

Alternativas às penas privativas de liberdade no Código Penal Argentino de 1922

NILO BATISTA

Não deve surpreender a escassa repercussão que a vigência do Código Penal Argentino, aos 29 de abril de 1922, teve no Brasil ⁽¹⁾. Para os brasileiros, 1922 foi um ano repleto de acontecimentos instigantes, com maior ou menor visibilidade. No primeiro caso estão a Semana de Arte Moderna, ocorrida em fevereiro, em São Paulo, no desfecho de inquietações estéticas rebeldes contra nosso colonialismo cultural, ou o episódio, em 5 de julho, dos Dezoito do Forte, culminando num enfrentamento - bem poderíamos dizer chacina - que desnudava vícios e contradições da República Velha; com menor visibilidade, temos a fundação clandestina do Partido Comunista, no final de março, ou a arregimentação do conservadorismo católico através do Centro Dom Vital, criado em maio ⁽²⁾. Um ano antes, o Decreto n° 4.269, de 17.jan.21, procurava exorcizar os demônios anarquistas, do panfleto apologético à dinamite (aos moldes da lei argentina "de defesa social", n° 7.029, de

(1) Examinamos dois jornais cariocas (*A Noite* e *Correio da Manhã*), em suas edições ao redor de 29.out.21 e 29.abr.22, sem localizar qualquer menção à promulgação e à vigência do código argentino. No noticiário, uma decisão da 3ª Câmara da Corte de Apelação, cassando fiança que o juiz **Edgard Costa** concedera a um réu de vadiagem, reafirmava a inafiançabilidade daquela contravenção; um conflito numa assembléia de operários, com um morto e dois baleados; um protesto contra a execução de *Sacco* e *Vanzetti*, durante o qual os manifestantes "entretinham-se a cantar hymnos anarquistas, vivendo, a cada momento, a causa que diziam defender" (*Correio da Manhã*, 31.out.21, p. 5); prisões arbitrárias e violentas de trabalhadores suspeitos de anarquismo; o substantivo "Favella" referindo-se tão-somente ao morro da Providência ("A Favella forneceu hontem mais um caso à polícia - dois soldados e um paizano baleados por desordeiros" - *Correio da Manhã*, 30.out.21, p. 4); crimes passionais, o suicídio de uma jovem por ingestão de 40 g. de cocaína, bem como a prisão e a pronúncia de "vendedores" de cocaína (a expressão "traficantes", com forte tradição escravista, ainda não iniciara sua brilhante carreira na imprensa da guerra às drogas), vadios, prostitutas, roubos, brigas, furtos...

(2) Cf., entre numerosa bibliografia, **Mário da Silva Brito**, *Antecedentes da Semana de Arte Moderna*, Rio, 1964, ed. Civ. Bras.; **Hélio Silva**, 1922 - *Sangue na Areia de Copacabana*, Rio, 1971, ed. Civ. Bras.; **Dulce Pandolfi**, *Camaradas e Companheiros - História e Memória do PCB*, Rio, 1995, ed. Relume-Dumará; **Romualdo Dias**, *Imagens de Ordem - A Doutrina Católica sobre a Autoridade no Brasil*, S. Paulo, 1996, ed. Unesp.

30.jun.10); um ano depois, o Decreto nº 4.743, de 31.out.23, punia com dois anos de prisão o estrangeiro expulso que regressasse ao país (como fazia o artigo 5º da mencionada “lei de defesa social”). Tão perto e tão longe, aproximados pelo destino latino-americano comum, distanciados pelas peculiaridades dos respectivos processos sociais, o fato é que a vigência do novo Código Penal dos argentinos não mobilizou a atenção dos penalistas brasileiros; ah, fosse um código europeu...

Três quartos de século depois, olhamos para este código penal e, antes de qualquer outro aspecto, observamos suas orgulhosas cicatrizes. Festejemos nele ter vivido aquele destino latino-americano com admirável obstinação. Referindo-se ao processo argentino entre 1925 e 1975, **Marcos Kaplan** menciona a sucessão de “fluxos e refluxos, progressões e regressões, reformas insuficientes e restaurações incompletas”, que detém, entretanto, em todos os momentos, “uma reserva de vitalidade, energia, perseverança e capacidade regeneradora”⁽³⁾. Que palavras poderiam melhor exprimir o conjunto de derrogações e repristinações que inscrevem no dorso do Código Penal argentino a história recente de seu povo? Tomemos um só exemplo, dentro do tema que nos foi assinado.

