

N.º 34 / JULHO - DEZEMBRO / 1982

REVISTA DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

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

Diretor: Prof. Heleno Cláudio Fragoso
Redator-Chefe: Prof. Nilo Batista
Secretário: Prof. Arthur Lavigne

FORENSE / RIO DE JANEIRO

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

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

Nº 130 /P

Revista de direito penal e criminologia. 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)

Proibida a reprodução total ou parcial bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor. (Lei n.º 5.988, de 14.12.73.)

Reservados os direitos de edição e distribuição deste número pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE
Av. Erasmo Braga, 299 - 1º, 2º e 7º andares - 20020 - Rio de Janeiro - RJ
Largo de São Francisco, 20 - loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

EDITORIAL

Registramos, neste número, com imenso pesar, o desaparecimento de nosso grande mestre Roberto Lyra, que inspirou o surgimento desta revista. Ele foi uma das figuras exponenciais de nossa cultura jurídica, e sua morte nos traz a sensação de perda irreparável. Publicamos, a propósito, manifestação expressiva do professor Roberto Lyra Filho.

Na parte de doutrina inserimos neste número um notável estudo do professor Jorge de Figueiredo Dias sobre o novo CP português. O autor, de quem temos publicado outros trabalhos, é catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e neste estudo realiza penetrante análise do CP que acaba de ser promulgado.

Publicamos, por igual, com imenso prazer, um estudo da professora Anabela Miranda Rodrigues sobre a reinserção social, focalizando com mestria uma questão difícil e debatida, a idéia hoje em crise da recuperação social do delinquente. A autora também leciona na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Ainda nessa seção, o leitor encontrará três outros importantes trabalhos, o do professor Nilo Batista, sobre a lei de segurança nacional, o da professora Wanda Capeller (da Faculdade de Direito da PUC do Rio de Janeiro), sobre aspectos ideológicos do controle social, e o da professora Lola Aniyar de Castro, sobre a evolução da teoria criminológica.

Na parte relativa a comentários e atualidades, aparece o estudo do professor Fernando Whitaker da Cunha da Faculdade de Direito da UERJ, sobre direito penal do trabalho, bem como interessante trabalho de Celso Delmanto, sobre o casamento como causa de aumento de pena, nos crimes contra os costumes.

Em comentários de jurisprudência publicamos diversas notas sobre temas importantes que têm sido objeto de decisão judicial.

H. C. F.

ROBERTO LYRA

(19.5.1902 — 28.10.1982)

Roberto Lyra parte, e não se ausenta. O que desaparece, com a voz, o gesto, a dinâmica das atitudes, é preservado na memória dos que sobrevivem, por algum tempo.

Cada qual entretém suas imagens e lembranças, onde se misturam as contradições de retratistas e modelo. Nem admira que assim seja. Uma vida, uma evolução desenharam o seu movimento, que mal e mal se reflete no espelho subjetivo de quantos entrecruzaram, com a dele, as suas próprias existências. Qualquer ponto de vista segue o padrão dos relacionamentos pessoais. Alguns bordejam, mais ou menos longamente, a vida pública. Recolhem outros o perfil doméstico, pela superfície ou na vertigem das profundidades.

Falta a síntese objetiva, para a qual carecemos da perspectiva histórica.

Sem dúvida, Roberto Lyra tinha muita grandeza, muito amor à terra, ao povo, muita confiança no futuro, muito vigor combativo, muita fome de Justiça e Liberdade, muito exata consciência de que estas só se realizam através de dramáticas lutas sociais.

Que importa, neste momento, análise fria, niveladora, descarada? Ele mesmo encerrava tantos impulsos diversos!

No ateu, persistia a religiosidade, que acabou recebendo, no leito de hospital, a absolvição católica dum franciscano.

No socialista, mesclavam-se inspirações heterogêneas, de Augusto Comte e Karl Marx, para aspirar ao socialismo, de tônica nacional e antiautoritária.

No defensor do divórcio, da igualdade jurídica dos cônjuges e da independência da prole, remanesciam temperamento e hábitos de patriarca.

No sociólogo, aberto às transformações de costumes, incrustava-se um puritano, exprobandando as larguezas da permissividade.

No patrono do operário, existia, consciente, um pequeno burguês, que Marx entenderia, como entendeu Proudhon: "É a contradição social dinamizada, que traz no âmago do ser, mas tem o mérito de constituir-se no intérprete científico da pequena burguesia, mérito real, pois ela será parte integrante de todas as revoluções em gestação."

Dom Quixote com vistas a mundos novos; um lutador, da tradição retórica, nas invectivas contra a opressão presente; sonhador realista, de utopias racionais e factíveis, numa República dos trabalhadores — que pletora! Que arremesso vulcânico de lavas ardentes! O magma forte queima-nos a mão, ainda há pouco entrelaçada à mão paterna. Arrebatado, múltiplo, fecundo, é assim mesmo que o revemos, de olhos molhados, à beira do seu despojo físico.

Não sacrificaremos um só traço, pois em tudo nós o amamos, com saudade. O homem extraordinário também é composto de força e de fraqueza, de acertos e de equívocos, de claridade e sombras. Hegel dizia: “A luz, afirmam, é ausência de trevas, mas na pura luz se vê tão pouco quanto na pura escuridão.”

As antecipações são arriscadas e, todavia, apostamos que, do seu pensamento, das palavras recolhidas, ficarão, a exemplo destas, muitas máximas eternas: “Com o povo asfixiado e espoliado, não há democracia; com distância e abismos sociais, não existe unidade; com dependência económica, não há soberania; com a exploração do homem pelo homem, não há Justiça, nem Paz.”

ROBERTO LYRA FILHO

DOCTRINA

AS TENDÊNCIAS RECENTES DA POLÍTICA CRIMINAL E O NOVO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 1982

Jorge de Figueiredo Dias *

Em 1.º de janeiro de 1983 entrou em vigor um novo Código Penal português (Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro). Baseia-se ele estreitamente nos projetos elaborados por EDUARDO CORREIA em 1963 e 1966¹ e, por conseguinte, num tempo em que mal se esboçava ainda o movimento atual de renovação da política criminal. Decerto, aqueles projetos foram sucessivamente reformulados,² por comissões sempre presididas pelo Autor do projeto e em que eu próprio participei. Mas por isso julgo-me em posição de afirmar que as grandes propostas político-criminais que presidiam aos projetos iniciais em nada foram substancialmente modificadas, antes sim pontualmente reforçadas e aperfeiçoadas. Põe-se deste modo a questão de saber se tais propostas — que, quando formuladas pela primeira vez, se si-

* Professor catedrático de direito e processo penal na Faculdade de Direito de Coimbra. O presente artigo representa um alargamento das considerações que produzi, quando do 5.º Colóquio Internacional da *Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire*, que se reuniu em Siracusa em fevereiro de 1982 e teve por tema “As Novas Tendências da Política Criminal”. Uma versão francesa deste texto será publicada em Paris, no n.º 6 dos *Archives de politique criminelle*. As notas de pé-de-página visam somente, na sua maior parte, informar — e mesmo assim de forma fragmentária — sobre a doutrina jurídico-penal portuguesa mais recente.

¹ E. CORREIA, *Código Penal. Projecto da Parte Geral*, Lisboa, 1963 e *Código Penal. Projecto da Parte Especial*, Lisboa, 1966.

² Nomeadamente em 1964, 1965, 1972, 1979 e 1982. Os trabalhos de revisão nem sempre foram publicados. Mas cf., em todo o caso, *Actas da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, 2 vols., Lisboa, 1965; *Código Penal, Projecto da Parte Geral*, 1.ª Revisão Ministerial, Lisboa, 1966; *Projecto de Proposta de Lei n.º 9/X, relativo às Bases da Reforma Penal, in Actas da Câmara Corporativa de 5.4.1972*, p. 1463 e ss.; *Proposta de Lei n.º 117/I — Revisão do Código Penal (Parte Geral), in Diário da Assembleia da República de 28.7.1977*, suplemento ao n.º 136; *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial*, Lisboa, 1979; “Código Penal, Parte Especial”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 291, 1979; *Proposta de Lei n.º 100/II (Código Penal), in Diário da Assembleia da República, Série II, n.º 94, de 22.5.1982*.

tuavam, no dizer de PIERRE CANAT, "à la pointe même du progrès" nesta matéria³ — se devem ainda hoje considerar tão vivas como outrora e adequadas às novas tendências de política criminal que me parece desenharem-se.

I. 1. A primeira das novas tendências político-criminais que julgo dever individualizar respeita ao *quê* da punibilidade, à sua extensão e aos seus limites e, deste modo, mesmo ao cerne dos temas eternos da função do direito penal e da definição do comportamento criminal. Uma política criminal válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus específicos instrumentos de atuação — as penas e as medidas de segurança — ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem.⁴

Isto corresponde à introdução nesta temática de um ponto de vista puramente racional: à sua luz, função do direito penal só pode ser a proteção de *bens jurídicos*, não a decisão de controvérsias morais ou a tutela de uma qualquer moral.⁵ Mas isto assente, falta ainda decidir se o "bem jurídico" surge como noção imanente ao sistema ou, ao contrário, como noção transcendente àquele e, portanto, como seu padrão crítico. Se se quer tornar a noção político-criminalmente útil, só é possível este último caminho. Mas como há de ela ganhar então a indispensável materialidade e concreção? Respondo: se, num Estado de Direito material, toda a atividade estadual se submete à Constituição, então também a ordem dos bens jurídicos há de constituir uma ordenação axiológica *como aquela que preside à Constituição*. Entre as duas ordenações há de pois verificar-se uma relação, que não é por certo de identidade ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência

³ P. CANNAT, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1966, p. 294. A mais ampla consideração, fora de Portugal, dos propósitos político-criminais de reforma do direito penal português encontra-se no estudo fundamental de P. HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik im Portugal*, Bonn, 1971, p. 253 e ss.

⁴ Isto mesmo tenho procurado acentuar em vários dos meus trabalhos e, por último, em "Sobre o Papel do Direito Penal na Proteção do Ambiente", *Revista de Direito e Economia* 4 (1978), p. 8 e ss.; cf. já também E. CORREIA, *Direito Criminal* (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), I, Coimbra; Almeida, 1963, p. 28.

⁵ O tema — que concita desde há alguns anos a esta parte o renovado interesse da doutrina jurídico-penal de vários países — foi aprofundadamente debatido, em data recente, no "Seminario di Siracusa su 'Bene giuridico e riforma della parte speciale'": v. uma referência, por exemplo, em *L'Indice penale* 15 (1981), p. 789. No sentido do texto já eu me pronunciava em *A Reforma do Direito Penal Português. Princípios e Orientações Fundamentais*, Coimbra, 1971, p. 11 e s. e 39 e ss. Cf. agora também F. ASSIS TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 6 e ss.

de sentido. Relação esta que permitirá afirmar que a ordem dos valores jurídico-constitucionais constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado.⁶ Como de resto, hoje é conclusão obrigatória na ordem jurídica portuguesa, por isso que é o próprio art. 18, n.º 2, da Constituição (na versão resultante da sua 1.ª Revisão, de 30 de setembro de 1982) a afirmar que a restrição de direitos, liberdades e garantias — em que sempre se traduz a criminalização de um certo fato e a ameaça da sua prática com uma pena — devem "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

Daqui derivam algumas consequências fundamentais. Em primeiro lugar, a "necessidade social" torna-se em critério decisivo da intervenção do direito penal: este, para além de dever limitar-se à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como *ultima ratio* da política social. Onde possam ser considerados suficientes meios não criminais de política social, a pena e a medida de segurança criminais não devem intervir. Em segundo lugar, torna-se imperioso a partir daqui o cumprimento de todo um programa de descriminalização: quer relativamente a condutas que não violem bens jurídicos claramente individualizáveis — e por mais imorais, pecaminosas, e sociais ou politicamente nocivas que elas se apresentem —, quer relativamente a condutas que, violando um bem jurídico, podem ser suficientemente controladas ou contrariadas por meios não criminais de política social.⁷ Em terceiro lugar, fica assim o caminho aberto ao reconhecimento de uma distinção material — com importantes reflexos dogmáticos e sistemáticos — entre o direito penal clássico, ou de justiça, e o direito penal especial, de caráter administrativo ou econômico-social. Num como no outro está em causa a lesão de bens jurídicos e, portanto, de uma ordem legal análoga à ordem axiológica constitucional. Somente os bens jurídicos do direito penal de justiça re-

⁶ Este ponto foi, na doutrina alemã, muito exatamente colocado em evidência por W. SAX, "Grundsätze der Strafrechtspflege", in: BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHNEIDER, *Die Grundrechte*, II-2, Berlin, 1959, p. 911. Os seus desenvolvimentos, no mesmo sentido do texto, encontram-se no meu artigo "Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário", *Estudos em Homenagem ao Prof. Cavaleiro de Ferreira*, I, Lisboa, 1982.

⁷ Idéias que procurei em alguma medida pormenorizar no meu "Lei Criminal e Controle da Criminalidade", *Revista da Ordem dos Advogados* 36 (1976), p. 69. Sobre o seu curso na ciência penal brasileira cf. A. MUNHOZ NETTO, "Aníbal Bruno e a Reforma Penal", in *A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 152 e ss.; E. CUNHA LUNA, "Descriminalização", *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, vol. 24, 1977; NILO BATISTA, "Algumas Palavras Sobre Descriminalização", *Revista de Direito Penal*, n.ºs 13-14, 1974; R. ARIEL DOTTI, "Descriminalização e Criminalização. Duas Tendências no Âmbito da Reforma", *Revista Forense*, n.º 271, 1979, n.º 9, e *Bases e Alternativas para o Sistema das Penas*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 189 e ss.

lacionam-se com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem *como tal*, enquanto os do direito penal especial se relacionam com a atuação da personalidade do homem *como 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 econômica contidos na Constituição.⁸

Fica assim, ao que creio, justificada no essencial a tendência político-criminal que comecei por referir. Sem no entanto dever esquecer-se que a determinação da extensão e dos limites do punível não haverá de depender só daquilo que se considere a *essência* do comportamento criminal, mas também da *definição* que deste comportamento é feita pelas instâncias de controle social. A criminalidade — como revelou a perspectiva criminológica interacionista ou do *labeling approach* e mesmo, de uma maneira mais geral, toda a “criminologia crítica” — não constitui só, ou nem tanto, uma qualidade do ato que se comete, mas é também, e às vezes sobretudo, consequência do estigma derivado da criação e aplicação, por outras pessoas, de regras e de sanções à pessoa do criminoso.⁹ Daqui deriva uma certa “normalidade” e “ubiquidade” do comportamento criminal, que não pode deixar de ser tomada em conta na determinação dos limites *reais* da punibilidade: o crime não é afinal algo de previamente dado, de forma completa, ao direito penal, mas é em parte também a resultante de processos sociais de definição e de seleção dos delinquentes. Por onde somos levados a uma *relativização* do objeto e da função do direito penal que, também ela, convida a corrigir, através de processos legais de criminalização e de descriminalização, os resultados a que conduzem os referidos critérios sociais de definição e seleção.

2. Importa agora aferir o novo Código Penal português à luz da esboçada tendência político-criminal.

O direito penal português pode reivindicar-se de uma já longa e continuada — e, como agora se vê, saudável — tradição liberal em matéria de não criminalização de condutas que, se bem que tidas como imorais por largas camadas ou mesmo pela generalidade da

⁸ Cf. o meu estudo citado supra (nota 6), bem como o meu “Direito Penal e Estado-de-Direito Material”, *Revista de Direito Penal* 31 (1981), p. 44 e s.

⁹ Para uma valoração desta perspectiva criminológica na doutrina portuguesa cf. o meu estudo “A Perspectiva Interacionista na Teoria do Comportamento Delinquente”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Teixeira Ribeiro*, III, Coimbra: Faculdade de Direito, 1981, especialmente p. 33 e ss. Na literatura brasileira cf. agora o estudo fundamental de R. LYRA FILHO, “A Criminologia Radical”, *Revista de Direito Penal* 31 (1981), p. 54.

população, não lesam verdadeiros bens jurídicos. A não criminalização, desde há mais de um século, de condutas como a prostituição, o homossexualismo, a rufianaria, os chamados “vícios contra a natureza” e o próprio incesto, demonstram o bem fundado desta afirmação. Sem esconder que ela foi enfraquecida, embora não desmentida, pela circunstância de, em 1954, uma parte daquelas condutas ter passado a constituir estados de marginalidade criminosa ou de paradelinqüência passíveis de medidas de segurança, cedendo aos ventos de “totalitarismo ético” que então sopravam na vida política e social portuguesa.

O novo Código Penal retoma a tradição nesta matéria e reforça-a em larga medida. Desde logo ele elimina a categoria das contravenções e conduz à sua transformação em simples contra-ordenações ou infrações regulamentares (*Ordnungswidrigkeiten*), puníveis apenas com sanções pecuniárias de caráter não penal. Transformação, de resto, que se antecipou ao próprio Código Penal e foi operada pelos Decretos-Leis n.ºs 232/79, de 24 de julho, e 433/82, de 27 de outubro, que constituem a lei-quadro do novo direito chamado “de simples ordenação social”.¹⁰ Por outro lado, o novo Código opera uma sensível descriminalização em matérias relativas à conduta sexual, à atuação no seio familiar, à ofensa de puros valores morais e religiosos, em suma, na generalidade das matérias que a moderna criminologia vem considerando sob a epígrafe de *crimes without victims*.¹¹

E por isso também certas formas de vida como a vadiagem e a mendicância, ou condutas como a da inseminação artificial voluntária acabaram, depois de algumas hesitações, por não serem incriminadas.¹²

Por outro lado ainda, o novo diploma regula liberalmente certos institutos — *v. g.*, o da dispensa de pena (art. 75) — ou faz amplo uso de outros — *v. g.*, o de tornar o procedimento por muitos crimes dependente de prévia denúncia ou acusação do ofendido — que permitem uma descriminalização real mesmo em domínios onde persiste a criminalização legal.¹³

¹⁰ Sobre ele E. CORREIA, *Projecto da Parte Geral* (nota 1), p. 68 e s. e “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XLIX, 1973; e, já depois de publicado o decreto-lei primeiramente referido em texto, FIGUEIREDO DIAS (nota 6). O tema foi objeto de larga atenção nas III Jornadas Latinas de Direito Penal de Aix-en-Provence (setembro de 1982), a propósito sobretudo da lei italiana de modificação do sistema penal n.º 689, de 24.11.1981.

¹¹ Sobre o tema, na literatura portuguesa, COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 104 e ss.

¹² Elas eram, com efeito, ainda previstas como crimes no *Projecto E. Correia* de 1966, bem como no Projeto de 1979.

¹³ V. E. CORREIA, *La dépenalisation dans le nouveau Code pénal portugais*, relatório apresentado às Jornadas referidas supra (nota 10).

Na vertente oposta àquela que venho considerando, o novo Código revela-se saudavelmente parcimonioso no encetar de novos processos legais de criminalização. Estes justificam-se, decerto, onde novos fenômenos sociais, anteriormente inexistentes ou muito raros, desencadeiam consequências insuportáveis e contra as quais só o direito penal é capaz de proporcionar proteção suficiente. Por isso tem fundamento a criminalização que o novo Código opera em domínios como o dos crimes contra a intimidade ou o dos crimes de perigo comum.¹⁴ Mas creio ser difícil deparar com novos campos em que se possa afirmar ter ele — mesmo perante fenômenos sociais ainda mal conhecidos na sua estrutura e nas suas consequências — feito intervir apressadamente a tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento das estratégias não criminais de controle social. Tanto mais quanto é certo ter o código renunciado a abranger domínios tradicionalmente reservados à legislação penal extravagante, mesmo em campos tão importantes como os do direito penal econômico e financeiro, do ambiente, do trabalho, da circulação rodoviária, das sociedades comerciais. Uma decisão, esta, que, depois de quanto atrás disse, não pode deixar de ser tida como bem fundada. Sem prejuízo de dever advogar-se a rápida publicação de uma lei-quadro do direito penal especial, de caráter administrativo e econômico-social, que discipline a legislação penal extravagante e aponte com clareza os princípios específicos a que deve submeter-se.¹⁵

Profundamente criticável neste contexto é a circunstância de o Código não dar qualquer passo em direção à descriminalização da interrupção voluntária da gravidez. O *Projeto Correia* operava, no seu art. 152.º, aquela descriminalização em função de uma lata indicação médica: quando a interrupção da gravidez constituísse “o único meio de remover um perigo de morte ou de uma grave e irreversível lesão da saúde ou da integridade física da mulher grávida”. Esta solução moderada do problema foi, em geral, reputada razoável e adequada a fazer evoluir progressivamente a situação num país,

¹⁴ Cf. FIGUEIREDO DIAS (nota 7), p. 94 e s. E agora também ANABELA RODRIGUES, *La “néo-criminalisation” dans le nouveau Code pénal portugais et ses relations avec l'exécution de la peine privative de liberté*, relatório apresentado às Jornadas referidas supra (nota 10).

¹⁵ Assim FIGUEIREDO DIAS (nota 4), p. 10 e ss. e (nota 6), *passim*. De resto, vai já neste sentido a tradição legislativa portuguesa: o Decreto-Lei n.º 41.204, de 24.7.1957, constitui um dos primeiros exemplos, mesmo a nível internacional, de uma lei contendo os princípios aplicáveis às infrações contra a saúde pública e a economia nacional. Sobre ela pode ver-se A. CHAVES, *Infracções contra a Saúde Pública e contra a Economia Nacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1961; FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, “Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 262, 1977, p. 39 e ss. Sobre este problema na ordem jurídica brasileira, já M. PEDRO PIMENTEL, *Legislação Penal Especial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

como Portugal, de fortíssima tradição católica.¹⁶ Sem que faltasse, todavia, quem entendesse dever-se ir mais longe, descriminalizando por inteiro a interrupção da gravidez operada no primeiro mês e acrescentando, para o segundo e terceiro meses, outras indicações à indicação médica; sobretudo porque importaria ter presente que nesta matéria o processo social de seleção se faz sentir com particular intensidade — fala-se de 100.000 abortos por ano em Portugal, sem que na última década o número de condenações anuais tenha excedido 7! — e recaí sobre os estratos sócio-economicamente mais necessitados da população.¹⁷ Não correspondendo, porém, a qualquer destas solicitações político-criminais, o texto definitivo do novo Código omite por inteiro a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez sob qualquer forma, mesmo por indicação médica. O que, pode dizer-se, representa um retrocesso mesmo relativamente ao velho Código Penal português de 1886, o qual, numa certa interpretação, não puniria o chamado “aborto terapêutico”.¹⁸

II. 1. A segunda das novas tendências político-criminais que julgo divisar respeita ao se da punibilidade, isto é, da definição, já não do comportamento criminal, mas da consequência jurídica por excelência que àquele se liga: a pena. Formulá-la-ei do modo seguinte: num Estado de Direito material, de cariz social e democrático, a compreensão dos fundamentos e dos limites da pena deve arrancar de uma concepção geral-preventiva integrada, ligada institucionalmente a uma pena de culpabilidade que deve ser executada num sentido predominante de socialização do delinquente.

Dir-se-á não haver nada de novo nesta afirmação, limitando-se ela a conter mais uma das bem conhecidas “teorias ecléticas” em matéria de fins das penas. Não creio, no entanto, que se tratasse de uma observação justa. Sabe-se, ao contrário, como a situação da controvérsia evoluiu de forma sensível nos últimos anos, tornando-se extremamente complexa.¹⁹

¹⁶ Cf. logo BOAVENTURA SANTOS, “L'interruption de la grossesse sur indication médicale dans le droit pénal portugais”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XLIII, 1967, p. 143 e ss. E agora COSTA ANDRADE, “O Aborto no Direito Penal Português”, relatório apresentado às II Jornadas Italo-Franco-Luso-Espanholas de Direito Penal, de Ávila (junho de 1980), e “O Aborto como Problema de Política Criminal”, *Revista da Ordem dos Advogados* 40 (1980).

¹⁷ Essencialmente neste sentido vai uma proposta de lei apresentada em janeiro de 1982 pelo Partido Comunista Português e atualmente em apreciação na Assembleia da República.

¹⁸ Cf. o artigo 358.º, § 4.º, do Código Penal português de 1886. E, no sentido da interpretação assinalada no texto, BOAVENTURA SANTOS (nota 16), p. 177 e ss.

¹⁹ Disso dão conta os trabalhos apresentados no 5.º Colóquio da F.I.P.P. de Siracusa (referido supra, nota *). Cf. depois Th. WEIGEND, “Neoklassizis-

Por um lado acentuou-se — e nisso teve a escola da “*défense sociale nouvelle*” papel decisivo²⁰ — que nas modernas sociedades democráticas e pluralistas a aplicação da pena não pode ser produto de qualquer processo metafísico, como queriam as doutrinas absolutas, de cunho retributivo. Ela é antes expressão de “uma amarga necessidade num mundo de seres imperfeitos como são os homens”;²¹ a sua imposição baseia-se por isso exclusivamente em necessidades de prevenção, geral ou especial. O que todavia não tem de significar o abandono da idéia da culpabilidade: esta deve continuar a considerar-se pressuposto, embora já não fundamento, da aplicação da pena, como forma de limitação do poder estadual e conseqüente garantia da liberdade das pessoas.²²

Por outro lado, ainda mais recentemente, também o pensamento da ressocialização do delinqüente entrou em crise generalizada, até ao ponto de ser hoje corrente falar-se da “queda do mito da ressocialização”.²³ Jogam aqui o seu papel fatores de vária ordem: a verificação descoroçoante de que às fabulosas somas investidas em estabelecimentos de ressocialização, nomeadamente de terapia social, não correspondeu até agora nenhuma sensível diminuição (quando mesmo correspondeu alguma) da taxa da reincidência; a consciência de que os esforços ressocializadores radicavam, em grande parte, num “modelo médico” de terapêutica coativa e, assim, numa “ideologia do tratamento” em oposição aos pressupostos do Estado de Direito; finalmente, a observação — devida ao atual movimento da criminologia crítica ou radical — de que, dada a já referida normalidade e ubiquidade do comportamento criminal, a contrastar com o caráter fortemente seletivo e sócio-economicamente discriminatório da sua definição social, não são tanto os delinqüentes que devem ser “reeducados”, quanto sobretudo a “sociedade punitiva” que deve ser transformada.

Que resulta de tudo isto? Que alguns teóricos daqueles países que até há pouco eram os mais estrênuos defensores de pensamento ressocializador — os ingleses e os norte-americanos, os suecos e os

²⁰ Cf. MARC ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3.^a ed., Paris, 1981, p. 29 e ss. e 175 e ss.

²¹ Nestes precisos termos se exprime a fundamentação do *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966, p. 29.

²² Particularmente impressionante nesta direção, C. ROXIN, “Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip”, *Monatschrift f. Kriminologie* 56 (1973), p. 316 e ss.

²³ F. MUÑOZ CONDE, “La ressocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, *Doctrina Penal* 2 (1979), p. 625 e ss.; E. DOLCINI, “La rieducazione del condannato tra mito e realtà”, *Riv. italiana di dir. e proc. penale* 22 (1979), p. 469 e ss.

mus’ — ein transatlantisches Missverständnis”, *Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft* 94 (1982), p. 801.

finlandeses —, se remetem agora resignadamente à afirmação de que a política criminal, no que toca à punição, há de basear-se nos *just deserts*, nos “justos méritos” daquilo que para o delinqüente resulta do fato que praticou; pelo que finalidade da execução da pena só pode ser “to implement the sentence of the court”.²⁴ O que equivale a confessar que nada mais resta senão o regresso a um puro critério de retribuição — e, na verdade, de uma retribuição factual, predominantemente objetiva e igualadora da gravidade do crime e do alarme social por este causado.

2. Creio, no entanto, que não será em função deste novo unilateralismo que corretamente se definirão os rumos da Política Criminal.

Da primeira tendência político-criminal que expus resulta logo que o momento inicial (e decisivo) de fundamentação da pena repousa numa idéia de *prevenção geral*: também a pena só ganha justificação a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos; nesta medida, uma qualquer teoria “absoluta” dos fins da pena fica *ab initio* prejudicada. Só deverei acentuar que não está aqui presente uma noção de prevenção geral de cariz negativo, como pura intimidação, mas uma aceção positiva ou integrada, onde a intimidação atua só dentro do campo marcado por certos orientamentos culturais, por *standards* ético-sociais de comportamento que a ameaça da pena visa justamente reforçar.²⁵

Mas porque assim é, a natureza geral-preventiva da pena encontra-se institucionalmente ligada à pena de culpabilidade. Só que esta se não baseia em qualquer idéia absoluta de retribuição ou expiação, ao estilo kantiano, mas na exigência de *respeito pela dignidade do homem*, primordial nos quadros do pensamento próprio do Estado de Direito. Fica pois prejudicada a idéia de que à culpabilidade tem de corresponder a pena: é perfeitamente possível que uma culpabilidade existente não determine a punição — porque nesse caso a aplicação da pena se não revelava, em definitivo, necessária. Mas já não é possível a aplicação da pena se não preexistir a culpabilidade, como não é possível a aplicação daquela em medida superior à medida da culpabilidade. Nesta aceção das coisas, não deve haver qualquer

²⁴ Cf. H. V. HIRSCH, *Doing Justice*, 1976, p. 47 e ss. e N. MORRIS, *The Future of Imprisonment*, Chicago, 1974, p. 58 e ss.; e para uma valoração crítica destas posições M. ANCEL (nota 20), p. 261 e ss. e 331 e ss. e Th. WEIGEND (nota 19), *passim*.

²⁵ Cf. ANDENAES, “Theory and Practice of General Prevention Through Threatning, Enforcement and Execution of Punishment”, relatório apresentado ao Colóquio sobre *Teoria e prassi della prevenzione generali dei reati* (Milão, 1979); e depois M. ANCEL (nota 20), p. 197 e s., A. PAGLIARO, “La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi”, *Riv. italiana di dir. e proc. penale* 22 (1979), p. 1.190 e ss. e C. ROXIN, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, *Festschrift f. Bockelmann*, Munique, 1979, p. 304 e s.

receio em afirmar que a culpabilidade continua a constituir, não o fundamento, mas em todo o caso *um* dos fundamentos irrenunciáveis da aplicação de qualquer pena.²⁶

Por aqui se lança a ponte para a exigência de que a execução da pena vise a socialização do delinquente — se bem que uma tal exigência se deva relativizar, sob múltiplos aspectos, face à forma como era defendida ainda em período recente. Assim, já ninguém dirá que seja legítimo condenar alguém *para*, deste modo, ganhar legitimidade para uma socialização que pareça necessária. Por outro lado, a socialização tem de ser por inteiro dissociada de qualquer “modelo médico”, da “ideologia do tratamento” coativamente imposto; como tem de deixar de traduzir-se, sob qualquer pretexto, numa atuação sobre o delinquente negadora do seu “direito de ser diferente”, ou visando a alteração das suas concepções pessoais no sentido do conformismo e da acomodação.²⁷ A finalidade da execução da pena é simultaneamente mais nobre, mais modesta — e mais difícil. Do que se trata, verdadeiramente, é de *oferecer* ao delinquente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal — visando a prevenção da reincidência através da colaboração voluntária e ativa daquele. O que, penso, me permitirá concluir que dentro dos pressupostos jurídico-constitucionais próprios do Estado de Direito material, de intenção social, não há alternativa para o dever de ajuda e de solidariedade em que se traduz o mandamento político-criminal da socialização do delinquente.

3. Revela-se o novo Código Penal português, compatível com estas considerações? Não contendo ele — como não deve conter um código — qualquer declaração expressa de princípio sobre as finalidades da pena, dir-se-ia que esta pergunta está destinada a ficar sem resposta. Mas sem razão. Bem pelo contrário, mal haverá na parte geral (e mesmo na parte especial) do Código uma norma à qual não presida ou da qual não resulte uma certa concepção fundamental nesta matéria. Limitar-me-ei, por isso, a chamar a atenção para um ou outro ponto que me parece mais relevante.

Que o Código se não deixa motivar por uma idéia de prevenção geral de pura intimidação, é uma evidência que mal pode ser contestada; aí estão a demonstrá-lo a generalidade das molduras penais da

²⁶ Neste sentido FIGUEIREDO DIAS, “Schuld und Persönlichkeit”, texto a ser publicado na *Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1.º caderno de 1983.

²⁷ V., em termos análogos aos do texto, a posição recentemente expressa por M. ANCEL (nota 20), p. 258 e ss., 264 e ss., 330 e 333. Na bibliografia portuguesa já FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia* (lições copigrafadas em curso de impressão), p. 8 e 28. Na literatura brasileira, R. ARIEL DORTI, *Bases* (nota 7), p. 169 e ss.

parte especial, com máximos de pena equilibradamente moderados (e onde alguns espíritos impenitentemente conservadores julgarão descortinar, sem qualquer parcela de razão, um dos maiores defeitos do novo Código); e, sobretudo, molduras penais muito amplas, com mínimos de pena notoriamente baixos. Se a isto acrescentarmos o entono descriminalizador que domina o Código, concluiremos sem esforço que o seu ponto de partida para justificação da pena deve ser visto numa *prevenção geral positiva ou de integração* como aquela que atrás referi.

Que, em segundo lugar, o Código recebe em plenitude o princípio da culpabilidade é tão indiscutível e indiscutido que, sobre isso, mal devo perder uma palavra. O fato de o art. 2.º do projeto inicial, que expressamente consagrava o princípio, ter desaparecido em posteriores revisões nada depõe contra o reconhecimento da essencialidade da culpabilidade, mas foi apenas expressão da saudável intenção de não comprometer o articulado com construções dogmáticas como a da culpabilidade na formação da personalidade, a que aquele preceito diretamente se reportava.²⁸ Já me permitirei, todavia, chamar a atenção para um preceito, não constante do projeto inicial, mas que aparece em revisões posteriores, relativamente à possibilidade de *dispensa da pena* em caso de culpabilidade diminuta. Ele demonstra, para além de toda a dúvida, o bem fundado da minha asserção segundo a qual a existência em concreto da culpabilidade não conduz necessariamente à efetivação da pena.

Finalmente, ninguém porá fundadamente em dúvida o apego do novo Código ao pensamento da socialização do delinquente. Nem podia ser de outro modo da parte de um texto em que ficou indelévelmente marcada a personalidade científica de EDUARDO CORREIA. Questão é só saber se, num ou noutro ponto, o novo diploma se não encontra ainda ligado à idéia do tratamento obrigatório — nomeadamente quando exige que se procure a aceitação do delinquente, *sempre que possível*, para certos tipos de tratamento, mas denunciando que, quando isso não seja possível, o tratamento será na mesma aplicado. De resto, uma certa indefinição quanto a este ponto — todavia essencialíssimo — perpassa já pela lei de execução das penas que antecedeu a publicação do Código Penal (Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de agosto). A questão, a este nível, não pode aqui ser dilucidada como mereceria. Quero só assinalar que numa recentíssima e excelente investigação, dedicada por ANABELA RODRIGUES ao tema da execução das penas, pôde a autora concluir que a referida lei é suscetível de uma interpretação que a afaste do modelo da terapêutica coativa,

²⁸ Fundamental para a sua compreensão, E. CORREIA, “A Doutrina da Culpa na Formação da Personalidade”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 1 (1945), p. 25 e ss. e *Projecto da Parte Geral* (nota 1), p. 20 e ss.

sem por isso perder ou enfraquecer o seu cariz socializador.²⁹ Com uma tal conclusão devo declarar-me inteiramente de acordo.

III. Passo com isto imediatamente a uma terceira tendência que julgo divisar nos novos rumos da política criminal. Formulá-la-ei da maneira seguinte: tanto a vertente liberal como a vertente social da idéia do Estado de Direito material conduzem a que a pena, com a extensão, o sentido e os fundamentos assinalados, seja um instrumento liberto, em toda a medida possível, de efeito estigmatizante. E se, colocada a proposição desta forma, se há de concordar que ela encerra um ideal dificilmente atingível no momento presente da evolução, deve pelo menos exigir-se incondicionalmente que não seja a *própria lei* a contribuir para a estigmatização que já acompanha por si mesma a pena criminal. Se se toma a sério esta idéia, dela resulta uma série de conseqüências de extrema importância:

1) A pena de prisão deve, ela também, constituir a *ultima ratio* da política criminal e a sua aplicação ser limitada, da forma mais estrita, pelos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade. Isto supõe por sua vez duas condições — ambas plenamente preenchidas pelo novo Código Penal: de uma parte, a maior diversificação possível das sanções penais diferentes da prisão — e aí está a aceitação pelo Código, dentro de larguíssimos limites, da pena de dias-de-multa, da condenação condicional, da *probation*, da admoestação, da prisão de fim de semana, do regime de semidetenção, do trabalho comunitário; de outra parte, a obrigação para o juiz de que, na escolha entre uma sanção detentiva e outra não detentiva concretamente aplicáveis, opte pela última sempre que, como se exprime o art. 71 do novo Código, “ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reprobção e de prevenção do crime”. Não é aventuroso predizer que este preceito legal — que mal encontra paralelo em legislações estrangeiras, mesmo nas mais recentes e progressivas — está destinado a constituir a origem de novos e importantes desenvolvimentos da política criminal do futuro.³⁰

²⁹ ANABELA RODRIGUES, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, Coimbra, 1982. Na literatura brasileira cf. H. CLÁUDIO FRAGOSO, *Perda da Liberdade (Os Direitos dos Presos)*, VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 1980 e R. ARIEL DOTI, *As Novas Dimensões na Execução das Penas*, Curitiba, 1975, especialmente p. 71 e ss.

³⁰ Sobre o pensamento que preside a esta disposição E. CORREIA, *Projecto da Parte Geral* (nota 1), p. 59 e ss. e “La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code pénal portugais de 1963”, *Estudos “in-memoriam” do Prof. Beza dos Santos*, Coimbra, 1966, p. 229 e ss.

2) A pena privativa de liberdade deve ser — como é no novo Código — *unitária* e traduzir-se sempre em *simples prisão*.³¹ Quaisquer formas agravadas de prisão ou da sua execução só poderiam fundar-se na idéia de que certos delinquentes deveriam ser especialmente estigmatizados; uma idéia que contrariaria, de pleno, a proposição político-criminal agora em explicitação.

3) As penas curtas de prisão — isto é, não superiores a seis meses — devem ser substituídas pelo número de dias-de-multa correspondente, de acordo com o princípio de que uma pena curta de prisão não evita a reincidência, antes a fomenta. É certo que esta idéia depara hoje com cerrada oposição de alguns setores da política criminal, provenientes sobretudo de países onde é mais alto o nível sócio-económico da população.³² Segundo tais setores, valeria a pena manter as penas curtas de prisão ditas “de choque” (o *sharp-short-shock*, de que fala a doutrina anglo-americana), por razão do seu particular efeito intimidativo sobre pessoas de elevado estatuto sócio-económico, por natureza pouco sensíveis à multa, e porque relativamente a tais pessoas não haveria a recear o efeito dessocializador e corruptor da prisão. Mas esta argumentação não me parece em definitivo convincente: porque a multa, de um lado, deve ter limites suficientemente amplos para que possua efeito de justa intimidação mesmo dos mais ricos; depois porque a prisão, se pode não corromper certas pessoas de estatuto sócio-económico mais elevado, assumirá provavelmente quanto a elas um efeito de choque psicológico particularmente acentuado, que potencia, para além do que é inevitável e portanto necessário, o efeito estigmatizante da pena;³³ finalmente porque a substituição deverá poder fazer-se também através da prisão de fim de semana, a qual, para os efeitos em causa, deve ser equiparada a uma pena não detentiva e é particularmente adequada à punição dos casos que se julga exigirem a pena curta de prisão. Por isso a substituição desta pena impõe-se relativamente a todos nos mesmos termos e não em função do estatuto sócio-económico de cada um. A única questão que pode pôr-se é a de saber se, sem curar deste estatuto, a substituição deve ter *sempre* lugar ou se — como o novo Código aceita no art. 43, n.º 1

³¹ Como sempre o defendeu E. CORREIA, *Projecto da Parte Geral* (nota 1), p. 53 e ss., com o aplauso de H.-H. JESCHECK, “Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise”, *Estudos “in-memoriam” do Prof. Beza dos Santos*, Coimbra, 1966, p. 462 e s.

³² Desta oposição se dão conta, por exemplo, M. ANCEL, “La prison pour qui? Aspects juridiques du problème”, *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 100 (1976), p. 702 e ss. e 708 e s. e (nota 20), p. 198 e 276; C. ROXIN, “El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo”, *Doctrina penal* 2 (1979), p. 516 e H.-H. JESCHECK, “Die Krise der Kriminalpolitik”, *Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft* 91 (1979), p. 1.057 e s.

³³ No sentido desta consideração C. ROXIN (nota 32), p. 516.

— deve admitir exceções justificadas por razões de prevenção da prática de futuros crimes.

4) Nenhuma pena deve envolver, como efeito *necessário*, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos: eis uma implicação direta fundamental da tendência político-criminal ora em explicitação. Implicação que, no moderno pensamento português, se radicou tão profundamente que, através da recente reforma constitucional de setembro de 1982, ficou inscrita de forma terminante no n.º 4 do art. 30 da Constituição. Por isso ela consta igualmente do art. 65 do novo Código, que dela retira, nos artigos seguintes, todas as consequências. Assim, mesmo a pena de demissão do funcionário ocorrerá, não como efeito automático da prática de qualquer crime, mas só quando tiver havido lugar a grave abuso da função ou a grave violação dos deveres inerentes; ou ainda quando o funcionário se revelar incapaz ou indigno de exercer o cargo, ou tiver a confiança geral necessária ao exercício da função. De resto, a demissão não envolve a perda do direito à aposentação ou à reforma, nem torna impossível a nomeação do agente para outros cargos públicos ou para funções diferentes.

5) O acesso ao conhecimento do registro criminal deve ser drasticamente restringido para todos os efeitos que não sejam os diretamente relacionados com as exigências da investigação criminal e do processo penal. A este propósito se torna particularmente clara a inadmissibilidade de ser a própria lei a fundar e a potenciar o efeito estigmatizante de penas já cumpridas, permitindo ou mesmo exigindo o seu conhecimento por terceiros — e conseqüente publicidade — para os efeitos mais diversos, nomeadamente para efeitos de emprego.³⁴ Desde há muito que o direito português e a prática da sua aplicação revelam uma saudável contenção nesta matéria. Remetendo o novo Código a regulamentação do registro para legislação especial, há que exigir desta que por inteiro seja adequada à filosofia político-criminal que ao novo diploma preside e que por conseqüente limite ainda mais, nos termos indicados, a incidência do instituto do registro criminal.

IV. Termino com a indicação breve de dois temas que se ligam, estreitamente, à posição político-criminal assumida na questão do fundamento, do sentido e dos fins das penas, mas que ganham em todo o caso, perante eles, relativa autonomia. Trata-se, por um lado, da questão do tratamento jurídico-penal a que devem ser submetidos

³⁴ Isto mesmo tive ocasião de defender no 3.º Colóquio Internacional da F.I.P.P. de Neuchâtel (1979): cf. *Casier judiciaire et réhabilitation*, Actes des "Journées de Neuchâtel", 1982, p. 49 e 51 e s.

os chamados delinquentes habituais e por tendência, ou delinquentes especialmente perigosos; e, por outro lado, do futuro do instituto da libertação condicional. Num como no outro caso, as tendências político-criminais parecem-me mais dificilmente discerníveis.

1. Estou inclinado a crer que um sistema dualista de pena e de medidas de segurança privativas da liberdade, aplicáveis ao mesmo agente pelo mesmo fato criminal, deve ser abandonado³⁵ ou, pelo menos, dotado da flexibilidade suficiente para permitir uma execução unitária. A aplicação a um delinquent habitual de uma pena sensivelmente mais pesada do que a que seria aplicada, pelo mesmo fato, a um delinquent não habitual não precisa necessariamente de se fundar na maior perigosidade naturalística do primeiro, mas pode, dentro de certos limites, encontrar justificação mesmo à luz do princípio de culpabilidade. A agravação da pena nestas hipóteses não merece por isso censura de inconstitucionalidade, mesmo onde, como em Portugal, se deva considerar o princípio de culpabilidade recebido pela Constituição.³⁶ Tal princípio obriga, como atrás ficou dito, a que não haja pena sem culpabilidade e a que a medida daquela não ultrapasse a medida desta. Mas não obriga a que a culpabilidade se refira só ao fato, deixando fora de consideração a pessoa do agente. Pessoalmente, sempre defendi³⁷ que a culpabilidade do delinquent habitual responsável é *maior* que a do não habitual, porque aquele exprime no fato qualidades pessoais mais desvaliosas e por isso mais censuráveis.

Sendo assim, creio que poderá reabilitar-se a idéia da *pena relativamente indeterminada* — que o novo Código Penal português prevê para os delinquentes por tendência, alcoólicos e equiparados (art. 83 e ss.) —, apesar de todas as pesadas críticas que nos últimos tempos lhe vêm sendo dirigidas.³⁸ É claro que o limite máximo da pena há-de ser um tal que encontre justificação à luz da maior

³⁵ Decididamente neste sentido vai o pensamento de E. CORREIA, *Projecto da Parte Geral* (nota 1), p. 30 e ss. e 60 e ss.; "Grudgedanken der portugiesischen Strafrechtsreform", *Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft* 76 (1964), p. 329 e s. e "Der Einfluss Franz v. Liszts auf die portugiesische Strafrechtsreform", mesma *Zeitschrift* 81 (1969), p. 732 e ss. Sobre este pensamento H.-H. JESCHECK (nota 31), p. 459 e s. e P. HÜNERFELD (nota 3), p. 247 e ss.

³⁶ É esta, com efeito, a posição tomada pela Comissão Constitucional portuguesa na interpretação da Constituição vigente (Acórdão n.º 49 e Parecer n.º 4/81). Cf. depois FIGUEIREDO DIAS (nota 26) e FARIA COSTA, "A Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português", *Estudos em Homenagem do Prof. Teixeira Ribeiro*, III, Coimbra, 1981, p. 11 e s. da respectiva separata.

³⁷ Na minha monografia *Liberdade — Culpa — Direito Penal*, 1976, Coimbra: Coimbra Editora, p. 257 e ss.

