

## ASPECTOS JURÍDICOS DA MARGINALIDADE SOCIAL (\*)

**Heleno Fragoso**

### *Introdução*

1. O exame dos aspectos jurídicos da marginalidade social tem de ser iniciado estabelecendo-se o seu alcance e significado para delimitar e caracterizar com precisão o objeto de nosso trabalho.

A matéria é objeto de controvérsia e compete aos sociólogos. O esquema apresentado no comentário oficial do tema do congresso mereceu crítica de vários dos participantes, algumas, inclusive, exaltadas, partindo de diversos pressupostos ideológicos. O documento se refere a marginalidade como fenômeno geral em qualquer tipo de sociedade onde exista um mínimo de coerência política e cultural que constitua uma fisionomia social determinada, que se torna o parâmetro para a identificação dos desviantes. Daí ter parecido a Tosca Hernández (*La marginalidad social en el noveno Congreso Internacional de Defensa Social*) que se fez delimitação artificial dos fatos que se assinalam como manifestações da marginalidade social, pela a-historicidade atribuída ao fenômeno que não implicaria, em sua gênese, na conceituação apresentada, a sociedade em que se manifesta.

Evidentemente, a expressão pode ser empregada em diversas acepções. Mestre José Rafael Mendoza (*Sociología descriptiva de la marginalidad de la población indígena y de las áreas periféricas de las ciudades latino-americanas*) afirma que toda sociedade e toda época conhecem homens que se apartam como indivíduos ou como grupos delimitados do que é aceito pela generalidade, do que é tido por correto, formando grupos ou agrupamentos sociais à margem dos benefícios característicos da vida moderna. Leszek Lernell (*Social marginality and Justice*) também assinala que em toda sociedade (à exceção das sociedades homogêneas primitivas) algum fenômeno de marginalidade social sempre aparece. Mas adverte que existem marginalidades sociais institucionalizadas e não institucionalizadas, com diferentes tipologias de marginais.

2. A expressão *marginalidade social* tem sido empregada para caracterizar as pessoas que se situam nos limites ou fora do sistema social aceito pela maioria (Escola de Chicago). São grupos marginais os formados pelas populações pobres na periferia das grandes cidades, como resultado do impressionante fenômeno de urbanização (em conjunto com outros fatores), característico das modernas sociedades industriais<sup>1</sup>. A marginalidade social, no

---

<sup>1</sup> A população urbana do continente passa de 29,5% em 1925 para 51,4% em 1965. Cf. KOWARICK,

entanto, não se limita a certas áreas geográficas. Ela caracteriza as camadas mais baixas da população que precariamente participa na produção de bens e que se situa, por isso mesmo, à margem dos benefícios que a vida moderna proporciona e de seus centros de decisão.

3. Na interpretação do fenômeno há diversas posições ideológicas. De um lado, apresenta-se a marginalidade como disfunção da estrutura social vigente, que seria capaz de incorporar os grupos marginais, se estes adquirissem capacidade de obtenção de bens materiais e culturais e de participação nas decisões.<sup>2</sup> De outro lado, situam-se os que entendem ser a marginalidade inerente ao sistema capitalista, não sendo o resultado de mera disfunção do sistema. Como afirma, por exemplo, Lúcio Kowarick, ela seria o resultado das estruturas societárias de caráter global, as quais trazem em seu âmago um conjunto de contradições, cujas expressões são múltiplas, entre as quais se situa a própria marginalidade social. A participação social que não se realiza, e da qual estão excluídos os marginais, seria, assim, resultante do sistema que a cria, não sendo, pois, para o sistema, necessariamente disfuncional.

4. O debate sociológico situa-se além dos limites deste trabalho. Dando-se à expressão *marginalidade social* seu sentido próprio, trata-se aqui de examinar os aspectos jurídicos que, como problema social e criminológico, apresentam os grupos e os indivíduos marginalizados socialmente. Em sentido mais amplo e figurado, pode-se falar de marginalidade para caracterizar, em determinado contexto social, as situações de exceção, relativamente a outras consideradas gerais e dominantes. A enunciação feita ao final dos comentários oficiais mostra que a marginalidade social vem entendida em sentido amplo, motivo pelo qual, quando oportuno e pertinente, assim também a consideraremos.

### *Marginalidade e delinqüência*

5. Apresentam-se como marginalizados, em face dos valores que inspiram a realização da justiça criminal, os que praticam fatos que a lei define como penalmente ilícitos e que constituem, num momento dado, a *criminalidade aparente*. Como se sabe, a criminalidade desconhecida em conjunto com a criminalidade conhecida, mas não denunciada, são incomparavelmente mais extensas e sérias que a criminalidade aparente.<sup>3</sup> Esta constitui, paradoxalmente, o resultado de um processo de marginalização que realiza, com suas injustiças e desigualdades, o sistema da justiça criminal.

