

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.3

EMERGÊNCIA E DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

SERGIO MOCCIA

1. Na configuração que assumiu no atual momento histórico, o sistema penal parece caracterizado, seja na atividade legislativa seja na prática, judiciária, por um *habitus* de tipo emergencial com suas origens no passado, ressurgido recentemente em relação à “luta” contra graves e difusas formas de criminalidade (organizada, de colarinho branco ou de fundo racial), que não pode deixar de despertar preocupação em relação à defesa dos direitos do indivíduo. A intervenção penal conheceu uma extensão a setores considerados tradicionalmente *ex lege* – criminalidade da camada político-administrativa e empresarial, também de altíssimo nível – e uma exacerbação motivada pela necessidade de enfrentar a preocupante difusão da criminalidade organizada.

A crise de legalidade e de legitimidade atingiu vastos setores do sistema, deixando emergir também a absoluta ineficiência das estruturas institucionais para garantir aqueles controles político-administrativos que teriam podido ser úteis para prevenir as degenerações criminais da gestão da coisa pública.¹ Disso derivou uma superexposição da magistratura, que atribuiu a si mesma, dentro dessa situação, novas tarefas e maiores

poderes. Todavia, na medida em que tal superexposição torna-se concreta também no comprometimento das garantias individuais, a própria magistratura fica envolvida na crise de legalidade e de legitimidade que assume, assim, dimensões, no mínimo, preocupantes.

O risco, portanto, concerne sobretudo às garantias individuais que, como limites postos para defesa do homem contra os abusos estatais, representam a expressão mais significativa daquele longo e atormentado processo evolutivo que caracterizou o desenvolvimento da civilização jurídica contemporânea.² Não é admissível, portanto, que numa estrutura ordenamental de democracia avançada se adotem, ainda que com a finalidade de remediar gravíssimas perturbações do complexo socioestatal, remédios normativos e práticas jurisprudenciais que acabam por fazer com que a estrutura ordenamental deslize na direção de preocupantes formas de arbítrio que têm sempre caracterizado os momentos mais difíceis para os direitos do indivíduo.

⁽¹⁾ Sobre o tema, cf. para todos Caferra, *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 1992, passim, espec. p. 97 *et seq.*

⁽²⁾ Veja a propósito as belas páginas de Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 1979, p. 5 *et seq.* Para uma apreciável reconstrução do debate atual em torno da definição, âmbito e funções das garantias, cf. o volume coletânea *Le ragioni del garantismo*, org. de L. Gian Formaggio, Torino, 1993, passim.

A consideração das intervenções legislativas predispostas com o objetivo de enfrentar fenômenos criminosos novos (criminalidade de fundo racial e contra interesses difusos), pelo menos nas dimensões (criminalidade organizada), evidencia as formas nas quais se exprime a atual involução do sistema penal, que envolve sob o perfil técnico, essencialmente o princípio da legalidade, antes de mais nada no que diz respeito à determinação dos casos particulares incriminadores, bem como os da materialidade e da ofensividade; do ponto de vista político-criminal, aquelas intervenções assumem, ao contrário, características quase paradigmáticas da legislação simbólica.

A exigência segundo a qual uma condenação deve fundar-se sobre fatos reais e não sobre suspeitas e/ou presunções é sustentável somente em relação a normas que do ponto de vista do conteúdo, do objeto da proibição, representem condutas orientadas à realização de eventos e não “excentricidades” socioantropológicas ou, pior ainda, meras violações formais, distantes da realidade.

A passagem decidida do legislador a um globalizante, onívoro, direito penal, exprime a marca mais evidente da crise, tão grave quanto pouco notada, de uma cultura *iuspenalista* da legalidade, formal e dos conteúdos; e, francamente, não pode deixar de despertar preocupação o fato de que, nesse contexto, é encontrável um estranho comportamento, bastante difuso, da doutrina que parece não perceber como essa cultura vai-se perdendo.³

As leis penais já se tornaram, muito freqüentemente, simples “regras escritas”, de conteúdo casual: elas, porém, estão ligadas, ou em todo o caso é possível também que estejam, a uma severa punição, sem que, todavia, do conteúdo da proibição surja uma fundada justificação para aquele tratamento sancionador. E isso torna completamente improvável uma coerente reconstrução em termos dogmático-sistemáticos dos novos “produtos” normativos.⁴

O mesmo vale também, como veremos mais adiante, para aquelas hipóteses *premiais* emergenciais, que podemos definir *extra ordinem*. De fato, os esforços conceituais para definir, por exemplo, os limites da desistência ou arrependimento eficaz da tentativa – ponte de ouro, retorno à legalidade e assim por diante – perdem significado se se difunde a “regra” com base na qual qualquer *post factum* a ser avaliado positivamente, talvez prevalentemente, senão exclusivamente, em termos de utilidade processual, pode favorecer até a não punibilidade.

Este é o indício, talvez o mais evidente, de como perder-se a própria dogmática, não entendida, repetimos, no pior sentido de mero exercício tecnicista, mas como estratificação dos resultados de uma tradição secular de civilização; e com ela acaba por dissolver-se uma parte não secundária das garantias. Assim como, quando nos seus procedimentos de abstração e generalização das disposições legislativas – justamente os “dogmas” –, o *jus penalista* encontra-se

⁽³⁾ Para uma rigorosa e exemplar perspectiva histórica, vide as fundamentais e estimulantes contribuições de Sbriccoli, *Il diritto penale sociali*, 1883-1892, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1974-1975, p. 557 *et seq.*; *Id.*, *Il diritto penale liberale*. La “Rivista penale” di Luigi Luchini, 1874-1900, *ibid.*, 16, 1987, p. 105 *et seq.*; *Id.*, *La penalistica*

civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, org. A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, p. 147 *et seq.*

⁽⁴⁾ Permita-se aqui remeter ao nosso L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni 90, *Dei delitti e delle pene*, 1- 1998, p. 91 *et seq.*

diante de “produtos” normativos que, freqüentemente, nas suas carências formais e substanciais, no seu íntimo aspecto contraditório, na pouca harmonização com outras disposições, tornam impossível a própria enucleação de conceitos de tipo dogmático-sistemáticos.

É significativo a esse propósito que já se comece a perguntar,⁵ retoricamente — espera-se —, se o direito penal adequado a “novas” exigências de intervenção tem ainda necessidade de uma parte geral: esta última, não por acaso, deve ser considerada a expressão mais significativa e densa de valor civil da elaboração dogmático-sistemática.

2. A normativa em matéria de discriminação racial se põe, de um ponto de vista formal e de um ponto de vista substancial, numa linha de absoluta continuidade com a emergência que, ao menos em relação a determinados setores da experiência jurídico-penal, sempre caracterizou o nosso ordenamento. No plano da técnica de normatização, tem-se o hábito de remeter em cadeia a outras leis que, contrariamente ao respeito das regras elementares de certeza, torna extremamente complexa a reconstrução do ditado normativo, com os usuais corolários da carência de conhecimento e aplicabilidade.⁶ Mas também a estrutura interna da lei resulta inadequada seja em relação à formulação do texto das normas individuais, seja em relação à própria conformação do articulado: basta pensar na estrutura do art. 1.º da Lei, que vai dos números 1 a 1 *sexies*, lá onde o número 1 reformula o art. 3.º da Lei 654, de 13.10.1975, e se subdivide, por sua vez, em três parágrafos.

No plano das hipóteses fáticas, a normativa se apresenta, antes de mais nada, com a previsão da ritual, enésima figura associativa (art. 3.º, § 3.º, da Lei 354, de 13.10.1975, modificado pelo art. 1.º da Lei 205/93),⁷ que, além de apresentar todos os problemas de certeza, capacidade ofensiva, materialidade e individualização de responsabilidades pessoais, típicas deste tipo de incriminações,⁸ se caracteriza, na normativa *ante-naziskin* para a extensão da repressão em relação a “movimentos” e “grupos” sem a necessária estabilidade organizativa; portanto, acaba-se por criminalizar o mero acordo, com uma antecipação exasperada do início da intervenção penal, derogando, injustificadamente a norma geral de que trata o art. 115 do CP em matéria de instigação e acordo.

Mas o aspecto caracterizante da normativa é dado, a nosso ver, pela previsão de diversas hipóteses fáticas de opinião que enriquecem o patrimônio já considerável, que nos foi deixado como herança pelo legislador fascista: essas hipóteses, longe de poderem resolver os problemas, correm o risco de reforçar o fenômeno, a partir do momento em que a punição por amostra — a única que uma normativa deste gênero é capaz de assegurar — termina por vitimizar o autor, incrementando o consenso em torno do fenômeno que se pretendia combater.

Na verdade, é sob o perfil das opções em matéria de normas incriminadoras⁹ que esta lei consegue, a nosso ver, combinar de modo exemplar à queda de garantias uma previsível ineficácia.

(5) Paliero, *L'autunno del patriarca*, cit., p. 1.242-1.243.

(6) Cf. sobre este ponto Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, *Crit. dir.* 1994, p. 16.

(7) Cf. sobre este tema G. A. de Francesco, *Commento all'art. 1.º de Lei 26.04.1993, Legisl. pen.* 1994, p. 188 *et seq.*

(8) V. *infra*.

(9) Cf. a propósito G. A. de Francesco, *Commento all'art. 1.º de Lei 26.04.1993*, n. 122, cit., p. 177.

O primeiro tipo evidenciado é o previsto pelo art. 3.º, § 1.º, letra *a*, primeira parte, da Lei 654/75, modificado pelo art. 1.º da Lei 205/93 e é relativo à conduta de difusão “de qualquer modo de idéias fundadas sobre a superioridade ou sobre o ódio racial e étnico”, punida com a reclusão de até três anos. Aqui, além dos perfis de compatibilidade com o art. 21 da Constituição, que estabelece a liberdade de opinião, emergem evidentes problemas de determinação, ligados seja à definição do conceito de difusão de idéias que é tornada ainda mais vaga pelo acréscimo de “qualquer modo”, seja à definição do conteúdo das idéias. Tais problemas não dizem respeito, indubitavelmente, ao ódio racial, mas seguramente à idéia de “superioridade” que, juntamente à previsão da modalidade absolutamente livre de execução – de qualquer modo –, corre o risco de submeter à sanção penal qualquer expressão de pensamento, ocorra em qualquer parte e de qualquer forma que contenha juízos críticos antropológica e culturalmente valoráveis.¹⁰

À mesma pena são submetidas também, com clara violação de regras elementares de razoabilidade, outras duas condutas punidas pelo art. 3.º, § 1.º, letra *a*, segunda proposição, da Lei 654/75, modificado pelo art. 1.º da Lei 205/93, que apresentam um diferente maior desvalor do que aquela precedentemente citada: trata-se de uma conduta que instiga “cometer atos de discriminação” e de uma conduta que execute esses mesmos atos, ambas sustentadas, sob o perfil da motivação, por objetivo de ordem racial, étnico, nacional ou religioso. Deve ser aqui evidenciado que a conduta instigadora, ou melhor, “de incitamento”, é sancionada penalmente mesmo se a instigação não é acolhida, contraria-

mente às regras garantidoras do direito penal do fato, que deixam isentos de pena as intenções não concretizadas em atos materialmente apreciáveis e ofensivos de um bem jurídico. Um outro perfil de irracionalidade está ligado à equiparação, *quoad poenam*, da mera conduta instigadora e do cometimento dos atos de discriminação.

Considerações análogas àquelas até aqui desenvolvidas em termos de exatidão, de materialidade e de poder ofensivo, e ainda de razoabilidade, valem também para hipótese das previstas pelo art. 3.º, § 1.º, letra *b*, Lei 654/75, modificado pelo art. 1.º da Lei 205/93, que pune “com reclusão de seis meses a quatro anos quem, de qualquer modo, incita a cometer ou comete violência ou atos de provocação por motivos raciais, étnicos nacionais ou religiosos”, equiparando assim no tratamento sancionatório condutas de mera instigação e condutas executivas, de um lado, e atos de violência e atos de provocação, de outro.

No que concerne aos problemas de exatidão, à parte a problematicidade do inciso “de qualquer modo”, é a locução “atos de provocação à violência” que torna na sua equivocidade problemática a interpretação também da norma de que trata o parágrafo precedente; ela prevê, como sabemos, a punição do incitamento ou do cometimento de atos de discriminação. Não sabemos qual tenha sido, em todo caso, a *mens legis*; se se quiser dar um sentido seja à norma de que trata art. 3.º, § 1.º, letra *a*, seja àquela de que trata a letra *b*, ela deve ser entendida no sentido de solicitação da violência daqueles que são objeto de discriminação, mesmo que uma leitura do gênero possa despertar perplexidade.

Posteriores limites à livre expressão do pensamento referem-se ao tipo penal das “manifestações racistas” contidas no art. 2.º, § 1.º, da Lei 205/93; trata-se de

⁽¹⁰⁾ Cf. sobre o ponto Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza*, cit., p. 17.

uma forma de instigação indireta, de regra não punível em um direito penal do fato, baseada sobre o tipo das problemáticas “manifestações fascistas”, de que trata no art. 5.º da Lei 645/52.¹¹

3. Um posterior exemplo da atual involução do sistema penal¹² é oferecido pela legislação antimáfia. De início coloca-se a escolha — pelo menos de tipo emotivo e, em todo caso, totalmente irracional — de confiar unicamente ao direito penal a solução do problema da criminalidade organizada, que, reduzido a uma mera questão de ordem pública, deveria justificar a adoção de providências emergenciais, caracterizadas pela improvisação, pelo caos, rigorismo repressivo, pelo caráter simbólico, pela total ausência de coordenação sistemática e pelas paralisantes remissões em cadeia, e por isso destinadas à ineficácia. O *emergencialismo*, em outras palavras, gerou o uso simbólico do direito penal¹³ em nome de uma presumida política criminal da eficiência, que acabou por suplantiar a busca de soluções de política social geral bem mais eficientes.¹⁴

Em relação às normas incriminadoras, a abordagem simbólica privilegiou as

pesquisas sobre as estruturas associativas em detrimento da perspectiva, mais confiável, da persecução de particulares delitos-fim; o risco é trocar tipos de autor por eventos, quando o direito penal do fato, como emerge do nosso ordenamento normativo fundamental, impõe a partir dos eventos para chegar aos sujeitos e não vice-versa, a partir da individualização dos possíveis sujeitos para tecer-se hipóteses sobre os eventos. Além disso, a identificação do evento com o fato associativo implicaria numa extensão sem limites e, portanto, inutilização do objeto de tutela, pela sua absoluta inexatidão e incompreensibilidade.

