973, p. 110).

Diante disso, parece bastante acertada a orientação consagrada na Súmula 560 do Supremo Tribunal Federal ao fixar que: “*A extinção da punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2.º, do Decreto-lei 157/67*”.

A Súmula 560 estabeleceu um regime paritário para crimes da mesma espécie, atendendo, com isso, ao princípio geral de equidade, que tanto importa na boa distribuição de justiça.

Para contrabandistas profissionais, que aparentemente constituem a preocupação governamental, existe o crime de quadrilha ou bando, para o qual o pagamento dos tributos não tem qualquer efeito extintivo de punibilidade.

Rio de Janeiro, 23 de abril de 1981.

Nota da redação: O projeto transformou-se na Lei n.º 6.910, de 27 de maio de 1981, publicada no D.O. de 28 de maio de 1981, cuja íntegra publicamos nesta edição. Como consequência, perdeu validade a Súmula número 560 do STF.