

O DIREITO PENAL COMPARADO NA AMÉRICA LATINA (*)

Heleno Cláudio Fragoso

I

1. O direito estrangeiro tem exercido enorme influência na América Latina. Desde que conquistaram sua independência, no século passado, as antigas colônias da América hispânica e portuguesa, voltaram-se para os países do velho mundo, incorporando os modelos legislativos de maior prestígio. No caso dos países de língua espanhola, a influência da antiga metrópole constituiu fenômeno impressionante.

2. O CP espanhol de 1822 (que vigorou apenas em breve período liberal) serviu de modelo ao código salvadorenho, de 1826, e ao boliviano de 1834. O código espanhol de 1848 inspirou diretamente o código salvadorenho, de 1859, o venezuelano, de 1863, e, na sua versão de 1850, os códigos peruano, de 1863 e o chileno, de 1874. O código espanhol de 1870 foi a base dos códigos do México, de 1871, da Nicarágua, de 1879 e de 1891; de El Salvador de 1871 e de 1904; de Honduras, de 1898 e de 1906, e da Guatemala, de 1936.

O CP de 1870 vigorou também em Cuba e em Porto Rico, enquanto estiveram sob domínio da Espanha, até o final do século. O código cubano, de 1936, inspira-se no espanhol, de 1928.

3. O código espanhol mais importante desse período foi o de 1848, que se inspira, como diz RODRIGUEZ DEVESA, no ecletismo francês então dominante, por influência de PELLEGRINO ROSSI: o direito penal se funda na justiça e tem seu limite na utilidade¹. Embora esteja presente a influência do modelo napoleônico, não há dúvida de que o código das Duas Sicílias (1819) e, principal. mente, o código brasileiro de 1830 estão entre suas fontes mais evidentes. BARBERO SANTOS afirma que a estrutura do código de 1848, sua pedra angular, grande parte de seu conteúdo e inclusive a formulação literal dos preceitos, passam aos códigos que o sucederam, e chega até mesmo ao código na atualidade vigente.²

4. Revelando a influência do direito comparado, MANUEL SEIJAS LOZANO, autor do projeto de que resultou o código de 1848, esclareceu: "Lo primero que hice es estudiar ad hoc la legislación penal de todos los países europeos y de otros pueblos que tambien se han adelantado". Do código brasileiro de 1830, afirmou SEIJAS: "Considerada su parte artística es una cosa perfecta; considerada su redacción, es el colmo de la precisión y claridad, y, considerada la penalidad, su exatitud es gradual, es geométrica"³.

¹ RODRIGUEZ DEVESA (J.M.), Derecho Penal Español, Parte General, Madri, 1976, 90.

² BARBERO SANTOS (M.) Política y Derecho penal en Espana, Madri, Tucur, 197, 23. Cf. também ANTON ONECA (J.) Derecho Penal, Parte General, Madri, 1949, 61, e QUINTANO RIPOLLÉS (A.), Curso de Derecho Penal, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, I, 109 ("Se inaugura con él la estructura que han de tener ya los códigos posteriores, que hasta el vigente, y con la sola excepción del dictatorial de 1928, pueden ser considerados meras refunciones suyas").

³ ANTON ONECA (J.), El Código Penal de 1848 y D. Joaquim Francisco Pacheco, Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, Madri, 1965, 482.

PACHECO, chamado na Espanha, então, o penalista do século, e que certamente exerceu grande influência no CP de 1848, escreveu a obra mais importante sobre a legislação penal espanhola do século passado, "El Código Penal Concordado y Comentado", de que se fizeram seis edições. Na introdução dessa obra ele revela a sua preocupação comparatista ao dizer que nela, "la primera idea, es la de las concordancias", porque nada é tão útil, nada é tão fecundo como semelhante confrontação; porque nada serve como esta para ensinar, para explicar e julgar⁴. A comparação (que o autor chamava de "concordancias"), é feita com os códigos romanos, anteriores a todas as legislações; com o Fuero Juzgo princípio da legislação espanhola; o Fuero Real, as Partidas e a Recopilación que estiveram em vigor até o advento do código; o CP de 1822; o CP francês ("modelo de todos los del dia"); o austríaco (1852) e o napolitano (1819), "reglas de pueblos que se parecen a nosotros", e o do Brasil, "cuyo metodo ha servido de norma para el que acaba de publicarse".

