

INOVAÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL: UMA DELICADA SOLUÇÃO NO COMBATE AO DELITO

WILLIAN DE OLIVEIRA TERRA

Promotor de Justiça de São Paulo. Doutorando
da Universidade Complutense de Madrid

As mudanças sociais ocorridas ao final deste século colocam em destaque a questão de qual deve ser o papel do Direito Penal e das instituições destinadas à aplicação da justiça criminal ante comportamentos humanos inéditos para a normativa tradicional. A “especialização do delito” é um fenômeno hodierno e mundial, e a maioria dos países se depara com uma criminalidade cada vez mais aprimorada em técnica e composição. Alguns acontecimentos legislativos ocorridos recentemente na Europa e no Brasil evidenciam que o Estado (leia-se o Direito Penal) ocupa uma posição fundamental e delicada nessa problemática própria da sociedade moderna.

A Espanha, por exemplo, acaba de aprovar duas leis que são fruto de uma pressão social em relação ao Estado no sentido de oferecer respostas alternativas ao combate da criminalidade: a primeira é a “Lei de Proteção a Testemunhas e Peritos em Causas Criminais”, a segunda é a nova Lei que institui o Tribunal do Juri e que traz consigo disposições sobre a Prisão Preventiva. Com “Lei de Proteção” a Espanha segue a orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹ no sentido de oferecer meios legais de proteção àqueles que colaboram com a justiça no esclarecimento de crimes.

1. Resolução 827/93 de 25.5.93, do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

No Brasil, surgiu a Lei 9.034 de 3.5.95, que dispõe sobre “a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

Analisando em conjunto a lei brasileira referente ao “crime organizado” e a espanhola relacionada aos mecanismos de defesa daqueles que atuam como agentes de justiça e colaboradores da instrução penal, observamos alguns aspectos relevantes e de necessária reflexão.

É necessário mencionar que o nascimento da “Lei de Proteção” está relacionada a fatores especiais próprios da sociedade espanhola atual. A Espanha passa por um período conturbado muito parecido com a situação vivida pela Itália nos últimos anos. Uma escalada da corrupção política e econômica imprime um maior destaque na intervenção da justiça através do Poder Judiciário e do Ministério Público. Promotores e Juízes tomam a frente no combate à criminalidade que cada vez mais se mostra elaborada e aperfeiçoada; e constatam que a situação atual favorece a intensificação da violência em seus diferentes níveis, desde a violência político-econômica até fenômenos como o terrorismo (nos últimos sessenta dias ocorreram três grandes atentados à bomba em Madrid contra autoridades políticas e policiais que fomentaram a discussão de quais seriam os meios mais adequados para combater as formas organizadas de criminalidade e suas

ramificações, bem como proteger as pessoas envolvidas em processos políticos ou investigatórios contra tais grupos).

O caso brasileiro, é bem verdade, apresenta uma problemática de características distintas mas de mesmo fundo: a definição do papel do Estado no combate a esse novo tipo de criminalidade que hoje apresenta uma face mais complexa e organizada, e o estabelecimento de qual deve ser sua resposta em termos de garantias gerais (proteção daqueles que colaboram com a justiça/respeito à liberdade individual). A exposição de motivos da "Lei de Proteção" espanhola invoca a necessidade de oferecer meios de produção probatória sem riscos pessoais para testemunhas e funcionários da justiça, colocando também em destaque a preocupação de que tal proteção não vulnere os princípios básicos do processo penal. Menciona especificamente o cuidado na elaboração de uma lei que não rompa com o equilíbrio entre o direito a um processo com todas as garantias e a tutela estatal de direitos fundamentais inerentes às testemunhas, funcionários e seus familiares.

De uma maneira subliminar as inovações legislativas referidas favorecem a reedição de uma antiga questão debatida pela doutrina: Qual o sentido e o limite da intervenção estatal nos âmbitos de liberdade social dos homens?² E propõe uma indagação conseqüente superior: Qual é a responsabilidade do Estado e o papel da doutrina na definição das concepções jurídicas plasmadas em lei?

A pergunta sobre a legitimação do poder estatal e seus limites segue ainda viva, perdurando mesmo com toda a evolução do Direito Penal e do Direito Constitucional, desde o absolutismo até

hoje, revelando que existe sobre o tema uma debilidade teórica e um perigo de reflexos práticos sensíveis como o surgimento de leis imprecisas.

A sociedade moderna vive um constante paradoxo na proteção de seus bens jurídicos fundamentais. Se nos é permitido dar um nome a tal concepção, trata-se de um verdadeiro "dilema instrumental": O Direito Penal tem a característica de servir — simultaneamente — para combater o delito e para limitar o poder de intervenção estatal. Protege, ao indivíduo de uma repressão ilimitada do Estado, mas igualmente protege a sociedade e seus membros dos abusos individuais. Estes dois componentes — o correspondente ao Estado de Direito protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social preservador do interesse comum inclusive com o sacrifício das liberdades individuais — se levados ao nível de uma abstração conceitual apresenta uma natureza antinômica, que produz uma série de conseqüências importantes.

E quem queira fundir estes dois polos, como requer a harmonia de todas as coisas, para a criação de uma "política criminal" satisfatória, representada em última instância por leis penais, deve possuir a força de integração de tendências opostas e renunciar à execução linear de um único princípio conceitual. O legislador, em especial, deve renunciar à tentação de unilateralidade, e cuidar em emitir preceitos que prestigiem essas duas faces de uma só realidade (homem e sociedade). Isso se materializa também, em um Estado de Direito, num máximo esmero em explicitar seus comandos legais.

É certo que os preceitos penais em geral tocam o indivíduo em três pontos distintos: ameaçando, impondo e executando penas. As clássicas teorias justificadoras do *ius puniendi* demonstram isso. Ao cominar as penas o Estado cumpre um papel de prevenção geral

2. Tal questão é objeto de análise pela moderna doutrina alemã, destacando-se os estudos de Claus Roxin (dentre eles: "*Strafrechtliche Grundlagenprobleme*" — *Problemas Básicos de Direito Penal, Alemanha*).

representado pela ameaça impessoal da norma. A sentença restabelece o Direito lesionado pelo reconhecimento da culpabilidade do autor, compensada pela retribuição de um mal jurídico denominado pena. E a execução cumpre um objetivo preventivo especial, propugnado pela correção e ressocialização daquele que se desviou da norma.

A Lei 9.034/95, com a devida venia, parece pretensiosa quando justifica sua existência na “prevenção geral” de ações praticadas por organizações criminosas. Tampouco (ousamos pressagiar) não alcançará os fins de prevenção especial que pretende. A prevenção geral, tal e qual a imaginou Anselm v. Feuerbach em princípios do século XIX, tem fundamento na idéia da criação de efeitos intimidatórios sobre o coletivo. Costuma ser invocada com maior insistência justamente em momentos de ascensão da curva delitiva.

Porém, para a criação de um temor reverencial à norma é premissa a existência de um componente psíquico indeclinável: a consciência em cada homem do que pode ou não fazer o Estado, de até onde poderá chegar o Poder Público. Sem isso, o sentido preventivo geral se esvazia porque não contém uma mensagem clara de advertência. A simples leitura da lei em tela revela sua precariedade indutiva. O homem sabe que de certa forma é um objeto nas mãos do Estado e que é castigado não somente em consideração a si mesmo, mas em consideração a outros, que devem se omitir em cometer faltas. Tal instrumentalização do homem, tantas vezes criticada por Kant,³ é hoje uma realidade. “Leis para a prevenção de crimes” são um ineludível exemplo disso. E se sua existência é tida por muitos como uma incontornável necessidade hodierna, outro caminho não resta a não

ser dotá-las de um mínimo de coerência e fundamentação teórica. Isso é uma tarefa a ser cumprida pela doutrina e acatada pelo Estado.

O primeiro passo nessa trajetória intimidatória geral e especial costuma ser a elevação e agravação de penas e seu cumprimento.

Todavia, existe um outro aspecto importante: o campo de atuação do Estado não se esgota aí, pois ele normatiza também os “meios instrumentais de identificação” do delito e de seu autor. O centro de gravidade da questão se desloca, então, para um campo visual mais amplo que parece estar ganhando uma importância estelar no final deste século: a “universalização do delito e do delinqüente”, e a criação de mecanismos gerais de combate ao crime e de uma dogmática penal de caráter internacional e global.

Fatores como as novas formas de criminalidade (principalmente a econômica e organizada) potencializam a tomada de decisões legislativas generalizantes e altamente vulnerantes tanto para o delinqüente quanto para aqueles que atuam na persecução criminal. A Lei 9.034/95 é prova disso. Não é necessário dizer o quanto necessitamos de meios mais eficientes para combater o delito. A finalidade higiênica de tal lei representa um clamor coletivo ante uma criminalidade cada vez mais aprimorada. Mas, como dissemos acima, para que na seara penal uma lei cumpra sua bifrontal função (proteção da coletividade/garantia individual), deve pelo menos ser clara e cuidadosa.

Uma lei vaga de conceitos, imprecisa em seus limites, equivocada na escolha de seus instrumentos de consecução põe de manifesto que a *potestad* legislativa não é um cheque em branco nas mãos do Estado. Qualquer lei desta natureza deve cumprir alguns fins especiais:

a) Partir da idéia de que (como paradoxalmente afirmava Franz von Lizst) a

3. Kant, in *Metaphysik der Sitten*, § 49 E 1, *Studienausgabe*, p. 453.

lei penal é “a Carta Magna do delinquente”, protegendo não somente a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se volta. Esta é a parte fundamental do edifício de qualquer lei de combate ao crime.

b) Seguindo esse caminhar seguro, todos aqueles dispositivos limitadores de direitos fundamentais (justificados pela indiscutível conveniência de “adequação das liberdades públicas”) devem contar com uma clara descrição, e não atribuir de maneira resumida meios probatórios aos agentes de justiça que muitas vezes não são tomados em conta nas fases ulteriores dos procedimentos penais, em geral por argumentos (algumas vezes falsos) de que não são legítimos.

c) A introdução de novas “concepções jurídicas” deve possuir uma mínima definição legal. A Lei 9.034/95 não oferece meios para definir minimamente o que devemos entender por “organização criminosa” (expressão que decerto não se funde nem se esgota no restrito conceito de “quadrilha ou bando”), não explica o que é uma “ação controlada” (art. 1.º, II), sequer explicita os procedimentos de limitação dos direitos e garantias constitucionais (art. 1.º, III, e todo o Capítulo II) etc... O legislador parece ignorar que o chamado “crime organizado” comporta um sério e amplo tratamento doutrinário que não se encaixa no limitado espectro traçado pelos sintéticos treze artigos de dita Lei.⁴

4. A criminalidade organizada envolve, v.g., um comportamento doloso específico, com uma estrutura própria (chamada pela doutrina alemã de “*Organisationsbewusstsein*”) representada pela consciência de atuação coletiva, e com organização mínima (Nesse sentido: G. Stogel, *Strafgesetzbuch*, 8.ª ed., p. 386; K. Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 10.ª ed., München, p. 398). Assim a Lei deveria ao menos descrever o elemento subjetivo daqueles a quem endereça seus preceitos. Sobre o tema: Manzini, *Tratatto P.*, T.VI, p. 183; Maggiore, *Diritto Penale*, II, p. 363;

Por fim, e não menos grave, entendemos imperdoável a desatenção do legislador para com as instituições envolvidas no tema legal. É de mediana compreensão que o Direito brasileiro adota uma estrutura jurisdicional, em sentido amplo, distinta de países como Espanha e Itália. Neste último, por exemplo, a carreira da magistratura é única, abarcando tanto Juízes como Promotores de Justiça. Tais profissionais podem transitar de uma função para outra, e embora sob a denominação de magistrados ocupam e desempenham funções distintas. Uns investigam e produzem as provas que sustentarão a acusação, outros exercem a verdadeira jurisdição, admitindo a acusação e pronunciando sentença. Tal sistema corporativo, por seu caráter híbrido em funções mas único em organismo, é criticado inclusive naquele país peninsular, pois favorece o transbordamento de fins e o comprometimento pessoal.

A própria Espanha padece do mal de possuir certos resquícios inquisitivos na atuação do magistrado. Alguns juízes chegam a influenciar a instrução, ainda que não proclamem decisões. Juristas espanhóis de renome manifestam seu inconformismo, e defendem a necessidade da existência de um Ministério Público mais forte e autêntico. É sabido que nos chegam notícias que no sistema italiano os “magistrados” cumprem com brilhantismo uma tarefa de investigação contra o crime organizado. Mas não se pode deixar de advertir: são Promotores de Justiça atuando corajosamente em seu especial mister acusatório, exercido com competência e independência suficientes. Esquecer tal definição é incorrer em erros gravíssimos como o publicado pela Lei 9.034/95, que notoriamente atribui ao “juiz” poderes de diligência

Monteleone, *Natura e limite dell'associazione a delinquere*; Boscarelli, in *L'associazione per delinquere*, p. 1034; Palatano, *L'associazione per delinquere*, Itália, p. 79 e ss.

investigatória, além de organização técnica dos atos de polícia (art. 3.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º). É inconcebível a mistura de funções provocada pela lei em questão, atribuindo ao Poder Judiciário atividades constitucionalmente afetas e reservadas a membros do Ministério Público. Insistimos: tal esquizofrenia não favorece em absoluto à consecução dos fins perseguidos pela lei.

Finalmente, resta aguardar que os reclamos e o trabalho da doutrina propiciem uma atuação mais prudente por parte do legislador, ainda que esta seja bastante severa. É evidente que uma lei penal de tal estirpe necessita possuir uma dureza diamantina, mas que nunca se esqueça: essa nobre e indeclinável natureza deve ser esmeradamente lapidada para que obtenha seu valor máximo.