A referência normativa para a luta à criminalidade organizada é dada pela associação de tipo mafioso de que cuida o art. 416 *bis* CP, símbolo da normativa antimáfia; o discurso, todavia, não se limita a esse tipo, mas diz respeito também a toda categoria dos tipos associativos, que parecem problemáticas sobretudo em relação aos princípios de necessária lesividade e de materialidade, mas, frequentemente, também de determinação; trata-se, de fato, de tipos de dúbia objetividade jurídica,¹⁵ referidos não a fragmentos mais ou menos longos de conduta, mas a verdadeiros “universos antropológicos”,¹⁶ que comportam, sob o aspecto processual, notáveis dificuldades de ordem probatória.

(11) Cf. a propósito Del Corso, *Commento all'art. 2.º de Lei 02.04.1993*, n. 122, *Legisl. pen.* 1994, p. 201 *et seq.*

(12) Para um exame mais detalhado de alguns aspectos problemáticos da recente legislação penal, permita-se citar o nosso *La perenne emergenza*, 2. ed. revista e ampliada, Napoli 1997, espec. p. 113 *et seq.*

(13) Sobre perspectivas e implicações conexas ao conceito de legislação simbólica, cf. M. Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach, 1989; Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, *Riv. It. Proc. Pen.*, 1992, p. 891 *et seq.*

(14) Cf. Stortoni, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, *Dei delitti e delle pene*, 1992, 39 *et seq.*

(15) Sobre a incompatibilidade entre tipos associativos indeterminados e o respeito do princípio acusatório do contraditório, v. em particular Bricola, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, *Ind. Pen.*, 1989, p. 317 *et seq.*; sobre o tema cf. também Padovani, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 921.

(16) Cf. C. Fiore, *Il reato di associazione mafiosa e le ragioni della legalità*, *AAVV, Camorra e criminalità organizzata in Campania* org. F. Barbaglio, Napoli, 1988, p. 80 *et seq.*, 82.

No que diz respeito à violação do princípio de materialidade, deve ser considerado que as normas sobre a participação em associações de tipo mafioso, art. 416 *bis* CP, ou com finalidade de terrorismo (e subversão), art. 270 *bis* CP, não exigem comportamentos funcionais com objetivos de associação, de modo que a conduta de participação pode acabar por limitar-se a uma simples adesão.

De fato, pela trintena de tipos associativos previstos no nosso ordenamento é difícil realizar uma ligação com um bem categorial autônomo. Aquelas mais significativas, não por acaso fazem referência a objetos de macroscópicas dimensões, como a personalidade do Estado e a ordem pública. Esta última, em particular, pelo menos na sua acepção ideal, deve ser considerada não um bem jurídico, mas uma *ratio* de tutela que, na sua inadequação para oferecer uma noção significativa do objeto de tutela, parece absolutamente inidônea a desenvolver uma função de delimitação da intervenção penal.¹⁷ São conhecidos os riscos de uma concepção metódica do bem jurídico que, para representar “a síntese categorial... de significado e objetivo das normas penais individuais”,¹⁸ acaba por favorecer a proliferação de objetos fictícios de tutela, e assim abonar insustentáveis opções de criminalização hipertrófica.

A confusão entre bem e *ratio*, especialmente em matéria de ordem pública, comporta graves perigos para as garantias individuais: corre-se o risco, em suma, da criminalização de condutas que são certamente contrárias à ordem pública como *ratio*, mas podem resultar muitíssimo distantes da efetiva lesão do bem que a conduta, na realidade, visa agredir: não por acaso esta é uma das características negativas que, em nome da defesa da ordem pública, sempre revelou a legislação de emergência.¹⁹

Mas, além da individualização de objetos de tutela mais ou menos evanescentes, é o mero acordo – embora estável e organizado – que está em evidência²⁰ quando os bens efetivamente em questão são, na realidade, aqueles para cuja ofensa se associa e em relação aos quais se pretende prestar tutela antecipada.²¹ Os tipos associativos – como os

(19) Para uma confiável reconstrução de um quadro normativo emergencial, em um contexto crítico rigorosamente normativo, cf. G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982, *passim*.

(20) Cf. Neppi Modona, *Criminalità organizzata e modelli associative, AAVV., Beni e tecniche della tutela penale, materiali per la riforma del codice*. Org. C.R.S., Milano, 1987, p. 117 *et seq.*; Pignatelli, *Tutele e garanzie in tema di riforma dei reati associativi*, ibidi, p. 127 *et seq.*

(21) Neste sentido Rudolphi, *Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung im Sinne der Parr. 129 und 129.^a StGB, Festschrift für H.L. Bruns*, Bern, 1977, 317; Id., § 129, in Rudolphi-Horn-Samson, *Systematischer Kommentar zum StGB, II, Besonderer Teil*, 4. ed., 1989, p. 37. Para uma reconstrução dos tipos associativos em termos de dano, cf. Patalano, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971, p. 187 *et seq.*; para uma orientação diversa, cf. Insolera, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, p. 142 *et seq.*; um iter complexo seguiu a evolução do pensamento de um respeitável estudioso da ma-

(17) A propósito, que nos seja permitido citar o nosso Ordine pubblico, *Enc. giur. Treccane*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 2 *et seq.*

(18) Assim Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, vol. I Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, p. 94; no mesmo sentido também Grünhut, *Methodische Grundlangen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. Frank*, Bd I, Tübingen, 1930, ao qual se deve a conhecida definição de bem jurídico como “Abbreviatur des Zweckgedankes”.

de instigação — exprimem a exigência de prestar uma tutela antecipada, diante das possíveis agressões por parte de organismos plurissubjetivos, que, só por isso, apresentam características de particular eficiência criminal, e a cujas ações um acentuado alarme social está, normalmente, conexo. Em essência, os crimes associativos são delitos de “suspeita”, de forte conotação simbólica, aos quais se recorre quando falta a prova do delito fim. Todavia, não parece que esses estejam em grau de realizar esta finalidade repressiva, uma vez que a prova do fato associativo, privado de um efetivo bem de referência, torna-se difficilima quando falta a prova do cometimento de outros concretos fatos criminosos.²²

Mas, também sob o aspecto da legalidade,²³ com todas as implicações conexas em termos de funcionalidade, os tipos em exame parecem fortemente problemáticos. Basta pensar nos graves problemas de interpretação, assinalados há tempo,²⁴ ligados à sobreposição de

diversas figuras associativas, que tornam uma hipótese possível, fora do esquema do concurso aparente, a atribuição de uma mesma conduta a normas diversas, se postas em defesa de diversas objetividades jurídicas, com graves riscos em relação ao respeito do *ne bis in idem* substancial.

Ainda sob o aspecto do respeito ao princípio da taxatividade, deve ser também ressaltada a extrema problematidade dos casos de associação de tipo mafioso, de que trata no art. 416 *bis* CP. Trata-se de uma norma redigida com imprecisão, excessivamente descritiva, com uma clara propensão casuística: um verdadeiro e próprio emaranhado no qual se fundem elementos normativos, elementos naturalísticos, referências sociológicas, tudo em prejuízo de elementares exigências de determinação. Ela resulta, entre outras coisas, também suspeita de violação da proibição da analogia em relação à fórmula adotada no último parágrafo, que estende as disposições dos parágrafos precedentes à camorra e às outras associações, qualquer que seja a denominação local que, valendo-se da força intimidadora do vínculo associativo, persegue objetivos correspondentes àqueles da associação de tipo mafioso.²⁵ Trata-se, por outro lado, de uma tendência confirmada pelas modificações introduzidas em 1992, com a inserção de uma nova modalidade de realização do delito, a interferência no livre exercício do voto, art. 416, *bis*

téria, G. A. de Francesco, do qual veja Ratio di “garanzia” ed esigenze di “tutela” nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 894 ss., e Societas scleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 105.

(22) Veja a propósito as claras considerações desenvolvidas por C. Fiore, *Il reato di associazione mafiosa e le ragioni della legalità*, cit., p. 80 et seq.

(23) Sobre a problematidade da adoção de objetividade jurídica como a ordem pública e outros “bens vagos” em relação ao art. 25, § 2.º Cost., cf. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 193-194.

(24) Cf. Dolcini, *Appunti su criminalità e reati associativi*, *Arch. Pen.* 1992, p. 269 et seq.; G. A. de Francesco, *I reati politici associativi nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 679 et seq.

(25) Como já pôs em relevo Nuvolone, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, p. 7-8. Para uma atenta análise dos problemas de legitimidade constitucional conexos às disposições das quais se tratam no art. 416, *bis* CP, para todos, cf. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, 4. ed., Padova, 1993, p. 9 et seq.; G. A. de Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, *Dig. disc. pen.*, vol I, Torino, p. 289 et seq.

§ 3.º, do CP, e com a extensão da punibilidade, que parece puramente teórica, também a quem obtém a promessa de votos em troca da distribuição de dinheiro, art. 416 *ter* do CP.²⁶

Poder-se-ia, talvez, a falhar os diversos problemas levantados pelos tipos associativos, substituí-los com a inserção, na parte geral do código, de uma nova figura de concurso de pessoas, qualificada pela estabilidade da organização e do vínculo associativo,²⁷ adequando assim a normativa à uma realidade que já vê hoje as associações serem atingidas somente quando estão em atividade. Seria, portanto, desejável que a defesa dos bens individuais e supra-indi-

viduais que a criminalidade organizada ameaça ficasse confiada a tipos – talvez a serem reformulados, senão criados *ex novo* – formulados para a tutela da pessoa, da administração pública, da administração da justiça, da funcionalidade das instituições políticas, do patrimônio e da economia, aos quais se juntará, quando os bens forem ofendidos, pelo menos na forma de tentativa, o instituto associativo, de parte geral, caracterizado por um severo regime sancionador.

Evitar-se-ia assim o recurso a uma tutela fortemente antecipada, que representa o duplo inconveniente de inevitável queda em termos de garantia e de um defeito de credibilidade devido à fatal ineficácia dos casos caracterizados pela tipicidade “incompreensível”.

4. A involução recente do sistema penal não deixou de envolver o ordenamento processual; na afanosa busca de maior eficiência, intervenções de tipo emergencial – ligadas à expansão da criminalidade organizada e à descoberta de uma densa rede de atividades e práticas ilícitas em áreas de poderes públicos e privados – delinearam um novo modelo de processo penal.

A presença de refluxos inquisitórios, pouco compatíveis com esquemas do ordenamento do estado social de direito, combina-se com as exigências de iniciativas judiciais cada vez mais frequentes, aos limites do suprimento, para enfrentar fenômenos crônicos de mal-estar da sociedade italiana com meios oferecidos pelo sistema penal. Chega-se, portanto, a propor novamente uma “questão de justiça” com as costumeiras características da crise e do suprimento. E sob a égide da emergência houve incontestável retorno a lógicas de marca autoritária, que se considerava terem sido completamente superadas com a Reforma de 1988.

Parece ter perdido especial significado o fato de que entram em questão no

(26) A propósito, para todos, cf. Fiandaca, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, *Foro it.*, V, 1993, p. 137 *et seq.*; e Visconti, *Il reato di scambio elettorale-politico-mafioso*, *Ind. pen.*, 1993, p. 286 *et seq.*

(27) Para uma abertura nesse sentido cf. Spagnolo, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., 159. Para uma reforma radical no sentido da simplificação e racionalização, ainda que em termos diversos, pronunciou-se a prevalente doutrina, cf. Romano, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, *Quest. crim.*, 1981, p. 164 *et seq.*; Padovani, *Bene giuridico e delitti politici*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 18 *et seq.*; Neppi Modona, *Criminalità organizzata e modelli associative*, cit., p. 119 *et seq.*; Insolera, *Sulle diverse forme di criminalità organizzata*, *AAVV*, *Beni e tecniche della tutela penale*, cit. p. 147 *et seq.* Ao contrário, para “a adoção de modelos repressivos de parte especial” tendentes a ampliar o raio de ação do direito penal com o objetivo de auxiliar “exigências particulares de política criminal e um difuso consenso social”, se manifesta G. A. de Francesco, *Dogmatica e politica criminale nel rapporti tra concorso de persone nel reato ed interventi normative contro il crimine organizzato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1303.

processo penal direitos fundamentais do indivíduo e, primeiro entre todos, o direito à liberdade. Certamente, não se pode desconhecer que um estado social de direito deva ser tutelar diante de fenômenos criminais, criando as condições para um efetivo exercício da pretensão punitiva estatal — mas esta deve ser exercida com o respeito às garantias — e que a necessidade de um processo justo é uma condição vital para um estado social de direito.

Um modelo diverso de processo penal parece, ao contrário, ter encontrado espaço diante da emergência ligada à intensificação de manifestações de criminalidade organizada e à descoberta de uma rede, muito densa e espalhada por todo o país, de atividades e práticas ilícitas em áreas públicas e privadas de poder. Assistiu-se, portanto, a um *revival* de critérios, legislativos e jurisprudenciais “exemplares” que se concretizaram num notável endurecimento da coerção pessoal, com a reativação de mecanismos de aplicação automática da custódia cautelar, numa nova expansão dos poderes inquisitórios da polícia judiciária e, mais geralmente, numa colocação em discussão dos princípios basilares do processo acusatório, como o contraditório e a formação da prova na fase de debates, com uma ampliação desmedida dos poderes do Ministério Público.

Diferentemente da primeira “emergência” dos anos 70, que expressou uma parábola análoga para o direito substancial e o direito processual, esta “nova emergência” desenvolve talvez os seus efeitos em maior medida no plano processual. Parece, de fato, claro que a função de controle social da sanção penal foi dirigida para o processo penal considerado em si mesmo e, em particular, para a custódia cautelar.

Em verdade, os direitos do indivíduo, mesmo em momentos de pleno mal-estar social, são valores imprescindíveis; a

justiça penal deve atuar eficazmente, mas de modo aceitável e controlável.

A perigosa ilusão de combater os fenômenos criminais com os juízes e não no plano político social e político criminal provocou um crescimento da política judiciária com verdadeira superexposição da magistratura, como fica testemunhado, em nível normativo, pelo progressivo retorno das investigações no processo, devido às sentenças da Corte Constitucional de 1992 e às sucessivas modificações de adequação. O resultado foi a tendencial inobservância dos direitos fundamentais do indivíduo, sancionados nos arts. 13, 24, 25 e 27 da Constituição.

Em geral, pode-se dizer que há uma superação do modelo acusatório, privilegiando-se, no processo penal, uma orientação para a verificação da verdade material, de forma a liberar o processo de “estéreis” formalismos considerados como embaraço, mas, sobretudo, indo bem além da “especialidade” “criminalidade organizada”, que se pretendia realizar.