5. O código brasileiro de 1830, que tão grande influência exerceu sobre o espanhol de 1848 (e, por esta via, sobre numerosos códigos da América Latina), foi verdadeiramente uma legislação notável. Esteve em vigor até o advento do, primeiro CP republicano, em 1890. Inspirou-se, ele também, no utilitarismo e na doutrina de ROSSI, cuja obra foi extensamente divulgada no Brasil, tendo como fontes mais próximas o código napoleônico e o napolitano, bem como o projeto de LIVINGSTON para a Lousiana, de 1824.⁵ Tecnicamente o código brasileiro era superior a todos os outros de sua época. Nele aparece claramente adotado o sistema do dias-multa para a pena patrimonial (art. 55), conhecido como oriundo do direito escandinavo e idealizado por THYRÉN, em seu projeto de 1916. Previa nosso código a reparação do dano ex-delicto no próprio juízo criminal e incorporou o sistema da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa, que se afirma ter sido introduzido pela lei belga, de 1831. Em diversas passagens há, no código, soluções originais, sem imitação servil de qualquer de seus modelos.

6. A legislação italiana influenciou, igualmente, numerosos códigos penais da América Latina. O CP italiano de 1889 (Zanardelli) foi a fonte imediata do código panamenho de 1922, do uruguaio de 1889 e dos códigos venezuelanos, de 1897 e de 1926. O código Rocco (1930) influi decisivamente no código uruguaio, de 1933, e no código brasileiro, de 1940. No Brasil, os autores italianos costumam ser invocados como intérpretes autorizados de nossa lei.

7. O projeto Tejedor (1865-1867), que vigorou como lei em numerosas províncias argentinas, até o advento do código de 1886 (onde perdurou a sua influência), baseou-se no código bávaro que, como diz SOLER, "transcreve com a maior freqüência, e a cujo comentário oficial se reporta". São também invocados o código espanhol e a legislação espanhola e as fontes romanas⁶. O mesmo projeto Tejedor transformou-se no CP paraguaio, de 1871⁷.

⁴ PACHECO (J. F.), El Código Penal Concordado y Comentado, Madrid, 1867, LXII.

⁵ MUELLER (Gerhard O.W.), Crime, Law and the Scholars, Londres, Heinemann, 1969, 25. LIVINGSTON foi considerado o BENTHAM americano.

⁶ SOLER (S.), Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, TEA, 1971, 112. O projeto argentino de 1891 sofreu influência do código Zanardelli.

⁷ O código paraguaio, de 1910, volta a receber grande influência da legislação espanhola.

O código argentino de 1922, em vigor, inspira-se no projeto de 1891 (e, portanto, no código Zanardelli), e no CP holandês⁸. Por seu turno, o novo código argentino influi no da Costa Rica, de 1941 (juntamente com a legislação espanhola).

8. Os códigos penais do Haiti (835) e da República Dominicana (884), reproduzem o CP francês servilmente. O CP do Equador, de 1872 inspira-se no código belga, influência que se mantém no código de 1938. A falta de originalidade da legislação equatoriana é reconhecida⁹.

9. A Escola Positiva, que dominou, amplamente, as cátedras na América Latina desde o início do século até a década de 1940, influenciou (através do projeto FERRI, 1921) os códigos penais da Colômbia, de 1925 e 1936, e o CP de Cuba, de 1936, refletindo-se também no código mexicano, de 1929.

10. O CP de Porto Rico, de 1902, teve por base o código da Califórnia, de 1873, que reproduz, inclusive com expressões da própria língua original.