---

Lúcio. *Capitalismo e marginalidade na América Latina*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, p. 128, 1975.

<sup>2</sup> É o modelo DESAL (*Centro para el Desarrollo Económico y Social de América Latina*). Cf. *Marginalidad en América Latina: un ensayo de diagnóstico*. Barcelona, Herder, 1969.

<sup>3</sup> LOPEZ-REY, Manuel. *Crime: Analytical Appraisal*. New York, Washington, Praeger Publishers, p. 99. 1970.

É importante ter presente que a criminalidade não é privilégio de pessoas que integram grupos marginalizados ou que são consideradas *marginais*. A identificação de criminoso e marginal resulta do fato de serem atingidos pela justiça substancialmente os pobres e desfavorecidos, que enchem as prisões e que constituem a *clientela* do sistema. O Direito Penal é, realmente, direito dos pobres, não porque os tutela e protege, mas porque sobre eles, exclusivamente, faz recair a sua força e o seu dramático rigor.<sup>4</sup> A experiência demonstra que as classes sociais mais favorecidas são praticamente imunes à repressão penal, livrando-se com facilidade, em todos os níveis, inclusive pela corrupção. Os habitantes dos bairros pobres é que estão na mira do aparato policial-judiciário repressivo e que, quando colhidos, são virtualmente massacrados pelo sistema. Os que moram nas *favelas* (*villas miserias*) são comumente vítimas de prisões ilegais nas aparatosas operações policiais coletivas realizadas nesses lugares, muitas vezes pelo simples fato de não trazerem consigo documento de identidade ou registro de trabalho. Somente os pobres são presos por *vadiagem* e são eles o alvo preferido da violência policial. Os que cometem ações delituosas no mundo dos negócios (*white collar*) sequer são considerados criminosos.<sup>5</sup> Apenas os marginais estão nos cárceres, porque os ricos se livram deles. A administração da justiça criminal constitui o mais dramático aspecto da desigualdade da justiça, sendo nela puramente formal e inteiramente ilusório o princípio da igualdade de todos perante a lei, dogma dos regimes democráticos. Como diz Maria Los, em sua comunicação ao congresso (*Law and Social relationship*), o direito partilha, com outros mecanismos de controle, a tendência de ser governado por preconceitos e estereótipos socialmente condicionados. Como um dos mecanismos de controle social, o direito também tende a atacar os desvios da norma social que estão mais expostos e, pois, sem defesa.

Constitui o crime fenômeno geral na sociedade, sendo falso identificá-lo com a marginalidade social.

### *Marginalidade e Justiça criminal*

6. Algumas observações devem ser feitas sobre a estrutura e o sistema da Justiça criminal e a atuação do direito punitivo como instrumentos de marginalização.

Em sua comunicação ao congresso, Francisco Muñoz Conde (*Función motivadora de la norma penal y marginalización*) observa que as próprias normas são instrumento de marginalização quando editadas e acionadas por grupos minoritários de pressão manipuladores do poder, quando se encontram

---

<sup>4</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México, Siglo XXI Editores, 1975, p. 25.

<sup>5</sup> SAMENOW, S. E. & YOCHESON, S. *The Criminal Personality*. I. New York, Jason Aronson, 1976, VIII.

em discrepância com a valoração geral prevalente no meio social. Duvidamos que a pena sirva para motivar comportamentos. Em realidade, o Direito Penal tem papel secundário na prevenção do crime, não estando demonstrada a função intimidativa da pena e o seu efeito de prevenção geral. Veja-se a comunicação de Alenka Selih: *Perception of deviance by various groups of population*. O direito punitivo é menos sistema de proteção e tutela de bens e interesses, que procura preservar através da ameaça penal, do que meio de reafirmação de valores. Nesse sentido apenas é possível falar, a nosso ver, em *função motivadora*.

Tem razão, no entanto, Muñoz Conde quando denuncia o abuso do Direito Penal pelos que têm o poder de editar a norma penal e fazê-la cumprir. Isso ocorre não só quando, em nome da moral e dos bons costumes, se atinge o "direito de ser diferente", mas também quando se recorre ao sistema punitivo para proscreever e perseguir a oposição política, marginalizando certos grupos de opinião. Nesse sentido poderíamos falar de um autêntico direito penal terrorista, com a evidente desproporção de penas impostas a crimes políticos e a internação administrativa imposta a adversários políticos.<sup>6</sup>

7. Outro aspecto particularmente importante da marginalização feita pelo próprio sistema da justiça criminal é o da deformação e isolamento que determina o cumprimento das penas privativas da liberdade. Temos aqui o fenômeno da *prisonalização* que resulta da instituição total. Como bem nota Adam Podgorecki (*The Isolated Communities*), a instituição fechada cria o fenômeno da "segunda vida", que consiste na estratificação única operada em relação aos internos, diversa da estratificação que se observa no mundo exterior. A prisão, como instituição total, necessariamente avilta, corrompe e deforma a personalidade, com a criação de mecanismos de adaptação e defesa no meio fechado. Chega a ser paradoxal que a rotina do sistema dirija parte considerável de sua energia à criação de grupos isolados, estigmatizados e explorados, sem ter presente a sua integração na sociedade (Maria Lós). A contribuição de Emílio C. Viano a este congresso destaca vários aspectos interessantes do mesmo fenômeno (*Victim-Exploiter-Environment: an interactional analysis of victimization in the prison setting*).