³⁸ Em síntese M. ANCEL (nota 20), p. 263 e 315 e s., e H.-H. JESCHECK (nota 32), p. 1.039, 1.041 e s. e 1.053. Sobre a pena indeterminada cf., na bibliografia portuguesa, SIMÕES PEREIRA, *Em Defesa das Sentenças Indeter-*

culpabilidade do delinqüente. Se este é libertado antes de atingir este limite máximo, é porque se pode esperar que a finalidade de socialização tenha sido alcançada e o cumprimento do resto da pena tenha deixado de ser *necessário*. Por isso, não vejo também que o instituto da pena relativamente indeterminado viole os princípios da segurança e da certeza do direito. Sobretudo se se considerar — como o faz o novo Código português — que a libertação do delinqüente (o qual aliás terá de passar obrigatoriamente por uma fase de liberdade condicional) não ficará no arbítrio ou mesmo só na discricionariedade das autoridades penitenciárias, mas há-de ser decidida pelo tribunal, sobre parecer daquelas autoridades. Nem se dirá por último, com razão, que a execução da pena relativamente indeterminada se liga necessariamente a uma ideologia do tratamento; bem ao contrário, ainda aqui a execução há-de servir a finalidade de *oferecer* ao delinqüente os meios que se julguem necessários ou adequados à sua socialização.

2. Uma parte da argumentação que acaba de ser desenvolvida em favor da pena indeterminada serve para convencer do bom fundamento da manutenção do instituto da libertação condicional. E, na verdade, o novo Código Penal português continua a prevê-lo, com caráter facultativo para as penas de prisão superiores a seis meses, com caráter obrigatório (a partir do cumprimento de 5/6 da pena) para as superiores a seis anos.

Julgo poder afirmar ter a experiência portuguesa demonstrado que a libertação condicional, sobretudo nas penas longas, tem um efeito positivo para a socialização do delinqüente, sem ao invés representar para este um encurtamento dos seus direitos, liberdades e garantias que não deva ser suportado.³⁹ Isso é o essencial e o bastante para que o instituto não deva ser abandonado. Tanto mais quanto me parece certo que as críticas que hoje se ouvem às desigualdades e à insegurança que acompanhariam inevitavelmente o instituto da libertação condicional perdem consistência, quando o processo da concessão daquela seja integralmente judisdcionalizado, como desde há muito o é em Portugal e agora se mantém por força do novo Código Penal.

V. Em que pese à eliminação intencional de todos os detalhes, talvez que a exposição que acabo de fazer tenha resultado demasiado

³⁹ Cf. A. CABRAL DE MONCADA, *A Liberdade Condicional*, Coimbra, 1957. E sobre as objeções que em data recente se levantam à manutenção do instituto, M. ANCEL (nota 20), p. 331, e H.-H. JESCHECK (nota 32), p. 1.055 e s.

minadas, Coimbra, 1927; A. PALMA CARLOS, *Os Novos Aspectos do Direito Penal*, Lisboa, 1934, p. 185 e ss.; J. BELEZA, *Pena Indeterminada*, Coimbra, 1968; E. CORREIA (nota 1), p. 56 e ss.

extensa no seu conjunto. E, no entanto, ficaram por inteiro fora de consideração temas relevantíssimos no contexto do assunto que me propus debater. Mas talvez que, mesmo assim, tenha ficado dito o bastante para justificar a minha conclusão: a de que o novo Código Penal português constitui, mesmo no contexto internacional mais avançado, um instrumento perfeitamente atual e adequado, da perspectiva político-criminal, para que as dificuldades suscitadas pelo problema do crime num Estado de Direito material, de raiz social e democrática, possam ser dominadas.

REINSERÇÃO SOCIAL

Para uma Definição do Conceito

Anabela Miranda Rodrigues

1. Introdução

Ao apontar-se a reinserção social como finalidade da execução da pena privativa da liberdade,¹ não está só a atribuir-se-lhe uma função particularmente cara ao direito português, tributária de um patrimônio de idéias que, entre nós, encontro vivo acolhimento, como ainda a sufragar um princípio básico da generalidade dos sistemas penitenciários modernos.

O otimismo que rodeou a idéia de reinserção social teve, sem dúvida, o seu lado excessivo, e, até certo ponto, acrítico, no que a indefinição do seu fundamento, alcance e conseqüências teve larga importância.² No entanto, é esta mesma indeterminação do conceito que, por outro lado, impede, em larga medida, uma análise racional que torne viável uma posição correta na leitura dos resultados obtidos. Deve, pois, ter-se na devida atenção a necessidade de o submeter a uma rigorosa filtragem conceitual, só a partir daí nos sendo permitido elaborar juízos críticos sobre a sua validade.

Nem é outra, de resto, a justificação de um resultado que parece, à primeira vista, paradoxal: a coincidência numa atitude positiva ou negativa face à reinserção social a partir de pressupostos ideológicos distintos e com fundamentos e objetivos igualmente díspares. O que se esconde por detrás desta aparente contradição reside, as mais das vezes, na falta de clarificação quanto ao sentido do conceito que se utiliza.

É esta a conclusão que se pode extrair da coincidência de pontos de vista por parte do setor liberal e de correntes situadas na órbita

da criminologia radical — afastando a reinserção social —³ ou, por parte de setores tradicionais ou moralizantes e doutrinadores de países socialistas, aceitando o ideal ressocializador.⁴

Entretanto, a controvérsia sobre a ressocialização, longe de suscitar uma polémica vazia, levanta problemas cruciais do direito, obrigando a abordar, definir e tomar posição sobre a concepção do homem, da sociedade e das relações que estabelecem entre si, bem como relativamente à própria função do direito penal. Traçar algumas coordenadas da polémica atual, clarificar as diversas opiniões e fundamentar uma resposta matizada para a equívoca e imprecisa idéia de reinserção social, é exatamente o objetivo que nos propomos neste estudo.

2. Sentido da reinserção social

Uma correta abordagem do pensamento de ressocialização implica que se problematizem diversas questões, todas elas esclarecedoras de um ponto comum: qual o grau desejável e exigível de aproximação ou identificação do indivíduo ao modelo social vigente para consecução efetiva da meta ressocializadora.

Importa, desde logo, prevenir uma possível objeção. Gera-se esta — sem prejuízo das suas possibilidades reais de êxito — em torno da discussão sobre o modelo concreto de sociedade na qual se pretende reinserir o indivíduo. É lógico que se pergunte até que ponto tem

³ É sabido como, em definitivo, tanto a idéia de ressocialização como a idéia de tratamento são alheias ao direito penal clássico; por sua vez, a criminologia radical, apresentando-se expressamente como uma criminologia marxista que considera insolúvel o problema criminal numa sociedade capitalista, não aceita também o ideal de ressocialização: este conceito “implica tentar converter os condenados à aceitação e adaptação ao sistema social existente. Em oposição a isto, a criminologia radical orienta os seus esforços no sentido de dotar tais pessoas com os conhecimentos capazes de motivarem e estimularem a transformação da sociedade vigente”. Assim, J. GAROFALO, citação de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia*, 1979, p. 95, nota 95.

Sobre a criminologia crítica, de uma maneira geral, cf. *Criminologia*, cit., p. 87 ss., concluindo-se, para o que aqui nos interessa: “Como poderiam os criminólogos propor-se auxiliar a defesa da sociedade contra o crime, se o seu propósito último é defender o Homem contra este tipo de sociedade?” (p. 95). As propostas de política criminal, reconduzindo-se, então, à atitude central da não intervenção do direito penal (cf. uma indicação bibliográfica de autores que, a exemplo de SCHUR ou SCHNEIDER, defenderam esta posição, in G. KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist. Strafe, Behandlung oder etwas Drittes*, in *Festschrift für wurtenberger*, 1977, p. 361, nota 12, ou mesmo propondo a sua supressão (cf., por exemplo, A. PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974).

⁴ Se bem que os primeiros concedendo-lhes um “sim” pessimista, dada a crise “moral” que atravessa a sociedade (cf. PETERS, nota 2, p. 505); e os segundos um “sim” entusiasta, precisamente em nome do humanismo socialista e da necessária unidade do Direito e Moral socialistas.

¹ Cf. art. 2.º, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1.º de agosto.

² Para este aspecto veio chamar a atenção K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs — und Erziehungsvollzuges*, in F.f. E. HEINITZ, zun 70. Geturtstag, 1972, p. 502.

sentido falar de reinserção do delinqüente na sociedade, se se entender que ela própria produz a delinqüência. Necessitada de mudança estaria então a sociedade, e não o delinqüente,⁵ carecendo de justificação promover a sua adaptação à ordem social vigente.

Esta deslocação do próprio objeto da política criminal — linha em que se encontram tanto os partidários do *labeling approach*,⁶ como os da (nova) criminologia radical de orientação marxista,⁷ fazendo incidir a compreensão do fenómeno criminal na sociedade intrinsecamente criminógena — não é, na realidade, nova. De fato, foi com a obra de DURKHEIM,⁸ entre outros, que a sociologia criminal recebeu os contornos que ainda hoje se lhe reconhecem. Sobressaindo no panorama da teoria sociológica do século XIX, tomou aquele Autor posição sobre problemas nucleares da criminologia — *v. g.*, defendendo a tese da normalidade do crime, que procura explicar “não em qualquer epifenômeno ocasional, mas no plano da própria estrutura da sociedade”.⁹

Vem por este caminho, entretanto, a chamar-se a atenção para a relevância político-criminal da criminologia que é patente no plano do destinatário daquela: “Se a criminologia de base endógena fez do delinqüente o destinatário exclusivo da política criminal, já a criminologia de pendor sociológico inspirou uma política criminal dirigida aos condicionalismos sócio-culturais da delinqüência”.¹⁰

Não se contesta o valor destas teses. O que se nega, simplesmente, é que elas possam resolver por si sós o enigma da criminalidade. A sociedade — criminógena — pode ser um de entre os fatores relevantes na explicação do fenómeno criminal. Mas já não consegue deixar de ser irreal a esperança de que uma alteração das estruturas sociais permita acabar com o crime, pois que, se este é um produto da sociedade e não do indivíduo, cada tipo de sociedade produzirá a sua “espécie” de delinqüência.¹¹ Contentarmo-nos com declarar

⁵ Salientando este aspecto, M. BRUSTEN, *Resozialisierung als Problem der Gesellschaft—ein Beitrag zum Dialog zwischen Soziologen und Vertretern der Sozialarbeit*, ed. Schmidtobreik, 1972, p. 21; SESSAR, *Die Resozialisierung der Straftenden Gesellschaft*, in ZStrW., 1969, p. 372 ss.

⁶ Sobre isto, cf. *Criminologia*, cit., (n-3), p. 77 ss., FIGUEIREDO DIAS, *A perspectiva interaccionista na teoria do comportamento do delinqüente*, 1981.

⁷ Cf. R. BERCALLI, *Ejecución penal y política criminal en America Latina*, in Rev. Int. de Der. Penal, 1978, n-1, p. 77 ss.; A. BARATTA, *Criminologia crítica y política penal alternativa*, in Rev. Int. de Der. Penal, cit., p. 43 ss.

⁸ Sobre a sua importância, cf. *Criminologia*, cit., (n-3), p. 35 ss.

⁹ Citação in *Criminologia*, n-3, p. 36.

¹⁰ Assim, *Criminologia* (n-3), p. 159; especificamente sobre a criminologia nova e as suas diversas perspectivas, p. 67 e ss.

¹¹ E isto, quer se trate de “nova” criminalidade dos países socialistas, quer da criminalidade do ócio proveniente de uma sociedade de consumo que ofereça uma extraordinária melhoria das condições de vida. Vide, sobre

apenas culpada a sociedade pode ser — isso sim — um “mito” ao serviço da “anomização” de uma responsabilidade que não se nega e que ameaça converter-se em insuportável.

O que se reconhece, entretanto, é que a via da ressocialização proposta — surgindo como uma exigência de um princípio de Estado democrático de direito — é imanente ao sistema, sendo inconsequente pensar que promova no seu seio a luta pela própria superação.¹² O ceticismo que gradualmente rodeou o ideal passa por uma complexidade de temas: existe, sem dúvida, uma reação (negativa) em relação às possibilidades de êxito nesse campo, sem esquecer o receio patente na crescente ameaça de que o Estado se torne o agente (legalizado) de um controle totalitário disfarçado de aparente preocupação com o bem-estar dos cidadãos. Com o que, não pode deixar de se ter presente, se encobrem, ao mesmo tempo, posições políticas mais profundas e muito claras,¹³ única explicação para certas atitudes francamente negativas.

Nem se nega, tampouco, que está condenada ao fracasso a ressocialização que se pretende alcançar operando exclusivamente através da aplicação de medidas sobre o indivíduo. De fato, representa aquela um processo de interação e comunicação entre a sociedade e o indivíduo, a cujas normas este se deve adaptar, mas que, entretanto, nunca pode ser determinado unilateralmente.¹⁴ O que se afirma é que ao falarmos de reinserção social estamos inequivocamente a admitir uma atuação sobre o indivíduo-delinqüente, que nem por isso se deixa de encarar como um problema que polariza em si precisamente as tensões entre a reforma do indivíduo e da sociedade.¹⁵

O que se aceita, entretanto — e estamos, assim, a colocar corretamente o problema —, é que o direito penal, exatamente enquanto assume a sua função de proteção da sociedade, faz cessar a sua missão quando se trata de modificar ou alterar essa mesma socie-

¹² Já de acordo com os parâmetros do atual movimento da criminologia radical, seria a Sociedade, criminógena e punitiva, que deveria ser revolucionariamente transformada. Cf. os estudos já citados de BERGALLI (n-7), e BARATTA (n-7); deste autor, vide, ainda, *Sistema penal de emarginazione sociale*, in *Questione Criminale*, 1976, p. 237.

¹³ É sabido como, por exemplo, a criminologia “nova”, “com a sua intencionalidade vincadamente crítica” corresponde, entre outros aspectos, “às linhas de forças do horizonte político-ideológico da década de sessenta no quadro das democracias ocidentais”. Sobre isto, vide *Criminologia*, cit., p. 67 e ss. e nota 63, sobre idêntica situação nas sociedades socialistas.

¹⁴ Vide MUÑOZ CONDE, *La Resocialización del Delincuente*, in *Doctrina Penal*, n.º 7, p. 628.

¹⁵ Assim, RUNDE, *Resozialisierung als wissenschaftsliches und sozialpolitisches Problem*, in *Die Strafrechtreform*, p. 113.

este tema, E. GIMBERNAT, *Relación General del Colóquio Regional Español*, in Rev. Int. de Der. Penal, 1978, p. XXVIII e ss.

dade. Pelo que nunca seria este o momento oportuno para levantar o problema da ressocialização a partir do modelo social vigente; o problema que em sede de direito penal venha a ser colocado pressupõe insita a sua resolução exprimindo já aquele, como deve, a salvaguarda do mínimo ético indispensável à convivência em sociedade.

Com o que não se exclui que sempre caberá perguntar qual o grau de aproximação ou identificação do indivíduo com o modelo social vigente.

2.1. Grau de aproximação ou identificação do indivíduo com o modelo social vigente

O efeito ressocializador que se pretende conseguir através da execução da pena é suscetível de entendimento diverso, conforme o grau de identificação do indivíduo ao modelo social vigente que pressupõe o processo que o produz.

Do que se trata é de optar, perante diferentes propostas de processos de ressocialização, por aquela que é mais consentânea com os pressupostos que a legitimam.

De toda uma escala matizada de graus e intensidades múltiplas a polémica doutrinal centra-se, atualmente, e numa primeira abordagem, na alternativa entre programa mínimo e programa máximo de ressocialização.

No primeiro caso alude-se a um tratamento dirigido à “adaptação” do indivíduo aos comandos jurídicos, *maxime*, jurídico-criminais. Assenta esta concepção funcional, concebida em termos de uma relativa neutralidade axiológica, numa *teoria da socialização* que, não pretendendo aqui aprofundar, sempre será útil relembrar. Diz esta respeito ao processo em virtude do qual o homem aprende as normas e as diretrizes do grupo em que se insere. O termo “socialização” — que alguns autores preferem substituir por “integração” — procede da psicologia social, tendo recebido a sua utilização um forte incentivo quando a psicanálise e a antropologia vieram demonstrar que também as normas de comportamento e os sistemas normativos sociais se “aprendem” e “assumem” através de certos mecanismos de interiorização.¹⁶ Trata-se, como já se defendeu, de um (segundo) nascimento sócio-cultural do homem¹⁷ que limita o

¹⁶ Mostrando como todo o processo de socialização se orienta no sentido da interiorização do controle (externo), cuja intensidade varia conforme o grau de identificação com a ordem legal e moral vigentes, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia*, cit., p. 320 e ss.

¹⁷ Assim, D. CLAESSENS, *Familie und Wertsystem. Eine Studie zur “zweiten sozio-kulturellen Geburt” des Menschen*, 1962, cit. por P. DE MOLINA, *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopia, mito y eufemismo*, in *Ann. de Der. Penal y C. Penales*, tomo XXXII, fasc. III, p. 657, nota 49.

seu inicial e mais amplo raio de possibilidades de ação mediante a assunção dos “standards” do grupo. Não é outra coisa esse processo através do qual se aprende a querer e a fazer o que se deve: primeiro, através de controles externos do comportamento; depois, por um processo gradual de interiorização das normas do grupo e deixando pautar a conduta pelas estruturas internas controladoras.

Neste sentido, qualquer programa de ressocialização visa integrar o indivíduo no mundo dos seus concidadãos, sobretudo nas coletividades sociais básicas como, por exemplo, a família, a escola ou o trabalho,¹⁸ proporcionando-lhe o auxílio necessário que o faça ultrapassar a situação de desfasamento social em que se encontra.

A partir daqui, o crime surge como a consequência de um *déficit de socialização*¹⁹ que se analisa num conflito do indivíduo com as normas e estruturas da sociedade, e o delinquente aparece como um indivíduo que falhou no processo de aprendizagem e socialização devido a fatos que intercederam na sua normal evolução.²⁰ Sendo assim, o que se pretende — isso visando o seu processo de ressocialização — é compensar o seu *déficit de socialização* e os processos incompletos ou inexistentes de aprendizagem social,²¹ ou seja, reintegrar o indivíduo na sociedade tornando-o capaz de não cometer crimes.²² Este grau de identificação do indivíduo com a ordem jurídico-penal vigente — suportando a aplicação de *programas mínimos de tratamento* — daria satisfação ao processo de ressocialização, permitindo-lhe alcançar o objetivo visado e sendo, por isso, o único exigível.

O que não se nos afigura correto — e aqui sendo válida esta asserção muito vulgarizada —²³ é que a privação da liberdade seja o meio ressocializador efetivo ou o mais idóneo para compensar no adulto um *déficit de socialização* assim sofrido na infância.

Por outro lado, de um ponto de vista valorativo, contemplando a ressocialização um sentido de aprendizagem das normas do grupo, não se pode evitar que, extraindo desse processo as suas últimas consequências, ela venha a comportar uma adaptação “ritual” e,

¹⁸ Assim, expressamente, G. KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., p. 362.

¹⁹ Vide, por todos, MULLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht und Strafvollzugsreform*, in *MSchrKrin.*, 1972, p. 26 (“Mangel an Sozialisation”).

²⁰ Neste ponto, as teorias de explicação do crime de nível individual ou do homem delinquente — no critério oferecido in *Criminologia*, cit., p. 243 e ss. — divergem, enquanto sobrelevam ou os elementos sociais e situacionais (teorias psicossociológicas) ou elementos da personalidade (teorias psicodinâmicas).

²¹ Cf. MULLER-DIETZ, (n-19), p. 265.

²² Por aqui se vê já como são também concepções criminológicas que suportam as ideologias fundamentais de resposta ao problema criminal. Saliendo este aspecto, *Criminologia*, cit., p. 17 e ss. e p. 157 e ss.

²³ Divulgando este aspecto, MULLER-DIETZ, (n-19), p. 28.

nesse sentido, “coativa” — enquanto meramente externa — a um sistema a que se é alheio.

Com o que ficaria sempre aberto o passo à consideração da via da verdadeira correção ou “regeneração”²⁴ perfeita e integral do delinqüente, a obter mediante a sua adesão interior autônoma aos valores da ordem jurídica e o fortalecimento da sua personalidade de maneira a não os ofender.

Existe aqui uma forte conotação pedagógica e tutelar a que não é estranha a larga influência da filosofia correcionalista, onde o processo de ressocialização encontra agora valiosos precedentes. Também neste âmbito — e sem cuidar da concepção mais ou menos eufemística do delinqüente como *minusvalido* necessitado de uma “paternal” ajuda estatal — ressaltam muitos pontos duvidosos. Aproximamo-nos agora dos *programas máximos de ressocialização* que invocam a função “pedagógica” da pena e reclamam a concórdia plena entre o comportamento externo do indivíduo e a sua atitude interna, não sendo então tarefa fácil justificar que incumba ao Estado o dever (ou o direito?) de “corrigir” ou “educar”, neste sentido, os delinqüentes.

Nega-se, de fato, qualquer legitimidade do Estado e da sociedade para impor, no plano dos valores morais, crenças ou convicções internas — o *forum internum* — ao *forum externum*,²⁵ pretendendo, assim, obrigar o indivíduo a aceitá-las. Com efeito, sobre qualquer outro valor estará sempre o respeito inerente à dignidade humana do delinqüente, difícil de assegurar, na prática, quando a meta que se pretende atingir não consegue escapar totalmente à eventualidade de uma “lavagem ao cérebro”, se tanto for necessário, para alcançá-la. Uma ressocialização entendida neste plano moral poderia sempre conduzir à mais absurda e perigosa manipulação da consciência individual, para além de deixar por resolver a questão fundamental da legitimidade para impor um qualquer sistema de valores vigente na sociedade.²⁶

O dilema é, assim, claro: toda ressocialização que pretende ir mais além do que a mera conformidade exterior à lei encerra o perigo de uma adaptação coercitiva aos parâmetros de uma determinada concepção de vida, o que choca, em absoluto, com os princípios de uma sociedade democrática. De fato, se o pensamento

²⁴ Repare-se que, entre nós, a imprecisão que rodeia o conceito foi desde sempre desmentida pela escolha entre as expressões “regeneração” e “readaptação social”, às quais se alia um sentido preciso. Com este entendimento, cf. EDUARDO CORREIA, Código Penal — Projeto da Parte Geral, 1963, p. 405.

²⁵ Cf. MUÑOZ CONDE, *La resocialización*, cit. (n-14), p. 629.

²⁶ Uma ressocialização assim entendida sempre estaria em contradição com os princípios do Estado que a legitimam, porquanto não pode ser levada a efeito sem lesionar gravemente os fundamentos de uma sociedade pluralista e democrática.

ressocializador era tradicionalmente criticado pondo em relevo as dificuldades da sua realização prática, é ele hoje posto em causa a partir de outro ponto de vista: não se objeta com o seu romantismo utópico, mas com a sua falta de legitimidade face aos princípios sufragados pelo modelo de Estado que a nossa atual Constituição consagra.

A polémica assim suscitada em torno desta questão iniciou-se, aliás, partindo de quadros bem definidos. Enquanto se exige, em consonância com a “tarefa de purificação do âmbito do autêntico direito penal”,²⁷ a destruição de qualquer dogmatismo moral no seu seio, não pode, em nome da ressocialização, pretender-se mais do que conseguir a conformação do delinqüente-recluso com a legalidade, ou entendê-la noutro sentido que não seja o da “prevenção da reincidência”.

Este ponto de vista que equipara ressocialização a mero respeito da legalidade penal — bastando-se com um programa “mínimo” de tratamento — seria, por outro lado, conforme à estrutura funcional do sistema penal. A norma penal — afirma MUÑOZ CONDE —²⁸ contém uma série de expectativas de condutas legalmente determinadas cuja frustração possibilita, sob certas condições, a aplicação de uma pena. Finalidade da execução dessa pena seria, por conseguinte, restabelecer no delinqüente o respeito por essas normas básicas, tornando-o capaz de corresponder, no futuro, às expectativas nelas contidas, evitando, assim, o cometimento de novos crimes, numa palavra, a reincidência.

Um processo ressocializador com este sentido seria ainda inteiramente subscrito por um direito penal que — de acordo com um princípio de intervenção mínima e no âmbito de uma sociedade democrática e de absoluto respeito pela dignidade humana —, se atribui como fim primordial a tarefa, ao mesmo tempo modesta e difícil, de proteção de bens jurídicos, o que, numa certa vertente, se traduz em evitar que se cometam crimes.

Entretanto, continua ainda a ser discutível a viabilidade de um programa mínimo de tratamento que se limite a pretender a mera conformidade do comportamento externo do sujeito à norma penal.

São aqui trazidos à colação diversos argumentos que, embora à custa de algum reducionismo, podemos sintetizar numa diminuição do *efeito* e *alcance* da finalidade pretendida.²⁹

²⁷ Assim, expressamente, FIGUEIREDO DIAS, *A Reforma do Direito Penal Português, Princípios e Orientações Fundamentais* (Sep. vol. 48, B.F.D. Univ. de Coimbra), 1972, p. 39.

²⁸ In *La Resocialización*, cit., p. 630.

²⁹ Segue-se A. ESER, *Resozialisierung in der Krise Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollegs*, in *Festschrift für Peters*, p. 512 e p. 517 e s.

De fato, antes de tudo, afirma-se que uma ressocialização eficaz e duradoura não pode basear-se apenas no medo das sanções penais, que seria, afinal, o que levaria o delinquente a conformar o seu comportamento com a lei.

Por outro lado, sem a interiorização da norma — pressupondo uma atitude axiológica — faltaria o fundamento (estável) que determina a atuação conforme ao direito.³⁰

Afirma-se então que não pode, com propriedade, falar-se de ressocialização quando por detrás do comportamento respeitador da lei existe apenas o “vazio moral”, ou uma “contradição” entre os comandos legais e as convicções íntimas do sujeito. O que desencadeia toda uma série de considerações centradas em torno do que ALBIN ESER cunhou de “paradoxo da ressocialização”: conformismo e medo do castigo — se este tiver a sua palavra a dizer —, ³¹ sem convicção interior sobre o valor (ou desvalor) da conduta, apenas subsistem enquanto se mantém o controle (coativo) sobre o indivíduo. Assim, quando ressocialização deve significar “autodeterminação”, dificilmente se poderá atingir esta finalidade se todo o processo se baseia, afinal, na imposição e acomodação exterior — e, nesse sentido, coativa — a modelos de conduta mais ou menos arbitrariamente impostos. Faltando, assim, o pressuposto necessário à realização daquele objetivo, ou seja, um aparente respeito pelo foro íntimo do indivíduo, a conseguir através de um processo de ressocialização que se basta com o respeito pela legalidade pode, afinal, encobrir uma forma muito mais penosa de repressão enquanto esquece a verdadeira essência definidora do ser humano como tal.³²

Contribuindo de igual forma para este entendimento das coisas, teceu PETERS³³ importantes reflexões sobre a genuína função do direito penal, perdida em favor de uma abordagem meramente formal e negativa da problemática da ressocialização. É um erro começar a ceder terreno em nome da uma falsa “tolerância” e “neutralidade axiológica”, ou de uma hipotética “deseticização” do direito penal. Referir a ressocialização, pura e simplesmente, ao tipo legal de crime, desfigura a sua função, “empobrecendo-a”, afirma

³⁰ Cf. A. ESER, cit., p. 511, nota 30.

³¹ O que a teoria psicológica de EYSENCK sobre a explicação do comportamento criminoso vem de alguma forma desmentir, enquanto não explica pelos princípios gerais do hedonismo, mas a partir da lei da sequência temporal aquilo a que chama o *paradoxo do delinquente*. Cf. *Criminologia*, cit., p. 304.

³² Fala ESER (loc. cit., p. 512), de “wesentliche Schichten menschlichen Personseins”.

³³ K. PETERS, *Die ethischen...*, cit., p. 510. Cf. também G. BETTIOL, *O Mito da Reeducação, em O Problema Penal*, 1967, p. 271 e ss.; conclui este Autor pelo “mito de reeducação”, numa posição que extrema os campos: ou se educa “na hipocrisia” ou “em qualquer caso virá a ser ofendida a liberdade interior da consciência individual (p. 272).

aquele Autor. E continua: “O crime não constitui simplesmente a violação de uma norma jurídico-penal, interessando ao direito penal reforçar não só as proibições — negativamente —, como também acentuar — de forma positiva — os valores que as mesmas encarnam. Da mesma forma, a função pedagógica que conleva a meta ressocializadora deve fazer referência ao ‘homem total’, à sua ‘personalidade integral’ e não a condutas isoladas e concretas.”³⁴

Significará tudo isto, afinal, que se justifica um ganhar de terreno por parte dos denominados programas “máximos” de tratamento ou que, eventualmente, não suscite objeções a via preconizada por PETERS da “Wiederherstellung der sittlichen Grundlagen und Ziele des Strafrechts und des Strafvollzugs”?³⁵

Levantam-se aqui fundamentalmente duas ordens de considerações que — repete-se o que já se afirmou — dizem respeito, não só à sua incompatibilidade com os princípios do atual modelo de Estado constitucionalmente consagrado, como também ao perigo que envolve uma atuação coativa sobre a personalidade moral do recluso.

Assim, a via de um programa máximo de tratamento sempre se confrontará com a estrutura de uma sociedade que, por mais hermética ou monolítica que seja, comporta em si a existência de diferentes conjuntos normativos, eventualmente conflitantes, defendendo valores também diversos ou, inclusivamente, contraditórios.³⁶ A falta de uma imagem unitária que a sociedade, nos nossos dias, possa oferecer de si mesma e dos modelos ou fins que prossegue,³⁷ é uma dificuldade que a inexistência de legitimidade para impor (arbitrariamente) este ou aquele sistema de valores vem aumentar.

Ainda neste âmbito, converge, de resto, toda uma multiplicidade de objeções de que forneceremos apenas uma imagem impressiva.

O aspecto trazido a debate é o da necessária “identidade”³⁸ entre quem cria as normas e os seus destinatários — *maxime*, ressocializador e ressocializado. Quando esta não se verifica — isto é, nos casos em que o recluso não aceita o fundamento moral que a norma pressupõe —, abre-se então o caminho da pura sujeição, do domínio de uns sobre outros, violando gravemente a livre autonomia individual.³⁹ Sem esta coincidência básica, seria assim latente em

³⁴ K. PETERS, (n-2), nota 8.

³⁵ K. PETERS, (n-2), p. 516.

³⁶ Cf. MUÑOZ CONDE, cit., p. 629.

³⁷ Cf. ESER, cit., p. 512.

³⁸ Sobre o assunto, vide SCHULER-SPRINGORUM, *Strafvollzug in Ubergang*, 1969, p. 218 e ss. e RUNDE, cit., p. 116.

³⁹ Salientando este aspecto, EDUARDO CORREIA, *Projecto*, cit., 1963, p. 35: “... a mais perfeita maneira de conseguir uma tal preparação seria conseguir a adesão dos indivíduos a esses valores, de modo que o comando geral que se afirma respeite a autonomia ética dos seus destinatários, e o agente que os viole se sinta responsável.”

toda a intenção ressocializadora uma contradição — denunciada por HAFKE —⁴⁰ entre duas realidades irreconciliáveis: a “autodeterminação” (*Selbstbestimmung*) e “domínio (*Herrschaft*)”.

Ora, na sociedade atual, quebrar-se-ia com frequência aquela identidade desta forma considerada condição necessária para assegurar uma efetiva ressocialização.

Não se duvida, entretanto, que, do ponto de vista defensivo, oferece mais garantias de eficácia um programa máximo de tratamento: só quando se alcança a conformidade entre o comportamento exterior e a atitude interna do indivíduo pode-se conseguir — nas palavras de K. POLAK —⁴¹ uma verdadeira “*Einordnung des Gefangenen in die gesellschaftliche Organisiertheit und Disziplin*.”

O que não se pode esquecer, por outro lado, é o fato de que um tal desiderato só é viável à custa do sacrifício do valor da liberdade da pessoa que, exatamente enquanto se invocam razões de cariz (exclusivamente) protetivo, é posto em causa. Uma proposta que suporte apenas esta alternativa — aceitação voluntária do modelo social ou “ressocialização coativa” — será sempre conflitante com os direitos fundamentais que a nossa Constituição consagra e cuja defesa procura assegurar em todos os domínios.

2.2. Vias para uma solução

Neste ponto do excursus que intentamos sobre o sentido da reinserção social ressalta já a dificuldade em traçar-lhe os seus verdadeiros limites. Parece justificar-se que se lembre aqui a afirmação de BETTIOL⁴² sobre este problema “que constituiu — e constitui ainda — o objetivo de eufóricas e ditirâmicas considerações no campo dos juristas e dos sociólogos”.

A nossa consideração oferece-se, antes de tudo, um quadro de opções cujos respectivos inconvenientes e contradições se fizeram ressaltar. É uma tentativa de as superar que representam as vias intermédias em que se enquadra, nomeadamente, a proposta de ESER que crê encontrar na chamada “pedagogia da autodeterminação” — caracterizada por HARTMUT V. HENTIG —⁴³ a alternativa à ressocialização para a moralidade.

Neste sentido, não se trata de impor um conteúdo moral e valorativo concreto — a “meta” —, mas tão-só de facultar “caminhos” — através dos quais se realiza o pleno desenvolvimento da personalidade humana —, preparando o recluso para decidir, ele próprio, face às alternativas com que se depara numa sociedade

⁴⁰ Cf. HAFKE, *Über den Widerspruch zwischen Therapie und Herrschaft*, in ZStrW., 1976, p. 607 e ss.

⁴¹ Citação de ESER (n-29), p. 515.

⁴² In *O Mito...*, cit., p. 627.

⁴³ Cf. ESER, cit., p. 516, que se segue na exposição subsequente.

heterogênea e plural. Admitindo-se a necessidade de uma interiorização das normas — mas não de uma determinada concepção do mundo —, procura-se ao mesmo tempo obter, para além do mero respeito pelas normas penais, uma atitude positiva perante os valores e bens jurídicos que subjazem àquelas proibições.

Representa igualmente uma via intermédia — não muito afastada desta, se bem que pretende sê-lo —⁴⁴ a tese de HAFKE⁴⁵ e a sua proposta de uma “terapia social emancipadora” que, em seu juízo, estaria longe de mera “imposição” ao recluso de modelos de conduta. No sentido de esvaziar, também, o seu programa ressocializador de qualquer conteúdo valorativo ou de um caráter coativo, considera que a função da execução das penas privativas de liberdade deve consistir no pleno respeito pela liberdade e autonomia individual, na oferta ao recluso da ajuda necessária para superar os problemas que o conduziram ao crime.

A terapia social emancipadora aparece, assim, como “antiterapêutica” — na senda da antipsiquiatria ou da antipedagogia —, enquanto não pretende submeter o indivíduo a qualquer tipo de tratamento ou educação coativa; contém, entretanto, um sentido terapêutico, na medida em que oferece a ajuda necessária para resolver problemas que situa no seu adequado contexto social. Trata-se, no fundo, de pretender levar a efeito uma atuação pedagógica, evitando uma doutrinação ideológica que só poderia conduzir à manipulação do delinquente.

Sem pretender aqui formular um juízo de valor sobre as teses expostas — e, de resto, sumariamente expostas —, sempre não poderá deixar de se chamar a atenção para o fato de, através de qualquer delas, não se evitar a referência — se bem que mais dútil e sutil — a conteúdos concretos e a sistemas determinados de valores ou modelos.

Não parece, de fato, que possamos facilmente desistir de explorar as virtualidades contidas num pensamento de reinserção social que coloque como seu objetivo a adaptação externa à legalidade penal. Nem estamos, com isto, a menosprezar as dificuldades ou objeções levantadas em torno de uma tal opção como ponto de partida. Mas, como do que se trata é, em definitivo, de recuperar para a sociedade, o objetivo pretendido deve consistir em fazer aceitar o delinquente as normas básicas e vinculantes que vigoram na sociedade. Ora, uma parte importante destas normas é constituída pelas normas penais, sendo assim o objetivo da reinserção social, em último termo, o respeito e a aceitação, por parte do delinquente, dessas normas, a fim de evitar o cometimento de (novos) crimes no futuro.

⁴⁴ Cf., neste sentido, as teses de MUÑOZ CONDE, cit., p. 633 e ss., e MOLINA, cit., p. 668 e ss.

⁴⁵ Cf. HAFKE, (n-40).

tação ou reprovação moral e quer só traduzir um específico sentido ético-social de desvalor da personalidade do delinquente.⁵⁵ Daí que a personalidade que é substrato da culpa jurídico-penal não seja a personalidade moralmente desvaliosa, mas a tradução externa (a “máscara”, talvez possamos dizer assim) do modo de ser que, sem perder a sua ligação ao ser-livre, releva para o direito e para a comunidade jurídica e social”.

As longas citações parece poderem justificar-se por serem feitas precisamente no momento em que a reinserção social surge ligada a este direito penal da culpa e deve ser feita regressar aos seus verdadeiros limites. Assim, da mesma forma, não toma ela por modelo “uma personalidade moralmente valiosa, mas simplesmente a personalidade que conforma a sua atuação com as exigências que o direito faz à conduta exterior dos cidadãos”.⁵⁶

Com o que o sentido reeducador ou pedagógico de execução da pena privativa de liberdade — assim justificado e exigido mesmo no plano ético-jurídico — começa a ganhar contornos precisos.

Os termos da questão podem pôr-se ao escolher entre falar de “regeneração” ou “reinserção social” do recluso.⁵⁷ Se uma “regeneração” perfeita e integral do delinquente importaria que se obtivesse a sua adesão interior autônoma aos valores da ordem jurídica e o fortalecimento da personalidade dos indivíduos de maneira a não os ofender”, tal não pode exigir o direito. Já BEAUMONT e TOCQUEVILLE⁵⁸ — a propósito das vantagens e desvantagens dos sistemas de Auburn e Filadélfia —, em termos que hoje continuam a ser válidos, notavam que se “uma reforma radical do delinquente seria ideal, a sociedade já poderia e deveria bastar-se com a sua reforma ‘legal e cívica’, com o ‘fazê-lo obediente’”.

As exigências do direito não poderão ir ao ponto de forçar o indivíduo a aderir a valores que bem podem não coincidir com o quadro ético de cada um — divergência que no direito penal deve reduzir-se

⁵⁵ Grifo nosso.

⁵⁶ Vide FIGUEIREDO DIAS, cit., p. 39 e nota 62. É sabido como a concepção de culpa de que arranca este direito penal “repousa afinal em uma idéia profundamente “otimista” do homem, que lhe reconhece em princípio as forças necessárias à sua recuperação social e mesmo à modificação da sua atitude interior — à autêntica *metanóia* — perante a vida e as coisas” (f. 36). De fato, salientando esta idéia de que em qualquer tentativa séria de recuperação, mesmo só externo-social, sempre terá de estar presente uma *metanóia*, na base da qual está a compreensão do arrependimento resultante de uma tal concepção de culpa, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 1976, esp. 203 e ss. e *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 1969, p. 239, nota 14. Esta característica do direito penal é, aliás, como é sabido, a nota essencial do pensamento de EDUARDO CORREIA.

⁵⁷ Segue-se EDUARDO CORREIA, *Projecto*, 1963, cit., p. 40 e ss.

⁵⁸ *Du Système Pénitentiaire aux États-Unis*, 1833, p. 106 e 107.

ao mínimo —,⁵⁹ antes devem bastar-se com a sua reinserção na vida em sociedade, com a (preparação da) sua capacidade para não ofender os comandos jurídico-criminais.

Adere-se, assim, sem receio — porquanto devidamente alicerçada —, a uma idéia pragmática, menos otimista, talvez, mas, nesse sentido, também menos utópica e mais realista.

Ideal seria sempre uma reforma radical do delinquente, mas irrecusável será também, entretanto, que, quando os homens revelam capacidade de adaptação para respeitar a ordem jurídico-criminal, cessa a legitimidade do direito para exigir a sua reforma moral.⁶⁰ De fato, é importante salientar a diferença existente entre as exigências das considerações expostas e aquelas posições que poderiam eventualmente redundar numa modificação da personalidade ou convicções do recluso.

A visão, em parte menos eticizante do direito penal, que assim se tem por pressuposto — enquanto não se pede ao indivíduo que concorde, que adira aos deveres jurídico-penais, apenas que crie disposição interior para não os violar e capacidade para os respeitar — não se confunde, no entanto, com uma visão puramente “preventiva” das tarefas que cabem ao direito penal, em que o problema da reeducação do condenado deve ser enquadrado nesse clima particular e referido àquela função (preventiva). As terríveis consequências de uma tal posição levaram a repudiar *a priori* um processo de reeducação que, salvaguardados os corretos limites, é afinal a única idéia que pode legitimamente defender-se.

Com efeito — na pura lógica positivista —, pelo que se refere ao caráter de reeducação como fim da execução da pena, desapareceu qualquer idéia ética. Deixemos falar BETTIOL:⁶¹ “O processo de naturalização da idéia preventiva pedagógica é, através do critério da readaptação, levado às suas mais radicais consequências, privado de qualquer momento de ‘valor’, depauperado de qualquer conteúdo espiritual, identificado, em substância, com a idéia do amestramento ou da habituação às técnicas da vida social, de que também o animal pode ser objeto. Foi, assim, afastado qualquer momento espiritual e a emenda, como sinônimo de abertura do espírito aos valores morais, banida do campo penalístico.”

Aparecendo a idéia de reinserção social justificada e exigida por intuítos meramente defensistas — o que, na perspectiva que se defende, não se verifica, como já vimos —, pode desembocar nestes

⁵⁹ Cf. EDUARDO CORREIA, *Projecto*, cit., p. 35; FIGUEIREDO DIAS, *A Reforma*, cit., p. 39 e ss., apontando a necessidade de descriminalização — para que a distinção entre moral e direito ressalte —, no sentido de destruição no seio do direito penal de qualquer dogmatismo moral, como uma exigência do Estado de direito social e de um verdadeiro direito penal de culpa.

⁶⁰ Cf. nota 57.

⁶¹ Cf. *O Mito*, cit., p. 270 e ss.

resultados. É o defrontar de novo com a oposição a todo o positivismo legal arbitrário, com toda a problemática de um direito penal que só reconhecesse como válido o critério de utilidade que, por isso, urgia que realizasse a moral ou, ao menos, por ela se limitasse.⁶²

Por aqui vemos, então, como a problemática da reinserção social toca o limiar da própria concepção do direito, *maxime*, do direito penal. A posição tomada, quanto ao sentido a conferir-lhe, não é independente desta nova ordem de considerações que se prendem com a própria fundamentação natural ou ética do direito ou que se baste na livre decisão dos detentores do poder político.

A questão é por demais controversa e supõe a resolução da tradicional antinomia entre o jurídico e o natural ou sociológico, o que, de tudo em todo, nos é alheio tratar aqui.⁶³

Irrecusável será sempre, contudo, admitir que “eliminar do direito penal todo o critério ético de base ou de valoração correspondente” — segundo BERTIOL —⁶⁴ “é privar a nossa disciplina de um terreno fecundo, direi até que do único fecundo”. O que se nega — e isso parece pacífico — é que o Estado possa “impor a virtude”, para continuarmos a utilizar a terminologia de BERTIOL.⁶⁵ O que o Estado pode fazer — e deve, como já vimos — é criar condições — pondo ao seu dispor meios que ajudem o indivíduo a resolver os seus problemas, conflitos internos e deficiências de socialização — para que o recluso possa, no futuro, conduzir a sua vida sem violar comandos jurídico-criminais. Isto é, para que não cometa crimes, compartilhe ou não dos valores defendidos, podendo tentar, neste último caso, a sua modificação, mas por outra via (adequada) que não a da criminalidade.⁶⁶

Ao pretender alcançar o objetivo da reinserção social não se quer, portanto, que o indivíduo assuma como próprio o modelo social e os valores. O que se tem em vista é apenas torná-lo capaz — criando-lhe disposição interior nesse sentido —, em qualquer caso, de não cometer crimes, facultando-lhe, para isso, os meios necessários e adequados. Trata-se assim, em último termo, da afirmação de que basta alcançar o respeito externo pela legalidade penal, enquanto a reinserção social que pretende fazer o indivíduo assumir ou interiorizar,

⁶² Sobre a ideologia positivista, cf. FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, cit., p. 109 e ss.

⁶³ A dogmática jurídico-penal vem, de há muito, tentando resolver a questão (vide FIGUEIREDO DIAS, *O Problema*, p. 93 e ss.), bem como a criminologia (vide, *Criminologia*, cit., p. 129 e ss., esp. p. 133 e ss.).

⁶⁴ Cf. *O Mito*, cit., p. 271; no mesmo sentido, K. PETERS, cit., p. 505 e ss.

⁶⁵ Cf. *O Mito*, cit., p. 273.

⁶⁶ Já de uma perspectiva marxista BARATTA defendia, para a criminalidade das classes mais desfavorecidas, que esta significava “en la mayor parte de los casos, de una respuesta inadecuada, individual e irracional a las contradicciones de las relaciones sociales de producción y distribución”, in *Criminologia crítica*, cit., p. 49.

os valores sociais ou morais se aproxima perigosamente de métodos próprios de um sistema totalitário.

Com tudo isto parece, entretanto, que continua a deixar-se aberto campo para as críticas suscitadas pelos setores que, de alguma forma, se opõem à via que assim se preconiza.

Só que — e mais uma vez a questão se prende com o próprio caráter da norma penal — “não é forçoso que a forma originária da norma jurídico-penal se veja como “constituída por uma ‘ordem’, impositiva ou proibitiva”, como um puro imperativo.⁶⁷ Caso em que, dirigida em primeira linha à conduta externa dos indivíduos e não à motivação interior que a esta preside, sempre permitiria o seu “amestramento” para não a violar.⁶⁸

A não ser assim — e embora não se considerando, tampouco, a norma penal como definidora de valores absolutos e imutáveis,⁶⁹ o que sempre implicaria que o indivíduo a eles devia aderir, justificando uma atuação coercitiva nesse sentido e que necessariamente significava alteração ou modificação da sua personalidade interior —, parece que um entendimento correto será o que supõe sempre para a norma imperativa ou “de determinação” uma norma de valoração “que a *antecede*, ou, quando menos, *coexiste* com aquela, sendo a determinação proposta, *uno-acto*, com a valoração”.⁷⁰

A idéia que por este modo lhe corresponde, de um direito penal ao mesmo tempo “eticizado” e “purificado”⁷¹ tem particular relevância neste contexto.