11. Os códigos mais recentes filiam-se à tendência político-criminal, cuja mais perfeita expressão legislativa é a adoção do sistema do duplo-binário, que penetrou nas legislações no período entre as duas grandes guerras. É o caso do CP peruano, de 1924, do CP uruguaio, de 1933, do código argentino, de 1922, do brasileiro, de 1941, em vigor, e dos de Costa Rica de 1941 e 1970, este último grandemente influenciado pelo CP Tipo para a América Latina. Na mesma linha estão o CP de El Salvador, de 1973, e o boliviano, da mesma data.

12. O CP Tipo para a América Latina constituiu generosa inspiração do Instituto de Ciencias Penales, de Santiago do Chile, em 1963, e após imenso trabalho, no curso de vários anos, não conduziu a resultados satisfatórios. O sistema de trabalho adotado, com a busca de soluções legislativas com critérios democráticos, em grandes assembleias heterogêneas, sem qualquer base criminológica, tinha que conduzir a fórmulas de compromisso inadequadas, que geralmente se inspiram na doutrina italiana e germânica que hoje domina a ciência do direito penal nesta parte do mundo. Concluída apenas a Parte Geral, nela não se encontram soluções inovadoras para os grandes problemas do direito penal de nosso tempo¹⁰.

13. Entre os projetos mais significativos, estão o de SEBASTIAN SOLER, de 1961, feito para a Argentina, apresentado também na Guatemala; o projeto HUNGRIA feito para o Brasil, em 1963, que conduziu ao CP de 1969, que certamente não entrará em vigor; o projeto argentino de 1974 (apenas a Parte Geral); o colombiano, de 1976 e o equatoriano, de 1974. Alguns desses projetos apresentam considerável aprimoramento técnico no que se refere ao fato punível e à teoria da lei penal, deixando na sombra, no entanto, a difícil problemática das conseqüências jurídicas do delito, como tem sido próprio da ciência penal latino-americana.

⁸ JIMENEZ DE ASÚA (L.), Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Losada, 1950, 826.

⁹ RENGEL (J.H.), Anteproyecto de CP Ecuatoriano, Quito, Editorial Casa de la Cultura, 1974, 9.

¹⁰ Cf. Código Penal Tipo Para Latinoamérica, Parte General, Materiales publicados bajo la dirección del prof. FRANCISCO GRISOLIA, Editorial Jurídica de Chile, 1963. Veja-se também VERIN (J.), Le projet de Code Pénal modèle pour l'Amérique Latine, Revue Se. Crim. Droit Pénal Comparé, 1973, 857, e JESCHECK (H.H.), Strafen und Massregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika im Vergleich mit dem deutschen Recht, Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin, Gruyter, 1972.

11. A doutrina do direito penal alcançou na América Latina altos níveis de perfeição técnica, inspirada na obra dos autores italianos e alemães de maior prestígio. A influência positivista, a que aludimos, praticamente desapareceu, a partir da obra excepcional de SEBASTIAN SOLER (cuja primeira edição é de 1940), na Argentina, e de COSTA E SILVA e NELSON HUNGRIA no Brasil. Além desses mestres, e de outros, que a eles se seguiram, que conheciam, no original, a obra dos autores estrangeiros, muitos outros tiveram acesso a ela através de excelentes traduções de importantes penalistas italianos e alemães. Entre estas últimas, devemos mencionar a tradução pioneira feita para o português do Tratado de VON LISZT, por JOSÉ HIGINO, em 1899 (da 7.^a edição alemã) e a tradução espanhola da mesma obra feita por SALDANA e JIMENEZ DE ASÚA da 18.^a e 20.^a edições alemãs. Em data mais recente, tivemos a excelente tradução do Tratado, de MEZGER, feita em 1955, por RODRIGUEZ MUNOZ; a tradução do Tratado, de MAURACH, feita por CORDOBA RODA, em 1962, e a tradução do Tratado de WELZEL, feita por JUAN BUSTOS e SERGIO YANES. Essas obras tiveram em toda a América Latina, larga divulgação e influência.