8. Convém ainda assinalar as distorções a que conduz a administração da justiça, demasiadamente lenta, abstrata e insensível aos problemas humanos e sociais que surgem no processo penal. Na maioria dos casos, ela é exercida através de um corpo judiciário conservador e tradicional, aferrado à

---

<sup>6</sup> É o que ocorre em vários países africanos. Cf. *Bulletin of the International Commission of Jurists*, n. 24, dez. 1965, p. 36 (Gana); *Id., Ib.*, p. 8 (África do Sul); *Id.*, n. 30, julho de 1967, p. 46 (Zanzibar) etc. Poderíamos também mencionar algumas *leis da segurança nacional*, com definições vagas e imprecisas e penas despropositadas.

dogmática jurídica e alheio às realidades sociais que condicionam a criminalidade.<sup>7</sup> Por isso Joachim Schmidt (*Re-Integrational Processes in multicultural societies*) fala em reprojeter nossas instituições, aludindo às funções do juiz nas sociedades multiculturais.

### *Direito Criminal e marginalizados*

9. Sempre constituiu matéria de particular preocupação a criminalidade de certas áreas marginalizadas e a conduta anti-social de mendigos, vagabundos e prostitutas, considerados *marginais*.

Estudos realizados no Brasil e em outros países da América Latina vieram mostrar que os habitantes das *favelas* apresentam a mesma estrutura dos demais grupos de pobres que vivem nas cidades e que não tem justificação científica ou prática o tratamento de tais populações como classe distinta e separada.<sup>8</sup> A marginalidade não se limita por áreas geográficas, sendo, antes, decorrente de processos que afetam as camadas pobres da população.<sup>9</sup> A maioria dos habitantes das *favelas* (onde vivem de 18 a 25 % dos residentes no Rio de Janeiro) é composta de pessoas honestas e humildes, que vivem de seu trabalho.<sup>10</sup>

10. Quanto aos mendigos e vagabundos, que são os marginais *par excellence*, têm eles constituído fenômeno social de todos os tempos e preocupação permanente dos poderes públicos. De longa data, a vagabundagem e a mendicância são consideradas penalmente ilícitas, sendo assim introduzidas no Código Penal francês, de 1810 (*Les vagabonds sont gens sans aveu, sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance et que n'exercent habituellement ni métier, ni profession*). Regulamentos de polícia, desde o século XIV, enumeravam entre os vagabundos diversas e variadas atividades marginais. Pretendia-se inutilmente, através da repressão policial e da pena. criminal, resolver um problema oriundo das próprias estruturas da ordem social dominante.

São conhecidos os termos vagos e indeterminados da *common law* na definição da vadiagem (*vagrancy*) punida no direito antigo com penas corporais, a conscrição para o serviço militar e o transporte a colônias penais. O *Vagrancy Act* de 1824, declarada a mais inconstitucional das leis,<sup>11</sup> tomou possível a perseguição criminal de trabalhadores que recusavam a diminuição de salários<sup>12</sup>. Nos Estados

<sup>7</sup> RICO, José M. & VERSELE, Séverin C. *La criminalité classique et la crise de la justice pénale*. In: *La Criminalité Urbaine*. Denis Szabo (ed.), Les Presses Universitaires de l'Université de Montréal, 1973, p. 155.

<sup>8</sup> LEEDS, Anthony. *The significant variables determining the character of squatter settlements*. *America Latina*, v. 12 (13), p. 49 jul./set. 1949.

<sup>9</sup> KOW ARICK, Lúcio, *Capitalismo e marginalidade na América Latina*, cit, p. 15.

<sup>10</sup> CASTIGLIONE, Theodolindo. *O que revela a criminalidade das favelas*. *Rev. Bras. Crim. Direito Penal*, n. 1, p. 65, 1963.

<sup>11</sup> SERJENT COX'S. *Principles of Punishment*, p. 212, cit. *Kenny's Outlines of Criminal Law (Turner)*. Cambridge University Press, 1958, 'p. 411.

<sup>12</sup> N. ANDERSON, v. "Vagrancy", *Enc. Soe. Sciences*, v. 15, 1951.