Se o indivíduo deve, por um lado, pura obediência à lei jurídico-penal — é a adaptação externa ou o momento imperativo *tout court* —, deve, por outro lado, *aderir* aos valores que lhe estão subjacentes, esperando-se que se corrija, que se eduque, *no sentido de se tornar capaz de os respeitar*. Desta forma se salvaguardando a necessária interiorização — agora não apenas no sentido mecânico — que, não se nega, sempre será pressuposto real de uma verdadeira ressocialização.

⁶⁷ Assim, cf. FIGUEIREDO DIAS, *O Problema*, cit., p. 118 e ss.

⁶⁸ Aqui se compreendendo a crítica movida contra este sentido da reinserção social a propósito dos programas mínimos de tratamento, acusando-o de facultarem uma ação coercitiva sobre o indivíduo.

⁶⁹ Sobre este sentido de norma penal, de alguma forma ligada à idéia de retorno ao direito natural, cf. FIGUEIREDO DIAS, *O Problema*, cit., p. 112 e ss.

⁷⁰ Vide FIGUEIREDO DIAS, *O Problema*, cit., p. 122. Afirma o Autor: “Quando hoje se apela para a forma imperativista da norma jurídica já não se pretende, em regra, abrir a porta a uma concepção ferreamente positivista do jurídico, mas só vincar a idéia de que a validade que fundamenta a norma não basta para a constituir em norma jurídica, para tanto se requerendo o concurso de uma vontade, e, assim, que aquela se arme de um imperativo” (p. 121).

⁷¹ Assim, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 28.

E o que sempre residirá na base deste entendimento é que, “para obter uma tal coincidência entre a lei criminal e a consciência, tanto poderá partir-se de uma adaptação da personalidade dos homens ao quadro de valores afirmados pelo direito penal, como do dever que ao legislador cabe, na medida do possível, de depurar este ramo do direito de tudo o que não corresponde àquele mínimo ético a que devem aderir todos os membros da comunidade”: ⁷² o nosso caminho é, manifestamente, o último.

Assim alicerçada, nunca a reinserção social corre o risco de se transformar numa modificação da personalidade do indivíduo. Aquele segundo momento sempre estará limitado pelo primeiro, que faz cessar a legitimidade do direito para intervir quando se manifesta exteriormente, pelo respeito da legalidade penal, que o indivíduo aderiu — presumivelmente — aos valores. Não se vai mais longe do que isto nem pode legitimamente pretender-se mais.

Neste processo de adaptação externa à legalidade é, pois, garantida a salvaguarda da *liberdade* do homem a quem sempre compete, em último termo, decidir sobre a adesão ou não aos valores que a ordem jurídico-penal defende. Eles representam já o mínimo exigível a que o indivíduo, não aderindo, fica legitimamente sujeito a sofrer as consequências; mas sendo apenas a *capacidade* — que sempre pela norma se pode motivar, encerrando ela um valor — para os respeitar que se pretende formar. Colocada assim a liberdade do homem na base de todo o entendimento do direito penal, também aqui se tem de aceitar que ao indivíduo cabe, em última análise, a decisão final de não cometer crimes. ⁷³

De resto, só este sentido da reinserção social, como *oferta* ao delinqüente das condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida de acordo com a legalidade jurídico penal — servindo, assim, o objetivo da prevenção da reincidência —, é legítimo do ponto de vista das relações entre o Estado e o indivíduo, segundo o que àquele compete um especial dever de assegurar a efetivação de prestações estaduais aos membros da comunidade que se encontrem — como é seguramente o caso dos reclusos — em especial estado de necessidade.

Não existe qualquer proibição jurídico-constitucional obstando a que se fale numa idéia de correção com o sentido preciso de formação de capacidade interior para não cometer crimes. ⁷⁴ Nem esta correção em que assim se pensa envolve violação do respeito pela dignidade

⁷² EDUARDO CORREIA, *Projecto*, cit., p. 35.

⁷³ No mesmo sentido, CALLIESS/MULLER-DIETZ *Strafvollzugsgezet*, 1979, p. 30.

⁷⁴ Do que unicamente se pode falar é de limites constitucionais válidos para a delimitação da posição jurídica advinda da situação de recluso. Não se pode, pois, dizer, que o princípio da correção viole, de uma maneira geral, os direitos fundamentais do indivíduo; o que pode, pois, estar em causa é, por exemplo, não respeitar o princípio da proporcionalidade na limitação de

humana, limite constitucional que sempre tem de estar presente àquela idéia e que aponta, ele próprio, o sentido da reinserção social.

Na verdade, não pode nunca ser tarefa da execução “moralizar” em tom autoritário, transformar a personalidade ou impedir o livre desenvolvimento da autonomia do recluso, que, pelo contrário, se quer fomentar. ⁷⁵ Nem o sentido conferido à correção pode, assim, justificar a imposição de medidas ou a utilização de métodos que, por qualquer forma, transformem o recluso em mero objeto de tratamento. ⁷⁶

3. Conclusão

Em diversas ocasiões ao longo deste estudo se deixou adivinhar a crise que atravessa o pensamento ressocializador.

Assiste-se, nalguns países — como a Suécia ⁷⁷ ou os Estados Unidos —, ⁷⁸ a uma viragem espetacular em matéria de política criminal, repudiando-se subitamente qualquer idéia de tratamento e de reinserção social. Invocam-se para isso, nomeadamente, os resultados (negativos) das investigações sobre os programas de tratamento.

Ora, o que se quer salientar é que não se pode centrar sobre esta espécie de “revelação científica” a transformação operada em política criminal. Há causas múltiplas — não sendo dispiciendas razões de ordem política — que conduziram, nalguns casos, a esta estranha conjugação de forças entre os nostálgicos do castigo clássico e os defensores radicais das liberdades individuais condenando o tratamento e a reinserção social. Existem, sem dúvida, dois pólos de tensão: o

⁷⁵ Servindo-nos da justificação do § 2 (*Alternativ-Entwurf eines Stravollzugsgezetes*, 1973, p. 57), tarefa da execução não pode ser “den Verurteilten zu einem tadelrein Burger zu eiziehen”. De resto, do n.º 2 daquele parágrafo expressamente constava: “Der Vollzug darf nicht auf weitergehende Veränderungen der Personlichkeit oder der Uberzeugungen des Verurteilten gerichtet sein.”

⁷⁶ Neste sentido, A. KAUFMANN, *Strafrecht und Stravollzug*, in *Die Stravollzugsreform*, p. 46; MULLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, 1978, p. 79.

⁷⁷ Onde o pensamento ressocializador chegou a dominar quase exclusivamente. Sobre o abandono desta ideologia que se verifica nos países escandinavos, de uma maneira geral, cf. KAISER, cit., p. 362 e ss. Expressamente sobre o assunto SIMSON, *Behandlung Statt Strafe? Zu den Schwedischen Kriminal Reform*, in *Zeitschrift fur Rechtspolitik*, 1972 (11), p. 262 e ss.

⁷⁸ Expressivos das dificuldades e dúvidas crescentes quanto ao ideal ressocializador, cf. a série de estudos de autores americanos publicados in *The Annals of th American Academy of Political and Social Science*, p. 1 a 51: S. BATES, *The Prison Asset or Liability*; J. V. BENNET, *Evaluating a Prison*; A. H. MCCORMICK, *Behind the Prison Riots*; R. CASEY, *Catchall Jails*; M. E. ALEXANDER, *Do our Prisons Cost too much?* e G. B. VOLD, *Does the Prison Reform?*

um específico direito fundamental do recluso. Sobre isto e neste sentido, cf. TAFFKE, *Gibt es ein Verfassungsrechtliches Besserungsverbot?* in *MSchKrim* 58 (1975), p. 246 e ss.

de uma sociedade ameaçada nos seus valores por uma insegurança crescente e o de um Estado tentacular que asseguraria o seu domínio sobre os "deserdados" graças a formas insidiosas de um tratamento generalizado. Mas, se é necessário, por um lado, submeter ao fogo cruzado da análise racional os argumentos científicos adulterados — o que pora em causa conclusões por vezes apressadamente extraídas —⁷⁹ por outro lado, a finalidade de reinserção social, surgindo apontada a execução como uma exigência de um Estado democrático de direito e como postulado de um verdadeiro direito penal da culpa, a conceber dentro das fronteiras que a Constituição de alguma forma lhe traça, pode supor-se sem que comporte um ataque à dignidade humana ou ponha em causa a defesa dos direitos humanos fundamentais do recluso.⁸⁰

De qualquer modo, não deixam de ser fazer efeitos de todas as objecções que foram surgindo relativamente ao pensamento de reinserção social.

Inconsistentes, umas — as que põem em causa o sistema ou as que derivam da aplicação de um tratamento coativo que, já vimos, repudiamos —, contribuem outras — enquanto chamam a atenção para certas condições pouco satisfatórias em que se executa o tratamento — para superar deficiências existentes.

Um primeiro ponto que se evidencia é o de que todas as reformas que se preconizam exigem estruturas adequadas em meios e pessoal que, a maior parte das vezes, nunca foram proporcionadas.⁸¹

⁷⁹ Seria, pelo menos, duvidoso fundamentar nas conclusões daquelas investigações o abandono de uma política criminal de reinserção social. De fato, quer no que diz respeito à avaliação dos objetivos prosseguidos, aos métodos utilizados para tratamento ou aos critérios escolhidos para aferir dos resultados (cf., quanto a este ponto, S. BROWN, *Research into the aims and effectiveness of sentencing*, in *The Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, vol. 17, n.º 3, 1978, p. 435) — é difícil deixar de pôr em causa as conclusões negativas apresentadas contrárias, muitas vezes, ao próprio espírito científico. O que se critica é, então, o próprio instrumento de medida e o seu valor. Neste sentido cf. *Facts and Figures*, in *L'efficacité de la peine et autres mesures de traitement*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1967, p. 95; L. WILKINS, *Evaluating of Penal Measures*, 1969; C. H. LOGAN, *Evaluating research in crime and delinquency*, in *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1972; DENIS SZABO, *Criminologie et Politique Criminelle*, 1978; R. G. HOOD, *Research on the Effectiveness of Punishments and Treatments in Crime and Justice*, ed. L. Radzinowicz and E. Wolfgang, 1971, vol. 3, p. 159 e 182; W. G. BAILEY, *Correctional Outcome as an Evaluating of 100 Reports in Crime and Justice*, cit., vol. 3, p. 190 e ss. Expressamente sobre os vícios das investigações, cf. J. VERIN, *La Recherche conduirait-elle à abandonner la Politique Criminelle de Reinsertion Sociale?*, in *La Criminologie. Mélanges offerts à Jean Pinatel*, t. 645.

⁸⁰ Sobre a posição jurídica do recluso e a ampla defesa dos seus direitos que se pretende ver hoje conseguida, cf. H. C. FRAGOSO, YOLANDA CATÃO e ELISABETH SUSSEKIND, *Direitos dos Presos*, Ed. Forense, 1980.

⁸¹ Existem numerosos estudos tecendo observações críticas sobre este aspecto, sendo de salientar, nomeadamente, as crónicas de J. PINATEL na

A insuficiência da participação da sociedade na tarefa de reinserção social do indivíduo é outro dos fatores que em grande parte contribui para que os resultados não sejam tão proveitosos quanto seria para desejar. O tratamento é muitas vezes concebido como sendo da exclusiva responsabilidade do pessoal ou da própria administração penitenciária, descurando-se o papel do público. Ora, a própria idéia de reinserção implica uma reconciliação entre o delinquente e a sociedade e um esforço mútuo indispensável para que um tratamento "institucional" não seja votado ao fracasso.

A incoerência da neutralização dos esforços de reinserção social — resultante da discordância entre a ação positiva dos especialistas encarregados do tratamento e a influência negativa das forças sociais de rejeição — é um fenómeno corrente que se nos depara neste domínio.

A atual encruzilhada em que nos encontramos, podendo levar a optar por soluções extremistas — renúncia ao tratamento ou separação rigorosa entre tratamento e pena —, cremos que deixa antever respostas e abre vias para uma solução adequada no âmbito da reinserção social. Aliás, julgamos que resulta já com suficiente clareza, neste passo das considerações que vimos tecendo a propósito da reinserção social e do tratamento que lhe serve de base, não ser adequado colocar o problema naqueles termos de exclusão.

Não se encontrando para já no domínio científico qualquer argumento convincente que leve ao abandono do pensamento ressocializador — se por considerações utilitárias nos devêssemos bastar —, importa traçar com clareza os princípios a que obedece a mudança de enfoque da prisão na reforma do direito penal.

Aplicada que seja esta pena aos casos de delinquência mais grave — decisão para que inevitável e indiscutivelmente terá contribuído o conhecimento dos fracos resultados que se obtinham através de sua aplicação indiscriminada —, ver-se-á consideravelmente diminuído o número daqueles que ingressam nos estabelecimentos penitenciários e, para estes, julga-se que a aplicação de um tratamento com as

Rev. Sc. Crim. Der. Penal Comp., 1949; cf., no mesmo sentido, D. SZABO, *Criminologie et Politique Criminelle*, 1978, p. 51 e ss.: "Personne ne pourrait nier que les vraies performances du système n'ont pas eu lieu, et c'est sur des expériences bâclées que l'on porte des jugements bâclés." Por outro lado, não parece também que alguma vez tenha tido lugar a necessária colaboração entre os juristas, os penalistas, o mundo judicial, por um lado, e os psicólogos, os sociólogos, os criminólogos, por outro. Se um esforço mútuo se tivesse efetivamente alcançado, a realidade penitenciária permaneceria o que é hoje? Não se pode esquecer que a tarefa penitenciária reveste essencialmente um cariz sócio-educativo, realizado, não se nega, num âmbito (jurídico) que permita assegurar a proteção dos direitos dos reclusos. Salientando este aspecto, L. W. MCCORMIE e R. KORN, *Resocialization within walls*, in *Ann. Am. Acad. of Pol. and Soc. Sc.*, 1954, I, p. 88 e ss., que se debruça sobre o dilema, cuja solução, afirma, passa pela redefinição de conceitos.

características que se deixaram apontadas é a única reação socialmente inteligente e compatível com a idéia humanitária e de proteção da dignidade humana que não se pode dissociar da execução da pena.⁸²

O que se tornou problemático foi o fato, indiscutível durante muito tempo, de que era possível realizar com êxito um tratamento no meio fechado que é a instituição penitenciária. Conhecem-se hoje amplamente os defeitos e aspectos negativos desse mundo artificial e, na maioria dos casos, bem pouco apropriado para realizar um tratamento ressocializador.

Desta realidade e do seu conhecimento se extrairam as consequências adequadas. O cumprimento de uma pena privativa de liberdade ocupa cada vez mais — como última *ratio* — um segundo plano entre os instrumentos que o direito penal tem ao seu dispor, sendo aquela pena unicamente a espinha dorsal de um sistema de reações para a delinquência mais grave. Do lugar central que porventura ainda ocupe, como panacéia generalizada face à criminalidade — o que, manifestamente, a nossa atual lei penal repudia (art. 71) —, deve passar a uma posição marginal deixando amplo campo à discussão centrada em saber qual a melhor política alternativa e substitutiva.

Neste enquadramento, tampouco se julga realista a suposta oposição entre pena e tratamento.⁸³ Não só não se trata de conceitos incompatíveis como, para já, a sua conciliação representa a única solução satisfatória: ficar alguém ou ir mais além pode, em ambos os casos, constituir uma via perigosa.

Com o auxílio dos dados que as ciências empíricas vão fornecendo, o progresso da criminologia⁸⁴ e um direito penal verdadeiramente progressivo — no que uma correta compreensão da necessidade de descriminalização tem uma importante palavra a dizer — devem progredir-se no caminho da reinserção social. Parafraseando a célebre frase de LISZT poderemos dizer que o progresso do direito penitenciário se mede pelo aprofundar da idéia de reinserção social. Havendo que evitar, desde logo, o simplismo das rotundas (e erradas) alternativas. Nem pena sem tratamento, nem tratamento sem pena.

⁸² Neste sentido ROXIN, *El desarrollo de la política criminal*, in *Doctrina Penal*, n.º 7, p. 522; JESCHECK, *Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal*, in *Doctrina Penal*, n.º 7, p. 475.

⁸³ Sabe-se como o consentimento e a participação do recluso no tratamento são essenciais para o seu correto entendimento. E foi exatamente este reconhecimento que levou alguns a adotar uma separação completa entre a pena e tratamento, encontrando aí a razão da dissociação: a pena seria puramente repressiva e o tratamento totalmente facultativo. Assim, NORVAL MORRIS, *The Future of Imprisonment*, 1974.

⁸⁴ É patente a importância do progresso das investigações criminológicas na via da etiologia do crime, facultando a aplicação de tratamentos adequados.

Por outro lado, alimentar a pretensão contida no pensamento justamente celebrado de G. RADBRUCH pode ser o motor de novas técnicas e de progresso no combate à criminalidade. Só que, no horizonte da meta pretendida deve estar sempre a consciência de que, em qualquer sociedade, é impossível acabar com o crime. Os nossos esforços deverão consistir em promover, para aqueles que já iniciaram a senda da criminalidade, o respeito futuro pelos bens juridicamente protegidos, evitando, pois, a reincidência. Esta devendo ser a função básica chamada a desempenhar o direito penal que, ademais, deve levar a cabo de acordo com a sua natureza subsidiária ou fragmentária.

LEI DE SEGURANÇA NACIONAL.

O DIREITO DA TORTURA E DA MORTE *

Nilo Batista

Sr. Deputado Bocayuva Cunha, Srs. Deputados, senhoras e senhores: concebo este nosso encontro como uma reunião de trabalho, e gostaria que ele se desenvolvesse assim. Atendendo ao convite, muito honroso, do Líder do Partido Democrático Trabalhista, selecionei alguns temas dentro da vasta problemática colocada pela Lei de Segurança Nacional. Penso que esses temas, trabalhados por uma reflexão conjunta, poderiam constituir um material proveitoso para aquilo que seja o devir da legislação sobre a qual já nos vamos deter.

Posições sobre a LSN

Queria principiar expondo as posições que existem hoje no Brasil a respeito de legislação de segurança do Estado. Essas posições são basicamente três, sendo que uma delas apresenta várias alternativas. A primeira é a posição de que deva ser mantida a Lei de Segurança Nacional sob a égide da doutrina de segurança nacional, ainda que ela sofra eventuais abrandamentos ou aperfeiçoamentos, a exemplo daquilo que é representado pela própria lei vigente, a Lei n.º 6.620, de 1978. A segunda posição é a de abandonar inteiramente essa lei, em favor da criação de uma lei de defesa do Estado democrático. Esta posição, por seu turno, admite quatro táticas, quatro opções estratégicas. A primeira delas é a de reformar a Lei n.º 6.620/78, seja através de uma reforma cabal e completa, seja através daquilo que em uma reunião recente nós designávamos como foquismo legislativo, isto é, através de emendas a determinadas questões que se revelem mais pungentes diante da realidade da aplicação discriminatória e persecutória desta lei na prática judiciária. A segunda tática reside na criação de um projeto de lei integralmente novo, abandonando — e não reformando — a lei atual. A terceira tática

consistiria na repristinação da Lei n.º 1.802, de 1953, e seu subsequente aperfeiçoamento. Antes da legislação de segurança da ditadura militar, regia a Lei n.º 1.802, de 1953, que já exprimia um abrandamento das leis terríveis do Estado Novo. Essa Lei n.º 1.802 foi promulgada por Getúlio Vargas, e não era, absolutamente, uma lei muito aperfeiçoada; é, desde logo, uma lei de trinta anos atrás. Porém — e aí está o ponto central —, é uma lei que não se baseia na doutrina da segurança nacional. A grande vantagem, segundo seus partidários, dessa opção, é que ela evita o debate, eventualmente indesejável, sobre a doutrina da segurança nacional. E a quarta tática, que é igualmente uma opção de reforma, postula seja sediada a matéria de segurança do Estado no próprio Código Penal, a exemplo do que fazem muitos países. Para ficar num exemplo bastante expressivo, tanto a República Federal da Alemanha quanto a República Democrática da Alemanha situam em seus respectivos códigos penais a matéria de defesa do Estado, embora sob perspectivas naturalmente um pouco distintas, de acordo com a peculiar forma de organização econômico-social. Os partidários desta opção evidentemente não na reduzem a simples capricho de ordem topológica, mas supõem que a inserção dos delitos políticos no código penal poderia influir na estabilidade e permanência de sua concepção e aplicações práticas. A terceira posição suprime qualquer lei de segurança do Estado; afirma-se, aqui, que qualquer lei de segurança do Estado é um instrumento que dificulta o processo de mudança social, que controla reivindicações da classe operária ou de minorias oprimidas.

São essas as três alternativas que podemos identificar. A primeira mantém a Lei de Segurança Nacional; a segunda postula a criação de uma lei de defesa do Estado democrático, através de alguma de suas quatro táticas visíveis; a terceira suprime qualquer lei de segurança do Estado. Pessoalmente, estou convencido de que uma lei de segurança do Estado é indispensável; em primeiro lugar, para a defesa dos poderes políticos legítimos, democráticos. O Estado de direito democrático tem que ter à sua disposição instrumentos jurídicos — também democráticos — de defesa, para a proteção da Constituição, dos poderes legítimos e do legítimo exercício do poder, das instituições democráticas, etc. Em segundo lugar, uma lei de defesa do Estado democrático é importante para dar ao criminoso político — valha-nos aí uma designação que é corrente, embora um pouco antipática — o tratamento benigno a que ele tem direito. Tradicionalmente, a teoria jurídica dedica ao chamado criminoso político um tratamento de maior benignidade, tendo em vista os fins que o animaram a esta ou aquela conduta; também para garantir esse tratamento, uma lei de segurança do Estado, do meu ponto de vista, é importante.

* Palestra pronunciada em 14 de abril de 1983, na Câmara dos Deputados, perante parlamentares do Partido Democrático Trabalhista.

Penso que nosso exame da vigente Lei de Segurança Nacional poderia ser auxiliado, se revisitássemos a história de toda a legislação de defesa do Estado no Brasil. Penso que isto poderia nos fornecer informações preciosas para nos colocarmos diante de questões que afloram ao exame da lei vigente.

Principiemos por uma referência ligeira às Ordenações Filipinas, cuja matéria criminal, do Livro V, regeu no Brasil até 1830. No capítulo VI do Livro V encontramos o crime de lesa-majestade. Este crime compreendia tanto a *traição* ao Rei através de guerra, conselhos a inimigos etc., como a *insurreição*, na perspectiva da ofensa interna, golpista, sem qualquer vinculação com a integridade dos domínios, do território. O crime de lesa-majestade compreendia, assim, condutas muito diversificadas, que incluíam a ofensa à figura, à efígie do Rei, ou ainda o delito de maldizer do Rei; haveremos de ver que na legislação contemporânea subsistem, mais ou menos dissimuladamente, delitos dessa índole. O texto das Ordenações afirmava que o crime de lesa-majestade era equiparável à lepra, e portanto contaminava os descendentes do acusado. A pena, naturalmente, era a morte cruel, sob suplícios.

Com o Código Criminal do Império do Brasil instaura-se, de forma embrionária, não com muita nitidez, uma distinção importante, que é a distinção entre a *segurança externa*, que diz com a soberania, com o Estado visto na perspectiva do seu relacionamento internacional, com a integridade territorial, e a *segurança interna*, que diz com a defesa da Constituição e com o exercício dos poderes políticos legítimos. Encontramos, no capítulo I do título I da Parte II, os crimes contra a independência, integridade e dignidade da nação, que basicamente eram variações da *traição*; no capítulo II, crimes contra a Constituição do Império e a forma de governo; no capítulo III, crimes contra o chefe de Governo (tentar desentronizar o Imperador, etc.). No título II, encontramos crimes contra o livre exercício dos poderes políticos, e logo, no título III, crimes contra o livre exercício dos direitos políticos dos cidadãos (entre os quais, alguns crimes eleitorais). Seguem-se, no título IV, os crimes contra a segurança interna, com as figuras da conspiração, rebelião e sedição, e a famosa *insurreição* — o “delito” dos escravos “para haverem a liberdade por meio da força”.

Segue-se o Código da primeira República, o Código de 1890. Esse Código mantém um pouco a disciplina do Código imperial, com algumas distinções importantes. De um lado, ele acentua e aperfeiçoa a distinção entre segurança externa (*traição*, *espionagem*, *provocação de guerra*) e segurança interna (*conspiração*, *sedição*, *ajuntamentos ilícitos*). Porém, há uma perda grave. O Código do Império tinha um capítulo a respeito dos crimes contra o exercício dos direitos

políticos individuais. Era o crime que praticava, por exemplo, quem impedisse o eleitor de votar. Essa nota liberal do Código de 1830 desaparece no Código de 1890; esses crimes contra o exercício de direitos políticos individuais, que devem ser conteúdo de qualquer legislação séria de defesa do Estado de Direito democrático, não se fazem presentes. O art. 108 sofreria uma transformação muito grande com a legislação contra o anarquismo, especialmente os Decretos n.º 4.269, de 1921, e n.º 5.373, de 1927. Essa lei criava vários crimes que eram chamados “contra a segurança social”, numa linguagem bem ao sabor do princípio do século, como os crimes de dano, depredação, explosão ou posse de bombas de dinamite ou semelhantes. Essa modificação do texto do Código de 1890, feita por aquela lei contra o anarquismo, foi incorporada à Consolidação das Leis Penais de 1936.

O Estado Novo foi pródigo, é claro, nesta espécie de Leis. Nossa atenção deve fixar-se, inicialmente, na Lei n.º 38, de 1935, que pode ser considerada como verdadeira matriz de nossa tradição legislativa autoritária. Vejam-se as seguintes características da Lei n.º 38: a) hipertrofia do governo federal (para ficar num exemplo expressivo, o crime de “oposição a agente político” — art. 3.º — tem sua pena reduzida de 2/3, se o funcionário for do Estado, e de 1/2 se for do Município); b) anticomunismo (o art. 5.º fala em “instigar classes sociais à luta pela violência”; o art. 14 fala em “ódio entre classes sociais”); c) incriminação da greve (arts. 8.º, 18 e 19); d) moldada por uma “teoria geral” unificadora, que cunha, no art. 22, as expressões “ordem política” e “ordem social”, que até hoje nominam repartições policiais; e) severidade com estrangeiros (cancelamento de naturalização, expulsão), exoneração de funcionários públicos por razões ideológicas, uso de processo sumário. Vê-se como são grandes as semelhanças com o que se passaria trinta anos depois, fazendo-nos recordar a famosa passagem da repetição histórica — tragédia na primeira vez, farsa na segunda.

A Lei n.º 136, ainda de 1935, alterou e agravou alguma coisa da Lei n.º 38, notadamente visando a impedir a filiação de funcionários públicos e militares ao Partido Comunista. Criou também o crime de abuso de liberdade de imprensa, algo que tinha passado um pouco despercebido pela ferocidade da Lei n.º 38; criou também o crime de incitação, desprezo ou ódio contra as Forças Armadas; proibiu que empresas, institutos e serviços criados ou mantidos pelo Poder Público admitissem pessoas filiadas a partidos extintos. Empresas de publicidade eram obrigadas a fazer o registro de seus diretores. Tudo aquilo que seria a política ditatorial do DIP estava, em embrião, nessa Lei n.º 136, que alterava a Lei n.º 38, inclusive quanto ao processo, reduzindo as garantias de defesa, que já eram tão precárias.

O Decreto-Lei n.º 37, de 1937, dissolveu todos os partidos políticos, e, finalmente, o Decreto-Lei n.º 431, de 1938, que foi o ápice

desse percurso, promoveu um endurecimento e uma sistematização da Lei n.º 38. Tentemos um perfil desta legislação. Em primeiro lugar, ela se caracteriza por cominar penas severíssimas. A pena de morte passa a ser distribuída com prodigalidade pelo legislador; quase todos os crimes contra a segurança externa são punidos com a pena de morte. Há a superposição paroxística de figuras penais afins, uma tornando a outra desnecessária. Todos os crimes passam a ser inafiançáveis, nenhum deles permite livramento condicional. A lei permitia ainda que a pena fosse cumprida em “estabelecimentos especiais” ou em “colônias penais agrícolas”, sendo facultado ao Ministro da Justiça transferir o condenado como bem entendesse (“o interesse da ordem pública”). Talvez sem isso não tivéssemos *Memórias do Cárcere*; à *quelque chose malheur est bon*. Fora criado, em 1936, o Tribunal de Segurança Nacional, de cujo papel não nos ocuparemos aqui.

Trataremos, agora, da Lei n.º 1.802, de 1953. Essa foi a lei que quis abrandar uma legislação já inadequada, já envelhecida pelo processo político, e empreender uma liberalização da legislação anterior, guardando não obstante muitos vestígios. Creio que seria muito importante, para o atual momento, examinar o processo de negociação parlamentar da Lei n.º 1.802. De qualquer maneira, essa lei mantém, no art. 9.º, a incriminação da reorganização de partido dissolvido, impedindo que uma determinada minoria política, no caso, os comunistas, se organizassem, tivessem seu partido, seu órgão. A Lei n.º 1.802 possuía muitos traços liberais. Ela descaracteriza de propaganda subversiva a exposição e crítica de qualquer doutrina. Sobretudo, ela tem um dispositivo que a mim me encanta, que é o art. 37. O art. 37 contém uma norma que impede que qualquer dispositivo da lei possa ser interpretado em detrimento do exercício do direito de greve. Essa norma, se nada houver de se aproveitar dessa lei, deve ser resgatada. É uma norma de caráter interpretativo, que merece reedição legislativa. Normas interpretativas são às vezes muito importantes. Não é por acaso que o trigésimo artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos é um artigo sobre interpretação, proibindo que qualquer de suas disposições seja interpretada como restrição aos direitos e liberdades ali estabelecidos.

Entraremos agora propriamente no nosso assunto, examinando as leis de segurança nacional da ditadura militar. Tivemos, em primeiro lugar, o Decreto-Lei n.º 314, de 1967. Veio, em seguida, o Decreto-Lei n.º 510, de 1969, que alterou, agravando extraordinariamente o Decreto-Lei n.º 314, de 1967. Por exemplo, no art. 36, o Decreto-Lei n.º 510 passou a incriminar a conduta de *filiar-se* a organização de tipo militar. Antes, o Decreto-Lei n.º 310 só incriminava: “*fundar e manter* instituição de tipo militar”. A simples conduta de *filiar-se* não era punida. Na definição de propaganda subversiva, o Decreto-Lei n.º 314, de 1967, exigia que a atividade

importasse “em ameaça ou atentado à segurança nacional”. Essa cláusula (“quando importe em ameaça ou atentado à segurança nacional”) foi suprimida, dando um caráter formal aos crimes de propaganda subversiva, independentemente de carrearem ou não um perigo ou um dano para o bem jurídico tutelado, ou seja, para a segurança do Estado.

Vem, em seguida, o Decreto-Lei n.º 898, de 1969. Esta foi a lei de Segurança Nacional por excelência da ditadura militar. Esta foi a lei de Segurança Nacional “pra frente Brasil”; esta foi a lei da tortura, dos assassinatos, dos desaparecimentos. Foi sob a égide desta lei que se instaurou uma criminalidade oficial sanguinária, que, diante da forma como resolveu-se entender a lei de Anistia, passará impunemente. Pessoalmente, penso que a lei de Anistia não alcançou os crimes praticados por torturadores, e escrevi sobre isso num modestíssimo artigo, que está publicado na revista *Encontros com a Civilização Brasileira*, n.º 19. Entretanto, os tribunais não entenderam dessa forma, e o Judiciário perdeu uma grande oportunidade de reafirmação política. O Decreto-Lei n.º 898 cominava a muitos crimes a pena de morte, que nunca foi executada, mas que foi aplicada algumas vezes em decisões de primeiro grau. Eu exercia a advocacia nesse tempo e participei de vários julgamentos. O julgamento mais tenso da minha vida foi o do seqüestro do Embaixador alemão, no qual tinha ocorrido a morte de um agente da Polícia Federal, e temia-se a aplicação da pena de morte.

Veio por fim a Lei n.º 6.620, de 1978, que é a lei vigente, a Lei de Segurança Nacional da abertura — e é, do meu ponto de vista, digna da abertura.

A Crítica da Lei

Parte Geral

A linha de filiação entre essas quatro leis é tão grande, que o estudo da Lei de Segurança Nacional vigente é, em certa medida, o estudo das quatro. Essa lei compreende uma parte geral, uma especial, e regras sobre processo e julgamento. Na sua parte geral, temos a exposição legal da doutrina de segurança nacional, que se encontra nos arts. 1.º, 2.º e 3.º. Todos aqui conhecem a doutrina de segurança nacional. Sobre ela há um livro notável, do Padre Joseph Comblin, em que se mostram as origens americanas, e também como essa doutrina, que é de base dualística, se elaborou dentro da teoria da guerra fria, segundo a qual o mundo estava inexoravelmente dividido em duas partes e era inevitável um confronto bélico entre essas partes, em algum momento, e, portanto, as relações diplomáticas e a coexistência eram apenas uma etapa que disfarçava ou dissimulava uma forma moderna de guerra; e essa guerra alcançava, como uma expressão desse confronto internacional, as dissidências internas.

Então, o opositor político passa a ser um inimigo, o dissidente passa a merecer o tratamento jurídico que merece o soldado, o combatente. Não vem ao caso discutir essa concepção, que é do conhecimento de todos. A aplicação prática desse corpo de doutrina sempre implica em torturas, homicídios, desaparecimentos. Pense-se na guerra de libertação nacional da Argélia, onde a doutrina teve uma aplicação prática. Os métodos ali foram absolutamente assimiláveis ao que constituiu a repressão no Brasil, sob a vigência do Decreto-Lei n.º 898.

Dentro do intento do legislador de colocar na lei de segurança do Estado a doutrina da segurança nacional, aparecem aquelas categorias estranhas, discutíveis, exotéricas, na lei, como a categoria da "guerra psicológica adversa", que realiza precisamente esse raciocínio a que nos referimos, de tratar o dissidente político como se trataria o inimigo externo, numa hipótese de guerra. A guerra psicológica adversa é uma categoria que está colocada pela lei na referida parte geral. A Escola Superior de Guerra é — digamos — o núcleo de *intelligentzia* por excelência da produção teórica no Brasil da doutrina de segurança nacional.

Aparecem na lei os objetivos nacionais: integridade do território, etc. E quem define os objetivos nacionais — é uma crítica comum que se faz — são os militares, a dizer o que são objetivos nacionais, ou seja, os objetivos da Nação. Então, são os militares a afirmar quais são os objetivos de toda a Nação! Isso é sintomático, porque a lei exige certos atos falhos. Vejamos. Entre os "objetivos nacionais" dos militares figura a "paz social". Está lá, no art. 2.º da lei: "paz social". Mas não figura *justiça social*. Paz social pode ser uma determinada conjuntura mantida sob paz. Quando um historiador menciona a *Pax Brittanica*, ele está mencionando uma determinada conjuntura que respondeu a certas realidades políticas e econômicas, com projeções internacionais; mas não está se referindo à paz no sentido da convivência igualitária dos contrários, no sentido em que se possa falar de uma harmonização, de uma tolerância. Saibamos todos, graças à ESG e através da Lei de Segurança Nacional, que a justiça social não é um objetivo da Nação; saibamos todos, porque os objetivos da Nação estão lá, no art. 2.º de uma lei penal.

O art. 1.º, quando afirma, aparentemente de forma ingênua, que é dever de todos zelar pela segurança do Estado, instaura na verdade um Estado legal policial, cria um dever jurídico para o cidadão, que corresponde ao Estado. Não é suspirar por uma concepção liberal do Estado, mas corresponde ao Estado de Direito democrático criar os instrumentos para a defesa legal dos órgãos do seu legítimo poder político, dentro de uma legalidade democrática. Corresponde ao Estado, não ao cidadão. Com muito maior razão seria dever de todos impedir a prática de homicídios, ou a ocorrência de lesões corporais. A proposta legal é típica de um Estado policial:

cada um é o policial do vizinho. E, realmente, a doutrina de segurança nacional passa um pouco por isso: se estamos em guerra, ninguém nos pode assegurar que o nosso vizinho seja apenas um vizinho e não o inimigo "psicológico adverso" ao lado. Tecnicamente, o fato de se definir o que seja segurança do Estado é uma imperfeição — antes de ser, no caso concreto, um dislate. Para incriminar o homicídio não foi preciso definir o que fosse a vida. Para incriminar o furto, o roubo, não foi necessário definir-se o patrimônio. Pelo contrário a não definição permite a intervenção de uma interpretação criadora na experiência judiciária. Então, a concepção de patrimônio pode atender à realidade social cambiante, enquanto a lei não congela um conceito de patrimônio. Não se usa definir o "bem jurídico", porque não corresponde ao legislador penal, não é essa a sua tarefa, definir o que seja bem jurídico; aí o que contam são as valorações da sociedade civil.

No art. 4.º, a Lei de Segurança Nacional determina que o Código Penal Militar seja a legislação subsidiária. É um equívoco. Que a Justiça Militar possa julgar crimes contra a segurança do Estado assimiláveis aos crimes militares, é defensável; é discutível, mas é defensável. Mas, crimes que não sejam assimiláveis aos crimes militares têm que ser julgados pela Justiça Civil. A Justiça Militar não foi feita para julgar esses delitos; não é essa a finalidade constitucional e tradicional de uma Justiça que tem no Brasil 150 anos.

E o art. 5.º, deploravelmente, determina que o Juiz, na aplicação da Lei de Segurança Nacional, se atenha a esses conceitos que remontam à doutrina de segurança nacional, e estão expressos na própria lei. Existe um dispositivo, que é do conhecimento de todo jurista, que é o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Este art. 5.º determina que o Juiz, na aplicação da lei, se atenha aos interesses do bem comum e aos fins sociais da lei. Essa regra tem sido responsável por muitos avanços dos tribunais, no momento em que se trata de compatibilizar uma legislação atrasada com a realidade social cambiante e renovadora. Pois a norma do art. 5.º da Lei de Segurança Nacional impede que o Juiz se comporte de acordo com os fins sociais da lei e de acordo com os interesses do bem comum. Ele tem que se comportar de acordo com os princípios da doutrina de segurança nacional. Só essa monstruosidade bastaria.

Parte Especial

A parte especial, ou seja, aquela na qual se situam os crimes em espécie, suscita muitas observações importantes. Em primeiro lugar, vê-se que o direito brasileiro conhece ainda os crimes de lesa-majestade. No art. 33 temos uma ofensa à honra do Presidente, Vice-Presidente, Presidente do Senado, Câmara e Supremo Tribunal Federal, Ministros e Governadores, que se caracteriza como pura

ofensa à honra, alheio a qualquer motivação política. Isto se demonstra pela constatação de que no parágrafo do mesmo art. 33 existe uma majoração de pena para a hipótese de ser o crime praticado "por motivo de facciosismo ou inconformismo político". Isso significa que o tipo do art. 33 é um crime assimilável ao lesa-majestade, porque a honra pessoal do Presidente da República, num estado de direito democrático, não merece mais tutela do que a honra pessoal do mais humilde dos cidadãos. Aliás, este crime de lesa-majestade, que não é o único na Lei de Segurança Nacional, tem servido à perseguição de jornalistas, de opositores políticos e de parlamentares. Outra modalidade de lesa-majestade está no art. 42, inciso V, onde se incrimina a injúria, calúnia ou difamação contra órgão ou entidade que exerça autoridade pública ou funcionário em razão de suas funções. É o lesa-majestade para o segundo escalão, menos utilizado, por causa do custo político; mas está lá. E temos, no art. 19, a ofensa pública a Chefe de Governo estrangeiro, crime que ficou famoso na história política do Brasil, em 1968 exatamente. É basicamente outra forma de lesa-majestade. Quase 400 anos depois das Ordenações Filipinas, eis-nos convivendo com o crime de "maldizer do Rei".

O segundo grupo que merecerá nossa atenção é o dos crimes de mera manifestação de pensamento. Desde logo, observe-se que o art. 14, por exemplo, incrimina a divulgação de "fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor o povo com autoridades constituídas". Incriminar a divulgação de fato verdadeiro, mesmo com a ressalva de ser ele "truncado ou deturpado", é um absurdo. A interpretação do fato é a reconstrução de processos históricos através de uma atividade criativa de quem examina o fato. É nesse vértice que a história se afasta da historiografia. O historiador não é um repórter do fluxo dos acontecimentos ou, como diria Marc Bloch, não é um antiquário. O exercício da prática de História pode constituir crime pela Lei de Segurança Nacional. Visto este crime de outro ângulo, colocar-se-ia uma questão de política criminal. Deve a mentira constituir um delito, e um delito contra o Estado? Pode a mentira colocar em questão a segurança externa ou interna do Estado? Aliás, se a mentira fosse incriminada, uma bela fração do Ministério iria passar uma parte da vida nos presídios. Temos na lei outros crimes de mera manifestação do pensamento, como algumas modalidades da incitação do art. 36. Por exemplo, o inciso III, quando incrimina "incitar à animosidade entre Forças Armadas e instituições civis". Também no art. 42, inciso I, reprime-se a manifestação de pensamento: "Fazer propaganda subversiva através do uso de qualquer meio de comunicação social para propaganda da guerra psicológica adversa". Ninguém sabe com clareza o que seja "guerra psicológica adversa". Se ninguém sabe com clareza o que seja a guerra "psicológica adversa", o que será a *propaganda* da guerra psicológica adversa? Quando alguém estimula a convivência

dos contrários está fazendo a propaganda da guerra psicológica adversa? Parece que os temperamentos pluralistas vivem praticando este crime. Por último, examinemos esta rara espécie que é o crime de solidariedade. A palavra *solidariedade*, que é tão extraordinariamente rica, e que recentemente ganhou, com a luta dos trabalhadores poloneses, conotação tão intensamente democrática, nomeia um crime a Lei de Segurança Nacional. Nós conhecemos o crime de solidariedade, e ei-lo no art. 42, inciso VI. A Lei de Segurança Nacional consegue transformar a solidariedade em um delito. Não se pejou de usar a palavra, porque não lhe bastavam as formas convencionais de co-autoria e participação. Não lhe bastavam a participação, a instigação, a cumplicidade; não, ela queria reprimir um *post factum*, e um *post factum* que exprimisse tão-só a inteligência política, ou seja, a compreensão, o correligionarismo, o companheirismo.

O terceiro grupo sobre o qual nos deteremos é o dos crimes contra o direito constitucional de reunião e associação, direito constitucional que sofre golpes terríveis na lei de segurança nacional.

A primeira figura é o art. 40, que mantém aquela incriminação da velha Lei n.º 38, do Estado Novo, proibindo a "organização de partido político, associação dissolvida ou que exerça atividades perigosas". Aqui se coloca basicamente a questão do Partido Comunista, ao qual qualquer espírito afeito ao pluralismo democrático reconhece o direito de se organizar em torno de suas idéias. Também no art. 42, inciso III, incrimina-se a "propaganda subversiva" através de "comício, reunião pública, desfile ou passeata". Também essa é uma disposição que coloca em risco, perigosamente, a liberdade de associação e reunião.

Há em quarto lugar, o grupo de delitos que se ocupa do cerceamento do direito de greve. No art. 42, inciso IV, incrimina-se a realização de greve proibida, que passa a constituir, portanto, crime contra a segurança do Estado. No art. 37 e seu parágrafo único, temos incriminadas a greve de funcionários públicos e a solidariedade a funcionários públicos em greve. Novamente a Lei de Segurança Nacional, no parágrafo único do art. 37, converte a solidariedade em delito. A incriminação da greve de funcionários públicos também coloca uma questão que se equaciona no campo da política criminal. Deve ser incriminada a greve do funcionário público? Não bastariam, para o tratamento desse assunto, sanções do direito administrativo? Se se considera como indesejável que em determinados serviços públicos ocorra greve, não seria o caso de se operar com sanções do direito administrativo? O que tem a segurança do Estado, o que tem a defesa do Estado com a greve dos funcionários públicos? Parece que o que ocorre, aqui, é um momento que, talvez, no futuro, um antropólogo do Direito defina como o momento em que o Estado assume a sua face de patrão. Da mesma forma que, no episódio das greves dos metalúrgicos, o Estado se alinhava do lado patronal, e

colocava a Lei de Segurança Nacional a serviço dos patrões, ele aqui se assume enquanto patrão e incrimina diretamente — porque não precisa de mediações — a greve de seus empregados. Mas a operação é, no fundo, a mesma.

Deixei por último lugar as imperfeições técnicas, que são inúmeras, e muito conhecidas. As mais mencionadas delas são as incriminações vagas e indeterminadas. Todos sabemos que uma lei penal tem uma obrigação fundamental, que é um corolário do chamado “princípio da reserva legal”, que é um princípio básico das leis penais de Estados liberais. É preciso deixar claro em que consiste a matéria da proibição, para que o cidadão saiba se conduzir conhecendo os limites do ilícito. A Lei de Segurança Nacional viola este princípio a cada passo. O exemplo mais famoso é do art. 23: “Praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva”. Mas que atos são estes? Conversar sobre uma insurreição constitui um ato destinado a provocar guerra revolucionária ou subversiva? Consultar um catálogo de armas? Manter uma agenda atualizada? Então, o que é prática de atos destinados a provocar guerra revolucionária? Como esta, a lei contém muitas incriminações vagas e indeterminadas.

Em segundo lugar, ela contém incriminações sobrepostas, inúteis; ela contém incriminações absolutamente voluptuárias, tanto do ponto de vista interno quanto no concurso com outras legislações. Internamente, tomemos como exemplo o art. 26. Se examinarmos esse artigo, veremos que dele constam, entre outros núcleos do mesmo tipo penal, os seguintes: saquear, assaltar, roubar. Mas que diferença existe entre saquear, roubar e assaltar? Não existe nenhuma diferença entre saquear, assaltar e roubar. Significam absolutamente a mesma coisa. O art. 29 incrimina a revelação de segredo militar. Mas o art. 144 do Código Penal Militar já incrimina o fato de “revelar notícia, informação ou documento, cujo sigilo seja de interesse da segurança externa do Brasil”. Tal conduta já constitui um crime militar; logo, o dispositivo da Lei de Segurança Nacional é inútil. Outro exemplo está no art. 45, que prevê a promoção ou facilitação de fuga de pessoa legalmente presa por prática de crimes contra a segurança nacional. Perfeitamente inútil. Se o processo corre perante a Justiça comum, existe no Código Penal comum, entre os crimes contra a Administração da Justiça, o crime de facilitação de fuga; se o processo corre perante a Justiça Militar, existe, também no Código Penal Militar, entre os crimes contra a Administração da Justiça Militar, o crime de facilitação de fuga.