II

15. Cumpre avaliar a experiência legislativa de inspiração estrangeira na América Latina, em face da formação, relativamente recente, de uma clara consciência das características próprias das nações latinoamericanas, de sua realidade criminológica e das exigências que daí defluem, como integrantes do Terceiro Mundo.

16. A enorme influência, na América Latina, de modelos legislativos espanhóis, particularmente no século passado, está provavelmente ligada ao fenômeno da dominação colonial. O colonizado forma, através do colonizador, os seus modelos culturais¹¹.

Como diz GARCIA GARZA, a combinação de dependência e superposição cultural deu como resultado que o conceito mesmo de modernidade se fizesse sinônimo de europeu e ocidental¹².

A América Latina vive hoje um processo de acentuação de sua própria identidade, que lentamente se desenvolveu a partir da segunda grande guerra, com a formação da consciência de seus próprios problemas econômicos e sociais e o desafio do desenvolvimento, em face da dependência e da dominação que sofre da economia internacional. É larga a distância que separa os países industrializados das regiões em vias de desenvolvimento, e ela parece ampliar-se cada vez mais¹³.

17. Com mais de 300 milhões de habitantes, dos quais somente 30% constituem a população ativa, a América Latina apresenta taxas de natalidade duas vezes superiores às dos países desenvolvidos. Em alguns países há importantes grupos de população indígena. Em 1976, a população de menos de 15 anos representava cerca de

¹¹ MEMMI (Albert), *Portrait du Colonisé précédé du portrait du Colonisateur*, Paris, Éditions Buchet-Chastel, 1957, 104. STEIN (S. e B.) *Herança colonial da América Latina*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976, *Passim*.

¹² GARCIA GARZA (Rafael), *La marginalidad en Latinoamérica*, Tese apresentada ao IX Congresso Internacional de Defesa Social • (Caracas 1976).

¹³ HERRERA (Felipe), *América Latina, Experiências e Desafios*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1977, 179.

42% do total. Em razão da tecnologia que utiliza, uma terça parte da população ativa latinoamericana ainda continua ocupada em atividades consideradas "primitivas"¹⁴. É característico o baixo nível de vida e a distribuição desigual da riqueza: poucos muito ricos convivem com a imensa maioria de muito pobres¹⁵. Grupos consideráveis são inteiramente excluídos dos benefícios do desenvolvimento¹⁶, apresentando-se em condições inadequadas de trabalho ou de subemprego. Grande parte das populações urbanas vive em favelas e vilas misérias em condições sub-humanas. No plano político são comuns as ditaduras militares instituídas por golpes de Estado, retirando à minoria que faz as leis qualquer representatividade e legitimidade democrática.

A criminalidade aumenta, condicionada pelo processo de marginalização social, e provavelmente continuará aumentando. Nos grandes centros urbanos, como é o caso do Rio de Janeiro, a criminalidade violenta contra o patrimônio começa a atingir níveis intoleráveis¹⁷. Os homicídios de marginais realizados pelo Esquadrão da Morte, nas cidades da baixada fluminense, apesar de seu número espantoso¹⁸, constitui violência que não abala o sistema. O mesmo se diga dos assassinatos políticos praticados pelo sindicato do crime do nordeste do Brasil. No entanto, o roubo à mão armada realizado nas residências dos milionários da zona sul da cidade, é considerado grave e intolerável.

O mecanismo policial-judiciário não funciona, apresentando-se como sistema opressivo, desigual e injusto. As investigações realizadas pela polícia são comumente viciadas pela violência ou pela corrupção atuando seletivamente sobre os pobres e marginalizados. A justiça é demasiadamente lenta e surpreendentemente ineficaz¹⁹. O sistema penitenciário, na maioria de nossos países, caracteriza-se pela superpopulação em estabelecimentos antigos e inadequados, onde prevalece a ociosidade e a violência. A quantidade de presos aguardando julgamento é elevadíssima. Em 1974, em reunião celebrada em San José, Costa Rica, peritos em matéria penitenciária provenientes de vários países da América Latina informaram que a proporção de presos aguardando julgamento era de 63 a 73%²⁰. As taxas de reincidência são elevadas.