Quis-se “desvincular o processo do reino estéril das formas como fins em si mesmas” e colocar “legalidade e garantia na ética da responsabilidade, em vez de na ética das formas”, considerando esta última, nos fatos, mensageira de ineficiência e fruto de preconceitos ideológicos, o que também é verdadeiro no que concerne à preliminar ideológica, só que esta diz respeito a um dos postulados essenciais do estado de direito, a legalidade. Se se renuncia a ela é ao próprio estado de direito que se acaba por renunciar.

E, ao contrário, seguindo escolhas extravagantes da Corte Constitucional, sanciona-se uma absoluta supremacia da função punitiva, confiando à consciência, se não à intuição, do magistrado o poder de punir. O que, em outros termos, ao postular uma absoluta subordinação das normas processuais às substanciais, estabelece-se uma nova forma de autonomia

e independência do magistrado, a da lei processual. Mas não é a questão de “estereis formalismos” que está em jogo, mas algo bem diferente. Quando para deter cautelarmente pretendemos que uma folha de papel traga a assinatura de certas pessoas e não de outras; ou estabelecemos que é inválido se não encontramos nele especificado o fato pelo qual a liberdade é cerceada; quando dizemos que uma interceptação telefônica – ainda que indiscutível em relação às responsabilidades de alguém – não vale (nulidade); quando dela se extraíram pedaços sem antes interpelar a defesa; ou que uma absolvição, talvez errônea, torna-se intangível, se se percebe que o acusador depositou o recurso um dia depois do prazo, nós efetivamente fixamos formas. Cada uma delas encarna escolhas de valor. Portanto, quem as invoca, quem as respeita, quem as desrespeita, por isso mesmo, invoca, respeita ou desrespeita valores, ou, como se costuma dizer, princípios.

O processo sem as suas formas, as suas regras, os seus princípios, não é mais processo, os atos fora das regras são *operations sublimes*, para usar a felicíssima expressão de Robespierre, mas não atos de justiça. Em lugar do processo penal e do direito temos atos políticos subversivos.

Os atos políticos cabem ao poder político que os realiza, certamente por meio do direito, mas dentro daquelas diretrizes políticas fundamentais que se tornaram, com a mediação do direito, princípios. Essas diretrizes proporcionam um *Spielraum*, “um espaço de jogo”, no interior do qual podem mover-se as opções concretas de política do direito e, portanto, de política criminal. Por exemplo, o princípio sancionado no § 1.º do art. 27 da *Constituição* permite, no ato de criação de um tipo de crime, a escolha entre forma dolosa e/ou culposa de realização, mas não certamente a admissibilidade de uma responsabilidade por fato

alheio ou por mera “posição”; portanto, qualquer medida, legislativa, mas também jurisdicional, que adote perspectivas de imputação deste gênero, é um ato político eversivo, porque põe-se em contraste com um dos princípios fundamentais, jurídicos e portanto políticos do ordenamento.

O processo penal deve ser entendido ainda como regra superior e como limite ao poder da magistratura. Temos assistido a um global deslocamento de um sistema concebido e justificado na supremacia da lei, para um sistema cada vez mais baseado no poder do magistrado, admitido como seguramente confiável e, logo, superior. Isso significa uma reforçada posição autoritária da jurisdição, no momento em que a força das medidas dos magistrados reside sempre menos na lei e cada vez mais no órgão que tem o poder; o importante é que tal medida emane de um órgão que tenha o poder de emití-la. A isso se segue um contextual enfraquecimento dos procedimentos de controle sobre a ação dos juízes. Tudo isso é comumente visto como uma espécie de benéfico jacobismo, sem que se perceba, porém, as distorções no plano da própria democracia que se conectam a esse papel dos magistrados. O processo que daí surge se caracteriza pela elasticidade de suas regras, com o florescimento de práticas que só com muito esforço são reconciliáveis com as previsões normativas; com os direitos individuais que acabam confiados à incerteza dessas práticas e não à certeza das *regulae juris*. E não falta quem sofra o fascínio tortuoso de um semelhante processo penal de resultados.

A ênfase posta no valor da autonomia e da independência da função judiciária tende, de forma mais ou menos consciente, a redimensionar o valor da própria categoria “norma jurídica”: ela é expressão de alguma coisa infiel, como é um poder, a ser enfrentado, representado por

uma entidade indistinta, compreensiva da classe política, partidária, parlamentar, governativa. E ser “poder contra” acaba por ser também contra o produto daqueles outros poderes: a lei, um fruto impuro daquela classe política. Insinuam-se então comportamentos de independência e de autonomia em relação à lei; idéias de primazia do poder judiciário em relação à norma jurídica e, em particular, em relação à norma processual.

E aqui a surpreendente jurisprudência da Corte Constitucional, na base de uma não menos surpreendente jurisprudência de remissão, chegou a conceber a ilegitimidade de disposições processuais ou de suas interpretações com referência ao § 2.º do art. 25 da Constituição e ao § 2.º do art. 101 da Constituição e, portanto, a considerar algumas regras normativas do procedimento como obstáculos não aceitáveis, ao ponto de abrir caminho a uma supremacia punitiva do magistrado.

Na realidade, o sistema italiano, em relação à dicotomia aristotélica apresentada na *Política*,²⁸ entre um sistema fundado sobre a supremacia da lei e outro sobre a dos juízes, optou por uma terceira via na qual a supremacia é dos juízes, mas no âmbito de uma ordem que se imagina estar ainda fundada na prevalência da norma. Um exemplo claro disso é dado pela hipocrisia da declarada permanência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, fundado na primazia da lei.

E isso explica a crença em *slogans* desleixados, cortados a machado, que não têm nada de doutrina jurídica, como a expressão “prova social”, entendida como convencimento coletivo da culpabilidade. Se observarmos bem, trata-se apenas da *preuve dans le coeur* ou a *notoriété publique* dos processos-farsa do Terror jacobino, como aquele movido contra Danton, bem como contra Luigi

Capeto, embora Robespierre falasse *de operations sublimes* e não de formas processuais, poucas semanas antes de cair ele próprio como vítima da mesma “sublimidade”.

Em um estado de direito o processo deve identificar-se com a dúvida, com as provas, com o contraditório. Deve presumir a inocência. Quando se praticam outras vias, trata-se de aplicações solenes de “medidas de saúde pública”, de “tranqüilidade pública”, de “segurança geral”, de “zelo pelo bem público”, só para continuar a trabalhar com a terminologia de Robespierre: trata-se de atos políticos.

Na delicadíssima matéria da prova, uma primeira “contribuição decisiva” nesse aspecto veio da Corte Constitucional, que admitiu primeiramente o testemunho indireto da polícia judiciária (Sentença 24 de 31.01.1992, que declarou inconstitucional o art. 513, § 2.º, CPP),²⁹ depois a leitura em debate das declarações dadas pelo co-réu num processo conexo, desde que tenha comparecido no processo em curso e tenha se valido da faculdade de não responder (Sentença 254 de 03.06.1992, que declarou inconstitucional o art. 513, § 2.º, CPP),³⁰ para tornar utilizáveis, por fim, as declarações dadas pelas testemunhas antes dos debates (Sentença 255 de 03.06.1992, que declarou inconstitucionais as nor-

(29) Cf. Corte cost., 31.01.1992 n. 24, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 678 *et seq.*, com nota de Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*.

(30) Cf. Corte cost., 31.01.1992 n. 24, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 678 *et seq.*, com nota de Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*. Com a recente Lei 267/97, o art. 513, § 2.º, CPP foi modificado reduzindo sensivelmente a possibilidade de leitura dos termos de declaração dadas pelos co-réus em processo conexo.

(28) Aristóteles, *Política*, IV, 1290 a, b – 1301a.

mas de que trata o art. 500, §§ 3.º e 4.º, CPP, na parte em que não prevêem a inclusão nos termos aos debates das declarações dadas em precedência pelo testemunho na fase das investigações preliminares e contidas nos autos do Ministério Público, se elas foram utilizadas para as contestações).³¹

A involução, portanto, atingiu sobretudo o sistema probatório, ao qual se confiou a tarefa de procurar suprir as carências que caracterizavam as soluções normativas do direito substantivo. O resultado foi a tendência à inobservância dos direitos fundamentais do indivíduo sancionados nos arts. 13, 24, 25 e 27 da Constituição. Parece evidente, de fato, que tais decisões traem a concepção do processo em termos de instrumento de defesa social, mais do que de atuação da justiça; esta tendência foi confirmada, por outro lado, pela normatização sucessiva, que, embora provocada por exigências de combate à criminalidade organizada, acabou por estender os seus efeitos para muito além daquele contexto.³²

Quando se pretende com o processo penal enfrentar, preliminarmente, a expansão de manifestações criminais – não portanto como efeito natural induzido –, isso significa ceder, como de hábito nas emergências de qualquer tipo, às sugestivas ilusões da ameaça, resultando quedas verticais em termos de legalidade, sem apreciáveis contrapartidas em termos de eficiência.

Esta desqualificação objetiva das garantias formais significa a negação daquelas escolhas de valor, que presidem a opção garantidora, como o respeito da liberdade, personalidade e dignidade individual diante de uma possível arbitrariedade estatal. É sabido que, quando o regime probatório se deteriora, imputação e juízo tendem a confundir-se e isto provoca um rebaixamento da função do juiz em relação a do Ministério Público e a uma conseqüente predeterminação da sentença.

Mas é possível também uma via intermediária mais astuciosa, quando se cria um processo com intolerância para com as regras estabelecidas pela lei, ou, quando é a própria lei que atraiçoa certas regras, dá-se então uma mistificação, perigosíssima para os direitos do homem. Também neste caso temos atos políficos, insinuados, porém, à opinião pública na função de processo judiciário. A crise das formas, nestes casos, acontece paradoxalmente por meio da lei, mas a qualidade dos resultados, em relação às operações declaradamente subversivas do estado de direito, não muda muito: as provas degradam, a imputação e o juízo tendem a confundir-se e a identificar-se (o segundo já está contido na primeira), e o juiz é esmagado pela acusação pública, a legitimação é procurada não nas normas, mas em formas variadas de consensos externos: o processo, como garantia, então, desaparece. Tudo isso está no fim do caminho percorrido quando as formas entram em crise. E geralmente,

(31) Cf. Corte cost., n. 255 de 03.06.1992, *Foro it.*, 1992, I, p. 2.013. Sobre os “aspectos de irracionalidade” insitos nas declarações da Consulta citadas, cf., entre outros, Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent.* n. 255 de 1992, *Giur. Cost.* 1992, p. 1.973 *et seq.*; Di Chiara, *L’inquisizione come “eterno ritorno”*; tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale, *Foro it.*, 1992, I, p. 2.013 *et seq.*; Fiandaca, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, *ibid.*, p. 2.023 *et seq.*

(32) Sobre o Dec.-lei 306 de 08.06.1992, convertido na Lei 356 de 07.08.1992, v. o comentário artigo por artigo em *Legislação Penal*, 1993, p. 29 *et seq.*; cf. além disso Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, *Appendice, Il dissesto del codice 1988*, cit., p. 258; Pisapia, *Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 15.

sob a pátina reconfortante de invólucros processuais, ao primeiro chamado de verdadeiras ou supostas emergências, o processo acaba por assumir a função de medida política quando os valores dos resultados a qualquer preço, inclusive aos resultados errados, substituem os valores das formas.

A contribuição legislativa para a involução do processo, contrariamente às exigências da oralidade e da formação da prova em debate segundo os esquemas do contraditório, realizou-se mediante a introdução, no art. 238 do CPP, modificado pelo art. 3.º, § 1.º, da Lei 356/92, da possibilidade da admissão de termos de prova provenientes de outros processos, sem a necessidade do consenso das partes, em relação às provas acolhidas no incidente probatório ou na fase de debates.³³ Deve ser considerado, além disso, que, em relação a fatos de criminalidade organizada, previstos pelo art. 51, § 3.º, *bis*, CPP, o exame dos testemunhos — que as partes nas hipóteses normais podem sempre pedir em relação às declarações constantes nos termos inseridos *ex art.* 238 do CPP —, conforme o art. 190 *bis* CPP, introduzido pela Lei 356/92, é admitido apenas se o juiz o considerar absolutamente necessário.³⁴

Pode ocorrer, portanto, o caso de admissão de provas, num processo relativo a fatos gravíssimos, recolhidas em outro lugar, sem o direito de exame das fontes de prova, na base de uma avaliação meramente discricionária do juiz.

Isso faz logo lembrar a lógica “realística” dos *crimina extraordinaria* do direito pré-moderno, pela qual na presença de graves delitos as garantias acabam por atenuar-se: *ob immanitatem criminis fas est iudici leges et poenas ordinarias transgredi*!³⁵ E esta impressão é confirmada também por todas as outras “singularidades” da normativa antimáfia.

Considerações análogas, relativas às exigências da oralidade e da formação da prova no debate, vale no que concerne ao art. 238 *bis* — introduzido pelo art. 3.º, § 2.º, Lei 356/92, para tornar possível a formulação, para fins probatórios, das sentenças irrevogáveis, mesmo não penais, relacionadas à prova do fato nelas verificado³⁶ —, o art. 500 do CPP — modificado pelo art. 7.º, § 4.º, Lei 356/92, para valorizar a utilização como prova das declarações prestadas no curso das investigações ao Ministério Público e à polícia judiciária no decorrer das investigações preliminares, que tenham sido empregadas nas contestações³⁷ — e art. 406, § 5.º *bis* CPP, introduzido pelo art. 6.º, § 2.º, Lei 356/92,³⁸ em virtude do qual poderia bem ocorrer que, procedendo por um dos delitos citados pelo art. 51, § 3.º *bis*, as investigações preliminares se desenvolvessem até o limite de dois

(33) Cf. Rivello, *Commento all'art. 3.º Lei 356/1992, Legisl. Pen.*, 1993, p. 46 *et seq.*

(34) Criticamente Pisapia, *op. cit.*, 15; Ferroa, *op. ult. cit.*, p. 258-259; Giostra, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, cit., p. 49; Grevi, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primi bilancio*, cit., p. 30 *et seq.*; Bevere, *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, cit., p. 24.

(35) Cf. Carpzov, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635), edição de J. S. F. Böhmer, Francofurt ad moenum, 1758, p. III, q. 133, n. 21, p. 349.

(36) Cf. cass. sez. II, 19.01.1991, in *Cass. pen.*, 1991, 119; em doutrina, entre outros, Bevere, *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, cit., p. 128.

(37) V. a propósito as observações decididamente críticas de Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., p. 252 *et seq.*; para uma posição diferente, cf. Grevi, *op. ult. cit.*, p. 32 *et seq.*

(38) A propósito, cf. Rivello, *Commento all'art. 6.º Lei 356/92, Legisl. Pen.*, 1993, p. 84 *et seq.*

anos, sem que o investigado tenha delas conhecimento.⁽³⁹⁾

Estreitamente à maior relevância assumida pelas declarações prestadas no curso das investigações preliminares ao Ministério Público é a introdução de um novo tipo de falsas informações ao Ministério Público, art. 371 *bis* CP,⁽⁴⁰⁾ e a previsão de um novo tipo de falsas declarações ou testemunhos em atos destinados à autoridade judiciária, art. 374 *bis* CP.⁽⁴¹⁾

Mas o setor processual que, nas vicissitudes normativas e jurisprudenciais, sofreu a involução mais preocupante pelas imediatas implicações relativas aos direitos fundamentais à liberdade, à defesa e ao respeito da personalidade e dignidade individual, é, sem dúvida, aquele relativo às medidas cautelares coercitivas. Nesta matéria, a perda em termos de garantias foi de tal ordem que provocou recentemente uma reforma, Lei 332, de 11.08.1995, marcada em diversos pontos pela preocupação de remediar os precedentes excessos e de barrar as invasões de limites das práticas.

Sob o aspecto normativo, entre os aspectos involutivos das intervenções modificadoras precedentes à reforma, deve ser assinalada a exceção trazida à regra de que trata o art. 275, § 2.º, CPP, pelo art. 5.º da Lei 203/91, em virtude da qual em relação a um considerável elenco de delitos – reduzido pelo art. 5.º da recente Lei de Reforma 332/95, ao art. 416 *bis* e aos delitos cometidos valendo-

se das condições previstas por tal norma ou com a finalidade de facilitar a atividade da associação mafiosa – o princípio da *extrema ratio* da custódia cautelar parece subvertido, pela aplicação, na presença de graves indícios de culpabilidade da custódia em cárcere,⁽⁴²⁾ a menos que, com uma espécie de presunção relativa de periculosidade, não se forneça prova, frequentemente impossível, da insubsistência de exigências cautelares no caso concreto.⁽⁴³⁾

A disciplina da duração máxima da custódia em cárcere sofreu também modificações de caráter repressivo, que a recente reforma não considerou necessário suprimir:⁽⁴⁴⁾ de fato, o art. 303, § 1.º, letras *c* e *d* e o § 4.º, letra *c*, assim modificados pelo art. 2.º da Lei 356/92, uma das disposições de estrutura mais complexa e, portanto, de difícil leitura do

(39) Para estas e posteriores observações cf. Grevi, *op. ult. cit.*, p. 18 *et seq.*; Giostra, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parte*, cit., p. 45-46.

(40) O artigo foi introduzido pelo art. 5.º, § 1.º, do Decreto-lei 306, de 08.06.1992, convertido na Lei 358, de 07.08.1992.

(41) Cf. art. 5.º, § 3.º, do Decreto-lei 306, de 08.06.1992, convertido na Lei 358, de 07.08.1992.

(42) Sobre a “quase-obrigatoriedade” da custódia em cárcere que daí deriva, cf., entre outros, Fassone, Garanzia e dintorni: spunti per un processo non metafisico, in *Quest. giust.*, 1991, especialmente p. 120; Di Chiara, Il carcere come “extrema ratio” emerge normative, emerge giurisdizionali e recente polemica, *Foro it.*, 1992, II, p. 1 *et seq.*; Bosco, Custodia cautelare in carcere per presunzione di legge, *Giur. it.*, 1993, II, p. 489 *et seq.*

(43) Cf. a propósito Altieri, Applicazione della misura cautelare e illegittimità costituzionale del Decreto Lei 09.09.1971 n. 292, *Arch. Nuova proc. pen.*, 1992, p. 88. Cf., além disso, Cass., sez. V, 09.10.1992, *Mass. Cass. pen.*, 1992, XI, 88; Cass., sez. I, 07.07.1992, *Mass. Cass. pen.*, 1992, XII, 102; Cass., sez. V, 05.10.1992, *Mass. Cass. pen.*, 1993, III, p. 55.

(44) A única modificação com sentido mais brando das exposições relativas aos prazos máximos de custódia cautelar está contida no art. 15 da Lei 332/95, que prevê a extinção da custódia cautelar na hipótese em que a duração da mesma tenha se estendido por dois terços da duração máxima da pena prevista para o delito que se processa.

código, elevou, para os crimes mais graves, o prazo máximo de duração total da custódia cautelar de quatro para seis anos. A mesma norma, art. 303, § 1.º, letra d, prevendo uma espécie de execução antecipada da sentença de condenação, estabeleceu que, em caso de condenação pronunciada em recurso, siga a uma precedente condenação em primeiro grau, se apliquem até a sentença definitiva os prazos de duração total da custódia cautelar e não os prazos intermediários relativos à fase processual. Isso não significa outra coisa senão um alongamento em concreto da custódia cautelar até o máximo possível, com evidente perda em termos de respeito à presunção de não-culpabilidade.

No que concerne, por sua vez, à prática jurisprudencial em matéria de pressupostos da custódia cautelar devem ser registradas, especialmente em relação aos fatos de grave corrupção, tendências interpretativas, às quais não é estranho o próprio Tribunal da Cassação, que acabou por utilizar a medida cautelar como instrumento de coerção para induzir à confissão ou para efetuar chamadas de co-autoria,⁴⁵ desvirtuando a própria natureza de meio defensivo próprio do interrogatório.⁴⁶

Ficam, portanto, inobservados os princípios garantidores da adequação, proporcionalidade e *extrema ratio*, estabelecidos em relação ao critério de legitimação para a adoção de medidas cautelares, art. 274, letras a e c, CPP, e relacionados aos critérios de escolha das medidas, art. 275, CPP, bem como disposição de que trata o art. 64, § 3.º, CPP, que garante o direito ao

silêncio; no plano “metacódigo” devem ser consideradas a norma de que trata o art. 13, § 4.º da Constituição, onde é solenemente estabelecido o princípio da ilicitude de qualquer tipo de violência sobre as pessoas submetidas à restrição de liberdade, e a norma de que trata o art. 24 da Constituição que, reconhecendo a inviolabilidade do direito de defesa, torna ilegítima qualquer norma ou sua interpretação que instrumentalize, ainda que para a obtenção da verdade, a liberdade individual, impedindo o exercício de uma linha defensiva contrária a tal finalidade. A propósito, deve ser citado também o art. 14, § 2.º, letra g, da Convenção Européia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Por fim, a mesma presunção de não culpabilidade, sancionada pelo art. 27, § 2.º, da Constituição e pelo art. 6.º, § 2.º, da citada Convenção Européia, acaba por ser posta em discussão por uma prática desse gênero.

Em tema de custódia cautelar temos assistido a uma verdadeira e própria redefinição de regras por parte de quem, num estado social de direito, tem o dever de acolhê-las e respeitá-las. Esta orientação, fundada sobre funções anômalas da custódia cautelar, raramente foi expressa explicitamente nas várias medidas publicáveis em revistas e repertórios, mas se deduz de uma leitura integral dos atos. Como foi limpidamente ressaltado, “os sinais desta transgressão podem ser múltiplos: por exemplo pode-se notar a sucessão no tempo, muitas vezes, dos seguintes eventos: custódia em cárcere do investigado – não colaboração –, requerimento de revogação ou modificação da medida cautelar – rejeição –, pedido de novo interrogatório – colaboração –, liberação ou prisão domiciliar”,⁴⁷

(45) Ver, a propósito, as precisas considerações desenvolvidas por Carmona, *La repressione penale dei fatti “ambientali”*: spunti della cultura giudiziaria d’oggi, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 227 *et seq.*

(46) Cf., para todos, egregiamente, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 623 *et seq.*

(47) Bevere, *Una non ovvia ordinanza*, *Crit. Dir.*, 1994, I, p. 86; sobre o argumento, ver também Illuminati, *In difesa del diritto al silenzio*, *Ind. pen.*, 1993, p. 549.

segundo um *modus procedendi* inaugurado na terra de Cesare Beccaria, mas imediatamente adotado também em outros lugares e em larga escala.

Um velho instrumento inquisitório da instrumentalização do encarceramento do imputado para fins de confissão⁴⁸ foi, portanto, recolocado em uso distorcendo as regras relativas às exigências cautelares de que trata o art. 275 do CPP. Considerou-se, de fato, que o perigo natural de poluição das provas pudesse ser superado somente através de uma confissão total,⁴⁹ e também no que concerne ao perigo de um posterior cometimento de delitos; a falta de confissão foi vista como expressão da vontade de realização de outros delitos do mesmo gênero, porquanto ela serviria para tranquilizar os eventuais novos “contraentes” sobre a confiabilidade da relação, enquanto totalmente irrelevante, para os fins da mesma prognose, seria o fato de que o imputado não ocupa mais o cargo no exercício do qual foram cometidos os delitos.

Em matéria de pressupostos da custódia cautelar, a recente Lei 332/95 procurou somente em parte impedir as distorções da prática, modificando, como se sabe, em sentido restritivo, as letras *a* e *c* do art. 274 do CPP. Mas enquanto a letra *a* do art. 274 do CPP, modificada pelo art. 3.º, § 1.º, da Lei 332/95, foi reescrita de modo preciso, em particular com uma específica previsão da proibição, já deduzível do sistema, de individualizar as situações concretas e atual perigo para a admissão ou a idoneidade

da prova diante da recusa do investigado ou do imputado de prestar declarações ou na falta de admissão de culpa, o art. 274, letra *c*, CPP, modificado pelo art. 3.º, § 2.º, da Lei 332/95, não apresenta, relativamente ao problemático requisito do perigo do cometimento posterior de delitos da mesma espécie, nenhuma modificação substancial, a não ser a restrição da aplicabilidade de uma medida cautelar para os delitos para os quais é prevista a reclusão não inferior a quatro anos.

Fica evidente aqui não se queira absolutamente negar ou diminuir a extrema gravidade dos fenômenos de corrupção, que têm tido efeitos devastadores para as instituições e a própria vida do nosso país. Certamente estamos diante de uma fenomenologia multiforme de comportamentos fortemente caracterizados pela capacidade de provocar danos à sociedade, que impõem, como necessidade absoluta, o processo para todos aqueles que, em vários níveis e de várias formas, contribuíram para a criação daquele estado difuso de profunda corrupção. Mas isso não justifica de modo algum as graves violações aos direitos fundamentais em matéria de coerção, para finalidades de “colaboração”, ainda que estas violações tenham indubitavelmente facilitado o esclarecimento de um grande número de casos, tornando também imediatamente perceptível à opinião pública o estado das coisas. Isso deu início a uma inquietante campanha moralista da *law and order*, que acabou por atribuir à justiça penal o papel de solução principal dos conflitos, muito além das mesmas emergências ligadas à máfia e à *tangentopoli*. A justiça, porém, segundo os esquemas recorrentes de uma cultura “emergencialista” acaba por assumir uma fisionomia particular, bem diferente daquela que deline um estado social de direito; essa cultura “emergencialista” determina preocupantes tentativas de misturas de papéis, de antecipação de

(48) Cf. Carrara, *Immoralità del carcere preventivo*, *Opuscoli di diritto criminali*, vol. IV, Lucca, 1874, p. 300 *et seq.*

(49) Cf. Cass., sez. Fer., 18.09.1991, *Cass. pen.*, 1993, n. 892, p. 1.507-1.508; Trib. Napoli, 23.07.1993, *Crit. Dir.*, 1994, p. 88 *et seq.*; contra, Trib. Napoli, 17.09.1993, *Crit. Dir.*, 1994, cit. p. 82 *et seq.*

pena, de acertos com a *mass media*, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais, com indubitado corolário da *poena extraordinaria* do pelourinho.

Na verdade, quando se aceita um fundamento do sistema diferente daquele da *regola juris*, desencadeiam-se e cultivam-se práticas operativas, sinergias com poderes políticos, com *mass media*, que impõem inquietantes modelos de justiça, diferentes daquele do direito penal do fato, criando poderes não oficiais, ilimitados e incontrolláveis.

Daí o passo, perigosíssimo, para formas dicotômicas, sub-reptícias em relação à lei, de “legitimação-invalidação” e, aqui, é a acusação que se apresenta como entidade já aprovada e afirmada em virtude de consensos, enquanto quem não concorda ou critica, deslegitima. Até mesmo é o órgão jurisdicional que se absolve, invalida; e isso é claro se pensarmos as públicas repreensões segundo as quais o juiz, absolvendo, teria “anulado” os resultados e a obra anterior do Ministério Público.

Através da violação do segredo da instrução tem-se a inquietante sensação de uma exigência de consenso externo à magistratura; e o mais grave escândalo do nosso segredo da instrução está exatamente no fato de ser, no mais das vezes, violado de modo instrumental, com o objetivo de poder direcionar, também politicamente, o processo, para provocar na opinião pública uma reação do tipo repressivo-justicialista, como suporte à ação judiciária. Esta sistemática violação do segredo instrutório é certamente uma outra constante da emergência perene, que de vez em quando volta à ordem do dia, mas em relação à qual nunca se fez grande coisa; o amplo debate acontecido no XV Congresso da Associação Nacional dos Magistrados, há vinte anos, serve como exemplo desse fato.

De fato, a crônica jornalística e televisiva já está inundada de mensagens que vão muito além do fato do qual se fala, e a própria informação se vê diante de uma justiça mudada em qualidade e quantidade. Uma boa parte da relação entre Estado e indivíduo forma-se em torno do fenômeno da justiça e corre-se o perigo que essa relação seja profundamente perturbada pela exaltação, imprópria para um estado social de direito, de um modelo processual entendido prevalentemente em termos de vingança.

É necessário tutelar os direitos da pessoa, especialmente no que diz respeito à divulgação da informação de garantia, que já se tornou uma tradição da mídia, que se consolidou e que deve ser severamente censurada: tende-se a construir desde o início uma imagem de culpabilidade. E, no entanto, a Carta Constitucional estabelece solenemente, no art. 27, § 2.º, a presunção de inocência do réu até a condenação definitiva, mas a cotação dessa regra de civilização anda atualmente muito baixa e isso se deve também a um difuso mal hábito jornalístico, além das soluções legislativas e práticas jurisprudenciais pouco providentes que “normalizam” a custódia cautelar, autorizando-lhe uma sub-reptícia função de antecipação da pena. Esqueceu-se totalmente que um dos eixos de garantia do Estado de Direito era dado pelo direito do acusado de ser considerado inocente antes de uma sentença de condenação transitada em julgado, isto é, fornecida de todas as provas, as querelas, as reconsiderações possíveis. É esse um princípio de civilização que já estava na base do jusnaturalismo, do qual, talvez, todos os outros princípios do Estado de Direito constituam outros tantos corolários. Parece, no entanto, ainda resistir uma ancestral emoção “sacra” que impele à imediata individualização do culpado e ao seu conseqüente sacrifício.

Isso acontece quando se difunde um comportamento “cultural”, no mais das vezes de inspiração “eficientista”, que tende a desvalorizar as próprias decisões judiciárias, para confiar a tarefa de julgar e condenar, sob as formas da estigmatização e da desqualificação pública, a outras instâncias que, nos seus procedimentos sumários, não parecem preocupar-se muito com as garantias relativas aos direitos da defesa, à presunção de não culpabilidade, à privacidade de pessoal e nem mesmo com a dignidade do homem.

Se é verdade que a uma notável aceleração dos meios e, portanto, do tempo necessário à difusão das notícias se acopla a habitual, insuportável lentidão da administração da justiça, isso todavia não significa que seja desejável, ou mesmo legítimo, fundar um juízo extra-institucional, e ainda menos uma condenação pública, com fundamento em atos processuais, como a emissão de uma notificação de garantia ou de um decreto de custódia cautelar, que concernem a momentos iniciais do processo, em relação aos quais se pode estar bem longe da efetiva fundamentação da pretensão persecutória. E, ao contrário, ao processo penal, ou melhor, à primeira fase do processo penal, são confiadas funções que não lhe são absolutamente próprias, não excluídas aquelas, muito inquietantes, de instrumentos para ações políticas. Em todo caso, esse estado de coisas parece gravemente prejudicial, seja aos direitos de privacidade e de tutela da dignidade individual, seja às próprias razões de uma serena e correta administração da justiça.

Deve ser denunciado com clareza, portanto, o fato de que esse estado de coisas deriva da sistemática do segredo da instrução, que se torna possível pela inobservância, constante e difusa, por parte dos órgãos incumbidos da sua gestão, das suas finalidades institucionais.

Tudo isso é apenas o testemunho de um progressivo distanciamento da própria idéia de lei, disso resultando que uma função por excelência submetida à lei corre o risco de transformar-se num poder despótico, que tem necessidade de colocar-se como meio de disputa ou “resposta” judiciária – e não como momento de administração da justiça conforme moldes formalizados e pré-constituídos – que necessita de “legitimações externas” e não mais daquela fundada nas normas.

A esta altura, a sentença tornou-se “um ato quase irrelevante”, o centro gravitacional do sistema não é mais a verificação, como, ao contrário, os atos e atividades, inclusive a extrajudicial, do Ministério Público. A pena é o próprio processo, a custódia cautelar uma espécie de pagamento penal e as necessidades coletivas de conhecimento reduzem-se àquilo que, a esta altura, integra o verdadeiro processo, aquele quotidianamente celebrado pela mídia “com o depósito dos autos na banca de jornal”.

5. Fazem parte da estratégia legislativa de combate à criminalidade organizada algumas normas que prevêem benefícios e se explicitam, em todo caso, em formas de exclusão ou atenuação da sanção penal.

Essas normas referem-se a condutas que se verificam depois da realização do crime que, portanto, se mostra perfeito em todos os seus elementos. Tais normas assumem relevância na perspectiva do *post factum* que, no que concerne à estratégia legislativa de combate à criminalidade organizada, se enriquece de um complexo sistema normativo externo ao código que tende à predisposição de uma específica disciplina premial.

Ao lado do tradicional sistema baseado no código, apresenta-se, de fato, uma complexa normativa premial em matéria de criminalidade organizada; ela representa o último elo de uma corrente

“emergencial” que, a partir do final dos anos setenta, deu vida a um sistema premial totalmente excêntrico e autônomo.

Desde o aparecimento dos primeiros tipos premiais em matéria de desassociação do terrorismo, contidos nos arts. 4.º e 5.º do Dec.-lei 625 de 15.12.1979, substituído com modificações pela Lei 15 de 06.02.1980, a doutrina mais atenta não deixou de salientar, de fato, os muitos e notáveis aspectos problemáticos de uma normativa orientada, em última análise, à mera colaboração processual para finalidades iminentemente probatórias, seja em relação a exigências de coerência sistemática, como de correta funcionalidade dos próprios mecanismos premiais.⁵⁰

Mediante as normas contidas no *caput* II do Dec.-lei 8 de 15.01.1991, substituído pela Lei 82 de 15.03.1991, começou-se por ditar a disciplina da proteção das testemunhas e dos colaboradores nos processos de máfia. Pelo art. 8.º do Dec.-lei 152 de 13.05.1991, substituído pela Lei 203 de 12.07.1991, foi introduzido o tipo premial para a desassociação das organizações mafiosas. Por fim, depois das tragédias nas quais perderam a vida os juízes Falcone e Borcellino, foram estabelecidos, com o Dec.-lei 306, de 08.06.1992, substituído pela Lei 356, de 07.08.1992, mediante modificações no sistema penitenciário, Lei 354, de 26.07.1975, ulteriores benefícios para os colaboradores da justiça em matéria de criminalidade organizada.

O quadro normativo exprime uma sistemática bastante vaga e completamente descoordenada; as disposições premiais atuam, de fato, em dois momentos distintos, sem nenhuma coordenação

entre eles. O art. 8.º da Lei 203/91 refere-se à fase de juízo e, em particular, insere um tipo premial baseado na atenuante prevista para a desassociação do terrorismo. O art. 13 da Lei 356/92, ao contrário, refere-se à fase de execução e, para o setor das medidas alternativas à detenção, dita uma disciplina derogatória, completamente favorável aos colaboradores em matéria de criminalidade organizada.⁵¹

As várias disposições caracterizam-se pela indeterminação, senão pela ambigüidade da formulação que dá origem a um excesso de discricionariedade pouco adequado por sua vez, a respeito das exigências de funcionalidade da normativa.

Mas o traço saliente dessas disposições é dado, como já foi mencionado, pela colaboração processual, além da adoção de fórmulas, privadas da necessária clareza, que se referem de algum modo a uma espécie de arrependimento ativo, art. 8.º, § 1.º, da Lei 203/91, sem nenhuma referência axiológica às funções da pena. Isso parece de uma evidência palmar quando, examinando a disciplina de que trata o art. 13 da Lei 356/92, em matéria de execução, justamente na frase na qual deveria prevalecer a consideração das funções ordenamentais legitimamente ligadas a sanções, a concessão dos benefícios é consequência automática da “colaboração prestada”.

Verificou-se, portanto, que, ao lado de exageros, freqüentemente além dos

⁽⁵⁰⁾ V. a penetrante pesquisa de S. Fiore, La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali, *Arch. Pen.*, 1989, p. 1 *et seq.* do extrato, com um quadro completo do debate doutrinal.

⁽⁵¹⁾ São esses alguns dos principais inconvenientes assinalados ainda em um quadro de substancial aprovação da normativa *premial*, por Caselli-Ingroia, Normativa premiale e strumento di protezione per i collaboratore della giustizia: tra energia legislativa e soluzione d'emergenza, *AAVV, Processo penale e criminalità organizzata*, cit., p. 195 *et seq.*, especialmente p. 209 *et seq.*, 226.

limites da razoabilidade para os irreduzíveis, foram previstas, para os arrependidos, possibilidades de recuperação quase total da liberdade, originando, portanto, uma espécie de preocupante coerção à cooperação. De acordo com a norma do art. 13 *ter* da Lei 82/91, introduzido pelo art. 13, § 2.º, da Lei 356/92, é de fato possível a prestação de serviço social derogando as disposições do art. 47 do ordenamento penitenciário, que o prevê como alternativa para penas de detenção não superiores a três anos: como a dizer que foram previstas formas de *impunidade premial também para os fatos já sancionados com prisão perpétua*. Vice-versa, o art. 4.º *bis* ord. penit., modificado pelo art. 1.º da Lei 356/92, não permite a aplicação de medidas alternativas à detenção para os irreduzíveis somente pelo fato da falta de colaboração⁵² e, além disso, o art. 41 *bis*, § 2.º, ord. penit., com uma fórmula vaga, por “graves motivos de ordem e de segurança pública”, dá a faculdade de suspender a aplicação do tratamento bem além do que exigido pelas legítimas exigências de isolamento fora dos associados, o que não significa outra coisa senão adoção de uma prisão severa, segundo parâmetros de teoria da pena – retribuição ou prevenção negativa – que já com a reforma do ordenamento penitenciário de 1975 se considerada abandonado.⁵³

Trata-se, como parece evidente, de um sistema pelo menos complexo, que se desenvolveu em fases sucessivas e com intervenções legislativas muitas vezes de todo ocasionais. A “premialidade” nessa perspectiva reduz-se essencialmente a um sistema útil para encorajar as “colaborações à justiça”, necessárias para a aplicação de um tipo como o do delito associativo, caracterizado por uma evidente incompreensibilidade, tanto mais se considerado em si, ou prescindindo do cometimento dos delitos particulares para os quais alguém se associa: todas as características que tornam quase impossível a admissão de uma prova diferente do testemunhal.

Sob outro aspecto, esse tipo de normativa é expressivo de uma lógica contratual entre Estado e indivíduo em matéria penal que, não por acaso, é estranha à tradição ao estado de direito pela sua intrínseca incompatibilidade com os valores dos quais este se origina, em particular com o direito penal do fato.

Também no que concerne à “premialidade”, de fato, não parece profícuo prescindir daquela formulação metódica já claramente definida nos anos trinta,⁵⁴ pela qual na definição do sistema penal põe-se como prioridade a fundamental opção entre o direito penal do fato e o direito penal do autor, ou seja, entre o fato particular e personalidade do autor.

Em outras palavras, assim como se pode imaginar uma pena para o fato e uma pena para a personalidade do autor – e sabemos a qual modelo, autoritário ou não, podem ser vinculadas as escolhas concretas –, do mesmo modo é possível imaginar um benefício fundado sobre um fato/conduita e um benefício separado desse. É claro que quando

(52) Cf. a propósito, Guarzzaloca, *Criterio del “doppio binario”, utilizzo da “premialità” e “degiurisdizionalizzazione” del procedimento de sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, AAVV., *Lotta alla criminalità organizzata: l'istrumenti normativi*, org. de G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1995, p. 144 *et seq.*

(53) Sobre a “luta” contra a máfia com ordenamento judiciário, vide o volume coletânea *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, org. de A. Pressuti, Milano, 1994 *passim*; sobre o ponto ver também *infra*, p.

(54) Zimmerl, *Der aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930, p. 4 *et seq.*

pensamos no *fato* em termos de referência para um *prêmio* nos referimos, de modo transparente, ao fato de delito ofensivo de um bem jurídico, a uma conduta destinada para a defesa de um bem jurídico em perigo.

Em todo caso, as razões de um direito penal do fato mantêm-se todas em pé também na perspectiva inversa da “premialidade”, vale dizer, uma fundamentação em termos de “premialidade” separada por condutas de defesa dos bens é totalmente vinculável aos parâmetros autoritários do direito penal do autor, daquele que inflige sanções penais com base num juízo sobre a mera personalidade do agente.

No interior do nosso ordenamento, ao lado da “premialidade” *extra ordinem*, que tantas perplexidades suscita do ponto de vista do estado de direito, estão presentes, de fato, formas de “premialidade” legítimas, as quais se deveria fazer referência, talvez modificando-as para enfrentar as novas fenomenologias sem conturbar a *ratio* e as funções dos institutos. Referimo-nos à desistência e ao arrependimento eficaz no delito tentado (art. 56, §§ 3.º e 4.º, CP), à atenuante de que trata o n. 6 do art. 62, CP, às circunstâncias atenuantes genéricas de que trata o art. 62 *bis*, CP, aos critérios valorativos de que se trata a segunda parte do art. 133, CP, assim como à normativa de parte especial contida nos arts. 308, 309, 365, § 4.º, 371, § 2.º, 376, 386, § 4.º, n. 2, 389, § 2.º, 390, § 2.º, 391, § 2.º, 398, § 2.º, n. 2, 463, 641, § 1.º, 655, § 3.º, CP.

Deve portanto ser devidamente ressaltado o fato de que as tradicionais disposições premiais de natureza do código são em princípio ancoradas na idéia de bens jurídicos no sentido de que, em determinado momento, essas visam a uma supressão da ofensa ou a uma atenuação; a sua relevância, portanto, está

intimamente ligada às próprias razões da intervenção punitiva.⁵⁵

A orientação no sentido de mera colaboração processual da normativa premial em matéria de criminalidade organizada, como a precedente em matéria de terrorismo, a distancia radicalmente por perspectivas de lesividade. Isso não significa que, de sua adoção, não possam derivar evidentes efeitos de tipo substancial, até mesmo em termos de tutela dos bens jurídicos, no sentido da possível desorganização da associação criminosa e da quase impossível volta do réu a ela; deve, porém, ser enfatizado o fato de que a relevância das condutas de colaboração – e assim, repetimos, parece claríssimo pela norma em matéria de ordenamento penitenciário – é expressa no plano do processo.

O excessivo alargamento dos mecanismos premiais, assim como a sua configuração em termos de mera troca entre Estado e réu, fundada apenas na utilidade recíproca, parece um expediente perigoso numa perspectiva de longo prazo. De fato, a obtenção de resultados imediatos, também de grande ressonância, pode custar, a longo prazo, a perda em termos de compreensibilidade de toda mensagem sobre valores que deriva do sistema no seu conjunto.

Mais uma vez está em jogo a coerência do sistema, chamada aqui em causa no momento em que se utilizam mecanismos premiais numa perspectiva ex-cêntrica em relação à ofensa aos bens violados, aos significados e aos limites

⁽⁵⁵⁾ Cf. sobre o tema, para todos, Padovani, La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 532 *et seq.*; Bricola, Funzione promozionale. Tecnica premiale e diritto penale, AAVV., *Diritto premiali e sistema penale*, Milano, 1983, p. 126.

da pena. Não é correto trazer remédios jurídicos do mesmo tipo, fundando-os sobre pressupostos e finalidades diferenciados, quando não contrapostos; isso tem como consequência natural um efeito de desorientação dos membros da sociedade em torno do sentido e do valor das regras normativas, com evidentes reflexos sobre a própria eficácia das normas.⁵⁶

Não deve ser esquecido que o sistema não tem somente a função de assegurar uma harmonia de princípios e valorações, numa perspectiva "interna" à elaboração normativa; numa dimensão "externa" o sistema serve, de fato, para orientar os membros da sociedade para uma compreensão do direito.⁵⁷ A sistemática, portanto, não se limita ao mero enquadramento, mas, fundamentalmente, persegue a compreensão dos princípios e das soluções normativas particulares e jurisprudenciais, objeto das suas classificações. A aporia, portanto, não só prejudica o sistema "interno" mas apresenta-se em contradição com a fundamental inspiração do sistema "externo", relativo à compreensão e, portanto, à aceitação das regras jurídicas.

6. Práticas e legislações autoritárias tiveram sucesso graças a um clima de emergência que permitiu uma renovada exaltação do cárcere, muito injustificada se, mesmo sob este perfil, a situação real for confrontada com a figurada no enunciado constitucional. Pelos dados publicados pelo *Istituto Nazionale di Statistica* resulta, como dado constante dos últimos anos, que as nossas instituições carcerárias, lotadas como nunca tinham estado

antes,⁵⁸ hospedam réus à espera de julgamento num percentual aproximado de 40 por cento, depois de terem superado nos últimos anos o percentual de 50 por

(58) Das estatísticas do ISTAT surge que o número de detentos e internos cresceu ainda mais no início dos anos noventa, passando de 26.150 de 1990, a 35.485 de 1991, a 47.588 de 1992, chegando a 50.212 em 1993 e a 50.835 em 1994; parece oportuno salientar que, nos anos compreendidos entre 1959 e 1989, as cifras mais altas estavam nos anos em torno de 1984 quando, no fim do ano, foram registrados 42.795 detentos e internos e, em 1965, quando as presenças foram 36.158; cf. ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1993, cit., p. 509, tabela 14.1.II trend positivo foi interrompido só em 1995, quando as presenças chegavam a 47.344; parece todavia verossímil considerar que a diminuição seja prevalentemente, se não exclusivamente, atribuível à reforma da disciplina da custódia cautelar: as cotas de detentos à espera de julgamento eram de fato 47,2 por cento ao fim de 1994, de 40,5 por cento ao fim de 1995 e de 40,3 por cento em 31.10.1996. Parece significativo também o dado relativo aos *entrati*, isto é, aqueles que por qualquer razão passaram do estado de liberdade para qualquer outro regime penitenciário: em 1990 foram 58.060, 99.183 em 1994, 90.217 em 1995, 73.879 no total em outubro de 1996, cf. ISTAT, *Statistiche giudiziarie*, anno 1990, *Annuario* 38, edizione 1993, Roma 1993, p. 633, tabela 16.1, e ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, febbraio 1997, cit., p. 34, tabela 5-13. No que concerne à superpopulação, diante dos 49.693 detentos e internos pesquisados em 31.10.1996, a capacidade dos institutos em 31.10.1995 era, segundo os dados publicados pelo ISTAT, de 40.736 leitos (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1995, *Annuario* n. 4, edizione 1996, Roma, 1996, p. 503, tabela 12.5): embora os dados não sejam contemporâneos, a superpopulação pode hoje ser estimada em torno de 8.957 presenças. Com base nos dados fornecidos pelo ISTAT, conclusões mais precisas podem ser referidas so-

(56) CF., a propósito, as convincentes observações de S. Fiore, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 44 *et seq.*

(57) Sobre ponto ainda fundamental Engisch, *Sinn und Tragweite jurischer Systematik, Studium generale*, 1957, p. 188 *et seq.*

cento,⁵⁹ quando a detenção preventiva, segundo os princípios de que tratam os arts. 13 e 27, § 2.º, da Constituição, deveria ter sido uma exceção bem circunscrita.

mente em 31.12.1995, quando diante dos 47.344 detentos e internos (ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, febbraio 1997) a superpopulação era exatamente de 6.608 presenças. Deve ser em todo o caso considerado que a referência aos leitos, se não for integrada com o dado relativo à sua distribuição em relação aos ambientes de vida cotidiana, aparece somente como indicativo das reais dimensões da superpopulação; adaptabilidade dos ambientes de vida cotidiana a exigências de hospitalidade maiores do que aquelas que caracterizam a sua destinação originária parece, de fato, confirmada também pela extrema variabilidade das cifras relativas ao número de leitos que parece seguir aquele das presenças: no final de 1993, quando as presenças eram 50.212, os leitos disponíveis eram 40.156 (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1993, *Annuario* n. 2, edizione 1994, Roma, 1994, p. 495, tabela 12.3, p. 509, tabela 14.1), ou seja, 4.420 a mais em relação a 1995; sobre a superpopulação carcerária, cf. La Greca, Il sovraffollamento carcerario. Iniziative possibile, *Dir. pen. e processo*, 1995, 764; Magi, *Il sovraffollamento carcerario. Il ruolo della magistratura di sorveglianza*, ibidi 763.

As cifras relativas aos suicídios aparecem como emblemáticas desse mal-estar: em 1990 foram registrados 22 suicídios (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1990, cit., p. 797, tabela 19.2; em 1993 foram 52 suicídios (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1993, cit., p. 495, tabela 12.2) e diminuíram para 50 em 1995, quando houve também 868 tentativas de suicídios (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1995, cit., p. 503, tabela 12.5).

(59) Dos dados publicados pelo Instituto Nacional de Pesquisa extrai-se que em 31.10.1996 de 49.693 internos, 20.012 estavam à disposição da autoridade; cf. *sistema statistico nazionale - Istituto nazionale di statistica* (ISTAT), *Bolletino mensile di statistica*,

Coloca-se, então, o problema dos custos que a coletividade pode e deve razoavelmente suportar em termos de certeza dos direitos fundamentais, para a defesa coercitiva dos mesmos direitos contra as mais graves formas de criminalidade presentes no contexto social; o estado social de direito deve, de fato, procurar atingir o menor número possível de pessoas penalmente perseguidas que deve ser caracterizado.

No momento atual registra-se, ao contrário, um entusiasmo repressivo, que é tão irracional no plano dos efeitos quanto deletério no plano dos direitos, confirmado pela ausência de um igual incremento dos delitos denunciados que, aliás, se não apresentam uma diminuição, sofrem um aumento que, em termos percentuais, não é absolutamente comparável ao aumento que a população carcerária sofreu no decorrer dos últimos cinco anos.⁶⁰ E é ingenuidade, se não for

febreiro 1997, n. 2, Roma, 1997, p. 34, tabela 5-13. Em 31.10.1994 de 51.286 detentos e internos, 25.402 estavam à disposição da autoridade; cf. ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, marzo 1995, n. 3, Roma, 1995, p. 36, tabela 5-17.

(60) Em 1992, a autoridade judiciária iniciou a ação penal para 2.740.891 delitos denunciados, em 1993 o mesmo dado foi de 2.679.874 delitos denunciados (ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, marzo 1995, cit., p. 33, tabela 5-16), e de 2.938.081 delitos denunciados em 1995 (ISTAT, *Statistiche giuridiziarie penale*, anno 1995, cit., p. 60, tabela 3.2).

(61) Parecem indicativos, a propósito, os dados relativos a denúncias apresentadas à autoridade judiciária pela *Polizia d' Stato*, pela *Arma dei Carabinieri* e pelo *Corpo della Guardia di Finanza* de janeiro a setembro de 1996 relativas ao delito do qual se trata no art. 416 bis, CP, que foram 155 sobre um total de 1.790.000 denúncias (ISTAT, *Bolletino mensile di statistica*, febbraio 1997, p. 33, tabela 5.12) e aqueles relativos

um sinal de preocupante má-fé, atribuir o incremento das prisões a uma renovada eficiência na persecução dos crimes de máfia ou de grave corrupção.⁶¹ A repressão acaba, ao contrário, por endereçar-se para a marginalidade que está pouco a pouco emergindo: os “ociosos” e os “vagabundos” dos anos noventa são os dependentes de drogas e os imigrantes, de preferência os de cor, cujas presenças na prisão aparecem vertiginosamente aumentadas, numa medida em que, em termos percentuais sobre o total dos presos, não têm absolutamente correspondência na população externa à prisão.⁶²

Segundo o habitual esquema da emergência, a uma repressão legítima de alarmantes fenômenos criminais, embora sempre respeitosa das regras – como a grande corrupção e os delitos de máfia –, acopla-se uma repressão de tipo carcerário, injustificada e contrária aos princípios constitucionais referidos. Não atende, de fato, às exigências personalistas e de solidariedade solenemente reconhecidas na

lei fundamental, nem pode constituir motivo de conforto o crescimento elephantíaco da instituição total, que, no projeto de indiscriminada repressão típico da tão prevalente quanto simplista e ilegítima ótica da intimidação, levou à prisão centenas de jovens dependentes de drogas ou imigrantes de cor, para cada mafioso ou político corrupto a mais na prisão.⁶³

Somente é possível com a falta de uma séria e mediata política criminal justificar, diante de uma diminuição das denúncias de crime, um aumento da população carcerária – de dimensões nunca registradas precedentemente em toda história penitenciária italiana – que comprova uma intransigência de tipo moralista capaz apenas de fomentar cruzadas pela obsessão de uma procura pueril de bodes expiatórios, responsáveis por todos os males do presente, renunciando assim, *a priori*, o encontro de uma efetiva solução para os problemas.

Paradoxalmente, quanto mais a prisão entra em crise, mais aumenta a sua exigência. As razões podem ser as mais diversas, mas, essencialmente, isso acontece porque ainda está enraizado o equívoco – que a jurisprudência tencionalmente favorece – da equação “prisão igual a justiça”, à qual deve ser acrescida aquela segundo a qual “quanto mais dura é a pena mais se realiza justiça”. Em outras palavras, sobrevive uma concepção pré-moderna, ancestral, teológica e sacra da justiça e da pena como expiação, que está ligada imediatamente à agressividade do indivíduo, desconhecendo perspectivas de solidariedade: essa concepção mais agrava do que resolve os problemas.

Fica evidente, então, que, se não se removerem as causas profundas dessa

aos delitos de corrupção e concussão denunciados em 1993 para os quais a autoridade judiciária iniciou a ação penal que foram 1.263 sobre um total de 2.679.968 (ISTAT, *Statistiche giudicarie penale*, anno 1993, cit., p. 57, tabela 3.1).

⁽⁶²⁾ Em 31.12.1990 os detentos dependentes de droga eram 7.299, diante dos 15.135 em 1993 (cf. De Martino, *L'Aids in carcere*, cit., p. 105); e 13.488 em 1995 (ISTAT, *Statistiche giudicarie penale*, anno 1995, cit., p. 444, tabela 11.7): em cinco anos, o aumento foi de 6.189 presenças. No que diz respeito aos detentos internos de origem africana, em 31.12.1990 os que perderam de alguma forma o estado de liberdade tinham sido 5.704 (ISTAT, *Statistiche giudicarie penale*, anno 1990, cit., p. 652, tabela 312.8), ou seja, 9,8% do total dos “entrados” diante dos 14.544 de 1995 (ISTAT, *Statistiche giudicarie penale*, anno 1995, cit., p. 459, tabela 10.10), 16,2% do total dos “entrados”.

⁽⁶³⁾ Cf. Pavarini, Il “paradiso penitenziario perduto”: la nuova penologia e la crisi della politica in italia, *Crit. Dir.*, 1992, 2, 40.

concepção primitiva da sanção penal, toda a tentativa de incutir no sentimento comum o valor das garantias está destinada a falência. Não há proclamação constitucional que resista, e a popularidade das garantias continuará sempre baixa se a cultura jurídica continuar a ser, no fundo, uma lógica redutora dos meios e não ciência orientada de forma axiológica pelos fins.

Aquela tendência, fundada de forma normativa na afirmação da idéia de ressocialização e/ou marginalização, que encontrou a sua plena expressão também em algumas decisões basilares da Corte Constitucional,⁶⁴ e no ordenamento penitenciário,⁶⁵ pelo menos antes da recente

reforma,⁶⁶ deve ser plenamente reativada num contexto mais amplo de recuperação de valores [de tipo] personalistas e solidários, que vivem um período de inquietante esquecimento.

Tinha amadurecido nos anos oitenta uma crise de legitimação da prisão como expressão pela redução da centralidade do modelo de custódia nas políticas de controle social, difusamente encontrável em países com experiência jurídico-ordenamental e cultural análoga.

A tendência era, portanto, a da integração social e não da marginalização, seguindo, segundo os esquemas de recuperação social, a intensificação de sistemas de disciplina social exteriores à prisão.⁶⁷

⁽⁶⁴⁾ Cf. a Sentença 204/74, na qual a Corte Constitucional reconheceu, pela primeira vez, o princípio da flexibilidade da pena, individualizando "uma obrigação absoluta para o legislador de não só ter presente as finalidades reeducativas da pena, mas também predispor todos os meios e as formas aptas a garanti-las", ao que corresponde "o direito do condenado a que, verificando-se as condições postas pela normativa de direito substancial, o prolongar-se da intenção punitiva seja reexaminado com a finalidade de averiguar se de fato a quantidade da pena cumprida alcançou ou não de forma positiva o seu objetivo reeducativo": Corte Cost.; 27 de junho — 04.07.1974, n. 204, *Giur. cost.* 1974, I, 1707 *et seq.*

⁽⁶⁵⁾ Para um quadro sintético das orientações sustentadas, no tempo da lei sobre o ordenamento penitenciário (Lei 354/75) pela prevalente doutrina favorável à assim chamada "fuga do cárcere", cf. Pissapia, *Una strategia differenziale per la difesa sociale dal delitto*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 209 *et seq.* Para uma reconstrução das vicissitudes históricas e das orientações político-criminais, não sempre unívocas, cf., entre outros, Neppi Modona, *Appunti per una storia parlamentare dalla riforma penitenziaria*, *Quest. crim.*, 1976, 319 *et seq.*, e Bricola, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica*

criminale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 13 *et seq.* Para uma avaliação completa do ordenamento penitenciário assim como foi delineado na Lei 354, de 26.07.1975, cf. AAVV., *Il carcere "riformato"*, org. de F. Bricola, Bologna, 1977, *passim*; AAVV., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, org. de V. Grevi, Bologna, 1981, *passim*; e AAVV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, org. de V. Grevi, Bologna, 1982, *passim*. Sobre a Lei 663, de 10.10.1986 (Lei Gozzini), cf. Palazzo, *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, *Pol. Dir.*, 1988, 225 *et seq.*

⁽⁶⁶⁾ Mosconi, *La controriforma carceraria*, *Dei delitti e delle pene*, 1991, 143 *et seq.* Para uma eficaz síntese das modificações *in pejus* trazidas pelas intervenções legislativas dos últimos anos, cf. Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1993, p. 368 *et seq.*

⁽⁶⁷⁾ Para uma reconstrução da evolução mais recente das políticas penitenciárias, em escala nacional e internacional, cf. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, AAVV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 1 *et seq.*, 21 *et seq.*

O resíduo de institucionalização – sempre orientada em princípio à ressocialização e/ou à não dessocialização – devia servir a exigências de prevenção geral de caráter positivo, diante do cometimento de crimes caracterizados por uma particular nocividade social que, pelo menos inicialmente, ou por finalidade de agregação de consensos em torno das regras ordenadoras ou por exigências de defesa social, não poderiam permitir uma solução extramuros.⁶⁸ Em todo o caso, uma vez ausentes ou atenuadas as exigências de prevenção geral, a realização da finalidade de integração social pretende, como tendência, a saída do detento da instituição total.

Sobre qual aspecto desse quadro esquemático de referência pôde incidir o recrudescimento da criminalidade organizada e a abertura da caixa de Pandora da *tangentopoli* para reconduzir à prisão os novos marginalizados é uma interrogação à qual nos agradaria ter uma resposta por parte de quem é legitimado a impor aquelas prisões.

Neste ponto a reflexão, que é diffusamente desenvolvida na doutrina, sobre a falência da idéia de tratamento e com ela a falência da idéia de ressocialização⁶⁹ adquire um significado bem diverso, que não diz respeito porém à falência motivada por falta de resultados, derivada de uma concreta efetiva experimentação daquelas idéias, que está ligada a deficiências estruturais, organizativas e normativas, as quais um estado civil tem o dever de enfrentar.⁷⁰

7. O caminho para sair da atual crise involutiva do sistema penal passa, a nosso ver, através de uma reflexão sobre a finalidade, âmbito e características do sistema penal do estado social de direito.

Sob esse aspecto surge que a finalidade do direito penal, como delicadíssimo *instrumentum regni*, reflete imediatamente aquela finalidade perseguida pelo estado democrático que, enquanto tal, deve limitar-se a assegurar as condições perfeitas para a segurança do indivíduo e a pacífica coexistência dos membros da sociedade. Disso deriva que o direito penal não pode adotar meios que resultem prejudiciais à segurança do indivíduo. Em outras palavras, somente por graves ofensas aos bens jurídicos fundamentais do indivíduo ou da coletividade, o estado social de direito consente intervir com o direito penal; diversamente, ele mesmo constituiria um fator de violação da legalidade e, portanto, no plano substancial, dos direitos do indivíduo e da coletividade que, em teoria, pretendia tutelar.

Portanto, a intervenção penal se justifica somente harmonizando a sua necessidade para o bem comum da sociedade com o direito do sujeito em relação à autonomia e dignidade de sua pessoa.

Trata-se, por outro lado, de indicações claramente deduzíveis dos princípios expressos na nossa Carta Constitucional que, definindo as características fundamentais do sistema penal do estado de direito, obriga, também diante de agressões de gravidade intolerável, ao

zação”, cf. Eusebi, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 498 *et seq.*; ver também Id., *La pena “in crisi”*, Brescia, 1990, p. 13 *et seq.*; sobre o tema ver também Fiandaca, *Quando proibire e perchè punire? Ragioni di “concordia discors”* con Luigi Ferraioli, *AAVV.*, *Le ragioni del garantismo*, cit., p. 270 *et seq.*

(68) Nesse sentido v. Pisapia, *Una strategia differenziata per la difesa sociale dal delitto*, cit., 209 *et seq.*

(69) Ver a propósito a eficaz síntese proposta por Monaco-Paliero, *Variazione in tema di “crisi della sanzione”*, cit. 434 *et seq.*

(70) Para uma reafirmação, com a qual concordamos integralmente, do “real e irrenunciável alcance garantístico da idéia de ressociali-

respeito dos princípios de legalidade, clareza e taxatividade (art. 25, §§ 2.º e 13, Constituição), de personalidade da responsabilidade penal (art. 27, § 1.º, Constituição), de proporção e razoabilidade (art. 3.º, Constituição) e, portanto, de subsidiariedade (arts. 2.º, 3.º, 13, 25, §§ 2.º e 3.º, Constituição), de ofensividade (arts. 13, 25, §§ 2.º e 3.º, e 27, § 3.º, Constituição), de materialidade (arts. 19 e 25, § 2.º, Constituição), de tutela da dignidade humana (arts. 2.º, 3.º, § 1.º, 27, §§ 1.º e 3.º, 32, § 2.º, 41, § 2.º, Constituição), também de “naturalidade” do juiz (art. 25, § 1.º, Constituição), de presunção de não culpabilidade (art. 27, § 2.º, Constituição), de inviolabilidade dos direitos de defesa (art. 24, Constituição), de sujeição à lei (art. 101, § 2.º, Constituição), de obrigação da motivação (art. 11, Constituição), de obrigatoriedade de ação penal (art. 112, Constituição). Além disso, a normativa e a prática devem ser modeladas atentamente pelo respeito de exigências ligadas à função da pena que legitimamente se pode perseguir; nos referimos à função de integração social que compreende aspectos positivos da prevenção especial e geral de modo normativo deduzidas (arts. 27, §§ 3.º e 1.º, 3.º, §§ 2.º, 4.º, 34, Constituição, em combinação com as normas constitucionais já citadas em relação aos princípios de proporção, de razoabilidade, de subsidiariedade e de tutela da dignidade).⁷¹

Para fins processuais, desse tipo de idéias derivam consequências fundamentais. Antes de mais nada, a ilegitimidade de técnicas acusatórias fundadas sobre teoremas e sobre confrontos probatórios; resulta, além disso, inadmissível. No âmbito do processo penal valem, somen-

te aquelas declarações que tenham sido expressão real da vontade individual livre. Isso leva, na prática, à absoluta ilegitimidade do uso de meios insidiosos que tendem a forçar a vontade livre do indivíduo: toda prática extorsiva de declarações não espontâneas equivale, no plano do respeito dos princípios, ao uso de meios ilícitos como ameaças ou violências, ainda que isso tudo possa resultar objetivamente, de algum modo, útil à satisfação imediata do interesse público.

Mas, em geral, deve-se levar devidamente em conta também a satisfação de exigências de coerência do sistema que, além das mais significativas perspectivas de ordem formal, exprime, no plano axiológico-substancial, um notável aumento de garantia e de agregação de consensos. Em relação às técnicas de normatização, devem ser privilegiadas soluções caracterizadas pela clareza, simplicidade, coordenação funcional de testemunhos, que enfatizem tanto a tutela da liberdade individual quanto a eficiência do controle.

Mas devem também ser respeitados aqueles princípios do código da parte geral que visam garantir o indivíduo (não punibilidade dos atos preparatórios, das condutas de mera instigação e de mero acordo, correta utilização da tentativa) contra distorções repressivas.

Este complexo de princípios e regras, esquematicamente traçados, fornece os critérios para definir os limites, naturais, dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, do ponto de vista do controle penal dos fatos socialmente danosos.⁷²

⁽⁷¹⁾ Sobre o conceito de integração social, em termos de função da pena, cf. o nosso *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 83 et seq.

⁽⁷²⁾ Por direito penal “clássico” no sentido das garantias, ainda que no interior de sua vasta “modernização” manifesta-se eficazmente Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220 et seq.

Sob esse aspecto, por outro lado, deve ser considerado que os ataques à própria convivência civil que os fatos de grave criminalidade representam não podem implicar no sacrifício de alguns dos direitos fundamentais sobre os quais essa própria convivência se funda; violar os direitos fundamentais além dos limites de proporção a eles intrínsecos equivale a atentar, por um outro caminho, contra a própria convivência civil que, num estado social de direito, funda-se justamente no respeito aos princípios que presidem as garantias dos direitos fundamentais.

Em outros termos, a convivência civil, enquanto efeito da aplicação dos princípios fundamentais, não pode ser alcançada, mantida ou defendida com o sacrifício dos princípios de referência surgidos da realidade histórico-institucional e normatizados. Isso implica que a atuação do controle social, em relação também às mais graves formas de agressão à realidade sócio-institucional, deverá ocorrer com formas e instrumentos coerentes com os princípios a serem defendidos. Se, portanto, exigências legítimas de defesa social impõem a atuação do controle penal em termos de eficiência, isso não pode ocorrer com a violação das garantias fundamentais formais e substanciais.

Por outro lado, deve ser notado que a difusão e a consolidação de graves fenômenos criminais são resultado de um grave mal-estar socioinstitucional e é nessas esferas (sociedade e instituições) que o problema deve ser enfrentado e resolvido. Parece, portanto, ilusório, senão uma mistificação, cultivar ou difundir esperanças de real solução dos problemas mediante a mera atuação do direito penal. Este é somente a *extrema ratio* da política social, e não apenas por evidentes razões de defesa da liberdade, mas também porque o direito penal é totalmente inadequado para resolver *in*

radice a maior parte dos problemas, que é chamado a enfrentar. E isso por mais paradoxal que possa parecer à primeira vista vale ainda mais se os problemas são de grandes dimensões e de relevante consistência sob o perfil da danosidade social: justamente nesses casos, portanto, para os quais é quase instintiva a exigência de aplicação máxima da intervenção penal. Mas essa intervenção, ao contrário, é capaz somente de barrar, quando consegue, o fenômeno, mas não está em condições de superá-lo.⁷³

E aqui surge a vetusta, mas nunca seriamente enfrentada, questão da coresponsabilidade socioinstitucional na etiologia criminal, que impõe a séria consideração dos fatores exógenos ao réu que, em muitos casos, têm um peso determinante no processo de formação da conduta desviada. Um direito penal que aspire ser humano, concreto, racional, deve sempre ter presente, além da efetiva realidade do homem ao qual pretende dirigir-se, também os diversos condicionamentos que ligam o ser humano concreto que delinque às estruturas sociopolíticas que lhe são preexistentes e pelas quais não é certamente o responsável ou o é, normalmente, numa medida quase irrelevante.⁷⁴

É também sobre tais estruturas que se deverá necessariamente incidir, se qui-

(73) Para uma forte redução, em termos marginais, da intervenção penal, cf. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limiti della legge penale*, *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 *et seq.*; Ferrajoli, *Il diritto penale minimo*, *Ibid.*, p. 44 *et seq.*; Zaffaroni, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it. Napoli, 1994, p. 229 *et seq.*

(74) Cf. sobre o tema Maihofer, *Menschenbild und Strafrechtsreform, Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert*. Universitätstag 1994, Berlin, 1964, p. 12 *et seq.*

ser-se evitar de forma eficaz fenômenos de desvio; e nesse sentido corretamente se falou de problemas de “reeducação da sociedade”.⁷⁵ Caso contrário, o próprio processo individual de recuperação social poderia resultar, no mínimo, inútil, senão mistificador, porque dirigido a remover somente parte dos obstáculos que se opõem a uma correta coexistência civil.

Compartilhamos, todavia, da respeitável opinião de Roxin, segundo a qual o desvio criminal é uma constante da sociedade, cuja eliminação total nunca será possível: “ela pertence, como a parte mais obscura, à vida social, assim como dificilmente se encontra uma existência individual sem erros ou acontecimentos trágicos”.⁷⁶ Mas, apesar disso, a incidência dos fatores externos ao agente na etiologia do delito faz surgir fundamentalmente, ao lado da responsabilidade do indivíduo por seu fato, a co-responsabilidade da sociedade. E esta forma paralela de responsabilidade supra-individual, a nosso ver, não se pode eliminar, assim como geralmente é considerada,⁷⁷

somente por meio da predisposição de uma execução imposta com sentido ressocializante, com a previsão de intervenções particulares de sustentação *post poenam*, que tendam a favorecer a plena recuperação social do condenado: essa forma paralela de responsabilidade supra-individual extingue-se também e sobretudo oferecendo condições estruturais e modelos de comportamento — especialmente por parte de quem está investido de funções de particular significação — que determinem a união de consensos em torno de regras de comportamento.

Contextualmente deve ser realizada uma drástica redução do direito penal ao essencial, no pleno e incondicional respeito à centralidade do código. Uma poderosa redução das normas incriminadoras determina efeitos que, no final, tendem a assegurar melhor as exigências de defesa social do que um sistema de intervenção penal inflacionado e, por isso, irrealizável, que necessita periodicamente de medidas de clemência “emergenciais”.⁷⁸ De fato, a conseqüente redu-

(75) Assim falou Baratta, Sistema penale ed emarginazione sociale, *Quest. crim.*, 1976, p. 257-258. De “neutralização da sociedade como teoria radical da pena” falava Ernst Bloch, o grande filósofo da utopia concreta, em que a defesa da liberdade e da dignidade do homem deviam constituir o pressuposto imprescindível da estrutura social, cf. Bloch, *Strafrechtliche und di wirkliche Negation des Verbrechens, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt am Main*, 1975, p. 297.

(76) Cf. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., p. 27.

(77) A começar pelo mais respeitável teorizador da Mitschuld, Franz Von Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe* (1893), *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. I, cit., p. 45, 66 até Peter Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962, p. 14 *et seq.*, que fala de Mitverantwortung da sociedade, conceito

retomado também por outros penalistas alemães que, juntamente com Noll, darão vida à Alternativ-Entwurf; cf. Maihofer, *Menschenbild und Strafrechtsreform*, cit., p. 22; Arthur Kaufmann, *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedanens im Strafrecht*, cit., 557; Roxin, *Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., p. 68-69. Cf. a propósito G. V. de Francesco, In tema di rapporti tra politica criminale e dottrina del reato, *Arch. Pen.* 1975, I, 41; Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 476-477.

(78) Para uma brilhante reconstrução das “causas da inoperância da sanção penal” no interior de um sistema teleológico constitucional voltado, entre outras coisas, a conciliar proficuamente os parâmetros da racionalidade em relação ao objetivo com

ção do número de processos fará com que aqueles que deverão prosseguir estejam em condições de assegurar as realizações das duas exigências basilares da justiça penal: a obtenção de efetividade e o respeito às garantias. Deve ser considerado que a razão básica da tênue e insuficiente simpatia de que gozam as garantias consistem na idéia de que elas são um obstáculo à justiça; na verdade, os processos conduzidos com seriedade exigem um tempo maior do que os outros, mas isso é atribuído ao formalismo, apressadamente entendido como sinônimo de garantia, que com preocupante superficialidade é apresentado cada vez mais quase como uma função de apoio à criminalidade.