Originária de dispositivos do incipiente direito tributário italiano do terceiro quartel do século XIX⁽⁴⁾, de onde foi ter ao código Zanardelli, a oblação voluntária estava prevista no artigo 64 do C.P. argentino⁽⁵⁾. Revogado o artigo 64 pelo Decreto nº 4.778/63, recobriria vigência com a Lei nº 16.648/64; novamente revogado pela Lei nº 17.567, ver-se-á repristinado pela Lei nº 20.509; outra vez perderia vigência por conta, agora, da Lei nº 21.338, para retornar em 1994, triunfalmente renovado, no contexto da Lei (nº 24.316) que introduziu a suspensão condicional do processo⁽⁶⁾. A “evidente inconveniência” que **Soler** via na oblação voluntária⁽⁷⁾ porventura provinha de sua fantástica precocidade desjudicializadora; no Brasil, somente setenta e três anos depois apareceria algo assimilável (Lei nº 9.099/95, artigos 72 e 74, par. ún.). Interessa ressaltar, contudo, nesses “fluxos e refluxos” – comuns a tantas passagens do C.P. argentino – a “perseverança e capacida-

(3) **Marcos Kaplan**, “Cinquenta Anos de História Argentina (1925-1975)”, no volume *América Latina - História de Meio Século*, trad. M. Bagno e R.G.R. Castro, Brasília, 1988, ed. UnB, p. 22.

(4) **Manzini** se refere a uma lei de 1861, sobre imposto de consumo (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1950, ed. UTET, v. III, p. 573).

(5) “La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito y de las indemnizaciones a que hubiere lugar.”

(6) **Eugenio Raúl Zaffaroni**, *Tratado de Derecho Penal*, P.G., B. Aires; 1983, ed. EDIAR, v. V, p. 217-218.

(7) *Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970, ed. TEA, v. II, p. 460.

de regeneradora" que devolveu eficácia à disposição pioneira; saudemos essas orgulhosas cicatrizes.

É preciso também celebrar a vitalidade com a qual, em sua infância, resistiu o aniversariante aos riscos dos projetos perigosistas ⁽⁸⁾, resistência tanto mais prodigiosa quanto se observa o meio ambiente – socialmente conflituado e academicamente positivista – em que foi gestado. Quando o objeto teórico da criminologia é a "conduta humana perigosa", como pretenderia Laplaza, o objetivo prático da intervenção penal são as "classes perigosas (que) ameaçam de forma iminente e grave" uma ordem jurídica cuja legitimidade está fora daquele objeto ⁽⁹⁾. Invisíveis eflúvios da conjuntura progressista que, a despeito de seus horizontes ambíguos, a ascensão radicalista propiciara, terão evitado um código escancaradamente a serviço do controle penal das "classes perigosas". A previsão, para multirreincidentes, da reclusão acessória por tempo indeterminado em presídio na Terra do Fogo (originária de concepções penitenciárias colonialistas recebidas pelo projeto de 1891 e positivadas pela chamada Lei Bermejo, de 1895) respondia a um paradigma então muito corrente: o CP brasileiro de 1890 determinava que os vagabundos que violassem o compromisso de "tomar ocupação dentro de quinze dias" após o cumprimento de suas penas seriam "recolhidos, por um a três anos, a colônias penais que se fundarem em ilhas marítimas ou nas fronteiras do território nacional" (art. 400). Esta *relegatio* tardia (e este teria sido seu *nomen iuris*, não fosse a "Fé de Erratas"), no vestibulo de um mundo no qual o isolamento não mais se construiria por distâncias e sim por tecnologias, era historicamente inevitável, como taxa a ser paga, em boa moeda pós-delitual, ao entranhado "perigosismo" da ocasião.

Tratemos de buscar, na simplificada articulação do C.P. argentino de 1922 – sua brevidade mereceu encomiástica referência de Asúa ⁽¹⁰⁾ – as disposições que de alguma maneira sinalizam alternativas à privação da liberdade. Excluída de nossa atenção a medida de segurança da reclusão acessória por tempo indeterminado, previa o artigo 5º, ao lado da multa e da inabilitação, tão só duas penas privativas da liberdade: a reclusão e a prisão. (O código então vigente no Brasil previa quatro: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar – art. 43.) Como a duração de ambas, reclusão ou prisão, poderia ser perpétua ou temporária, e tam-

⁽⁸⁾ Para os projetos perigosistas, cf. Zaffaroni, *op. cit.*, v. I, pp. 434-435; Roberto Bergalli, *La Recaida en el Delito: Modos de Reaccionar contra Ella*, Barcelona, 1980, ed. SERTESA, pp. 25 ss; Luis Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, B. Aires, 1964, ed. Losada, v. I, pp. 1061 ss.

⁽⁹⁾ Francisco P. Laplaza, *Objeto y Método de la Criminología*, B. Aires, 1954, ed. ARAYÚ, pp. 94 (para a "ação humana perigosa") e 99 (para as "classes perigosas").

⁽¹⁰⁾ Desde que "todo código penal extenso é uma regressão", na brevidade do CP argentino residiria seu "máximo elogio"; *op. cit.*, p. 1055.

bém a execução de ambas impusesse trabalho obrigatório (arts. 6º e 10), a distinção – fundada na apartação dos condenados em estabelecimentos penitenciários distintos (art. 9º) – estaria fadada a esvanecer-se, e a unificação prática ver-se-ia proclamada em 1958, através do Decreto nº 412 (Lei Penitenciária Nacional). A recente Lei nº 24.660, de 1996, sobre execução penal, também tratou de modo unitário a matéria ⁽¹¹⁾. Mas é um mérito incontestável do C.P. de 1922, negando-se a estipular distinções especiais entre **reclusão** e **prisão**, ter favorecido uma empostação unificadora das penas privativas de liberdade na Argentina, removendo cargas simbólicas de infamação e subserviência a esquemas conceituais ultrapassados.

No artigo 10 surpreendemos uma límpida orientação alternativa à prisão: **“Quando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”**. O dispositivo, originário do código espanhol de 1822, e arraigado no direito argentino – código Tejedor, código de 1886, projeto de 1906, do qual proveio a redação ⁽¹²⁾ –, ainda que proveniente de uma perspectiva clemencial, tem a virtude de apontar para a prisão domiciliar, cujas virtualidades, de início circunstritas às detenções processuais cautelares, com sabor de *privilegium*, ainda não foram suficientemente exploradas.

A reparação do dano *ex-delicto* foi um tema caro ao positivismo criminológico, galvanizando debates nos congressos europeus ao redor da virada do século XIX; nessa ocasião, já circulava a idéia da reparação do dano como alternativa à prisão para infrações penais leves, sustentada, entre outros corifeus, por **Garofalo** e **Ferri** ⁽¹³⁾. Não só pela influência das idéias positivistas nos meios acadêmicos argentinos da época, como também pela participação de inúmeros professores argentinos naqueles congressos ⁽¹⁴⁾, a reparação do dano – sem assumir funções de substitutivo penal – é um personagem importante neste código penal, figurando em nada menos que dez passagens, a saber: 1ª) artigo 11, inciso 1º (mencionada em primeiro

(11) Seus artigos 1º e 3º se referem a pena privativa de liberdade **“en todas sus modalidades”**; o artigo 12 se ocupa do regime penitenciário **“cualquiera fuere la pena impuesta”**.

(12) **Zaffaroni**, *op. cit.*, v. V, p. 171.

(13) **“La coazione personale alla riparazione offrirebbe un succedaneo efficacissimo alle pene lieve”**, escrevia **Garofalo** (*Criminologia*, Turim, 1885, ed. Bocca, p. 319), que dedicaria uma monografia ao tema (*Riparazione alle vittime del delitto*, Turim, 1887, ed. Bocca). Em sua *Sociologia Criminal*, **Ferri** admitia que a reparação funcionasse **“como sanção substitutiva da pena carcerária nos pequenos crimes cometidos por criminosos ocasionais”** (*Princípios de Direito Criminal*, trad. L.L. d’Oliveira, S. Paulo, 1931, ed. Saraiva, p. 562). Sobre os debates naqueles congressos, cf. **Stephen Schaffer**, *Compensation and Restitution to Victims of Crime*, New Jersey, 1970, ed. P. Smith, pp. 10 ss.

(14) Informações sobre tais participações em **Rosa del Olmo**, *Criminologia Argentina*, B. Aires, 1992, ed. Depalma, *passim*.

lugar entre as quatro destinações equânimes do produto do trabalho do condenado); 2^a) artigo 28 (ressalvando que o *sursis* não compreende a reparação); 3^a) artigo 30 (preferencialidade da reparação sobre a pena de multa e as custas judiciais); 4^a) artigo 31 (solidariedade entre co-autores e partícipes); 5^a) artigo 32 (responsabilidade de terceiros beneficiários materiais do crime); 6^a) artigo 33 (regras para situações de insolvência); 7^a) artigo 61 (a anistia não abrange a reparação); 8^a) artigo 64 (a oblação voluntária não prescinde da reparação do dano *ex-delicto*); 9^a) artigo 68 (o indulto não abrange a reparação); 10^a) artigo 70 (possibilidade de execução sobre os bens do condenado morto). Se tomarmos em conta que a Parte Geral do Código possui 78 artigos, verificaremos que quase 13% deles estão dedicados à reparação do dano, e desse protagonismo se pode, sem temeridade, conjecturar que a reforma penal argentina tem um encontro marcado no futuro com a reparação do dano *ex-delicto* na função de substitutivo penal. Cumpre registrar que, na oblação voluntária, à reparação do dano também se outorga conteúdo extintivo de punibilidade.

O anteprojeto de Parte Geral que Rodolfo Rivarola publicou em 1905 – do qual partiu a comissão que elaboraria o projeto de 1906, que foi a mais imediata e incisiva influência sobre o futuro CP de 1922 – utilizou-se da pena de multa como substitutivo para as penas privativas de liberdade curtas ⁽¹⁵⁾. Sem endossar tal proposta, o Código, no entanto, revela elogiável relutância no procedimento de conversão da multa em privação da liberdade. Assim, antes da conversão, deveria o tribunal procurar a satisfação da multa, garantindo-a sobre bens, salários ou outras rendas do condenado; na falta dessas garantias, poderia o condenado pagá-la através de seu livre trabalho, cabendo ainda ao tribunal autorizar o parcelamento do valor da multa, fixando o *quantum* das cotas e a data dos pagamentos segundo a condição econômica do condenado (artigo 21). O coetâneo código brasileiro equiparava o condenado insolvente ao relapso para determinar que, oito dias após a notificação, a multa se convertesse em prisão celular, com teto – estabelecido com base em decreto de 1869, à míngua de outro critério – de três anos, o dobro do teto argentino ⁽¹⁶⁾. Essa relutância do C.P. argentino em autorizar a conversão pode ser vista, com a boa vontade à qual os aniversariantes têm direito, como uma espécie de substitutivo pelo avesso.

A introdução da suspensão condicional da execução da pena, o grande substitutivo penal daquele período, teve cursos bem distintos na Argentina

(15) Zaffaroni, *op. cit.*, v. I, p. 427.

(16) CP 1890: “Art. 59: Se o condenado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quiser pagar dentro de oito dias contados da intimação judicial, será convertida em prisão celular, conforme se liquidar”. O teto de três anos era estabelecido pelo artigo 6º do Decreto nº 1.696, de 15.set.1869, por ser a única referência legal disponível.

e no Brasil, ainda que a fonte inspiradora, a chamada Lei Berenger, fosse a mesma. Enquanto na Argentina, além do projeto de 1906, se registram diversos anteprojetos que a contemplavam, nas primeiras duas décadas do século, bem como leis provinciais que a antecipam, e até mesmo uma proposta de sua incorporação ao programa da União Cívica Radical em sua Convenção Nacional de 1916 ⁽¹⁷⁾, no Brasil o instituto seria introduzido com indiferença e aplicado com desconfiança ⁽¹⁸⁾. Tal distinção se explica pela constatação de que a posição axial da privação de liberdade no sistema penal brasileiro aconteceu com atraso em relação à Argentina, uma vez que o eixo do controle social penal, durante o século XIX, residia nas penas corporais – como

⁽¹⁷⁾ Zaffaroni, *op. cit.*, v. V, p. 436.

⁽¹⁸⁾ “A introdução do *sursis* no Brasil, em 1924, se dá muito mais por efeito da mimesis jurídica que parece ser um legado do colonialismo do que como decorrência de consciente comprovação dos malefícios acarretados pela execução das penas curtas. Já o projeto pioneiro de Esmeraldino Bandeira, de 1906, não passava de assumida tradução da lei Bérenger (de 26.mar.1891), com duas alterações: a primeira, ambiciosa elevação do teto de cabimento do *sursis* para penas até cinco anos (significativa, talvez, de que a problemática das penas curtas, como disse Pado-vani, não passa da ponta de um iceberg); a segunda, perigosíssima restrição ao cabimento do *sursis* para crimes cujas circunstâncias ‘revelarem perversidade ou corrupção do delinquente’ (neste mote positivista à Garofalo, os inconvenientes da pena curta cediam diante de um arbitrário ‘exame criminológico’ do autor). A Exposição de Motivos do projeto que se converteria no decreto n° 16.588, de 6.set.1924, que introduziu o *sursis*, mencionava não apenas que devíamos recortar nosso direito ao figurino dos ‘povos cultos’, dos ‘povos civilizados’, mas sobretudo argumentava em favor do instituto com ‘o aspecto econômico de nossas prisões, onde os presos são alimentados, tratados e vestidos às custas dos cofres públicos’. Por certo, havia uma referência a ‘nosso defeituoso sistema penitenciário’ e aos riscos do ‘contágio na prisão’. O art. 1° do decreto concedia *sursis* a réu condenado até um ano de prisão ‘que não tenha revelado caráter perverso ou corrompido’, e o art. 5° excluía a aplicação para crimes contra a honra e contra ‘a segurança da honra e honestidade das famílias’. (Para a historiografia do *sursis* no Brasil, Hugo Auler, *Suspensão Condicional da Execução da Pena*, Rio, 1957, ed. Forense, pp. 17, ss.) Pelo magistério dos positivistas italianos, a ‘teoria dos substitutivos penais’ havia chegado a nossos livros desde o início do século XX (p. ex., Macedo Soares, *Código Penal*, Rio, 1910, ed. Garnier), mas a ‘profilaxia criminal’ arraigadamente sedimentada em nossos costumes era o espancamento e a morte de suspeitos e acusados. O *sursis* foi recebido com relutância. O Código de Processo Penal do Distrito Federal impôs como nova condição o pagamento das custas do processo (o que foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal). Os tribunais negaram abundantemente *sursis*, para casos tão díspares quanto agressão a um velho, motorista que cometera transgressões disciplinares e estelionato. A cláusula da perversidade ou corrupção ensinava sempre uma decisão voluntarística, desprovida de qualquer paradigma jurídico, na seguinte chave: ‘pouco importa que antes do delito aparentasse bom procedimento (...) no ato do crime revelou as más qualidades que possuía’. Gradualmente, contudo, estabeleceu-se, sob a fórmula de que não se cogitava no *sursis* de um favor e sim de um direito, uma porta para a apreciação objetiva do instituto, com a percepção dos danos que pode evitar e, portanto, com o reconhecimento de sua legitimidade institucional. O aprimoramento técnico que o *sursis* sofreria no Código Penal de 1940 (art. 57, ss.), com a supressão das restrições subjetivas mencionadas, substituídas por uma avaliação judicial acerca da possibilidade de reincidência do beneficiado, contribuiu para uma aplicação dogmáticamente controlável.” (Nilo Batista, “Alternativas à Prisão no Brasil”, in *Punidos e Mal Pagos*, Rio, 1990, ed. Revan, pp. 126-128.)

decorrência do modo de produção escravista interno, subordinado a relações capitalistas internacionais – executadas num contexto de continuidade entre as esferas pública e privada ⁽¹⁹⁾. Cronologicamente, em apenas dois anos o C.P. de 1922 antecipou-se à introdução do *sursis* no Brasil; ainda que ambas as iniciativas se inspirassem no chamado modelo continental, a Argentina explorava mais profundamente suas fronteiras, menos pela inclusão (hoje revogada) da pena de multa, e mais por considerar que o vencimento do prazo de suspensão com observância das condições torna inoperante a própria sentença ⁽²⁰⁾, e não apenas a execução da pena, como no código brasileiro de 1940 ⁽²¹⁾, mesmo após a reforma de 1984.