III

18. A legislação penal da América Latina, fortemente repressiva, reflete a crise generalizada com que hoje se defronta o direito penal e a inadequação às realidades nacionais. O fenômeno da criminalidade, nesta parte do mundo, está intimamente

¹⁴ FURTADO (Celso), *A Economia Latinoamericana*, São Paulo, Editora Nacional, 1976, 93.

¹⁵ Cf. CARDONA ARMANDO, *Empleo, desempleo, marginalidad, distribución del ingreso en America Latina*, Caracas, CENDES, Univ. Central de Venezuela, 1971. Em El Salvador, por exemplo, 57% da terra é propriedade de apenas 1,9% da população, ao passo que 21,9% estão distribuídos entre 91,4% dos habitantes. Cf. *The Review International Commission of Jurists* n.º 20 (1978), 10. Sobre a situação econômica em geral, cf. GALEANO (E.), *As veias abertas da América Latina*, Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1978.

¹⁶ FURTADO (Celso). *Ob. cit.* (nota 14), 97.

¹⁷ LOPEZ REY (M.) *Some analytical considerations on criminology and criminal justice*, *Kriminologischen Aktualität*, 1965, 16. O crime é fenômeno característico de toda sociedade e a grande tarefa está em mantê-lo em limites toleráveis.

¹⁸ SOUZA (Percival de), *Mil Mortes*, *Jornalivro* n.º 5 (1973).

¹⁹ Vejam-se os dados impressionantes apresentados por GIRALDO MARIN na Exposição de Motivos do Proyecto de Código Penal Colombiano, Bogotá, Ministério de Justicia, 1976, XII. Veja-se também o estudo feito pela Ordem dos Advogados do Brasil sobre os delitos de trânsito (que constituem no Rio de Janeiro cerca de 30% do total dos processos penais), "Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão", *Rev. Direito Penal*, n.º 7/8 (1972).

²⁰ VER SELE (S.C.), *La planification de la défense sociale dans les pays en voie de développement*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1975, 31. Ver também RICO (J.M.), *Crimen y Justicia en América Latina*. Mexico, Siglo XXI, 1978, 286. Na cidade de Belém do Pará, na região amazônica, existem hoje 120 presos condenados, e 460 aguardando julgamento. Em La Paz, Bolívia, existem hoje 755 presos preventivamente e apenas 41 condenados.

relacionado com as condições de uma estrutura social opressiva, profundamente injusta e desigual. O legislador ingenuamente pretende resolver com o instrumental punitivo problemas sociais, como se pode exemplificar tão bem com as leis de **vagos y maleantes** introduzidas, com resultados desastrosos, em vários países, por inspiração da lei espanhola de 1933. Com essas leis pretende-se reprimir a periculosidade pré-delitual através da aplicação de medidas privativas da liberdade (que, em alguns casos, podem ir até cinco anos), por autoridades policiais ou administrativas. Ainda aqui os países da América Latina recolheram as propostas da antiga União Internacional de Direito Criminal, que, por inspiração de VON LISZT, em vários congressos e reuniões cogitou de medidas de defesa social para não delinquentes considerados perigosos²¹. Ante o crescimento da criminalidade, recorre-se inutilmente à cominação de penas mais elevadas, chegando-se a um autêntico terrorismo punitivo, como é o caso da lei de segurança nacional brasileira (que reintroduziu as penas de morte e de prisão perpétua).