Há também, na Lei de Segurança Nacional, a feia responsabilidade objetiva. A responsabilidade criminal, ao contrário da responsabilidade civil, é uma responsabilidade pessoal e subjetiva. Ela é pessoal porque não se transfere, não se comunica, ela se detém na pessoa do autor, não opera por critérios de contigüidade, de solida-

riedade, de sucessão: ela se detém na pessoa do autor do ilícito. E ela é subjetiva porque depende da demonstração da culpabilidade do acusado. A pena se fundamenta na culpabilidade do acusado, não na simples produção de um resultado objetivo de lesão ou perigo para o bem jurídico. No direito privado, como sabemos, as coisas são diferentes. Existe, na Lei de Segurança Nacional, responsabilidade objetiva. Basta que se veja o art. 36, que contém modalidades alternativas de incitação, e seu parágrafo único: “se, do incitamento, decorrer lesão corporal grave ou morte — pena: reclusão, 8 a 30 anos”. Isso significa que essa pena é atribuída independentemente da participação no crime que conduziu à lesão corporal ou à morte. Na verdade, o incitamento, como entidade autônoma, é punível sem qualquer vinculação com a prática concreta da conduta, delituosa ou não incitada. É possível, por outro lado, participar de qualquer delito através do incitamento — que se chama, genericamente, instigação; mas aí o agente responde pelas penas daquele crime do qual participou. Até que se documente que o puro incitamento tem idoneidade física para produzir lesões graves ou morte, este parágrafo único contempla uma hipótese de responsabilidade objetiva, porquanto a pena se fundamenta por completo num fato de terceiro. Não quero fechar essas observações sobre responsabilidade sem colocar luz forte sobre esse antipático aleijão jurídico, que é o art. 51.

Devemos mencionar ainda a inexistência de um sistema reconhecível que separe os crimes contra a segurança interna e os crimes contra a segurança externa, com o alinhamento disciplinado de seus tipos básicos. É isso uma coisa tão clara! Segurança externa diz respeito à soberania e à integridade do território; é a proteção penal do Estado vista da perspectiva do relacionamento internacional. O tipo básico é o crime de traição, em torno do qual se reunirão espionagem, pirataria, etc. Segurança interna diz respeito à Constituição, à jurisdição, aos poderes políticos democráticos, e os crimes que contra ela atentam são a insurreição, a conspiração, os delitos contra o livre exercício dos poderes políticos constitucionais, etc.

Cabe mencionar, por fim, que as disposições processuais dessa lei são imperfeitas e nefastas. Prevê ela que durante o inquérito policial, pode a prisão do indiciado ser decretada pela autoridade policial por 30 dias, dos quais 8 sob incomunicabilidade. Isso é nefasto. Essa incomunicabilidade foi a ocasião por excelência da prática da tortura, da morte de opositores políticos. Muitas pessoas morreram por causa dessa incomunicabilidade. Afinal de contas, a verdade não fica jamais prejudicada pelo fato de ser o indiciado atendido, de ter contato com sua família, com seu advogado, ainda que ele esteja preso à disposição de uma autoridade competente. Por outro lado, não se deve deferir à autoridade não judicial, salvo exceções restritíssimas, como, por exemplo, o desempenho do Mi-

nistro da Justiça no que concerne a estrangeiros, extraditando, etc., e casos de prisão administrativa, não se deve deferir à autoridade não judicial o poder de prender, a menos que se ignore a realidade da polícia no Brasil.

Em Conclusão

A mim me parece claramente que essa legislação não pode sobreviver. A discussão sobre a Lei de Segurança Nacional traz muitas questões paralelas, e convém que essas questões paralelas, que são importantes, não distraiam do tratamento da própria lei de defesa do Estado democrático. Uma dessas questões é, por exemplo, a dos abusos de autoridade. Mas todo mundo sabe que nós precisamos de uma nova lei de abuso de autoridade. A nossa legislação é ruim, deficiente, malfeita; eu já disse, em outro lugar, que nem a polícia merece tal lei. Há um perigo rondando o Parlamento, neste momento, que é esse projeto de Lei Orgânica da Polícia Civil, publicada para receber sugestões. É uma lei terrível. Eu me dei ao trabalho de estudá-la, e fico num só exemplo. Nenhum cidadão brasileiro tem direito à prisão especial, depois de condenado. A prisão especial, à qual muitas categorias de cidadãos têm direito, pressupõe o processo em andamento. Depois da condenação, cessa a prisão especial. Porque, senão, essa deferência a determinada conduta anterior do acusado, que homenageia o princípio da presunção de inocência durante o processo, se transformaria num privilégio odioso. Depois da condenação, não há mais prisão especial. Todos os condenados devem ser bem tratados, mas em condições de igualdade. Pois o projeto de Lei Orgânica da Polícia Civil traz para os policiais prisão especial *depois da condenação*. O projeto ainda confere inamovibilidade para o delegado de polícia. Todos sabemos que a remoção é o recurso correcional por excelência das autoridades estaduais, que permite que casos de abuso de autoridade sejam prontamente contornados. É uma lei monstruosamente corporativista. Dá a impressão de que o legislador pensou na polícia de Londres; dá a impressão de que não está na América Latina, operando com grupos de extermínio, com padrões de corrupção espantosos.

Creio que uma lei de defesa do Estado democrático não se deve limitar ao que sejam as ofensas contra a chamada segurança externa ou contra a segurança interna. A exemplo do que fazem as legislações modernas, uma lei de defesa do Estado democrático tem de incluir crimes contra a humanidade, especialmente o genocídio, que está, entre nós, perdido numa lei do tempo de Juscelino, lei que o Brasil editou em atenção à assinatura da Convenção Internacional de Repressão ao Genocídio. Mas muitas legislações, algumas por

razões históricas muito evidentes, como é o caso da República Federal da Alemanha, colocam os crimes contra a humanidade, especialmente o genocídio, entre os crimes contra a segurança do Estado. Acho essa tendência importante, porque a nação é um dos elementos da constituição do Estado, e a lei ficaria menos impregnada de um Estado concebido sobre o território e a soberania, abstrações que tanto puderam servir à doutrina de segurança nacional. Também a tortura, que já está definida em documentos internacionais, deveria caracterizar-se como crime autônomo. Sobretudo, a exemplo do que é, agora, o nível de preocupação mais intenso de certas instituições, deveríamos pensar na possibilidade de uma definição legal do crime de desaparecimento de pessoa confiada a funcionário. Deveríamos pensar num crime para o qual não fosse necessária a prova da morte, um crime que dispensasse os ossos, uma figura nova que é, afinal, o subproduto da doutrina de segurança nacional. O crime de desaparecimento de pessoa confiada a funcionário público, para cuja condenação seriam necessários muito menos elementos do que a incriminação do homicídio, ou de formas convencionais de abuso de autoridade, maus-tratos e inclusive tortura, começa a ser objeto de estudos, fora do Brasil. Creio também que uma lei de defesa do Estado de Direito Democrático deveria retomar aquela tradição do Código Imperial e incluir, pelo menos, as modalidades mais evidentes de ofensa ao exercício de direitos políticos do indivíduo ao lado da ofensa ao exercício dos poderes políticos do Estado. Algumas espécies de crimes eleitorais afetam, efetivamente, valores básicos do estado de direito democrático: quem fraudar uma eleição está atingindo um fundamento do Estado de Direito democrático. Penso que alguns crimes eleitorais, não todos, mas só aqueles que signifiquem uma ofensa ao exercício de direitos políticos individuais, têm a mesma expressão política, no Estado de Direito democrático, que as ofensas ao exercício dos poderes democráticos. E, nesse caso, quem impede a um determinado grupo o direito de voto está praticando um crime que questiona fundamentos do Estado de Direito democrático. Uma lei de defesa do Estado de Direito democrático deve ter grande atenção para com aquilo que é o fundamento desse Estado, isto é, o pluralismo, a eleição, o processo de escolha dos governantes, a legitimidade do poder. Uma ofensa aos processos legais de produção do poder legítimo tem a ver com os fundamentos do Estado de Direito democrático.

De qualquer maneira, sobre o futuro da Lei de Segurança Nacional, a decisão deve ser basicamente política e não técnica, deve passar pela instância política e só supletivamente pela instância técnica. A atual lei é herdeira legítima de uma tradição de textos ferozes que consentiram injustiças, torturas e assassinatos. Ela não pode ser mantida, como não pode ser mantido seu espírito total-

tário e policialesco, expresso na doutrina de segurança nacional. Para os rumos que a essa mudança se deve imprimir espera-se uma contribuição importante do Partido Democrático Trabalhista, e creio que os Deputados que me honraram com a sua atenção terão que dar uma palavra importantíssima no processo de transformação dessa lei. É possível uma lei de defesa do Estado democrático que não seja necessariamente o direito da tortura e da morte. Devemos tentar fazer essa lei. Muito obrigado.

CRIMINALIDADE ESTRUTURAL: ASPECTOS IDEOLÓGICOS DO CONTROLE SOCIAL

Wanda Maria de Lemos Capeller

1. *Introdução*

A criminalidade estrutural, entendida como um fenômeno sócio-político-econômico que se manifesta nas camadas oprimidas da formação social brasileira, só pode ser percebida, real e concretamente, no momento em que se rejeitam os modelos importados, fruto de uma pluralidade de teorias criminológicas ideologicamente comprometidas e que, sobretudo, não correspondem à nossa realidade.

O comprometimento ideológico dessas teorias alheias à nossa concretude social, mas cuja aplicabilidade interessa sobretudo às instâncias de administração do sistema criminal, faz acreditar que a percepção do fenômeno criminal e sua extensão nas formações sociais de economia dependente, só pode ser apreendida se a produção teórica criminológica for constantemente recriada a partir da própria concretude social.

As relações entre o poder estatal, que dita as normas penais, e os destinatários dessas normas de controle social, permitem observar o processo contínuo de mudança nas relações de produção e, em face disso, a criminalização cada vez maior da classe trabalhadora.

2. *Aspectos ideológicos do controle social*

A análise dos aspectos ideológicos do controle social é apenas referida no decorrer deste estudo, pois uma avaliação mais profunda fugiria ao contorno de nosso objeto específico. Esta referência restringe-se ao esclarecimento de algumas noções sobre a função do Estado na criação da norma e transmissão de valores-do-poder e, principalmente, na função política particular das ideologias na dominação hegemônica de classe,¹ reproduzindo as relações sociais

¹ POULANTZAS, N., *Poder Político e Classes Sociais*, Martins Fontes ed., 1977, São Paulo, p. 133. Sobre o conceito de hegemonia: "... Este conceito tem como campo a luta política de classes em uma formação capitalista,

e de classe, e mantendo o *status quo* do modo de produção capitalista, ao possibilitar o controle social que uma minoria exerce sobre a maioria dos agentes sociais.

“Como o Estado é a forma na qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e na qual se resume toda a sociedade civil de uma época, segue-se que todas as instituições comuns são mediadas pelo Estado e adquirem através dele uma forma política. Daí a ilusão de que a lei se baseia na vontade e, mais ainda, na vontade destacada de sua base real — na vontade livre. Da mesma forma, o direito é reduzido novamente à lei.”²

A ordem legal sempre foi considerada como um mecanismo natural na organização da sociedade e na manutenção da ordem, pois o sistema legal foi criado pelo Estado para manter a estabilidade na sociedade civil. Quinney³ mostra-nos com muita clareza que o direito é considerado como um corpo de regras estabelecidas através de consenso, o que apresenta uma falsa realidade que só serve às classes dominantes.

Interessa aos detentores do poder reproduzir ideologicamente uma falsa imagem de que o Estado é imparcial na aplicação do sistema legal (que compreende a criminologia), sempre tentando equilibrar e conciliar os interesses dos diversos grupos sociais. Mas, apesar de que a classe dominante não está controlando diretamente o sistema legal, o Estado, através de seus mecanismos, defende os interesses desta classe. Assim, “o controle do crime se torna o maior esquema do Estado na sua promoção da sociedade capitalista”.⁴

O controle social, portanto, é exercido pelo Estado e a criminologia é uma ciência⁵ aplicada pelo Estado em seus mecanismos

² MARX, K., ENGELS, F., *A Ideologia Alemã*, Livraria Ed. Ciências Humanas Ltda., São Paulo, 1979, p. 93.

³ QUINNEY R., *O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*, in TAYLOR I., WALTER P., YOUNG J., in *Criminologia Crítica*, Ed. Graal, 1980, RJ, p. 236 a 241.

⁴ *Idem*, p. 240.

⁵ CAPELLER, Wanda Maria de Lemos, *A marginalidade social e a criminalidade na sociedade dependente*, Tese de Mestrado PUC/RJ, 1982, p. 1 — “A ciência criminológica é fragmentada em muitas teorias que não compõem um corpo sistematizado de conhecimentos, não têm um objeto definido e utilizam-se de diferentes metodologias. Esta atividade intelectual a que chamamos Criminologia, abrange, desde concepções herdadas do positivismo filosófico até concepções críticas fundadas nas categorias do materialismo dialético e aplicadas no contexto das sociedades centrais.”

recobrando particularmente as práticas políticas das classes dominantes nessas formações. Poder-se-á assim dizer, localizando a relação entre o Estado capitalista e as classes politicamente dominantes, que esse Estado capitalista é um Estado com direção hegemônica de classes. (...) Este conceito foi produzido por Gramsci. (...) Realmente, trata-se de um conceito novo que permite dar conta das práticas políticas das classes dominantes nas formações capitalistas desenvolvidas”...

de prevenção e reação ao comportamento criminoso. Os mecanismos para o controle são, em geral, coercitivos e violentos, assumindo sempre um caráter manipulatório e repressivo, e a função do Estado no campo político-ideológico é, também, de diluir e mascarar o caráter repressivo do controle social.

O papel do Estado é fundamentalmente de *coesão* de uma formação social. Segundo Poulantzas, “o papel global do Estado como fator de coesão de uma formação social pode, enquanto tal, diferenciar-se em modalidades particulares com respeito aos diversos níveis de formação, quer dizer, em funções econômicas, ideológica, política no sentido estrito do termo — papel no conflito político de classes.”⁶

A relação do Estado capitalista com as classes dominadas manifesta-se ao nível ideológico, pois os homens tomam conhecimento dos conflitos de estrutura no terreno das ideologias, uma vez que as superestruturas são o reflexo do conjunto das relações sociais de produção.⁷

A ideologia dominante em uma formação social é, via de regra, a ideologia da classe dominante. Mas, na leitura de Poulantzas vê-se que “a ideologia dominante não reflete apenas as condições de vida da classe dominante, sujeito *puro e simples*, mas também a relação política concreta, em uma formação social, entre as classes dominantes e as classes dominadas”.⁸

A função social da ideologia, mesmo comportando elementos de conhecimento, não é a de oferecer aos indivíduos um *verdadeiro conhecimento* da estrutura social, mas sim de manter uma opacidade em relação ao todo social. A ideologia não é discernível da *experiência vivida*, e justamente por isso é difícil de ser percebida pelos indivíduos.⁹

“A ideologia, introduzindo-se em todos os andares do edifício social, possui a função particular de *coesão*, estabelecendo ao nível do vivido dos agentes relações evidentes-falsas, que permitem o funcionamento das suas atividades práticas — divisão do trabalho, etc. — na unidade de uma formação.”¹⁰

⁶ POULANTZAS, N., *Poder político e...*, op. cit., p. 51.

⁷ GRAMSCI, A., *Concepção Dialética da História*, p. 52, Ed. Civilização Brasileira, 1966, p. 52 a 63. “A estrutura e as superestruturas formam um “bloco histórico”; isto é o conjunto complexo-contraditório e discordante — das superestruturas — é o reflexo do conjunto das relações sociais de produção.” E, ainda, “... na concepção de “bloco histórico” as forças materiais são o conteúdo e as ideologias são a forma, sendo que esta distinção entre forma e conteúdo é puramente didática, já que as forças materiais não seriam historicamente concebíveis sem forma e as ideologias seriam fantasias individuais sem as forças materiais.”

⁸ POULANTZAS, N., *Poder político e...*, op. cit., p. 197.

⁹ *Idem*, p. 201.

¹⁰ *Ibidem*, p. 202 — Nota: POULANTZAS refere-se aqui à metáfora do “cimento” que GRAMSCI emprega para designar a função social da ideologia.

Podemos, então, colocar a questão dos aparelhos de Estado e sua função na manutenção das relações entre as classes sociais. As relações ideológicas e políticas se materializam e transformam em práticas materiais no interior dos aparelhos de Estado, que têm como papel principal manter a unidade e a coesão de uma formação social. "Esses aparelhos compreendem de um lado o aparelho repressivo de Estado no sentido estrito e seus ramos: o exército, polícia, prisões, magistratura, administração; de outro lado, os aparelhos ideológicos de Estado: o aparelho escolar, o aparelho religioso — as Igrejas —, o aparelho de informação — rádio, televisão, imprensa —, o aparelho cultural — cinema, teatro, edição —, (...) e enfim, sob certo aspecto, e pelo menos no modo de produção capitalista, a família." ¹¹

Os aparelhos ideológicos elaboram e materializam a ideologia dominante, mas não são eles que *criam* a ideologia dominante. Sua função é de transmissão e retransmissão permanente destes valores, contribuindo para a divisão em classes da formação social e para sua reprodução.

A reprodução dos lugares das classes sociais não se utiliza somente do aparelho ideológico, mas também do aparelho repressivo que não deve ser entendido apenas pelo seu papel direto de repressão ou de "força física organizada". ¹² O processo de criação de leis e a execução da justiça, no contexto das classes dominantes, são fatores importantes na reprodução das sociedades capitalistas.

Ao criar leis, o sistema político-social visa a proteção dos interesses, valores e crenças dos que têm o poder para efetivar tal processo, e as normas criminais protegem estes interesses e valores através da sanção penal. Assim, o Estado, ao apropriar-se do poder político e dos aparelhos de manutenção deste poder, restringe e determina o comportamento dos membros da sociedade que estão sob o poder estatal.

"A relação legal entre o Estado e seus membros é uma relação ideológico-societal, onde o que fica estipulado na lei criminal serve para salvaguardar os valores ideológicos que o poder estatal quer ver implementados. (...) O poder cria os valores sociais e reforça as condições em que eles devem ser mantidos. (...) Na definição dos crimes a ideologia do poder político se transforma em termos legais." ¹³

Se entendemos, com Schafer, que a lei é a expressão formal do sistema de valores do poder social prevalente, concluímos com o autor que é difícil determinar a distinção entre crime comum e

¹¹ POULANTZAS, N., *As classes sociais no capitalismo de hoje*, Zahar ed., 1978, p. 26.

¹² *Idem*, p. 34.

¹³ SCHAFFER, S., *The Relativity of Political Crimes*, in *Readings In Contemporary Criminology*, Reston Publishing Company, 1976, p. 74.

crime político, desde que todos os crimes devem ser vistos no conceito de orientação política e natureza ideológica. Portanto, todos os crimes devem ser qualificados como crimes políticos ¹⁴ no âmbito geral da distribuição de poder dentro do organismo social.

Transpondo essas discussões teóricas para o interior das formações sociais do capitalismo monopolista dependente, e também para sua práxis, verificamos o agravamento destes problemas e seus efeitos no campo criminal. Quando observamos os processos de acumulação do capital na sociedade brasileira, vemos como o Estado atua *direta e violentamente* para assegurar, não só os valores das classes dominantes, mas, sobretudo, seus interesses econômicos que estão aliados aos interesses das burguesias internacionais. ¹⁵ O Estado criminaliza — com a proteção seletiva das normas penais e com a repressão seletiva — ¹⁶ as classes trabalhadoras (os trabalhadores inseridos no setor hegemônico de produção) e as populações marginais (os trabalhadores do setor terciário ou não-trabalhadores) para garantir a mão-de-obra barata e o baixo custo da reprodução social, que são os interesses primordiais do capitalismo transnacional.

Desta forma, acreditamos que a criminalidade assume um caráter estrutural, se bem que sua manifestação apareça a nível individual, ¹⁷ pois a criminalidade nas sociedades dependentes traduz as contradições e disfunções do sistema produtivo e atuação repressora seletiva do poder estatal. Esta criminalidade tende a aumentar na

¹⁴ *Idem*, p. 75.

¹⁵ CIRINO SANTOS, J., *Defesa Social e Desenvolvimento*, in *Revista de Direito Penal*, Forense, RJ, 1979, n.º 26 p. 26.

¹⁶ *Idem*, p. 27. "As práticas de repressão social, justificadas como correção pessoal de sujeitos anti-sociais, são práticas de controles apropriadas ao modo de produção da vida social: os métodos de defesa social atuam como modos (1) de *produção de crimes*, construindo as matrizes criminalizadoras (definições legais) e (2) de *produção de criminosos*, acionando os processos de criminalização (justiça criminal) e produzindo a mercadoria consumida no mercado penitenciário (execução (consumidora) do criminoso). Esse modo de produção de crimes e de criminosos reproduz as relações de desigualdade do modo de produção da vida social, e produz novas relações de desigualdade (gerais e individuais): a proteção seletiva das normas penais e a seleção dos sujeitos da criminalização destroem os mitos da proteção legal, da ideologia da defesa social."

¹⁷ CIRINO SANTOS, J., *Violência Institucional* in *Revista de Direito Penal*, Forense, n.º 28, 1980, p. 43. "Essa violência institucional... é a base histórica ou a origem primária... da violência individual, que, nessa ótica, aparece em sua dimensão de resposta pessoal irracional, em condições sociais adversas, de sujeitos em posição social desvantajosa, e, assim, existe como repercussão individual particular da violência institucional preexistente nas relações sociais..." Ver, também Motta, D. e Misse., *Crime: o Social pela cultura*, Achiamé, RJ, 1979, p. 46.

medida do desenvolvimento capitalista das formações sociais dependentes, porque este constitui-se aí de maneira duplamente excludente, ao gerar o exército industrial de reserva e ao limitar significativamente sua possibilidade de absorção no sistema produtivo, em função da tecnologia avançada e de uma mão-de-obra barata, porém desqualificada. A consequência deste processo é o aparecimento cada vez maior de populações economicamente marginalizadas, que são formadas por indivíduos sem trabalho e sem poder e que proliferam nos centros urbanos. Os efeitos desta marginalidade crescente e da repressão seletiva por parte do Estado, aparece de imediato no superpovoamento das prisões — última etapa do controle social e da repressão do Estado — e, na crise permanente da administração da “justiça” dos poderosos.

“As contradições do capitalismo explicam que o mesmo processo que vincula o trabalhador ao trabalho (aceitando a brutalização de sua *canga pessoal*) dirige o desempregado para o crime (aceitando os riscos da criminalização): a *necessidade de sobrevivência em condições de privação*. A força de trabalho integrada nos processos produtivos conhece a disparidade social da relação esforço/recompensa, e a força de trabalho excedente (excluída do consumo) desenvolve uma *potencialidade* para o crime, recorrendo a meios ilegítimos para compensar a falta de meios legítimos de sobrevivência: o sistema de controle do crime atua sobre o segmento da força de trabalho excedente (a proteção do cidadão *honesto*, o combate ao *crime nas ruas*, etc., legitima a coação do Estado), *mas o objeto real é a disciplina da força de trabalho ativa*.”¹⁸

A ideologia jurídica do poder político encobre o papel das formas legais da ordem social que, no pretenso interesse de proteger direitos iguais, mantém o processo de acumulação de riquezas, legitimando um modelo de desenvolvimento que beneficia as classes dominantes com a concentração da renda, o arrocho salarial, a poupança forçada das massas trabalhadoras e a exclusão da maior parte da população dos centros econômicos e de decisão e poder.

A reprodução das classes sociais ou dos lugares, nas relações de dominação ideológica e política — que coloca a questão do poder —, recorre a outros aparelhos, além dos aparelhos ideológicos de Estado, como os aparelhos econômico e repressivo para manter as “condições” de exploração.¹⁹

A questão do poder numa formação social dividida em classes sociais, relaciona-se ao nível da luta de classes, pois o poder é entendido como “a capacidade de uma classe social de realizar os seus interesses objetivos específicos”,²⁰ o que reporta diretamente à pro-

blemática da *organização de classe*. Esta questão, ao ser discutida no contexto das sociedades desenvolvidas, pressupõe a capacidade organizacional das classes trabalhadoras frente à atuação coercitiva do Estado, com o objetivo de promover a coesão social. Assim, “a *organização do poder* de uma classe aparece frequentemente, em Lênin, como *condição de sua ação aberta*”,²¹ o que significa que, em sua prática política aberta, as classes sociais, e as classes trabalhadoras em particular, tornam-se capazes de auto-organização.

Nas sociedades de capitalismo monopolista dependente, a questão deve ser colocada em razão das condições de organização do poder frente à atuação violenta e repressiva do Estado sobre as classes trabalhadoras, e, ainda, frente ao aparecimento crescente de populações marginais não inseridas no processo produtivo.

As condições de organização do poder pelas classes trabalhadoras são precárias e difíceis, devido à violenta repressão do Estado, o que prejudica sua prática política aberta e torna lento e complexo seu processo de maturação (enquanto consciência de classe) e de organização. A variável adicional do aparecimento de populações marginais que, por se encontrarem hierarquicamente abaixo das classes trabalhadoras efetivamente inseridas no processo produtivo, entenderemos como “classe marginal”, recoloca a questão da organização do poder sob outro prisma. A “classe marginal”, sem condições de inserção no processo produtivo e sem possibilidade de constituir-se com as classes trabalhadoras, mal chega ao *limiar* da organização, utiliza-se de formas alternativas de auto-organização e de redistribuição do poder, como, por ex., a manifestação criminal.

A manifestação criminal traduz a luta de classe das formações sociais dependentes, é parte integrante da organização do poder no interior da “classe marginal”, e justifica e legitima o acionamento constante do aparelho repressivo do Estado. Há, portanto, uma separação estrutural da criminalidade decorrente de sua posição de classe.

BIBLIOGRAFIA

- CIRINO DOS SANTOS, J., *Defesa Social e Desenvolvimento*, in Revista de Direito Penal, Forense, RJ, 1979, n.º 26.
- . *Violência Institucional*, in Revista de Direito Penal, Forense, RJ, 1980, n.º 28.
- . *A Criminologia Radical*, Forense, RJ, 1981.
- CAPELLER, Wanda, M. L., *A Marginalidade Social e a Criminalidade na Sociedade Dependente*, mimeografado, PUC/RJ, 1982.

²¹ POULANTZAS, N., *Poder...* ob. cit., p. 107.

¹⁸ CIRINO SANTOS, J., *A Criminologia Radical*, Forense, 1981, p. 29.

¹⁹ POULANTZAS, N., *As Classes Sociais no...*, op. cit., p. 34.

²⁰ POULANTZAS, N., *Poder Político e...*, op. cit., p. 100.

- GRAMSCI, A., *A Concepção Dialética da História*, Ed. Civilização Brasileira, SP, 1966.
- MARX, K., ENGELS, F., *A Ideologia Alemã*, Livraria Ed. Ciências Humanas Ltda., SP, 1979.
- POULANTZAS, N., *Poder Político e Classes Sociais*, Martins Fontes, ed., SP, 1977.
- . *As Classes Sociais no Capitalismo de Hoje*, Zahar ed., RJ, 1978.
- SCHAFER, S., *The Relativity of Political Crimes in Readings In Contemporary Criminology*, Reston Publishing Company, EUA, 1976.
- TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J., *Criminologia Crítica*, Ed. Graal; RJ, 1980.

A EVOLUÇÃO DA TEORIA CRIMINOLÓGICA E AVALIAÇÃO DE SEU ESTADO ATUAL *

Lola Aniyar de Castro

Ao se procurar estabelecer a linha seguida pela evolução da teoria criminológica, enfrentam-se duas alternativas: realizar uma narrativa, mais ou menos cronológica, dos caminhos da criminologia — uma elementar reportagem informativa — ou, o que seria melhor, tentar explicar as razões de ordem epistemológica e política que determinaram suas manifestações. Em todo caso, como seria mais conveniente falar de rupturas sucessivas do que de avaliação, optamos pela segunda solução, que passa por três níveis:

1) tentar demonstrar que a denominada “evolução” da criminologia não é estranha à posição que se tenha assumido frente ao conceito de Estado, ao modelo sociológico consagrado ou ao posicionamento epistemológico de que, às vezes mais inconsciente do que conscientemente, todo criminólogo é portador; 2) sugerir as funções políticas da criminologia; e 3) realizar algumas reflexões sobre como esta “evolução” pareceu consistir, nestes momentos, em uma involução para esquemas bastante antigos: desta forma, pelo desaparecimento da Criminologia positivista e liberal como instrumento de legitimação, ter-se-ia dado lugar, novamente, às velhas formas de legitimação por via das estruturas legais e de outros meios ideológicos semelhantes.

Algumas explicações operacionais: 1) Em primeiro lugar, devemos deixar expressamente estabelecido nosso posicionamento de que a criminologia, como já indicamos, tem sido um instrumento para a legitimação do poder. Explicar como isto aconteceu foi objeto de um trabalho distinto (Aniyar de C., 1981), que pode ser resumido afirmando-se que a criminologia representa, normalmente, uma torma — explícita ou camuflada — de controle social, ainda quando nunca se tenha autodefinido desta maneira. 2) Devemos também explicar que, quando falamos de controle social, estamos nos referindo a todos os instrumentos utilizados para a obtenção da lealdade das massas (ou, na ausência desta, de sua submissão) a um sistema de dominação, qualquer que seja este.

* Tradução da Dra. Eliane Junqueira.

A expressão "legitimação" apresenta para nós, portanto, o sentido de procura de consenso, de aprovação ou, em todo caso, de aniquilamento das tentativas individuais de subversão da ordem, qualquer que seja esta, repetimos. 3) Uma vez que "novidade" tem sido a adjetivação recorrente nesta área, torna-se necessário determinar o que seria a velha e a nova criminologia, o que pressupõe a definição das grandes tendências que disputaram o terreno criminológico (Aniyar de C., 1971, 65).

Estas tendências seriam: A Criminologia Clássica

A Positivista

A Interacionista

A Organizacional

A Crítica Radical ou Nova Criminologia

Considerar que a Escola Clássica do Direito Penal, normalmente apontada como pré-criminológica, seja também uma criminologia, deriva do conceito de criminologia que sugerimos anteriormente, qual seja: "Criminologia como um conjunto de teorias e técnicas aplicadas ao controle social dos atos que atingem os interesses mais valiosos do sistema."

Como Criminologia, Quintiliano Saldaña considerava a Escola Clássica já em 1926, quando intitulou seu livro de Criminologia positivista de "A Nova Criminologia", argumentando que a Clássica — que, como sabemos, baseia-se no livre-arbítrio, no formalismo processual, nas garantias legais e na quantificação da pena — era uma criminologia que se caracterizava por ser "reivindicativa, humanitária (enciclopédica), especulativa (jurídica) e prática (administrativa)" (Saldaña, 1936).

Da mesma forma, Taylor, Walton e Young consideram a Criminologia Clássica como uma teoria do controle social, como uma criminologia administrativa e legal, conforme expõem em um livro — publicado em 1974 — que, mesmo sendo exatamente o oposto de um livro positivista, uma vez que é crítico, também é denominado, coincidentemente, de "A Nova Criminologia" (Taylor, Walton e Young, 1974).

"Nova Criminologia", portanto, era tanto a criminologia positivista do começo do século, como a criminologia crítica da década dos setenta.

Qual seria a Nova Criminologia no começo dos anos 80? A uma tentativa de resposta chegaremos ao final deste artigo.

A exposição que faremos a seguir, pecará em função de seu caráter linear e esquemático; entretanto, não poderia ser de outro modo, em razão do objetivo deste trabalho. Todavia, tentaremos considerar as grandes linhas como características gerais, deixando-se

estabelecido que, em cada Escola, existem matizes e, freqüentemente, contaminações recíprocas.

A Criminologia Clássica

Qual seria o conceito de Estado e o estilo de legitimação do poder e da autoridade que existem por trás da Criminologia Clássica?

Mesmo um rápido exame que objetive captar a história da criminologia deve partir da crise do pensamento helenístico-romano, ou seja, da concepção da sociedade como fato natural e da ordenação social como produto da necessidade de se assegurar a justiça nas relações sociais através das normas e de sua supervisão pelas autoridades. Esta concepção encontrava-se na base da *polis* grega, entidade que, segundo Aristóteles, seria o desdobramento natural de um processo evolutivo (família, aldeia, *polis*), no qual o homem realizava-se como ser humano, introjetando, como parte de sua natureza, suas leis, normas e autoridade. O século V marcou a incapacidade de autogoverno da *polis* grega e o surgimento de um cosmopolitismo ético e metafísico: assim, os homens teriam duas cidadanias, uma local e outra universal.

Desta forma, haveria uma ordem universal tanto no natural como no humano, conduzindo, conseqüentemente, ao Direito Natural que seria "o que resulta naturalmente da natureza das coisas". Da mesma maneira como existiria a harmonia cósmica, existiria sempre justiça universal, ainda que esta nem sempre fosse evidente (Jaguaribe, 1974).

Com o Estado moderno, surgem as primeiras formulações contratualistas, inicialmente com Hobbes, segundo o qual, do estado de terror da natureza, chegar-se-ia à sociedade ou ordenação civil, outorgando-se ao soberano o monopólio da violência; passando por Locke, que elabora as bases do pensamento liberal, a partir de um contrato que legitimaria o poder apenas à medida que este servisse para regular e supervisionar os *direitos naturais*, para cuja definição foi elaborado o pacto social; e culminando com Rousseau, para quem o pacto social não tem como objeto a defesa dos interesses individuais, mas a submissão à vontade geral, que seria definida como algo mais do que a soma dos interesses individuais.

Desta maneira, cria-se o modelo sociológico do *consenso*.

Este consenso legitima tanto o poder como todas as manifestações de controle desse poder. Assim, o Código Penal seria um monumento incontestado e incontestável. Definidor supremo do bem e do mal. E, historicamente, a Criminologia derivada deste Código Penal seria, portanto, uma Criminologia acrítica e submissa. Este é o período que Weber denomina de dominação legal, no qual o Direito e seu cumprimento formalizado seriam suficientes para legitimar o poder.

Conforme Durkheim apontaria, posteriormente, as normas penais seriam o produto desta consciência coletiva. Entretanto, o caráter criminal seria definido não em razão da sua natureza, mas sim a partir da consciência comum. A única característica que seria comum a todos os delitos seria a reação que eles determinariam, esta sim, sempre a mesma para todos. A unidade do efeito revelaria a unidade da causa. A pena seria, portanto, uma reação passional exercida através de um corpo constituído, uma maneira de se vingar o que é sagrado na consciência coletiva, consistindo-se, assim, na inflicção de uma dor. Sendo a função da pena manter intacta a coesão social, ela mantém, em toda a sua vitalidade, a consciência comum (Durkheim, 1937).

Estamos, pois, em pleno apogeu da metafísica idealista, apesar de, como veremos, ainda durante o período Iluminista começarem a se sobressair alguns elementos do que será, posteriormente, o positivismo.

Quem melhor representa o liberalismo da fase industrial e amadurecida da revolução burguesa é Stuart Mill, que recusa a teoria do Direito Natural e do Contrato Social, aceitando, no entanto, o conceito de direitos individuais no sentido de Locke, mas não no de Rousseau que, como vimos, seria mais social. O poder encontraria sua legitimidade, desta forma, na proteção destes direitos individuais (Jaguaribe, 1974).

A Criminologia da Escola Clássica tem como marco de filosofia política, portanto, as idéias liberais do contratualismo e, como modelo sociológico, o consenso. Este é o mesmo marco da Criminologia liberal denominada de organizacional, desenvolvida, principalmente, nos EUA e no Canadá, nos últimos trinta anos, e que tem o objetivo de, pragmaticamente, melhorar o sistema de controle social (polícia, tribunais, serviços de assistência social, etc.) e formular, em definitivo, a Política Criminal através de investigações paliativas e proposições de reforma. É a Criminologia do "Gatopardismo": modificar as coisas para que nada seja modificado.

A Criminologia Crítica

O modelo do *conflito*, por oposição ao do *consenso*, inicia-se com Hegel, que retoma a crítica da sociedade civil como expressão do domínio econômico-político dos detentores da propriedade, o que já havia sido realizado por Rousseau e abandonado pelo liberalismo. O estado seria, para Hegel, a síntese da oposição família-sociedade civil, estando submetido à historicidade geral do Espírito. O Estado seria despótico na antiguidade oriental, democrático ou autocrático no mundo clássico e, com os germanos, seria instalada a monarquia constitucional, estágio perfeito para dirimir os conflitos, pois o monarca não pertenceria à sociedade civil, mas seria *transclassista* (Hegel, 1974).

Marx, pelo contrário, como se sabe, denuncia o caráter classista de todo Estado estabelecido em uma sociedade de classes. A classe universal de Hegel (funcionários neutros e racionais) é, para Marx, apenas representante dos interesses dominantes, a cujo serviço se encontra. O proletariado seria, para este autor, a única *classe universal*, uma vez que a sua existência não depende da exploração das outras classes e, conseqüentemente, seus interesses seriam os únicos interesses que poderiam ser considerados generalizáveis.

Em conseqüência, para este modelo, o Código Penal não representaria um consenso, mas sim os interesses garantidos em função da classe dominante. A sociedade não tem os mesmos valores: é plural. O que é bom para uns, pode ser ruim para outros. Uma Criminologia derivada deste ponto de vista não deve, portanto, partir para a busca dos seres presumidamente anormais que violam a lei, para castigá-los, melhorá-los ou readaptá-los, mas sim liberar-se da camisa-de-força dos códigos penais e estabelecer, autonomamente, seu objeto de estudo.

Este marco de referência sustenta, politicamente, a Criminologia Crítica ou Radical, ou Nova Criminologia, conforme foi denominada por Taylor, Walton e Young.

A Criminologia Positivista

Por detrás da Criminologia positivista encontra-se também o modelo do *consenso*, ainda quando o positivismo recuse, expressamente, qualquer enquadramento sócio-político. Sua insistência em uma presumida neutralidade não pode enganar, uma vez que — ainda quando o positivismo, como filosofia, tenha centrado toda a autoridade e todo o poder na Ciência — o positivismo, como criminologia, não questionou a ordem estabelecida e partiu, código na mão, para perseguir o que desde então se denominou de criminosos natos, loucos morais, personalidades criminosas, desorganizados sociais, inadaptados, etc. (as definições são tão variadas como as correspondentes variações do positivismo criminológico). Desta forma, esta escola fez tão pouca ciência como criticava aos criminólogos que lhe precederam: considerando anormais ou desviantes os indivíduos marcados por uma decisão política (a lei), contradizia os postulados de sua pretensão científica.

O pensamento positivista também teve suas origens na necessidade política (Kolakowski, 1976), ou melhor, em diversas necessidades, de acordo com a época.

1) Ao terreno cognitivo, os iluministas, precursores do positivismo, reconheciam a impotência da condição humana para apreender as substâncias ocultas à experiência imediata. Esta incapacidade declarada de descobrir a essência por detrás da aparência, pivô de toda filosofia positivista, representava, naquela época, uma tentativa

de igualar todos os homens através da teoria sensualista do conhecimento: todos haviam nascido *tábula rasa*. Assim, as construções metafísicas — os chamados por Hume meros “procedimentos verbais” — foram substituídos pelo estudo metódico das necessidades do homem visando à sua satisfação coletiva.

2) Uma nova ideologia instala-se, com o objetivo de pôr ordem no caos da Revolução burguesa e de instaurar um poder unificado: ao se acabar com a metafísica revolucionária, esse poder seria a busca de uma FÍSICA SOCIAL.

3) Os positivistas pregavam uma ordem orgânica. A cooperação entre os homens não seria proveniente da ética utilitária dos iluministas, que pressupunha a existência de um pacto social para a salvaguarda dos interesses individuais, mas sim proveniente de um verdadeiro “instinto social”. A sociedade, para o positivismo, não seria apenas um instrumento que serviria para regular os conflitos, mas uma entidade autônoma e orgânica. (Daí as futuras formulações funcionalistas que, como veremos, têm raízes também positivistas.) A sociedade do futuro — orgânica e racional — estaria baseada na Ciência. Deste enunciado, ou melhor, contra o que ele significou na história contemporânea, surgiria o núcleo da nova Teoria Crítica, ou Escola de Frankfurt, que, por oposição, será denominada de “pensamento negativo”, já que procurava estar orientada para liberar o homem desta “razão técnica” ou “instrumental”, deste império da Ciência como instrumento central de legitimação que vai se produzir, com mais intensidade, no capitalismo pós-industrial.

4) Para os positivistas, basicamente para Comte, a humanidade apresenta ciclos que vão do que ele denomina de “épocas orgânicas” às “épocas críticas”, ciclos estes caracterizados por uma ordem que seguiria uma linha ascendente para o progresso. E, este progresso, que seria, ao final, a “sociedade positiva”, não poderia alterar os caracteres estruturais da vida coletiva, como seria, por exemplo, a propriedade. Ter-se-ia, portanto, a manutenção do *status quo* burguês. Toda ordem pressupõe progresso, a menos que seja subvertida.

5) O positivismo resiste expressamente às tentações utópicas da “melhor das sociedades”, cuja perfeição seria proveniente da imaginação. Seus projetos, dizem, estariam baseados nas propriedades naturais — necessárias — da vida social. Seria, pois, resistente às transformações.

6) Como o positivismo é o império do fato, da indução, das técnicas de investigação, do mensurável, do comprovável empiricamente, interroga-se, agora, apenas pela correlação causal, sem se questionar o porquê, uma vez que o porquê, para o positivismo, não é válido interpretativamente, não é científico, a menos que se recorra ao fato, à validade empírica, coisa que nas ciências sociais não é possível fazer.

E, sem embargo, a história demonstra que o homem sempre se interrogou sobre as causas últimas, objetivando debelar o “mistério”, apreender a essência oculta que existe por detrás da aparência, por razões que a Escola de Frankfurt denomina de “práticas” ou morais — o verdadeiramente humano — mas não por razões científicas.

Esta procura da essência, pelo contrário, é o a que se propõe o pensamento dialético-materialista e a criminologia que nele se baseia.

7) O positivismo substituiu a Teoria do Conhecimento por uma Teoria da Ciência e a crítica humanístico-revolucionária, implícita em Hegel e explícita em Marx, pela filosofia naturalístico-conservadora de Comte.

Ademais, reduziu a conduta humana a um processo objetivo, carente de subjetividade e de intencionalidade, a um fisicalismo anti-humanista, e substituiu a “realidade” por aquilo “que é suscetível de investigação nas ciências”.

Esta ideologia da desesperança, como a denomina Brzowski, ao considerar que a ciência é a continuação da experiência animal, pois não tem mais sentido do que a totalidade das experiências sobre as quais se fundamenta, vê-se obrigada a reconhecer que “a verdade”, “o bem”, “o belo”, por exemplo, não são elementos da experiência. Assim, pois, o “sofrimento, a morte, as lutas ideológicas, os antagonismos sociais, os conflitos de valores”... tudo isso foi abandonado pelo princípio da verificabilidade destes fenômenos (Kolakowski, 1976).

Como se vê, pouco se pode falar de neutralidade política no positivismo.

O que tem feito o positivismo na Criminologia? Alguns dizem que a Criminologia, *tout court*, uma vez que não acreditam que nem a Clássica, nem a Crítica, nem a Interacionista sejam criminologia.

Os ramos mais importantes do positivismo criminológico foram a Criminologia Clínica e a Antropologia Criminal — as correntes sociológicas de origem norte-americana, denominadas de ecológica, culturalista e funcionalista —, assim como a Criminologia Geral.

A Criminologia positivista, logicamente cientificista, quantitativa e fisicalista, interessa-se, basicamente, pelo *quem* (quem é o delinqüente), pelo *como* (como se delinqüe) e pelo *quanto* (quanta delinqüência existe). É a Criminologia causalista, denominada também de Passagem ao Ato.

Aplicando às ciências sociais o método das ciências naturais, na busca estéril da unidade e universalidade do método, a Criminologia positivista orienta-se ora para o estudo do homem (Clínica), ora para o da sociedade (Sociologia Criminal: ecologismo, culturalismo, funcionalismo).

A Criminologia Clínica é a medicina aplicada aos critérios penais: *Klynos*: cama. Quer dizer, enfermo, doente. Sua busca é o diagnóstico. Sua projeção o prognóstico, seu ditame o tratamento, seu en-

foque o interdisciplinar, seu objeto o caso individual. Mas como todo positivismo deve tender à formulação de leis gerais, estas procuram ser induzidas a partir da soma dos casos individuais. Os protocolos e os expedientes dos centros de informações penitenciárias obedecem a esta finalidade. É a Antropologia Criminal.

A Sociologia Criminal e o Funcionalismo

A Sociologia Criminal não é menos positivista. Os estudos de Shaw e Mac Kay sobre as áreas ecológicas de Chicago e a localização nestas áreas das zonas de desorganização social (sociedade igual a Superorganismo, Distrito Central equivalente à cabeça deste organismo, comunidade biótica ou interdependência das zonas, relações humanas simbióticas, não sociais, idéia biológica dos agrupamentos sociais e um certo determinismo geográfico) marcam, com a linguagem da biologia e a filosofia do positivismo, toda uma formulação que abrangeu a vida de 20 anos da sociologia de Chicago, com investigações de grande sofisticação técnico-metodológica típica dos Departamentos de Sociologia americanos e um projeto de saneamento da cidade que se denomina de Chicago Area Project. Sua grande influência no estabelecimento de políticas sociais — uma vez que assessoravam a *policy making* — foi muito importante como instrumento de legitimação (Shaw-Mac Kay, 1942).

Os ecologistas, como bem informam Taylor, Walton e Young, falavam de luta pelo espaço e da lei do mais forte, mas não descobriram os mecanismos do mercado imobiliário, nem procuraram desconfiar das estruturas desigualitárias contra as quais deviam lutar. Sua tautologia era evidente: índice delictivo igual a desorganização social.

Por outro lado, as teorias culturalistas — as de aprendizagem e as das subculturas dos bandos juvenis — partem da idéia de uma comunidade maior de valores e, conseqüentemente, dominante. Em alguns casos — como no das teorias de White (1937), Miller (1959, 5-11) e Rodman (1936, 205-15) e, em certa forma, também em Cohen (1955) — insistem no delito como expressão da cultura da classe trabalhadora.