Acontece, então, que a justa exigência de justiça rápida e eficaz transforma-se na injusta exigência de justiça sumária, que é recebida com apreço pela opinião pública. Verifica-se, assim, a valorização daquela orientação que sempre esteve presente na justiça penal e que somente em alguns momentos foi abandonada, que liga o juízo a uma tendência freqüentemente manifestada de valorizar perspectivas de suspeita, de exaltar presunções de responsabilidade.⁷⁹ Quando a autoridade da instituição judiciária dá suporte a lógicas desse gênero, a própria civilização do direito é questionada. Nem nos parece, por outro lado, legítima a invocação de

uma “ética da responsabilidade” contraposta a uma outra ética “a das formas”,⁸⁰ considerada, nos fatos, portadora da ineficiência e fruto de preconceitos ideológicos; o que é também verdadeiro no que concerne a “preconceito ideológico” respeito a um dos postulados essenciais do estado de direito, a legalidade: se renunciarmos a ela, é ao estado de direito que se acaba por renunciar.

Se a isso se acrescenta dados das desmedidas possibilidades, teóricas, de intervenção penal, já presente em cada setor da experiência social e individual, por causa da produção hipertrófica de normas penais, fica o perigo de que o próprio sistema penal desapareça, na sua estrutura de conjunto normativo tendente a orientar a conduta dos membros da sociedade na direção do respeito aos bens jurídicos fundamentais, a garanti-los das excessivas pretensões estatais, assim como na sua função de controle dos fatos considerados danosos.

De fato, a hipertrofia acentua aquela relação de causalidade entre o cometimento do delito e a aplicação da sanção: nesse sentido é real falar de crime como “risco social”,⁸¹ com todos os problemas de “justiça por amostra” que esse dado traz consigo e que, certamente, não se constitui num fator de união de consensos, nem do ponto de vista da eficiência, nem do da equidade.

Por outro lado, se à profusão de normas penais junta-se uma técnica de legislação totalmente carente, com inexati-

os da racionalidade em relação aos valores, ver a ampla e profunda pesquisa de Maiello, *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, Riv. it. dir. proc. pen, 1992, p. 1029 et seq.

⁽⁷⁹⁾ Sobre o tema ver Contento, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, AAVV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, org. de A. M. Stile, Napoli, 1989, p. 513 et seq.; Flora, *Riflessioni su colpevolezza e responsabilità oggettiva “occulta” nella prassi giurisprudenziale*, Ibid., p. 543 et seq.

⁽⁸⁰⁾ Cf. Fassone, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 234; ver a propósito as considerações críticas agudamente feitas por Giostra, *Il processo penale “contro” la criminalità organizzata*, AAVV., *Lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 160 et seq.

⁽⁸¹⁾ Segundo a indicação de Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 47 et seq.

dões, confusões, incompreensão dos textos e, ainda, no plano dos tipos singulares, carências de taxatividade, antecipações exageradas, freqüentemente irrealizáveis, da tutela, com uma perda vertical em termos de certeza⁸² acabam por impor-se, em consequência do surgimento de fortes exigências de repressão, atalhos probatórios, abusos em matéria de custódia cautelar, títulos presumíveis de responsabilidade e mecanismos contextuais *lato sensu* premiais, que acentuam, também em relação a fatos gravíssimos, aquela relação de causalidade que termina por colocar em discussão a própria lógica penal. Deve ser aqui denunciada a perigosa tendência de valorização do modelo de tipo de autor, uma moeda falsa que nenhuma intervenção restritiva “liberal” poderá jamais tornar legítima num estado social de direito.

Se a isso se acrescenta o fato de que, também do ponto de vista global do controle meramente repressivo, os resultados deixam a desejar, a exigência de uma inversão brusca de tendência faz-se imperiosa. A verdade é que o sistema penal, quando é chamado a resolver problemas fora da sua alçada, está destinado a falhar, com a desagradável consequência de perder credibilidade também naqueles setores em que poderia adimplir eficazmente a sua função. Como foi lucidamente entendido por Cesare Beccaria: “Toda a lei que não esteja armada ou que a natureza das circunstâncias torne insubsistente não deve ser promulgada... assim, as leis inúteis, desprezadas pelos homens, transmitem o seu aviltamento também às leis mais salutares”.⁸³

O próprio aparato do Código Penal deve ser portanto repensado, seja para meditar-se novamente sobre os bens essenciais objetos de tutela, seja para refletir-se mais atentamente sobre as novas modalidades de agressão. Em muitos casos, de fato, não será necessário considerar novas objetividades jurídicas, mas será, no fundo, suficiente explicar formas de agressão diferentes, talvez mais sofisticadas, mas sempre agressões a confiáveis “bens tradicionais”. Um exemplo claro é, a nosso ver, dado pelo problema da disciplina dos fatos contra a economia, que, provavelmente, poderia receber uma solução satisfatória por meio de sua consideração em termos patrimoniais e não de “ordem econômica”, inevitavelmente submetida às mesmas dificuldades com as quais se defrontam os tipos que são confiados à espúria objetividade jurídica da ordem pública.⁸⁴

Trata-se mais uma vez da manifestação de um superficial e “realista” pragmatismo de tipo pós-moderno que, removendo o sólido sistema de garantias do “moderno”, liga-se imediatamente aos parâmetros repressivos do pré-moderno, que alimentou historicamente aquele realismo jurídico, estruturalmente autoritário e funcionalmente ineficiente que impeliu, porém, a conceber a ciência da legislação como ciência daqueles que pensam.⁸⁵

A fuga no direito penal acaba por significar somente a subtração das instituições às suas tarefas de correta ação político-social. À doutrina juspenalísta-

(82) Ver a propósito as considerações argumentadas feitas por Palazzo, *Certezza del diritto e codificazione penale*, *Pol. Dir.*, 1993, p. 365 *et seq.*

(83) Cf. Beccaria, *Deidelitti e delle pene*, cit., § XXXV, p. 65.

(84) Que nos seja permitido remeter o leitor ao nosso *Della tutela dei beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., 343 *et seq.*

(85) Cf. Gaetano Filanghieri, *La scienza della legislazione* (1780-88), *Introduzione*, Paris, 1853, p. 2 *et seq.*

ca⁸⁶ cabe então o dever de chamar a atenção sobre esse dado e de definir, de forma autocrítica, os limites da possibilidade do sistema penal.⁸⁷

Legitimidade e efetividade devem, portanto, caminhar juntas, iluminadas pela idéia de subsidiariedade que, no estado social de direito, impõe o recurso ao sistema penal somente como *extrema ratio* e respeitando todas as garantias estabelecidas. De modo diverso, ainda que se consiga reprimir temporariamente um fenômeno criminal, produzir-se-ão outras ilegitimidades e outras vítimas, com grave prejuízo para a causa da democracia.

“A justiça penal é um mal necessário, se ela superar os limites da necessidade fica sendo apenas um mal”,⁸⁸ essa profunda verdade – que sintetiza as aspirações a um direito penal laico, liberal, mínimo, mas também racional e eficiente – representa de forma impecável uma realidade normativa e cultural que vê no respeito ao homem e das suas prerrogativas de autonomia e dignidade, numa situação de solidariedade, a realização de um ideal comum e elevado de civilização e de democracia.

Na verdade, uma legislação e uma prática inspiradas num excesso de empirismo desenvolto, expressivo de uma valorização do pragmatismo (tecnicista) de tipo pós-moderno, pouco atento ao

momento axiológico de derivação normativo-constitucional, traz consigo o duplo risco de criar confusão do ponto de vista da estrutura do ordenamento, com o conhecido corolário da ineficiência e, além disso, de negligenciar o sistema das garantias, com graves prejuízos também dos direitos fundamentais: exemplos claros disso podem ser extraídos da ambiciosa normativa antimáfia, ou da prática autoritária em matéria de custódia cautelar.

Parece-nos, ao contrário, que o território em que se mantém prementes as instâncias da modernidade ainda a realizar-se é talvez precisamente o das relações jurídicas com o empenho de preservação dos valores fundamentais, para construir modelos novos de comportamento, para predispor novas modalidades de procedimentos de intervenção, sem renunciar às conquistas de tipo axiológico, como a fixação e a defesa solene dos direitos fundamentais, aos quais a própria civilização, no seu conjunto, não pode renunciar. É este o setor onde deve ser procurado aquele tanto de potencialidade, de experiência positiva a ser recuperada e mantida pelo mundo da modernidade. Devemos pensar que muitas das potencialidades da modernidade, muitos dos seus impulsos – ao lado também das derrotas – nunca foram de fato realizadas e, talvez, nem mesmo tentadas.⁸⁹

É necessário, então, repensar uma codificação que, uma vez liberada de toda velharia normativa, contenha, sob o modelo bagatelar ou não de uma lei penal fundamental, claras formas de imputação dos fatos, um sistema de san-

(86) Uma ampla e estimulante reflexão sobre a ciência juspenalística, compartilhável em muitos aspectos, é aquela recentemente desenvolvida por Pulitanò, *Quale scienza del diritto penale*, *Riv. it. proc. pen.*, 1993, p. 1.209 *et seq.*, v. em particular p. 1.213 *et seq.*, p. 1.235 *et seq.*

(87) Para um gênero diferente de idéias Cf. Fiandaca – Musco, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 63.

(88) Assim diz Roxin, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, *Radius*, 1966, III, 37.

(89) Sobre o tema, ver a brilhante pesquisa de Resta, *La certezza e la speranza. Saggio sul diritto e violenza*, 2. ed., Roma-Bari, 1996, p. 39 *et seq.* e passim; Id; *La stala e le masserizie: paradigmi dell'osservatore*, Roma-Bari, 1997, p. 129 *et seq.*

ções racionais, brandas e eficientes, um número também limitado de figuras graves de delito, reconhecíveis e aceitáveis pelos membros da sociedade. Todo o resto deverá desaparecer ou ser transformado em outras, sempre numericamente contidas, figuras de ilícito não penal; somente desse modo readquirirão significado princípios essenciais num estado de direito, de cuja validade atualmente pode se falar em termos de absoluta hipocrisia: nos referimos, entre outros, a princípios basilares como, por exemplo, o da obrigatoriedade da ação penal no plano processual e de subsidiariedade no plano substancial. Apenas assim será possível também imaginar para criação de novas normas penais, além da proibição de uma em si ilegítima decretação legislativa, procedimentos legislativos mais complexos do que os atuais, em consideração dos bens essenciais, liberdade e personalidade, que estão normalmente em questão no direito penal e com isso evitar o recurso de enxurrada a uma onívora quanto simbólica normativa penal. O “momento penal” deverá naturalmente ser somente o aspecto de um amplo projeto estratégico de muitos agentes de tipo político-social,⁹⁰ seriamente orientado para a remoção aqueles fatores de mal-estar da ordem socioeconômico-cultural, que tem normalmente tanta importância no processo de formação do desvio criminal.

Certamente, nesse momento parece difícil a elaboração de projetos de grande fôlego — que na linguagem comum, não sem a dureza de tons quase depreciativos, já parecem como utopias — quando a sociedade vive toda esmagada no presente, privada de qualquer sentido do

passado e, o que talvez seja ainda mais grave, do futuro. Deste modo é o próprio “princípio da esperança” — assim como aparece esculpido na magistral e fascinante lição de Ernest Bloch⁹¹ — que acaba sendo negado na premissa; mas isso traz consigo uma implicação inquietante, no sentido de que a ação do legislador é definitivamente reduzida à perseguição de um interesse que, no seu absoluto imediatismo, corre o risco de acabar irremediavelmente num mero interesse de parte e, portanto, de baixo perfil.

Assistimos agora a uma inquietante mistura geral de idéias-guias e valores, com rápido crescimento de fundamentalismos superficiais que não levam muito longe.

A isso junta-se a implosão da atividade crítica que pela experiência juspenalística, além de, embora freqüentes, tomadas de posições “fracas”, o mais das vezes privadas de consistência e instrumentos, está nos fatos confiada a uma incompreensão e às vezes pouco compreensível atividade acadêmica, certamente pouco visível, fechada como é, na maior parte dos casos, nas divisões das cidadelas universitárias. A tudo isto deve ser posto reparo: para começar deveremos nos esforçar em experimentar formas simples de comunicação entre ciência jurídica e legislador; de outra forma, de um lado corre-se o risco de nos esterilizar num individualismo narcisista e, de outro — e as conseqüências são muito mais relevantes —, de nos precipitar ainda mais num assustador diletantismo (cripto) autoritário, com prejuízo da própria democracia.

No momento atual, impõe-se à ciência penalística a tarefa de uma projeção de estratégias de legítimo controle social, mas também a de uma atualizada veri-

⁽⁹⁰⁾ Cf. Baratta, *Stato sociale de diritto e abolizionismo*, no prelo, AAVV., *Il sistema penale dello stato sociale di diritto. Atti del seminario di diritto penale*, 18.11.1996 — 23.05.1997, Universidade de Salerno.

⁽⁹¹⁾ Cf. Bloch, *Das prinzip Hoffnung*, Frankfurt — am Main, 1959.

ficação crítica da legislação penal, que deixe evidente a sua tensão em relação às aspirações para uma intervenção penal mínima capaz de conciliar, mediante a redução da área do penalmente relevante, o respeito às garantias constitucionais, com a abertura para estratégias extrapenais e extrajurídicas eficientes de gestão de conflitos. Se, de fato, por um lado, parece sem dúvida compartilhável a idéia de uma construção da conflituosidade social livre da hipoteca do pan-penalismo, não se pode, por outro lado, na projeção de estratégias alternativas, perder de vista o problema do confronto com medidas normativas e práticas jurisprudenciais preocupantes para os direitos do indivíduo; de outra forma, risco é o de abandono da realidade do exercício cotidiano

do poder punitivo estatal ao arbítrio de atos que, enquanto incompatíveis com os princípios constitucionais, podem ser definidos como subversivos.

Parece necessário, portanto, desenvolver as implicações de uma concepção do sistema penal orientada para os princípios constitucionais de respeito da dignidade humana, proporcionalidade, subsidiariedade, legalidade-determinação, lesividade, personalidade da responsabilidade, privilegiando a perspectiva da redução da área de intervenção penal e da imposição não meramente negativa do problema das garantias, mediante uma elaboração que coloque ao lado da limitação garantidora do poder punitivo a predisposição de instrumentos ordenamentais de maior alcance e, portanto, mais eficazes.