Intencionalmente omitidas as situações que se inscrevem no “direito da graça” (artigos 59, inc. 2º, 61 e 68), as quais, ao contrário do que se pensava

⁽¹⁹⁾ “Para o modo de produção que prevaleceu no Brasil do século XIX – escravismo interno, subordinado a relações internacionais capitalistas – a privação da liberdade (prisão simples) tinha uma função penal complementar e acessória. O controle social penal se exercia predominantemente através da pena de morte, de penas corporais (açoites) e de medidas que reproduziam a condição social escrava (galés e prisão com trabalho). O escravo que não fosse condenado à morte ou aos galés era necessariamente condenado à pena de açoites e imposição de ferros (art. 60 do Código Criminal do Império), expediente com o qual se preservava sua produtividade em favor do proprietário e se estabelecia uma ligação explícita entre o poder penal público e o privado, já que correspondia ao senhor trazer o escravo ‘com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar’ (art. 60). Na verdade, para a grande maioria da massa escravizada, alocada nas plantações de açúcar do Nordeste ou de café do Sudeste, o senhor não era apenas um órgão que executava, mas freqüentemente o órgão que sentenciava sobre a própria pena. Reverso natural, órgãos públicos se encarregavam de aplicar castigos determinados pelo senhor do escravo; no Calabouço, anexo à Casa de Correção, ‘em troca de módico pagamento, sevia-se o escravo, revestindo-se o castigo de cunho oficial, aplicando-se tantos azorragues quantos os estipulados pelo senhor na guia de recolhimento’ (J. Alípio Goulart, *Da Palmatória ao Patíbulo*, Rio, 1971, ed. Conquista, p. 103). Um Aviso de 1879 recomendava que não se infligissem castigos a escravos na casa de detenção, sem prévio exame médico (Paula Pessoa, *Código Criminal do Império do Brasil*, Rio, 1885, ed. C. Coutinho, p. 140). A palmatória, o grande instrumento disciplinar doméstico, foi contemplado em posturas de Alagoas, Espírito Santo e Goiás, entre outros estados, e o ‘tronco’ não existia apenas nas senzalas, mas também nas cadeias públicas. Quando, portanto, no último quartel do século XIX, tem início a transição para o capitalismo, que levaria à configuração política republicana e federativa, estava em vigor um sistema penal cujo eixo era constituído por penas corporais. Só em 1886 foi abolida a pena de açoites. (...) Por tudo isso, no final do século XIX não tínhamos, no Brasil, uma experiência penitenciária avaliada. Com a República, implantavam-se ao mesmo tempo a ordem burguesa e a pena privativa da liberdade; fábrica e cárcere tardios, porém enlaçados, num processo histórico bem distinto do europeu.” (Nilo Batista, *op. cit.*, pp. 124-125.)

⁽²⁰⁾ Art. 27. **La condenación se tendrá como no pronunciada si, dentro del término para la prescripción de la pena, el condenado no cometiere un nuevo delito.** A redação atual, modificada pela Lei nº 23.057, de 1984, estabeleceu o prazo de 4 anos, não mais o correspondente à prescrição.

⁽²¹⁾ “Terminado o prazo sem incidente desfavorável para o réu a pena extingue-se, mas só a pena, a condenação persiste” (Aníbal Bruno, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1969, ed. Forense, v. II, p. II, p. 187).

no período refletido no C.P., não são hoje versadas pelo ângulo da substituição penal, cremos estar concluído, com todas as limitações e insuficiências de uma visão estrangeira, sem maior convivência com a riquíssima produção dogmática argentina, o inventário das disposições e dos sinais, mais ou menos explícitos, que em 1922 apontaram para alternativas à pena privativa de liberdade. E esse inventário depõe em favor do código aniversariante, em favor da ascética prudência com que recolheu contribuições – até mesmo através da inusual consulta a magistrados e professores – do acervo penalístico e criminológico disponível. Assim, por exemplo, da imponente biblioteca de criminologia clínica, onde Eusebio Gomez listava 1.200 títulos em 1912 ⁽²²⁾, terá o C.P. recolhido um olhar atencioso sobre o réu e o condenado, que refoge aos fetiches caracterológicos então predominantes, quando Ingenieros asseverava que a primeira finalidade do livramento condicional era “proteger o delinqüente contra as tentações delituosas” (ou seja, contra si mesmo, também ele!) ⁽²³⁾ e o decreto de 1906 que regulamentou o patronato prescrevia que o visitador se conduzisse “como bom pai de família”. Temperando a perigosidade do psicologismo criminológico, o C.P. olhou para o réu construindo, nas regras da aplicação da pena, uma pioneira consideração sobre co-culpabilidade, obrigando o juiz a inquirir “especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos” (artigo 41, 2º). Fez mais: obrigou o juiz a ver a face do réu (“deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto”), algo que, em tempos de justiça virtual, um alto tribunal de meu país entendeu irrelevante, quando um acusado reclamou de ter sido interrogado *on line* ⁽²⁴⁾. É uma boa metáfora sobre os rumos da justiça penal, na atual conjuntura, que apenas impulsos eletrônicos liguem o réu a seu juiz. Não perturbemos, contudo, com a evocação das nuvens sombrias que hoje cobrem a atividade dos sistemas penais, a merecida celebração de aniversário do Código Penal argentino de 1922; ao contrário, evoquemos-lhe os festejos. Na véspera de sua vigência, o jornal *La Nación* publicou uma matéria sucinta (grandes matérias haviam sido publicadas nas edições de 21, 23 e 24 de outubro de 1921) porém muito interessante. Um subtítulo (**Los jueces harán la graduacion de penas**) destacava a superação do sistema de individualização tabulada (ressalvada a *contradictio in adjecto* da expressão), vigente desde 1886. Uma passagem da matéria antecipava a unificação de penas privativas de liberdade, porquanto “**infortunadamente esta reforma va a ser ensayada sin que la República**

⁽²²⁾ Rosa del Olmo, *op. cit.*, p. 9.

⁽²³⁾ *Criminologia*, trad. H. de Lemos, S. Paulo, 1924, ed. M. Lobato, p. 204.

⁽²⁴⁾ “Interrogatório feito via sistema conferência em *real time*. Inexistindo a demonstração de prejuízo, o ato reprochado não pode ser anulado, *ex vi* do art. 563 C.P.P.” (STJ, 5ª T., RHC 6.272-SP, rel. Min. Felix Fischer, DO 5.mai.97, p. 17.067).

disponga de estabelecimentos que respondam a tales distingos” (nenhum país latino-americano jamais disporia de estabelecimentos que respondessem ao incessante **distinguo** de seus penalistas). Um juiz criminal, o Dr. **Martinez**, sensibilizado pela obrigação de conhecer *de visu* o acusado, oficiava ao Chefe de Polícia pedindo pontualidade na apresentação dos réus presos ⁽²⁵⁾; provavelmente não teve sucesso.

1. Natureza jurídica da norma constitucional do Art. 98, I. 2. Injeções penais de menor potencial ofensivo. 3. O Princípio da Especialidade Normativa. 4. Conclusão.

1. Natureza jurídica da norma constitucional do art. 98, I

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu em seu art. 98, I, que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criam *tribunais despenais* ... competentes para a conciliação, o julgamento e a execução ... de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas na lei, a transação e o julgamento de recursos por juízes de primeiro grau (grifo nosso).

O código que as normas constitucionais são agrupadas segundo sua eficácia em: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida e; c) normas constitucionais de eficácia limitada.

As primeiras (a) são aquelas de aplicabilidade direta, imediata e integral, independentemente de qualquer norma posterior para sua efetiva operabilidade. São normas que bastam por si, independentemente do legislador infraconstitucional.

As segundas (b) são aquelas que, não obstante terem aplicação direta, imediata e integral, podem ser reduzidas em âmbito pela ação posterior do legislador infraconstitucional.

As terceiras (c) são aquelas que possuem eficácia jurídica, porém não possuem eficácia social, pois dependem, para sua operabilidade plena (totalidade de seus efeitos), da atuação do legislador infraconstitucional para, mediante lei

⁽²⁵⁾ *La Nación*, edição de 28 de abril de 1922, p. 4. Agradeço à Sra. Liliane Magenzain e ao Sr. Kurt - cujo sobrenome a telefonia neoliberal me subtraiu -, do jornal *La Nación*, as gentilezas que me permitiram acessar as edições da época em microfílm.