Unidos da América, a Corte Suprema já declarou a inconstitucionalidade de lei da Flórida sobre vadiagem, sob fundamento de que seus termos não eram suficientemente explícitos.<sup>13</sup>

A incriminação da vadiagem tem conduzido por toda parte a graves abusos, não só porque se pretende resolver com a justiça punitiva um problema social, mas também porque a polícia não hesita em classificar como *vadios* os pobres ou indesejáveis sem documentos ou em situação considerada suspeita. No Brasil, por exemplo, constitui a vadiagem contravenção penal inafiançável, definida como “entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho”. Só pode essa contravenção ser praticada pelos pobres. A pena é de prisão, de 15 dias a 3 meses. No ano de 1973, os presos por vadiagem constituíam 12,9% da população carcerária nos estabelecimentos penais do Rio de Janeiro.

11. A ciência penal deste século ocupou-se dessa espécie de marginais na perspectiva da definição de um *estado perigoso* pré-delinqüencial e das medidas de segurança detentivas para imputáveis.

A antiga União Internacional de Direito Criminal, por inspiração de Von Liszt, em vários de seus congressos e assembléias ocupou-se do assunto, propondo medidas de defesa social para não-delinqüentes considerados perigosos<sup>14</sup>. As medidas reclamadas incluíam a internação curativa ou ressocializadora, conceitualmente distinta da pena criminal.

Cumpriu-se o ciclo histórico e encerrou-se, a nosso ver, a experiência de leis supostamente preventivas, fundadas numa periculosidade *ante delictum* ou no caráter anti-social da conduta, independentemente da prática de delitos. O mesmo pode-se dizer das medidas de segurança detentivas para imputáveis julgados perigosos, a serem cumpridas após a pena privativa da liberdade (sistema do duplo binário).

12. Costuma-se mencionar, como exemplo das leis a que aludimos, a *ley de vagos y maleantes* espanhola, de 1933. Diversas leis deste tipo vigoram ou vigoraram na América Latina, com resultados quase sempre negativos e sempre extremamente perigosos para o direito de liberdade do cidadão.

O que impressiona nessas leis é, de um lado, a imprecisão com que se definem os *vagos*, e, de outro, a imposição de confinamento (que, em certos

---

<sup>13</sup> Cf. DUBIN-ROBINSON. The vagrancy concept reconsidered, p. 37. New York Univ. Law Review 102, 1962; SERRY E. Vagrants, Rogues and Vagabonds, old concepts in need of revision. 48 Calif. L. Review 557, 1960; ROSENTHAL, H. L. Constitutional Law: vagrancy laws - a fourteenth amendment violation. Washburn Law J., 1972. 12/1, 82.

<sup>14</sup> Vejam-se, por bem características, as propostas de V. LISZT na Assembléia-Geral de Bruxelas (1910): *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischehen Vereinigung*, 17 Bd., Heft 2, Berlim, 1910, p. 495.

casos, pode ir até 5 anos) através de autoridades policiais ou administrativas. A lei peruana (de 1924) esclarece que os declarados *vagos* não têm direito a *habeas corpus*.<sup>15</sup>

Os equívocos e as impropriedades técnicas dessas leis, bem como os perigos da filosofia que as inspira, têm sido denunciados de longa data pelos juristas do continente<sup>16</sup>. Sua constitucionalidade, na maioria dos casos, é mais que duvidosa.

13 . O problema social que constituem os vagabundos e os mendigos não se resolve com o direito punitivo, como demonstra a experiência secular. Eles constituem um *débito* social; são pessoas a quem a sociedade deve alguma coisa, que não pode ser o internamento punitivo (mesmo que tenha o nome de medida de reeducação ou ressocialização). Em relação a estas pessoas, mais do que a quaisquer outras, surge aquele direito à socialização de que fala *Filippo Gramatica (L' inserimento social)*, como fenômeno semelhante ao direito a ser educado, instruído, curado e preparado para o trabalho.

Certas espécies de condutas previstas nas leis de *vagos y maleantes* podem constituir infrações penais (rufianismo, proxenetismo, etc.) submetidas, para julgamento, ao devido processo legal. Outras, que defluem especificamente do processo social da marginalização, dificilmente poderão ser resolvidas com a estrutura social de pobreza e miséria que prevalece nesta parte do mundo, onde poucos muito ricos convivem com a imensa maioria de muito pobres.<sup>17</sup> Parece claro, no entanto, que o Direito Penal nada tem a fazer aqui, competindo a ação social a outras agências ou órgãos do Estado. Nesse sentido é extremamente importante a experiência de alguns países socialistas no sentido de participação direta do público e de agências sociais na ação educativa e preventiva. Veja-se a contribuição de Oldrich Suchy (*Le rôle des organisations sociales dans le processus de redressement et de la ré-integration sociale des individus déviants en Tchecoslovaquie*). No sentido da insuficiência ou insignificância da sanção penal, pronuncia-se Jean Michaud (*Les marginaux devant les juridictions pénales*).

14. Convém registrar, de passagem, a falência do sistema das medidas de segurança detentivas para imputáveis, e, muito particularmente, do sistema do duplo binário. Este penetrou nas legislações no período entre as duas grandes guerras, e teve a missão histórica de preservar a simetria do sistema

---

<sup>15</sup> O autor agradece os preciosos subsídios recebidos de seus colegas ALI LASSER (Venezuela), DOMINGO GARCIA RADA (Peru), ENRIQUE CURY (Chile), ENRIQUE RAMOS MEJIA (Argentina), JOSÉ ENRIQUE SILVA (EI Salvador), JORGE E. GUTIERREZ ANZOLA (Colômbia) e MANUEL DURÁN P. (Bolívia).

<sup>16</sup> Veja-se, por bem representativo, a todos os títulos, o antigo trabalho de SEBASTIÁN SOLER: *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1928.

<sup>17</sup> Veja-se a comunicação ao congresso de MARIA A. JIMENEZ DE M. e EMPERATRIZ ARREAZA C.. DE M.: *Las dos caras de la defensa social*; CEPAL. *La distribución dei ingreso en América Latina*, 1970, p. 638.

punitivo, mantendo-se o caráter retributivo da sanção penal. É hoje insustentável, não só porque toda internação compulsória (qualquer que seja o seu nome) é sempre *castigo*, mas também porque ninguém mais duvida que a pena deve ser cumprida como a medida de segurança, visando sempre que possível, à ressocialização do delinqüente.

### *Menores desajustados*

15. O problema dos menores desajustados e abandonados é demasiadamente árduo e difícil. Ao se instituírem os Tribunais de Menores, na segunda metade do século passado, pretendia-se submetê-las a disciplina coercitiva inteiramente diversa da que as leis previam para os adultos, numa autêntica revolução. No direito antigo, como se sabe, os menores eram submetidos ao Direito Penal dos adultos, excluindo-se a responsabilidade dos de tenra idade (por presunção absoluta de inexistência de malícia), e atenuando-se a pena no caso dos que já haviam entrado na puberdade. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, no início do século passado, eram ainda executados os menores que haviam cometido certos crimes, na faixa de 8 a 14 anos de idade.

Com os Tribunais de Menores, o procedimento judiciário, em tese, não se institui *contra*, mas a favor do jovem delinqüente, de tal 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.

Teoricamente, o autor de fato que constitui crime é então considerado uma criança ou um jovem com problemas, diante dos quais a sociedade se protege através do tratamento ou da reabilitação. Mesmo a punição, quando necessária, é concebida em termos de pena medicinal. O Estado se apresenta como a última instância de parentesco e se põe no lugar dos pais (*in loco parentis*).

A realização dessa filosofia generosa não tem dado os resultados que se pretendia alcançar. E daí os esforços, de tantos no sentido de ampliar o caráter assistencial da ação judiciária através de outros órgãos.

O Estado se substitui aos parentes como *ultima ratio*, como derradeira instância de intimidação, de coerção, de repressão e de punição. O conflito se estabelece, então, em termos ainda mais dramáticos.

Em primeiro lugar, porque é instrumento demasiadamente tosco e brutal, para intervir em situações delicadas de carência e crise, agravando comumente os problemas que pretende resolver. Em segundo lugar, porque o mecanismo policial-judiciário está inteiramente desaparelhado, não contando com a



estrutura médico-assistencial e tutelar indispensável. Em terceiro lugar, porque as medidas institucionais que prevê para os casos mais graves (internação correcional), estão postas em cheque e se acham em crise, como soluções de tratamento e repressão penal, como demonstra o quadro complexo e difícil da delinqüência de adultos.

Os menores que a lei chama de abandonados, e que percorrem etapa que antecede à delinqüência, constituem sobretudo grave problema social, que dificilmente se resolve com medidas assistenciais e paternalistas, e que está ligado à estrutura social vigente.

Quem é o responsável pelo abandono? Quem são os abandonados?

Quem é o responsável pelo abandono no caso de famílias numerosas, que vivem na miséria, quando os pais ganham salário-mínimo (ou estão em estado de subemprego), não tendo o mínimo necessário à própria sobrevivência?

No Brasil, segundo dados obtidos por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, existem 15 milhões de menores abandonados ou em, estado de carência. No Rio de Janeiro, mais de 50% das infrações penais praticadas por menores são crimes contra o patrimônio. Este dado é praticamente universal. Veja-se a comunicação de Paul C. Friday e Gerald Hage: *Youth crime in post-industrial societies: an integrated perspective*. A estrutura policial judiciária é demasiadamente formal, impessoal e objetiva, e não pode funcionar adequadamente sem uma retaguarda médico-assistencial eficaz; sem centros de recolhimento de menores, centros de observação e triagem, institutos médico-psicológicos para os que apresentem graves desvios da personalidade, sem estabelecimentos de terapêutica social. Tudo isso demanda verbas vultosas, que dependem de um sistema institucionalizado de obtenção de fundos. Para ampla informação sobre o sistema em vigor na Venezuela, pode ver-se a comunicação de Suave Vivas de Serfaty: *Menores en situación irregular*.

Finalmente, projetam-se sobre as soluções de internamento para os jovens delinqüentes os graves problemas que hoje constituem a crise das prisões.

O internamento correcional é sempre sentido pelo menor como *pena*.. Ele constitui o último recurso judicial no caso de jovens delinqüentes perigosos.

Os princípios que inspiraram o surgimento dos Tribunais de Menores foram estendidos aos jovens adultos delinqüentes e hoje dominam a penologia da criminalidade dos adultos. Os jovens delinqüentes, a final, são encarcerados como os adultos, surgindo aqui os problemas revelados pela

sociologia e a psicologia da comunidade prisional nos últimos tempos.

São, pois, complexas e difíceis as questões que envolvem a delinquência juvenil como problema social. Não podem os juristas isoladamente resolvê-las, por melhores que sejam suas intenções e por mais brilhante que seja a sua imaginação criadora.

16. O sistema de educação coativa obrigatória de menores, mesmo que não houvessem praticado crime algum, proposto de longa data por alguns pioneiros<sup>18</sup>, contempla-se hoje com reservas, após larga experiência.

Em que medida pode ser transferido dos Tribunais de Menores a outras autoridades ligadas ao bem-estar do menor, o poder para impor sanções e outras medidas coercitivas (como, por exemplo, o internamento, a perda ou a suspensão do pátrio poder)? Em alguns lugares, essa transferência se operou. É o caso dos países escandinavos e de várias unidades da Federação nos Estados Unidos (Califórnia, Wisconsin, Minnesota, etc.), que atribuem às *Child Welfare Authorities* os poderes de disposição quanto aos menores infratores e desajustados. A questão é delicada, porque põe em jogo direitos, e pois a transferência de poderes jurisdicionais a autoridades administrativas. O que caracteriza o Tribunal de Menores, como agência do Estado, é, precisamente, o seu poder de ameaçar e controlar.<sup>19</sup>

A fracassada experiência das autoridades administrativas nas Juntas de Livramento Condicional, decidindo sobre a terminação da pena indeterminada, nos Estados Unidos, mostra bem o perigo de retirar-se do juiz a decisão sobre medidas que restringem a liberdade.

### *Enfermidades mentais*

17. Somente nos últimos tempos, têm-se preocupado os juristas com a dramática realidade do regime prisional imposto aos doentes mentais. Aos hospitais psiquiátricos está recolhida enorme massa de pessoas socialmente marginalizadas (doentes mentais, neuróticos, oligofrênicos, alcoólatras, etc.), aos quais não se reconhece direito algum. Elas são oprimidas pela instituição total que “cria e mantém um tipo particular de tensão entre o mundo habitual e o institucional, empregando essa tensão como instrumento estratégico para manejar os homens”.<sup>20</sup>

Como afirmam Ruben Hernández Serrano, e seus colegas, em sua

---

<sup>18</sup> VON LISZT. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. 1871-1904. Bd. v. I, p. 451.

<sup>19</sup> TAFF. *Criminology*. New York, Macmillan, 1961, p. 638.

<sup>20</sup> GOFFMAN, E. *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*. New York, Doubleday, 1961, p. 15.

comunicação ao congresso (*Analisis preliminar de la casuística de los anos 1973/75*), não é possível estabelecer, em linhas gerais, uma relação de causa e efeito entre a enfermidade mental e o delito. A grande maioria dos enfermos mentais se conduz conservando os padrões de conduta que não violam as leis, apesar de seus transtornos específicos. A internação, comumente, envolve uma discriminação contra os pobres, a pretexto de ciência em matéria de doença mental, tendo-se em vista os termos vagos do poder arbitrário exercido pelos diretores dos hospitais. É o que observa, em sua comunicação, Tashio Sawanobori (*Discrimination on the pretext of science*).

São muitos os casos que revelam estar o tratamento psiquiátrico tão mal organizado, como o regime penal <sup>21</sup>, surgindo os hospitais como instituições em que os doentes se tornam mais doentes e os sãos de mente se tornam alienados<sup>22</sup>.

Sustenta-se, hoje, a necessidade de abolir ou controlar a hospitalização involuntária, dando-se aos pacientes dos hospitais psiquiátricos os mesmos direitos e privilégios que possuem os internos nas demais instituições hospitalares. Importante, nesse sentido, foi a decisão proferida pelo tribunal federal de Alabama no caso *Wyatt v. Stickney*. O tribunal proclamou o direito dos internos a serem submetidos a tratamento efetivo, não podendo apenas ficar confinados.<sup>23</sup>

Pelas garantias que estabelece, parece-nos de interesse o que dispõe o art. 482 do Código Civil argentino:

*El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer, que, usando de ella, se dane a si mismo o dane o otros. Na podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial.*

*Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicas o toxicómanas pudieren danar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previa dictamen del médico oficial.*

---

<sup>21</sup> LOPEZ-REY, Manuel. *Crime: an analytical appraisal*, cit., p. 236; MORRIS, Pauline. *Put away, a sociological study of institutions for the mentally retarded*, 1969.

<sup>22</sup> ENNIS, B. J. *Prisoners of Psychiatry. Mental patients, psychiatrists and the law*. New York, Harcourt Brace Jovanovich, p. 138, 1972. Na França, algumas organizações têm-se destacado na luta pelos direitos dos internos e pela transformação do sistema (*GIA-Groupe Information Asiles; Gardes Fous-C.L.H. - Comité de lutte des handicapés* e a *AERLIP - Mouvement de travailleurs de la santé mentale*).

<sup>23</sup> Cf. *Wyatt v. Slickney and the right of civilly committed mental patients to adequate treatment*. In: *Harvard Law Review*, 86/7, p. 1.282, 1973.

*A pedida de las personas enumeradas en el artículo 144 (esposo o esposa, parientes, Ministério de Menores, consul) el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectadas de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicas y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de la indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos.*

### *Marginalidade da mulher*

18. A chamada marginalidade da mulher constitui fenômeno cultural que decorre da posição de inferioridade e subordinação imposta às pessoas do sexo feminino na sociedade. Ela transparece em diversas disposições da legislação civil e penal vigente em vários países, sendo bem assinalada por Helena Fierro Herrera, na duas comunicações que apresentou ao congresso (*La marginalidad de la mujer e Delincuencia femenina y maternidad*).

Numerosas leis, em diversos países, nos últimos tempos, têm evoluído no sentido de assegurar à mulher igualdade de direitos, na vida civil, e, sobretudo na família, em consonância com o papel que ela desempenha na vida moderna. Dessa maior participação em vários setores da vida social decorre, sem dúvida, o aumento da criminalidade feminina, que, embora não seja fenômeno universal, se observa em muitos países. A matéria foi objeto de análise e debate no V Congresso da ONU sobre prevenção do crime e tratamento de delinqüente, realizado no ano passado em Genebra.<sup>24</sup>

19. Fala-se também de marginalidade da mulher, aludindo à prostituição feminina, que se deve a fatores de ordem social e econômica e à posição desvantajosa e inferior que a mulher ocupa na sociedade. Não parece que mereçam atenção especial os recentes protestos e reivindicações de prostitutas, reclamando tratamento menos injusto e discriminatório. Veja-se, a respeito, a comunicação de M. Sacotte, *Prostitution et marginalité*.

### *Minorias étnicas e culturais*

---

<sup>24</sup> Cf. FRAGOSO, Heleno. *Changes in forms and dimensions of criminality - transnational and national, no volume Fifth United Nations Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders*, UN, Nova York, 1976, p. 17.

20. Os altos índices de criminalidade apresentados por certos grupos étnicos parece estar vinculado a um conjunto de fatores de ordem social. Nesse sentido existem numerosos estudos e ampla literatura.

Alfonso Serrano Gómez, em sua comunicação ao congresso (*Raza y delito*), estudando os ciganos e os *quinquis*, reproduz a opinião generalizada, observando que nesses grupos é superior a cifra dos que não delinqüem e que vivem de seu trabalho. Referindo-se aos negros e às pessoas de classe baixa, na perspectiva dos crimes violentos, Robert Staples, em seu trabalho (*Race and family violence: the internal colonialism perspective*), também assinala que não há razão para supor que tais grupos sejam mais propensos à violência do que os componentes da classe média ou da população branca. Os problemas aqui são todos de natureza social ou cultural.

Uma legislação severa, aplicada com rigor, pode contribuir para aliviar os conflitos e tensões oriundas das diferenças de raça e de cor, como se pôde ver nos Estados Unidos, por uma série de decisões importantes da Suprema Corte. É interessante mencionar que no Brasil constitui contravenção penal a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor, como a recusa de serviços ou de trabalho.

21 . Problemas graves têm surgido com a identificação de grupos étnicos no interior das prisões, o que pode conduzir a situações explosivas, como ocorreu em Attica.<sup>25</sup>

22. Com referência à marginalidade das populações indígenas do continente, particular atenção deve ser dada ao excelente trabalho do Prof. José Rafael Mendoza, que já mencionamos (*Sociología descriptiva de la marginalidad de la población indígena y de las areas periféricas de las ciudades latino-americanas*). Os indígenas têm sido vítimas de antigos e recentes processos sistemáticos de genocídio e de desrespeito aos princípios de sua cultura. Como afirma o Dr. Mendoza, "o índio não está identificado com a civilização do branco, mas possui uma característica social própria, que pode se transformar, não mediante a *sujeição*, nem por meio de denominada *proteção*, com leis, decretos, publicações de beneficência, igualdade de direitos e outras medidas que, em lugar de *proteção*, encobrem uma .exploração real, senão pela educação".

Do ponto de vista civil e administrativo existe, em muitos países, ampla legislação, tendente, pelo menos no plano teórico, à proteção das comunidades indígenas e de seus membros. Do ponto de vista criminal, a questão jurídica mais importante é a que se relaciona com a responsabilidade penal. Na

---

<sup>25</sup> Cf.. a respeito, DENFELD, D. & HOPKINS, A. *Racial-Ethnic identification in Prison: right on from the inside. Int. J. of Crim. Pen.*, p. 355, 1975-3.

maioria dos Códigos Penais, não há regra expressa a respeito, entendendo-se que do indígena se pode dizer que apresenta *desenvolvimento mental incompleto*, se revela sua inadaptação do meio civilizado. Por este caminho se exclui ou se atenua a imputabilidade, segundo os princípios gerais.

Nem sempre a questão estará bem posta pelo prisma da imputabilidade. Imputabilidade é capacidade de culpa, vale dizer, capacidade de governar à própria conduta, segundo as exigências do ordenamento jurídico. Parece-nos terem razão os que afirmam não haver fundamento válido para formular, como princípio geral, o da inimputabilidade do indígena. Escrevendo em relação ao índio boliviano, diz Manuel Durán:

*El indio en general posee la capacidad suficiente para darse cuenta de sus actos y está dotado del sentido ético necesario para apreciar aquellos inmorales o prohibidos y para abstenerse de ejecutarlos. vive de acuerdo con normas morales que vienen de sus antepasados y es casi seguro que si alguien se dedicase a hacer un estudio comparativo de la moralidad media de la población que habita en las ciudades con la de los indios, llegaría a la conclusión sorprendente de que en esa comparación resulta favorecido el elemento autóctono. Lo prueba el hecho fácilmente comprobable de que la criminalidad del indio es reducida, si se considera que tiene menos posibilidades que el blanco para eludir la acción de la justicia, por su desamparo económico y social.*<sup>26</sup>

Trata-se de atribuir relevância jurídica ao déficit social dos silvícolas, enquanto estranhos e alheios ao nosso estilo de civilização.

Por tais razões, seda indubitavelmente mais correto estabelecer expressamente a inimputabilidade do silvícola inadaptado. Aqui, com grande clareza, revela-se muito bem o caráter valorativo do juízo de imputabilidade, que compete ao julgador, na análise da capacidade de culpa.

Intervindo na reunião que realizou no México a Comissão Re-datora do Código Penal Tipo para a América Latina, em outubro de 1965, o saudoso Prof. Carrancá y Trujillo, observava: *"Realmente no veo por qué se ponga en el banquillo constantemente como faltos de desarrollo mental completo a los*

---

<sup>26</sup> DURAN, Manuel. *El indio ante el Derecho Penal*. In: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asúa*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964. p. 556.

*indígenas", pois "pueden tener un desarrollo mucho más completo que otras razas".<sup>27</sup>*

O Código Penal peruano (art. 90) permite que o juiz, tendo em conta o desenvolvimento mental dos indígenas, seu grau de cultura e seus costumes, aplique prudencialmente a sanção penal, substituindo a pena por internação em colônia agrícola, por tempo indeterminado. Isto corresponde, como se sabe, virtualmente, a uma pena.

A problemática social dos indígenas não é uniforme nos vários países da América Latina, apresentando-se, ao contrário, com notáveis diferenças.

### *Contestação e dissidência*

22. Uma última breve referência deve ser feita a este tópico, incluído nos comentários oficiais da temática do congresso. Já aludimos ao direito penal terrorista que marginaliza e isola a dissidência política. As ditaduras militares deste Continente têm abusado da punição institucionalizada nas normas penais de forma alarmante, no círculo vicioso que resulta das profundas crises institucionais. Diante da grave criminalidade política que surge, a punição se exacerba. Contemplamos, com pesar, o reaparecimento da pena de morte em vários países, como se não bastasse o assassinio praticado covardemente pelos órgãos de repressão, os seqüestros, o confinamento indefinido e a tortura de presos políticos, num desrespeito aos mais elementares direitos humanos.

-----  
\* Relatório oficial do IX Congresso Internacional de Defesa Social (Caracas, agosto de 1976); artigo publicado na obra "Direito Penal e Direitos Humanos", ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 1-17.

---

<sup>27</sup> Código Penal Tipo para Latino-América. México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1967, p. 191.