O positivismo converte-se em funcionalismo por mediação da Antropologia Cultural de Malinowski. Esta teoria, na Criminologia, foi representada, basicamente, por Merton (1957), com sua teoria da Anomia e com a explicação do delito como um modo de Adaptação — por ele denominado de Inovação — a uma situação que, na sociedade norte-americana, seria contraditória ao chamado *American Dream*. De acordo com o *American Dream*, todos podem ascender da Cabana do Pai Tomás à Casa Branca, o que, segundo Merton, não seria verdadeiro, uma vez que não existe uma correspondência entre a propoção de metas culturais de sucesso — leia-se riqueza — e os meios

institucionalizados para alcançá-las, que sejam iguais para todos. Esta teoria, logicamente, não explica porque delinquem as classes sem problemas econômicos.

O funcionalismo é organicista porque aponta a existência de subsistemas sociais que se substituem entre si no caso de falha de algum deles, da mesma maneira como, no corpo humano, um órgão desenvolve-se para compensar as deficiências de outro. Esta teoria produz uma função de reintegração: o desviante potencial ressocia-se, redistribui-se no sistema de papéis sociais, sendo que, eventualmente, no papel de enfermo, se não pode sustentar os papéis anteriores. A sociedade seria, portanto, um todo orgânico no qual as partes, apesar das contradições aparentes, funcionam em relação ao todo.

Este é também o modelo do *consenso*. O modelo da manutenção do *status*, ou seja, da negação da transformação e da negação da luta entre opostos.

A Criminologia Interacionista

Por outro lado, a denominada Criminologia Interacionista, ou do etiquetamento, ou *Labelling Approach*, ou da Reação Social, baseou-se em um critério relativista do conhecimento.

A realidade existe à medida que é identificada e definida. A realidade é *constructo* social, produto do que acontece nas relações interpessoais e grupais. É o Interacionismo simbólico que, na criminologia, significa uma mudança transcendental.

Para esta escola, não importa por que alguém se torna delinquente. O importante é saber quem define e como se define a delinquência e como se assinala alguém como delinquente (uns em vez de outros, da mesma maneira como umas condutas, em vez de outras, aparecem criminalizadas nos Códigos Penais).

A delinquência não existe antes de ser descoberta e assinalada, assim como o delinquente não existe antes de ser identificado. A delinquência e o delito são uma Construção Social (Luckman, Erickson, Gusfield, Kitsuse, Becker). A cifra negra (ou delinquência oculta) não é delinquência. Os fatos danosos praticados pelos poderosos não são delito porque não foram incriminados (criminalizados) ou, se o foram, os autores não seriam delinquentes porque não foram etiquetados como tais (criminalizados). É a criminologia dos “processos de criminalização”.

As normas penais já não seriam mais consideradas como produtos da consciência coletiva. Becker as atribui ao que denomina de Empresários Morais, verdadeiros cruzados que, de boa fé e recompensados por sua própria eticidade, gerariam campanhas que, com o apoio do poder, produziriam normas proibitivas e, portanto, a delinquência (é o caso, por exemplo, da maconha e de sua proibição).

Neste ponto, a Política Criminal baseia-se no fato de que a delinquência é produzida pela lei, de forma que, ao se eliminarem as leis, a delinquência seria reduzida.

Pela primeira vez, o modelo do conflito é utilizado em criminologia. A sociedade é plural, ainda que este pluralismo não indique, entretanto, luta de classe. Quem tiver maior poder conjuntural imporá seus valores (os ricos, os brancos, os homens, os adultos). Será questionada a sacralidade dos Códigos Penais e sua afirmação maniqueísta do bem e do mal. O objeto de estudo será a criminalização (de conduta, de homens, de carreiras criminais), que ali se converte em causal-explicativo e também em avaliativo. A Criminologia se libera, pela primeira vez, e vai, autonomamente, em busca de seu objeto. As técnicas de investigação perdem seu valor cientificista. Surgem a etnometodologia, a observação participante, a empatia do investigador com o objeto investigado. Não há mais distância entre um e outro. A *compreensão* torna-se mais importante do que a verificação. É a quebra do positivismo. A Ciência interessa menos do que o homem. É também o momento da denominada Sociologia do Desvio.

Frente a todo este questionamento de Copérnico, foi fácil a abertura do caminho para uma criminologia mais livre, mais holística, mais compreensiva da totalidade social, não estranha à totalidade econômico-política (ESTRUTURAL) de um momento histórico determinado.

Surge, assim, a primeiramente denominada Criminologia Radical, nos Estados Unidos. Não surge em um vazio histórico. Não é um produto puro da evolução teórica *interna* da criminologia. É um ponto de ruptura total nos quadros conceituais e políticos de referência.

O nascimento dessa criminologia é atribuído aos sucessos sócio-políticos norte-americanos nos anos 60 e na década de 70: a política externa norte-americana (Vietnam, golpe chileno, projeto Camelot, nascimento da contracultura, tomada de consciência dos delitos dos poderosos (*White Collar Crime*, Watergate, crimes das multinacionais, caso da Thalidomida), a contestação dos anos 60 e a violentíssima contra-ofensiva policial, a rebelião nas prisões (St. Quentin, Folsom, Les Tombs, Attica e Soledad), as revoltas em escolas e universidades e a influência de outros movimentos radicais, como a antipsiquiatria. Muitos destes novos criminólogos são provenientes da Escola Interacionista. Surgem assim a Union of Radical Criminologists, nos Estados Unidos, a National Deviance Conference, na Inglaterra, e o Grupo Europeu para o Estudo do Delito e do Controle Social. A NDC, por exemplo, nasce como uma reação ao pragmatismo da criminologia européia, à criminologia interdisciplinar distanciada da sociologia, ao positivismo, à posição reformista e correcional e à social-democracia européia.

Todos estes novos criminólogos localizavam-se no modelo metodológico do materialismo histórico-dialético e, portanto, no modelo sociológico do conflito para o qual, agora mais concretamente, as normas proibitivas, assim como toda a estrutura social (leis, tribunais, sistema administrativo e de governo), estariam fundamentalmente orientadas, na consolidação dos interesses da classe que detém os meios de produção.

Desta forma, partem em busca de um objeto que compreenda tanto a sociologia do direito, como a epistemologia, a sociologia da prática criminológica (revisão crítica do papel do criminólogo, do ensino e da aplicação da criminologia como elementos de legitimação) e a crítica do papel e do funcionamento das instituições penitenciárias e de tratamento. A velha criminologia converte-se em objeto da Nova Criminologia.

Em um espaço intermediário entre o interacionismo simbólico e a Criminologia crítica, encontram-se os interacionistas alemães que, como Fritz Sack (1971, 384) e Dorothea Peters, Feest e Blackenburg (1972), realizam investigações críticas sobre o controle social.

Na realidade, trata-se da verdadeira criminologia crítica que surge dos postulados do interacionismo, e não de posturas sócio-políticas puras como é o caso dos chamados radicais.

Na Inglaterra surge o livro, já mencionado, de Taylor, Walton e Young (1974), "*A Nova Criminologia*". Também aqui a "novidade" aparece contestada — Werkentin, Hofferbert e Baumam (1978), Saldaña (1936) — no primeiro livro que, em forma orgânica, analisa criticamente a história da criminologia e propõe um modelo de interpretação que parte da Economia Política do Crime e termina na Economia Política da Reação Social, passando pelas determinações intermediárias sociais e interpessoais da criminologia e tomando também em consideração o estudo do ato em si, o qual se assume como produto da racionalidade na escolha da própria conduta.

Estando em um marco epistemológico concreto, todos esses movimentos obedecem, em maior ou menor grau, a seus postulados: categoria da totalidade ou holismo, busca da história como resultado da luta entre contrários que vão se superando a si mesmos, dialética e não causalidade, análise da classe estrutural, abandono do cientificismo positivista em razão da sua incapacidade de encontrar a essência por detrás da aparência, ou seja, de demonstrar a ideologia mistificadora da lei, das instituições, dos estereótipos e da ciência convencional que é acusada de mascarar problemas transcendentais e essenciais ao homem, como seriam as relações de classe, a alienação e a falsa consciência.

Paralelamente, estes movimentos negam a objetividade dos crimes, rompendo o vínculo com as técnicas de investigação. O elemento central deste método é o conhecimento pela práxis. Não basta conhecer o mundo, é preciso transformá-lo. É à busca desta realidade

alternativa (o que era negado pelo positivismo, uma vez que a realidade não está presente no fato, na parcela da realidade mistificada que é analisada), o que faz com que a teoria e a práxis criminológica convertam-se em subversivas. Em sua formulação mais radical, se a lei é um ato político, o delito é um ato político e todo delinqüente é um delinqüente político (Aniyar de C., 1971). A tentativa de conscientizar as massas para que a reação inorgânica e irracional do delito se convertesse em luta estruturada contra o sistema marcou o início da repressão contra esta criminologia militante. Consequentemente, a Escola de Berkeley foi fechada e os professores que não puderam ser expulsos foram dispersos. Retirados da Universidade, reúnem-se em torno da Revista "Crime and Social Justice", que se "orientou para: 1) o estudo econômico do crime na sociedade capitalista; 2) as investigações sobre a mulher e o crime no mundo caracterizado pela exploração dos sexos; 3) a análise do comportamento, como vítimas e vitimários ao mesmo tempo, dos trabalhadores do aparato da Justiça Penal; 4) a análise dos distintos tipos de repressão e legitimação que o estado utiliza, empregados, prioritariamente, sobre as minorias, organizações políticas, sindicatos, negros e pobres; 5) e, por último, para os estudos comparativos e históricos dos diferentes sistemas de justiça no mundo" (*Crime and Social Justice*, n.º 4, 1975, 2-3).

Esta revista é publicada, atualmente, em conjunto com a "Issues in Criminology". Deste movimento originaram-se, também, centros privados de investigação, como o *North American Congress in Latin America* (NACLA), centrado no estudo da política norte-americana para o denominado terceiro mundo, e o *Center for Research in Criminal Justice*, cujo tema principal de investigação tem sido o estudo da polícia.

Uma avaliação

Desta forma, encontramos, claramente, frente ao desmoronamento de vários movimentos teóricos em Criminologia. O que a velha Criminologia positiva deixou de presente para os empoeirados arquivos dos gabinetes penitenciários e para as mais tradicionais escolas de criminologia, enquanto os mais inteligentes tentaram "cruzá-la" com sangue novo, representa uma curva que é, notoriamente, descendente.

O interacionismo, por seu lado, parece paralisado, incapaz de colocar novos problemas, uma vez que, tendo se descuidado, em seu total relativismo, da realidade de condutas que produzem um verdadeiro dano para grandes setores populares, fechou o caminho para uma análise mais rica.

Enquanto isso, os criminólogos norte-americanos interrogam-se, hoje, sobre o porquê do fracasso de sua iniciativa, representada pelo surgimento esmagador de uma Nova Direita nos EUA. Platt atribui

este fracasso ao desconhecimento real da teoria marxista por aqueles que se pretendiam criminólogos marxistas e que, em condições de grande repressividade acadêmica, não tiveram oportunidade de desenvolverem-se teoricamente. Ali, a Criminologia permaneceu na antítese, antes mesmo de produzir um sistema teórico. Uma nova Criminologia (nova?) estende-se hoje ao longo dos EUA: por um lado, tem-se a volta à Clínica, à criminologia médica, genética, biológica e ainda morfológica, com uma nova força, derivada do poder da sofisticada tecnologia norte-americana que, até então, tinha sido utilizada apenas nas investigações meramente sociológicas sobre o delito. Fala-se, agora novamente, de *Black Box*, *Boite Noir* ou Caixa Negra: o mistério do cérebro. A chamada sócio-biologia intervém arrastando os investigadores a uma procura das propriedades genéticas do mais forte na espécie, em um tipo de regressão à teoria atávica de Lombroso que não dará, tampouco, a solução para a questão, em função de sua parcialidade.

Por outro lado, também a Criminologia liberal fracassou. Tomemos as palavras de um perfeito representante ou, melhor ainda, do motor e militante da criminologia liberal ou organizacional, Denis Szabo (Szabo, 1981, 12-15): "Tem havido um período de prosperidade sem precedentes, situado por Raymond Aron entre 1947 e 1974, que faz retroceder os limites do possível até um nível jamais alcançado. A extrapolação das curvas de produtividade, das inovações tecnológicas, a civilização do tempo livre... poderíamos considerar, de acordo com a expressão de Marx, a possibilidade de transformar o mundo com nossas investigações e nossas reflexões sem necessariamente prever nem desejar a transformação revolucionária prevista pelo mesmo autor... a função burocrática (citando Weber) simbolizava o advento da gestão racional... esse crescimento de efetivos foi particularmente dramático na América do Norte... graças à criminologia, (houve) uma legião de funcionários encarregados de administrar os serviços, os programas novíssimos saídos diretamente de livros universitários-investigadores-reformadores... a criminologia, para a minha geração (continua Szabo), integrava-se notavelmente bem no conjunto que se denominou de civilização pós-industrial... Pela primeira vez na história foram atribuídos recursos para ampliar as investigações... as fundações privadas, os governos não recusaram seu apoio... a criminologia optou abertamente pela formação profissional. A Criminologia definia seu campo como o da Administração da Justiça, da prevenção do crime e do tratamento do delinqüente... É compreensível que o triunfalismo de *tudo funciona e tudo é possível* deste período tenha ocultado a fragilidade das hipóteses, a parcialidade dos postulados dos epistemólogos, e tenha subvalorizado a capacidade da sociedade de resistir à transformação..."

O testemunho de Szabo é dramático. Com efeito, nos Estados Unidos e na Inglaterra, com o advento de Reagan e Thatcher ao

poder, fecham-se as portas para novos gastos em reformas de política social. Nos Estados Unidos, anula-se a LEAA (*Law Enforcement Assistance Administration*). O *Home Office*, na Inglaterra, reduz seus efetivos em mais de 40%.

Como afirma Szabo: "A fé nos efeitos da burocracia como fator de racionalização da gestão dos serviços públicos conheceu... desilusões consideráveis... Outro ponto de apoio nas crenças de minha geração desmoronou-se no curso da última década: trata-se da autoridade da ciência... o que as ciências sociais ganharam em influência e em autoridade, perderam em termos de liberdade e de independência de critério no exercício de sua função crítica."

É a crise fiscal do ocidente, como pensa Szabo, que ocasionou a involução da Criminologia organizacional, liberal, em benefício de prioridades maiores do sistema? Ou esta volta à "mão dura contra o crime", à eficácia dos procedimentos sancionatórios, mais do que a procura das causas, que representa um autor tão popular nos EUA, como James Q. Wilson, é o reconhecimento do fracasso conceitual das proposições reformistas das ciências sociais burguesas? Nada de tratamento, menos de *probation* ou *parole*. Acabaram-se as considerações com os delinquentes. Assim o testemunha Edith Flynn (1978), no 8.º Congresso Internacional de Criminologia, em Lisboa. Por outro lado, esta involução foi sustentada nos EUA pelo que se assumiu como o fracasso da criminologia positivista e reformista. Nem a *probation* reduz significativamente os índices de reincidência, nem nenhum tipo de "tratamento" (Martinson) demonstrou-se eficaz, ao incidir apenas sobre o homem. (Somente a castração funciona, segundo parece, para os delitos sexuais!)

Baratta (1978) explica um fenômeno semelhante na Europa: a involução da reforma penitenciária na Alemanha e Itália seria decorrente de uma reação contra o terrorismo político, de uma necessidade de identificar o delinquentes comum com o político, de uma urgência de legitimar o Estado tardo-capitalista em crise. Uma interpretação parecida pode ser estendida à morte da Criminologia liberal nos Estados Unidos, um país com forte crise de legitimação, imerso em manifestações de grande violência interna e externa.

Se a criminologia "Nova" nos Estados Unidos significa a morte da Criminologia liberal e o regresso à simples legitimação pelo Direito, ou seja, à Criminologia mais antiga, o que resta no mundo na década dos 80 neste campo de batalha teórico-político?

Na Itália, o chamado Grupo de Bolonha, ou da falecida revista *La Questione Criminale*, hoje renascida sob o nome *Dei Delitti e Delle Pene*, matiza o posicionamento radical com o que eles mesmos denominam de "Garantismo", uma vez que é necessário salvar as regras do jogo das garantias burguesas dos Direitos Humanos, como queira que estes sejam entendidos. É uma estratégia, sem dúvida, mas tam-

bém uma crença profunda de que é essencial o resgate do Estado de Direito para se alcançar o socialismo democrático.

A revista *La Questione Criminale* (1975, 1-3) nasce em 1975 com dois objetivos: um de ordem teórica, próprio a uma criminologia no interior da teoria marxista do Estado e das Instituições, apoiada em dois pólos muito italianos, Bobbio e Cerroni (e, ainda que não explicitamente, mas em sua motivação, também em Gramsci). Uma criminologia marxista ainda estava por se fazer, especialmente porque tem pouco donde aferrar-se às obras tradicionais de Marx. É um objetivo prático, visando ao desenvolvimento de uma Política Criminal do Movimento Operário, já que este sofre um atraso frente à questão criminal, à medida que sua posição tem sido apenas defensiva face ao poder, apesar de ser o mais interessado possível em esclarecer um assunto que lhe diz respeito direta e violentamente.

A expressão "Política Criminal" tem para *La Questione Criminale* um sentido novo que se opõe ao conceito de "Política Penal", referente às sanções do Direito Penal. *La Questione Criminale* considera que não se pode prescindir destas sanções, apesar da necessidade de se realizar profundas reformas estruturais. A Política Criminal deveria ser somente uma parte da Política Social e a Política Penal a *ultima ratio*, ao contrário do que ocorre atualmente.

La Questione Criminale tinha características próprias: 1) Seus integrantes são basicamente juristas e interessam-se, centralmente, pelos problemas específicos do Direito, tendo um elevado nível de informação sobre a teoria marxista e sua possível adaptação ao século XX, o que não ocorre com os Radicais Norte-Americanos; 2) Surge em um momento em que a esquerda italiana tinha esperanças tangíveis de intervir na Política Social e Criminal, através do acesso ao poder em algumas entidades regionais (prevenção, no campo da droga; intervenção na política penitenciária e participação popular na Administração da Justiça, através do Juiz de Paz. Os administradores regionais da esquerda estavam dispostos a se ocuparem da Política Criminal ou dos substitutivos penais). Certamente, as expectativas de 1975 foram parcialmente fraudadas pela história. A realidade sócio-política italiana impediu, com sua complexidade, as aspirações a um trabalho unilinear e a uma tomada de decisões sem obstáculos.

Os principais interesses da *La Questione Criminale* seriam:

1) Desmistificar a linha oficial que fez do problema criminal um problema de ordem pública. (Sem embargo, vimos que a invasão do terrorismo na Itália contribuiu para acentuar esta identificação, cujos mecanismos foram demonstrados em importantes trabalhos, como os de Pavarini e Baratta.)

Quando surge o movimento operário organizado no cenário italiano é que se toma consciência de que, na questão criminal, existem espaços e ações para a reforma da sociedade. Ali manifesta-se a li-

berdade, que é necessária para suas lutas, uma vez que a política da "ordem pública" torna delitivas e difíceis a associação política, as greves, a crítica radical ao sistema. Está claro que, como afirma Sbricoli (1975), a hegemonia da classe proprietária passa pelo Código Penal.

2) Portanto, o movimento operário deveria construir uma nova imagem da realidade, rompendo com os estereótipos burgueses do crime, e gerando o que eles denominaram de uma "contra-informação radical".

3) Nas discussões originárias, o tema apareceu relacionado com a procura de uma base teórica para sustentar o possível poder do movimento operário. Sobre isto não parece ter havido acordo: Neppi Modona defende a necessidade e o direito do movimento operário de definir e concretizar as linhas de sua própria política criminal, colocando-se contra a possibilidade de que isto seja feito, novamente, pelos intelectuais (1975).

4) Baratta (1982) incide fortemente no direito penal e no seu atraso teórico frente ao aporte das teorias sociológicas que poderiam modificar as teorias dogmáticas da culpabilidade e da legitimidade. Ainda quando reconhece que, na estratégia do controle social burguês, o momento penal tende a ser cada vez mais secundário (como demonstrou magistralmente Foulcault), considera que a integração da ciência social e do Direito Penal não deverá ser a integração de duas ciências, como propõe Lizst, mas a relação entre a ciência e seu objeto: a *Ciência Social Crítica*, por um lado, e o sistema penal como seu objeto. Enquanto objeto, a chamada ciência penal deveria ser apenas uma técnica.

La Questione Criminale encerra sua primeira etapa em 1981 e reaparece em 1983 com o nome *Dei Delitti e Delle Pene, Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale* depois de intensos debates sobre os objetivos que inicialmente se colocaram e sobre a necessidade de reformulá-los com base em novos interrogantes e reflexões resultantes das investigações dos últimos anos. Com efeito, segundo seu *paper* preliminar e preparatório (1982), a revista tenta uma crítica do *labelling approach*, tal como este vinha sendo feito pelo grupo, ou seja, a partir do interior de uma leitura marxista do social, tendo por consequência a percepção do objeto dos processos de criminalização, estigmatização, exclusão, etc., aprioristicamente, como pertencente a uma "classe operária" de limites confusos, que seria o presumido autor principal do conflito contra o sistema através do "movimento operário organizado". Desta maneira, reconhece-se que havia identificações nem sempre certas: movimento operário igual a classe operária; classe operária igual a toda a área de exclusão e marginalização; área de exclusão igual a objeto da criminalização e, em sentido inverso: objeto de criminalização igual a área de exclusão, igual a classe operária, igual a movimento operário.

Desta maneira, o conflito centrava-se em apenas dois autores, trazendo o risco de simplificar excessivamente a etilogia (causas sócio-econômicas do anticonformismo) e de identificar o desvio com todo um setor de potencial antagonismo ao sistema. É a partir desta crítica que a nova revista procurará assimilar todos os grupos, áreas, interesses e comportamentos implicados nos processos seletivos da Justiça Penal; como e por que se produzem.

Ademais, basicamente coloca-se a difícil mas lúcida tarefa de classificar: 1 — A cognoscibilidade de um "ponto de referência material" na realidade social e comportamental à qual se pode vincular a construção "subjettiva" dos problemas sociais; 2 — O sentido e os limites com os quais se pode falar de "objetividade" no estudo do desvio; 3 — O estatuto científico do conhecimento deste ponto de referência material.

A construção de uma política criminal alternativa, que havia sido interesse de *La Questione Criminale*, é mantida entre seus objetivos, ainda que sob duas novas perspectivas: 1 — a inserção desta revista no movimento em prol da descriminalização e em favor da reforma do sistema penal e do controle; 2 — a luta que fundamentaria estas investigações seguiria sendo "a opção ideal e política de uma ampliação da liberdade e da igualdade substancial para indicar formas alternativas dentro de uma estratégia de antagonismo cultural e político entre as camadas identificáveis da sociedade atual".

O assunto do "ponto de referência material" do desvio manifesta-se, talvez, como o mais inovador da nova publicação, particularmente pelo que significa como corretivo — mais do que uma superação — do paradigma relativista do *labelling approach*, baseado na "construção social da realidade". Coloca-se, novamente sobre o tapete, tanto o conceito de desvio, como a discussão sobre o bem jurídico tutelado, enquanto se abandona uma posição puramente "garantista" da criminologia crítica. Desta maneira, já não se excluirá a necessidade de repensar o problema da reeducação e a terapêutica que havia sido abandonada com a ruptura do paradigma.

A extrema hostilidade da recolocação da problemática crítica e a necessidade de investigar novas interrogantes fazem do grupo de sustentação do *Dei Delitti e Delle Pene* a mais sólida esperança européia de uma criminologia científica e crítica, adequada às necessidades históricas e, portanto, permanentemente em transformação, *engagée* nas garantias institucionais das liberdades básicas e com um modelo aperfeiçoado de sociedade.

Tem-se, também, por outro lado, o Grupo Europeu, que continua se reunindo anualmente, ainda que com uma produção científica considerada limitada.

Depois de uma longa tradição de positivismo, acaba de se formar um novo grupo na América Latina. Não tem nome. Instalou-se no México, em julho de 1981, sobre as bases do que ainda é o Grupo

Latino-Americano de Investigações Comparadas, que tem desenvolvido uma importante atividade de pesquisa no continente, com uma orientação marcadamente crítica, desde 1974.

O panorama latino-americano é atualmente um mosaico, tanto culturalmente, como nos diversos modelos de produção em função de seu desigual grau de desenvolvimento econômico e político, ou ainda, conseqüentemente, em relação à construção teórica para as possibilidades de um poder alternativo.

Assim, por exemplo, os nicaragüenses presentes no grupo interessam-se em construir, sobre as ruínas do somozismo, um sistema novo e, neste sentido, uma criminologia deste tipo foi considerada pelos representantes deste país, na reunião de México, em toda sua potencialidade ilustrativa e orientadora. Não havendo participado previamente nas investigações comparadas que havia realizado a maior parte deste grupo, poderíamos avaliar esta incorporação como importante pela sua capacidade de agregar uma experiência e uma realidade *sui generis*, de cuja expectativa não são alheios vários outros países latino-americanos. Por outro lado, este seria o único esforço sério de fazer criminologia na Nicarágua, no pressuposto de que a hostilidade bélica de que é permanentemente objeto a partir de Honduras, por mandato americano, não permitiria que este país fizesse algo mais do que se organizar para a defesa.

Cuba não está presente. Ali substitui-se, desde o início do regime atual, a teoria criminológica pela prática transformadora, que tem sido muito positiva em terrenos como o da prostituição, da droga e da delinquência juvenil, especialmente a de grupo. Na realidade, pouco se conhece sobre o que se está fazendo no Departamento de Criminologia da Universidade de Havana.

Da criminologia da Guatemala, pode-se dizer que é inexistente. Dos três guatemaltecos que estavam incorporados à investigação comparada nos últimos 8 anos de vida que tem o Grupo Latino-Americano de Criminologia Comparada (GLCC), dois foram assassinados a tiros em 1981 por organismos paramilitares. O outro, depois de ter ficado parcialmente incapacitado de caminhar, como conseqüência de um atentado político, teve que se asilar em Costa Rica. Os dois primeiros eram homens de mentalidade progressista, juristas que nunca manifestaram possuir uma militância ideológica definida, e cuja subversão foi trabalhar criticamente sobre a Violência e o Delito de Colarinho Branco na Guatemala. O terceiro é democrata-cristão. Todos professores universitários.

O único criminólogo de El Salvador teve que fugir do país como conseqüência de um atentado do qual foi vítima. Era o Juiz de Sumário do assassinato do arcebispo Romero e também professor universitário. Estas referências parecem necessárias para identificar o diferente grau de sensibilidade política que têm certos regimes e a

transcendência que a criminologia tem como instrumento de legitimação ou de subversão à medida que aponta funções e motivos.

Assim, a criminologia desenvolve-se, ou não, segundo as necessidades instrumentais dos diferentes sistemas de dominação. Nem em Honduras, nem no Haiti, por exemplo, há uma criminologia apresentável de nenhum tipo. Mas, diferente do que se passa na Argentina, Uruguai ou no Chile, onde há abundância de criminologia positivista e organizacional, o problema naqueles países é derivado mais do esquematismo dos meios de dominação, por não se ter vivido a experiência transcultural, e da grande evolução do modelo de acumulação capitalista ocorrido nestes três últimos. Nenhum desses cinco países têm representantes no grupo crítico, com exceção de alguns exilados que desempenham seu trabalho em outros países.

Há, em compensação, criminólogos de Costa Rica, com acentuado caráter social-democrata, pertencentes à Universidade e também ao ILANUD, e criminólogos de orientação marcadamente crítica no Brasil, um país onde a criminologia é abundante com gradações e produções das mais variadas índoles. Na Venezuela, a criminologia predominante nos Institutos Universitários de criminologia, amparados pela tradicional autonomia universitária e um regime de mercado caráter liberal-democrático, é a crítica, realizando-se trabalhos de grande relevância e publicações de prestígio que marcaram pauta de orientação ratificando, por meio da pesquisa empírica, os postulados essenciais de uma criminologia alternativa. Vários pesquisadores desses institutos integram o grupo. A Colômbia tem demonstrado uma grande força criadora através de investigadores da Universidade Externado de Colômbia, de Bogotá, e também de Universidades de Cali. O mesmo acontece com outros países de regime com maiores liberdades democráticas: Panamá e México. No primeiro, professores da Universidade do Panamá e, no segundo, basicamente, da Universidade Autônoma Metropolitana, formam parte do grupo.

O que fazer no terreno concreto das alternativas para uma política social e criminal orientada para a proteção dos chamados "interesses difusos" ou coletivos, em um panorama que, como vimos, vai desde o fascismo mais sangrento à social-democracia, passando por países de democracia formal para países em guerra (El Salvador, Guatemala) e outros, enfim, que tentam construir um regime mais social, a partir do zero (Nicarágua, Cuba)? Seria aventureiro dar fórmulas únicas, avaliar as diversas situações com a mesma medida.

Suas diferenças ultrapassam o campo do político; no interior de cada um desses países, a história dos sistemas de dominação e a tradição têm determinado distintos níveis nos modelos de acumulação e ainda nos modos de produção. Existem, por exemplo, algumas capitais com um elevado grau de sofisticação cultural e regime de vida ocidental com características de aparente capitalismo avançado, em contraste com um panorama de agricultura feudal, de analfabetismo,

de sistemas de dominação carismática, de subculturas indígenas ou de origem africana que sobrevivem às intenções etnocidas, ainda presentes no interior. Estes desníveis internos produzem-se também entre países diferentes.

A função da criminologia tradicional, permanentemente legitimadora, opera na América Latina de acordo com estas variáveis. Que o Direito Penal desenvolveu-se às custas desta criminologia nos países ditatoriais, enquanto a criminologia floresce nos sistemas de liberdades formais, já havia sido enunciado por Garcia Mendez. Esta, em realidade, não foi uma maneira mais refinada de fazer uso dos meios produtores de consenso, reforçando os níveis da ideologia e os instrumentos próprios da sociedade civil.

Em relação à criminologia alternativa, somente linhas gerais de ação podem ser comuns às necessidades de cada país. Linhas gerais comprometidas com a libertação, entendida esta dentro do marco de qualquer regime sócio-político.

Portanto, nossa posição no México foi a de propor a construção de uma Teoria Crítica do Controle Social. Uma Teoria que seja por um lado prática social transformadora à medida que, difundida em massa, contribua para desmistificar as ideologias ocultadoras dos mecanismos desse controle social. Estaria marcada nas pautas metódicas do materialismo dialético e histórico, ainda que não marxista no sentido ortodoxo. e enriquecida com alguns postulados de princípio da Teoria Crítica frankfurteriana: sua auto-reflexividade, sua necessidade de permanente revisão, sua resistência a esclerosar-se em um sistema teórico que seja gerador de uma nova ordem de dominação, seu compromisso moral com a emancipação humana. Esta proposta, por nós denominada de Criminologia da Libertação (Bergalli, Aniyar de C., 1981), poderia ser, ao menos, um fundamento comum para os diferentes interesses criminológicos presentes e um embasamento para se entender as respectivas constelações sociais, éticas e políticas.

A história dirá o que este grupo, em um continente carregado de violência e sangue, mas também de imaginação e coragem, com características muito diferentes, entre elas a da emergência da ação, pode fazer.

Desejamos que seja uma Criminologia dos Direitos Humanos, entendidos em uma dimensão mais eficaz e generalizável do que estão sendo interpretados nas atuais democracias capitalistas, que resgate o Estado de Direito para a democracia socialista e que estes sejam os limites e exigências da legitimidade do controle social.

A formação destes criminólogos latino-americanos certamente não é a mesma. Mas todos viveram uma experiência comum:

1 — A Criminologia positivista da miséria, dos indígenas, dos marginais, para justificar a composição monoclássista da população

penitenciária e das vítimas da repressão policial, enquanto, paradoxalmente, os Códigos Penais continuam sendo Clássicos.

2 — E a Criminologia impune dos poderosos e das transnacionais. A exploração das riquezas naturais, a manipulação dos governos fantoches e de legisladores e políticas oficiais, a mediatização cultural. A destruição do ambiente, o desprezo pelo consumidor, a transgressão da segurança industrial por parte das empresas, o assassinato e a tortura política impunes, a corrupção, o submetimento de grandes maiorias indígenas ou não a formas iníquas de exploração, miséria e ignorância. A farsa eleitoral, a violação das regras do jogo institucional, entre outros exemplos.

A tarefa que o novo grupo se propõe é, certamente, perigosa. Alguns, como vimos, foram mortos pelo caminho.

Uma criminologia assim, mais do que uma Criminologia Crítica, seria Crítica da Criminologia. E é uma Criminologia provisória porque vai em busca de uma sociedade alternativa que, uma vez produzida, deverá sempre assumir um papel diferente, sempre crítico e libertador.

BIBLIOGRAFIA

- ANIYAR DE C., Lola. *Criminologia de la reacción social*. Maracaibo, Ed. del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1971.
- . *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y Criminología de la Liberación*. Maracaibo, Ed. del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1981.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*. In: *La Questione Criminale*. Ano 1, n.º 1, jan.-abril, 1975.
- . Comunicação apresentada ao 8.º Congresso Internacional de Criminologia (Lisboa, 1978). Cit. Por ANIYAR DE C., Lola, in *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1982.
- BECKER, H. *Outsiders. Studies on the Sociology of Deviance*. Nova York, Free Press Paperback, 1973.
- BERGALLI, Roberto. *Hacia una Criminología de la Liberación para América Latina*. Comunicação apresentada à instalação do Grupo Crítico Latino-americano, México, 1980.
- BRICOLA, FRANCO; SBRICOLI, Mario; MODONA, Neppi; SEPPILLI, Tulio & INGREGIO, Pietro. *Per una Política Criminale del Movimento Operario*. In: *La Questione Criminale*. Ano 1/3, set.-dez., 1975.
- COHEN, Albert. *Delinquent boys: the culture of the gang*. Glencoe, The Free Press, 1955.
- FEEST Y BLANKENBURG. *Die Definitionsmacht der Polizei Strategien der Strafverfolgung und Soziale Selektion*. Düsseldorf, 1972.

DIREITO PENAL DO TRABALHO

Fernando Whitaker da Cunha

"O Direito do Trabalho não é um direito menos sagrado que o direito de propriedade." VICTOR DE CONSIDERANT

1 — Introdução

Embora Carnot, sensível às normas sobre relações de trabalho, pretendesse inserir o Direito do Trabalho na Constituição de 1789, é certo que esse importante ramo da árvore jurídica, inaugurador, na verdade, de um *tertium genus*, ao lado do Direito Público e do Direito Privado, recebeu poderoso impulso com a Revolução Industrial, embasada na máquina, que agitou, com maior tensão, o grave problema da mão-de-obra paga. Sua pré-história encontra um de seus pontos mais significativos na "regulamentação corporativa do trabalho livre por conta alheia" (M. Alonso Olea — *Introdução ao Direito do Trabalho*, pág. 81).

O marxismo, a Encíclica *Rerum Novarum*, que influiu na Organização Internacional do Trabalho, tratando a questão social, sob diferentes ângulos, e os movimentos operários, influíram, decisivamente, no advento da legislação trabalhista e na elaboração de seus fundamentos teóricos. As Constituições do México (1917), da Rússia (1918) e da Alemanha (1919), que até certo ponto encontram precursora na da Colômbia (1880), a qual clamava, numa época de exacerbado liberalismo-individualista, pela pre-

ponderância do interesse público sobre o privado, inauguraram, a bem dizer, um Direito Constitucional do Trabalho, pelo tratamento que deram aos problemas sociais, que, a nível constitucional, começaram a ser tratados, entre nós, pela Reforma de 1926, apesar da legislação ordinária (Lei de Estradas de Ferro, de 1912, Lei de Acidente do Trabalho, de 1918, Decreto n.º 4.269/1921, de repressão à anarquia, Lei de Inquilinato, desse mesmo ano, e Lei Elói Chaves, de 1923 — época da criação do Conselho Nacional do Trabalho — que criou, no Brasil, a previdência social, beneficiando, inicialmente, os ferroviários) já ter se preocupado a respeito.

A crítica histórica, como demonstra A. Moniz da Rocha Barros, reconhece hoje que a chamada República Velha não fora indiferente às questões sociais e que o surto de leis trabalhistas viria mesmo sem a Revolução de 1930, instituidora, em 1931, do Ministério do Trabalho, entregue à indiscutível capacidade de Lindolfo Color.

Não há dúvida que a época getulista, mormente o hermético Estado Novo (1937/1945), procurou demagogicamente elaborar uma pletora de leis sociais, buscando aliciar as massas

- FLYNN, Edith. Comunicação apresentada à Seção Tratamento do 8.º Congresso Internacional de Criminologia, Lisboa, 1978. Cit. por ANIYAR DE C., Lola, in *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1982.
- GARCIA MÉNDEZ, Emilio. *Criminologia o Derecho Penal en America Latina*. In: *Derecho Penal y Criminologia*. Revista de Ciências Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, v. 2, n.º 7, 1979.
- HEGEL. *La constitution de l'Allemagne*. Paris, Ed. Champ Libre, 1974.
- JAGUARIBE, Hélio. *Hacia la sociedad no represiva*. México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- KOLAKOWSKI, Leszneck. *La Philosophie Positiviste*. Paris, Dencel/Gonthier, 1976.
- MERTON, T. *Social theory and social struture*. Glencoe, The Free Press, 1957.
- MILLER, W. *Lower class as a generation milieu of gang delinquency*. In: *Journal of Social Issues*. 1958.
- PETERS, D. *Die Soziale Herkunft der von der Polizei Aufgegriffenen Täter*. In: *Die Polizei, Sociologische Studien Forschungsberichte*. Ed. por Feest, Lautman y Opladen, 1971.
- PLATT, Tony & TAKAGI, Paul. *Criminologia Biosocial*. In: *Crime and Social Justice-Issues in Criminology*. Primavera-verão, Berkeley, 1979.
- PLATT, Tony. *Los Intelectuales tradicionales: una nueva derecha y una nueva izquierda*. In: *Synthesis. Contradictions on Socialist Constrution*. V. III, n.º 1, outono, 1979.
- SACK, FRITZ. *Selektion und Kriminalität*. In: *Kritische Justiz*, 1971.
- SALDAÑA, Quintiliano. *La Nueva Criminologia*. Madrid, Aguillar, 1936.
- SZABO, Denis. *Révolution Permanent ou Eternel Renouvellement: La Criminologie en Situation*. Comunicação apresentada ao colóquio da Societé Royale au Canadá. *Continuité et rupture dans les Sciences Sociales au Québec*. Out., 1982.
- SHAW-MAC Kay. *Juvenile delinquency in urban areas*. Chicago, University of Chicago Press, 1942.
- TAYLOR, WALTON & YOUNG. *La Nueva Criminologia*. Amorrortu.
- WERKENTIN, Hofferbert & BAURMAN. *Criminology as Police Science, or how old is the New Criminology?*. In: *Crime and Social Justice*. Berkeley 1978.
- WHITE, W. *Street Corner Society*. Chicago, The University of Chicago Press, 1937.

trabalhadoras para impor uma imagem populista, tal e qual a Espanha franquista, com suas "Leyes Laborales".

A Consolidação das Leis do Trabalho, mera coordenação sistematizada, sem as características de código (as tentativas para a realização deste têm sido, até agora, infrutíferas, desperdiçando-se valiosos anteprojetos), preparada por uma abalizada comissão, apesar de seus reconhecidos méritos, tem o indistigável estigma de ter-se filiado aos mandamentos autoritários e corporativos da Carta de 1937, que, como é sabido, recebeu, entre outros, as influências da *Carta del Lavoro*, de 1927 (de 1922 foi o Código de Trabalho da Rússia e de 1933, o da Alemanha), da Constituição Portuguesa (1933) e da Constituição Polonesa (1935). Vivíamos "o mesmo clima corporativo e fascista" da Itália, ratifica Evaristo de Moraes Filho (*Introdução ao Direito do Trabalho*, 2.º vol., pág. 313).

A CLT, embora promulgada a 1.º de maio de 1943, objetivava entrar em vigor a 10 de novembro, exatamente para comemorar a data fatídica, em que, no ano de 1937, por vãos pretextos, todas as liberdades foram desprezadas, hoje, como nota Amauri Mascaro Nascimento, tem segmentos em "desacordo com a realidade", mostrando a necessidade de uma normação moderna, principalmente, sobre desemprego, autonomia sindical, greve e Justiça do Trabalho, que dela expurgue a organização paritária.

Não há dúvida de que temos de marchar para um Código de Trabalho de arejadas coordenadas, que seja o reflexo de uma autêntica democracia econômico-social.

Não são acordes os autores no dividir o Direito do Trabalho (denominação que, afinal, triunfou sobre a de Direito Social, defendida pelo eminente Prof. Cesarino Júnior, em sua clássica obra *Direito Social Brasileiro*), conceituado por Söllner, como "o direito especial das pessoas que prestam serviços que são por outros determinados" (in A. Álvares da Silva — *Convenção Coletiva do Trabalho Perante o Direito Alemão*, pág. 93). Compõem-no o *Direito Individual do Trabalho*, o *Direito Coletivo do Trabalho* (já se disse que seria desejável reduzir ao Direito Coletivo, centrado nas associações profissionais, interessadas em novas condições laborais, todo o Direito do Trabalho), o *Direito Processual do Trabalho* (que apresenta, como é óbvio, peculiaridade, como a não admissão de inépcia da inicial, da sucumbência, a não ser que o reclamante seja assistido pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer e para o qual reverterão os honorários advocatícios, do despacho saneador, da identidade física do juiz, do recurso adesivo, etc., sendo certo que o art. 902 da CLT é de flagrante inconstitucionalidade, como, entre outros, sustenta Coqueijo Costa, em trabalho sobre a ação rescisória no direito trabalhista, por obrigar o respeito aos prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho, por parte dos Tribunais Regionais do Trabalho, das Juntas de Conciliação e Julgamento e dos Juizes de Direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho, cumprindo acrescentar que o art. 9.º da Lei n.º 5.584/70 permite ao Relator do feito no TST, quando o recurso contrariar prejulgado, negar prosseguimento àquele, indicando o correspondente prejulgado) e o *Direito Admi-*

nistrativo do Trabalho (que enfoca a aplicação e o cumprimento das regras trabalhistas). Alguns autores se referem, ainda, ao Direito Corporativo, ao Direito Internacional do Trabalho e ao Direito Penal do Trabalho. É indubitável que o objeto do Direito do Trabalho é o labor "humano produtivo livre e por conta alheia".

2 — O Problema do Direito Penal do Trabalho

O Código Penal da Suíça e o Código Rocco, que influíram no estatuto repressivo brasileiro (Salgado Martins — *Dos Modernos Códigos Penais*), não deram destaque aos crimes contra o trabalho. O primeiro considera-os abrangidos pelo constrangimento ilegal e o segundo integra-os nos delitos contra a economia pública. O Código Penal do Brasil, de 1890, encarava-os como subespécies dos crimes contra a liberdade, mas o vigente abriu-lhes um título especial, considerando-os violadores da Organização do Trabalho, devendo-se notar que o revogado Código Penal (1969), no art. 227, tutelava as prescrições legais ou regulamentares relacionadas à vida ou à saúde dos empregados. O sujeito ativo era o patrão, podendo haver co-autoria. O sujeito passivo era o empregado. O crime era eminentemente doloso, não permitindo o *conatus*.

O Direito Penal do Trabalho não tem autonomia científica, apesar dos esforços de Vanini e De Litala, sendo, apenas um conjunto de regras relativas à ordem do trabalho; de normas que tutelam penalmente esse último, estando integrado no direito penal comum, apesar de ter um conteúdo econômico mais pulsante, devido às suas conotações, pois como

observou Joaquim Pimenta (*Sociologia Jurídica do Trabalho*, pág. 29), nenhum Direito como o do Trabalho tem "base econômica mais profunda".

Jorge Severiano (*Dos Crimes e das Infrações no Direito do Trabalho*, pág. 24), em valiosa e quase que isolada monografia, considera como Direito Penal do Trabalho "não só o que prescreve o Código Penal como tudo o mais que conste de outras leis trabalhistas consolidadas ou não", entendendo, ainda, que as infrações penais de que se trata deveriam ser objeto de lei especial.

Entretanto, a extensão que ele pretende dar ao objeto de seu estudo não tem razão de ser porque leis extrapenais não podem ser incluídas no Direito Penal do Trabalho.

A CLT tem diversos artigos que encerram penalidades (47, 52, 53, 54, 55, 75, 120, 146, 223, 391, 364, 401, 439, 553, 598, etc.), sem que, todavia, constituam *penas*.

O âmbito, entre nós, do Direito Penal do Trabalho, ao qual voltaremos, é o Código Penal (artigos 197/207), a Lei n.º 4.330/64 (art. 29), que regula o direito de greve, assim como a Lei n.º 9.070/46 introduzira novas figuras, e a Lei n.º 6.620/78 (art. 42, IV), que define, entre outras coisas, os crimes contra a Segurança Nacional.

Paradoxalmente, a Lei de Contravenções Penais (arts. 47/49), que abre o capítulo VI para as contravenções relativas à organização do trabalho, não participa, a rigor, do Direito Penal do Trabalho, pois arrola três transgressões (exercício ilegal da profissão ou atividade, exercício ilegal do comércio de coisas antigas e obras de arte e infração de determinação legal pertinente à matrícula ou à escrituração de

indústria, do comércio ou de outra atividade), sem qualquer substância laboral. Manuel Carlos da Costa Leite (*Lei das Contravenções Penais*, pág. 260) registra que a matéria do art. 48 está contida, a rigor, no art. 47, sendo inegável que o art. 49 contém norma penal em branco.

Entendemos, também, que não há necessidade, ainda, de uma legislação específica para os crimes contra o trabalho, enriquecendo o art. 360 do Código Penal que traça os limites entre o Direito Penal Comum e o Especial. Jorge Medeiros da Silva (*Direito Penal Especial*) aponta, ainda, como crimes especiais os praticados contra o mercado de capitais, a previdência social, a previdência privada, os referentes a loteamentos e desmembramentos e os delitos de telecomunicações. O art. 155, III da Lei Orgânica da Previdência Social, diga-se de passagem, estabelece que é *falsum* inserir ou fazer inserir em Carteira de Trabalho e Previdência Social declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita. Na verdade, podem haver crimes comuns previstos em leis especiais, mormente quando há referência expressa no Código Penal.

Os delitos contra a organização do trabalho são de dolo genérico ou específico, permanentes e admitem tentativa, exceto na hipótese do art. 207 do Código Penal.

Os artigos 198 e 202 acolhem duas figuras delituosas. O sujeito ativo pode ser o empregado ou o empregador e o sujeito passivo um ou outro e, ainda, o Estado, nas hipóteses dos artigos 204 e 207.

Carlos Xavier (*Crimes Contra o Patrimônio*, pág. 292) notou com agudeza: "Quando há choques contrários à organização do trabalho que

perturbam o equilíbrio social, revelando violência ou fraude, é preciso que o Direito Penal intervenha para a repressão devida." A violência ou fraude são elementos constantes dos crimes de que se trata, só não figurando na tipicidade dos artigos 201, 202, 205, 206 e 207 do Código Penal.

3 — Tipologia Penal (anotações)

O art. 197 do Código Penal cuida do atentado contra a liberdade do trabalho ("expressando a possibilidade de atividade do homem, é um dos traços fortes de sua personalidade como ser livre", pondera Bento de Faria), admitindo a tentativa.

Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, vol. VIII), analisando o inciso I desse dispositivo distingue bem os conceitos de arte (atividade econômica que depende de certa técnica), ofício (prestação remunerada de serviços manuais), profissão (atividade lucrativa exercida habitualmente) e indústria (transformação de produtos orgânicos e inorgânicos).

O elemento material do delito é a coação, mediante violência física ou moral e, por causa disso, a participação de parede, referida no inciso II, não infringe a lei, da mesma forma que no art. 200. O crime aqui, como adverte Bento de Faria (*Código Penal Brasileiro*, vol. IV), é o fato de obrigar o obreiro a tomar parte no abandono do trabalho.

O art. 198 refere-se ao atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta. A segunda figura (não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola), consiste em crime de dano, comportando a tentativa. O nome

vem de James Boycott, administrador de Lord Erne que, por exigir, com violência, trabalho dos camponeses, tornou-se, particularmente odiado, vendo-se obrigado a emigrar para os Estados Unidos, no final do século XVIII, onde morreu execrado.

O art. 199 menciona o atentado contra a liberdade de associação, pelo fato de alguém poder ser constrangido a participar ou não de determinado sindicato ou associação profissional, sendo possível a tentativa.

O art. 200 tem como rubrica "paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem, punindo participar de suspensão ou abandono coletivo, praticando violência contra pessoa ou contra coisa".

A suspensão do trabalho é o *lock-out* e o abandono é a greve, como esclarecem, respectivamente, os artigos 722 (empregadores, que nas circunstâncias que menciona, individual ou coletivamente suspendem o trabalho de seus estabelecimentos) e 723 (empregados que, coletivamente, nas condições que refere, abandonam o serviço) da Consolidação das Leis do Trabalho, cujo artigo 725, introjetando-se no Direito Penal do Trabalho, prescreve: "Aquele que, empregado ou empregador, ou mesmo estranho às categorias em conflito, instigar à prática de infrações previstas neste capítulo, ou se houver feito cabeça de coligação de empregadores ou de empregados, incorrerá na pena de prisão prevista na legislação penal, sem prejuízo das demais sanções cominadas."

O art. 200 do Código Penal exige um concerto prévio entre pessoas, devendo-se notar que a greve (recebeu grande estímulo do sindicalismo re-

volucionário), em suma, é o abandono do trabalho pelos empregados, em uma ou mais empresas, objetivando o acolhimento de suas pretensões, melhorando ou mantendo as condições de trabalho, consistindo um direito inalienável. Marx prega que através dela o proletariado se adentra para a conquista do poder.

O seu nome vem de *gravier* (seixo, cascalho) que o Sena levava para as proximidades da *Place de Grève* (hoje *Place de l'Hôtel de Ville*), onde operários desempregados, principalmente, da construção civil, se concentravam.

A mera coalizão (patronal ou de operários) não implica em cessação de trabalho.

Jorge Severiano entende que a greve ou o *lock-out* não devem rescindir ou suspender o contrato de trabalho, mas é certo que o art. 20 da Lei n.º 4.330/64 exara que "a greve lícita não rescinde o contrato de trabalho, nem extingue os direitos e obrigações dele resultante", cumprindo notar, ainda, que "a greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período de sua duração e o cômputo do tempo da paralisação como do trabalho efetivo, se deferidas, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, as reivindicações formuladas pelos empregados total ou parcialmente".

O art. 26, por sua vez, determina: "Cessada a greve nenhuma penalidade poderá ser imposta pelo empregador ao empregado por motivo de participação pacífica na mesma."

O Decreto-Lei n.º 9.070/46 (a anterior "Lei de Greve"), consequência da Conferência de Chapultepec, e que introduzira novas figuras, era in-

constitucional em face da Carta de 1937, sob cuja vigência foi editado, que considerava a greve recurso anti-social, nocivo ao trabalho, e inconstitucional em parte pelas limitações que impunha à *parede*, diante da posterior Constituição de 1946, a primeira, no Brasil, que acolheu o direito de greve, no art. 158 (a Constituição de 1934, art. 121, nada dispôs a respeito), em preceito que não era auto-executável ("é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará"). Varella Ribeiro (*O Problema da Greve*, Rio de Janeiro, 1959) batia-se, por essa razão, pela regulamentação da norma supracitada, que só veio com a Lei n.º 4.330/64 (art. 1.º: "O direito de greve, reconhecido pelo artigo 158 da Constituição Federal, será exercido nos termos da presente lei").

A Constituição de 1967 (Emenda n.º 1) assegura ao trabalhador (art. 165, XXI) o direito de greve, salvo o disposto no artigo 162 ("não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei"), em regra *self executing*, como notou Antonio Evaristo de Moraes Filho (*Justiça Social e Aspectos da Criminalização da Greve*).

O conceito de greve proibida (cuja realização, com finalidade de propaganda subversiva, é considerada crime pelo art. 42, IV, da Lei de Segurança Nacional) emerge do art. 162 da Constituição Federal e do art. 22 da Lei n.º 4.330/64, a qual é, parcialmente, inconstitucional pelas restrições que impõe ao direito de greve, diante dos termos amplos do art. 165, XXI da Constituição Federal, vício que não inquina o Decreto-Lei n.º 1.632/78, que dispõe sobre a proibição da greve ("a atitude da totalidade ou de parte dos empregados que

acarreta a cessação da atividade ou diminuição de seu ritmo normal" art. 2.º), nos serviços públicos e em atividades essenciais do interesse da segurança nacional, cabendo ao Ministro do Trabalho o reconhecimento da ocorrência de greve em qualquer das citadas atividades essenciais (art. 4.º).

A Lei n.º 6.620/78 apenas quem promove paralisação ou diminuição do ritmo normal de serviço público ou atividade essencial definida em lei, com o fim de coagir qualquer dos poderes da República (art. 35); quem incita a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais (art. 36, V) e os funcionários públicos que cessarem, coletivamente, no todo, ou em parte, os serviços a seu cargo.

A Constituição do Peru (art. 61), em certos casos, admite a greve nos serviços públicos, e a da Itália (art. 40) permite-a até para membros do Judiciário.

Os crimes punidos pela Lei de Segurança são eminentemente políticos e processados e julgados pela Justiça Militar (art. 52), que deverá "inspirar-se" nos conceitos básicos de Segurança Nacional (art. 5.º), sendo, realmente, draconiano, aplicar a Lei n.º 6.620/78 para coibir greves pacíficas, simplesmente reivindicatórias.

Nélio Reis (*Problemas Sociológicos do Trabalho*, pág. 244) opinava que não era possível a greve *arms in arms*, meramente de ocupação, em que empregados permanecem no local sem trabalhar, mas impedindo que outros realizem suas tarefas.

A *bottle-neck strike* é aquela em que só não se apresentam à empresa os que trabalham na atividade principal e indispensável (no *gargalo da garrafa*) e sem os quais os demais

obreiros nada ou pouco poderão produzir.

Angelo Brucculeri (*As Greves*) fala, ainda, em greve *geral* (local ou nacional), *particular*, *internacional*, *política*, de *solidariedade* e de *protesto*.

O art. 29 da Lei n.º 4.330/64 declara constituir crimes, além dos previstos no Código Penal, promover, participar ou insuflar greve ou *lock-out* com desrespeito a ela; incitar desrespeito à sentença normativa do trabalho que puser termo à greve ou obstar a sua execução; deixar o empregador, maliciosamente, de cumprir decisões normativas da Justiça do Trabalho, ou obstar a sua execução; iniciar a greve ou *lock-out* ou aliciar participantes quando estranho à profissão ou atividades econômicas; onerar a despesa com dívidas fictícias ou de qualquer modo alterar maliciosamente os lançamentos contábeis para obter majoração de tarifas ou preços adicionais aos lucros ou fazer investimentos com os rendimentos obtidos com revisão tarifária ou aumento de preços especificamente destinados a aumentos salariais de empregados e praticar coação para impedir ou exercer a greve.

O art. 201 do Código Penal trata da participação em suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo.

A obra aí é a efetuada por não-funcionários, e o delito prescinde de violência ou fraude.

O art. 202 (que apresenta duas figuras) menciona a invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o objetivo de impedir ou embarçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o

estabelecimento ou as coisas nele existentes ou deles dispor (sabotagem).

Não basta, para configurar a sabotagem (de *sabot*, tamanco, que se colocava, propositadamente, nas máquinas, ou do verbo *atamancar*, isto é, fazer mal alguma coisa), a danificação mencionada acima, por trabalhador da empresa ou pessoa alheia a ela; é preciso que os danos tenham sido praticados com o intuito de obstaculizar o andamento regular do trabalho.

O *rateming*, por seu turno, impossibilita o trabalho (atividade geradora de bens econômicos para a subsistência do obreiro), pela subtração de instrumentos ou por motivos outros.

O art. 203 tutela a frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Frustrar direito, nos termos da lei, é colocar óbices para que seu titular o exerça (ato) ou goze (potência).

A fraude que, segundo Roux, é o ardid que se emprega para enganar alguém, pode ser empregado pelo patrão contra o operário, ou vice-versa, ou por ambos.

A tentativa é perfeitamente cabível na hipótese.

O art. 204 encara a frustração da lei sobre a nacionalização do trabalho (problema que a C.L.T. enfoca nos artigos 352/359, destacando a proporcionalidade de empregados brasileiros e as relações anuais de empregados), mediante fraude ou violência.

O sujeito passivo é o Estado, sendo viável o *conatus*. Carlos Xaxier (*ob. cit.*) opina que a violência não deveria integrar o tipo, mas ser, apenas, agravante.

O exercício de atividade com infração de decisão administrativa (aquela proferida por órgão da ad-

ministração pública) é regulado no art. 205, que Carlos Xavier entendia dever constar do capítulo das transgressões contra a administração pública. Se a decisão for judicial o crime será o do art. 359.

O aliciamento de trabalhadores para o fim de emigração é o tema do art. 206 do Código Penal. A figura adquiriu relevo com as "contratações" de mulatas sambistas para espetáculos (que encobriam atos de prostituição), na Alemanha. É punível o aliciamento mesmo como ato preparatório de emigração, mas não basta o aliciamento de uma só pessoa, nem é crime aliciar desocupados, porque não se atenta contra a organização do trabalho.

Finalmente, o art. 207 incrimina o aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional. O sujeito ativo é qualquer pessoa e o sujeito passivo é o Estado. O delito consuma-se no local de aliciamento e esse último é punível *per se*. Estamos diante de um crime formal que inadmitte tentativa e a localidade do aliciamento deve ser distante da localidade para onde foram os trabalhadores levados, pois seria ridículo apenas o aliciamento de obreiros de um município para outro vizinho.

O grave problema das bóias-frias e do desemprego colocou em cheque o *typus* de que agora se trata e poderá, em determinadas condições, estimular banditismo social. "O ponto básico a respeito dos bandidos sociais", explana E. J. Hobsbawn (*Bandidos*, pág. 11, Forense-Universitária), "é que são proscritos rurais, encarados como criminosos pelo senhor e pelo Estado, mas que continuam a fazer parte da sociedade camponesa,

e são considerados por sua gente como heróis, como campeões, vingadores, paladinos da Justiça, talvez até mesmo como líderes da libertação e, sempre, como homens a serem admirados, ajudados e apoiados".

Como lembra Carlos Xavier, nem sempre pode ser o aliciamento considerado crime, pois "casos há, até, em que constitui utilidade; em ocasiões várias tem sucedido *chômage* em certos Estados e a falta de braços em outros".

Bento de Faria ressalta, nessa ordem de idéias, que aliciar desempregados para o trabalho não é uma conduta punível.

4 — Conclusões

Para a inteligência do texto referente às transgressões penais que vimos de analisar é valioso o apontamento de L. A. Chaves Camargo (*Tipo Penal e Linguagem*, pág. 71), "o conhecimento da Lingüística pelo jurista importará numa dinamização do trabalho de interpretação e possibilitará melhor adequação típica entre o fato delituoso e a lei penal".

Por outro lado, aos crimes contra a organização do trabalho é também aplicável a teoria psicanalítica da delinquência neurótica, "a prática de ato anti-social previsto em lei, com a finalidade inconsciente de punição", como nota Odon R. Maranhão (*Psicologia do Crime*, pág. 70).

Ferri proclamou que quanto mais Justiça Social houver, menos Justiça Penal existirá. Essa verdade inconteste não implica, necessariamente, em um desprestígio da repressão indispensável à estabilidade da ordem coletiva.

A doutrina da Defesa Social exposta, compreensivelmente, por Filippo Gramatica, quando a Itália saía vencida da Segunda Guerra Mundial, após duas décadas sob o totalitarismo fascista, que acabava totalmente com os conceitos de crime, criminosos e pena, pondo de lado qualquer idéia de retribuição, e que serve de instrumento, ainda, a uma corrente demagógica no Direito Penal, sucedeu, com mais realismo, a da Nova Defesa Social, que "não pretende romper nem com a possibilidade de aplicação da pena, nem com o processo penal propriamente dito", como deixa claro seu eminente corifeu Marc Ancel (*A Nova Defesa Social*, pág. 13).

Efetivamente, a escola do mestre francês, enfatiza Heleno Fragoso, "libertando-se de exageros insustentáveis as idéias fundamentais do movimento, aceita certos conceitos da teoria clássica do direito penal, que procura submeter, no entanto, a um novo enfoque".

A repressão penal deve ser feita, é certo, visando o bem comum, através da prevenção geral e de uma lúcida política criminal, que não é sinônimo de impunidade, nem avaliza a inércia do Estado, diante da periculosidade dos agentes. Magalhães Drummond (*Aspectos do Problema Penal Brasileiro*, pág. 130) deixa claro que "a repressão do delito para ser eficiente há de se condicionar à periculosidade revelada pelo delinqüente", defendendo a regra *tanta sequestração, quanta temibilidade*.

O Código de Manu (art. 660) já havia asseverado que é tão injusto deixar ir um culpado quanto condenar um inocente e que "a justiça consiste em aplicar a pena conforme a lei".

Com todas as suas conotações, o Direito do Trabalho é, sem dúvida, como disse Mário de la Cueva (*Panorama do Direito do Trabalho*, pág. 21), "um dos episódios na luta do homem pela liberdade".

O CASAMENTO COMO CAUSA DE AUMENTO DA PENA

Celso Delmanto

1. Introdução

O Código Penal brasileiro, em seu art. 226, III, considera causa de aumento da pena, aplicável a crimes contra os costumes, o fato de ser o agente casado.

O acréscimo punitivo previsto é fixo, sendo a pena elevada de quarta parte.

Com relativa frequência, essa causa de aumento é aplicada, pois alcança oito diferentes crimes sexuais, nos quais, muitas vezes, o autor é casado.

Sua importância é relevante, não só porque acarreta uma exacerbação de vinte e cinco por cento na punição, como, ainda, porque interfere, gravosamente, no cálculo dos prazos prescricionais dos crimes em que incide.

A despeito desse interesse prático, a referida causa de aumento nunca chegou a merecer, por parte da doutrina, mais do que sucintas e rápidas observações. De modo geral, faltou-lhe, sempre, exame mais aprofundado.

Entre as prováveis razões da quase-orfandade doutrinária dessa causa de aumento, acha-se a sua originalidade. Na grande maioria das

legislações penais estrangeiras, que estamos acostumados a estudar, ela inexistente, seja como causa de aumento ou simples circunstância agravante da pena.

Também a fórmula curta e sintética com que a causa de aumento foi redigida — “se o agente é casado” — pode ter contribuído para que ela não despertasse maiores atenções.

2. Alcance do dispositivo

De início, observe-se que a exacerbação conseqüente da condição de casado do agente tem campo de incidência relativamente amplo.

Aplica-se aos crimes dos arts. 213 a 220 do Código Penal, compreendendo, portanto, o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude, o atentado ao pudor por fraude, a sedução, a corrupção de menores, o rapto violento ou fraudulento e o consensual.

Não alcança, porém, os crimes de lenocínio e de tráfico de mulheres, descritos nos arts. 227 a 231 do diploma legal.

Por outro lado, é irrelevante a incidência que a vítima conheça ou não a condição de casado do agente.

Tal ciência somente interferirá, indiretamente, na própria caracterização do delito de sedução e, mesmo assim, apenas na hipótese de sua prática mediante aproveitamento da justificável confiança da ofendida.

Independe, também, do sexo do autor, aplicando-se tanto ao agente (casado) homem, como mulher, desde que o crime praticado admita sujeito ativo masculino ou feminino.

Quanto à comprovação do estado de casado do agente, a jurisprudência mais recente, com acerto, vem reclamando que ela somente se faça à vista de certidão de casamento. A exigência, além de contar com estrito amparo legal (Código de Processo Penal, art. 155), tem base realista, pois é comum que algumas pessoas se considerem “casadas” quando, na verdade, só possuem ligações religiosas ou mesmo de fato.

Na hipótese, muito rara, de o agente ser condenado por crime sexual e adultério, em concurso formal, a causa de aumento da pena conseqüente de ser casado não poderá concorrer com o adultério, pois redundaria em dupla punição.

3. As dúvidas que vêm surgindo

Notadamente em três hipóteses, a aplicação da causa de aumento examinada tem suscitado controvérsias.

A primeira delas refere-se ao agente desquitado, ou seja, separado litigiosa ou consensualmente, pois agora existe o divórcio, que não foi nem poderia ter sido cogitado à época da edição do Código Penal vigente.

Logo depois da instituição do divórcio no Brasil, o Desembargador Onel Raphael, em voto vencido que proferiu no Tribunal de Justiça de

São Paulo, já sustentava a inaplicabilidade do aumento da pena aos agentes desquitados, “existindo no país o divórcio” (RT 540/289).

Ainda não se pode apontar um ou outro entendimento como preponderante na jurisprudência. Enquanto alguns julgados — como o acima mencionado, decidido por maioria de votos — consideram aplicável o acréscimo da pena ao autor desquitado, outros, da mesma Corte de Justiça, inclinam-se pela não incidência da exasperação (RT 548/311).

As outras dúvidas dizem respeito a casos em que agente e vítima são do mesmo sexo ou em que, por condições particulares da própria ofendida, esta e o agente não poderiam, de qualquer maneira se casar.

Em vista da importância prática do tema e das dúvidas que ele provoca, entendemos que se deve procurar sua melhor interpretação.

4. A razão de ser do dispositivo

Cremos que se revelaria infrutuosos e desnecessários a sua pesquisa em legislações estrangeiras, mesmo porque essa causa de aumento da pena já existe, entre nós, há quarenta anos e é dentro da sistemática penal brasileira que a solução deve ser encontrada.

A disposição contida no art. 226, III, não é, certamente, graciosa, e tem a sua razão de ser.

A nosso ver, porém, ela não possui fundamento único, sendo *dupla* a sua motivação.

Um dos seus motivos prende-se à irreparabilidade do dano, pela impossibilidade de casamento. Tratando-se de agente já casado, não pode ele,

obviamente, contrair matrimônio com a vítima.

Como se sabe, o legislador penal brasileiro sempre considerou relevante o subsequente casamento da vítima com seu ofensor. Nos mesmos crimes em que é aplicável a causa de aumento aqui tratada, o matrimônio da ofendida com o agente acarreta a extinção da punibilidade, seja antes, durante ou após a ação penal.

Além disso, nos delitos de rapto (violento, fraudulento ou consensual), a simples finalidade de casamento é elevada a causa de diminuição da pena, cabível ainda que tal propósito não venha a se efetivar.

Dentro desse contexto, nada mais natural que os autores de nossa lei penal tivessem erigido em causa de aumento da pena a mera condição de casado do agente, pela impossibilidade deste casar-se com a vítima.

Ao lado desse fundamento, há outro, que não se pode desprezar.

Muito provavelmente, na redação do Código Penal considerou-se como imoralidade de maior grau a consequente de o crime ser praticado por quem, sendo casado, presume-se possuir lar constituído, manter vida sexual normal com o cônjuge e ter certos deveres para com este.

Em vista do já anotado realce dado ao casamento — celebrado a qualquer tempo ou apenas objetivado em alguns delitos —, compreende-se tal aspecto também haja sido considerado na elaboração do dispositivo. Pela importância atribuída ao matrimônio no capítulo dos crimes sexuais, haveria coerência em se reputar mais grave o seu cometimento pelo agente casado.

Dentro de nossa sistemática penal e considerando, particularmente, o

tratamento dispensado aos delitos contra os costumes, não encontramos outros fundamentos — além da dupla motivação que apontamos — capazes de justificar a causa de aumento da pena em questão.

5. Consequências

Assim estabelecidas aquelas que constituem, a nosso ver, as razões de ser do dispositivo, passemos às discussões que ele tem provocado na prática forense.

a. Agente desquitado

Ao autor separado litigiosa ou consensualmente (desquitado) entendemos que não deve ser aplicada a causa de aumento inserida no art. 226, III, do diploma legal.

Três são as razões do nosso posicionamento:

1 — Como a lei penal supõe o conhecimento de seus preceitos por todas as pessoas, indistintamente, o vocábulo *casado* deve ser interpretado em sua significação usual, corriqueira e trivial, a qual não abrange a pessoa desquitada ou judicialmente separada. Na linguagem comum, *casado* e *desquitado* são palavras com significados bem diferentes.

2 — Com a instituição do divórcio no Brasil, em dezembro de 1977, ficou eliminada a impossibilidade de o agente desquitado casar-se de novo, pois há dissolução da sociedade conjugal.

3 — Por outro lado, sendo separado, o agente não tem — nem presumivelmente — o lar constituído, a vida sexual e os deveres para com

o cônjuge que servem de derradeiro fundamento ao dispositivo penal.

Assim, o desquitado não é alcançado por qualquer dos dois motivos que podem justificar a causa de aumento da pena.

Consigne-se que a segunda das razões invocadas neste posicionamento encontra respaldo na opinião de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, 1979, III/238) e no voto vencido do Desembargador Onei Raphael (RT 540/289).

b. Vítima e agente do mesmo sexo

A diferença de sexo é elemento essencial ao casamento, de modo que, inexistindo essa distinção entre ofensor e vítima, a exasperação da pena não poderia incidir, caso seu único fundamento fosse a impossibilidade de o autor casado contrair matrimônio com a vítima.

Todavia, ainda assim será cabível o acréscimo previsto no art. 226, III, em vista de sua outra motivação: maior imoralidade do agente que, sendo casado, supõe-se ter lar constituído.

Por isso, é possível, em tese, a aplicação da causa de aumento da pena, mesmo que ofensor e ofendido sejam ambos masculinos ou femininos, nos crimes em que a igualdade de sexo não interfere (atentado violento ao pudor, corrupção de menores etc.).

c. Vítima impedida de casar-se

Pode haver impossibilidade de casamento do agente com a vítima por diversas outras razões. São as hipóteses de impedimentos resultantes de parentesco, idade, incapacidade de consentir ou manifestar concordância, ser a vítima ela própria já casada etc.

Em tais casos, a solução é igual à anterior: em tese, será cabível o acréscimo especial da pena, por força de sua segunda motivação, muito embora a primeira não possa ser cogitada.

São estas as observações que o tema nos traz e que ora anotamos, na esperança de que elas, ao menos, provoquem novos estudos a respeito dessa causa de aumento da pena.

OFENSA A FUNCIONÁRIO PÚBLICO.
ARQUIVAMENTO DA REPRESENTAÇÃO.
ADMISSIBILIDADE DA QUEIXA

Juiz de direito, julgando-se ofendido por expressões empregadas pelo Procurador-Geral da Justiça em representação feita ao Conselho da Magistratura, as quais foram divulgadas por jornal, entendeu de promover a responsabilidade penal do Procurador, com base na Lei de Imprensa. Sendo a ação penal pública, o ofendido representou ao Procurador-Geral, que já então não era mais a pessoa contra a qual se dirigia o juiz. O Procurador-Geral arquivou a representação. O juiz então apresentou queixa, procurando iniciar ação privada subsidiária. O processo tramitou perante o Órgão Especial (Queixa-Crime n.º 21), sendo relator o Des. Luiz Lopes de Souza.

O querelado se opôs ao recebimento da queixa, alegando que a ação penal na hipótese é pública, não cabendo a ação privada subsidiária, se o Procurador-Geral, sem revelar inércia, determina o arquivamento da representação. Como se sabe, os tribunais têm decidido que a queixa não pode ser apresentada pelo ofen-

dido se o MP requer o arquivamento, em caso de ação pública.

O relator do processo desprezou, no entanto, a preliminar apresentada, entendendo ser a queixa cabível. A nosso ver decidiu com acerto. Não é possível impedir que o funcionário ofendido promova a ação penal quando o MP se recusa a protegê-lo. A ação pública é instituída para favorecer o funcionário e não para prejudicá-lo. Negar no caso a possibilidade de queixa é colocar o funcionário em posição inferior à do particular. Por outro lado, não houve arquivamento ordenado por qualquer autoridade judicial, e este é que, segundo a jurisprudência, impede, nas ações penais públicas, a queixa subsidiária.

No mesmo sentido da decisão de que damos notícia, havia-se pronunciado o Órgão Especial, na queixa apresentada pelo juiz Ederson de Mello Serra contra o promotor José Carlos da Cruz Ribeiro (Queixa-Crime n.º 14). É praticamente impossível que o MP processe o MP, pelos crimes que acaso pratique no exercício da função (*Nota de H.C.F.*)

DENÚNCIA. ABUSO DE PODER

Num inquérito em que não havia qualquer elemento de convicção capaz de indicar a existência de homicídio doloso, o promotor ofereceu denúncia, entendendo que o indiciado deveria ser submetido a julgamento pelo Júri. O juiz do 3.º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, o excelente Silvio Teixeira Moreira, rejeitou a denúncia em exatíssimo despacho no qual mostrava que o MP ao promover a ação penal, tem de basear-se necessariamente nos elementos de prova colhidos no inquérito, sob pena de atuar com abuso de poder. Não basta, para que seja recebida, que a denúncia narre um fato delituoso com as suas circunstâncias. O órgão da acusação não pode, a seu bel-prazer e sem base nos elementos de informação, apresentar denúncia totalmente divorciada de tais elementos. Não pode, dizia o juiz, tirar a denúncia de trás da orelha. O Ministro Orozimbo Nonato, mais conciso, afirmava que a denúncia "não pode constituir ato de pura criação mental da acusação".

Houve recurso do MP, distribuído à 1.ª Câmara Criminal do TJ, distribuído ao Des. Nicolau Mary Junior, que é, como todos sabem, um juiz de primeira categoria. Entendeu ele aqui,

no entanto, sem fundamento jurídico, que a decisão do juiz deveria ser reformada, para o recebimento da denúncia. Diz o acórdão que o juiz não pode rejeitar a denúncia porque discorda da classificação do crime nela descrito (Recurso em Sentido Estrito n.º 1.882). A decisão foi unânime.

Temo-nos pronunciado repetidamente no sentido de posição adotada pelo juiz Silvio Teixeira Moreira. Cumpre ao juiz, ao receber a denúncia, examinar se há interesse de agir. Frederico Marques (*Elementos*, 1961, II, 146 e 162) ensina com absoluta perfeição que o juiz tem de examinar a viabilidade da relação processual e a viabilidade do direito da ação. E afirma que se prende à inviabilidade da instância a falta de elementos que instruem a denúncia, para fundamentar a *opinio delicti* do órgão da acusação. A denúncia deve, em tais casos, ser rejeitada. Veja-se, no bom sentido, RT 284/169, 285/165, 307/126, 370/158, 387/63, 197/322, 423/366. O STF também já decidiu da mesma forma, em magnífico acórdão de que foi relator o Min. Leitão de Abreu (RECr 88.118, DJ 1/12/78, 9.734). Veja-se Heleno Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, 4.ª edição, 1982, n.º 176. (*Nota de H.C.F.*)

CRIME DE IMPRENSA. REPRESENTAÇÃO CONTRA O AUTOR E DENÚNCIA CONTRA O DIRETOR

Hipótese interessantíssima foi decidida pela 4.ª C II TARJ no julgamento do HC 3.307, do qual foi relator o eminente Juiz Luiz César. Um funcionário público, considerando-se ofendido por uma reportagem,

representou ao Ministério Público contra o repórter que a redigira, identificando-o. O Ministério Público, contudo, ofereceu denúncia contra o diretor do jornal. Foi a ordem de *habeas-corpus* concedida para tran-

car a ação penal, observando o Juiz relator, em seu voto, que faltava a condição de procedibilidade da representação para legitimar a iniciativa do Ministério Público contra o diretor do jornal. Assinalou o voto do Juiz Luiz César: "Relevante o fato de a Lei de Imprensa não acolher os princípios esposados no Código Penal sobre a co-autoria. Nesta última posição ainda poder-se-ia admitir o procedimento do *parquet*. A reportagem tida como ofensiva, não foi assinada, mas segundo os termos do pedido do ofendido tinha autor conhecido. Fácil seria a sua identificação e todo o *animus* era no sentido da punição incidir sobre ele e não sobre outrem."

A decisão nos parece corretíssima.

Vale recordar que, nos precisos termos do art. 37 da Lei 5.250, de 9.II.67, o responsável primário pelos ilícitos veiculados através da imprensa é "o autor do escrito ou transmissão incriminada (art. 28 e § 1.º), sendo pessoa idônea e residente no país". Afirma Guido Fidélis, em sua útil monografia, ser "evidente que o autor é o principal responsável, transferindo-se a responsabilidade sucessivamente" (*Crimes de Imprensa*, S. Paulo, 1977, p. 93).

Eis o ensinamento de Freitas Nobre: "Quando há a identificação do autor do escrito (...), inclusive aquele divulgado sob pseudônimo, a ação penal não pode prosseguir contra o diretor do jornal" (Lei de Informação, S. Paulo, 1978, ed. Saraiva, p. 253).

Também Arruda Miranda esclarece que o legislador, "na escala da responsabilidade penal sucessiva (...) colocou em primeiro lugar o autor do escrito" (*Comentá-*

rios à Lei de Imprensa, S. Paulo, 1969, ed. RT, v. II, p. 674). E, em outra passagem, em tópico intitulado *Publicação sem indicação do autor*, esclarece: "Na ausência de indicação do autor, no escrito publicado em jornal ou periódico (...), o que for responsabilizado como tal nos termos do art. 28, não fica impedido de nomeá-lo (...)" (*op. cit.*, p. 598). E acrescenta: "Feita a indicação do autor (...) responderá este, e somente este, pelo abuso cometido, uma vez que na escala sucessiva está ele em primeiro lugar, se idôneo e não estando ausente do país" (*op. cit.*, p. 691).

Seria irracional — contradizendo o espírito da lei — não pudesse o próprio ofendido, conhecedor do autor real do escrito, dirigir contra o mesmo sua queixa ou, em caso de ação penal pública condicionada, sua representação.

Há decisões que rejeitam a queixa oferecida contra o diretor ou redator-chefe, em casos de autor conhecido (RT 440/423; Franceschini, *Jurisprudência do TACrimSP*, S. Paulo, 1975, v. I, p. 475). "Se o autor do escrito é conhecido, determinado, certo, o diretor do jornal não é o agente do crime", reza Parecer transcrito por Freitas Nobre de RT 283/747 (*op. cit.*, p. 123). Transcrevamos duas decisões: "Sendo a responsabilidade pelo delito de imprensa sucessiva e não solidária, conhecido e identificado o autor do escrito incriminado, por ele não responde, portanto, o diretor do jornal em que foi publicado" (RT 505/361); "Queixa rejeitada. Propositura contra quem não fora o autor do escrito incriminado, embora responsável pela seção do jornal que o publicou. Ilegitimidade de parte."

Exceção acolhida. Decisão mantida. Inteligência dos artigos 28 e 37, § 1.º da Lei 5.250, de 1967" (RT 511/391).

É claro que, se a matéria não está assinada e o ofendido ignora quem seja o autor, pode dirigir-se contra o diretor ou redator-chefe, face à presunção legal do art. 28, inc. II. Como ensina com precisão Freitas Nobre, "ao considerar redigido o escrito (...) a lei quis impedir que o anonimato viesse a constituir-se numa forma e num expediente reprovável de fraude à aplicação da lei" (op. cit., p. 124). Mesmo nessa hipótese, no entanto, pode o responsável sucessivo fazer o chamamento do autor, ao qual se refere o art. 37, § 1.º da lei. Quando isso ocorre, mesmo durante o processo, retoma o autor sua condição de responsável: "(...) Identificado, no curso do processo, o autor do escrito publicado sob pseudônimo, identificação que o querelado promoveu, a ação só pode prosseguir contra aquele" (RT 289/505). Cf., também, RT 257/425.

Ora, se o ofendido sabe quem é o autor, temos a hipótese legal de autor conhecido: só nos casos de inidoneidade e ausência do país poderia a responsabilidade transferir-se (art. 37, inc. I da Lei 5.250, de 9.II.67).

Se contra o autor conhecido dirigiu o funcionário público ofendido sua representação, não pode o Ministério Público propor ação penal contra o responsável sucessivo.

A representação é a manifestação da vontade do ofendido "no sentido de ser instaurado o processo contra o seu ofensor" (Tourinho Filho, *Processo Penal*, Bauru, 1975, ed. Javalov, v. I, p. 266), Espínola Filho colocava na base de sua definição a "notícia da existência do crime e do

seu autor" (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio, 1965, ed. Borsó, v. I, p. 411), esclarecendo que a mesma deveria incluir elementos sobre a "pessoa do autor", uma vez que a decadência "só entra de correr do dia quando o respectivo titular teve ciência de quem é o criminoso", (loc. cit.). O notável Foschini advertia para que a representação (*querela*) não é simples manifestação de ciência da *notitia criminis*, mas também a expressão de um juízo de oportunidade e de vontade do procedimento penal: "*La querela quindi (...) non è semplice manifestazione di scienza della notitia criminis ma anche espressione di un giudizio di opportunità e di volontà di procedimento penale*" (*Sistema del Diritto Processuale Penale*, Milão, 1968, ed. Giuffrè, v. II, p. 53).

Essa vontade de proceder criminalmente, é claro, pode estar presente se o autor for A e não estar presente se o autor for B, à vista de inúmeras considerações. Pode o ofendido, por exemplo, desejar o procedimento, se o autor da ameaça for A, e relevar o fato, se foi B. Relações de conhecimento ou amizade, diretas ou através de terceiros, estima, gratidão por fatos pretéritos, são algumas das incontáveis circunstâncias que podem levar o ofendido a representar contra A e não representar contra B.

Observe-se que não estamos tratando de co-autoria. As soluções, aí, seriam outras, e guardariam dependência da disciplina legal positiva. Na Alemanha, em casos de co-autoria, pode o ofendido dirigir a representação (*Antrag*) apenas contra algum ou alguns, não se procedendo contra os demais co-autores (cf. excelente informação em Jorge Alberto Romeiro,

Comentários ao Código Penal, colab. Aloysio de Carvalho Filho, Rio, 1979, ed. Forense, v. IV, p. 549). Já na Itália, há uma regra expressa proibindo a divisibilidade da representação (cf. Jorge Alberto Romeiro, loc. cit.). Entretanto, mesmo na Itália, ensina Leone, o princípio de indivisibilidade só se aplica quanto ao mesmo fato e não a fatos diversos ("*il principio di indivisibilità vale in riferimento allo stesso fatto e non a più fatti*" — cf. *Tratatto di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, 1961, ed. Jovene, v. II, p. 18). Ora, o sistema de responsabilidade da Lei de Imprensa é exatamente o avesso da co-autoria; o fato do autor, em que se baseia sua responsabilidade, é totalmente distinto do fato do diretor ou redator-chefe, no qual, aliás, alguns doutrinadores — por força do § 5.º do art. 37 — vêem uma tessitura culposa. Repita-se, portanto, que não estamos tratando com co-autoria, na hipótese em que o ofendido representou contra um co-autor, e das investigações emergiram outros.

De quanto se viu, é forçoso concluir que a representação, por mais liberais que sejamos quanto à sua forma, possui significação e efeitos jurídicos impostergáveis. Como lembra mestre Frederico Marques, "sem o pedido que nela se contém, o Ministério Público não pode agir e é mesmo parte ilegítima para propor a ação penal" (*Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, 1961, ed. Forense, v. I, p. 348). Esse pedido, dentro de certos limites, vincula o Ministério Público; por isso ensina Frederico Marques, "não lhe cabe (ao Ministério Público) alterar a configuração do fato, mediante o acréscimo de circunstâncias ausentes da delação" (loc. cit.).

Os tribunais, nas poucas vezes em que foram chamados ao tema, afirmaram esses mesmos princípios: "Quando o ofendido representa contra determinada pessoa, somente contra ela fica autorizado o Ministério Público a promover a ação penal, pelo que não pode envolver na denúncia outras pessoas" (TJSP, HC 85.682, rel. Des. Tomás Carvalho, RF 221/353); "Se a representação é vaga e imprecisa, sequer mencionando o nome do suposto autor do delito de corrupção de menores, é de se lhe conceder a ordem de *habeas-corpus* a fim de excluí-lo da denúncia, anulada, em consequência, a condenação a ele imposta" (STF, HC 4.836, rel. Min. Barros Monteiro, RF 234/252); "Tendo a representação sido oferecida contra uma só pessoa, não pode a denúncia visar outra além da mencionada naquela" (TJMG, R.S.E. 2.143, rel. Des. Dario Lima, Jurisp. Mineira, v. X, f. 3-6, p. 397); "Ilegítima é a atuação do Ministério Público oferecendo denúncia por sedução contra quem não foi objeto da representação por parte da ofendida, acarretando o recebimento daquela coação ilegal" (TJSP, HC 121.774, rel. Des. Mendes França, RT 460/295); "Quando o ofendido representa contra determinada pessoa, somente contra ela fica o Ministério Público autorizado a promover a ação penal, não podendo envolver na denúncia outras pessoas" (TJSP, HC 85.682, rel. Des. Thomaz Carvalho, RT 372/60); "Representação. Limites. Ação pública condicionada. Denúncia que envolve quem não foi visado na representação. Excesso de poder reconhecido. Pedido apenas contra o autor do defloramento. Extensão, pelo Ministério Público, a suposto autor de estupro, praticado em época posterior,

por terceira pessoa não referida na representação. Ilegitimidade do Ministério Público. Vício insanável e de caráter absoluto. Processo anulado *ab initio*" (TJSP, A.Cr. 129.386, rel. Des. Adriano Marrey, Rev. Jur. TJSP 42/368).

Afirmou, em seu voto, o relator da última decisão transcrita, Des. Adriano Marrey: "O Ministério Público não pode agir contra os termos da representação, ou além deles" (p. 369).

INQUÉRITO POLICIAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO POR "HABEAS-CORPUS"

É juridicamente possível a concessão de *habeas-corpus* para trancamento de inquérito policial.

O inquérito policial constitui um procedimento administrativo sujeito a pressupostos legais demarcados com clareza; como qualquer ato administrativo, está sujeito a controle jurisdicional, que se instrumentaliza pela via do *habeas-corpus*. Em sua obra já clássica, Miguel Seabra Fagundes referia atos administrativos, relacionados à liberdade do indivíduo, "que podem ser obstados ou suspensos em seus efeitos pelo *habeas-corpus*" (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, 1941, ed. Freitas Bastos, p. 187).

Quicá o pressuposto mais elementar para a instauração de inquérito policial seja a *existência de crime em tese*, ou seja, que o objeto da apuração constitua um delito. Tanto isso é verdade que o § 3.º do art. 5.º CPP determina que a autoridade policial, recebendo notícia de infração penal, verifique "a procedência das informações" antes de instaurar inquérito.

Para hipóteses de co-autoria, como já frisamos, é pensável solução distinta, e existem decisões neste sentido, homenageando o princípio da indivisibilidade da ação penal pública. Quando não se trate, contudo, de co-autoria, nenhum argumento logra validar a ilegítima iniciativa do Ministério Público.

A matéria foi, em nossa opinião, excelentemente resolvida pela decisão que motivou este comentário. (*Nota de Nilo Batista*).

Hélio Tornaghi afirma que a autoridade não instaurará inquérito "quando o fato narrado não for típico" (*Instituições de Processo Penal*, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva, v. 2.º, p. 261); idêntica é a lição de Tourinho Filho ("se o fato narrado for atípico" — in *Processo Penal*, Bauru, 1975, ed. Jalovi, v. 1.º, p. 168).

Dispõe o art. 648 CPP: "A coação considerar-se-á ilegal: I — *quando não houver justa causa*." Os autores não hesitam em proclamar que a atipicidade do fato objeto da apuração subtrai justa causa a qualquer procedimento.

Com sua terminologia característica, ensinava Pontes de Miranda: "Se não se perfaz o suporte fáctico — o *Tatbestand* — para a incidência de regra jurídica de direito penal, ou privado, ou administrativo, não há justa causa" (*História e Prática do Habeas Corpus*, Rio, 1972, ed. Borsoi, t. II, p. 137).

Veja-se a precisa lição de Frederico Marques: "Justa causa tem, ainda, o sentido de *legítimo interesse*,

o que ocorre sempre que o ato coativo provenha de prática ilícita, por parte de quem sofre a coação, *uma vez que só existe legítimo interesse na realização de algum ato jurídico, quando este é correlato a algum ato ilícito que torne cabível a limitação ao jus libertatis*" (*Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, 1965, ed. Forense, v. IV, p. 397).

Sem dúvida, a forma mais visível (Macedo Campos, *Habeas Corpus*, Bauru, 1979, ed. Jalovi, p. 126) da falta de justa causa para o inquérito policial resulta da atipicidade dos fatos que o motivaram. Assim se orienta a doutrina, e valha, por todos, o ensinamento de Gama Malcher: "Constituirão falta de justa causa, portanto, a falta de tipicidade do fato (...)" (*Manual de Processo Penal Brasileiro*, Rio, 1980, ed. Freitas Bastos, v. II, p. 186).

Os tribunais sufragam esse entendimento.

Inúmeras decisões proclamam a possibilidade jurídica do trancamento de inquérito policial por *habeas-corpus*: "(...) Indevida instauração de inquérito policial constitui constrangimento ilegal, reparável através de *habeas-corpus*" (TACrimSP, 2.ª C, HC 56.253, rel. Juiz Toledo de Assumpção, *Julgados* 24/134); "O indiciamento policial, com seus pressupostos de interrogatório, qualificação, identificação e outras diligências, representa um constrangimento podendo, assim, em tese, autorizar pedido de *habeas-corpus*, que será deferido quando meridianamente comprovada, desde logo, ausência de justa causa" (TACrimSP, 1.ª C, RHC 192.081, rel. Juiz Geraldo Gomes, *Julgados* 59/69); "Inquérito policial. Estelionato. Instauração a propósito

de delação em que não consta qualquer ilícito penal, mas irregularidades administrativas. Ordem concedida. Decisão mantida. A instauração de inquérito policial para apuração de fato penalmente irrelevante constitui constrangimento ilegal" (TACrimSP, 4.ª C, RHC 214.041, rel. Juiz Gonçalves Sobrinho, *Julgados* 61/70).

Vejam-se ainda, admitindo o trancamento de inquérito policial por *habeas-corpus*: *Julgados* TACrim.SP 50/388; Rev. Jur. TJSP 76/294; RT 510/325, 492/268, 445/344; Rev. Jur. TJRJ 37/250.

Outras decisões timbram em sublinhar que o caráter atípico dos fatos apurados justifica o trancamento do inquérito policial: "Em princípio, o *habeas-corpus* não é remédio adequado para trancar inquérito policial (...). Contudo, quando o fato imputado, à evidência, não constitui infração penal, o indiciamento do cidadão vem de constituir intolerável constrangimento, submetendo-o a vexame inútil e que, de logo, deve ser evitado pelo remédio heróico do *habeas-corpus*" (TACrim.SP, 1.ª C, RHC 117.219, rel. Juiz Camargo Sampaio, *Julgados* 44/417); "Admissível é o trancamento de inquérito policial através de *habeas-corpus* quando, *ab initio*, a ausência de criminalidade resulta clamorosa e evidente da exposição do próprio fato" (TACrim.SP, 1.ª C, RHC 171.883, rel. Juiz Lauro Malheiros, *Julgados* 50/79).

No mesmo sentido, vejam-se ainda: *Julgados* TACrim.SP 53/178, 38/130; RTJ 92/101 (RHC 56.665, rel. Min. Moreira Alves); RT 524/364.

Mas talvez os arestos mais representativos e tecnicamente importantes sejam aqueles que operam com

ambas as variáveis, isto é, que discutem a possibilidade jurídica do trancamento do inquérito policial e tratam da hipótese de atipicidade dos fatos. Vejamos algumas dessas decisões: “*Habeas-corpus*. Inquérito policial instaurado sem justa causa. Inexistência de crime em tese. Ordem concedida. Sendo o inquérito policial procedimento persecutório de índole administrativa, não pode eximir-se do controle de sua legalidade. Assim, inexistindo sequer em tese justa causa para sua instauração, constitui constrangimento ilegal, sanável por *habeas-corpus*, a intimação policial do indiciado para declarações e qualificação” (TACrimSP, 1.^a C, HC 69.361, rel. Juiz Lauro Malheiros, *Julgados* 27/215); “O inquérito policial constitui procedimento persecutório de caráter administrativo e, como tal, não pode estar a salvo do controle de sua legalidade através da via jurisdicional. Assim, nada obsta seu trancamento judicial, se os sucessos nele tratados não constituem sequer em tese fato típico de natureza criminal ou, quando típico, seja impossível atribuir-se ao indiciado” (TACrimSP, 3.^a C, HC 51.098, rel. Juiz Camargo Aranha, *Julgados* 32/78); “Inquérito policial. Ausência de justa causa para sua instauração. Inexistência de crime a punir. Constrangimento ilegal resultante do seu prosseguimento. Concessão de *habeas-corpus* para o seu trancamento. (...) O inquérito policial é um procedimento persecutório de caráter administrativo e, como tal, por essa feição, não pode estar a salvo do controle de sua legalidade. Admite-se, pois, em tese, o *habeas-corpus* como instrumento hábil para o seu trancamento, quando faltar justa causa

para sua instauração” (TJSP, C.Cr.-Conj., RHC 103.311, rel. Des. Salles Abreu, RT 412/86); “Inquérito policial. Trancamento. Instauração sem amparo legal. Requerente que não descreveu um fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Constrangimento ilegal caracterizado. (...) A instauração de inquérito contra alguém constitui constrangimento na liberdade de locomoção, além de atingir o *status dignitatis* das pessoas. E quando o constrangimento não encontra suficiente amparo legal, deve cessar por meio de *habeas-corpus*” (TJSP, C.Cr.Conj., RHC 122.738, rel. Des. Weiss de Andrade, RT 469/292).

Encerremos a mostra com três decisões do II Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro: “Inquérito policial. Trancamento. Prova indubitosa de não constituir crime o fato em apuração. (...) Quando a prova fornecida pelo próprio lesado é indubitosa, no sentido de que o fato praticado pelo paciente não constitui crime, a abertura de inquérito policial contra este constitui constrangimento ilegal, sanável por *habeas-corpus* (II TARJ, 3.^a C, Rec. 261, rel. Juiz Weber Batista, DO 1.12.82, P. III, p. 63); “*Habeas-corpus*. Apropriação indébita. Inocorrência. Trancamento do inquérito policial. (...) Sendo a falta de justa causa já manifesta na chamada fase pré-processual penal pela evidente inocorrência do apontado ilícito da indicição, (...) configura constrangimento ilegal, sanável pelo *habeas-corpus*, o prosseguimento sinuoso e indefinido do inquérito, pois o poder investigatório do Estado, mesmo no âmbito dos crimes de ação pública, deve ter um limite objetivo, sob pena de gerar a própria insegurança popular” (II

TARJ, 3.^a C, HC 1.520, rel. Juiz Romeiro Jr., DO 10.nov.82, P. III, p. 83); “Inquérito policial. Trancamento. O constrangimento ilegal passa a existir, sanável por *habeas-corpus*, se, inobstante constatada, de pronto e

sem dificuldade, a inexistência de qualquer crime ainda assim submetesse a inquérito o indiciado” (II TARJ, 4.^a C, Rec. 304, rel. Juiz Lizardo de Lima, DO 24.ago.83, P. III, p. 76). (Nota de Nilo Batista)

APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO POR COTA NOS AUTOS

Dispõe o art. 578 CPP: “O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.”

Consagra a lei processual, aí, um dos pressupostos objetivos dos recursos, a chamada *regularidade procedimental*. Ao lado da adequação, da tempestividade e da motivação, a *regularidade procedimental* constitui um pressuposto objetivo dos recursos (cf. Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, 1965, ed. Forense, v. IV, p. 200). Por essa razão, ensina Tourinho: “Sabido qual o recurso oponente, deverá o recorrente observar as formalidades exigidas por lei para sua interposição, tais como prazo, *forma de interposição*, etc” (*Processo Penal*, Bauru, 1975, ed. Jalovi, v. 4.^o, p. 204). Frederico Marques transcreve lição de Rosenberg: “O recurso é inadmissível quando não interposto dentro do prazo e na forma da lei” (*op. cit.*, p. 204).

Espínola Filho, com simplicidade, lecionava: “Ante a expressa determinação do art. 578, não há possibilidade de admitir-se a interposição do recurso, por declaração verbal, feita ao ser lida a sentença. Nem se considera interposto o recurso, mediante simples declaração, ou protesto de apresentá-lo, no prazo legal (v. ac. un. 1.^a C.Cr. TJSP, rel. Des.

Moura Bittencourt, RT 200/124); tal declaração, ou protesto, feito no prazo, não dá legitimidade à interposição extemporânea, por uma das formas legais” (*Cód. de Proc. Penal Bras. Anotado*, Rio, 1965, ed. Borsoi, v. VI, p. 58).

Na verdade, a clara letra da lei e a uníssona doutrina a respeito só permitiram dois questionamentos do princípio. A primeira discussão, hoje histórica, deu-se com respeito à *apelação*; a redação do art. 600 CPP, antes do acréscimo de seu § 4.^o pela lei 4.336/64, sugeria que só mediante termo nos autos — e não mediante petição! — pudesse tal recurso ser interposto. Cf. Espínola Filho, loc. cit., Tourinho Filho, loc. cit. A segunda discussão diz com a ampliação que os Tribunais efetivamente soem deferir à regularidade procedimental, a partir de uma leitura do art. 578 CPP conjugada ao princípio constitucional de “ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” (art. 153, § 15, CF). Veja-se, como exemplo, a decisão da 2.^a C.Cr. TJRJ, na A.Cr. 4.060, relator o eminente Des. Ney Palmeiro (*Ementário de Jurisprudência*, Rio, 1981, ed. Liber Juris, ano 2, p. 358, n.^o 669). Parece claro, entretanto, e ninguém o contesta, que tal discussão se limita às hipóteses de recursos *da defesa*, não podendo estender-se a casos em

que o recorrente é o órgão que se designa como fiscal da execução da lei.

Os tribunais sufragam o entendimento aqui esposado. Para o TACrim.SP, petição ou termo são elementos *essenciais e impostergáveis*: "A apresentação de razões de recurso não tem o condão de suprir falta de petição de interposição do apelo ou a de termo regularmente subscrito. Impõe-se a solução, pena de consagrar-se verdadeira subversão da ordem processual, dispensando-se a petição ou termo, *que são essenciais e impostergáveis*, e elevando o que é acidental, e dispensável, como as razões, à categoria de elemento essencial do recurso" (Julgados TACrim.SP 33/143).

Num caso de ação penal privada, o mesmo tribunal não conheceu de recurso interposto pelo querelante através de telegrama: "Não merece conhecimento o recurso interposto por telegrama, por não ser tal forma prevista em lei" (Julgados TACrim.SP 51/177). Afirmou ainda a mesma Corte que "a interposição de recurso de apelação é de ser feita por termo ou por petição, não bastando a tal desiderato a manifestação de inconformismo por ocasião do oferecimento de contra-razões" (Julgados TACrim.SP 54/423).

Diverso não é o entendimento do II Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. No julgamento da A.Cr. 9.095, relator o ilustre Juiz Dalmo Silva, afirmou-se: "A lei processual só permite a interposição da apelação por petição ou termo, sendo inválida a que se pretenda fazer através de simples cota nos autos" (DO 19.V.82, p. 67).

Tendo por relator o ilustre Juiz Prof. Gama Malcher, temos idêntica

decisão: "Apelação. Interposição por cota nos autos. A lei processual só permite a interposição da apelação por petição ou termo, sendo inválida a que se pretenda fazer através de simples cota nos autos" (Arquivos do Tribunal de Alçada RJ 25/341).

Também, no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro predomina o mesmo entendimento. Ao julgar o R.Cr. 871, em 30.VIII.79, estabelecia a 3.^a C.Cr., tendo por relator o eminente Des. Oduvaldo Abritta: "*Recurso do MP. Interposição mediante cota nos autos. Recurso só se admite por petição ou por termo nos autos; nunca porém, mediante cota do representante do MP. Recurso não conhecido*" (*Ementário de Jurisprudência TJRJ*, ano 2, 1981, Rio, ed. Liber Juris, p. 417).

Igualmente a 2.^a C.Cr. TJRJ, em 25.X.79, no julgamento do R.Cr. 819, tendo por relator o culto Des. Pedro Lima, assentou: "*Recurso do Ministério Público. Interposição mediante cota nos autos. Inobservância do disposto no artigo 578 CPP. Por petição, ou termo nos autos, deve ser interposto o recurso voluntário. São as únicas formas postas à escolha do recorrente (CPP, art. 578). Ao Promotor de Justiça, por sua função precípua de fiscal da lei, não cabe releva-se a displicentes interposições por simples cota nos autos em que lhe seja aberta vista. Não conhecimento de recurso assim manifestado*" (*Ementário*, cit., p. 417).

Há uma decisão da Corte Suprema em sentido oposto (RTJ 77/119), que ganhou notoriedade ao ser incluída por Damásio E. de Jesus em seu útil *Código de Processo Penal Anotado*, S. Paulo, 1981, ed. Saraiva,

p. 304. Tal decisão parece isolada dentro do Supremo Tribunal, e foi tomada por maioria de votos. O Ministro Cunha Peixoto, vencido, bem sintetizou a opinião que nos parece correta: "O CPP declara que o recurso de apelação pode ser interposto de duas maneiras: ou por petição, ou

por termo nos autos. No caso, não há petição nem o Escrivão era obrigado a lavrar termo nos autos, que teria de ser assinado pelo Ministério Público. Assim, defiro o *habeas-corpus* por achar que não há apelação" (RTJ 77, p. 120). (*Nota de Nilo Batista*)

VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO "JURIS TANTUM"

As regras sobre presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual devem certamente ser revistas, pois é óbvio que em muitas situações conduzem a manifestas injustiças.

A presunção de violência pela menoridade da vítima não é absoluta. Se se demonstra, por exemplo, que se trata de menor prostituída, desaparece, evidentemente, a presunção da *innocentia consilii* e não há por que presumir-se a violência (RF 249/331).

O 1.^o Grupo de Câmaras Criminais do TJ do Rio de Janeiro, nos Embargos Infringentes à AC n.^o 7.712, proferiu excelente decisão, afirmando que "a presunção de violência contida na lei não é de caráter absoluto, *Juris et de jure*, mas *juris tantum*. Demonstrada a inexistência de *innocentia consilii* da ofendida, afastada resultou a hipótese do art. 224, a, CP". Foi relator o Des. Edgar Maria Teixeira e a decisão foi unânime. (*Nota de H.C.F.*)

DENÚNCIA INEPTA. CRIME ATRIBUÍDO A DIRETORES DE SOCIEDADE COMERCIAL. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS RESPECTIVAS CONDUTAS DE CO-AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO

Afirmou o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RHC 58.544, por sua Primeira Turma, não ser inepta denúncia que não descreva individualizadamente a conduta de diretores de sociedade comercial acusados de prática comum (por co-autoria ou participação) de crime. Foi relator o eminente Ministro Soares Muñoz, e a ementa tem a seguinte redação: "Crime societário. Não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limi-

nar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permitam discriminar a participação que cada sócio teve no delito societário. Nem por isso, estará impedido de oferecer denúncia contra todos os responsáveis pela firma. Constitui condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade dos órgãos de administração. *Habeas-corpus* indeferido" (RTJ 101/563).

O endereço teórico dessa decisão, que, embora não isolada, rompe com uma tradicional orientação da Corte Suprema, preocupa os estudiosos e sugere algumas reflexões.

Dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal que a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso “com todas as suas circunstâncias”. Esse imperativo se vincula, por um lado, ao fato de que no processo penal a acusação corresponde ao pedido do processo civil de conhecimento; a partir dessa identificação, Frederico Marques ensina ser “imprescindível que nela (na imputação da denúncia) se fixe, com exatidão, a conduta do acusado, descrevendo-se o acusador, de maneira precisa certa, e bem individualizada” (*Elementos de Dir. Proc. Penal* Rio, 1965, ed. Forense, v. II, p. 153).

Por outro lado, esse imperativo do art. 41 CPP se vincula ao exercício do direito constitucional de defesa. Por isso, Tourinho Filho lembra que a “exposição circunstanciada torna-se necessária (...) para que o acusado possa ficar habilitado a defender-se, conhecendo o fato que se lhe imputa” (*Processo Penal*, Bauru, 1975 ed. Jalovi, v. I, p. 296). Dizia Foschini ironicamente, que quando a imputação não se apresenta com clareza, “o acusado não tem qualquer concreta possibilidade de defender-se, a menos que recorra à sua própria fantasia para construir uma subjetiva auto-imputação” (*In questo caso l'imputato non ha alcuna possibilità di difendersi salvo a fare ricorso alla sua stessa fantasia per costruirsi una soggettiva autoimputazione* — Gaetano Foschini, *La Criptoimputazione*, no volume *Tornare alla Giurisdizione*, Milão 1971, ed. Giuffrè, p. 305).

Essa exigência, de descrição circunstanciada, se torna ainda mais essencial e delicada quando a acusação se dirige a diversas pessoas, ou, melhor dizendo, quando convivam, na denúncia, diversas acusações, e muito especialmente quando essas pessoas sejam reunidas pela circunstância de exercerem cargos de direção ou serem sócios de uma empresa. Em sede penal, como frisa Luigi Conti, prevalece o princípio *peccata suos debent tenere auctores*, e pois a responsabilidade resta rigorosamente pessoal (*Diritto Penale Commerciale*, Turim, 1965, ed. UTET, v. I, p. 94). Entre nós a matéria foi bem tratada por Heleno Fragoso: “É perfeitamente injurídico presumir a participação no delito pelo fato de ser alguém sócio ou diretor de empresa ou sociedade. É absolutamente indispensável indicar e demonstrar em que consistiu a participação militante na ação comum, com a parte que coube a cada partícipe, pois cada um deve ser punido segundo a sua própria culpabilidade e independentemente da culpabilidade dos demais” (*Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia*, in *Rev. Bras. de Crim. e Dir. Penal*, Rio, 1966, n.º 13, p. 66).

Na verdade, a prática de incluir todos os sócios ou diretores de uma empresa numa acusação criminal relacionada ao desempenho dessa empresa é mais do que uma ilegalidade: é um equívoco que desserve a própria justiça criminal, e é um equívoco de muitas faces. Em primeiro lugar, cria o Ministério Público um critério cômodo para a formação da *opinio delicti*, critério este, entretanto, que viola os critérios legais, que são aqueles explícitos nos artigos 25, 26 e 27 CP. Em segundo lugar, a subserviên-

cia a este estranho critério tanto pode atrair para a denúncia quem nada tenha a ver com os fatos, como inexoravelmente dela afasta quem, tendo embora muito a ver com os fatos, não era sócio ou diretor. Assim, enquanto a inclusão do sócio ou diretor inocente afronta os princípios da personalidade e subjetividade da responsabilidade penal, a exclusão do terceiro co-autor ou partícipe (que não era sócio ou diretor!) desafia os princípios da indivisibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública. Em terceiro lugar, a eleição do critério de denunciar todos os sócios ou diretores conduz à produção de denúncias ineptas, nas quais o réu se depara com uma acusação cuja essência é ter sido ele sócio ou diretor dessa ou daquela empresa, descumprindo-se o art. 41 do Código de Processo Penal, e criando-se um obstáculo intransponível ao exercício do direito de defesa previsto no § 15 do art. 153 da Constituição Federal.

É já uma tradição da jurisprudência brasileira o irrestrito sufrágio ao entendimento de que a denúncia, em casos de co-autoria ou participação, omissa na descrição individualizada da conduta específica de cada co-autor ou partícipe, vulnera o art. 41 CPP e impede o exercício do direito constitucional de defesa, devendo ser declarada inepta.

As decisões mais antigas, neste sentido, da Corte Suprema, são inúmeras (RTJ 33/430, 33/865, 33/877, 23/236; RF 180/312), e são objeto de excelente resenha por Heleno Fragoso (*Jurisprudência Criminal*, S. Paulo, 1979, ed. Bushatsky, 3.ª ed., v. I, p. 433), com especial referência ao famoso voto do Min. Victor Nunes Leal no HC 42.697. Dessas decisões

mais antigas, vale revisitar a prolatada pelo Min. Lafayette de Andrade no HC 34.261: “Não é possível imputar a alguém, simplesmente pela sua condição de sócio da firma comercial a que pertença o estabelecimento em que se verifica a infração, o próprio delito, como co-responsável direto por ele, sem sequer dizer como, por que forma, tenha para ele concorrido” (RF 173/337).

Hoje, a um quarto de século desse julgado, não é diversa a posição dos tribunais, e vejamos alguns exemplos dessa fidelidade ao *due process of law* e à tutela do direito constitucional de defesa.

Inúmeros são os acórdãos, nessa linha, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “Inepta é a denúncia que não descreve o modo como os vários réus teriam concorrido para a prática do crime, embora a conduta de cada um deles tenha sido diversa” (HC 25.836, Rel. Juiz Joaquim Francisco, RT 424/363). “Tratando-se de co-autoria, indispensável ao seu reconhecimento, pena de inépcia, contenha o ato acusatório não só a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado, como, ainda, referência descritiva ao nexos subjetivo entre a participação individual e a prática delituosa (...)” (HC 41.646, Rel. Juiz Toledo de Assunção, *Julgados* TA-Crim.SP 24/191). “Tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é indispensável que esta descreva, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos, atribuídos a cada acusado” (HC 35.560, Rel. Juiz Rezende Junqueira, *Julgados* TACrim.SP 22/194, onde se trata especificamente da violação do direito de defesa “na falta de dados positivos para rebater a acusação”).

Não diverge dessa orientação o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é indispensável que descreva ela, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada acusado" (HC 113.256, Rel. Des. Adriano Marrey, RT 435/288). "*Inepta é a denúncia que não faz imputação positiva e nominal aos acusados, cingindo-se a menção genérica aos nomes dos mesmos*" (HC 108.004, Rel. Des. Cunha Camargo, RT 423/345). "Tratando-se de autoria coletiva, é indispensável descreva a denúncia, sob pena de inépcia, os fatos atribuídos a cada indiciado, esclarecendo o modo como cada um deles concorreu para o evento" (HC 121.243, Rel. Des. Carvalho Filho, RT 468/291). Nessa última decisão, frisou o Relator em seu voto: "Imprescindível seria, destacar, que a acusação mencionasse em que consistiu a conduta de cada um dos agentes, e, bem assim, que esclarecesse de que modo cada qual concorreu para o evento" (p. 292).

Eis uma decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso: "Se a denúncia, nos crimes de autoria coletiva, não descrever a conduta circunstanciada de cada um dos participantes, a fim de que possam eles exercer o direito de defesa, deve ser tido como inepta" (HC 3.666, Rel. Des. Otair Bandeira, RT 464/414).

Pela mesma chave se afina o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "É inepta a denúncia que aponta os agentes como atuantes em ação coletiva, sem definir em que teria consistido a contribuição de cada um para o resultado comum" (HC 1.487, Rel. Des. Jônatas Milhomens, Rev. Jur. TJRJ 11/337). "A denúncia inepta,

pelos seus termos vagos, sem descrever a co-participação do paciente nos fatos criminosos impossibilitando uma defesa válida, não pode, pela insegurança da acusação, conduzir à condenação, importando na nulidade do processo" (HC 24.735, Rel. Des. Mauro Coelho, DJ 8.out.70, p. 519).

Recentemente foi esse ponto de vista reafirmado pelo Tribunal Federal de Recursos: "Denúncia que se tem, entretanto, por inepta, em face dos termos imprecisos e vagos da imputação, deixando de descrever o fato delituoso com todas as suas circunstâncias e omitindo-se no registrar em que consistiu a participação do acusado" (HC 4.864, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJ 13.fev.81, p. 776).

Essa linha, como se sabe, é tradicional no Tribunal Federal de Recursos, podendo mencionar-se valiosa cópia de precedentes (cf. RF 180/299, 179/406, 235/320). No último precedente citado, considerou-se inepta a denúncia por não descrever a relação entre o acusado e os fatos, "limitando-se a informar que ele participava de quadrilha com os demais réus" (RF 235/320).

Cabe agora mencionar decisões recentes que se filiam à mencionada tradicional orientação do Supremo Tribunal Federal: "Denúncia que, envolvendo dois acusados, descreve de maneira diferente os fatos praticados por um deles, deixando de relatar o modo de sua participação no evento delituoso, é inepta por inobservância do requisito referente à descrição das circunstâncias com que foi praticada a ação delituosa do partícipe" (RECr. 85.254, Rel. Min. Cunha Peixoto, RTJ 85/948).

Em seu notável voto, destacou o Min. Cunha Peixoto: "O art. 41 CPP exige que a denúncia contenha, além dos demais elementos que especifica, a "exposição dos fatos com todas as suas circunstâncias", e, *tratando-se de co-autoria, a exposição das circunstâncias implica, necessariamente, a forma de participação de cada denunciado, para que possa cada um deles se defender com a amplitude recomendada pela Constituição da República, em seu art. 153, § 15*" (p. 953). Invocou o Relator uma decisão do Min. Bilac Pinto, no RECr. 75.401, na qual a Corte Suprema estabeleceu que "a conduta de cada participante deve vir descrita, ainda que resumidamente, porque a responsabilidade criminal é pessoal e a lei assegura ampla defesa" (*ibidem*).

Também o RHC 51.660, Relator o Min. Djaci Falcão, estabeleceu a Corte Suprema haver "inobservância do art. 41 CPP" na hipótese de "denúncia envolvendo vários acusados, sem contudo descrever a forma pela qual concorreu o paciente" (RTJ 69/379). Em seu voto, consignou o Relator: "Da leitura da denúncia de fls. 21 e 22, verifica-se que realmente apenas foi incluído por figurar como sócio da empresa, não se especificando qual teria sido sua participação no delito de estelionato" (RTJ 69, p. 380).

Essa linha infranqueável foi reafirmada no julgamento do RHC 58.687, Relator o Min. Rafael Mayer, declarando-se a inépcia de "denúncia que engloba a responsabilidade de redatores (...) sem que especifique a ação atribuída a cada denunciado" (RT— 99/102). Merece transcrição o seguinte trecho do voto do Relator: "Posto que a responsabili-

dade criminal é pessoal, faz-se indispensável que a denúncia descreva, ainda que de modo sucinto, a conduta típica atribuída a cada denunciado, em hipótese de co-autoria ou autoria coletiva, sob pena de inépcia" (RTJ 99, p. 113).

Vejam-se ainda as seguintes ementas: "Sabe-se que a peça pela qual se faz acusação ao participante de ação criminosa, ou co-autoria, deve precisar, em termos claros, o modo por que se concretizou a participação denunciada. Se a denúncia é omissa no pormenorizar a conduta do co-réu, como poderá ele formular sua defesa?" (RHC 54.426 — MG, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 79/852). "Aditamento (...) Co-autoria (...) Não pode subsistir quando não narra os fatos e as circunstâncias incriminadas do acusado, de modo a que este possa, validamente, defender-se" (RHC 57-156 — MS, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 91/120). "É inepta a denúncia que não descreva a participação de cada denunciado nos fatos delituosos, impossibilitando o conhecimento da acusação que pese sobre cada um e, conseqüentemente, o exercício da ampla defesa, constitucionalmente assegurado" (RHC 58.484, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 99/1.087). "Denúncia (...) Imprecisão da peça inicial acusatória, dificultando o direito de defesa. Inépcia reconhecida" (RHC 57.023, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 92/627). "Denúncia que não especifica a participação de cada um dos denunciados, todos administradores da mesma empresa, na emissão de cheques e na expedição de contra-ordens de pagamento. Inépcia reconhecida. Ordem concedida ao paciente e estendida aos demais denunciados"

(RHC 50.249, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 10.mar.73, p. 5.611).

Para não alongar inutilmente o rol, citem-se apenas os seguintes arestos, nos quais, explícita ou implicitamente, reitera-se a orientação predominante: HC 54.085, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, RTJ 81/374; RHC 56.534, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 90/43; R. Ext. Cr. 80.159, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 80/822; RHC 59/001, Rel. Min. Firmino Paz, RTJ 99/1.111; RHC 54.617, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 78/439; RHC 56.308, Rel. Min. Cunha Peixoto, RTJ 95/89.

Se o Promotor de Justiça não conhece suficientemente bem a (co)-autoria ou participação de indiciados, não pode oferecer denúncia. O que ele deve fazer é requisitar as diligências que entender necessárias

ao esclarecimento das situações, para que a autoridade policial, inclusive, se for o caso, sob sua orientação, as cumpra (art. 13, inc. II e art. 16 CPP). Todos os que trabalham em justiça criminal sabemos como é farsaico supor como regra que aquilo que, do réu, não foi apurado pelo inquérito policial, poderia sê-lo na instrução criminal.

Quando alguém se dirige a um tribunal pedindo uma acusação explícita, está rediviva a tragédia do personagem de Franz Kafka: "Muito bem, mas se eu tenho de ser sua conselheira, tenho forçosamente de saber do que se trata — objetou a senhorita Bürstner. Aí está o busilis — retrucou K. —, pois eu mesmo não o sei". (*O Processo*, trad. T. Guimarães, S. Paulo, ed. Tema, p. 20.) (*Nota de Nilo Batista*.)

ENTORPECENTE. TRÁFICO INTERNACIONAL. COMPETÊNCIA. DESCRIÇÃO DA DENÚNCIA

Ao decidir o RC 5.465, a 2.^a Turma do TFR afirmou não ser "a simples falta do pedido de cumular o art. 12 com o art. 18, I, da Lei 6.368, de 1976, na denúncia, nem a omissão da sentença em condenar o acusado com a agravante dessa regra, que descaracteriza o tráfico internacional de entorpecentes". A ementa, da lavra do Min. William Patterson, consigna que "o fato em si, conforme apurado, é que indica a circunstância e determina a competência desta Corte para julgar os recursos" (DJ 2.XII.82, p. 12.404).

A competência para o processo e julgamento dos crimes de tráfico internacional de substância entorpecente é da Justiça Federal. Se isto

não fosse patente aos olhos da doutrina (cf. Aristides Junqueira Alvarenga, *A Competência Criminal da Justiça Federal de Primeira Instância*, ed. Saraiva, S. Paulo, 1978, p. 66; Menna Barreto, *Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos*, ed. Rio, Rio, 1978, pp. 99 e 139), se não decorresse de mandamento constitucional e de texto expresso de lei (art. 125, inc. V, Cf.; art. 27 da Lei 6.368, de 21.X.76), estaria afirmado com todas as letras na Súmula n.º 522 do Supremo Tribunal Federal. "Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes."

O que se discutiu no caso, com solução correta em nosso entendimento, foi hipótese na qual o Ministério Público não inscreveu, na capitulação jurídica atribuída aos fatos pela denúncia, o inciso I do art. 18 da Lei 6.368, de 21.X.76.

Ouçamos Frederico Marques: "A acusação tem seus limites no fato que é imputado ou atribuído ao réu, porquanto é o fato delituoso que traça os lindes da peça acusatória e da *res in iudicium deducta*. As consequências jurídicas do fato, no campo do Direito Penal, independem do pedido do acusador" (*Elementos de Direito Processual Penal*, Ed. Forense, Rio, 1965, v. II, p. 154).

Como o próprio Frederico Marques lembra, enquanto no processo civil o *pedido* deve ser determinado, porque sobre ele e só sobre ele decide o juiz, no processo penal os *fatos* é que devem ser bem determinados, porque o juiz decidirá a partir dos fatos, a menor ou mesmo a maior do pedido do MP (art. 383 CPP).

ENTORPECENTE. VICIADO. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA

Afirmou a 4.^a C.Cr. TJRJ, no julgamento do HC 6.751, do qual foi relator o Des. Luiz Steele, importar cerceamento de defesa, constituidor de nulidade insanável, a falta do exame de dependência toxicológica, em hipótese na qual houve alegação do estado de dependência (DO 26.VIII.82, III, p. 67). A decisão nos parece corretíssima.

A Lei n.º 6.368, de 21.10.76, em seu art. 22, § 5.º, impôs ao Juiz o *dever* de, no interrogatório, indagar "do réu sobre eventual dependência,

É a lição de Soto Nieto em sua excelente monografia *Correlación entre Acusación y Sentencia*, Madrid, 1979, p. 226: "*No resultan, pues, transplantables al proceso penal los cánones habituales definidores de la congruencia en el proceso civil, donde prima el principio dispositivo y en el que la sentencia ha de bordear fidedignamente — para su aceptación o repulsa — el petitum de la demanda interpuesta*" (cf. p. 226).

Dessa forma, se a descrição dos fatos importa em imputação de tráfico internacional de drogas, é irrelevante a capitulação jurídica atribuída pelo Ministério Público, e deve proclamar-se a competência da Justiça Federal. No CJ 797, o TFR afirmou, unanimemente, que não é decisiva a classificação feita na denúncia para estabelecer a competência; cf. Heleno Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, Rio, 1973, 2.^a ed., v. I, p. 103. Em sentido oposto, embora contornando a questão, RTJ 97/607. (*Nota de Nilo Batista*)

advertindo-o das consequências de suas declarações".

Que se trata de um *dever*, não há qualquer dúvida: quem no-lo afirma com a autoridade interpretativa que advém de sua condição de um dos criadores do texto, é Menna Barreto: "Ao tratar do interrogatório, a nova lei impõe ao juiz a obrigação de indagar do réu sobre possível dependência, ocasião em que deverá adverti-lo das consequências das suas declarações" (*Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos*, Rio, 1976, p. 120).

As razões de tal dispositivo são evidentes, e sua oportunidade foi unanimemente louvada. Para além de permitir ao julgador a formação de um "conceito exato" a respeito do acusado (Sérgio O. Medici: *Tóxicos*, Bauru, 1977, p. 70), evitando "o escamoteamento de seu estado nosológico" ou "uma condenação sem tratamento" (Menna Barreto, loc. cit.), o dispositivo era fruto de uma política criminal que pretendeu discernir, para especial consideração, os dependentes dos não-dependentes, e se fundava na experiência judiciária brasileira recente, na qual, com estarecedora constância, viciados tentavam ocultar — por iniciativa própria ou por orientação alheia — sua condição, para beneficiar-se de um quadro de provas eventualmente falho com respeito à demonstração do porte da substância.

É evidente que a uma resposta afirmativa do acusado, corresponde ao Juiz, para a reta aplicação da política criminal proposta pela lei, e em homenagem ao princípio da verdade material que domina o proces-

so penal, o dever de determinar a realização do exame de dependência toxicológica. Isso porque o viciado — "qualquer que tenha sido a infração penal praticada", para usar os termos da lei (art. 19) — é isento de pena. Quis o legislador, e acertadamente, dar à criatura em tal condição tratamento e não pena, e não pode o magistrado afrontar essa clara opção legislativa.

No julgamento do RHC 57.977, que por particularidades do caso foi denegado, o Min. Rafael Mayer reafirmou essas posições: "Com efeito, a lei 6.368/76 impõe ao Juiz equacionar o problema da dependência do acusado, haja vista que é critério básico da legislação especial para a aplicação do tratamento cabível. Mandada a lei, no art. 22, § 5.º, que o Juiz indague do réu sobre sua eventual dependência" (RTJ 95, p. 572). Se o Juiz assim não procede, ocorre, *objetivamente*, cerceamento de defesa. Veja-se, sobre o assunto, nota de Mário Rebello de O. Neto, RDP 29/131. (Nota de Nilo Batista)

DIREITO DE DEFESA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE MENORES

O STF, por sua primeira turma, concedeu a ordem no RHC 58.797, relator o Min. Cunha Peixoto, afirmando que é nula, por violar o princípio da ampla defesa, a decisão proferida pelo juiz de menores, sem atendimento do contraditório. A decisão é particularmente importante.

Na hipótese em julgamento, o juiz impôs a um menor a internação numa unidade da FEBEM, como resultado de Sindicância para apurar

participação do menor num latrocínio. Todavia, não foram observados os direitos de defesa do menor, não se tendo dado a seu procurador oportunidade de intervir e de se pronunciar sobre as provas e relatórios. Desatendeu-se, assim, ao que dispõem os artigos 93 a 100, incisos I e VII, do Código de Menores.

O *habeas-corpus* foi denegado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu não exigir o Cód-

go de Menores o contraditório. Trata-se de processo de caráter administrativo, de jurisdição voluntária, cujas decisões não transitam em julgado. Em consequência, é sempre possível, no entender do Tribunal, ao interessado, postular novo tratamento de seu caso concreto, dado o caráter não contencioso da jurisdição de menores. A Procuradoria Geral da República, no entanto, pronunciou-se no sentido da concessão da ordem, ressaltando que o Código de Menores tem disposição genérica sobre o contraditório (art. 86). O STF acolheu o parecer, e a ementa da decisão (unânime) reza: "*Habeas-corpus*. Código de Menores. Sindicância objetivando esclarecer a participação de menor inimputável em crime de latrocínio. Prevendo o Código de Menores o direito do menor, por seu representante legal, acompanhar, em todos os seus termos, o procedimento, é nula, por violar o princípio da ampla defesa, a decisão proferida sem atendimento do contraditório". A libertação do menor foi ordenada. A ementa está publicada no DJ de 8.5.81.

Seguindo a teoria que inspira os tribunais de menores, o procedimento judiciário, em tese, não se institui contra, mas a favor do jovem delinqüente, de modo que, ao invés de visar primariamente determinar a culpa, para aplicar a punição na medida do malefício praticado, pretende-se conhecer as causas e condições do comportamento anti-social, provendo às medidas de reabilitação adequadas. Na prática, porém, a teoria é outra. O internamento do menor é medida coercitiva grave, que ele sente como pena. Por outro o menor tem o direito de se defender, mostrando que não foi autor nem partícipe do fato que a lei define como crime, ou que atuou em legítima defesa ou em situação que excluiria a culpabilidade. Não é possível que as condições que absolvem os adultos não se apliquem também aos menores. O direito de defesa tem base constitucional e deve ser respeitado. A importante decisão de que damos notícia deve ser destacada como contribuição importante para interpretação do nosso atual direito dos menores. (Nota de H.C.F.)

CONCORRÊNCIA DESLEAL. MEIO FRAUDULENTO PARA DESVIAR CLIENTELA

O Terceiro Grupo de Câmaras, do TACrim de São Paulo, na Revisão 110.554, relator o Juiz Adauto Suanes, decidiu unanimemente que "praticam o crime de concorrência desleal funcionários de confiança de certa empresa que, durante a prestação de serviços a esta, constituem outra empresa com a mesma finalidade daquela". Entendeu o tribunal que se configurou na espécie o crime

previsto no art. 178, III, do DL 7.903, de 1945.

O crime de concorrência desleal tem variado conteúdo e convém registrar as diversas hipóteses que os tribunais vão fixando. No caso focalizado pelo acórdão, a existência do crime nos parece mais do que duvidosa, embora a imoralidade do comportamento seja indiscutível, se o padrão desconhece a iniciativa do

empregado. É que, a nosso ver, não se caracteriza o *meio fraudulento*, que tem de ser aferido em função do consumidor. O que se incrimina é o emprego de meio enganoso, capaz de desviar a clientela de outrem em favor dos produtos ou serviços próprios. O crime não poderia estar apenas no fato de constituir ocultamente firma concorrente, mas no propósito

de utilizar a firma assim constituída para desviar a clientela do patrão. A utilização pelo empregado dos segredos de negócio da firma em que trabalha, em favor da empresa por ele constituída, configuraria, sem a menor dúvida, o crime de concorrência desleal, na forma prevista no inciso XII do art. 178 DL 7.903 (*Nota de H.C.F.*)

FALSIDADE IDEOLÓGICA. TABELIÃO QUE LAVRA ESCRITURA

Hipótese interessante foi tratada pela 2.^a C.Cr. TJRJ, no julgamento do HC 8.078, do qual foi relator o eminente Des. Décio Itabaiana. Contra o incorporador e o corretor de determinado empreendimento imobiliário foi proposta ação penal pela prática do crime previsto no art. 65, § 1.º, inc. I, da Lei 4.591, de 16.XII.64, porquanto, em contratos de promessa de compra e venda de apartamentos e frações ideais do terreno, se fizera afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, consignando-se que o memorial de incorporação fora devidamente depositado no cartório do registro de imóveis, quando, na verdade, tal não ocorrera, face a exigências não cumpridas. A falsa afirmação constava de uma das cláusulas da escritura, como declaração do outorgante da mesma (o promitente vendedor). Entendeu, contudo, o Ministério Público, de incluir na denúncia, como co-autor de falsidade ideológica, o notário que lavrara a escritura. Foi a ordem concedida para trancar a ação penal, entendendo-se que “serventuário da justiça, ao lavrar as escrituras, apenas transcreve as declarações das partes,

não sendo responsável pela veracidade”.

A modalidade de falsidade ideológica, na qual o particular atesta falsamente um fato ao funcionário público, na produção de um documento, foi magnificamente estudada pela doutrina italiana, uma vez que o CP italiano distinguiu a hipótese no art. 483. O notável Carnelutti, aliás, pretendia ver nessa hipótese não uma falsidade documental, e sim uma forma de falso testemunhal do particular, argumentando que esse último “enquanto narra fatos ao funcionário público e não os documenta, uma vez que o documento é obra do próprio funcionário público, não forma um documento mas sim um falso testemunho” (“*poichè narra dei fatti al pubblico ufficiale e non li documenta, mentre il documento è opera del pubblico ufficiale medesimo, non forma con ciò un documento ma una falsa testimonianza*” — cf. Francesco Carnelutti, *Teoria del Falso*, Pádua, 1935, ed. CEDAM, p. 131). Precisamente por essas características, é preciso — lembra ainda Carnelutti — efetuar a distinção entre aquilo que é provado

pelo ato notarial e aquilo que é provado pelas declarações do privado: “o documento público prova a verdade dos fatos ocorridos perante o funcionário público e, portanto quando tais fatos consistam em declarações, o fato de que certa declaração foi prestada; mas os fatos declarados são provados pelas declarações, não pelo documento” (*op. cit.*, p. 132).

Tais características levaram Pietro Mirto à concepção de que essa modalidade de falsidade “é obra do particular, quando ele atesta finalmente ao funcionário público fatos cuja veracidade se destina o documento a provar, ou atesta ou declara falsamente a identidade, o estado ou outras qualidades da própria ou de alheia pessoa” (“*Il delitto di falso in esame è opera del privato, quando il privato attesta falsamente al p.u. in un atto pubblico fatti, dei quali l'atto è destinato a provare la verità, ovvero attesta o dichiara falsamente l'identità o lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona*” — cf. Pietro Mirto, *La Falsità in Atti*, Milão, 1955, ed. Giuffrè, p. 305).

Trata-se, sem dúvida, de obra do particular, porquanto, como lembra Ramacci, “é o particular que atesta, e logo o funcionário público deve apenas passivamente registrar” (“*è il privato che attesta e quindi il pubblico ufficiale deve solo passivamente registrare*” — cf. Fabrizio Ramacci, *La Falsità Ideologica nel Sistema del Falso Documentale*, Nápoles, 1965, ed. Jovene, p. 120). Ramacci consigna, na modalidade examinada, o alheamento (“*estraneità*”) do funcionário público à falsidade: “*Pertanto, chi afferma come vero un fatto che vero non è, chi cioè presta un'attes-*

tazione mendace, produce una falsa attestazione documentale, quindi una falsità ideologica, ma questa tuttavia presuppone l'estraneità del pubblico ufficiale al mendacio” (*op. cit.*, p. 123).

De Marsico tinha toda razão em efetuar a “distinção entre a verdade da declaração e verdade do documento que a recolhe e fixa” (“*distinzione tra verità della dichiarazione e verità dell'atto che la raccoglie e la fissa*” — apud Ugo Dinacci, *Profilli Sistematici del Falso Documentale*, Nápoles, 1979, ed. Jovene, p. 109). Falsidade ideológica do funcionário público existe quando ele atesta como recebidas declarações que não foram prestadas, ou quando omite ou altera o conteúdo de declarações prestadas (cf. Dinacci, *op. cit.*, p. 102); aí, sim, a verdade do ato notarial foi ideologicamente transfigurada. Se o notário recebe declarações falsas, e fielmente as transcreve (como de resto, não poderia deixar de fazer!), a falsidade é “obra do particular”, de suas declarações, e não de quem apenas passivamente as registrou.

Nesta modalidade, que os alemães chamam de falsidade documental mediata (“*mittelbare Falschbeurkundung*”), valendo-se de designação semelhante à da autoria mediata, quem recebe as declarações é verdadeiramente um instrumento através do qual se dá forma ao *falsum*. Vejam-se Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munique, 1965, ed. Beck, p. 1.223 ss.

Hungria caracteriza como “falsidade ideológica praticada por particular em documento público” o fato de “prestar ao oficial ou funcionário público, para formação de

documento, declarações mentirosas" (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1959, ed. Forense, v. IX, p. 280). No mesmo sentido, Magalhães Noronha: "O particular pode cometer falso ideológico em documento público fazendo declaração inverídica ao funcionário" (*Direito Penal*, S. Paulo, 1962, Ed. Saraiva, n.º 4, p. 236).

Os tribunais brasileiros, nas raras vezes em que foram chamados a pronunciar-se sobre a situação, ou casos análogos, endossaram as linhas acima esboçadas.

Em caso famoso, as Câmaras Criminais Reunidas TJSP, julgando o HC n.º 83.002, do qual foi relator o Des. Lopes Meireles, estabeleceu o princípio de que aquele que datilografa um documento que reproduz fielmente declarações dos signatários não pode, *sic et simpliciter*, ser havido como co-autor (RF 222/344). Afirmou o relator em seu voto: "Quem reproduz em documento o que os signatários afirmam, não incide no crime de falsidade ideológica, mesmo porque não é autor, nem co-autor das declarações. É mero reproduzidor delas. Faz o papel do *escrivão que lança o dito e afirmado pelos declarantes*" (p. 345).

Também a 2.ª CC do mesmo TJSP, ao decidir a AC 128.196, tendo por relator o Des. Nigro Conceição, deixou claro que a falsidade ideológica só ocorreria se a vontade da parte fosse violada, considerando que a circunstância de ter sido lavrada a escritura em local distinto do nela consignado era "mera irregularidade funcional" (RT 488/310). Eis trecho do voto do Relator: "Na espécie dos

autos não se pode cogitar da eventual alteração da vontade do testador, por isso que a própria denúncia, referindo-se unicamente ao local consignado (...) aceitou como absolutamente correta — conforme com a vontade do testador — a disposição dos bens constantes do testamento" (p. 311).

Novamente foi a questão enfrentada pelas Reunidas TJSP, no HC 82.414, tendo o Tribunal, conforme voto do relator Des. Thomaz Carvalho, trancado a ação penal contra testemunhas de um registro falso (RT 360/107). Frisou a ementa que "a testemunha instrumentária nada testifica quanto ao conteúdo das declarações feitas pelo interessado ao Oficial do Registro. Apenas presencia tais declarações e testemunha que o assento contém o que foi dito ao serventuário. Não pode, pois, ser responsabilizada como co-autora da falsidade ideológica" (p. 107).

Por fim, em processo criminal contra um Oficial do Registro Civil, assim se pronunciou o Des. Weiss de Andrade, relator da AC 132.389 (2.ª CC TJSP, cf. RT 506/353): "Observe-se que não se pode deixar de considerar que a falsidade não existiu propriamente em relação ao registro, mas sim em relação à petição do registro (...). O oficial se limitou a transcrever no assento do registro os dados constantes da petição. Se falso houve este se consumou quando da petição e não propriamente quando do registro. Por mais esta razão, a responsabilidade seria do signatário da petição e não, a rigor, do oficial de Registro" (p. 354). (*Nota de Nilo Batista.*)

EXTORSÃO INDIRETA. RECEBIMENTO DE CHEQUE SEM FUNDOS EMITIDO EM GARANTIA DE DÍVIDA

O crime de extorsão indireta é um idiotismo jurídico brasileiro, desconhecido das fontes mais evidentes do Código de 1940 (Código Suíço, Código Italiano de 1930, reformas alemãs de 1927 e 1933). Situa-se a meio caminho entre a usura e uma forma de abuso de incapazes, de ascendência espanhola, que se encontra em alguns códigos latino-americanos (CP Uruguai, art. 350; CP Colômbia, art. 441; CP Venezuela, inc. 8.º, art. 464; CP Argentina, art. 174, inc. 2.º). Nada além que esta vaga semelhança existe nas leis penais acima citadas; e é ele absolutamente desconhecido do direito francês, austríaco, sueco, chileno, mexicano, soviético e americano. Em outros ordenamentos, unicamente o abuso de incapazes (CP Portugal, §1.º, art. 454; CP Turquia, art. 505) evoca a figura.

O único antecedente que conhecemos reside no art. 197 do Projeto Sá Pereira. Daí assistir toda a razão ao saudoso Min. Aliomar Baleeiro, quando, ao referir-se à extorsão indireta, disse: "*É um delito que só existe no Brasil*". Dá margem a perigosas aplicações" (RTJ 53/581).

Na absoluta falta de fontes doutrinárias, a filtrarem uma experiência judiciária anterior, os tratadistas brasileiros ou se acodem reciprocamente (Hungria cita Noronha; Fragoso cita Hungria e Noronha, etc.), ou buscam luzes em comentários a outros delitos (Noronha transcreve lições referentes a usura; Bento de Faria, referentes a extorsão).

Surgiu, nessa elaboração, um raciocínio derivado da disciplina do crime de extorsão, que está assim resumido em Bento de Faria, ao comentar a extorsão indireta: "Daí resulta que quando semelhante título não tiver valor algum, quando for nulo de pleno direito, *quando não possa legitimar o procedimento criminal*, não se poderá considerar subsistente a figura delituosa aqui prevista" (*Cód. Pen. Brasileiro Comentado*, Rio, 1961, v. V, p. 64).

Aí está a trasladação de um problema próprio da disciplina do crime de extorsão simples. Isso porque, na extorsão simples, se da coação resulta que a vítima produz "ato juridicamente nulo (art. 145, Cód. Civil), que nenhum benefício de ordem econômica possa produzir, não (se) configurará o crime" (Fragoso, *Lições de Dir. Penal*, S. Paulo, 1976, P. Esp., v. I, p. 342).

Parece lógico, portanto, que se o documento exigido ou recebido, na extorsão indireta, não possuir uma aptidão séria e considerável, para submeter quem o fornece a procedimento criminal com um mínimo de possibilidades de sobre ele vibrar os efeitos terríveis do processo e da pena, não se configurará este crime.

O cheque sem fundos dado em garantia de dívida, desde que se generalizou o entendimento jurisprudencial hoje tranqüilo e dominante, não é documento com essa aptidão. A opinião em contrário de Fragoso (*op. cit.*, p. 351), sobre ser até certo ponto

contraditória com seu critério ao examinar a própria extorsão, como vimos, discrepa da orientação predominante.

Tal orientação fora sufragada no Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, no julgamento da AC 37.378, Relator o Des. Horta de Andrade, que observou: "Ora, em tais circunstâncias, perde o cheque o característico de ordem de pagamento, para se transformar em mero título de crédito. Desaparece assim o caráter criminoso do ato da emissão de cheque sem fundos, deixando de existir a figura do art. 171, § 2.º, VI, do Cód. Penal" (RTJGB 2/390).

A questão foi exaustivamente debatida pela Corte Suprema, no julgamento do HC 42.373, que teve por relator o eminente Min. Evandro Lins e Silva (RF 215/228 ss.). Em seu voto, o Min. Gonçalves de Oliveira formulou a seguinte observação: "Sr. Presidente, receber cheque sem fundos é uma praxe hoje, no comércio, entre pessoas que têm relações comerciais ou patrimoniais" (RF 215/232).

Comentando essa decisão, Fragoso, em seu *Jurisprudência Criminal*, Rio, 1973, v. I, p. 239 (n.º 218), observa: "Os cheques em garantia de dívida são recebidos porque constituem cômodo e prático meio de efetuar o empréstimo e lesar o Fisco. Dificil-

mente há propósito de abusar da situação do devedor."

Do TACrimSP, extraídas de Azevedo Franceschini, *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal*, S. Paulo, 1975, v. II, p. 160 ss., vejamos as seguintes decisões: "A circunstância de haver o réu exigido da vítima um cheque em garantia da dívida não configura o delito de extorsão indireta, pois não dá lugar a processo penal, uma vez que a jurisprudência vem cristalizando o pacífico entendimento de que o cheque emitido em tais condições não constitui estelionato" (op. cit., p. 163, n.º 2.336). "Extorsão indireta. Recebimento de cheque sem fundos como garantia de dívida. Delito não configurado. Inexiste extorsão indireta na conduta de quem, sem propósito de forçar o pagamento mediante ação penal, recebe título de crédito como garantia de dívida" (op. cit., p. 161, n.º 2.331).

No mesmo sentido, cf. ainda Franceschini, op. cit., p. 163, n.º 2.337; RT 443/501; RT 486/253; RT 526/310.

Se o cheque sem fundos, emitido em garantia de dívida, não constitui ilícito penal, não devendo, por isso mesmo, dar causa a procedimento criminal (inquérito policial ou ação penal), exigi-lo ou recebê-lo não configura extorsão indireta. (Nota de Nilo Batista).

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO

No julgamento do HC 2.025, do qual foi relator o eminente Juiz Ulisses Valladares, a 2.ª C do II TARJ debateu a questão da contagem do prazo de decadência. A hipótese era de crime de imprensa, que teria sido praticado na edição do dia 3 de dezembro, tendo sido a queixa distri-

buída no dia 3 de março do ano subsequente. O Tribunal concedeu a ordem para determinar o trancamento da ação penal, reconhecendo que se operara a decadência. A decisão nos parece correta (DO, 2/III/83, p. III, p. 14).

O prazo de decadência não é um prazo processual (ao qual se aplicariam os §§ 1.º e 3.º do art. 798 CPP), e sim de direito material, devendo ser contado de acordo com o que preceitua o art. 8.º do Código Penal: "Art. 8.º. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum."

Como adverte Jorge Alberto Romero, "a errônea da contagem do prazo da decadência deflui da circunstância de, dispondo também a respeito dela o art. 38 do CPP, acreditar-se ter-lhe aplicação os §§ 1.º e 3.º de seu art. 798 (...)". E esclarece: "Sendo o instrumento da decadência de direito substantivo, por cometer ao ofendido, nos casos de ação penal privada, o poder de dispor, a seu talante, da pretensão punitiva (...), conta-se o seu prazo na forma do art. 8.º do Código Penal" (Comentários ao Código Penal, colab. Aloysio de Carvalho Filho, Rio, 1979, ed. Forense, v. IV, p. 595).

Ora, sendo o "dies a quo, na forma da lei, a data da publicação" (Darcy A. Miranda, Comentários à Lei de Imprensa, S. Paulo, 1969, ed. RT, v. II, p. 715), o prazo se extinguirá — quer se considere, quer não, a incidência da Lei n.º 810, de 6.IX.49, face à parte final do art. 8.º do CP — o prazo se extinguirá às 24h do dia imediatamente anterior àquele, no terceiro mês subsequente (inclusão do dies a quo, exclusão do dies ad quem).

Vejamos a didática explicação de Celso Delmanto: "Prazos do CP. Ao contrário do que se dá com os prazos processuais, na contagem daqueles previstos pelo CP o próprio dia do começo inclui-se no cálculo. A contagem é feita de acordo com o ca-

lendário comum e não se suspende nem se prorroga por férias, feriados ou domingos (Exemplo: o prazo de um ano iniciando-se a qualquer hora do dia 15 de novembro, findará às 24 horas do dia 14 de novembro do ano seguinte" (Código Penal Anotado, S. Paulo, 1981, ed. Saraiva, p. 8).

Hungria exemplifica da seguinte forma: "Suponha-se o prazo de um ano e seis meses, que tenha começado às 16h de 7 de janeiro de determinado ano: terminará (atendidas as regras do artigo 8.º) à meia-noite de 6 de julho do ano seguinte, pouco importando que um desses anos seja bissexto" (Comentários ao Código Penal, Rio, 1958, ed. Forense, v. I, t. I, p. 204).

Não se discute esse critério quanto a cumprimento de pena, ou quanto a prescrição, como se pode ver do seguinte aresto da Corte Suprema: "Prescrição: o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo (art. 8.º CP). Assim, este termina não no dia idêntico do mês e ano seguinte, mas à meia-noite do dia anterior" (HC 45.653, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, RTJ 47/590).

Não é diverso o entendimento quanto à decadência, cujo prazo deve ser contado pelo mesmo critério.

"No julgamento do RC 203, a 2.ª C. Criminal do TA do antigo Estado da Guanabara, por unanimidade, afirmou que a decadência é instituto de direito material e que o prazo que a rege deve ser contado de acordo com o CP, art. 8.º, ou seja, com inclusão do dia do início. Foi relator o ilustre Juiz Raul da Cunha Ribeiro" (cf. Heleno Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, S. Paulo, 1979, ed. J. Bu-shatsky, v. I, p. 152, autor, entretanto,

que discorda desse entendimento, sem razões convincentes).

Também a 1.^a C. Criminal do TA do antigo Estado da Guanabara afirmou a observância do art. 8.^o para a decadência, em decisão de lavra do Juiz Polinício Buarque de Amorim (RC 341), mantendo rejeição de queixa, por adultério, oferecida na segunda-feira, quando o prazo se escoara no domingo; “a queixa, cujo último dia do prazo de decadência recai em dia em que o foro não funciona, pode ser despachada pelo juiz criminal de plantão” (cf. Jorge Alberto Romeiro, *op. cit.*, p. 556).

Veja-se a modelar decisão do TARJ, da qual foi relator o eminente Juiz e Professor Gama Malcher, cuja ementa a seguir se transcreve: “Queixa. Decadência. Contagem do prazo. A decadência é instituto de direito judiciário material pois extingue a pretensão punitiva, como poder jurídico de agir; assim sendo o prazo decadencial é contado segundo a norma do art. 8.^o do CP, incluindo-se o *dies a quo* e excluindo-se o *dies ad quem*, e não na conformidade com o art. 798, § 1.^o, do CPP” (Rev. de Jur. do TARJ 14/215).

Por significativa, transcreva-se ainda a seguinte passagem do acórdão: “O fato ocorreu em 13 de maio deste ano; sendo o prazo decadencial de 6 meses, incluindo-se o *dies a quo* e excluindo-se o *dies ad quem*, o prazo decadencial expiraria à meia-noite do dia 12.11.1976.”

Inúmeras decisões podem ser referidas.

A 6.^a C. TACrimSP, relator o Juiz Cunha Camargo, no julgamento do Rec. 135.953, confirmou que “em matéria de decadência e prescrição, no âmbito penal, na contagem de prazo

deve ser observado o que preceitua o art. 8.^o do CP”. Eis um trecho do acórdão: “A publicação *sub censura* ocorreu em jornal publicado no dia 3.4.1975, mas a representação do ofendido, embora datada de 2 de julho, só foi entregue ao Dr. Promotor de Justiça da comarca no dia seguinte, quando já havia ocorrido o lapso expurgador” (*Julgados TACrim. SP 44/125*).

As Câmaras Conjuntas Criminais TJSP, no julgamento do HC 113.712, relator o Des. Mendes França, estabeleceram que, em matéria de decadência, “o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Assim, este termina não no dia idêntico do mês e ano seguinte, mas à meia-noite do dia anterior” (RT 435/294).

Também a TJSC, ao decidir o Rec. 6.264, relator o Des. Marçílio Medeiros, afirmou que “na contagem do prazo de decadência, ao contrário do que ocorre com os prazos processuais, computa-se o dia do começo” (RT 411/223).

Igualmente a 2.^a C. TACrimSP, no Rec. 30.355, relator o Juiz Mattos Faria, afirmou que “o prazo de decadência da queixa se conta do dia do começo, por ser regulado pelo art. 8.^o do Código Penal” (RT 432/369).

E a 1.^a C.Cr. TJSP, no julgamento da Ap. 2.782, relator o Des. Adriano Marrey, reiterara tal entendimento: “No cômputo dos prazos em direito penal, ao contrário do que acontece na lei civil, inclui-se o dia do começo.” Tratava-se de um caso de adultério, e eis como o acórdão enfrentou a controvérsia: “Na espécie, o prazo de um mês (artigo 240, § 2.^o do CP) para o querelante, ora apelado, oferecer queixa contra sua mulher, a partir de

19 de novembro, inclusive, terminou aos 18 de dezembro” (RF 158/361).

Há diversas outras decisões, que seria fastidioso transcrever.

A Lei 810, de 6 de setembro de 1949, que define o ano civil, em nada afeta o raciocínio, porquanto não pode opor-se ao princípio aritmético que subjaz à exclusão do termo inicial ou final do prazo.

Do dia 3 ao dia 13 só há dez dias se excluirmos ou o dia 3 ou o dia 13: caso contrário, há onze dias!

Assim também, do dia 3 ao 23 haverá vinte e um dias, se incluirmos os dois termos do prazo.

E obviamente, do dia 3 de janeiro ao dia 3 de fevereiro, haverá (caso

se incluam os dois termos) *um mês e um dia*, ou, no caso, *trinta e dois dias*.

A Lei 810/49, que tinha o limitado objetivo de tornar inexpressivas as diferenças dos meses com 31 ou 30 dias, e ainda dos anos bissextos, não revogou normas aritméticas.

Por isso, Nelson Hungria, Jorge Alberto Romeiro, e todos os Magistrados das inúmeras decisões referidas — que escreveram e decidiram *depois de 1949*, conhecendo a referida lei — não hesitaram em, ao incluir o *dies a quo*, proceder a exclusão lógica do *dies ad quem*. (Nota de Nilo Batista)

RÉU QUE DECLARA NÃO DESEJAR RECORRER. NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO

Em decisão recente, tomada por maioria de votos, decidiu a 2.^a Câmara Criminal do 2.^o Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro pelo não conhecimento de recurso de apelação interposto pelo advogado do réu, quando este havia manifestado que não desejava recorrer. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “Recurso de apelação. Réu que, ao tomar ciência da sentença, quando da audiência admonitória, declara não desejar recorrer. Recurso interposto, apesar disto, pelo patrono. Não conhecimento.” Foi relator o juiz Rebello de Mendonça, e o julgamento realizou-se em 23/11/82.

Não nos parece acertada a decisão. É curiosa a relação de mandato existente entre o acusado e seu defensor, pois aquele que outorga os poderes a um advogado não pode, via de regra, por falta de habilitação profissional, substituir-se ao seu pró-

prio procurador. Ou seja: normalmente o acusado fornece ao advogado poderes para a prática de atos que ele próprio, acusado, não pode efetuar. A interposição de recurso, todavia, pode ocorrer por manifestação do réu, como dispõe o art. 577 CPP, daí surgindo a possibilidade de situações como esta, em que mandante e mandatário colocam-se em posições opostas. Esta divergência de interesses (que quase sempre é apenas aparente) não pode ser resolvida em prejuízo para o conjunto da defesa criminal. Parece-nos que a manifestação de vontade do réu não deve, nesta hipótese, sobrepujar e anular aquela que advém do advogado.

O exercício da ampla defesa compreende aquela efetuada pelo próprio acusado e também a defesa técnica, a cargo do advogado constituído. Exatamente porque o acusado não possui,

ordinariamente, conhecimentos de direito, não é possível deixar-se apenas a seu critério a conveniência da interposição de recurso em sua defesa. Os que militam na justiça criminal sabem como é comum ter que explicar ao réu condenado que o recurso de defesa não pode ensejar um agravamento de sua situação. Assim, uma aparente colisão de interesses na defesa do acusado não pode ser resolvida pelos tribunais através do não conhecimento de um recurso regular-

mente interposto pelo defensor. Até porque, esta suposta divergência entre o acusado e seu defensor estará sendo resolvida, sob tal entendimento, em flagrante prejuízo para a defesa (ampla) daquele. O interesse e vontade manifestados pelo réu quanto à interposição de recurso precisam ser compreendidos de forma necessariamente limitada, mormente quando este não possua capacidade para compreender o alcance da própria defesa. (Nota de José Carlos Fragoso)

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

CARRANZA (Elias) *et al.*, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, ILANUD, 1983.

Trata-se de interessante estudo comparativo, estatístico e legal, de trinta países da América Latina, realizado por Elias Carranza, Mario Houed, Luiz Paulino Mora e Eugenio Zaffaroni, sobre a prisão preventiva.

Os autores apresentam o quadro terrível dos países que na América Latina seguem o sistema penal continental-europeu. O abuso da prisão preventiva é manifesto. Em média, 68,47% dos presos na América Latina estão aguardando julgamento. Há países em que os números são alarmantes. No Paraguai, por exemplo, 94,25% dos presos não têm condenação. Na Bolívia, 89,70%. Do Brasil, a obra registra apenas os dados de São Paulo (13,33%) e do Rio de Janeiro (31,43%). Esses dados, porém, são evidentemente incorretos, porque se referem apenas às prisões do sistema penitenciário, deixando de abranger os que estão presos em xadrezes do sistema policial daqueles Estados.

Os autores comparam os números de presos não condenados nos países que adotam o sistema penal continental-europeu, que são extremamente elevados, com o número reduzido de presos na mesma situação nos países que adotam o sistema penal anglo-saxônio. Nestes últimos, a média é de apenas 20,13% dos presos sem condenação. O número menor de presos preventivamente, neste último caso, não indica que o sistema seja menos repressivo, podendo explicar-se pela celeridade do processo.

Observa-se que o número de presos sem condenação vem em constante aumento. Isso significa, como é óbvio, uma disfunção do sistema repressivo. A prisão preventiva funciona como antecipação da pena, violando a regra da presunção de inocência. O abuso de sua imposição deflui comumente da mentalidade conservadora e repressiva dos juízes.

Os autores sugerem medidas para restringir a prisão preventiva. Deve-se procurar erradicar os preconceitos condicionados por uma tradição processual lesiva dos direitos humanos, para criar o convencimento de que a correta compreensão da prisão preventiva, conforme com o princípio de inocência, é a de uma medida cautelar, alheia por completo a conteúdo e considerações punitivas. A prisão preventiva, em consequência, é exceção à regra, que deve ser sempre a liberdade do processado.

O volume apresenta um prólogo do professor Manuel Lopez-Rey, onde ele diz que, em termos gerais, a prisão ou detenção preventiva só pode durar o que duram os motivos que a originam.

Louvamos o trabalho realizado, que se deve às atividades do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas, para a prevenção do delito e tratamento do delinqüente.

H. C. F.

ELÇA MENDONÇA LIMA, *Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro*, Rio, 1983, ed. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro, 89 páginas.

Em conhecida passagem da *Ideologia Alemã*, Marx postulava que a observação empírica revelasse nos fatos, sem especulações ou mistificações, o elo existente entre a estrutura social e política e o sistema de produção, e logo considerava que ligação semelhante atingia também as representações, o pensamento e o comércio intelectual dos homens. Isso significaria, para a observação empírica penológica, a exigência não só de relacionar a instituição penitenciária, apreendida pelas claras funções que lhe deferiu a sociedade organizada sob o modo de produção capitalista, com o desempenho dessa própria organização social, como também de vincular a ela o discurso da teoria penológica.

Na minha opinião, ninguém conseguiu reimprimir, de forma mais concisa e resoluta, a postulação marxista do que Rusche e Kirchheimer: "A pena como tal não existe; existem somente concretas formas punitivas e específicas praxes penais." O fracasso das velhas penologias residia principalmente na mistificação dos quadros teóricos sobre os quais se intentava o exame a-histórico da pena, empreendendo uma categorização a partir de certos predicados abstratos e intemporais, localizáveis nos "fins" ou nos "conteúdos morais" da pena. Num livro recente, Baratta lembrava que, no plano epistemológico, duas teses centrais se consolidaram como irreversíveis produtos das contribuições de Rusche e Kirchheimer e de Foucault: a) para que se possa definir a realidade do cárcere e interpretar-lhe o desenvolvimento histórico, é preciso levar em conta a efetiva função desempenhada por esta instituição no seio da sociedade; b) para identificar esta função, é preciso levar em conta os tipos determinados de sociedade em que o cárcere se apresenta e se desenvolve como instituição penal. Baratta opõe este *approach*, que ele chama materialista ou político-econômico, ao das velhas penologias, que designa como ideológico ou idealista.

O presente estudo de Elça Mendonça Lima sobre o chamado "período das freiras" na prisão feminina do Rio de Janeiro se filia a essas vertentes críticas de uma nova penologia.

Ele se ocupa de uma concreta forma punitiva, de uma específica praxe penal: o tratamento penitenciário de mulheres, no Rio de Janeiro, de 1942 a 1955. E o faz não apenas pelo exame das funções que o Estado Novo, através das reformas legislativas do início dos anos 40, deferiu ao direito penal e sua expressão visível — o estabelecimento prisional —, mas também pela crítica da ideologia penitenciarista da época, problematizada pelos preconceitos e dubiedades com que trata a mulher criminosa. Esses precon-

ceitos e dubiedades são alvo de uma análise lúcida e brilhante, da qual os escritos de Lemos Brito e de Vitorio Caneppa saem impiedosamente desnudados.

A reconstrução, pela releitura do "guia das internas" do funcionamento da instituição prisional sob administração religiosa, retoma aquelas dubiedades, numa autêntica "divisão" da mulher criminosa, dentro de quem conviveriam a doméstica domada — da qual ela nunca deveria ter-se des-governado — e a megera desviante — que desaparecerá à aplicação de doses contraditórias de "lar", de práticas "caseiras". Relações entre o sistema de produção e idéias religiosas foram muitas vezes postas em evidência; Kraus desnudou a vinculação entre princípios do puritanismo (renúncia ao prazer dos sentidos, ao mundanismo, hábitos ascéticos) e do período mercantilista (tudo deve sacrificar-se à produção para exportação, reduzindo-se o consumo e a importação, para o ingresso de metal precioso numa balança então favorável); Weber, em seu estudo sobre a ética protestante, pode consignar a harmonia entre os interesses de Deus e os interesses do capitalismo. O cárcere tem uma ascendência monástica cujas cargas genéticas periodicamente se reavivam, como ocorreu em 1942 no Rio de Janeiro.

O livro de Elça Mendonça Lima é um descontraído levantamento da experiência de administração religiosa na prisão feminina, e uma aguda revisão da ideologia penitenciarista que glosou esta experiência. Representa uma valiosa contribuição aos estudos do assunto, que só conta, sob o tema específico, com os trabalhos anteriores de Tereza Miralles e colaboradores e o ainda inédito de Julita Lengruber. Deve-se saudar essa revoada de cientistas sociais na direção de assuntos que ficaram, durante tanto tempo, tão maltratados sob o monopólio dos intelectuais de formação jurídica.

A Divisão de Pesquisa da Seção Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil presta um serviço inestimável com a publicação desse trabalho, fadado a uma carreira notável.

Nilo Batista

NUVOLONE (Pietro), *O sistema de direito penal*, vol. 1.º, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

Pietro Nuvolone é um nome consagrado de grande mestre que nos habituamos a admirar e a respeitar no Brasil. Professor titular da Universidade de Milão, fundador e diretor da revista *L'Indice Penale* e vice-presidente da *Société Internationale de Défense Sociale*, destaca-se Nuvolone no campo da ciência jurídica européia como jurista de idéias progressistas, autor de vasta obra, apreciada pela invulgar segurança na abordagem de todos os temas do direito e do processo penal.

A obra que agora se começa a editar em português foi publicada na Itália em 1975 e é o coroamento de uma vida inteira dedicada ao estudo e ao ensino do Direito Penal. Não pode, evidentemente, faltar na estante dos que, em nosso país, se interessam pela nossa matéria.

Como o próprio autor explica, o *sistema* se funda na elaboração dos seguintes princípios fundamentais: 1) O Direito Penal Independentemente de variações históricas de tempo e lugar, baseia-se em algumas constantes do espírito humano, que jamais pode derogar; 2) O Direito Penal funda-se necessariamente sobre certas categorias lógicas do pensamento, cuja validade é dada pelas próprias leis do pensamento: dúplice aspecto da norma, como comando e como garantia; correlação entre responsabilidade e causalidade; princípios de legalidade e da taxatividade; correlação entre norma penal — garantia, periculosidade e medidas de segurança; 3) Exigência insuperável da certeza do direito, com o respectivo ceticismo perante posições que, sob inspirações diversas, retiram elementos de interpretação e aplicação do direito penal de fontes materiais extralegislativas, pondo em perigo exatamente a certeza do direito, por ser freqüente sua derivação de premissas não racionais; 4) Necessidade de jamais olvidar as relações entre o direito penal, que é ciência humana, e as demais ciências do homem e, em particular, a criminologia, a psiquiatria, a sociologia: somente assim a avaliação jurídica da ação jamais ficará em antítese com os dados naturalísticos; 5) Necessidade de conciliar o princípio da legalidade com o princípio da defesa social, entendido como síntese da prevenção geral e da prevenção especial, pois é nisso que consiste exatamente o drama da consciência moderna e da ciência de construção das normas jurídicas penais.

Este primeiro volume é consagrado ao estudo dos fundamentos teóricos e positivos do sistema, ao objeto da norma-comando e ao objeto da norma-garantia. A obra é enxuta e não apresenta citações. No final de cada capítulo vem indicada bibliografia, que permite ao interessado o aprofundamento dos temas.

A tradução impecável é da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, que desta forma presta à ciência penal em nosso país um trabalho admirável. O Prof. René Dotti é autor de numerosas notas ao texto, que se destinam a informar, com indicação de bibliografia, sobre o direito penal brasileiro, nas várias matérias estudadas.

Aguardamos, com interesse, a publicação do segundo volume, recomendando a obra vivamente aos estudiosos brasileiros.

H. C. F.

GUALTER GODINHO, *Legislação de Segurança Nacional e Direito Penal Militar*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

Não temos a menor dúvida em dizer que o autor deste livro é hoje uma das mais destacadas e importantes figuras do Superior Tribunal Militar, onde se distingue pela competência e sobretudo por sua vocação democrática e liberal. Está, assim, o grande juiz em consonância com a tendência que a alta corte revelou em todos esses anos de ditadura militar, e que no presente, lamentavelmente, vem, em várias oportunidades, abandonando. Este livro permite apreciar bem a categoria do juiz que o escreveu.

A obra é composta de uma introdução, na qual se analisa, com mestria, o direito e a justiça militar, com um histórico de sua implantação no Brasil. A seguir aparecem acórdãos relatados pelo autor no STM, destacando-se a parte relativa aos crimes contra a segurança nacional e a que se refere aos crimes militares. A leitura dessas decisões revela um juiz culto e competente, proporcionando material sumamente útil aos que se ocupam da Justiça Militar.

H. C. F.

JULITA LEMGRUBER, *Cemitério dos Vivos — Análise sociológica de uma prisão de mulheres*, Rio de Janeiro, Ed. Achiamé, 1983.

Trata-se de pesquisa importante, em termos de informação e conscientização, embora se deva ressaltar que não nos traz qualquer novidade acerca das condições de vida nas prisões e sobre as perspectivas do sistema punitivo, vindo através de cuidadoso trabalho reforçar tudo o que se tem dito a esse respeito.

O objetivo da obra é a análise de uma prisão de mulheres, tendo sido escolhido o Instituto Penal Talavera Bruce ou, melhor dizendo, segundo as próprias internas, o “Cemitério dos Vivos”, denominação esta que confere perfeitamente com o tipo de vida a que são submetidas as pessoas que fugiram de algum modo às regras que disciplinam o convívio social.

Esse estabelecimento foi escolhido tendo-se em vista, principalmente, a sua pequena população carcerária, que não ultrapassava, na época, de duzentas pessoas, facilitando desse modo a observação e as entrevistas.

Essa obra é resultado de pesquisa realizada durante aproximadamente dois anos, no decorrer dos quais, os colaboradores do trabalho de campo participaram do dia-a-dia das internas, observando seu *modus vivendi*, seu relacionamento com as guardas e a administração, suas necessidades, e também fazendo comparações e as entrevistando.

A maior parte dos dados foram obtidos através de entrevistas informais com as presas.

Poder-se-ia pensar que, devido a esse contato tão próximo, fosse possível ser desenvolvida uma forma de identificação e protecionismo para com as internas, o que tornaria o trabalho suspeito do ponto de vista informativo; contudo, ao se ler o livro de Julita Lemgruber, o que se encontra é um relato honesto, em que a autora manteve uma posição justa, porém, bastante realista da situação do mundo carcerário feminino, dando um enfoque especial ao tema das instituições totais e ao processo de “prisonização”, que sofre o homem encarcerado; temas esses já amplamente debatidos.

O livro, ao fazer comparação entre as taxas de criminalidade feminina e masculina, indica como provável causador do aumento desta primeira o movimento de libertação da mulher.

É interessante observar que a posição das mulheres na vida econômica e social vem há alguns anos se modificando inteiramente, e à medida que elas vão se igualando aos homens, em termos de relevância sócio-econômica,

deixam a posição passiva tradicional para tornarem-se elementos ativos, verificando-se então uma maior incidência na criminalidade. Este é um aspecto límpido e um tanto óbvio, pois tudo se passa como numa corrente em que os elos se entrelaçam; a mulher passa a lutar pela sobrevivência tal qual o homem, contribuindo no sustento da família e muitas vezes, elas mesmas, assumindo todas as responsabilidades. Isso vem corroborar as estatísticas feitas de que 60% dos delitos por elas praticados são crimes contra o patrimônio, em sua maioria furtos.

O leitor bem poderá constatar que não há, nem de longe, parcialidade no trabalho realizado.

Nas pesquisas criminológicas, defrontam-se os pesquisadores com o temor por parte dos presos de que quaisquer informações dadas possam prejudicá-los, caso cheguem ao conhecimento da administração. Esse temor se observa principalmente quando a repressão se faz a níveis psicológicos, como é o caso, na época, no Talavera Bruce, em que ameaças e perdas de privilégios constituem a estrutura básica da manutenção de ordem interna.

Então, a partir desse ponto, para que se consiga realizar uma pesquisa com dados reais, faz-se necessário conquistar a confiança dos presos, mostrando que o que se objetiva é realizar um trabalho que traga à sociedade a realidade do sistema carcerário, seus problemas e vicissitudes.

Nos fins do século XVIII e início do século XIX, vai desaparecendo o corpo como o alvo principal da punição e surgindo castigos mais dirigidos ao espírito e à mente do homem (*Foucault*), e a partir daí são desenvolvidos mais a mais todos os tipos de repressão psicológica. No afã de retribuir, punir, acaba-se violando gravemente o princípio da personalidade da pena, porque esta acaba se estendendo à família do preso. Novamente se atenta para a transferência que é feita do estigma da mulher para seus filhos. O livro muito inteligentemente questiona sobre até que ponto os atos das mães marcarão seus filhos por toda a vida, principalmente no caso de serem pequenos e estarem na creche do estabelecimento, que acaba sendo uma espécie de prisão também para eles.

A regra que deveria ser rigidamente obedecida é a de que o preso perde apenas seus direitos atingidos pela sentença, mas não é o que acontece. O trabalho deixa de ser um direito natural para ser prêmio, a assistência religiosa também deixa de ser direito, passando a ser uma concessão, quando não é o caso até da cessação obrigatória do culto religioso, como o da Umbanda, e se formos nos estender, verificaremos que até os direitos de mãe são retirados da detenta devido aos inúmeros obstáculos e dificuldades que se impõem à mãe presa de relacionar-se e conviver com seus filhos.

Quando da leitura desse pequeno, porém, rico volume, o que mais nos chama a atenção é o problema tão sério e tão vastamente discutido do homossexualismo. O ponto mais realçado pela autora é o significativo paralelo que é feito entre a posição da mulher desde sempre e as influências que se operam dentro da própria prisão.

A mulher desde priscas eras carrega o estigma da fragilidade e do recato, da figura doce e subserviente, quando não omissa ou inteiramente passiva.

Não é de estranhar que, até mesmo no mundo carcerário feminino, a repressão ao homossexualismo se faça mais intensamente que no masculino, que é o que ocorre. Por causa disso, hoje em dia, segundo estatísticas, o lesbianismo ocorre com menor frequência nas prisões femininas do que há alguns anos atrás, pois a repressão a ele é feita com muito rigor. Mas, mesmo assim, não se pode dizer que esse é um fato que está rareando na prisão de mulheres, porque de um modo ou de outro ele serve de "válvula de escape" das tensões do encarceramento e um modo de externar as carências da mulher presa.

Confirmando o fato de o homossexualismo ser, talvez, uma das principais constantes na pauta dos problemas carcerários, basta ver o interessante glossário esquematizado no final do livro com "a linguagem carcerária". A maior parte das gírias se refere ao homossexualismo e sua prática.

A obra em questão, por tudo isso e muito mais que esta modesta análise certamente não alcançou, é da maior importância pela retidão e veracidade com que foi conduzida a pesquisa, abrindo oportunidade para discussões a respeito da temática e propondo alternativas válidas.

Gisele Cantuária Seixas

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

DIREITO PENAL

- AZEVEDO FRANCESCHINI (J. L. V.), *Tóxicos*, São Paulo, Livraria e Editora Universidade de Direito, 1980.
- CASTELO BRANCO (U. P.), *A defesa dos empresários nos crimes econômicos*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- ELBERT (Carlos A.), *Ley judicial juvenil anotada de la Republica Federal de Alemania*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- Evasione fiscale e repressione penale*, Atti del convegno di Torino (7-8 marzo 1981), Pádua, Cedam, 1982.
- GODINHO (Gualter), *Legislação de Segurança Nacional e Direito Penal Militar*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- GIORDANI (Mário Curtis), *Direito Penal Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- GORES (Claus Jürgen), *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Berlim, Munique, Duncker e Humblot, 1982.
- HULSMAN (Louk), DE CELIS (Jacqueline Bernat), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Editions du Centurion, 1982.
- HOHENDORF (Andreas), *Das Individualwucherstrafrecht nach dem ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976*, Berlim, Munique, Duncker e Humblot, 1982.
- LADEIRA DE CARVALHO (Paulo), *Tóxicos*, Rio de Janeiro, Pluriarte, 1982.
- LOBÃO FERREIRA (Célio), *Crimes contra a segurança do Estado*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1982.
- MESSINA (Rino), *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milão, Giuffrè, 1981.
- MIRANDA RODRIGUES (Anabela), *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa da liberdade*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1982.
- NOVOA MONREAL (Eduardo), *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982 (2.^a edição).
- NUVOLONE (Pietro), *Il diritto penale degli anni settanta*, Pádua, Cedam, 1982.
- ROMANO (Mario) — STELLA (Frederico), (eds.), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bolonha, Il Mulino, 1980.
- ROTHENPIELER (F. W.), *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*, Berlim, Munique, Duncker e Humblot, 1982.

- PANAGIA (Salvatore), *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Pádua, Cedam, 1980.
- SCARLATO (Guglielmo), *I reati ministeriali*, Pádua, Cedam, 1982.
- ZAFFARONI (Eugenio Raul), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1982 (3.^a edição).

PROCESSO PENAL

- BORGES DA ROSA, *Comentários ao Código de Processo Penal*, 3.^a edição atualizada por Angelito Aique, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- HETZER (Wolfgang), *Wahrheitsfindung im Strafprozess*, Berlim, Munique, Duncker e Humblot, 1982.
- MAIER (Julio B. J.), *La ordenanza procesal penal alemana*, Buenos Aires, Depalma, 1982, vol. II.
- MEDEIROS (Flávio Meirelles), *Nulidades do Processo Penal*, Porto Alegre, Editora Síntese, s/d (1982).

CRIMINOLOGIA

- CHAMBLISS (W.) — SEIDMAN (R.), *Law, order and power*, Reading, Addison — Wesley Publishing Company, 1982, 2.^a edição.
- CHESNAIS (Jean Claude), *Histoire de la violence*, Paris, Robert Laffont, 1981.
- GARCIA RAMIREZ (Sergio), *Criminologia, Marginalidad y derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- GREENBERG (David F.) (ed.), *Crime and Capitalism, Readings in marxist criminology*, Palo Alto, Mayfield Publishing Company, 1981.
- HERMAN (Edwards), *The real terror network*, Boston, South End Press, 1982.
- TRAVERSO (G. B.) — VERDE (A.), *Criminologia critica. Delinquenza e controllo sociale nel mondo di produzione capitalistico*, Pádua, Cedam, 1981.

PERIÓDICOS

- Archives de Politique Criminelle*, vol. 4 (1980).
- Crime and Social Justice*, n.º 18, Winter 1982, San Francisco, Calif.
- Crime prevention and criminal justice newsletter*, n.º 7, dec. 1982, Nações Unidas.
- Criminal Justice Ethics*, vol. 1, n.ºs 1 e 2, 1982. Institute for Criminal Justice Ethics, Nova York.
- Doctrina Penal*, n.º 20, Out.-Dez. 1982.
- Drug Enforcement*, vol. 7, n.º 2, Dez. 1980, U.S. Department of Justice, Drug Enforcement Administration.
- Nuevo Foro Penal*, Bogotá, n.ºs 14, 15 e 16, 1982.
- Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cáli — Colômbia, n.º 6, 1.º semestre de 1982.

- Revista de Derecho Penal*, n.º 5, Agosto de 1982, Montevideu.
- Revue Internationale de Droit Pénal*, 1982 (3.º e 4.º trimestres) — *La philosophie de la justice pénale et la politique criminelle contemporaines*, Éditions Eres, Toulouse.
- Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 4, 1982, Oct.-Dez.
- The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, n.º 3 (Fall 1982), Northwestern University School of Law.

DIVERSOS

- Código Penal*. Legislação especial aplicável a jovens dos 16 aos 21 anos. Alterações ao Código de Processo Penal e legislação complementar, Lisboa, Ministério da Justiça, 1982.
- FRANCHINI (Aldo), *Medicina Legale*, Pádua, Cedam, 1982 (9.ª edição).
- RABELLO (Eraldo), *Balística Forense*, Porto Alegre, Sulina, 1982.
- WISHMAN (Seymour), *Confessions of a criminal lawyer*, New York, Penguin Books, 1982.

LEIS E PROJETOS

LEI N.º 7.021, DE 6 DE SETEMBRO DE 1982

Estabelece o modelo de cédula oficial única a ser usado nas eleições de 15 de novembro de 1982 e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

OMISSIS

Art. 5.º Constitui crime eleitoral destruir, suprimir ou, de qualquer modo, danificar relação de candidatos afixada na cabine indevassável.

Pena — Detenção, de até seis meses, e pagamento de sessenta a cem dias-multa.

OMISSIS

Art. 10. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

OMISSIS

(Publicado no DO de 08.09.82.)

LEI N.º 7.040, DE 11 DE OUTUBRO DE 1982

Extingue o cargo de Auditor-Corregedor; transforma a atual Auditoria de Correição em Corregedoria Geral da Justiça Militar, atribuindo as funções de Corregedor ao Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar, com a denominação cumulativa de Ministro Corregedor-Geral, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º Fica extinto o cargo de Auditor-Corregedor na carreira da Magistratura civil da Justiça Militar, sendo colocado em disponibilidade o seu respectivo Titular, com o vencimento e vantagens previstos em Lei.

Art. 2.º A atual Auditoria de Correição passa a ser denominada Corregedoria Geral da Justiça Militar, constituída do Ministro Corregedor-Geral, de um Diretor de Secretaria e demais auxiliares constantes do quadro pre-

visto em Lei para a Auditoria ora extinta, com a transferência de todo o acervo desta para o órgão mencionado neste artigo.

Art. 3.º As funções de Ministro Corregedor-Geral serão exercidas, cumulativamente, pelo Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar, eleito na forma de seu Regimento Interno.

Parágrafo único — O Ministro Corregedor-Geral será substituído nas suas licenças, faltas ou impedimentos pelo Ministro mais antigo.

Art. 4.º Ao Ministro Corregedor-Geral, com jurisdição em todo o território nacional, compete:

I — proceder à correição:

a) nos autos de inquérito-policia-militar, quando não se tenha apurado a existência de crime ou transgressão disciplinar, remetendo à Auditoria competente os autos, desde que entenda haver crime a punir e indícios de sua autoria;

b) nos processos findos e nos inquéritos policia-militares arquivados pelo Auditor, para os fins previstos no artigo 498, alínea “b”, do CPPM;

c) nos autos em andamento nas Auditorias de ofício, ou por determinação do Superior Tribunal Militar;

II) verificar, em processos em andamento ou findos, se foram tomadas as providências relativas a medidas preventivas e assecuratórias previstas em lei, para resguardo de bens, da Fazenda Pública, sob a administração militar;

III) receber e apurar representações dos serventuários das Auditorias, dando-lhes decisão, da qual caberá recurso para o Superior Tribunal Militar, pelo interessado, dentro do prazo de dez dias, a contar de sua ciência;

IV) requisitar, das autoridades judiciárias e administrativas, civis ou militares, os esclarecimentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas funções;

V) determinar, mediante provimento, as providências ou instruções que entender convenientes ao regular funcionamento dos serviços que lhe incumbem fiscalizar;

VI) percorrer, de acordo com o plano que propuser e for aprovado pelo Superior Tribunal Militar, as Auditorias das Circunscrições Judiciárias, para exame dos processos em andamento e dos livros e documentos existentes em cartório, de modo que todas tenham, pelo menos, uma inspeção em cada dois anos;

VII) receber e apurar representação a respeito de irregularidade atribuída a servidor de Auditoria;

VIII) comunicar, imediatamente, ao Ministro-Presidente do Tribunal a existência de fato grave, que exija pronta solução, verificado durante inspeção aos cartórios das Auditorias, independentemente das providências que, desde logo, possa tomar;

IX) elaborar, quando não estabelecidos em lei, os modelos dos livros necessários aos registros na Corregedoria Geral;

X) aplicar penas disciplinares aos funcionários que lhe são subordinados na Corregedoria Geral, bem como instaurar inquérito administrativo, quando

julgar necessário e tiver ciência de irregularidades praticadas pelos referidos funcionários.

Art. 5.º O artigo 498, alínea “b”, do Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1982, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 498

b) mediante representação do Ministro Corregedor-Geral, para corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo.”

Art. 6.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, em 11 de outubro de 1982; 161.º da Independência e 94.º da República.

JOÃO FIGUEIREDO

Ibrahim Abi-Ackel

(Publicado no DO de 14.10.82.)

DECRETO N.º 87.833, DE 17 DE NOVEMBRO DE 1982

Concede indulto e reduz penas

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da faculdade que lhe confere o artigo 81, n.º XXII, da Constituição, e considerando a proximidade da Festa do Natal, decreta:

Art. 1.º É concedido indulto aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos que, até 25 de dezembro de 1982, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primários, ou metade, se reincidentes.

Parágrafo único. É, igualmente, concedido indulto aos condenados a penas superiores a quatro anos que tenham completado sessenta anos de idade até a data fixada neste artigo, bem como aos menores de vinte e um anos de idade na data do crime, e às mães de filhos menores de quatorze anos de idade, desde que hajam cumprido um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes.

Art. 2.º O indulto previsto no artigo anterior estende-se às penas pecuniárias aplicadas cumulativamente, não abrangendo, contudo, as penas acessórias.

Parágrafo único. O condenado ficará indultado da pena pecuniária quando a redução prevista no artigo 4.º ensejar imediata soltura ou livramento condicional.

Art. 3.º Para efeito de indulto ou redução somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 7.º, o presente Decreto aplica-se ao somatório das penas das demais infrações.

Art. 4.º São reduzidas as penas privativas de liberdade impostas aos condenados que, até a data mencionada no artigo 1.º, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes, observadas as seguintes proporções:

I — pena superior a quatro até oito anos: redução de um terço se primários, ou de um quarto, se reincidentes;

II — pena superior a oito anos: redução de um quarto, se primários, ou de um quinto, se reincidentes.

Art. 5.º O disposto nos artigos anteriores aplica-se, também, quando a sentença esteja em grau de recurso interposto somente pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. Não impedirá, igualmente, a concessão do indulto, o recurso da acusação, quando improvido.

Art. 6.º Constituem, também, requisitos para que o condenado obtenha o indulto ou redução da pena:

I — não ter sido beneficiado por graça, indulto, redução ou comutação da pena nos dois anos anteriores à data da publicação deste Decreto;

II — ausência de periculosidade, ou sua cessação, caso tenha sido imposta medida de segurança;

II — ter conduta reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social;

IV — ter, na forma do inciso anterior, boa conduta também na comunidade, quando beneficiado por quaisquer concessões previstas no artigo 30, § 6.º, incisos II, IV, VI e VII, do Código Penal;

V — ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a permanência no convívio social, se, beneficiado com a suspensão condicional, já cumpriu, pelo menos, metade do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, se for o caso, sem haver sofrido modificação exacerbadora das condições ou prorrogação do prazo, nem suspensão ou revogação do benefício;

VI — ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social, se, beneficiado com o livramento condicional, já cumpriu, pelo menos, um quinto do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, quando for o caso, sem advertência ou exacerbação das condições.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, poderá o juiz da execução ordenar o exame para a verificação da cessação da periculosidade.

Art. 7.º Este Decreto não beneficia os condenados por crime:

I — roubo, nas modalidades previstas nos parágrafos 2.º e 3.º do art. 157, do Código Penal;

II — de extorsão, nas modalidades previstas nos parágrafos 1.º e 2.º do art. 158, e no art. 159 e seus parágrafos, do Código Penal;

III — de estupro e atentado violento ao pudor;

IV — de quadrilha ou bando;

V — contra a Segurança Nacional;

VI — relativo a entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante.

Art. 8.º Caberá ao Conselho Penitenciário, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar quais os condenados que preenchem os requisitos estabelecidos por este Decreto, emitindo, desde logo, parecer, nos termos do art. 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao juiz da execução, para os fins do artigo 738 do mesmo Código.

§ 1.º Se o Conselho Penitenciário não se pronunciar até o dia 15 de janeiro de 1983, caberá ao juiz da execução a verificação dos requisitos estabelecidos por este Decreto.

§ 2.º As autoridades que custodiarem os condenados encaminharão aos Conselhos Penitenciaros, até 30 dias após a publicação deste Decreto, relação dos presos que satisfaçam os requisitos objetivos, prestando, desde logo, informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

§ 3.º A relação e as informações concernentes aos sentenciados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional deverão ser enviadas pela entidade incumbida de fiscalização do cumprimento das condições do benefício, ou da observação cautelar e proteção do liberado. Na falta da entidade, tais informações poderão ser supridas por outro documento idôneo.

Art. 9.º Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 10. Os Órgãos Centrais de Administração Penitenciária informarão ao Conselho Nacional de Política Penitenciária até junho de 1983, o número de presos cumprindo penas, de processos apreciados e o número de beneficiados pelo presente Decreto, por indulto ou redução, separadamente.

Parágrafo único. As autoridades que custodiarem presos e que não se subordinarem aos Órgãos Centrais da Administração Penitenciária encaminharão a estes, por intermédio das Secretarias respectivas, até 31 de maio de 1983, os elementos acima indicados.

Art. 11. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 17 de novembro de 1982.

REVISTA DE DIREITO PENAL E ECRIMINOLOGIA

Publicações em números anteriores, ainda disponíveis:

- Alcides Munhoz Netto, *Descriminantes putativas fáticas*, n.ºs 17-18 (1975)
Alessandro Baratta, *Marginalidade Social e justiça*, n.ºs 21-22 (1976)
Alessandro Baratta, *Criminologia crítica e política criminal*, n.º 23 (1976)
Argenis Riera Encinoza, *A dialética da função policial na América Latina*, n.º 29 (1980)
Eduardo Novoa Monreal, *Alternativas e transes do direito penal de hoje*, n.º 24 (1977)
Everardo da Cunha Luna, *Teoria Finalista da ação*, n.º 26 (1976)
Heleno C. Fragoso, *Alternativas da pena privativa da liberdade*, n.º 29 (1980)
Heleno C. Fragoso, *Sistema do duplo binário: vida e morte*, n.º 32 (1981)
Juarez Cirino dos Santos, *Defesa social e desenvolvimento*, n.º 26 (1979)
Lola Aniyar de Castro, *Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo*, n.º 30 (1980).
Manuel Lopez-Rey, *Manifesto criminológico*, n.º 24 (1977)
Manuel Lopez-Rey, *Juventude e Criminalidade na Sociedade Contemporânea e Futura*, n.º 29 (1980)
Manoel Pedro Pimentel, *O advogado e a realidade do direito penal*, n.º 27 (1979)
Nilo Batista, *Aborto: a retórica contra a razão*, n.º 27 (1979)
Peter P. Lejins, *A atual crise da política criminal nos Estados Unidos*, n.º 28 (1979)
Roberto Lyra Filho, *Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais*, n.º 28 (1979)
Roberto Lyra Filho, *A criminologia radical*, n.º 31 (1981)
Severin Carlos Versele, *A cifra dourada da delinquência*, n.º 27 (1979)

Pedidos à Cia. Editora Forense
Av. Erasmo Braga, 299 — 1.º andar
Rio de Janeiro, RJ

Este livro foi composto e impresso na
COMPANHIA FORENSE DE ARTES GRÁFICAS
Avenida Guilherme Maxwell, 234 - Rio de Janeiro - Brasil