A lei nos livros não está de acordo com o direito em ação. A pluralidade das penas privativas da liberdade ficou no papel. As medidas de segurança detentivas para imputáveis (salvo uma ou outra experiência negativa), não foram executadas por falta de estabelecimento adequado. As disposições fortemente repressivas da lei muitas vezes sofreram temperamentos, apesar da mentalidade em geral conservadora e reacionária do corpo judiciário, muitas vezes insensível aos problemas humanos e aferrado à dogmática jurídica²².

O ensino do direito, como em geral é realizado, limita-se à dogmática jurídica e não proporciona formação profissional nem desenvolve espírito crítico relativamente à realidade social de nossos países e às condições dramáticas em que se realiza a justiça criminal. Cumpre-se, assim, com fidelidade, a sua função eminentemente conservadora, relativamente à manutenção e consolidação da estrutura social vigente, como é próprio, em geral, do sistema da educação²³.

O sistema do duplo-binário, que caracteriza os códigos penais da atualidade não funciona, servindo apenas para dar à estrutura repressiva uma falsa simetria lógica em contraste com a realidade. As medidas de segurança detentivas para imputáveis constituem pena, qualquer que seja o rótulo com que se apresentem. Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal, qualquer que seja a sua gravidade, com o que se reduz o papel que o direito penal deve desempenhar no controle da criminalidade.

Está demonstrado que é impossível alcançar a recuperação social do delinqüente através das penas privativas da liberdade, reduzidas hoje a ultima ratio do sistema.

Sofre o direito penal de nosso tempo o impacto provocado pela criminologia da reação social, que, submetendo o próprio sistema repressivo à análise,

²¹ Vejam-se as propostas de VON LISZT na Assembléia Geral de Bruxelas (1910); Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, 17 Bd. Heft 2, Berlim, 1910, 495.

²² Cf. RICO (J.M.) - VERSELE (S.C), La criminalité classique et la crise de la justice pénale, in La Criminalité Urbaine, SZABO (D.), ed, Les Presses de l'Université de Montreal, 1973, 155.

²³ BARATTA (Alessandro), Marginalidad Social y Justicia, relatório apresentado ao IX Congresso Internacional de Defesa Social (Caracas, 1976)

revelou a sua função ideológica que consiste em produzir e divulgar uma representação ilusória, e as dramáticas discrepâncias entre as aparências e as realidades. Parece claro que a crise da justiça criminal está em função de uma crise geral da política²⁴ e que o direito penal tem de ser entendido como parte da política social do Estado.

IV

20. O direito penal da América Latina bem ilustra os perigos da investigação comparada, para os quais nos advertia JESCHECK²⁵. Confirma também as certas observações de nosso relator geral HANS SCHULTZ no trabalho apresentado a este conclave²⁶, quando alude ao apelo de VON LISZT no sentido de uma ciência geral do direito penal referida também ao direito comparado. Nenhum trabalho válido será possível sem ter presente a realidade criminológica e o contexto econômico, social e cultural, bem como a experiência do direito em ação no estrangeiro, no sentido que lhe dava ROSCOE POUND, e, como lembra do prof. SCHULTZ, do direito vivo, de EHRLICH.

A simples cópia de modelos legislativos não é direito comparado. Trata-se realmente de buscar, como ensinava VON LISZT, algo novo e independente das disposições legais comparadas, como solução aos problemas jurídicos que se apresentam.

Uma exata compreensão e realização do método comparado em sua exata perspectiva constituirá, sem dúvida, elemento importante no quadro do direito penal em crise de nosso tempo. E permitirá que nesta parte do mundo tenhamos uma visão mais nítida e mais completa de nossos graves problemas.

(*) Relatório apresentado ao colóquio realizado pelo Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, em outubro de 1978; publicado na *Revista de Direito Penal*, n.º 24, ed. Forense, Rio de Janeiro, jan.dez./1977, 1979, p. 17-25.

²⁴ VERSELE (S.C.), ob. cit. (nota 20), 20.

²⁵ JESCHECK (H.H.), Sviluppo, compiti e metodi della comparazione di diritto penale, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1965, 307.

²⁶ SCHULTZ (Hans). Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung.