ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

73

julho-agosto de 2008

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 16 n. 73 julho-agosto de 2008

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. PROIBIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL, POR QUALQUER MEIO OU PROCESSO (LEI 9.610/98, LEI DOS DIREITOS AUTORAIS).

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Microart® Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0004-03

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT:
Tel. 0800-702-2433
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor:
sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente
Alberto Silva Franco

1º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

2º Vice-Presidente
Theodomiro Dias Neto

1º Secretário
Carlos Alberto Pires Mendes

2ª Secretária
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2ª Tesoureira
Silvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Manãs, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tattiana Viggiani Bicudo

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Carina Quito

Cursos
Cristiano Ávila Maronna

Comunicações
Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Ludmila de Vasconcelos Leite Groch

Núcleo de Pesquisas
Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc:
Flávia D'Úrso, Glauber Callegari e Renata Tybiriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

História
Roberto Mauricio Genofre

Infância e Juventude
Renata Flores Tybiriçá

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Coordenadores Regionais

1ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

2ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) – Oswaldo Trigueiro Filho

5ª Região (Bahia e Sergipe) – Wellington César Lima e Silva

6ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) – Marcio Barandier

7ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

8ª Região (Minas Gerais) – Felipe Martins Assis Pinto

9ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

10ª Região (São Paulo) – Ricardo Guinalz

11ª Região (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Coordenadora
Juliana Garcia Belloque

Coordenadores - Adjuntos
Denise Neves Abade, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da Revista:
Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, Carlos María Romeo-Casabona, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jacqueline Sinhoretto, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Mauricio Genofre, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi

Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS

Adolfo Ceretti, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli, Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 74 – setembro-outubro – 2008

Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible

Kai Ambos

O problema da relevância negativa da causa virtual
em sede de imputação objectiva

Paulo de Sousa Mendes

Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil.
Lei de anistia e prescrição penal

Marlon Arlon Alberto Weichert

Sumário

1. Direito Penal

As raízes sociológicas do funcionalismo penal: uma aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs 9

Juliana Cardoso Benedetti

Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho 48

Julio Dalton Ribeiro

Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento 83

Ivan Luís Marques da Silva

2. Processo Penal

Sigilo profissional e prova penal 107

Diego Fajardo Maranha Leão de Souza

A nova competência criminal da Justiça Militar 156

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach

3. Crime e Sociedade

Mitos e realidades sobre a criminalidade na América Latina. Algumas observações estratégicas sobre como enfrentar e melhorar a coesão social 171

Bernardo Kliksberg

Elementos para uma sociologia histórica da Polícia Civil em Minas Gerais 217

Eduardo Cerqueira Batitucci

Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social 244
Carmen Hein de Campos

A sujeição pela disciplina: religião e castigo na prisão 268
Camila Caldeira Nunes Dias

4. O Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

Extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva. Ausência de interesse de agir ou processual 299
Inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (11.343/2006) 306

4.2 Parecer

Da diferença entre ação e processo: nulidade do processo decorrente do recebimento de denúncia em caso de parcelamento do crédito nos crimes contra a ordem tributária 316
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

4.3 Jurisprudência comentada

Reconhecimento da extinção da punibilidade pelo ressarcimento à vítima no estelionato comum 337
Luciano Anderson de Souza

5. Índice Alfabético-Remissivo

Autores 367
Temas 369

Normas de publicação 373

1. Direito Penal

As raízes sociológicas do funcionalismo penal: uma aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs

Juliana Cardoso Benedetti
Graduada em Direito e graduanda em Ciências Sociais pela USP. Mestranda em Direito Penal pela USP. Mestranda pelo programa "Sistema Penal y Problemas Sociales" da Universitat de Barcelona. Advogada.

Resumo: Situando-os em uma mesma cadeia intelectual, o presente trabalho visa a confrontar os pensamentos de Émile Durkheim e de Günther Jakobs, a fim de demonstrar que a herança sociológica do chamado funcionalismo penal ultrapassa os limites da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Além disso, a partir de um exercício de comparação, é possível identificar não apenas pontos de contato entre ambos, mas também pontos de divergência que revelam algumas das inconsistências existentes na teoria de Günther Jakobs.

Palavras-chave: Funcionalismo – Émile Durkheim – Günther Jakobs.

Abstract: By placing them within the same intellectual chain, this essay aims at comparing the thoughts of Émile Durkheim and Günther Jakobs, in order to demonstrate that the sociological background of the so-called criminal functionalism exceeds the boundaries of Niklas Luhmann's systemic theory. Furthermore, the comparison between them allows us to identify not only common aspects, but also disagreements that reveal some of the inconsistencies of Günther Jakobs' theory.

Keywords: Functionalism – Émile Durkheim – Günther Jakobs.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O pensamento de Émile Durkheim: 2.1 Da divisão do trabalho social; 2.2 As regras do método sociológico – 3. Confronto entre os pensamentos de Durkheim e Jakobs – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

1. Introdução

Em seu já célebre texto *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Claus Roxin (2000) faz uma severa crítica à concepção clássica, tributária de Franz von Liszt, sobre a relação entre dogmática penal e política criminal. Como expõe Roxin, ao conceber a dogmática penal como a "magna carta do delinqüente", Liszt procurou blindá-la de qualquer influxo externo que pudesse subverter o propósito de proteção da liberdade individual contra o arbítrio estatal, que ele próprio encarava como o fim precípuo do direito penal. Essa blindagem se deu relegando à dogmática penal a exclusiva tarefa de sistematização de conceitos e princípios jurídicos, a qual deveria ser levada a cabo de modo alheio a qualquer tipo de questionamento político-criminal, a fim de que se evitasse qualquer ameaça à constituição garantista do direito penal. Embora reconhecendo os louváveis intuitos dessa oposição entre dogmática penal e política criminal, Roxin nela identifica as origens de um indesejável distanciamento entre direito penal e realidade social, notando a freqüente insuficiência da utilização de fórmulas abstratas na solução de casos concretos. Roxin visa, assim, à superação da cisão clássica entre as duas disciplinas, propondo que o sistema fechado de direito penal, idealizado por Liszt, ceda lugar a um sistema aberto, no qual seja dada à dogmática a capacidade de processar aportes político-criminais e, assim, obter, desde fora, a matéria-prima fundamental de seu trabalho de sistematização jurídica.

A abertura do sistema de direito penal, iniciada por Roxin, foi a porta de entrada não só de considerações de índole político-criminal, mas também de

influências variadas das ciências sociais como um todo. Com efeito, possibilitou que a dogmática penal pudesse se valer, também, de contribuições da sociologia. Essa influência sociológica é patente na obra de Günther Jakobs. Embora tenha lançado mão, como pontos de partida, das formulações penais de Welzel e do próprio Roxin e, ademais, tenha sido fortemente influenciado pela filosofia de Hegel (PARMA, 2003, p. 106), Jakobs foi o primeiro penalista a estabelecer, solidamente, um diálogo com a sociologia, ao incorporar algumas noções do sociólogo Niklas Luhmann. A influência de Luhmann na obra de Jakobs é tão significativa que, sempre que se discutem as raízes sociológicas do chamado funcionalismo penal, é em torno das relações entre a teoria desse sociólogo e a doutrina de Jakobs que gravita a maior parte dos comentários. Costuma-se esquecer que Luhmann é apenas um dos pontos finais[1] de uma longa corrente de pensamento sociológico que remonta ao século XIX, e ficou conhecida, analogamente, como funcionalismo. A trajetória do funcionalismo sociológico, com efeito, tem suas origens no pensamento evolucionista de Herbert Spencer, é melhor delineado por Émile Durkheim, espraia-se para a antropologia com Alfred Radcliffe-Brown, passa por Talcott Parsons e Robert Merton, até, mais tarde, alcançar o pensamento sistêmico de Niklas Luhmann.

O objetivo do presente trabalho é, justamente, na busca pelas raízes sociológicas do funcionalismo penal, ir além da óbvia menção a Luhmann e desvendar algumas das relações existentes entre o funcionalismo sociológico e o funcionalismo penal a partir do confronto entre o pensamento de Günther Jakobs e o pensamento de Émile Durkheim, considerado um dos fundadores da corrente funcionalista no âmbito da sociologia. Supõe-se aqui que funcionalismo sociológico e funcionalismo penal têm muito mais em comum que o simples rótulo: compartilham da mesma concepção de sociedade e assentam suas conclusões sobre as mesmas idéias-chave.

1. Ao lado do pensamento luhmanniano, figura também, como um dos herdeiros mais novos do funcionalismo sociológico, o chamado neofuncionalismo, que tem como um de seus expoentes o sociólogo americano Jeffrey Alexander.

Assim, a compreensão do funcionalismo sociológico pode ser de grande valia na compreensão do funcionalismo penal. Por assim dizer:

"El conocimiento pues, de las principales orientaciones del funcionalismo sociológico moderno, creemos que es el único modo de poder entender *a posteriori*, correctamente, los posicionamientos más interesantes que en la actualidad se formulan desde el pensamiento dogmático-penal funcionalista" (EIBE, 2005, p. 2).

Émile Durkheim não é uma referência explícita de Jakobs. Do seu tratado de direito penal, constam apenas duas menções bibliográficas relativas a Durkheim. Uma delas é um artigo intitulado *Kriminalität als normales Phänomen*, publicado por Fritz Sack e René König na coletânea *Kriminalsoziologie* e extraído da obra *As regras do método sociológico* (JAKOBS, 1997b, p. 3) e a outra é um livro de Werner Gephart, chamado *Strafe und Verbrechen: die Theorie Emile Durkheims* (JAKOBS, 1997b, p. 4), o qual é expressamente citado no trecho em que Jakobs discute a missão da pena (JAKOBS, 1997b, p. 14, nota 14), o que demonstra, de plano, uma admitida convergência entre o papel que Durkheim atribui à pena e a concepção de Jakobs sobre o mesmo tema. A escassa alusão a Durkheim, no entanto, não significa que sua influência sobre Jakobs não seja significativa. É preciso atentar, aqui, para o fenômeno da interdiscursividade.

A interdiscursividade é uma das formas de expressão de um fenômeno referido pelos lingüistas como intertextualidade. A intertextualidade pode ser definida como uma propriedade de que dispõe um determinado texto de conter excertos, explicitamente demarcados ou indistintamente imersos, de outros textos, com os quais dialoga, seja assimilando-os, seja contrariando-os (FAIRCLOUGH, 1994, p. 84). Indica, por assim dizer, a propriedade que tem um texto de recuperar e atualizar o discurso[2] de outro, de modo manifesto ou não. Quando essa atualização se dá de forma não explícita, a intertextualidade é chamada de interdiscursividade.

2. O termo "discurso" pode ser compreendido como uma maneira particular de discorrer sobre um tema (FAIRCLOUGH, 1994, p. 128).

O fenômeno da interdiscursividade pode dar origem a uma cadeia intertextual (FAIRCLOUGH, 1994, p. 130), isto é, a uma seqüência de textos ao longo da qual o discurso é retomado em novos termos e transformado.

Nesse sentido, é possível aproximar Durkheim e Jakobs pelo fato de ambos tomarem parte de uma mesma cadeia intertextual: o discurso de Durkheim chegou até Jakobs por conta da atualização realizada por Parsons, Merton e, finalmente, Luhmann. É claro que, pela distância que os separa, nem sempre os discursos de Durkheim e Jakobs são convergentes – até porque, a cada etapa da cadeia, velhos elementos foram abandonados e novos elementos foram agregados e fundidos a outras influências. Na própria obra de Jakobs, é impossível distinguir precisamente aquilo que pode ter derivado imediata e exclusivamente de Durkheim, já que suas idéias estão imiscuídas com idéias similares de outros autores. No que toca, por exemplo, à teoria da pena, as influências de Hegel e Durkheim, mediadas, é claro, por Luhmann, estão de tal modo mescladas, que é impraticável precisar o papel de cada uma delas. Mas, de maneira geral, é possível vislumbrar algumas semelhanças entre ambos e até mesmo, tomando como base o pensamento de Durkheim, identificar alguns pontos falhos no pensamento de Jakobs.

Para tanto, todavia, é preciso, antes, oferecer um panorama da obra de Durkheim, eis que ela não é tão familiar ao penalista quanto o pensamento do próprio Jakobs e mesmo o de Luhmann. Isso se fará com amparo, fundamentalmente, na obra *Da divisão do trabalho social*, a primeira grande obra de Durkheim, em que já estão enunciadas as principais teses do sociólogo, algumas das quais seriam aprofundadas posteriormente em outras obras como *O suicídio* e *As formas elementares da vida religiosa*. Além da obra *Da divisão do trabalho social*, será referido, por conta da sua pertinência em relação a alguns dos pontos que serão enfatizados aqui, o livro *As regras do método sociológico*. É em *Da divisão do trabalho social* e em *As regras do método sociológico* que a perspectiva funcionalista se faz mais patente em Durkheim, estando ausente ou presente de modo meramente secundário nas suas demais obras (RODRIGUES, 1978, p. 28).

2. O pensamento de Émile Durkheim

2.1 Da divisão do trabalho social

A obra *Da divisão do trabalho social*, originalmente elaborada por Durkheim como sua tese de doutorado, foi publicada por primeira vez em 1893. Com certa perplexidade diante das bruscas transformações sociais ocorridas em seu tempo e preocupado com o crescente individualismo por elas trazido, Durkheim foi levado a interessar-se pelo problema da coesão social. De fato, suas perguntas fundamentais, nessa obra, podem resumir-se em: "Como pode uma coleção de indivíduos constituir uma sociedade? Como se chega a esta condição da existência social que é o consenso?" (ARON, 2002, p. 458).

Elegendo, nessa obra, como objeto de estudos a divisão do trabalho social, Durkheim revisa, inicialmente, a interpretação usual sobre esse fenômeno no seio do pensamento científico. Constata que, via de regra, a divisão do trabalho é tida como um mero dado da vida econômica. Nesse sentido, tendo em vista que os eventos econômicos, por não se revestirem de imperatividade nem estarem vinculados a sanções sociais, estão fora do domínio da moral, também a divisão do trabalho seria um fenômeno moralmente indiferente (DURKHEIM, 1999a, p. 18). No entanto, o sociólogo francês verifica que, no senso comum, a paulatina divisão do trabalho social, da qual derivaria uma sobrevalorização do indivíduo às custas do embotamento de valores coletivos, é reputada como uma ameaça à integração social. Desse diagnóstico, deduz que a divisão do trabalho social não é um dado tão-somente econômico, mas que apresenta, igualmente, um caráter moral, já que "as necessidades de ordem, de harmonia, de solidariedade social são geralmente tidas como morais" (DURKHEIM, 1999a, p. 30). E sua hipótese de trabalho vai, justamente, na contramão do senso comum, à medida que sugere que, ao contrário do que se acredita, a divisão social pode ser um fator de coesão social – e não de desintegração.

Para demonstrar sua hipótese, Durkheim estabelece um plano de trabalho em que divide sua obra em três partes, cada qual correspondendo a uma etapa da sua análise. Na primeira, investiga a função da divisão do trabalho social, na segunda, expõe suas causas e condições e, enfim, na última, analisa as formas anormais da divisão do trabalho.

Na primeira etapa, principia esclarecendo sobre o conceito de função, referindo-se a duas acepções distintas do termo. Assim, o termo "função", de acordo com Durkheim: "Ora designa um sistema de movimentos vitais, fazendo-se abstração das suas conseqüências, ora exprime a relação de correspondência que existe entre esses movimentos e algumas necessidades do organismo" (1999a, p. 13). É nessa segunda acepção, ao associar as atividades que compreendem uma função às necessidades de que elas dão conta, que Durkheim utiliza o termo. Assim, "perguntar-se qual é a função da divisão do trabalho é, portanto, procurar a que necessidade ela corresponde" (1999a, p. 13). Como visto, Durkheim rechaça a idéia de que a divisão do trabalho possa ter uma função exclusivamente econômica, servindo tão-somente ao desenvolvimento material da sociedade, e propõe que ela tenha, também, uma função moral, isto é, que exerça um papel na tarefa de assegurar a coesão social, criando um vínculo, a que ele chama de solidariedade, entre os membros do grupo social. Vê, então, a necessidade de analisar a solidariedade social, momento em que se depara com a dificuldade de investigar um fenômeno moral, de natureza eminentemente interna às pessoas. É obrigado, então, a centrar-se no exame das manifestações externas da solidariedade: "é necessário, portanto, substituir o fato interno que nos escapa por um fato externo que o simbolize e estudar o primeiro através do segundo" (1999a, p. 31). O fato externo escolhido por Durkheim é o direito, tomado como o símbolo visível da solidariedade. Com efeito:

"Quanto mais os membros de uma sociedade são solidários, mais mantêm relações diversas seja uns com os outros, seja com o grupo tomado coletivamente, pois, se seus encontros fossem raros, só dependeriam uns dos outros de maneira intermitente

e fraca. Por outro lado, o número dessas relações é necessariamente proporcional ao das regras jurídicas que as determinam" (DURKHEIM, 1999a, p. 31).

O direito é, então, entendido como a expressão institucionalizada de certas relações sociais. Se a forma pela qual essas relações se dão reflete o modo pelo qual os membros do grupo social são solidários entre si, decorre que a partir da análise do direito de uma sociedade será possível dizer algo sobre a solidariedade existente entre seus integrantes. A predominância de um determinado tipo de direito indicará a prevalência de um determinado tipo de solidariedade social. Durkheim examina, então, os diferentes tipos de direito que, para ele, constituem dois: o direito repressivo e o direito restitutivo. Ele não se vale da clássica distinção entre direito público e direito privado por julgá-la imprecisa e equivocada; prefere, tendo em vista que o que caracteriza uma regra jurídica é o fato de ser um preceito de conduta sancionado, adotar como critério de classificação a sanção. Assim:

"Há dois tipos de sanções. Umas consistem essencialmente numa dor, ou pelo menos, numa diminuição inflingida ao agente; elas têm por objeto atingi-lo em sua fortuna, ou em sua honra, ou em sua vida, ou em sua liberdade, privá-lo de algo de que desfruta. Diz-se que são repressivas – é o caso do direito penal [...]. Quanto ao outro tipo, ele não implica necessariamente um sofrimento ao agente, mas consiste apenas na *reparação das coisas*, no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, quer o ato incriminado seja reconduzido à força ao tipo de que desviou, quer seja anulado, isto é, privado de todo e qualquer valor social. Portanto, devemos distinguir em duas grandes espécies as regras jurídicas, conforme tenham sanções repressivas organizadas ou sanções restitutivas. A primeira compreende todo o direito penal; a segunda, o direito civil, o direito comercial, o direito processual, o direito administrativo e constitucional, fazendo-se abstração das regras penais que se podem encontrar aí" (DURKHEIM, 1999a, p. 37).

Definindo, dessa forma, as espécies de direito, Durkheim passa à análise da primeira, isto é, do direito repressivo. Considerando que os atos aos quais se atribui

uma sanção repressiva, ou seja, uma pena, são denominados de crimes, Durkheim vê a necessidade de definir o que é crime. Para tanto, deve-se identificar um elemento que esteja presente em todas as variações criminológicas. Esse elemento que qualificaria um ato como crime não pode ser uma propriedade intrínseca do ato, visto que os atos definidos como crimes variam segundo a sociedade.[3] Assim, esse elemento há de ser buscado não no ato em si, mas na relação que ele mantém com as condições sociais em que está inserido. Inicialmente, segundo Durkheim, pensou-se que essa relação consistiria no antagonismo entre o ato praticado e as condições fundamentais da vida coletiva. Assim, seriam tidos como crimes aqueles atos nocivos à sociedade, contrários aos interesses da coletividade, que prejudicassem as condições mais vitais à continuidade da vida social. Como essas condições diferem de sociedade para sociedade, estaria explicada assim a variabilidade do direito repressivo. Ocorre que, como aponta Durkheim, existem, de um lado, muitos crimes que não causam qualquer prejuízo à sociedade e, de outro, muitos atos "desastrosos" que não são considerados crimes (1999a, p. 42). Portanto, a nocividade em relação a certos interesses sociais gerais não é o que atribui caráter criminoso a um dado ato.

Desse modo, Durkheim conclui que o elemento que torna certo ato criminoso é a ofensa que ele provoca contra certos sentimentos coletivos fortemente arraigados entre os membros do grupo social. Em outras palavras:

"De fato, a única característica comum a todos os crimes é que eles consistem [...] em atos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade. [...] isso significa que o crime melindra sentimentos que se encontram em todas as consciências sadias de um mesmo tipo social" (DURKHEIM, 1999a, p. 43).

3. Nesse ponto, Durkheim se opõe expressamente a Garófalo, para quem o crime (ou, pelo menos, o chamado *delito natural*) é somente aquele tido como tal, universalmente, por todas as sociedades. Para Durkheim, no entanto, não há motivo para considerar que um ato que é entendido como crime só por determinados grupos sociais seja *menos crime* que outro cuja criminalidade seja mais extensamente reconhecida. Uma tal restrição excluiria injustificadamente do âmbito de análise uma gama enorme de condutas, resultando em uma noção incompleta sobre o crime (DURKHEIM, 1999a, p. 40, nota 1).

O que demonstraria a veracidade dessa conclusão é o fato de que, ao contrário do que ocorre no direito civil, em que as proibições são claramente enunciadas, no direito penal, as proibições são pressupostas. Com efeito, uma regra penal não enuncia "é proibido matar", ela simplesmente consigna a conduta – "matar alguém" – e, logo depois, já comina uma pena. Para Durkheim, a desnecessidade de formulação expressa da proibição quer dizer que ela já está sedimentada em cada um dos membros do grupo social e é por eles aceita sem contestação (1999a, p. 45).

Durkheim ressalta ainda que, para que um ato seja considerado crime, é preciso que o sentimento coletivo que ele vulnera seja intenso e preciso. Do contrário, se esse sentimento é demasiadamente fraco ou vago, uma ofensa contra ele pode ensejar uma sanção moral, mas não uma pena (1999a, p. 51).

O conteúdo do direito repressivo guarda, então, correspondência com o conteúdo daquilo que Durkheim chama de "consciência coletiva ou comum", isto é, "o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade" e que "forma um sistema determinado que tem vida própria" (1999a, p. 50). A consciência coletiva é mais que a simples soma das consciências individuais: ela é uma realidade distinta, que cobre toda a extensão de uma sociedade e que independe das condições particulares dos indivíduos que a integram.

A pena, nesse sentido, é uma reação à vulneração de algum desses sentimentos que compõem a consciência coletiva. Durkheim a define como uma "reação passional, de intensidade graduada, que a sociedade exerce por intermédio de um corpo constituído contra aqueles de seus membros que violaram certas regras de conduta" (1999a, p. 68).

Explica Durkheim que a pena consiste em uma reação passional porque a representação mental de um sentimento contrário ao nosso provoca um desconcerto emocional em nossa vida psíquica, levando invariavelmente à debilitação do sentimento original. Em outras palavras, a representação da ofensa impacta nossa vida psíquica e entra em confronto com o sentimento vulnerado, enfraquecendo-o. As emoções violentas que afloram na nossa consciência por conta

do crime, para Durkheim, "constituem, na realidade, uma convocação de forças suplementares que vêm restituir ao sentimento atacado a energia que a contradição lhe retira" (1999a, p. 70). A pena, então, é uma forma de recompor o sentimento abalado pelo crime. Sua intensidade é graduada porque a força da reação tende a ser proporcional à força com que o crime viola um dado sentimento. E, por fim, a pena é sempre uma reação social, porque os sentimentos que o crime vulnera são de natureza coletiva e estão presentes na vida psíquica de todos os membros do grupo social. Do mesmo modo que representações contrárias se repelem e se enfraquecem mutuamente, representações semelhantes tendem a se atrair e a se amplificar, especialmente quando diante de uma contradição comum. Portanto, "o crime aproxima as consciências honestas e as concentra" (1999a, p. 75), induzindo-as a uma reação conjunta.

Analisando a dinâmica do direito repressivo, Durkheim conclui que o direito repressivo evidencia uma forma de coesão social fundada na participação do indivíduo na consciência coletiva da sociedade a que pertence ou, por assim dizer, "na conformidade de todas as consciências particulares a um tipo comum que não é outro senão o tipo psíquico da sociedade" (1999a, p. 78). Junto de nossa consciência individual, que contempla estados psíquicos exclusivamente pessoais, vive em nós, segundo Durkheim, uma consciência coletiva, na qual se concentram estados comuns a toda a sociedade (1999a, p. 78). É essa consciência coletiva que forja a solidariedade social e garante, assim, a coesão da sociedade. Essa espécie de solidariedade é tanto mais forte quanto maior o espaço ocupado, na vida psíquica dos integrantes do grupo social, pela consciência coletiva, em detrimento, é claro, do espaço ocupado pela consciência individual. Cuida-se, então, de uma sociedade de indivíduos semelhantes, já que o espaço reservado às particularidades é bastante estreito. Por assim dizer, o indivíduo é solidário em relação aos demais, essencialmente, porque é deles semelhante.

O crime é perigoso, portanto, porque o desvio em relação às similitudes sociais derivadas da comunhão coletiva de sentimentos abala a consciência comum

e ameaça, por sua vez, a própria coesão social da qual ela é o sustentáculo. Nesse contexto, a pena tem a função precípua de, ao contradizer a ofensa dirigida contra os sentimentos coletivos que conformam a consciência coletiva e, assim, restabelecer a intensidade desses sentimentos, bem como a força da própria consciência comum, e assegurar, por via de conseqüência, a própria coesão social. Com efeito:

"A pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; desse duplo ponto de vista, sua eficácia é justamente duvidosa e, em todo caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, mantendo toda a vitalidade da consciência comum. Negada de maneira tão categórica, esta perderia necessariamente parte de sua energia, se uma reação emocional da comunidade não viesse compensar essa perda, e daí resultaria um relaxamento da solidariedade social. Portanto, é necessário que ela se afirme com vigor no momento em que for contradita, e o único meio de se afirmar é exprimir a aversão unânime, que o crime continua a inspirar, mediante um ato autêntico que só pode consistir em uma dor infligida ao agente [...]. É o sinal a atestar que os sentimentos são sempre coletivos, que a comunhão dos espíritos na mesma fé permanece íntegra e, com isso, repara o mal que o crime fez à sociedade" (DURKHEIM, 1999a, p. 82).

Dessa forma, a pena não se presta a produzir efeitos sobre o indivíduo que comete o crime, mas visa a atingir a coletividade como um todo:

"o castigo é sobretudo destinado a agir sobre as pessoas honestas, pois, visto que serve para curar os ferimentos provocados nos sentimentos coletivos, só pode ter esse papel onde esses sentimentos existem e na medida em que são vivos. Sem dúvida, prevenindo nos espíritos já abalados um novo debilitamento da alma coletiva, o castigo pode muito bem impedir que os atentados se multipliquem; mas esse resultado, útil de resto, nada mais é que um reflexo particular" (DURKHEIM, 1999a, p. 82).

Uma vez analisado o papel do direito repressivo e desvendada sua relação com a coesão social, Durkheim passa a examinar o direito restitutivo, para descobrir

qual o tipo de solidariedade que lhe é peculiar. O direito restitutivo tem, segundo ele, duas formas: uma negativa, que imporia deveres de abstenção, e outra positiva, que estabeleceria direitos e deveres de cooperação (1999a, p. 90).

A forma negativa é típica dos direitos reais, que unem uma pessoa a uma coisa. O titular do direito real é amparado evitando-se, através da imposição de um dever de abstenção geral a terceiros, que os demais possam ingerir sobre a coisa. Essa forma negativa, no entanto, só seria capaz de engendrar uma solidariedade também negativa, eis que não faz com que as vontades convirjam, mas tão-somente evita um choque entre elas (1999a, p. 91). Em realidade, a estipulação de deveres de abstenção pressupõe a existência de condições de cooperação na qual um ambiente de colaboração propício a concessões mútuas possa ser arranjado e, portanto, indica a necessidade de que uma outra forma de solidariedade, positiva, preceda a solidariedade negativa.

Os demais ramos do direito restitutivo, incluindo-se o direito contratual, o direito familiar e o direito administrativo, por exemplo, constituem sua forma positiva e prestam-se, exatamente, a criar condições de cooperação entre os indivíduos (1999a, p. 98). Sua tarefa é distribuir papéis e promover uma divisão harmônica de funções entre os membros da sociedade. À medida que a crescente especialização os obriga a manter contatos constantes com os demais para prover os meios da sua própria subsistência, a divisão do trabalho cria uma situação de dependência recíproca entre os indivíduos e, de modo análogo à consciência coletiva, também contribui para a coesão social. O vetor da solidariedade, nesse caso, não é a semelhança, mas a diferença, que forja a criação de um vínculo de dependência. O indivíduo é solidário em relação aos demais não porque com eles se pareça, mas porque deles depende.

Nesse sentido, se a consciência coletiva está associada a uma forma de solidariedade cuja manifestação é o direito repressivo, o fenômeno da divisão do trabalho social está relacionado a uma forma de solidariedade que tem expressão no direito restitutivo. De fato:

"A vida social deriva de uma dupla fonte: a similitude das consciências e a divisão do trabalho social. O indivíduo é socializado, no primeiro caso, porque, não tendo individualidade própria, confunde-se, como seus semelhantes, no seio de um mesmo tipo coletivo; no segundo, porque, tendo uma fisionomia e uma atividade pessoais que o distinguem dos outros, depende deles na mesma medida em que se distingue e, por conseguinte, da sociedade que resulta de sua união" (DURKHEIM, 1999a, p. 216).

Está-se, então, diante de duas formas de solidariedade distintas: uma solidariedade mecânica e uma solidariedade orgânica. Durkheim nomeia de mecânica a solidariedade materializada pelo direito repressivo, por comparar os indivíduos que dela tomam parte a moléculas de um corpo inorgânico, que se encontram coesas simplesmente pela similitude e pela justaposição e movem-se juntas, na mesma direção, por conta de uma força meramente mecânica. Numa sociedade cuja solidariedade é mecânica, as consciências individuais tendem a seguir mecanicamente o movimento da consciência coletiva (1999a, p. 107). Diferentemente, a solidariedade expressa pelo direito restitutivo é por ele denominada de orgânica, na medida em que se comparam os indivíduos unidos por essa forma de solidariedade aos órgãos de um corpo vivo, que são diferentes uns em relação os outros, exercem autonomamente suas respectivas funções e mantêm-se coesos pela dependência recíproca que possuem.

De acordo com Durkheim, a solidariedade mecânica cria vínculos menos resistentes, o que se demonstra pela facilidade de desligamento que possuem os membros de um grupo social em que predomina esse tipo de solidariedade e de incorporação de estrangeiros. Assim como a perda de um órgão é mais gravemente sentida por um corpo vivo do que a perda de uma molécula por um corpo bruto, a sociedade é muito mais abalada pela perda de um indivíduo quando predomina a solidariedade orgânica do que quando prevalece a solidariedade mecânica, do que resulta uma maior rigidez dos vínculos sociais (1999a, p. 131).

A exposição a respeito dos tipos de solidariedade até agora apresentada, no entanto, nada diz sobre a relação entre eles. É certo que, ainda hoje, as duas

espécies convivem em alguma medida, mas, de acordo com Durkheim, tende a haver, historicamente, uma preponderância progressiva da solidariedade orgânica sobre a mecânica. A solidariedade mecânica é típica das sociedades simples, que se organizam essencialmente sob um sistema de segmentos sociais homogêneos (hordas, clãs, tribos), ao passo que a solidariedade orgânica prevalece nas sociedades complexas, modeladas como sistemas de órgãos coordenados por um órgão central (Estado). O que demonstra essa preponderância história é a paulatina perda de importância do direito repressivo em detrimento do direito restitutivo nas sociedades atuais. De fato, nas sociedades arcaicas, o aparato jurídico era quase que inteiramente constituído de prescrições de índole repressiva; hoje, no entanto, disposições restitutivas superam em volume disposições de natureza repressiva (1999a, p. 128). Além disso, as regras repressivas mudaram qualitativamente, voltando-se essencialmente à tutela do indivíduo. Isso porque, em vista do aumento da importância da consciência individual, às custas da redução do âmbito de abrangência da consciência coletiva, os sentimentos coletivos remanescentes com intensidade suficientemente grande para integrar a consciência comum, hoje, são aqueles que aludem ao respeito ao indivíduo, seja à sua pessoa, seja aos seus bens, e não mais a aspectos outros da vida social (1999a, p. 149).

Uma vez demonstrado que a divisão do trabalho, apresenta, sim, um caráter moral, eis que atua na manutenção da coesão social por meio da promoção de uma forma específica de solidariedade, Durkheim procede à segunda etapa de seu plano de trabalho e passa a investigar as causas e as condições da divisão do trabalho social.

Inicia afirmando que a divisão do trabalho não pode ter sido, como querem algumas interpretações econômicas, fruto da antecipação, pelos indivíduos, dos benefícios dela resultantes. A divisão do trabalho não foi uma decisão tomada racionalmente no momento em que se vislumbraram as vantagens que eventualmente dela adviriam. Mesmo porque mudanças sociais são sempre muito custosas de dolorosas e, portanto, o incremento de felicidade por elas ocasionado nem sempre é compensado.

Durkheim verifica que a divisão do trabalho deve-se, na verdade, a um aumento combinado da densidade material e da densidade moral – também chamada por ele de dinâmica – das sociedades, bem como do volume populacional. A densidade material é a concentração física de um grande número de pessoas no mesmo espaço. A densidade moral, por sua vez, diz respeito ao aumento dos contatos estabelecidos entre os vários indivíduos ou segmentos de uma dada sociedade (1999a, p. 252). A densidade das sociedades foi incrementada pelo aumento populacional, que levou a uma condensação para a qual concorreram três condições: (i) a concentração populacional, reunindo num mesmo espaço geográfico populações que antes ficavam dispersas em áreas mais vastas (1999a, p. 253); (ii) a formação das cidades, que, de modo análogo, contribuiu para uma forma mais condensada de redistribuição da população no espaço (1999a, p. 254); e (iii) a quantidade e a rapidez das vias de comunicação e de transmissão, que suprimiu espaços e aproximou segmentos sociais (1999a, p. 255).

À medida que a sociedade se adensa física e moralmente, a fusão de segmentos sociais distintos obriga uma remodelação da consciência coletiva. Tendo em vista que, com o prolongado contato de grupos sociais diferentes, a homogeneidade antes existente tende a ser dissolvida, a consciência coletiva, cujo conteúdo é conformado tão-somente pelos elementos comuns a todos os indivíduos da sociedade a que ela corresponde, vê sua dimensão ser drasticamente reduzida. De fato, a abrangência da nova consciência coletiva, que se forma, passa a se limitar apenas à extensão da intersecção das antigas consciências coletivas dos grupos sociais que, reunidos, compõem um novo grupo social mais amplo. Assim, os sentimentos coletivos escasseiam e a sua intensidade, de modo análogo, debilita-se. À medida que a consciência coletiva passa a ocupar uma menor área da vida psíquica do indivíduo, maior o espaço reservado ao crescimento da consciência individual (1999a, p. 292). Com isso, as diferenças se potencializam, as aptidões e gostos pessoais se sobressaem, viabilizando, então, a divisão do trabalho social.

Se as condições para a divisão do trabalho estão, dessa forma, dadas, resta saber o que efetivamente precipitou o seu surgimento. Durkheim reputa como causa da divisão do trabalho o acirramento da luta pela sobrevivência produzido pelo adensamento social. A rivalidade entre indivíduos que atuavam no mesmo campo cresceu e, considerando que a competição é tanto maior quanto mais análogos os indivíduos que competem, a diferenciação é a válvula de escape mais indicada. Quanto mais especializada uma função, menor o número de competidores atuando no mesmo segmento (1999a, p. 263).

Ocorre que a rivalidade é, na verdade, uma força centrífuga no que toca à coesão social e, portanto, a divisão do trabalho dificilmente poderia tê-la forjado *ex nihilo*. Isso significa que já deveria haver, antes, uma forte integração social. Daí que, deduz Durkheim, uma sociedade cuja coesão social é mantida pela divisão do trabalho só pode ser derivada de uma sociedade fundada na comunhão de crenças e valores, na qual a consciência coletiva exerce um papel muito mais preponderante que a consciência individual. O espírito de cooperação necessário à divisão do trabalho inexiste entre indivíduos que não se sintam, previamente, solidários entre si (1999a, p. 275-277). A partir dessa constatação, Durkheim novamente desacredita todas as interpretações que julgam a divisão do trabalho um produto da escolha dos indivíduos. Isso porque, antes da divisão do trabalho, a própria noção de indivíduo não existia: existia, sim, a sociedade, como ente coletivo. O indivíduo deriva da divisão do trabalho e não o oposto. Em outras palavras, "a vida coletiva não nasceu da vida individual, mas, ao contrário, foi a segunda que nasceu da primeira" (DURKHEIM, 1999a, p. 279).

A seguir, tendo analisado as condições e as causas da divisão do trabalho social, Durkheim atenta para o fato de que nem sempre ela é um fator de coesão social. Passa a analisar, então, as formas anormais da divisão do trabalho. A primeira ocorre quando ausente ou escassa a regulamentação social, estado que Durkheim chama de anomia. As rivalidades tendem, com o tempo, a serem neutralizadas à medida que as relações, inicialmente conflituosas, entre as várias funções sociais se assentam,

tomam a forma de hábitos e se institucionalizam, criando uma regulamentação social que as equilibre. A divisão do trabalho social é anormal e, portanto, incapaz de garantir satisfatoriamente a coesão social, quando a regulamentação é inexistente ou insuficiente. No entanto, conforme o tempo passa e uma regulamentação é criada, a divisão do trabalho tende a se normalizar (1999a, p. 382-387).

Mas, às vezes, é justamente essa regulamentação que dá origem a problemas. Em algumas situações, a rigidez de certas regras sociais, como as que dividem a sociedade em certas castas ou classes, produz uma divisão do trabalho social forçada. Nesse caso, a coesão é mantida exclusivamente pela coerção e não pela divisão do trabalho. Para que a divisão do trabalho cumpra a sua função de assegurar a integração social, é preciso, segundo Durkheim, que ela se apóie unicamente nas diferenças naturais entre os indivíduos e não em desigualdades socialmente criadas (1999a, p. 395).

Por fim, a divisão do trabalho, para Durkheim, também é anormal quando as funções são mal distribuídas, isto é, quando a ocupação atribuída ao indivíduo é insuficiente ou descontínua. A insuficiência e a descontinuidade implicam alguma ociosidade, que distancia os indivíduos, ao invés de integrá-los, gerando uma solidariedade precária (1999a, p. 413).

Com isso, Durkheim cumpre as três etapas que se propôs a percorrer no início da obra, contemplando a função, as causas e as condições e as formas anormais da divisão do trabalho social. Durkheim conclui que a divisão do trabalho tende, historicamente, a tornar-se a base da ordem moral da sociedade e, assim, são improcedentes as críticas que a condenam, por conta do individualismo que ela supõe, como fator de desintegração social e que propõem, em contrapartida, um retorno à valorização da comunhão coletiva de crenças e valores. Diz ele que a cada momento histórico convém uma espécie distinta de solidariedade e que, portanto:

"o remédio para o mal não está em ressuscitar, apesar dos pesares, tradições e práticas que, não mais correspondendo às presentes condições do estado social, só poderiam ter uma vida artificial e aparente" (DURKHEIM, 1999a, p. 432).

2.2 *As regras do método sociológico*

Em *As regras do método sociológico*, publicado originalmente em 1895, Durkheim se preocupa em dotar a então nascente sociologia de rigor científico. A fim de se afirmar como ciência, a sociologia tinha de definir, com precisão, seu objeto e seu método. É nesse esforço de definição que se empenha Durkheim: primeiro, define o conceito de fato social; depois, estipula uma série de regras às quais deve se ater a observação sociológica. Para Durkheim:

"É fato social toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou, ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais" (DURKHEIM, 1999b, p. 13).

A exterioridade e a coercibilidade do fato social em relação ao indivíduo são decisivas, para Durkheim, no sentido de diferenciá-lo dos fatos meramente psicológicos, que são eminentemente introspectivos. Daí que, segundo o próprio Durkheim, a primeira e mais fundamental regra do método sociológico é "considerar os fatos sociais como coisas" (1999b, p. 15). Por isso, para Durkheim, a consciência coletiva é um fenômeno social e não puramente psicológico: porque tem uma existência que independe do indivíduo e impõe-se a ele de fora para dentro.

Durkheim estabelece outras regras, mas, nos limites do presente trabalho, interessam principalmente a regra relativa à explicação dos fatos sociais e a regra relativa à distinção entre normal e patológico.

A primeira consiste em que: "quando se procura explicar um fenômeno social, é preciso buscar separadamente a causa eficiente que a produz e a função que ela cumpre" (1999b, p. 97). Nesse ponto, Durkheim retoma a idéia de função já esboçada em *Da divisão do trabalho social*, identificando-a com a "correspondência entre o fato considerado e as necessidades gerais do organismo social" (1999b, p. 98). Diz ele que a funcionalidade de um fato não é suficiente para criá-lo, mas simplesmente para mantê-lo. A função, assim, não explica a origem

de um fato, tão-só a sua permanência. Por essa razão é que necessário distinguir entre causa e função.

A funcionalidade subjaz à diferença entre o normal e o patológico, sobre a qual versa a outra regra. Essa regra estabelece que: "Um fato social é normal para um tipo social determinado, considerado numa fase determinada de seu desenvolvimento, quando ele se produz na média das sociedades dessa espécie, consideradas na fase correspondente de sua evolução" (DURKHEIM, 1999b, p. 65). Aqui, importa menos a regra em si mesma do que o argumento utilizado por Durkheim para demonstrá-la. Como se vê, a normalidade de um fato, para Durkheim, está ligada à sua presença regular na sociedade, ou seja, que ele "se produza na média das sociedades". Se, ademais, esse fato é regular, isso é um indício de que ele exerce alguma função social. O exemplo de que ele se vale para associar a normalidade de um fato à sua regularidade é o crime. Diz ele que, ao contrário do que comumente se pensa, o crime é um fato normal – e não patológico –, pois se observa regularmente em todas as sociedades. Pode, é claro, ocorrer que o crime tenha forma anormal, quando, por exemplo, atinge índices exageradamente altos; mas, via de regra, trata-se de um fenômeno perfeitamente normal (1999b, p. 67). Além de normal, para Durkheim, o crime é funcional: primeiro, porque, como visto, a reação contra ele é um fator de coesão social e, depois, porque é também um fator de mudança. O crime é tido, em alguns casos, como uma manifestação de originalidade individual, que promove a evolução da moral de uma sociedade: "Quantas vezes, com efeito, o crime não é senão uma antecipação da moral por vir, um encaminhamento em direção ao que será!" (DURKHEIM, 1999b, p. 72). O crime, então, abre portas para mudanças nas regras morais cultivadas em uma sociedade. Do reconhecimento da funcionalidade da atuação do criminoso decorre que:

"o criminoso não mais aparece como um ser radicalmente insociável, como uma espécie de elemento parasitário, corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade; ele é um agente regular da vida social" (DURKHEIM, 1999b, p. 73).

3. Confronto entre os pensamentos de Durkheim e de Jakobs

Desde que já se tenha alguma familiaridade com o pensamento de Jakobs, a simples leitura de uma exposição, ainda que perfunctória, sobre a obra de Durkheim já evidencia algumas similaridades entre ambos. De plano, aproximam-se bastante as noções que os dois apresentam sobre o conceito de "função". Como visto, Durkheim entende que o conceito de função expressa a propriedade que tem uma dada atividade de suprir uma necessidade social. Na obra *Da divisão do trabalho social*, essa necessidade se identifica com a garantia da coesão social, com o que perguntar a função de um certo fato social, para Durkheim, significa o mesmo que perguntar qual é seu papel na manutenção da ordem social. A concepção de Jakobs sobre essa questão é incrivelmente parecida: para ele, "são funções as prestações que – sozinhas ou juntamente com outras – mantêm um sistema" (2003a, p. 3) e, portanto, "o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade" (2003a, p. 1). Então, assim como o objetivo de Durkheim é analisar a divisão do trabalho sob a perspectiva de sua funcionalidade em relação à garantia da coesão social, também Jakobs está interessado em construir um direito penal que sirva a essa mesma finalidade.

Mas essa é apenas uma primeira aproximação entre Durkheim e Jakobs, sob a qual subjazem algumas outras. Jakobs parece ter se preocupado em incorporar ao direito penal, o impacto ocasionado pela divisão do trabalho social, estudada por Durkheim, nas sociedades atuais. Partindo do diagnóstico de que vivemos, hoje, em uma sociedade em que os contatos interpessoais tendem a ser anônimos e que, portanto, sem conhecer em profundidade a personalidade daqueles que nos cercam, é impossível saber de antemão que comportamento deles esperar, Jakobs não vê outra alternativa, a fim de conferir uma certa previsibilidade à vida social, senão oferecer como matéria-prima para a formulação das regras de responsabilização

penal o papel social atribuído a cada um dos indivíduos (2004, p. 28). Para Jakobs, "los déficits cognitivos que vienen condicionados por la anonimidad deben ser compensados mediante estándares normativos" (JAKOBS, 2004, p. 33); o critério para uma tal padronização é, justamente, o papel social adjudicado a cada um dos integrantes do grupo social, pois "só deste modo são possíveis *contatos anônimos* ou, ao menos, parcialmente anônimos: não é necessário averiguar o perfil individual de quem temos pela frente, pois essa pessoa é tomada como portadora de um papel" (JAKOBS, 2000a, p. 19). Esse critério é, sem dúvida, bastante congruente com o atual estágio de divisão do trabalho social, do qual se ocupou Durkheim.

A teoria da imputação de Jakobs, efetivamente, funda-se na atribuição de papéis sociais, com o que se tem que só é possível responsabilizar alguém penalmente se esta pessoa atuou extrapolando os limites de seu âmbito de organização: "imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel" (JAKOBS, 2000a, p. 20). É sobre esse parâmetro que se erige o chamado *princípio de confiança*, uma das bases da imputação objetiva de Jakobs,[4] segundo o qual é lícito a um indivíduo supor que os demais atuarão dentro dos limites do papel social que exerçam. Portanto, se o indivíduo confiou em que um outro fosse corresponder a seus encargos sociais, não pode ser responsabilizado caso esse outro ultrapasse as fronteiras de seu papel social. Ao enunciar o princípio de confiança, Jakobs ressalta a sua importância em relação à divisão do trabalho:

"quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho. [...] O princípio da confiança está destinado a tornar possível a divisão do trabalho [...]. De qualquer modo, uma sociedade sem esse ponto de partida não é imaginável" (JAKOBS, 2000a, p. 26-27).

4. Ao lado do princípio de confiança, figuram como critérios de exclusão da imputação jurídico-penal o risco permitido, a proibição de regresso e a competência da vítima (JAKOBS, 2000a, p. 31).

Se o papel social é o critério pelo qual se determina se pode haver ou não imputação jurídico-penal, Jakobs está admitindo, de modo análogo a Durkheim, que a divisão do trabalho é a base da vida moral das sociedades atuais. Com efeito, ao afirmar que sem o princípio de confiança, sobre o qual se erige a divisão do trabalho, a sociedade é inviável, Jakobs está implicitamente reconhecendo, tal qual Durkheim, que a divisão do trabalho é fonte de coesão social.

Essa especial atenção dedicada por Jakobs à distribuição de papéis sociais leva a conclusões bastante chocantes, se comparadas às soluções tradicionalmente oferecidas no seio da dogmática penal. Um exemplo é o caso hipotético, relatado por Jakobs, do estudante de biologia que trabalha em um restaurante como garçom. Certa feita, pedem a ele que sirva uma salada exótica, na qual ele percebe a presença de uma fruta que sabe, por seus conhecimentos especiais, ser venenosa. De qualquer maneira, ele a serve e o cliente sofre um envenenamento. Para Jakobs, o estudante não pode ser responsabilizado, pois, naquele momento, atuava como garçom e, nesse sentido, servindo o prato, agiu inteiramente dentro dos limites do seu papel social (2000a, p. 49). Apelando para a existência de sentimentos éticos de caráter geral que imporiam ao estudante o dever de não servir a salada, alguns reputam a posição de Jakobs absurda. Entretanto, se tomada a perspectiva durkheimiana segundo a qual a solidariedade mecânica, fundada na comunhão de sentimentos coletivos, tende a ser superada pela solidariedade orgânica, cujo móvel é a divisão do trabalho, a resistência em relação à solução de Jakobs soa como um retrocesso a uma forma de moral historicamente deslocada – ou, pior, inviável, em virtude da extrema diferenciação que atingimos atualmente. Entre os dogmáticos, só Jakobs parece ter assimilado as repercussões, apontadas por Durkheim, da divisão do trabalho sobre a moral.

Essa assimilação também se evidencia na posição bastante particular de Jakobs quanto à relação entre o direito penal e a noção de bem jurídico. Conforme o penalista alemão, o direito penal visa à proteção da vigência de normas e não de bens jurídicos, como sugere o entendimento dominante na doutrina penal. A defesa

dessa postura se dá a partir de dois argumentos, ambos muito parecidos com algumas constatações de Durkheim. Em primeiro lugar, Jakobs considera errônea a imagem da sociedade como mera acumulação de sujeitos possuidores de bens. Afirma que, ao lado dos deveres negativos impostos à generalidade de não lesionar certos bens, existem também instituições que estabelecem deveres positivos, ou seja, que atribuem aos sujeitos certos papéis sociais que devem ser exercidos satisfatoriamente. Tanto a infração de um dever negativo quanto a violação de um dever positivo são, igualmente, sancionadas pelo direito penal. Por assim dizer:

"Lo que sucede es que la imagen de la sociedad como acumulación de sujetos poseedores de bienes es gravemente incompleta. Si bien es cierto que la sociedad puede mostrarse en una determinada atribución de los bienes [...], ello solo sucede en determinados sectores. Junto con el ordenamiento en función de la posesión de bienes, que implica para los demás el deber negativo de no lesionarlos, existe aquel de las instituciones positivas, es decir, que los padres han de ocuparse de sus hijos, que los jueces deben pronunciar sentencias justas, que la policía debe prevenir delitos y perseguir a los delincuentes, que una confianza especial, como la que existe cuando se asume la administración de un patrimonio ajeno, no sea defraudada, que el servicio estatal de emergencias esté en condiciones de operar en caso de necesidad, etc. La lista de instituciones positivas de una sociedad más o menos desarrollada probablemente no sea más corta que la de los bienes que en ella se protegen, y la suposición de que, como en un *sector parcial* del derecho penal de hecho aparecen bienes, *todo* el derecho penal ha de estar en el contexto de la protección de bienes no puede justificarse de ninguna de las maneras" (JAKOBS, 2003b, p. 44).

Essa argumentação lembra a distinção entre a solidariedade negativa, típica dos chamados direitos reais, que estabelecem um vínculo entre um indivíduo e um bem por meio da imposição de um dever de abstenção, e a solidariedade positiva, existente no direito obrigacional, no direito de família e no direito administrativo, por exemplo, que criam, através da distribuição de funções, vínculos entre duas ou mais pessoas. Assim como Durkheim demonstra que a solidariedade negativa imprescinde

da solidariedade positiva, já que a última necessariamente precede a primeira, Jakobs também parece crer que é impossível cindir deveres negativos e deveres positivos. Efetivamente, dá ênfase ao espírito de cooperação pelo qual a divisão do trabalho social exerce sua missão de garantia da coesão social, a ponto de afirmar que toda lesão a um bem é, em última instância, uma violação de um papel social (JAKOBS, 2003b, p. 45) e que o direito não regula, em verdade, a relação entre um bem e uma pessoa, mas a relação entre duas ou mais pessoas. Em suma:

"el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de bienes, sino el derecho es la estructura de la relación entre *personas*. Por lo tanto, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (¡en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona" (JAKOBS, 2003b, p. 42).

A diferença entre Durkheim e Jakobs está em que, enquanto o primeiro discute as espécies de solidariedade negativa e positiva no âmbito do direito restitutivo, Jakobs transpõe a mesma discussão para o campo do direito penal. Isso, entretanto, não implica uma grave divergência entre os dois: se, para Jakobs, os deveres positivos também são objeto, atualmente, do direito penal e se, como aponta Durkheim, o conteúdo do direito repressivo é dado pela consciência coletiva, conclui-se, a partir do pensamento de ambos, que, talvez, tais deveres de cooperação tenham assumido uma tal importância, hoje, que se transformaram em sentimentos coletivos pertencentes à consciência comum, o que confirmaria que, realmente, a divisão do trabalho social tornou-se a base da vida moral das sociedades contemporâneas.

O segundo argumento utilizado por Jakobs para defender que o objetivo do direito penal não é a tutela de bens jurídicos, do qual ele se vale para comprovar a conclusão previamente exposta de que o direito penal sanciona tão-somente o ataque realizado por uma pessoa contra um bem de que é titular uma outra pessoa – e, portanto, é sempre *interpessoal* –, é o fato de que nem toda vulneração de um bem jurídico é sancionada pelo direito penal:

"Los seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada, o sucumben a graves enfermedades; hay máquinas que el uso ha deteriorado y por ello ya son inútiles; un campo sembrado es devastado por una tormenta o anegado por el mar, etc. ¿Son todos esos sucesos supuestos de lesiones de bienes jurídicos, de modo que el pasado aparece como un arsenal gigantesco de bienes jurídicos lesionados, y el presente como una permanente lesión de estos bienes?" (JAKOBS, 2003b, p. 42).

O questionamento de Jakobs é similar ao de Durkheim, quando ele tenta definir conceito de crime. Como visto, Durkheim desassocia da idéia de crime a noção de nocividade, já que nem todo ato que é criminalizado causa realmente um prejuízo à sociedade e que nem todo ato prejudicial é tido como crime. De modo análogo, Jakobs demonstra que nem toda lesão a bem jurídico é apenada e, portanto, a tutela contra lesões a bens jurídicos não pode ser o objetivo precípuo do direito penal.[5] Ao não incluir na definição de crime a nocividade, Durkheim chega à conclusão de que o crime é, simplesmente todo e qualquer ato reprovado pela sociedade, cause ele dano ou não. Na realidade, a danosidade do crime é mediata, pois radica no abalo da consciência coletiva e não, imediatamente, em um prejuízo qualquer. Jakobs chega a um ponto semelhante, ao alocar a culpabilidade no interior do próprio conceito jurídico-penal de ação.

Os conceitos causal e final de ação dizem respeito, respectivamente, a elementos naturais e individuais da ação e, assim, para Jakobs, não dão conta da dimensão social do problema (JAKOBS, 1997a, p. 112). Diz Jakobs, ademais, que a separação entre injusto e culpabilidade, acolhida tanto pela escola causalista quanto pela escola finalista, só é admissível quando se atribui ao direito penal a missão de proteger bens jurídicos (JAKOBS, 1997a, p. 119). Se, no entanto, o

5. Se assim fosse, seria injustificada a existência dos chamados delitos de perigo abstrato. Se a função do direito penal não é exclusivamente proteger bens jurídicos contra lesões, todavia, é perfeitamente admissível a presença desses delitos, que independem de um resultado material, no ordenamento jurídico-penal, pelo menos em alguns casos (JAKOBS, 2003a, p. 29).

objetivo do direito penal é proteger a vigência de normas, essa cisão mostra-se insustentável. Isso porque o juízo de reprovação que conforma a culpabilidade deve levar em conta a disposição do sujeito em cumprir a norma; assim, se a disposição de fidelidade à norma está presente, ainda que o fato seja típico ou antijurídico, o sujeito não é culpável, mas, uma vez que falte essa disposição, há culpabilidade. Com efeito, se ausente uma disposição de contrariar a norma, sua vigência não é perturbada. Ocorre que essa disposição localiza-se na própria ação e, portanto, deve a culpabilidade integrar o conceito de ação jurídico-penal:

"el injusto no produce por sí mismo la pena, sino que jurídico-penalmente es un mero concepto auxiliar. Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse a sí mismo en culpable; formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma" (JAKOBS, 1997a, p. 124).

Desse modo, assim como Durkheim faz gravitar a definição de crime em torno da reprovação, Jakobs intregra a reprovabilidade, na forma da culpabilidade, no conceito de ação jurídico-penal. Tanto em um como em outro, então, o crime é um dado social, no sentido de só se constitui como tal na medida em que contrarie algum elemento da vida social – seja um sentimento coletivo, seja uma norma vigente – e afigure-se, por esse motivo, como reprovável.

Talvez, entretanto, a mais interessante aproximação entre Durkheim e Jakobs diga respeito à questão da pena. Como já exposto, Durkheim conceitua a pena como uma "reação passional" ao crime; ao explicar o sentido dessa expressão, esclarece simultaneamente a dinâmica e a função da pena: diz que a força da reação emocional restaura a intensidade do sentimento contrariado e que, por ser coletiva, reforça a coesão social. A definição e a função da pena estão, em Durkheim, intimamente relacionadas: é a passionalidade que recompõe o sentimento coletivo e, assim, garante a coesão social. Embora, no entanto, essa relação seja íntima, definição e função não se confundem: Durkheim discute

cada uma em etapas sucessivas, mas distintas. O mesmo não ocorre com Jakobs, que assim define a pena:

"La pena es siempre reacción ante la infración de una norma. *Mediante la pena se pone de manifiesto que ha de observarse la norma.* Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma" (JAKOBS, 1997b, p. 8, grifos nossos).

Vê-se, nesse excerto, que a função da pena, em Jakobs já se encontra, ainda que não de modo muito claro, presente na sua própria conceituação. Mas isso fica mais explícito na passagem abaixo, em que Jakobs trata definição e fim da pena como uma só coisa:

"Dizendo de outro modo, a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo. Nessa concepção, a pena não é tão-somente um meio para manter a identidade social, *mas já constitui essa própria manutenção*" (JAKOBS, 2003a, p. 4, grifos nossos).

Comparando Durkheim e Jakobs, tem-se, de plano, uma semelhança bastante patente: para ambos, a pena é uma reação a uma vulneração, seja de um sentimento coletivo, seja de uma norma. A função da pena, nos dois autores, é restaurar, em um caso, a intensidade de um sentimento, e, em outro, a vigência de uma norma. A conseqüência, tanto para um quanto para outro, dessa restauração é o asseguramento da própria sociedade. Confirmando a vigência da norma violada, a pena confirma a identidade normativa da própria sociedade, garantindo a sua configuração (JAKOBS, 2000b, p. 71).

Uma possível diferença entre ambos seria a confusão, já ressaltada, que Jakobs faz entre conceito e função da pena, na qual Durkheim não incorre. Mas essa diferença é apenas aparente, já que, como se pretende demonstrar, o motivo pelo qual Jakobs funde esses dois elementos pode ser encontrado nas formulações do próprio Durkheim.

A pena deve atuar sobre a sociedade como um todo e não sobre o indivíduo. Para Durkheim, sua destinatária é a consciência coletiva e não a consciência

individual; por isso, diz ele que a correção ou a intimidação são efeitos meramente secundários, reflexos da reafirmação dos sentimentos coletivos. Jakobs também demonstra que o alvo da pena é a sociedade e não o indivíduo ao fazer uma distinção entre a função manifesta e a função latente da pena: a primeira consiste em seu efeito confirmatório da norma, ao passo que a última corresponde a efeitos preventivos de intimidação ou aprendizagem (JAKOBS, 2004, p. 41). O que importa, no entanto, é o efeito confirmatório:

"La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación. La confianza en la norma o la actitud conforme a Derecho de los ciudadanos tan sólo son derivados de la realidad de la sociedad, que es lo único decisivo. Puede suceder que se desee alcanzar determinados procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, pero no forman parte del concepto de pena. Éste [...] se agota en que la pena significa la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones. La prevención general positiva [...] no debe denominarse prevención general porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en si misma tiene como efecto la vigencia de la norma" (JAKOBS, 2000b, p. 74-75).

A mesma idéia aparece na seguinte passagem:

"Certamente, pode ser que se vinculem à pena determinadas esperanças que se produzam conseqüências de psicologia social ou individual de características muito variadas, como, por exemplo, a esperança de que mantenha ou solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. *Mas a pena já significa algo independente dessas conseqüências: significa uma autocomprovação*" (JAKOBS, 2003a, p. 4, grifos nossos).

Por mais que Durkheim, ao longo de toda a sua vida intelectual, tenha se empenhado em diferenciar, metodologicamente, a sociologia da psicologia, seu

esclarecimento a respeito do modo pelo qual a pena opera sobre a consciência coletiva ainda está bastante imbuído de interpretações psicologizantes. É exatamente contra esse tipo de interpretação que se insurge Jakobs, buscando sempre substituir, na construção da sua dogmática, conceitos apoiados em dados de cunho psicológico por conceitos puramente normativos – como demonstra o seu conceito de ação jurídico-penal, já abordado, que desvia o foco do dolo e da culpa, onde repousava no finalismo, para a culpabilidade. É por esse motivo que ele radicaliza, se comparado com Durkheim, e integra a função da pena na sua própria conceituação. Desse modo, ele pode prescindir da etapa em que Durkheim, ao discorrer sobre a dinâmica da pena, acaba incidindo em explicações de tônica psicologizante. A funcionalização do conceito de pena, isto é, a integração do fim na própria definição de pena, serve para que toda a ênfase seja conferida ao efeito confirmatório da pena:

"el extendido discurso relativo al fin de una sanción es, al menos, poco exacto. Pues la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin. La constatación de la realidad de la sociedad sin cambios. [...] Mientras esta confirmación tenga lugar, carece de toda relevancia para la permanencia de la realidad de la sociedad que se produzcan otros efectos distintos" (JAKOBS, 2000b, p. 70).

A funcionalização do conceito de pena pode soar, para alguns, como um retorno à teoria absoluta da pena, à medida que ela passa a encerrar, em si mesma, sua própria justificativa. Mas é preciso lembrar que, em última instância, a pena, para Jakobs, não se esgota em si mesma, mas visa à manutenção da configuração social. A impressão de absolutização da pena só existe porque, assim como Durkheim acreditava que a individualidade é um produto da vida social, Jakobs crê que a subjetividade só é possível em sociedade. Respondendo à crítica de que o funcionalismo não se preocupa com o sujeito, Jakobs diz que "a subjetividade se gera num processo mediado pelo social [...]. Sem uma sociedade em funcionamento, faltam as condições empíricas da subjetividade" (2003a, p. 15) e que "a subjetividade não só é um pressuposto, mas também uma conseqüência da socialidade" (2003a, p. 18).

As conseqüências da afirmação de que a individualidade é construída socialmente, entretanto, diferem entre Durkheim e Jakobs. Para Durkheim, o surgimento histórico da individualidade ocasionou uma reformulação do conteúdo da consciência coletiva: ela deixou de abranger, sobretudo, sentimentos relacionados à vida social como um todo, como sentimentos religiosos, domésticos ou nacionais, para se ater mais diretamente sobre aqueles sentimentos relacionados ao indivíduo – daí a maior importância conferida, no direito repressivo atual, às condutas que atentam contra a vida e a integridade física do indivíduo ou contra alguma das condições reputadas como necessárias ao seu desenvolvimento pessoal, como a liberdade e a propriedade. Cuida-se de uma repercussão, sobre a consciência coletiva, do crescimento da consciência individual, às suas custas. Assim, para Durkheim, a construção social do indivíduo veio acompanhada da valorização de sentimentos associados ao respeito ao indivíduo.

Para Jakobs, no entanto, dizer que a subjetividade é dada pelo social não tem a ver com o processo histórico pelo qual o indivíduo se destaca da sociedade e ganha maior importância em detrimento da coletividade. Com a vinculação da subjetividade à socialidade, ele quer dizer, simplesmente, que o conceito de pessoa pode ser determinado normativamente. É claro que, assim como Durkheim, a noção de pessoa está, em Jakobs, relacionada à divisão do trabalho social: "Ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário, é a representação de uma competência socialmente compreensível" (JAKOBS, 2003a, p. 30). Mas Jakobs, no seu esforço de normativização de conceitos, vai além e define pessoa do seguinte modo: "Persona es, por lo tanto, el destino de expectativas normativas, la titular de deberes y en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social" (JAKOBS, 2005a, p. 20). Assim: "só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de comportamento" (JAKOBS, 2005b, p. 45).

Aqui, novamente, é a excessiva normativização de Jakobs que o distancia de Durkheim. Embora creia que a noção de individualidade seja um produto social, Durkheim, em nenhum momento, despreza o fato de que o indivíduo tem também um substrato natural. Na verdade, seu tom às vezes psicologizante, ou mesmo biologizante, lembra constantemente que o homem é o resumo de influências tanto sociais quanto naturais – ainda que, sob a sua perspectiva, as influências de índole social tenham maior preponderância. Jakobs, ao contrário, distingue "indivíduo" e "pessoa" e, assim, cinde, respectivamente, as dimensões natural e social do ser humano. Uma vez feita essa cisão, Jakobs pode desprezar totalmente a dimensão natural para tratar exclusivamente da dimensão social do homem. Isso leva Jakobs a uma posição radicalmente oposta à de Durkheim: a construção social da individualidade não dá ensejo a uma série de sentimentos tendentes ao respeito da pessoa humana; ao contrário, se a noção de pessoa é absolutamente normativa, a proteção das condições materiais que viabilizam o desenvolvimento do indivíduo, enquanto ser concreto, não é tão relevante. Daí a sua crítica à circunscrição do direito penal à proteção contra "os ataques dolosos cometidos com consciência da antijuridicidade contra a integridade corporal, a vida e a liberdade" (2003a, p. 8, nota 12).

É esse desprezo em relação à dimensão natural do indivíduo que abre as portas para o chamado "direito penal do inimigo". Se a pessoa se define, simplesmente, por ser destinatária de expectativas normativas, deixa de sê-la quando deixa de corresponder a essas expectativas. Por assim dizer, "a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo cognitivamente considerado, com o que emerge o 'inimigo'" (JAKOBS, 2005b, p. 10). Jakobs diz que a personalidade não é algo puramente normativo, porque a verificação da correspondência ou não às expectativas normativas só pode ser levada a cabo faticamente (2005b, p. 42). Entretanto, o simples fato de que uma pessoa possa deixar de sê-la é suficiente para demonstrar a absoluta normatividade de sua conceituação: um indivíduo, enquanto ser natural, não pode nunca deixar de sê-lo.

Para Durkheim, a perda de uma pessoa em uma sociedade cuja solidariedade é de tipo orgânico é um evento extremamente grave. Tanto que, mostra ele, o desligamento ou a expulsão de uma pessoa da comunidade era algo típico das sociedades de solidariedade mecânica, mas praticamente impensável atualmente. Para Jakobs, no entanto, o inimigo deve ser excluído, pelo menos do gozo de alguns direitos (2005b, p. 30). Ele é privado do *status* de pessoa, porque sua máxima de comportamento diverge frontalmente da máxima vigente na norma. Se, na sua teoria da imputação, Jakobs reconhecia a divisão do trabalho social como base da vida moral da sociedade, aqui ele parece, ao contrário, crer que a coesão social deriva não da diferenciação, mas da similitude. Só nas sociedades de solidariedade de tipo mecânico a diferença dá ensejo a uma reação repressiva, já que nelas é justamente a semelhança – a comunhão de sentimentos – que mantém a sociedade coesa. Em uma sociedade fundada na divisão do trabalho, contudo, a diferença é cultivada e a individualidade é respeitada. Em Durkheim, a "profissão de criminoso" é vista como uma forma de diferenciação análoga àquela promovida pela divisão do trabalho. O grande problema é que essa diferenciação não serve a função social alguma, no sentido de que não concorre para a manutenção da coesão social (DURKHEIM, 1999a, p. 368). De qualquer forma, Durkheim dificilmente sugeriria a exclusão do criminoso, até porque, como visto, ele reconhece alguma funcionalidade ao crime; proporia, provavelmente, que lhe fosse conferida alguma função mais fortemente direcionada à coesão social.

O reconhecimento da funcionalidade do crime é, aliás, outro ponto de divergência entre Durkheim e Jakobs. Para Durkheim, o crime pode ser funcional à medida que detone a reformulação de certas regras morais de uma dada sociedade e promova, assim, uma mudança de mentalidade. Para Jakobs, se o direito penal visa justamente à manutenção da vigência da norma, não se pode admitir que o crime seja capaz de modificá-la. Aqui, novamente, o intuito de normativização afasta Jakobs de Durkheim. De fato, Jakobs faz uma distinção entre expectativas cognitivas e expectativas normativas. As primeiras são aquelas cuja defraudação

é processada por meio de uma melhora do material cognitivo; por assim dizer, se um sujeito tem uma expectativa cognitiva frustrada, aprende com a experiência e reformula suas expectativas (JAKOBS, 2005a, p. 49). As últimas, por sua vez, em caso de defraudação, não são alteradas pela aprendizagem – ao contrário, elas são mantidas não obstante a defraudação (2005a, p. 50). Se para Durkheim o crime pode ocasionar mudanças cognitivas que se refletem na configuração normativa da sociedade, para Jakobs isso não é possível:

"cuando esta expectativa [normativa] es defraudada, no debe seguir un proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de defraudación de una expectativa cognitiva, sino se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable" (JAKOBS, 2005a, p. 20).

Jakobs contraria expressamente a hipótese de Durkheim sobre a potencialidade de o crime contribuir com a evolução social: "O delito *não é tomado como princípio de uma evolução* nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua" (JAKOBS, 2003a, p. 4, grifos nossos).

A conseqüência disso é que a relativa condescendência perante o criminoso presente em Durkheim inexiste em Jakobs. Com efeito, Jakobs parece um pouco refratário à diferença e à mudança, apegado a um ideal de sociedade homogênea e estática e, em alguns pontos, tende a se apoiar em uma forma de moral que, para Durkheim, como visto, mostra-se descontextualizada nos dias de hoje:

"si las aparencias no engañan, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que probablemente aumentará todavía más. Una sociedad que há perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la família, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de constituir su identidad al margen del Derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder [...] de la llamada pluralidad cultural. Um completo absurdo: o las diferentes culturas son meros añadidos a una

comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolclore de una cultura; o bien –y esa es la variante peligrosa– las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, es abandonado cuando ya no se necesita más" (JAKOBS, 2004, p. 45).

4. Conclusão

Por crer que a coesão social depende essencialmente do consenso existente entre os membros de um mesmo grupo social forjado ou pela comunhão de sentimentos coletivos ou pelo espírito de colaboração oriundo da divisão do trabalho, Émile Durkheim é reputado como um dos representantes da chamada sociologia do consenso. Na década de cinqüenta, Ralf Dahrendorf publica alguns trabalhos[6] em que, a partir de uma severa crítica contra o pensamento funcionalista, propõe a reorientação da análise sociológica para a questão do conflito. Por assim dizer, Dahrendorf tachava como falsa a concepção segundo a qual a coesão social é mantida pelo consenso; ao contrário, acreditava que a sociedade não é um *locus* de consenso, mas de conflito e, portanto, a coesão social só pode derivar da coerção. Com isso, engrossa uma corrente alternativa de pensamento, conhecida como sociologia do conflito, em franca oposição à chamada sociologia do consenso.

De acordo com Anthony Giddens, de fato, tanto a interpretação simpática à obra de Durkheim, encabeçada por Talcott Parsons, quanto a interpretação crítica, levada a cabo principalmente por Lewis Coser, filiado ao pensamento de Dahrendorf, identificam como sendo a preocupação fundamental de Durkheim o problema do consenso. A primeira encara o consenso, a exemplo de Durkheim, como uma forma de garantia da ordem social. A última, diferentemente, vê na preocupação de Durkheim com o consenso uma expressão de conservadorismo

6. Cf., essencialmente os artigos: Out of utopia: toward a reorientation of sociological analysis(1958) e Toward a theory of social conflict(1958).

moral (GIDDENS, 1995, p. 39). Giddens, no entanto, esforça-se para demonstrar que Durkheim preocupou-se, sim, com a questão do conflito, especialmente quando discute, entre as formas anômicas, a divisão do trabalho forçada e quando verifica a funcionalidade do crime como fator de desenvolvimento social. Para Giddens, Durkheim, tendo adotado uma perspectiva histórica que encara as sociedades de modo dinâmico, considera o conflito como uma condição necessária à transformação social (1995, p. 48).

Embora questionável, já que em todas as passagens de Durkheim de que Giddens se vale para comprovar seu argumento, o conflito parece figurar sempre como um evento excepcional, típico de fases de transição entre formas de sociedade distintas, mas nunca como uma presença constante na vida social, sua opinião serve para demonstrar que a mudança é um elemento latente às formulações de Durkheim. Com efeito, a tônica de seu trabalho está na análise das transformações sofridas pelas sociedades contemporâneas.

Essa perspectiva, no entanto, está presente em Jakobs de forma bastante ambígua. Ao mesmo tempo em que reconhece que a complexidade das sociedades atuais exige que o direito penal seja repensado sobre novas bases, parece se apegar, em alguns momentos, a concepções vinculadas a uma espécie de moralidade incompatível com o mesmo contexto sobre o qual ele erige algumas de suas propostas mais inovadoras, como a imputação objetiva, por exemplo. Como é possível que, em um momento, sugira ele que a imputação jurídico-penal se ancore nos papéis sociais exercidos pelos indivíduos no curso da vida social e, em outro momento, condene a pluralidade cultural e proponha a exclusão do indivíduo que, por ser diferente, é tachado de inimigo, se a diferença é fruto, justamente, da especialização das funções sociais?

Se é certo que Durkheim e Jakobs são o início e a ponta de uma mesma linha de pensamento – as semelhanças já apontadas entre ambos demonstram essa identidade de fundo –, também é lícito dizer que ao longo da trajetória intelectual do funcionalismo, alguns pontos de divergência surgiram. De qualquer modo, a

exposição do pensamento de Durkheim serve para pôr em evidência algumas das contradições e inconsistências do pensamento de Jakobs. Na verdade, se contraposta à perspectiva dinâmica a partir da qual Durkheim enxerga a sociedade com a visão estática de Jakobs, o pensamento de Durkheim pode colocar em xeque o próprio alicerce do pensamento de Jakobs. Se é verdade, como defende Durkheim, que o direito repressivo é a expressão de uma forma de solidariedade cuja importância atual é marginal e que, hoje, o que efetivamente garante a coesão social é a divisão do trabalho e não a consciência coletiva do grupo social, será válido atribuir, atualmente, ao direito penal a missão de assegurar a configuração normativa da sociedade? Será que, como sugere Durkheim, essa tarefa não seria melhor exercida por outras manifestações jurídicas mais afeitas à divisão do trabalho, como o direito restitutivo? É certo que o direito penal contemporâneo pode processar sentimentos coletivos mais intimamente relacionados à divisão do trabalho – e, portanto, operar de maneira consentânea com uma moral fundada na distribuição de papéis sociais; o que se questiona é o fato de Jakobs encarar o direito penal como bastião exclusivo da integridade social – superando a mera proteção do indivíduo, à qual Durkheim associa o direito repressivo moderno.

Não se quer, aqui, assumir o pensamento de Durkheim como verdade absoluta, até mesmo porque, como já apontado pela chamada sociologia do conflito, sua teoria padece de sérias limitações. De qualquer maneira, a crítica feita a Durkheim, de não admitir o conflito como fenômeno constante da vida social e de ignorar o fato que a coesão social é obtida pela sujeição de uns pelos outros e não pelo simples consenso entre os membros do grupo social, aplica-se com ainda maior propriedade a Jakobs: por carecer de historicidade e ser refratário à mudança e à diferença, seu pensamento é ainda mais conservador que o de Durkheim. O moralismo de Durkheim, a necessidade de que todos convirjam, é ainda mais intenso em Jakobs.

Enfim, tratou-se, aqui, de uma tentativa de melhor compreender o pensamento de Günther Jakobs a partir de suas raízes sociológicas. Se o funcionalismo

penal foi, de fato, responsável pela abertura da dogmática penal à sociedade, é preciso deixar essa porta permanentemente aberta pelo constante diálogo entre direito penal e sociologia.

5. Bibliografia

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DAHRENDORF, Ralf. Out of utopia: toward a reorientation of sociological analysis. *The American Journal of Sociology*. Chicago: Chicago University Press, v. 64nº 2, set. 1958, pp. 115-127.

_____. Toward a theory of social conflict. *The Journal of Conflict Resolution*. Thousand Oaks: Sage, v. 2, nº 2, jun. 1958, pp. 170-183.

DURKHEIM, Émile . *Da divisão do trabalho social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

EIBE, Manuel Arias. *Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporaneo*. Disponível em <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/arias.pdf>. Acesso em junho de 2006.

_____. *As regras do método sociológico*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discourse and social change*. 2ª ed. Cambridge: Polity, 1994.

GIDDENS, Anthony. Introduction. In: _____ (ed.). *Émile Durkheim: selected writings*. Cambridge: Cambridge University, 1995.

_____. *Capitalism and modern social theory*: an analysis of the writings of Marx, Durkheim and Max Weber. Cambridge: Cambridge University, 2002.

JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997a, p. 101-125.

_____. *Derecho Penal* – parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2ª

ed. Madrid: Marcial Pons, 1997b.

_____. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a.

_____. Sobre la teoria de la pena. In: _____. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra, 2000b, p. 59-75.

_____. *Sociedade, norma e pessoa*. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal, v. 6)

_____. ¿Qué protege el derecho penal: bienes o la vigencia de la norma? In: MONTEALEGRE LYNETT (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003b, p. 39-56.

_____. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. In: _____. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 27-50.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2005a.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b.

PARMA, Carlos. *El pensamiento de Günther Jakobs*: el derecho penal del siglo XXI. Mendoza: Cuyo, 2003.

RODRIGUES, José Albertino. Introdução. In: _____ (Org.) *Durkheim*. São Paulo: Ática, 1978. (Grandes Cientistas Sociais, v. 1)

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho

Julio Dalton Ribeiro
Analista Judiciário da Justiça Federal de Primeira Instância, atualmente lotado na Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Maringá.

Resumo: Analisa a origem histórica do princípio da insignificância e aprecia sua definição, natureza jurídica, fundamentos, finalidades e seus critérios de aplicabilidade, distinguindo-o do crime de bagatela. Entende que o postulado da insignificância foi reclamado antes do início da Era Cristã, sendo uma restauração do brocardo jurídico *minima non curat praetor*, servindo como instrumento descriminalizador excludente da tipicidade penal material, que deve ser avaliada *especialmente* em razão do *desvalor da ação* e do *desvalor do resultado*. Com base na atual *objetividade jurídica* do contrabando e do descaminho, conclui pela aplicação indistinta do princípio da insignificância a essas figuras delitivas, adotando como parâmetro o *quantum* da *obrigação tributária principal* convertida em *crédito tributário* não superior a R$ 10.000,00.

Palavras-chave: Contrabando – Descaminho – Princípio da insignificância.

Abstract: This paper analyses the origin of the principle of insignificance and appreciates its definition, its legal nature, fundaments, objectives and its criteria of applicability, which distinguish it from a crime of a bagatelle nature. It is understood that the insignificance postulate was claimed before the Christian Age, as a restoration of the legal sentence *minima non curat praetor*, serving as an exculpatory descriminalization instrument of the material criminal vagueness,

which should be *specially* evaluated because of *the disvalue of the action and the disvalue of the result*. Based on the current *legal objectivity* of smuggling, we have the indistinct enforcement of the insignificance principle to the criminal offender, adopting as a parameter the *quantum* of the *main tributary obligation* converted into *tributary credit* no higher than R$ 10,000.00.

Keywords: Smuggling – Insignificance principle.

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. Princípio da insignificância: 2.1 Antecedentes históricos; 2.2 Definição; 2.3 Natureza jurídica; 2.4 Fundamentos; 2.5 Finalidade; 2.6 Critérios de aplicabilidade; 2.7 Princípio da insignificância e crime de bagatela – 3. Delito de contrabando ou descaminho (art. 334 do CP) – 4. Aplicação do princípio da insignificância nos delitos de contrabando ou descaminho – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal-Processo penal

1. Considerações iniciais[1]

Dentre muitos, dois foram os grandes motivos propulsores da escolha deste tema – princípio da insignificância e sua aplicação nos delitos de contrabando e descaminho – para elaboração deste artigo: (i) a necessidade de se adquirir conhecimento ao correto acolhimento desse critério interpretativo nos casos concretos e (ii) a enorme injustiça criada pelo uso equivocado desse princípio em diversos julgados; a punição ou impunidade desta conduta criminosa (contrabando ou descaminho) está desordenada, tornando-se uma questão de loteria.[2] Confiram-se as ementas destes julgados a título de exemplo:

1. Trata-se de artigo apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em *Direito e Processo Penal* da Universidade Estadual de Londrina (UEL), como requisito parcial à obtenção do título de especialista, tendo como orientadora a *Profª Dra. Érika Mendes de Carvalho.*

2. Cf. ORDEIG citado por MAÑAS, *in*: *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

"1. Se o valor do tributo devido ultrapassa o montante de R$ 100,00 (cem reais), previsto no art. 18, § 1.º, da Lei 11.033/2004, que regulamenta que ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União de valor consolidado igual ou inferior a R$ 100,00 (cem reais), resta afastada a aplicação do princípio da insignificância, independentemente de haver ou não reiteração da conduta pela mesma prática delituosa. [...]"[3]

"1. A nova redação do art. 20 da Lei 10.522/2002 conferida pela Lei 11.033, de 21.12.2004, elevando o valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais) não tem aplicação imediata para fins penais em razão da autonomia existente entre a esfera penal e a esfera fiscal. 2. No crime de descaminho a quantia de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) revela-se mais do que suficiente para caracterizar a insignificância penal, por tratar-se de um delito que envolve mercadorias de pequeno valor, sob pena de incentivo à prática da infração. 3. Ainda que o montante dos tributos federais iludidos seja inferior a R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), caso existam elementos que indiquem reiteração da conduta delituosa, não se revela cabível a aplicação do referido princípio destipificante."[4]

"1. O bem jurídico tutelado pela norma penal a que alude a denúncia consiste na salvaguarda dos interesses do Fisco, os quais, *in casu*, não foram vilipendiados, consoante se vem de expor, porquanto nem todo ilícito fiscal de tal jaez consubstancia ilícito penal na forma tipificada no art. 334, do Código Penal, considerando o valor irrisório da mercadoria apreendida.

2. O posicionamento adotado em âmbito administrativo pela Fazenda Nacional (cf. Portaria MF 49, de 01.04.2004, art. 1.º, I e II), não ajuizando a competente ação de execução quando o valor de seu crédito não excede a R$ 10.000,00 (dez mil reais), nem mesmo procedendo à inscrição como dívida ativa da União

3. TRF 4ª Reg., 7ª T., ApCrim (ACR) 199970030050313/PR, 14.03.2007, rel. Tadaaqui Hirose.

4. TRF 4ª Reg., 4ª Seção, EI e de Nulidade 200471040069537/RS, 18.08.2005, rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère.

do débito cujo montante não alcança expressão monetária superior à R$ 1.000,00 (mil reais), denota: a) seu desinteresse em cobrar judicialmente tais valores, eis que o dispêndio para a consecução da cobrança excede ao valor do crédito, e; b) a insignificância econômica das quantias alcançadas por aqueles limites.

3. Conduta perpetrada pela acusada que se apresenta irrelevante para o Direito Penal. [...]"[5]

O objetivo principal a ser atingido com as próximas páginas não é abrir caminho para o reconhecimento desse precioso instrumento para interpretação restritiva do tipo penal previsto no art. 334 do CP. Isso já foi alcançado por juristas eminentes. O escopo consubstancia-se em pensar ou repensar alguns traços, visando-se alcançar um perfeito percurso para a incidência do princípio da insignificância em crimes de contrabando ou descaminho. Busca-se, pois, compatibilizar a política criminal com a segurança jurídica, proporcionando claridade ao sistema penal e impedindo-se as decisões arbitrárias.[6]

2. Princípio da insignificância

2.1 Antecedentes históricos

Discute-se muito acerca da origem do princípio da insignificância, não havendo ainda um consenso.

Ivan Luiz da Silva[7] relata muito bem a existência de duas correntes doutrinárias sobre o *gênesis* desse princípio:

i) a primeira, diz que promana do brocardo jurídico *minima non curat praetor*, *de minimis non curat praetor* ou *de minimis praetor non curat*, em vigor no

5. TRF 1ª Reg., 4ª Seção, RCR 200338030038219/MG, 16.11.2004, rel. Marcus Vinícius Reis Bastos (Convocado).

6. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 38.

7. Cf. SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 87-92.

Direito Romano antigo, pelo que o pretor, regra geral, não se ocupava das causas ou delitos de bagatela;[8] e

ii) a segunda, nega a origem romana do princípio da insignificância, dividida em duas vertentes: a) Maurício Ribeiro Lopes aceita a existência da máxima *minima non curat praetor*, mas não admite que se trata da sua restauração hodierna. Esse brocardo carece de especificidade para justificar a ausência de providências estatais na esfera penal, sendo seu campo de aplicação propriamente o Direito Civil, pois o Direito Romano desenvolveu-se sob a égide do Direito Privado. Acentua que o princípio da insignificância tem sua origem no pensamento liberal dos jusfilósofos do Iluminismo, encontrando-se na evolução e desdobrando-se do Princípio da Legalidade, do qual não se desvincula,[9] e como decorrência da própria natureza fragmentária do Direito Penal; e b) José Luís Guzmán Dalbora, por sua vez, argumenta que a máxima *minima non curat praetor* em seu sentido atual era virtualmente desconhecida no Direito Romano antigo, estando ausente das compilações dos principais glosadores. Esse autor considera o princípio da insignificância como restauração do brocardo *de minimis non curat praetor*, formulado pelo pensamento liberal e humanista dos juristas renascentistas.[10]

Neste trabalho, particularmente, entende-se que o princípio da insignificância procede do brocardo jurídico *minima non curat praetor*, em vigor no Direito Romano antigo. É evidente que sobre esse princípio há hodiernamente uma estruturação científica, inaugurada por Claus Roxin no ano de 1964,[11] que não figurava naquele tempo.

8. Nesse sentido: Carlos Vico MAÑAS; Carlos Enrico PALIERO; Von LISZT; Diomar ACKEL FILHO; SANGUINÉ, Odone; Alberto Silva FRANCO; José Henrique Guaracy REBÊLO e André Luís CALLEGARI.

9. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 38.

10. Nesse sentido: SILVA, Ivan Luiz da.

11. Cf. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, jan./fev./mar./1990, v. 3, n. 1. p. 39.

Antes do nascimento de Jesus Cristo, na Bíblia Sagrada, relatam-se admoestações para a aplicação desse princípio, conforme descrito no livro do profeta Amós (793-740 a.C.): "[...] Assim diz o Senhor: Por três transgressões de Israel e por quatro, não sustarei o castigo, porque os juízes vendem o justo por dinheiro e *condenam o necessitado por causa de um par de sandálias*. [...]"[12] – grifou-se; e do profeta Isaías (740-701 a.C.): "[...] Pois o tirano é reduzido a nada, o escarnecedor já não existe, e já se acham eliminados todos os que cogitam da iniqüidade, os quais *por causa de uma palavra condenam um homem* [...]"[13] – grifou-se. Isso também serve de argumento para sustentar que o princípio da insignificância, embora carecesse dos elementos que atualmente o demonstram cientificamente, aplicava-se antes do início da Era Cristã, fortalecendo a corrente que lhe atribui origem mais remota do que o Renascimento ou o Iluminismo.

SANGUINÉ, além de informar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal acolheu pela primeira vez o princípio da insignificância em 06.12.1988,[14] afirma que:

"Embora a formulação do princípio da insignificância como critério geral de exclusão da tipicidade seja de Roxin, encontramos vestígios dele já em 1903, na seguinte passagem da obra de Franz Von Liszt: 'A nossa atual legislação faz da pena, como meio de luta, um emprego excessivo. Se deveria refletir se não mereceria ser restaurado o antigo princípio *minima non curat praetor*, ou como regra de direito

12. BÍBLIA. Português. *Bíblia de estudo de Genebra*. São Paulo/Barueri: Cultura Cristã/ Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. p. 1029.

13. BÍBLIA. Português. *Bíblia de estudo de Genebra* ..., cit., p. 821.

14. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio ..., cit., p. 36: Recurso em *Habeas Corpus* 66.869-1/PR, 2ª Turma do STF, votação unânime, rel. Ministro Aldir Passarinho, com esta ementa: "Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito e de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas".

processual (superamento do princípio da legalidade), ou como norma de direito substancial (isenção de pena pela insignificância da infração)'."[15]

Na doutrina brasileira, Francisco de Assis Toledo foi o primeiro a referir o alcance do princípio da insignificância;[16] na Argentina, com a denominação e natureza com que o princípio é reconhecido atualmente, sua recepção começou a partir dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni.[17]

2.2 *Definição*

No exterior, o princípio da insignificância (*Das Gerinfügigkeits-prinzip*)[18] é mais conhecido por princípio ou criminalidade de bagatela (*Bagatelledelikte*).[19]

Francisco de Assis Toledo, atribuindo a criação do princípio da insignificância a Claus Roxin, destaca que o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.[20]

Nesse sentido, o princípio da insignificância é instrumento de interpretação restritiva, fundamentado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, judicialmente e sem macular a segurança jurídica, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, apesar de formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.[21] Segundo este princípio, haveria a exclusão da tipicidade em virtude do próprio teor literal da lei penal.[22]

15. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio ..., cit., p. 40.

16. ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo*, São Paulo, abr./jun./1988, v. 94. p. 72.

17. GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. *La insignificancia en el derecho penal*: los delitos de bagatela: dogmática, política criminal y regulación procesal del principio. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 79.

18. Termo apontado por SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio ..., cit., p. 39.

19. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 19 e 38.

20. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.

21. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 57.

Representa o instrumento de maior força do Direito Penal contemporâneo para correção dos desvios oriundos da aplicação das leis penais ao longo do tempo[23] e compõe a base de sustentação do chamado Direito Penal democrático.[24]

Diomar Ackel Filho conceitua-o como o princípio que "permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois como irrelevantes. A tais ações falta o juízo de censura penal".[25]

O princípio da insignificância decorre da moderna concepção utilitarista nas estruturas típicas do Direito Penal, que exige, para a composição do tipo penal, não só aspectos formais, mas essencialmente elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça na imposição da pena criminal ao agente.[26]

2.3 Natureza jurídica

É instrumento político-criminal e sistemático de descriminalização, segundo moderna dogmática jurídico-penal.[27]

Afigura-se como princípio jurídico do Direito Penal, reconhecido implicitamente pela Constituição brasileira (arts. 1.º, III, 3.º, I, II e IV, e 5.º, *caput*), pois ajustado à estrutura garantística do Estado Social e Democrático de Direito, e concretizado legislativa, judicial e administrativamente.[28]

22. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 204.

23. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 25.

24. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 25.

25. ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância ..., cit., p. 73.

26. ROSA, Fábio Bittencourt. Alguns princípios do direito penal. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, 2001, ano 12, n. 40. p. 52.

27. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 31 e 59.

28. Cf. SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 96, 104-105 e 131-146: "A concretização legislativa é realizada pelo legislador através de atos legislativos que densificam o princípio jurídico, criando, assim, uma norma de decisão aplicável aos problemas concretos." No Brasil, essa concretização deu-se por meio dos artigos 59, *caput* (a pena deve ser

ROXIN inicia a difusão do princípio da insignificância, identificando-o como um *recurso auxiliar para interpretação restritiva* do teor literal do tipo penal, que permite na maioria dos tipos excluir desde o começo danos de pouca importância.[29]

É *autêntico princípio sistêmico*, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Empresta *juízo transcendental* à estrutura primária do tipo penal, cujo preenchimento não se contenta mais com a mera acomodação formal de seus termos. É de *raciocínio superior*, pois informado de inicialidade conteudística fundada em pressupostos éticos fundamentais, e possui *caráter vinculante* para outros princípios e normas do Direito Penal. Determina a validade da lei penal, exigindo um significado juridicamente relevante para legitimá-la.[30]

É considerado, também, um *juízo de valor social* a ser projetado sobre todas as condutas delituosas, informando o tipo penal com um conteúdo substantivo e apenas autorizando a sua incidência diante de uma avaliação positiva do grau

aquela *"necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime"*), 155, § 2.º, 170, 171, § 1.º, e 180, § 5.º, todos do Código Penal, e artigos 209, § 6.º (lesão corporal levíssima), 240, § 1.º (furto atenuado), 250 (várias formas de apropriação indébita), 254, parágrafo único (receptação) e 260 (dano atenuado), todos do Código Penal Militar (Dec.-lei 1.001/69). "A concretização judicial é realizada pela atuação do Judiciário, que através de suas sentenças densifica um preceito constitucional partindo da norma abstrata até obter a norma de decisão solucionadora do caso concreto posto à sua apreciação." Nos termos do tópico 1.1 ("Antecedentes Históricos"), o Supremo Tribunal Federal acolheu pela primeira vez o princípio da insignificância em 06.12.1988, justificando as decisões dos tribunais inferiores que há tempos o aplicavam. A concretização administrativa, por sua vez, "é realizada por integrantes do Poder Executivo, que densificam o preceito constitucional aplicando a norma principal na solução de casos concretos através da prática de atos administrativos. [...] No sistema penal brasileiro essa modalidade de concretização é realizada pelo Ministério Público, uma vez que, sendo o titular da ação penal, pode abster-se de propô-la quando entender que não há crime a ser denunciado, requerendo, portanto, o arquivamento do inquérito policial ao Judiciário, nos termos do art. 28 do CPP". O arquivamento de inquéritos policiais por delegados de polícia sob o argumento de aplicar-se o princípio da insignificância é concretização administrativa *imprópria*, vedada por lei (art. 17 do CPP), nada obstante posicionamento em contrário de Carlos Alberto Marchi de Queiroz (A autoridade policial e o princípio da insignificância. *Revista dos Tribunais*, dez./1994, ano. 83, v. 710. p. 390-391).

29. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 73-74.

30. Cf. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 34 e 38.

de repercussão jurídico-social de que deve se revestir um fato para ingressar no terreno da incidência das normas penais.[31]

Segundo Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, é um *critério hermenêutico intra-sistemático*, funcionando como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva do resultado.[32]

José Henrique Guaracy Rebelo conclui dizendo que o princípio da insignificância é "instrumento de interpretação restritiva da norma penal, fundado na concepção material do tipo penal, alcançando a descriminalização de condutas que, conquanto aparentemente típicas, não lesionam de forma significativa o bem jurídico protegido".[33]

Sendo máxima de interpretação típica orientada ao bem jurídico protegido, funciona, *dogmaticamente*, como critério geral interpretativo de *exclusão da tipicidade*,[34] pois esta tipicidade, modernamente, reclama um conteúdo *material*

31. Cf. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 40.

32. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva* ..., cit., p. 204.

33. REBÊLO, José Henrique Guaracy. Breves considerações sobre o princípio da insignificância. *Revista CEJ*, Brasília, jan./abr./2000 op. cit. p. 65.

34. Cf. PELUSO, Vinicius de Toledo. A objetividade do princípio da insignificância. *Boletim ICCRIM*, São Paulo, dez./2001, ano 9, n. 109, p. 11. Ivan Luiz da Silva (*Princípio da insignificância* ..., cit., p. 157-165) informa a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à localização do princípio da insignificância na teoria do delito e sua natureza jurídico-penal. São três posicionamentos: a) *excludente de tipicidade*: é certamente a *corrente majoritária*, segundo a qual, pelo princípio da insignificância, são atípicas as condutas que implicam uma afetação insignificante ao bem jurídico tutelado. Na doutrina: Assis Toledo, Diomar Ackel, Odone Sanguiné, Carlos Vico Mañas, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, José Henrique Guaracy Rebelo, Lycurgo Santos, Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Cezar Roberto Bittencourt, Julio Virgolini, Luiz Flávio Gomes, Vinicius de Toledo Piza Peluso, Damásio Evangelista de Jesus, Roger Spode Brutti e Eugenio Zaffaroni (considerando a tipicidade conglobada da norma); a jurisprudência, majoritariamente, os tem acompanhado; b) *excludente de antijuridicidade*: vincula-se o princípio da insignificância à antijuridicidade material. Na doutrina: Alberto Silva Franco, Carlos Frederico Pereira e Juarez Tavares; assim como a doutrina, a jurisprudência nesse sentido é minoritária; c) *excludente de culpabilidade*: é a que possui menos adeptos; cita-se Abel Cornejo que fundamenta seu posicionamento no princípio da proporcionalidade da pena. Para Ivan Luiz da Silva o princípio da insignificância tem natureza jurídico-penal ubíqua, podendo afastar tanto a tipicidade como a antijuridicidade do comportamento realizado.

para sua verificação, caracterizado pela ofensa concreta e relevante ao bem jurídico tutelado,[35] ou ética e socialmente reprovável.[36]

2.4 Fundamentos

Fundamenta-se no princípio da intervenção mínima e seus corolários da fragmentariedade e subsidiariedade, pelo que o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando a outros ramos do direito o trato das leves perturbações à ordem jurídica.[37]

A idéia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime é outro elemento que apóia o princípio da insignificância,[38] porquanto, nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que a pena mínima aplicada seria desproporcional à significação social do fato.[39] A pena privativa de liberdade, por seus conhecidos e danosos efeitos sobre os condenados, deve ser reservada aos casos em que não haja outra alternativa, ou de atitudes típicas de relevante valor social.[40]

Para LOPES, servem como fundamentos básicos os princípios da igualdade e de liberdade.[41] Ele ainda justifica o princípio da insignificância com base no princípio da razoabilidade, na subsunção e interpretação dinâmica do Direito e, como MAÑAS e SANGUINÉ, na fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal e no princípio da proporcionalidade.[42] Discorre aquele autor:

35. Cf. ROSA, Fábio Bittencourt. Alguns princípios do direito penal ..., cit., p. 52-53.
36. Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de* ..., cit., p. 130.
37. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 57.
38. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 58.
39. Cf. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio ..., cit., p. 47.
40. Cf. PIVA, Paulo César. Princípio da insignificância – excludente de ilicitude e tipicidade penal. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ago./2000, ano 48, n. 274. p. 61.
41. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 26.
42. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 51-65.

"O princípio da insignificância se ajusta à eqüidade e correta interpretação do Direito. Por aquela acolhe-se o sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, se exige uma hermenêutica mais condizente com o Direito, que não pode se ater a critérios inflexíveis de exegeses, sob pena de se desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças.[...]

[...] os tipos penais estão previamente informados de uma noção de valor social. Esse valor não está impresso no tipo, mas o tipo o expressa por diversos meios elucidatórios (classificação do delito, objeto jurídico protegido, sujeição ativa e passiva, pena cominada, benefícios legais circunstancialmente incidentes, dentre outros). Apenas quando diante do valor social expresso no tipo se depositar a noção de 'mais-valia jurídico-penal' do fato em relação à norma é que se poderá definir o fato como crime."[43]

O princípio da insignificância deve ser encarado, dentro do sistema positivo, como um mecanismo receptor e divulgador do conteúdo material do princípio da igualdade dentro do Direito Penal, oportunizando ao magistrado a possibilidade de deixar de aplicar friamente a lei quando concluir pela impropriedade dos remédios criminais para a adequação social da dinâmica dos fatos. LOPES acentua, ainda, que o princípio da insignificância valoriza o *princípio da dignidade da pessoa humana* ao conferir um padrão de atuação ética ao Direito Penal, resultante da intervenção da pena criminal no direito de liberdade nos momentos de máxima gravidade.[44] Discorrendo sobre critérios de razoabilidade, LOPES exemplifica:

"Todavia, um levíssimo arranhão, ainda que ontologicamente constitua lesão no sentido médico-legal, é irrelevante para o Direito Penal, que se preocupa apenas com a ofensa efetiva e idônea à integridade corporal ou à saúde. Não é razoável e repugna até o bom senso que se louvando numa interpretação inflexível pretenda-

43. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 51 e 61.

44. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 20, 26 e 52-53.

se, em casos de tal bagatela, proclamar-se a existência de um fato típico, diante da insignificância da lesão. Falta a reprovabilidade do fato, que não tem valor penalmente relevante, devendo ser ressaltado que a conduta típica nunca é isenta de valor, mesmo quando ocorre causa de ilicitude. Afinal, não se pode supor que a morte dada a alguém em legítima defesa valha o mesmo que a ação de matar um mosquito."[45]

Estes motivos benéficos de descriminalização, mencionados por SANGUINÉ, também sustentam o reconhecimento do princípio da insignificância nos delitos de massa contra o patrimônio: a) os custos sociais para a ordem pública no caso de se manter a incriminação e persecução penal resultariam superiores aos benefícios; b) seria eficaz e seguro alívio da justiça criminal, dado o caráter massivo desta criminalidade, pois, do contrário, haveria o perigo de sobrecarregar o sistema penal com prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional em relação aos fatos mais graves; c) os autores desses fatos são muitas vezes pessoas que não cometem outros crimes e que, por isso, não terão quaisquer outros contatos com a experiência traumatizante do sistema penal; e d) a tutela da propriedade sempre poderá contar com o recurso à proteção jurídico-civil.[46]

2.5 Finalidade

A adoção do princípio da insignificância diminui o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.[47] Serve, pois, para promover a *proteção racional dos bens jurídicos* pelo Direito Penal, sendo *racional* essa proteção quando não a possa outorgar outro ramo do Direito ou a que se efetua é insuficiente ou inadequada.[48]

45. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 59.
46. Cf. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio ..., cit., p. 49.
47. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 58-59.
48. Cf. GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. *La insignificancia en el derecho penal* ..., cit., p. 55.

Destina-se, pois, a corrigir o imperfeito processo legislativo que, por tipificar abstratamente as condutas, acaba incriminando comportamentos que não causam prejuízos relevantes à ordem jurídica e social.[49] Presta-se a dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, pois a redação do tipo penal pretende certamente incluir somente prejuízos graves da ordem jurídica, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves.[50]

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes destaca a atuação desse princípio sob dois enfoques: i) caráter excluidor da falta de relevância jurídica das ações causadoras do delito; e ii) notoriedade inibitória do ingresso dessas ações na esfera jurídica, impedindo-se que algo de diminuta repercussão jurídica ou social venha a ingressar no sistema legal. O princípio da insignificância serve para legitimar o Direito Penal,[51] reforçando seu caráter fragmentário e subsidiário, reduzindo o campo da tutela criminal a valores sociais imprescindíveis.[52]

2.6 Critérios de aplicabilidade

A falta de critérios objetivamente definidos para aplicação do princípio da insignificância tem sido o maior entrave ao seu ideal acolhimento pela jurisprudência pátria. Sobre o assunto, a doutrina não atingiu um consenso, a despeito de todo o esforço empregado.

Ivan Luiz da Silva entende que para o reconhecimento da conduta típica penalmente insignificante deve-se empregar o *modelo clássico de determinação*,[53]

49. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 55-56.

50. Cf. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio ..., cit., p. 46.

51. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 20 e 26.

52. Cf. PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 62.

53. Segundo informa esse autor (*Princípio da insignificância* ..., cit., p. 148-149), Carlo Paliero apresenta dois modelos de determinação da conduta típica insignificante: a) o clássico, constituído sobre a avaliação dos índices de desvalor da ação, desvalor do resultado e culpabilidade; b) o critério baseado na "antecipada comensuração da pena" para estabelecer o "merecimento da pena". Este último modelo seria prevalente na doutrina de língua alemã.

consistente na avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta realizada, aferindo-se o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade em relação ao bem jurídico atacado. Tendo a culpabilidade por mero *pressuposto da pena*, considera que ela não deve integrar o critério de determinação da conduta penalmente insignificante, porquanto o princípio da insignificância incidiria sobre os elementos da estrutura interna do delito (tipicidade e ilicitude).[54] Conclui no sentido de que se o *desvalor da ação* e o *do resultado* de uma conduta típica realizada possuem um *grau de lesividade irrelevante* indica-se a ocorrência de uma ação penalmente insignificante;[55] e continua:

"Se a insignificância do desvalor da ação for mais intensa, então, a conduta realizada será classificada como insignificância absoluta, excluindo, por conseqüência, a tipicidade do fato. Por outro lado, se o desvalor do resultado tiver insignificância maior o comportamento será classificado como de insignificância relativa, não obstante seja considerada ação típica, sua antijuridicidade apresenta-se desprovida de significado jurídico-penal, permitindo, assim, sua exclusão do âmbito do Direito Penal."[56]

Para Carlos Vico Mañas, na interpretação e valoração da ofensa, deve-se ponderar acerca da sua *nocividade social*, acrescida dos critérios de *desvalor da ação*, do *resultado* e do *grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal*. Deve-se, ainda, efetuar uma *antecipada medição da pena*, analisando-se a necessidade de sua imposição e de suas conseqüências para a sociedade e o autor do delito.[57] MAÑAS concorda sobre a existência de situações em que o desvalor da ação pode preponderar sobre o desvalor do resultado, ou vice-versa, sendo igualmente atípica a conduta em virtude de sua insignificância penal, mas, para isso, "é necessário analisar a estrutura legal do respectivo tipo penal. Se este é constituído sobre a mera causação do evento, deve-se valorizar a intensidade

54. Cf. SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 150-151.
55. Cf. SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 152.
56. SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 156.
57. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 60.

da ofensa verificada; quando, ao contrário, o tipo dá destaque à forma de ação, importa analisar o potencial agressivo da conduta praticada".[58]

Odone Sanguiné, também amparado pelos estudos de PALIERO, explica que: o *desvalor do resultado* "deve ser considerado conforme a importância dos particulares bens jurídicos e do grau e da intensidade da sua ofensa";[59] o *desvalor da ação* "reside no grau de probabilidade da conduta para realizar o evento na concreta modalidade lesiva assumida pela conduta".[60]

Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado advertem que "a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente pela intensidade, isto é, pelo grau da lesão produzida".[61] E PRADO, ao lado de Érika Mendes de Carvalho, alertam:

"Quando se constata a existência do desvalor da ação e do desvalor do resultado não é possível afastar sem mais nem menos a tipicidade da conduta com base em uma diretriz político-criminal extremamente insegura como é o citado princípio.

No caso de aplicação do princípio de insignificância, como excludente de tipicidade, no contexto de apoucada, diminuta ou irrelevante lesão ao bem jurídico, deve-se proceder com a *máxima cautela* no sentido de *valorar corretamente – de acordo com a realidade sócio-econômica média existente em determinada comunidade – o conteúdo da insignificância*, evitando assim possível lesão ao princípio da segurança jurídica."[62] (grifou-se)

Espelhando semelhante preocupação, Diomar Ackel Filho infere que "a aplicação do princípio deve ser feita com base no critério do *homus medius*, não

58. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância* ..., cit., p. 62.

59. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio ..., cit., p. 45.

60. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio ..., cit., p. 45.

61. BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. Princípios fundamentais do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 1996, v. 15. p. 87.

62. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva* ..., cit., p. 206.

se podendo prescindir do controle jurisdicional, para evitar possíveis abusos e desvirtuamentos".[63]

A partir do estudo da doutrina, observa-se que, em geral, os escritores adotam o sistema clássico para a determinação da insignificância penal, notadamente, os critérios *desvalor da ação* e *desvalor do resultado*, com forte inclinação para observância da *antecipada medição da pena*; tem-se evitado, entretanto, a consideração do *grau de culpabilidade do autor da conduta*.

Neste tópico merece especial atenção o atual posicionamento jurisprudencial, pois são os juízes e Tribunais, com base nos *critérios, fatores* ou *vetores de aplicabilidade*, que *concretizam judicialmente* o princípio da insignificância.

Ao Supremo Tribunal Federal (STF), os vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado têm caráter exclusivamente objetivo, conforme ementa destes julgados:

"O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina.

Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como *(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada* – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O postulado da insignificância e a função do direito penal: *de minimis, non curat praetor*.

63. ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância ..., cit., p. 77.

– O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

A mera existência de investigações policiais (ou de processos penais em andamento) não basta, só por si, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes.

– *A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que ausente condenação penal irrecorrível – além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes –, também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do 'status poenalis' do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5.º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República.*" (HC 84.687/MS, 2ª T., 26.10.2006, rel. Celso de Mello – grifou-se)

"[...] 3. Descaminho considerado como 'crime de bagatela': aplicação do 'princípio da insignificância'. Para a incidência do princípio da insignificância *só se consideram aspectos objetivos*, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, 2ª T., Celso de Mello, *DJ* 19.11.2004).

A caracterização da infração penal como insignificante *não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é.* E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, 2ª T., Marco Aurélio, RTJ 178/310).

4. Concessão de *habeas corpus* de ofício, para cassar a condenação imposta à recorrente, por falta de justa causa." (QO em RE 514530/RS, 1ª T., 06.02.2007, rel. Sepúlveda Pertence – grifou-se)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no entanto, em especial quanto ao crime de descaminho, tem exigido a presença simultânea de critérios *objetivos*, relativos ao desvalor da ação e desvalor do resultado, e *subjetivos*, concernentes à culpabilidade do agente, para consideração da conduta penalmente insignificante, nestes termos:

"I. [...] o princípio da insignificância deve se aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas as condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo.

II. Nos delitos de descaminho, embora o pequeno valor do débito tributário seja condição necessária para permitir a aplicação do princípio da insignificância, o mesmo pode ser afastado se o agente se mostrar um *criminoso habitual em delitos da espécie.*

III. O comportamento do réu, voltado para a prática de reiterada da mesma conduta criminosa, impede a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes." (HC 66.316/RS, 8ª T., 28.11.2006, rel. Gilson Dipp – grifou-se)

"I. Não há ilegalidade na decisão que entende inaplicável o *Princípio da Insignificância* a réu que ostenta maus antecedentes, pois a sua incidência está condicionada não somente aos *fatores objetivos*, como à sensatez do Julgador, a quem cabe – orientado pelos parâmetros previstos no art. 59 do CP – *avaliar a necessidade e conveniência da concessão dessa benesse.* Precedente da Turma.

II. A impunibilidade requer o exame das *circunstâncias de fato* e daquelas *concernentes à pessoa do agente*, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.

III. Só pode ser considerado penalmente irrelevante o fato que possui *desvalor do resultado*, *desvalor da ação* e *desvalor da culpabilidade do agente*, *concomitantemente*.

IV. Recurso conhecido e desprovido." (REsp 400685/MG, 5ª T., 27.05.2003, rel. Gilson Dipp – grifou-se)

Observe-se que a consideração de *fatores subjetivos* para a incidência do princípio da insignificância é aceita por respeitável parte da doutrina; a presença do *desvalor da ação* e/ou do *desvalor do resultado* é, por outro lado, sustentada maciçamente. Assim, num primeiro momento, prescinde-se da formulação de novo postulado para impedir a penalização de fato criminal insignificante ou irrelevante.[64] Saliente-se, ainda, que o princípio da irrelevância penal do fato, que padece de igual ausência de índices objetivos de aferição, tem sido utilizado *simplesmente* para afastar a aplicação do princípio da insignificância.[65]

2.7 *Princípio da insignificância e crime de bagatela*

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes distingue o princípio da insignificância do crime de bagatela. Em relação ao primeiro, não existe a tipicidade do crime; não existe o crime. Quanto ao segundo, refere-se à atuação delituosa sujeita a tratamento mais célere e menos rigoroso, aceitando-se inclusive a possibilidade

64. Luiz Flávio Gomes (Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, jul./2001, ano 90, v. 789. p. 439-456) sustenta a formulação do *princípio da irrelevância penal do fato*, cujo reconhecimento exige a "presença de todos os requisitos bagatelares (resultado, conduta e culpabilidade bagatelares)".

65. "1. O princípio da insignificância incide quando, praticada conduta formalmente típica, ausente a tipicidade material ou o desvalor do resultado; 2. O caso, devido às suas peculiaridades, deve ser analisado sob a luz do princípio da irrelevância penal do fato, que, para a sua incidência, devem estar ausentes ou insignificantes não só o desvalor do resultado, como também o desvalor da ação e da culpabilidade; 3. O abuso dos postulados do minimalismo penal, através da reiteração da conduta típica descrita no art. 334 (descaminho) do Código Penal – revelando a existência do desvalor da ação –, impede a aplicação da tese da insignificância, ainda que o valor do tributo devido seja inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002; 4. Ordem denegada." – (STJ, HC 35800/RS, 03.03.2005, rel. Paulo Medina)

de perdão judicial decorrente da pronta e justa reparação do dano. Reconhece, no entanto, a possibilidade desse rigor científico não estar sendo observado pela doutrina em geral, que os tem utilizado como sinônimos.[66]

3. Delito de contrabando ou descaminho (art. 334 do CP)

Nélson Hungria, a seu tempo, destacava a ausência de univocidade quanto a uma diferença conceitual entre *contrabando* e *descaminho*. Defendia, inclusive, que o legislador brasileiro corretamente reconheceu a íntima afinidade e, por vezes, identidade entre contrabando e descaminho, ao sugerir no art. 334 do Código Penal o entendimento de que as duas expressões são sinônimas.[67]

Nada obstante, modernamente, a doutrina faz clara distinção entre as duas figuras delitivas. *Contrabando*[68] diz respeito à importação e exportação de mercadoria proibida por lei, enquanto *descaminho* significa a fraude ao pagamento de tributos. O tratamento desses delitos no mesmo dispositivo legal, com o emprego da alternativa "ou", denotando uma equivalência entre os institutos, contraria a natureza ontológica deles.[69]

O *descaminho* constitui crime de *natureza tributária*, enquanto o *contrabando* expressa a importação e a exportação de *mercadoria proibida*, não implicando fato ilícito contra a ordem tributária, pois a simples importação ou exportação de determinada mercadoria proscrita por lei viola o preceito estatal, independentemente da geração de tributos.[70]

66. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância* ..., cit., p. 35-36.

67. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9. p. 432-433.

68. "Contrabando vem de contra (oposição) e bando (edito, ordenança, decreto), e, em sentido amplíssimo, quer dizer todo comércio que se faz contra as leis." (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal* ..., cit., p. 432, nota de rodapé n. 61)

69. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 467.

70. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico* ..., cit., p. 467.

O contrabando e o descaminho são crimes comuns, praticados por qualquer pessoa contra o Estado,[71] principal interessado na regularidade da importação ou exportação de mercadoria e na cobrança dos direitos e impostos delas decorrentes.[72]

Para análise da incidência do princípio da insignificância que, como visto, relaciona-se com a lesão ao bem jurídico tutelado, importa, neste estudo, verificar os interesses protegidos pelo art. 334 do Código Penal.

Pela tipificação do *descaminho* são tutelados o prestígio da Administração Pública, o interesse econômico-estatal, o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia do país.[73] Pelo crime de *contrabando* são igualmente protegidos o prestígio da Administração Pública e o interesse econômico-estatal, assegurando-se, ainda, a proteção à saúde, à segurança pública e à moralidade pública.[74] O Estado, ao proibir a entrada ou saída de mercadorias, fá-lo por relevante motivo de ordem pública: ou é medida de política econômica ou financeira (protecionismo, defesa de monopólios do Estado, guerra aduaneira retenção de metais preciosos, obras de arte ou antiguidades) ou é providência de utilidade geral, visando à defesa da saúde ou moralidade pública, ou à segurança do Estado ou dos indivíduos.[75]

Eustáquio Nunes Silveira[76] explica, todavia, que, "acima desses interesses imediatos, protegem-se, em ambos os casos, a própria administração pública e a soberania nacional no seu mais alto sentido, ou seja, o direito do estado brasileiro

71. Consoante Luiz Regis Prado (PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico* ..., cit., p. 469): "Sujeito passivo do delito de contrabando é a União, pelo que se depreende do disposto no art. 22, VIII, da Constituição Federal. No delito de descaminho, sujeitos passivos são a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, já que a fraude ínsita ao descaminho impede a arrecadação tributária destes entes, pelo que se depreende do disposto nos arts. 153, I e II, 155, § 2.º, IX, a, e 158, IV, todos da Constituição Federal".

72. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 3. p. 385.

73. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico* ..., cit., p. 468.

74. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico* ..., cit., p. 469.

75. Cf. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal* ..., cit., p. 433.

76. SILVEIRA, Eustáquio Nunes. Contrabando e descaminho na Zona Franca de Manaus. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ago./1995, ano 84, v. 718. p. 343.

de controlar a entrada e saída de mercadorias do país e, conseqüentemente, a própria economia interna do país". Prossegue esse autor:

"Sabe-se o quanto é importante o comércio exterior, capaz de fortalecer ou enfraquecer uma nação, de colocá-la adiante ou a reboque de outras. Por isso, *dependendo do interesse do momento*, estabelecem-se barreiras alfandegárias com relação a certas mercadorias ou bens, pratica-se o *protecionismo de produtos industrializados nacionais*, fixam-se *reservas de mercado*, seja proibindo a importação ou a exportação ou instituindo tributos altíssimos que inibam a entrada ou a saída de bens.

O controle da entrada e saída de mercadorias do país é tão relevante que, em 1938, o Brasil assinou, em Buenos Aires, com diversos outros países, a convenção sobre a repressão ao contrabando, promulgada pelo Dec. 2.646/38, mediante a qual as partes contratantes se obrigaram a colaborar para que fossem previstas, descobertas e punidas as infrações, que se verificassem em seu território, das disposições aduaneiras das outras partes. É conhecido, também, o tratamento especial que o Brasil sempre deu a seu café, exatamente pela razão de ser um produto de disputado mercado consumidor mundial e, portanto, fonte de divisas." (grifou-se)

Assim, importa observar que, se conceitualmente o contrabando e o descaminho têm sido diferenciados, sob o ponto de vista da *objetividade jurídica* deve ser reconhecido um retrocesso à univocidade entre esses delitos.

Ao contrabando e ao descaminho têm sido reservadas condutas que, ofendendo a função fiscal do tributo, comprometem a atuação extrafiscal do Estado, notadamente, em relação ao protecionismo de produtos industrializados nacionais e à fixação das reservas de mercado.[77] Basta notar que o legislador, ao pretender, deveras, proteger a saúde ou a segurança públicas ou outros interesses mais imediatos, cria, com penalidade igual ou mais ou menos grave, tipos penais autônomos e/ou instrumentos legislativos específicos para condutas análogas, como, por exemplo: arts. 184, § 2.º (violação de direitos autorais), 231 (tráfico internacional de pessoas), 234 (escrito

77. Cf. SILVEIRA, Eustáquio Nunes. Contrabando e descaminho ..., cit., p. 343.

ou objeto obsceno), 272, § 1.º-A (substância ou produtos alimentícios), 273, § 1.º (produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), 289, § 1.º (moeda falsa) e 293, § 1.º (papéis públicos), todos do Código Penal; Lei de Crimes contra a Segurança Nacional (Lei 7.170/83); Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86); Lei dos Crimes contra a Propriedade Industrial (Lei 9.279/96); Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98); Lei de "Lavagem de Dinheiro" (Lei 9.613/98); Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003); Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005, art. 29); e Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

Dentro dessa concepção, infere Bianca de Freitas Mazur que, apesar da diferenciação entre os crimes de contrabando e descaminho, ambos têm por tutela principal a administração pública, entendida em seu sentido amplo (toda e qualquer atividade desenvolvida para a satisfação do bem comum). E, apoiada em Márcia de Carvalho, assinala que essa diferenciação, na esfera penal, não deve ter a mesma relevância que na esfera administrativa, diante de conseqüências de ordem prática.[78]

Não se há falar, por exemplo, que a proibição do contrabando de cigarros fundamenta-se na proteção da saúde da população, pois, o consumo do cigarro, ainda que legalizado, por si só, é um terrível mal, causador de enfermidades assombrosas! O que se protege com a proibição são os interesses fiscais do Estado e o mercado da respectiva indústria.

4. Aplicação do princípio da insignificância nos delitos de contrabando ou descaminho

Em relação às condutas previstas no art. 334 do Código Penal, prontamente se afasta qualquer ideologia abolicionista.[79] Beccaria já sentenciou que o "contrabando

78. Cf. MAZUR, Bianca de Freitas. *Os tipos de contrabando e descaminho como capítulo do direito penal*: análise de seus aspectos, elementos e características. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2005. p. 55 e 181.

79. "O abolicionismo [...] recusa validez e legitimidade a todas as premissas sobre as quais tradicionalmente se assenta a teoria do delito, e propõe não apenas a extinção da pena, nem do

é um verdadeiro delito que prejudica o soberano e a nação[...] Há contrabandos que interessam de tal forma à natureza do imposto, parte essencial e difícil da boa legislação, que esse delito merece severíssima pena, até prisão e escravidão".[80]

De fato, não se deve negar ao Estado Brasileiro a possibilidade de utilizar o direito penal para tentar evitar ações ou omissões que lesem direta e/ou indiretamente sua estrutura econômica. Contudo, deve fazê-lo, observando os "princípios do *Rechtsstaats*" (princípio do Estado de Direito), "preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania",[81] em especial, a dignidade da pessoa humana, "valor fundamentador do sistema de direitos fundamentais",[82] inclusive do princípio da insignificância.

"Assim, numa concepção minimalista, a abrangência do tipo de contrabando ou descaminho deve ser reduzido *racionalmente* a um núcleo *absolutamente essencial*,[83] visando-se à consecução efetiva da missão do direito penal – proteção de bens jurídicos,[84] decorrente de uma atuação subsidiária, como *ultima ratio*, quanto às instâncias formais e informais de controle e prevenção de delitos."[85]

O princípio da insignificância desenvolve-se a partir de um sentimento de justiça inerente ao ser humano. A lesão insignificante oriunda do injusto praticado

direito penal, mas a imediata – ou mediata, para alguns autores – abolição de todo o sistema de justiça penal [...]." – QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 47.

80. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 94-95.

81. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 11.

82. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 144.

83. Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário* ..., cit., p. 60.

84. Cf. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 116.

85. Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário* ..., cit., p. 131. Este autor conclui (p. 131-132): "Sua missão, enfim, é a de todo o direito: possibilitar a convivência social; assegurar níveis minimamente toleráveis de violência; compor conflitos de interesse pacificamente, segundo regras e processo previamente conhecidos e democraticamente instituídos. E esta é, em última instância, a missão mesma do próprio Estado. Porque a função do Direito e a função do Estado são uma só e mesma função".

pode ser experimentada empiricamente. Avaliem-se, por exemplo, as três decisões cujas ementas constam das considerações inicias deste artigo. Como parâmetro monetário para o reconhecimento do princípio da insignificância foram utilizadas estas cifras quanto aos tributos iludidos: R$ 100,00 (cem reais), R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e R$ 10.000,00 (dez mil reais). Cada cidadão, Advogado, Delegado Federal, Procurador da República ou Magistrado tem uma diferente concepção do que seja insignificante. Por isso, nas próximas linhas, passa-se a estabelecer critérios determinados para o reconhecimento da conduta *penalmente* insignificante formalmente prevista no art. 334 do Código Penal.

Indaga-se, primeiramente, se o "valor do tributo sonegado", largamente utilizado pela jurisprudência pátria,[86] serve realmente de parâmetro para quantificação do *desvalor do resultado* do descaminho ou do contrabando.

Levando-se em consideração a *objetividade jurídica* que prepondera atualmente, voltada para os interesses fiscais do Estado e setores da indústria nacional, esse critério é insuficiente. Para se garantir a proteção a esses bens jurídicos, resguardando a função fiscal e extrafiscal da atividade tributária, a medição da lesão causada para aplicação do princípio da insignificância deve ter em conta não só o tributo, mas a "obrigação tributária principal" convertida em "crédito tributário", a qual surge com a verificação do fato gerador e tem por objeto o pagamento de *tributo* ou *penalidade pecuniária* (art. 113, § 1.º, do CTN); mormente porque, pragmaticamente, é a multa que mais promove a equiparação de preços entre produtos nacionais e estrangeiros.[87] Assim, ao valor do tributo soma-se também o *quantum*

86. *V.g.*, STJ, 5ª T., HC 47944/PR, 04.04.2006, rel. Gilson Dipp e TRF 4ª Reg., 8ª T., ACR 200172010045404/SC, 26.04.2006, rel. Luiz Fernando Wowk Penteado.

87. Nesse sentido: "1. Os cigarros produzidos no Brasil, com destinação específica à exportação e cujo reingresso em território nacional é vedado, equiparam-se, para fins de impostos aduaneiros, à importação de cigarros estrangeiros, sofrendo incidência sobre o valor da mercadoria, de alíquota de 23% a título de II, mais alíquota de 330% sobre o valor tributável no desembaraço a título de IPI, acrescido de multa 0,89 UFIR por maço de 20 unidades. 2. Inaplicável ao presente caso o princípio da insignificância jurídica, tendo em vista que os valores devidos a título de impostos aduaneiros sonegados ultrapassa o limite de R$ 2.500,00 admitido pela Turma."

da penalidade pecuniária oriunda do ilícito fiscal. Essa orientação exegética consta da Lei 10.522/2002: "Art. 18. [...] § 1.º. Ficam cancelados os débitos inscritos em *Dívida Ativa* da União, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 100,00 (cem reais); [...] Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como *Dívida Ativa* da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)" – grifou-se.

A *dívida ativa tributária* é a proveniente de crédito dessa natureza (art. 201, CTN). O crédito tributário, por sua vez, decorre da obrigação principal, que compreende o tributo e a penalidade pecuniária (art. 139, CTN). É por isso que Aliomar Baleeiro, com base em Américo Masset Lacombe, assinala que o crédito tributário converte a obrigação tributária principal (ilíquida) em líquida, certa e exigível.[88]

Isso não implica a necessidade da pré-existência do procedimento administrativo-fiscal para iniciar a ação penal, porquanto a quantificação do valor do tributo e da multa para fins de apuração da conduta penalmente insignificante em casos de contrabando ou descaminho é facilmente aferida por cálculos aritméticos.[89]

– TRF 4ª Reg., 7ª T., RSE 200070020021758/PR, 11.09.2001, rel. Luiz Antônio Bonat) – "[...] 4. No caso de contrabando de cigarros de fabricação nacional para exportação, não se deve ter em conta, apenas, o comprometimento do erário, mas também a incolumidade da política aduaneira e a proteção à indústria nacional, bens jurídicos igualmente tutelados na espécie. Inaplicável, *in casu*, o princípio da insignificância, mormente quando o valor do tributo devido ultrapassa a quantia de R$ 2.500,00 (art. 20 da MP 2176-79/2001, convertida na Lei 10.522/2002), limite tolerado por esta Corte para fins de aplicação do princípio da singeleza." – TRF 4ª Reg., 8ª T., ACR 200304010265054/RS, 04.02.2004, rel. Otavio Roberto Pamplona.

88. BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 497.

89. Vejam-se, por exemplo: "1. Aplica-se o princípio da insignificância somente quando o valor do tributo exigido não ultrapassa o limite que o Erário considera como dispensável para a cobrança do crédito fiscal, nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002 (R$2.500,00). 2. No caso, o tributo aludido, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 17 da Instrução Normativa SRF 117/98, incidente sobre o valor das mercadorias no que exceder a quota de isenção de U$150,00, ultrapassa a quantia acima referida, sendo, portanto, inaplicável o princípio da insignificância. 3. Reformada decisão que rejeitou a denúncia. Recurso provido. Prosseguimento da ação penal."

Ademais, sendo alegação que exclui o crime, seja pela atipicidade ou pela ausência de ilicitude ou culpabilidade, conforme o posicionamento doutrinário observado, impõe-se primordialmente à defesa a prova ou demonstração da incidência do princípio da insignificância, a rigor do art. 156 do CPP.

Feitas essas ponderações a respeito da mensuração da lesão ao bem jurídico, mister estabelecer *racionalmente* o valor limite entre o *penalmente* insignificante e o *penalmente* relevante.

A jurisprudência, *antes* da alteração do art. 20 da Lei 10.522, de 19.07.2002, cuja nova redação foi dada pela Lei 11.033, de 21.12.2004, acompanhava o *valor mínimo para processamento das execuções fiscais* como o *limite máximo* de lesão suportável pelo Estado.[90] No entanto, com o advento da Lei 11.033/2004, que elevou o valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais) sentiu-se um grande abalo na segurança jurídica em relação ao

– TRF 4ª Reg., 7ª T., RSE 200270010305049/PR, 10.06.2003, rel. José Luiz B. Germano da Silva – "1. Os cigarros produzidos no Brasil, com destinação específica à exportação e cujo reingresso em território nacional é vedado, equiparam-se, para fins de impostos aduaneiros, a importação de cigarros estrangeiros, sofrendo incidência sobre o valor da mercadoria, de alíquota de 23% a título de II, mais alíquota de 330% sobre o valor tributável no desembaraço a título de IPI, acrescido de multa 0,89 UFIR por maço de 20 unidades. 2. Inaplicável ao presente caso o princípio da insignificância jurídica, tendo em vista que os valores devidos a título de impostos aduaneiros sonegados ultrapassa o limite de R$ 2.500,00 admitido pela Turma. 3. Sentença modificada. 4. Recurso do MPF provido." – TRF 4ª Reg., 7ª T., RSE 200070020021758/PR, 11.09.2001, rel. Luiz Antônio Bonat.

90. Cf. STJ, 5ª T., HC 34281/RS, 08.06.2004, rel. José Arnaldo da Fonseca: "I – Essa Eg. Corte havia consolidado entendimento no sentido de aplicar o princípio da insignificância para possibilitar o trancamento da ação penal no crime de descaminho de bens, cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R$ 1.000,00, valor considerado pelos arts. 1.º da Lei 9.469/97 e 20 da MP 1.542-28/97 como de desinteresse do erário em execução fiscal. Precedentes. II – Nada obstante, com a entrada em vigor da Lei 10.522, de 19.07.2002, o legislador posicionou-se no sentido de certificar a insignificância de créditos de valor igual ou inferior a R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Precedentes. III – *In casu*, o tributo devido pelo paciente foi avaliado em R$ 1.372,27, montante inferior ao determinado pela lei e pela jurisprudência como lesivo aos cofres públicos, fato a possibilitar a incidência do princípio da insignificância. Isso porque, a conduta imputada na peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal. IV – Acórdão *a quo* que deve ser cassado, restabelecendo-se a decisão que não recebeu a denúncia, ante a aplicação do princípio da insignificância penal. *Habeas corpus* concedido".

princípio da insignificância e o contrabando ou descaminho. Os Tribunais estão oscilantes: alguns, de forma incoerente ao que vinham decidindo, não reconhecem o alargamento da linha limítrofe;[91] outros, sustentando suas anteriores convicções, acompanham o elastecimento legal;[92] e, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu estabelecer como lesão insignificante decorrente de contrabando ou descaminho aquela cujo tributo exigido não ultrapassa R$ 100,00 (cem reais)[93] – entendimento que ganha adeptos.[94]

Empiricamente, apreende-se que o patamar de R$ 100,00, à evidência, não satisfaz o sentimento de justiça fundamentador do princípio da insignificância e ofende o princípio universal da dignidade da pessoa humana. Há "pares de sandálias" cuja aquisição exige mais recursos.

O valor de R$ 2.500,00 perdeu seu fundamento principal com a alteração legislativa promovida pela Lei 11.033/2004. Ainda que se diga ser um valor razoável, condizente com a realidade social e apto a não estimular a prática do contrabando ou descaminho,[95] a *insegurança jurídica* que o rodeia deve afastar o seu acolhimento, pois, *até quando vigoraria*? Ademais, no caso do contrabando ou descaminho, o que realmente estimula essa prática é a *vantagem econômica* decorrente dos altos impostos e a *facilidade de cometê-lo*, como ensina Beccaria:

"Este crime nasce da própria lei, pois, *aumentando o imposto alfandegário, aumenta sempre a vantagem* e, portanto, a *tentação de praticar* o contrabando e a *facilidade de cometê-lo* aumenta com a extensão da fronteira a ser fiscalizada

91. Cf. TRF 4ª Reg., 8ª T., ACR 200270010291804/PR, 21.02.2007, rel. Luiz Fernando Wowk Penteado.

92. Cf. TRF 1ª Reg., 3ª T., ACR 200335000217201/GO, 20.02.2006, rel. Tourinho Neto.

93. Cf. STJ, 5ª T., REsp 848456/PR, 05/12/2006, rel. Min. Gilson Dipp; e STJ, 6ª T., HC 32.576/RS, 13.09.2005, rel. Hamilton Carvalhido.

94. Cf. TRF 4ª Reg., 7ª T., ACR 1999.70.03.005031-3/PR, 14.03.2007, rel. Tadaaqui Hirose.

95. Cf. TRF 4ª Reg., 7ª T., RSE 200570020021574/PR, 05.12.2006, rel. Tadaaqui Hirose; e MARTINS, Tiago do Carmo. Contrabando e descaminho e o princípio da insignificância. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, dez./2006, n. 135. p. 49.

e com a diminuição do volume da própria mercadoria. A pena de perder não somente os bens contrabandeados como as coisas que os acompanham é justíssima, mas *será tanto mais eficaz quanto menor for o imposto, porque os homens só se arriscam na proporção direta da vantagem que lhes propiciaria o feliz êxito do empreendimento.*"[96] (grifou-se)

Se há receio em adotar o limite de R$ 10.000,00 é porque o direito penal tem se distanciado de seus fundamentos e de um modelo estrutural de racionalidade ética apoiado em princípios de proteção, da responsabilidade e da sanção,[97] e, principalmente, por estar funcionando como um "remédio para todos os males", como *prima ratio*, a frente, inclusive do direito tributário, e não como "remédio sancionador extremo".[98] Importante relembrar que o direito penal só deveria intervir quando fosse *absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade*, como *ultima ratio*,[99] sendo que "o uso excessivo da sanção criminal (infração penal) não garante uma maior proteção de bens, ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa".[100]

É claro que há circunstâncias que podem impedir a incidência do princípio em apreço, ainda que a lesão ao bem jurídico seja *penalmente* insignificante, ou seja, inferior a R$ 10.000,00.

Na hipótese de crime praticado por meio de *associação* ou *organização criminosa* é inaplicável o princípio descriminalizador, ainda que ínfimo o desvalor do resultado, devido ao alto grau de desvalor da ação, ou seja, a conduta é ética e socialmente muito reprovável. Evita-se, assim, que cidadãos se aproveitem da abertura resultante da não intervenção do direito penal, associando-se a outros para a internação de grande quantidade de mercadorias.

96. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* ..., cit., p. 94.

97. Cf. DÍEZ RIPOLLES, José Luis. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123-174.

98. Cf. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito* ..., cit., p. 87.

99. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal* ..., cit., p. 149.

100. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal* ..., cit., p. 149.

A reiteração criminosa, ultrapassado um limite, também atua de forma negativa ao reconhecimento da conduta *penalmente* insignificante, sob a ótica da *progressiva lesão ao bem jurídico tutelado*. Essa fronteira pode ser demarcada a partir da orientação do art. 20 da Lei 10.522/2002: "Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de *valor consolidado* igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)" – grifou-se.

O mesmo dispositivo que revela a tolerância penal do Estado com condutas insignificantes de resultados inferiores a R$ 10.000,00 apresenta um critério que repudia a reiteração indiscriminada da ação formalmente típica: o "valor consolidado". Isso leva à conclusão de que se um agente vive da atividade delituosa, suas condutas devem ser criminalmente toleradas até o momento em que, somadas, não atinjam o limite permitido, isto é, R$ 10.000,00. Para essa verificação, basta que sejam requeridas informações à Receita Federal sobre os débitos gerados pela perpetração continuada ou reiterada dos ilícitos administrativos assemelhados ao contrabando ou descaminho.

Sobre essa questão, vale lembrar, ainda, que importantes juristas sustentam a possibilidade de se avaliar a insignificância da conduta inclusive pelo crivo do desvalor da culpabilidade, situação em que a reiteração de condutas seria, independentemente de qualquer limite, impeditiva ao acolhimento do princípio.

A fixação de um parâmetro objetivo, seguro e constante para concretização judicial do princípio da insignificância serve para prevenir o "escândalo político" que resulta quando "a jurisprudência massivamente muda de critério e considera atípica uma conduta que até esse momento qualificara como típica",[101] porque "duas pessoas que realizaram idênticas ações reguladas pela mesma lei terão sido

101. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *et al. Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 224.

julgadas de modo que uma resultou condenada e a outra absolvida".[102] Para a correção dessa injustiça deve ser viabilizada a revisão criminal, com fulcro no art. 621, I, do CPP, considerando-se a condenação como um decreto contraposto ao texto expresso da lei penal reinterpretada.[103]

4. Conclusão

O postulado da insignificância foi reclamado antes do início da Era Cristã, sendo uma restauração do brocardo jurídico *minima non curat praetor*, servindo, segundo posicionamento majoritário, de instrumento descriminalizador excludente da tipicidade penal material, que deve ser interpretada restritivamente, em especial sob o *desvalor da ação* e do *desvalor do resultado*.

O princípio da insignificância é princípio jurídico do Direito Penal, reconhecido implicitamente pela Constituição brasileira (arts. 1.º, III, 3.º, I, II e IV, e 5.º, *caput*), e ajusta-se à estrutura garantística do Estado Social e Democrático de Direito.

Fundamenta-se no princípio da intervenção mínima e seus corolários da fragmentariedade e subsidiariedade, pelo que o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando a outros ramos do direito o trato das leves perturbações à ordem jurídica; na idéia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime; e, ainda, nos princípios da igualdade e de liberdade.

O postulado relativo à conduta insignificante destina-se a corrigir o imperfeito processo legislativo que, por tipificar abstratamente as condutas, acaba incriminando comportamentos que não causam prejuízos relevantes à ordem jurídica e social.

A falta de critérios objetivamente definidos para aplicação do princípio da insignificância tem sido o maior entrave ao seu ideal acolhimento pela jurisprudência

102. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *et al. Direito penal brasileiro* ..., cit., p. 224.
103. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *et al. Direito penal brasileiro* ..., cit., p. 224.

pátria. Mas, com base na atual objetividade jurídica, deve ser reconhecido indistintamente em relação ao contrabando e descaminho, adotando-se como parâmetro o *quantum* da obrigação tributária principal convertida em crédito tributário não superior a R$ 10.000,00, desde que não seja perpetrada mediante associação ou organização criminosa, e não extrapole o agente certo limite de ações reiteradas.

Admite-se a revisão criminal de sentença anterior que reconheceu típica a conduta penalmente insignificante.

4. Referências bibliográficas

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo*, São Paulo, v. 94, abr./jun./1988, p. 72-77.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BÍBLIA. Português. *Bíblia de estudo de Genebra*. São Paulo/Barueri: Cultura Cristã/Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. Princípios fundamentais do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, 1996, p. 80-88.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. *La insignificancia en el derecho penal*: los delitos de bagatela: dogmática, política criminal y regulación procesal del principio. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 789, jul./2001, ano 90, p. 439-456.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS, Tiago do Carmo. Contrabando e descaminho e o princípio da insignificância. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 135, dez./2006, p. 46-52.

MAZUR, Bianca de Freitas. *Os tipos de contrabando e descaminho como capítulo do direito penal*: análise de seus aspectos, elementos e características. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. III.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 109, dez./2001, ano 9, p. 11-12.

PIVA, Paulo César. Princípio da insignificância – excludente de ilicitude e tipicidade penal. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 274, ago./2000, ano 48, p. 61-64.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. A autoridade policial e o princípio da insignificância. *Revista dos Tribunais*, v. 710, dez./1994, ano 83, p. 390-391.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Breves considerações sobre o princípio da insignificância. *Revista CEJ*, Brasília, n. 10, jan./abr./2000, p. 61-67.

ROSA, Fábio Bittencourt. Alguns princípios do direito penal. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, 2001, ano 12, p. 51-57.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./fev./mar./1990, p. 36-50.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVEIRA, Eustáquio Nunes. Contrabando e descaminho na Zona Franca de Manaus. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, ago./1995, ano 84, p. 342-346.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *et al. Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento

Ivan Luís Marques da Silva
Mestre em Direito Penal pela USP. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Professor de Direito Penal, Processual Penal e Constitucional no Curso de Pós-graduação da Escola Paulista de Direito – EPD. Professor da Escola Superior de Advocacia – ESA. Coordenador-chefe no IBCCRIM e Advogado criminalista.

"O direito é a liberdade. Bem entendida, a ciência penal é, pois, o código supremo da liberdade, que tem por escopo subtrair o homem à tirania dos demais, e ajudá-lo a subtrair-se à sua própria, bem como à de suas paixões". (Carrara, 1956, p. 11)

Resumo: O presente artigo objetiva mostrar um panorama concreto da atual situação do Direito Penal brasileiro. Descreve os principais atributos do chamado Direito Penal de *prima ratio* e do sistema garantista para demonstrar que o equilíbrio jurídico do sistema reside na intersecção dos dois pólos e analisa seus pontos de contato dogmaticamente.

Palavras-chave: Direito Penal máximo – Sociedade de risco – Direito Penal mínimo – Garantismo – Neo-constitucionalismo.

Abstract: The present article aims at showing a concret panorama of the current Brazilian Criminal law. It describes the main atributes of the so called *prima ratio* Criminal law and the guarantee system to show that the legal balance of the system lies in the intersection of the two poles. It also analyses its contact points dogmatically.

Keywords: Maximum criminal law – Risk society – Minimum criminal law – Garatism – New constitutionalism.

SUMÁRIO: 1. As duas faces do ordenamento jurídico-penal: 1.1 Direito Penal máximo: sociedade de risco como fonte repressiva; 1.2 Direito Penal mínimo: proteção do acusado presumido inocente; 1.3 Intersecção como garantia fundamental – 2. A releitura do ordenamento jurídico-penal – 3. Da eficácia do Direito Penal neo-constitucionalista – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

1. As duas faces do ordenamento jurídico-penal

Como forma de equilibrar a disparidade de forças e tornar bem delimitado o campo da vingança que estava na esfera privada, o Estado avocou o poder de solucionar os conflitos sociais em caráter absoluto. A partir desse ponto histórico, detém o monopólio do poder/dever de aplicar sanções previamente estipuladas em normas taxativas como instrumento de pacificação social.

Esse exercício estatal constante justifica-se pela necessidade coletiva da busca pela paz e pela harmonia no desenrolar das ações individuais e coletivas. Esse é o discurso oficial que vem sendo propagado e que nos é implicitamente imposto.

Concordando ou não com a assinatura tácita do contrato social,[1] desde o momento da concepção somos direcionados, seja cultural ou juridicamente, a acatar o que nossos representantes – democraticamente escolhidos pela maioria – entendem como necessário para regulamentar nossas vidas. A partir da plena admissão de nossa capacidade jurídica, cedemos de forma involuntária, em nome da manutenção da democracia e da viabilidade do convívio social harmônico, parcela de nossa liberdade.

Contratualistas ou não, o contrato social é uma realidade impositiva e ingrediente imprescindível para a manutenção ou busca da ordem social e de seu desenvolvimento.[2]

1. Nos moldes estabelecidos pelo filósofo suíço Jean Jacques Rousseau, em seu *Du contrat social; ou principer du droit politique*

2. Mesmo para os opositores do contratualismo não há como negar a presença da preocupação social no atual ordenamento jurídico derivado de um dos vetores, até então juridicamente ignorados, da Revolução Francesa: a fraternidade.

Surge a primeira indagação: os poderes desse mandato para o Estado solucionar os conflitos são ilimitados ou existem regras prévias, verdadeiros limites objetivos que precisam ser observados?

A busca dessa resposta precisa permear, de forma individualizada, as duas faces que integram o Direito Penal. Em primeiro lugar, requer-se a observância da *grande interferência* da concretude dos problemas sociais na abstração dos diplomas repressivos. Em seguida e com base nos resultados obtidos, passa-se para a análise da face garantista do moderno sistema criminal.

1.1 Direito penal máximo: sociedade de risco como fonte repressiva

Seria inútil estudar o Direito Penal de *prima ratio* sem percorrer o nebuloso caminho da globalização, da sociedade de risco e analisar dogmaticamente suas conseqüências e interferências diretas.

O ser humano isolado é incompleto. Necessita dos demais indivíduos para estabelecer canais de comunicação, para desenvolver plenamente sua personalidade e suas potencialidades.[3]

A associação gera, de forma natural, conflitos de interesses que acabam atingindo bens da vida, criando desarmonia e instabilidade para a coletividade. Com o objetivo de neutralizar a solução particular de conflitos, elaborou-se uma estrutura de distribuição equilibrada e vigiada de Poderes, entre eles, o Legislativo e o Judiciário.

O Direito Penal, de cunho exclusivamente repressivo, consiste na preocupação da norma penal em repreender qualquer um que se molde à figura de transgressor do pacto social e normativo e desestimular a prática de condutas delitivas.

Nessa vertente repressiva, não há lugar para preocupações com humanização, ressocialização, devido processo legal ou demais garantias constitucionais.

3. Franco, Alberto Silva. *Crimes hediondos*, p. 51.

Segue a teoria absoluta do fim da pena, destacando-se a preocupação clássica do Direito Penal tradicional.

Entretanto, a entrega do monopólio de resolução de conflitos não foi ilimitada e nem poderia. O Legislativo recebeu a incumbência de elaborar o ordenamento jurídico nos exatos limites pré-estabelecidos pelos Diplomas Internacionais de Direitos Humanos,[4] posteriormente expressos em nossa Constituição Federal vigente.

Podemos destacar, como exemplo de limite objetivo para legislar em matéria criminal, o tocante à previsão da espécie de pena a ser aplicada ao condenado definitivo (o inciso XLVII do art. 5.º) que funciona como impedimento material absoluto previsto na Carta Magna.[5]

Tendo como pilar hierárquico a Constituição Federal de 1988, o Estado democrático e social de Direito é resultado histórico de conquistas da humanidade e constitui-se num conjunto de valores que não podem sofrer restrições de forma arbitrária em nome de eventual meta funcional ou utilitária da lei. No Direito Penal não há lugar para a máxima *os fins justificam os meios.*

Muñoz Conde associa o Direito Penal à violência. Violentos são os casos tratados pelo Direito Penal, mas também violenta é a forma utilizada pelo Direito Penal para resolvê-los (com o cárcere, manicômio judiciário, restrições de direitos etc.).[6]

Esse poder de coerção através da violência, legitimado pelo Estado juridicamente democrático e social, deve ter, no cerne de seu ordenamento, a preocupação com a dignidade do ser humano e com os limites de sua expansão em relação às normas formal e materialmente constitucionais. Ignorar esses limites significa deslegitimar o uso da força estatal, o que não é admissível.

4. Constituição Francesa de 1791; Declaração da ONU de 1948.

5. XLVII – não haverá penas: *a)* de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; *b)* de caráter perpétuo; *c)* de trabalhos forçados; *d)* de banimento; *e)* cruéis.

6. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal y control social*, p. 4.

As autoridades vêm adotando uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, em busca de soluções céleres para reduzir os índices de criminalidade. Com isso, defendem graves transgressões a direitos individuais e fragilizam a tutela de bens jurídicos constitucionalmente protegidos.[7]

O Estado deve perseguir por meio da pena legítima a prevenção dos delitos injustos e, concomitantemente, os castigos injustos.[8] Em seguida, após a condenação, deve preocupar-se com a ressocialização e reintegração social do condenado, principalmente em relação à incorporação do egresso no mercado de trabalho.

No Brasil, a prevenção geral não está sendo capaz de impedir a imposição e a utilização de um Direito Penal máximo,[9] de *prima ratio*, por parte do Estado.

As teorias da prevenção geral negativa possuem, indiretamente e por força do nosso ambiente social, face antigarantista, pois mostram-se ilimitadas. Utilizam a ameaça da lei penal para dissuadir a prática de delitos. Dessa forma, em tese, o número de crimes praticados seria reduzido a um limite tolerável e a utópica paz social estaria sendo atingida. Entendendo que os fins justificam os meios, o campo para o Direito Penal máximo mostra-se fertilizado e pronto para atender essa demanda. A repressão, no caso, não está nos rigores da pena, e sim no *grau de temor* que sua previsão legal pretende transmitir.

Podemos identificar alguns problemas derivados dessa opção de política criminal.[10]

7. Bitencourt, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 118.

8. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 309.

9. Ferrajoli qualifica o Direito Penal máximo de irracional. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 101. Quanto às teorias de prevenção geral negativa: "a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal, devendo servir como "contraforça", "contramotivo" ou "coação psicológica", é tão mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas." Idem, p. 260.

10. Na verdade estamos falando de política penal, cujo objeto reside, unicamente, no aumento de penas e no aumento de pessoas levadas ao cárcere.

Muitos delitos são cometidos em momentos inesperados (culposos), com reações impensadas (legítima defesa desproporcional), sob o efeito de substâncias entorpecentes (incluindo o álcool), de forma passional etc. Em todos esses casos, o fato de ter sido publicado no Diário Oficial que determinada conduta irá causar uma pena específica para quem praticá-la, não terá o condão de impedir qualquer resultado jurídico. E nem poderia por incompatibilidade lógica das situações.

Podemos detectar, em outro ponto, a hipocrisia da presunção de conhecimento das normas. O Brasil tem 33 milhões de analfabetos funcionais (pessoas com menos de 4 anos de estudo) e 16 milhões de pessoas com mais de 15 anos que ainda não foram alfabetizadas.[11] Essa massa de excluídos contribui de forma significativa para a população carcerária. Se nem a possibilidade de ler essas pessoas tem, de que forma iriam conhecer o conteúdo das publicações do Diário Oficial?

Outra vertente a ser considerada: as pessoas que optam pela prática de crimes dolosos não imaginam e nem trabalham com a possibilidade de serem presas. Se tivessem certeza de sua prisão em flagrante e do cumprimento de determinada pena, não seriam estúpidas a ponto de fazê-lo. Sempre existe e sempre existirá uma porcentagem de chance de não serem presas e de saírem ilesas da prática de um ilícito. É nessa margem de probabilidade que essas pessoas trabalham.

Há também o problema relacionado com a ineficácia da previsão *in abstrato* do delito. Que fará o legislador quando perceber que o crime tipificado continuou sendo praticado? Que a estatística criminal apontou um acréscimo na prática daquela conduta tipificada?

Tendo como único fim *prevenir* e como instrumento de coerção a *ameaça da pena*, só lhe resta ampliar ainda mais os níveis da repressão. E, se mesmo assim, os crimes continuarem a ser praticados, as penas continuarão a sofrer acréscimos. Trata-se de uma vertente ilimitada por si só. A tendência será a tipificação de um número absurdo de condutas com penas altíssimas para todas elas, tornando

11. Fonte: http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/08/14/materia.2006-08-14.1703537049. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

o Direito Penal banalizado, simbólico e impossível de ser plenamente aplicado, mostrando-se ineficaz.

A vertente repressiva, na medida que serve para limitar a atuação punitiva do Estado com a previsão legal e anterior aos crimes, respeitando o princípio da proporcionalidade tanto na fixação abstrata das penas quanto na aplicação prática delas, é imprescindível para o equilíbrio social.

Entretanto, a função de ameaça gerada pela pena está implícita na própria eleição legislativa da conduta como criminosa. Não é com a exasperação da pena em abstrato, nem com a hiperinflação legislativo-penal (estágio que estamos vivendo em nosso País) que controlaremos a criminalidade.

O legislador não deve apostar todas as suas fichas na prevenção geral negativa, o que vem sendo feito desde a década de 90 do século passado, sem nenhum sucesso até o presente. A intimidação criada pela pena em abstrato também tem seus limites.

Não somos partidários da pura crítica destrutiva. Falar mal é fácil. Difícil é fazer, e fazer bem. Então, qual seria a saída para o sistema criminal brasileiro?

Devemos observar o Direito Penal como um instrumento de pacificação social, não apenas de cunho proibitivo e retributivo, mas também funcional.

Não podemos descuidar do fato de que a ineficiência da prevenção geral negativa irá deixar o Estado de mãos atadas e, sendo obrigado a obter resultados, estará aberto o caminho para soluções nada ortodoxas, à margem da legalidade, como execuções sumárias, excesso de prazo prisional, prisões cautelares sem amparo legal, exercício arbitrário das próprias razões etc. Com isso, o garantismo jurídico-penal será sistematicamente negado e o Direito, em si mesmo considerado, deixa de ter razões para existir.

1.2 Direito penal mínimo: proteção do acusado presumido inocente

O ordenamento jurídico-penal deve buscar a repressão exclusiva dos comportamentos desestruturantes de uma pacífica coexistência em liberdade

e que sejam danosos socialmente, ou seja, atinjam bens jurídicos de conteúdo materialmente constitucional.[12]

A preocupação com o monopólio estatal para a resolução dos conflitos, fez com que o constituinte originário limitasse esse poder punitivo com regras de valor hierárquico máximo, imutáveis e de vinculada observação.

Esses limites objetivos são os direitos fundamentais que se expressam em normas penais constitucionais[13] asseguradas por instrumentos garantidores de sua aplicabilidade.

Ao arrolar dez axiomas penais e processuais penais,[14] Ferrajoli apresentou seu sistema penal racional garantista. São limites identificados como garantias do cidadão contra o arbítrio estatal. Segundo esse modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que "se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos".[15]

O Estado democrático e social de Direito deve iniciar sua tutela penal combatendo e tipificando as condutas que promovem as desigualdades sociais.

12. Moccia, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, p. 113.

13. A força normativa dos princípios transforma esses vetores de legitimidade em regras perfeitamente aplicáveis e de observância obrigatória.

14. O Direito apresentado é, por sua vez, garantido por dez axiomas penais e processuais penais fundamentais arrolados por Ferrajoli: *Nulla poena sine crimine* – princípio de retributividade ou da sucessividade da pena frente ao delito; *Nullum crimen sine lege* – princípio da legalidade; *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* – princípio da necessidade; *Nulla necessitas sine injuria* – princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; *Nulla injuria sine actione* – princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; *Nulla actio sine culpa* – princípio de culpabilidade ou de responsabilidade pessoal; *Nulla culpa sine judicio* – princípio da jurisdição; *Nullum judicium sine accusatione* – princípio acusatório; *Nulla accusatio sine probatione* – princípio de verificação; *Nulla probatio sine defensione* – princípio do contraditório ou ampla defesa.

15. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal, p. 101.

Por certo, deveria iniciar os trabalhos legislativos olhando para seus próprios erros, tendo em vista a disparidade entre a alocação de recursos para melhorar a situação política externa do País e as verbas reservadas para a educação de suas crianças.[16]

A elaboração da vertente racional garantista defendida coaduna-se, de forma harmônica, com o chamado Direito Penal mínimo. Um sistema mínimo de Direito Penal deve apontar para uma massiva deflação de bens penais e das proibições legais como condição de sua legitimidade política e jurídica.[17]

O Direito Penal garantista preocupa-se com a humanização, a ressocialização do condenado que teve sua liberdade restringida e todas as demais garantias presentes na Constituição Federal e nas leis. Ao contrário do que aparenta, essa face do sistema penal não busca o caráter abolicionista da pena, e sim, a teoria relativista ou utilitária.

O diferencial do discurso apresentado está na análise das duas principais conseqüências sociais negativas que o desrespeito à vertente garantista aqui demonstrada tem:

1.ª As funções legislativa e jurisdicional são exercidas de forma desequilibrada, ampliando os índices de criminalidade e expondo os bens jurídicos que deixam de receber a devida tutela e ficam mascarados pelo simbolismo negativo;

2.ª O descrédito do conceito material de justiça nas relações estatais poderá fazer surgir o exercício arbitrário das próprias razões de forma generalizada. O conseqüente retorno à fase da vingança privada fará valer, novamente no meio social, a lei do mais forte. Situação preocupante num país onde o contrabando de armas de uso restrito é freqüente.

16. Em 2004, o País gastou 14 (quatorze) bilhões de reais com o sistema educativo nacional e 146 (cento e quarenta e seis) bilhões de reais com o pagamento da dívida externa. Fonte: Sinopse da execução orçamentária apresentada pela Câmara dos Deputados.

<< http://www.camara.gov.br/Internet/orcament/Principal/ exibe.asp?idePai=536&cadeia=0@>> Acesso em 13.03.2007 – 09h30.

17. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 438.

Não esqueçamos que o Direito Penal é apenas um dos meios para previnir delitos. Sua utilização é justificada somente como *extrema ratio*, com base nos princípios da economia e da necessidade, onde não são suficientes os meios civis ou administrativos e, sobretudo, medidas sociais. O Direito Penal ideal coaduna-se com o máximo de garantias para aqueles que optam por não delinqüir e o mínimo de repressão para aqueles que cometeram delitos.

1.3 Intersecção como garantia fundamental

Expostas as características repressivas do Direito Penal e, posteriormente, os aspectos garantistas do ordenamento jurídico-penal, adentramos no momento propício para defender a viabilidade e necessidade de vislumbrarmos um Direito Penal situado, exatamente, na intersecção dessas duas vertentes.

Inicialmente cabe lembrar que os indivíduos de uma determinada sociedade delegam ao legislador *apenas* as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam estritamente necessárias para uma vida comunitária pacífica.

Nesse contexto político-social, deve-se encontrar um ponto de intersecção entre o poder de intervenção estatal e a liberdade individual, que garanta a cada um tanto a proteção estatal imprescindível como também a liberdade individual possível.[18]

Vivemos em sociedade regida por uma triste realidade jurídica: o teórico Direito Penal mínimo de cunho eminentemente abstrato, não possui eficácia jurídica e força para barrar dogmaticamente um direito penal de *prima ratio* que vem sendo constantemente alimentado e instrumentalizado como solução para a redução dos índices de violência.

Entretanto, poder-se-ia obter o equilíbrio deôntico necessário deslocando a tarefa de filtrar o sistema penal para os cientistas jurídicos e para o Poder Judiciário.

18. Nesse sentido, Roxin ainda acrescenta que esses ideais do Iluminismo devem seguir sendo defendidos frente às novas tendências de origem restritivas de liberdade. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 17. Ainda, sobre a necessidade de reequilibrarmos as garantias com a vertente repressiva, cf. Greco, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*, p. 184.

Atribuir à face garantista, através da hermenêutica pós-positivista e da utilização correta do controle de constitucionalidade difuso, maior tangibilidade jurídica e, por via reflexa, mais efetividade.

Quanto à face repressiva, a eficiência reside justamente no caminho oposto que está sendo trilhado, ou seja, no caráter reducionista do ordenamento jurídico-penal, ampliando a eficácia dos seus dispositivos que hoje perdem-se em um emaranhado de leis que mostram-se inaplicáveis pela simples razão de integrarem esse nebuloso e assistemático conjunto de *leis penais*.

Esse equilíbrio entre a repressão e as garantias permite a atuação do mais violento ramo do direito público de forma legítima e lícita, validando sua manutenção e otimizando sua aplicação.

Não nos deixemos seduzir pela utópica[19] busca da abolição do Direito Penal. Um Direito Penal sistemático, direcionado por uma política criminal constitucional, deixa de ser castigo para se tornar instrumento garantidor de proteção dos bens da vida, inclusive das pessoas – físicas ou jurídicas – que serão investigadas, indiciadas, denunciadas, processadas e apenadas criminalmente.

No Brasil, além da não-deslegitimação dos sistemas violadores do Direito Penal mínimo, a tendência é ampliar o desrespeito às regras e orientações político criminais constitucionais com novas leis mais repressivas. Por isso, urge seja feita, inicialmente pelos juristas e posteriormente pelos aplicadores do Direito criminal um exercício de hermenêutica pós-positivista em busca de uma releitura do sistema penal brasileiro.

19. Nesse sentido: "No entanto, semelhante discurso não é capaz de impedir, por si só, um modelo máximo de Direito Penal. Não é isso que pretende o 'minimalista' Ferrajoli, evidentemente; antes, se insurge enfaticamente contra tal tendência. Para ele, o Direito Penal ideal, por assim dizer, em face da exigência de certeza e razão que devem presidir a intervenção do Estado, é necessariamente um modelo de Direito Penal que represente a um tempo o máximo de bem-estar possível para os não-desviados (os não-delinqüentes) e o mínimo de mal-estar para os desviados (os delinqüentes), modelo que corresponde, assim, a um meio termo entre um modelo máximo de Direito Penal e o abolicionismo penal: um modelo de Direito Penal mínimo, enfim." Queiroz, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, p. 143-148.

2. A releitura do ordenamento jurídico-penal

Quanto mais valores sejam incorporados aos níveis normativos superiores na forma de vinculações ou imperativos negativos, menos expostos ficarão os níveis inferiores. As leis, em poucas palavras, são mais vinculantes quanto mais vinculadas estejam.[20]

Somente um Direito Penal direcionado exclusivamente às funções de tutela de bens jurídicos e direitos fundamentais pode conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica. É essa combinação que Lenio Streck denomina de relegitimação do Direito Penal.[21]

De que forma esse Direito Penal relegitimado deve ser implementado?

Os problemas da legislação penal apresentados são fruto direto da interferência da política econômica na política criminal. Esse problema agrava-se com o princípio da legalidade nas mãos de poucos que podem interferir, com uma simples votação, na vida de toda a sociedade. Adicione a esse quadro a incapacidade (ou inaptidão profissional) do Poder Legislativo em filtrar as interferências externas da globalização para impedir uma relativização dos direitos e garantias fundamentais em detrimento de resultados rápidos e consistentes que nunca chegam.

Em um país como o Brasil, onde os vícios legislativos são constantes e não aparentam nenhuma guinada concreta[22] de direção em busca de mais cuidados sociais do que mais presídios, apresentamos, como sugestão, o deslocamento da tentativa de reduzir os índices de criminalidade para o âmbito do Poder Judiciário e da Academia, valendo-se desse Direito Penal remodelado.

20. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal, p. 334.

21. Streck, Lenio Luiz. Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais: A encruzilhada do Direito Penal e as possibilidades da justiça consensual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 28, p. 108-115.

22. Em caráter abstrato, podemos citar a Lei 11.530/2007, que criou o PRONASCI – Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, que necessita de dezenas de aprovações legislativas para almejar qualquer grau de eficácia.

Os advogados devem utilizar, de forma constante, dos instrumentos pós-positivistas,[23] para fazer chegar ao Judiciário situações concretas onde seja possível aos magistrados iniciar a fase reducionista do sistema penal.

Deve-se aceitar a nossa Constituição Federal de 1988 como um diploma *político* em sua construção e *jurídico* em sua vigência. O Estado tem o dever de efetivar a observância plena dos direitos e garantias individuais e coletivos previstos na Lei Maior.

O magistrado que se limita a aplicar a lei ordinária sem estar atento para todo o sistema criminal – principalmente a parcela das regras penais presentes na Constituição Federal – não exerce sua função de maneira completa. Pelo contrário, o exercício da judicatura planificada e engessada no nível das leis ordinárias, com o tempo, torna-se axiologicamente escasso e retransmite à sociedade o vício legislativo da assistematicidade e do simbolismo presente nas próprias leis, alimentando, de forma constante e ininterrupta, o crime organizado com novos "recrutas" que poderiam estar respondendo aos processos em liberdade.

Se os políticos são representantes da vontade do povo, o magistrado é o fiscal constitucional dos limites deste mandato. Se assim não age, propaga as inconstitucionalidades mitigando os direitos e garantias individuais e coletivos.

Essa visão limitada do sistema penal além de antigarantista, distancia o Direito Penal de seu primordial objetivo: a pacificação social através da composição dos conflitos e a reafirmação da vigência das normas legítimas, características imprescindíveis numa sociedade de risco, que tem como tendência política a hiperinflação de leis penais e o desrespeito à Constituição em busca de efetividade.

Os cientistas penais também têm grandes responsabilidades nessa nova ótica jurídica.[24]

23. Força normativa dos princípios constitucionais; hermenêutica neo-constitucionalista e controle difuso de constitucionalidade.

24. Sobre a democratização da hermenêutica constitucional, cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*, p. 55.

Tendo esse Direito Penal relegitimado e redesenhado de forma constitucional, compete ao jurista filtrar o ordenamento jurídico-penal existente para alimentar a política criminal das informações necessárias, buscando: a despenalização e descriminalização de condutas; a retificação necessária da dogmática penal, em especial para coaduná-la aos princípios penais expressos e implícitos; e a revogação de artigos que insistem em manter sua vigência apesar de já terem sido tacitamente não recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

No Brasil, há essa possibilidade concreta da prevalência da liberdade sobre a eficiência utilitarista graças a dois fatores: a) às cláusulas pétreas, mecanismo de relevância ímpar responsável pela intangibilidade dos direitos e garantias fundamentais. O legislador, por mais que tente, não pode ingressar nessa seara; e b) a autonomia funcional do Poder Judiciário, que não é eleito pelo povo para defender seus interesses.

Com esses dois fundamentos, a teoria aqui proposta passa do campo do provável para o possível.

Nunca poderá nosso Legislador relativizar as garantias constitucionais pois sempre estarão protegidas pelo manto da imutabilidade (art. 60. § 4.º, IV da CF). Se o fizer, estará produzindo material legislativo fadado ao fracasso com a conseqüente declaração de inconstitucionalidade, como ocorreu no HC 82.959-SP (STF).[25]

Não deverá o magistrado desenhar os limites objetivos de seu trabalho com base na opinião popular, pois não é representante direto de nenhum eleitorado e não pode afastar-se dos direitos e garantias individuais em nome de hipotética eficácia jurídica.

Vale destacar, com isso, a importância da harmonização das duas faces do Direito Penal – repressiva e garantista – e a conseqüente elaboração sistemática de um Direito Penal mínimo, compatível com os princípios constitucionais que,

25. O STF declarou a inconstitucionalidade do regime *integral* fechado para os crimes hediondos, dezesseis anos após o início de vigência da Lei 8.072/90, buscando a prevalência do princípio da individualização da pena.

por terem força normativa, impõem sua vontade, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito judicial, através do controle difuso de constitucionalidade.

3. Da eficácia do direito penal neo-constitucionalista[26]

Pergunta-se: esse novo Direito Penal teria o condão de reduzir os índices de criminalidade? Ao contrário do fracasso do atual sistema repressivo, teria o garantismo neo-constitucionalista o condão de ser funcional?

Há preocupações com a eficácia do Direito para regular as relações sociais em face dos avanços tecnológicos decorrentes do fenômeno da globalização.

Na esfera constitucional, a eficácia geralmente é entendida como um atributo específico das normas jurídicas. Seria a aptidão para produzirem os efeitos jurídicos esperados.[27]

Como fim *geral*, o objetivo do Direito Penal confunde-se com os objetivos dos demais ramos do Direito: a estabilidade e reequilíbrio das relações sociais para uma convivência harmoniosa e segura.

Podemos apresentar três objetivos *específicos* do Direito Penal:

a) a implementação do respeito absoluto à dignidade da pessoa humana;

b) a defesa dos bens jurídicos indispensáveis à pacífica convivência humana;

c) proteção dos acusados, como forma de legitimar e regular a necessária punição.

Dessa forma, o Direito Penal será eficaz na medida em que seus artigos forem construídos e aplicados nos exatos limites do rol acima identificado.

A eficácia jurídica do Direito Penal não se confunde com a eficácia política de redução de criminalidade. O Direito Penal será eficaz se for legitimamente

26. Sobre o tema, cf. nosso trabalho *O Direito Penal como garantia fundamental – O novo enfoque decorrente da globalização*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

27. Ferreira, Pinto. Eficácia (Direito Constitucional). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 30, p. 156.

construído e aplicado. O sistema criminal não pode ser deslegitimado e instrumentalizado pela atual e irresponsável política criminal, sob pena de tornar-se abusivo e criminoso.

Infelizmente nosso ordenamento jurídico criminal não está respeitando nem atingindo qualquer dos objetivos assinalados. Pelo contrário, caminha rumo à repressão máxima na tentativa suicida de obter êxito com a frágil prevenção geral negativa e com a segregação temporária dos condenados.

Importante exemplificar o que se está transmitindo: o regime disciplinar diferenciado – RDD de nosso sistema penitenciário fere diretamente a dignidade do ser humano, isolando o indivíduo de qualquer contato social por até 360 dias, prorrogáveis por igual período, *inclusive nos casos de prisão estritamente cautelar*, antes da necessária análise do mérito.

Esse é o caminho que está sendo trilhado por nossa política criminal.

Exigir do representante do povo que proceda de forma contrária ao interesse daqueles que representa é pedir o impossível. A população é bombardeada pela mídia com violência e mais violência. A globalização e os meios de comunicação em tempo real diminuíram a sensação de tempo e espaço. Transmite-se, com isso, a idéia de que todos aqueles crimes estão acontecendo *sempre* e *perto.*

Em busca de segurança, a população exige providência de seus representantes que respondem prontamente. Não colocaremos em questão se o simbolismo das leis penais funciona como mecanismo de apaziguamento temporário e como palanque eleitoral. A questão é mais complexa. Se o trabalho do legislador é fazer leis e se o campo legiferante é destinado para solucionar a prática de crimes, com certeza teremos leis penais.

Logo à seguir às primeiras manifestações de violência do PCC em São Paulo em maio de 2006, uma série de projetos de lei tratando de temas penais foram apresentados no Congresso Nacional.

O legislador preocupa-se apenas em ampliar os graus de ameaça das penas e, por força de seu *estribo* eleitoral, não percebe que o caminho a ser percorrido

é o oposto. Para ilustrar, trazemos à colação projetos de lei em tramitação, que apresentam modificações à legislação penal, processual penal e de execução penal, tornando-as mais rigorosas. Apenas entre os dias 15 de maio a 30 de junho de 2006: PL 7.084/2006; PL 7.085/2006; PL 7.094/2006; PL 7.135/2006; PL 7.137/2006; PL 7.139/2006; PL 7.141/2006; PL 7.154/2006; PL 7.179/2006; PL 7.220/2006; PL 7.221/2006; PL 7.222/2006; PL 7.223/2006; PL 7.224/2006; PL 7.225/2006; PL 7.226/2006; PL 7.227/2006; PL 7.244/2006; PLS 158/2006; PLS 159/2006; PLS 160/2006; PLS 161/2006; PLS 162/2006; PLS 167/2006.

Nesta mesma toada, com a bárbara morte do menino João Hélio Fernandes, no Rio de Janeiro, mais projetos de lei que tipificam condutas e ampliam as penas vieram à tona: PLC 8/2007; PLC 9/2007; PL 61/2007; PL 344/2007; PLC 9/2007; PL 390/2007; PL 239/2007; PLS 41/2007; PLS 50/2007; PLS 52/2007; PLS 53/2007; PLS 59/2007; PLS 88/2007; PL 7710/2007; 458/2007; 457/2007; 435/2007; 406/2007; 395/2007; 390/2007; 379/2007; 370/2007; 344/2007; 337/2007; 333/2007; 312/2007; 308/2007.

Fora os projetos aqui apresentados, temos outras *centenas* de proposições.

Até que ponto o Direito poderá suportar tantas máculas em sua infra-estrutura? Quão longe o Legislativo irá até perceber que uma norma penal prevista em abstrato *morre na praia* se não estiver vinculada à estrutura administrativa incorruptível e ao lastro constitucional de seus dispositivos?

A sociedade de risco demonstrada por Ulrich Beck apresenta-se tão perigosa que amplia, através de equívocos políticos, os riscos já existentes. O sociólogo alemão, preocupado com a unilateralidade dos olhos dos Poderes constituídos para a repressão e com o descaso social, pergunta: quanta pobreza a democracia pode suportar? Em seguida demonstra o quadro aterrador das conseqüências sociais da globalização: constantes diminuição de renda e aumento do número dos excluídos.[28]

28. Beck, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*, p. 262-268.

O Estado democrático de Direito corre o risco de ser atingido em sua base político-ideológica. O conjunto axiológico tende a ser relativizado de forma inversamente proporcional à neocriminalização e à neopenalização. Basta um rápido passar de olhos num passado não muito distante para identificar os perigos de um Estado de Direito nada democrático.[29]

Não se pode ignorar a interferência da globalização nos setores-chave da política social, econômica e criminal. Se o Estado optou por desferir um tiro no próprio pé, a quem devemos recorrer para reverter a situação? Quem poderá minimizar os impactos negativos do globalismo no Brasil?

A solução para a melhoria da eficácia do Direito Penal brasileiro não reside na redução das garantias fundamentais, e sim no respeito à sua manutenção. Ignora-se as necessidades sociais e repreende-se, como regra geral, os socialmente excluídos.

Para aqueles que defendem a relativização das garantias fundamentais em nome de um eventual aumento de eficácia jurídica, sugerimos uma análise realista e estatística do acervo legislativo brasileiro e suas conseqüências jurídicas e práticas, como forma de avaliar se foram alcançados a tão esperada eficiência do Direito Penal com o constante implemento do Direito Penal máximo, desde o início da década de 90 do século passado.

São suficientes duas questões para explicitar nossa equivocada realidade: teria a Lei dos Crimes Hediondos obtido sucesso no atingimento dos fins do Direito Penal, como a segurança nas relações sociais? Teria o RDD tornado mais eficaz o sistema jurídico-penal e mais tranquilo o sistema carcerário?

Esse aumento dos dispositivos penais e, em conseqüência, dos delitos, irá reduzir a capacidade estatal de reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade, tendo em vista a limitação física e orçamentária dos recursos para uma execução penal de caráter humanístico. Além do caráter dessocializador da

29. O irracionalismo da Escola de Kiel e, internamente, o Ato Institucional n. 5.

privação da liberdade e do afastamento do preso do convívio com o trabalho e com a família.[30]

Não foi e não será na utilização da política criminal exclusivamente repressiva que encontraremos a idéia de eficácia.[31]

César Barros Leal afirma que deveríamos nos preocupar com um Estado democrático de Direito cuja função principal é manter o bem comum e a paz pública. E com o reforço estatal que se impõe ante a criminalidade e a conseqüente definição de uma política criminal que não se contraponha à política social nem tampouco atente contra os princípios democráticos, os direitos humanos e as garantias legais.[32]

4. Conclusão

A economia mundial vem ditando as regras e espera encontrar, além da segurança e da coerção que o Direito Penal aparenta oferecer, valores como eficiência e produtividade. Entretanto, nem sempre consegue com os atuais moldes formais que pugnam pelas garantias da busca pela verdade real e pela justiça.[33]

A busca pela eficácia, ao não conseguir superar e derrubar o manto garantístico constitucional (até porque estamos falando de cláusulas pétreas), irá encontrar refúgio jurídico nos Direitos Civil, Administrativo ou até em novos ramos do Direito, como o de Mera Ordenação Social português ou o Direito de Intervenção.

30. Roxin, Claus. *Estudos de direito penal*, p. 18.

31. Nesse sentido afirma Sérgio Salomão Shecaira: "Afirmar, portanto, que o bom bandido tem que estar preso não resolve o problema do banditismo. Mais! É esquecer que aquele que não é tratado com dignidade pelo Estado certamente voltará a delinqüir de maneira mais virulenta. Bom bandido é o que se recupera socialmente e não mais precisa ser chamado de bandido". Só polícia não resolve. *Folha de S. Paulo*, publicado em 30.10.2007.

32. Leal, César Barros. Alcances y perspectivas de la prevención y del control social como instrumentos de política criminal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 6, p. 26.

33. Faria, José Eduardo. As transformações do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 231-240.

O implemento dos lucros na economia globalizada vem sendo obtido às custas, como de fácil constatação, da degradação salarial, da rotatividade no emprego, do aviltamento das relações trabalhistas, da informatização da produção e do subseqüente fechamento dos postos convencionais de trabalho. A sinergia entre a marginalidade econômica e a marginalidade social tem levado o Estado a reformular seus esquemas de controle e prevenção dos delitos e a incorporar no âmbito das políticas penais problemas e situações criadas pela ausência de políticas distributivas e compensatórias.[34]

Assim, no Direito Penal baseado nessa política criminal eficientista pode-se verificar a constante definição de novos tipos de delito; a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a relativização dos princípios da legalidade e da tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados, vagos e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das autoridades responsáveis pela investigação policial, apuração processual e condenação.

A hiperinflação legislativa penal vem rompendo a segurança jurídica da dogmática penal com afrontas constantes aos princípios que dão legitimidade às regras penais. Para manter a separação dos Poderes e o Pacto federativo intacto, os intérpretes da lei devem utilizar os instrumentos de que já dispõem.

É justamente nesse ponto que surgem como instrumentos de destaque a hermenêutica neo-constitucionalista, a força normativa dos princípios, a inclusão no sistema jurídico-penal do texto constitucional e o controle difuso de constitucionalidade.

Estes instrumentos de controle devem ser utilizados pelo Poder Judiciário. Ele é o responsável pelo filtro do material legislativo penal de *prima ratio* decorrente do fenômeno da globalização.

34. O mais atual exemplo é o PRONASCI – Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, criado pela Lei 11.530, de 24 de outubro de 2007.

Esse processo de relegitimação irá acarretar em um sistema criminal que pode ser conceituado como *o acervo de regras de natureza constitucional e infra-constitucional que, ao definirem condutas e estipularem sanções, tutelam os bens jurídicos de forma racional e limitam a necessária atuação punitiva estatal.*[35]

O aplicador da lei penal deve exercer sua função buscando, através da interpretação conforme a Constituição, a filtragem do Direito Penal de emergência para adaptá-lo, na medida do possível, às bases estruturais do garantismo.

Em outras palavras, o ideal seria permitir uma análise crítica, sem desprezar as exigências ou os requisitos postos pela dogmática. Seria fazer um movimento de submissão ao Direito e outro de adequação aos fins político-criminais, unindo-os de tal forma como a inclusão da palavra *social* ao Estado democrático de Direito.[36]

Portanto, tendo a Constituição Federal e suas cláusulas pétreas como fonte suprema de produção legislativa penal, compete ao político-criminal, ao cientista jurídico e aos aplicadores da legislação criminal o respeito ao conteúdo máximo e legitimador da dogmática penal.

Como parte desse Estado, o Direito Penal não pode – a nenhum título e sob nenhum pretexto – abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nos direitos e garantias fundamentais. É indispensável que sejam considerados indisponíveis, afastados da livre disposição do Estado que, além de respeitá-los, deve assegurá-los.[37]

Se a globalização e suas relações de cunho econômico precisam de celeridade, dinamismo, relativização e flexibilização de valores, tudo em nome da manutenção e ampliação de seus lucros, que o façam fora do sistema criminal.

A magistratura nacional deve cumprir sua função de implementar a manutenção das regras material e formalmente constitucionais. Como Poder inte-

35. Desenvolvemos esse novo conceito de Direito Penal em nossa dissertação de mestrado *O Direito Penal como garantia fundamental – O novo enfoque decorrente da globalização.*

36. Deodato, Felipe Augusto Forte de Negreiros. Qual o caminho seguro para uma *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, nesses tempos de fatos puníveis secundários? p. 165-176.

37. Bitencourt, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 127.

grante da Administração Pública, tem o dever de fazer o que as normas jurídicas determinam. Se existe hierarquia entre elas, deve prevalecer a Constituição em detrimento dos demais atos normativos.

Seria prematuro afirmar que esse Direito Penal relegitimado trará a tão necessária redução da criminalidade, mas surge como uma alternativa viável ao já vigente Direito Penal que, concretamente, é destituído de qualquer eficiência, tendo em vista não atingir seus objetivos, nem os específicos nem o geral. Não se pode esperar eficiência de um punhado de regras inconstitucionais e assistemáticas. Mãos à obra magistrados e juristas do Brasil!

Quando há o dever jurídico de agir, a omissão é tão ou mais grave que a ação. Covardia e preguiça não combinam com poder.

5. Bibliografia

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização.* Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11. São Paulo: RT, 1995.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal.* vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1956.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. Qual o caminho seguro para uma *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, nesses tempos de fatos puníveis secundários? In: D'Avila, Fabio Roberto e Souza, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito Penal secundário:* Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT – Coimbra Editora (Co-edição), 2006.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 22. São Paulo: RT, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA, Pinto. Eficácia (Direito Constitucional). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 30. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

LEAL, César Barros. Alcances y perspectivas de la prevención y del control social como instrumentos de política criminal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 6. Porto Alegre: Magister, 2004.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. Trad. Ramon Ragués Vallès. *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

MUÑOZ Conde, Francisco. *Derecho penal y control social*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. Eficácia (Filosofia do Direito). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 30.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

———. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Só polícia não resolve. *Folha de S. Paulo*, publicado em 30.10.2007.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *O Direito Penal como garantia fundamental – O novo enfoque decorrente da globalização*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Data da defesa: 06.06.2007.

_____. O contra-ataque garantista à globalização. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*. Agosto de 2007, p. 6-7.

STRECK, Lenio Luiz. Crise (s) paradigmática (s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais: A encruzilhada do Direito Penal e as possibilidades da justiça consensual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 28. São Paulo: RT, 1999.

2. Processo Penal

Sigilo profissional e prova penal

Diego Fajardo Maranha Leão de Souza
Mestrando em Direito Processual Penal pela USP.
Procurador Federal.

Resumo: O presente estudo aborda o intricado problema do sigilo profissional como limite à produção de uma prova penal. Conceituado como instrumento a serviço da tutela da intimidade, serão apresentadas as principais características do sigilo profissional, em especial sua natureza jurídica e o bem jurídico a que se propõe proteger. Traçado um panorama de Direito comparado, será discutida a influência decisiva que o sigilo profissional pode exercer no momento de determinar a validade de uma prova, em especial no campo das apreensões de documentos e dos testemunhos.

Palavras-chave: Prova penal – Sigilo profissional – Segredo – Intimidade – Confiança – Natureza jurídica – Bem jurídico – Direito à prova – Justa causa – Busca e apreensão – Prova testemunhal – Admissibilidade.

Abstract: This paper addresses the intricate problem of profesional secrecy as limitation to the production of a criminal evidence. Since it is considered a tool available to guard privacy, we present the main characterisitics of professional secrecy, especially its legal nature and the property it is supossed to protect. We outline an overview of compared Law and discuss the decisive influence that professional secrecy can have at the moment we determine the validity of an evidence, epecially in the field of document and proofs seizures.

Keywords: Criminal evidence – Professional secrecy – Secrecy – Privacy – Trust – Legal nature – Property – Right to evidence – Just cause – Search and seizure – Proof – Admissibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito à intimidade: segredo e sigilo – 3. Tutela jurídica do segredo de profissão – 4. Sigilo profissional no Brasil – 5. Sigilo profissional no direito comparado: 5.1 Na Itália; 5.2 Na Espanha; 5.3 Em Portugal – 6. Natureza jurídica do sigilo profissional – 7. Conseqüências do sigilo profissional no campo probatório: 7.1 Busca e apreensão de documentos protegidos pelo sigilo profissional; 7.2 Testemunho do profissional submetido ao dever de sigilo – 8. Conclusão – 9. Apêndice: resumo esquemático – 10. Referências bibliográficas.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

1. Introdução

O direito à prova no processo penal é um dos mais fiéis indicadores do comprometimento democrático de determinado ordenamento jurídico. As possibilidades de busca da verdade à disposição das partes, os limites à atividade probatória diante da proteção de direitos fundamentais e todos os princípios e regras que norteiam a função jurisdicional cognitiva na correta aplicação da lei são capazes de revelar se e em que medida a dignidade humana é respeitada pelo *jus puniendi* estatal.

Dentre as possíveis limitações ao direito à prova, ganha relevo aquela referente ao sigilo profissional. O ordenamento jurídico brasileiro, à semelhança da maior parte dos sistemas da Europa continental, tutela a esfera de segredo do indivíduo quando sua revelação a determinados profissionais for indispensável à proteção de um interesse do próprio confitente. Nessas hipóteses, a proteção à intimidade surge não apenas no âmbito penal, como também no domínio do direito processual, sendo possível identificar seu fundamento de validade na Constituição Federal.

Os modos pelos quais a tutela jurídica do segredo pode se manifestar são os mais variados. A previsão de sufrágio universal e secreto nas eleições majoritárias e proporcionais, a possibilidade de votações sigilosas no parlamento, a proteção do

segredo de Estado e a garantia constitucional do segredo de Justiça para a defesa da intimidade ou interesse social são exemplos de que o Direito positivo brasileiro não apenas admite, como também determina, a adoção de sigilo em determinadas hipóteses da convivência em comunidade.

Especificamente no que toca à prova penal e às limitações impostas pela necessidade de sigilo profissional, as mais importantes exteriorizações dessa tensão acontecem no momento da produção de uma prova testemunhal que envolva pessoas ou fatos abrangidos pela proteção, bem como a potencial utilização em juízo de documentos adquiridos com violação do sigilo profissional.

Um olhar mais acurado sobre o tema é capaz de revelar outros delicados problemas que podem surgir quando a produção da prova envolver segredos conhecidos em virtude da atividade profissional. Em primeiro lugar, a identificação de qual tipo de profissional estaria abrangido pelo sigilo não é precisa, o que igualmente ocorre com a discriminação de que fatos poderiam se albergar sob tal sigilo. A extensão da proteção a documentos e outros elementos conhecidos em virtude do trabalho do *confidente necessário* também é pouco explorada e carece de sistematização legal ou doutrinária. A possibilidade de quebra compulsória do sigilo profissional quando capaz de comprovar a inocência do acusado é outro ponto de indiscutível importância que merece detida análise, o que necessariamente envolverá o tangenciamento de questões relativas à ilicitude da prova.

O alerta de Vittorio Grevi sobre a imbricação desses dois valores contrapostos, direito à prova e sigilo profissional, não pode passar despercebido: "a temática do segredo como limite à prova envolve diretamente alguns dos problemas fundamentais do processo penal: limite à prova significa, antes de mais nada, limite à apuração da verdade histórica, e pode facilmente significar, em muitíssimos casos, limite ao direito de defesa do imputado – se por certo houver uma das formas mais positivas da exteriorização desse direito é a de defender-se provando".[1]

1. Vittorio Grevi, O segredo como limite à prova no processo penal italiano, in *Ciência penal*, São Paulo, v. 2, n. 4, 1975, p. 3.

A exposição que se seguirá parte de um breve panorama sobre a proteção jurídica da intimidade, alçada expressamente pela Constituição à categoria de direito fundamental. Após, serão analisadas as peculiaridades que envolvem o sigilo profissional no Brasil, especialmente em determinadas profissões nas quais sua manifestação é mais incisiva. Apresentada, em linhas gerais, uma perspectiva de direito comparado, serão tecidas conclusões relativamente à influência do sigilo profissional na produção da prova penal, mormente nas hipóteses em que o sigilo se contrapõe à produção de provas testemunhal ou documental.

2. Direito à intimidade: segredo e sigilo

A intimidade é um bem jurídico considerado pela doutrina como dos mais importantes dentre aqueles que compõem o conjunto dos *direitos da personalidade*. Goza de proteção de norma constitucional, dispondo o art. 5.º, X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".[2]

Segundo Paulo José da Costa Jr., em livro inteiramente dedicado ao tema, a intimidade se constitui na "necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna, de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos".[3] Já para o jurista italiano Adriano De Cupis, o direito à *riservatezza* pode ser definido como "o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento dos

2. De igual forma, o Código Civil brasileiro, no capítulo que trata dos direitos da personalidade, dispõe em seu art. 21 que "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

3. Paulo José da Costa Jr., *O direito de estar só*: tutela penal da intimidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 8.

demais de tudo aquilo que se refere à pessoa mesma".[4] De maneira sucinta, então, pode-se adotar um conceito de intimidade como a esfera de reserva do indivíduo na qual se lhe assegura a possibilidade de desenvolver todas as suas faculdades protegido de terceiros com ele não autorizados a privar. Conforme sintetizado por Costa Jr. no título de sua monografia, é o direito de estar só.

Usualmente, costuma-se ilustrar o âmbito de reserva do indivíduo com base na construção gráfica de círculos concêntricos, o que se convencionou chamar de *teoria das três esferas*. Com base nessa proposição, a vida particular gozaria de proteção jurídica com o objetivo de separá-la da vida pública do cidadão, a qual é inerente à integração do ser humano à sociedade. Essa vida privada, pois, poderia ser subdividida em três diferentes esferas concêntricas, da mais periférica à mais nuclear, num sentido crescente de níveis de tutela. A esfera mais externa seria a da vida privada *stricto sensu*, aquela que envolve as relações do indivíduo com certo número de pessoas, mas que não são dotadas do atributo da publicidade, vedando-se o acesso de terceiros não integrantes desse círculo. O nível intermediário denominar-se-ia esfera da intimidade ou da confiança, da qual apenas um número restrito de pessoas estaria autorizado pelo indivíduo a participar, tendo conhecimento de fatos da vida reservada do interessado de que muitos integrantes da vida privada não tomam ciência. Por fim, a esfera central dos níveis de proteção seria a esfera do segredo, à qual ninguém ou pouquíssimas pessoas teriam acesso, sendo que os que dela participassem teriam o dever de manter absoluto sigilo por passarem a conhecer circunstâncias extremamente íntimas da vida particular.[5]

A proteção jurídica da intimidade envolve, portanto, não apenas aquele núcleo indevassável da vida pessoal que constitui a esfera de segredo, mas, também, os âmbitos do íntimo e do privado, que gozam de tutela perante tentativas de exposição ao público, somente podendo ser alcançados com o consentimento do

4. Adriano De Cupis, Diritto a riservatezza e segreto, in *Novissimo Digesto Italiano*, Turim, v. 16, p. 115.

5. Paulo José da Costa Jr., *O direito...*, op. cit., p. 31-32.

interessado ou nas hipóteses previstas por lei. Tanto assim que a norma constitucional já referida, art. 5.º, X, menciona simultaneamente os termos intimidade e vida privada, de modo a não deixar dúvidas acerca de seu programa normativo.

É preciso aclarar o significado dos vocábulos segredo e sigilo e fixar a relação de ambos com a proteção da intimidade. A palavra segredo vem do latim *secretum*, trazendo a conotação de "lugar isolado, solidão, secreto, pensamentos, falas secretas". Por sua vez, o vocábulo sigilo, também de origem latina com grafia *sigillum*, quer significar "marca pequena, sinalzinho, estatueta, objeto de relevo, sinete, selo".[6] A etimologia dos substantivos já permite inferir a diferença de significado entre esses dois conceitos: segredo é a informação, o dado da realidade que se pretende ver protegido ou ocultado, e o sigilo é a forma através da qual é efetivada essa proteção. Um mesmo segredo pode estar sujeito a diferentes modalidades de sigilo, como o familiar, o ético, o profissional, o sigilo bancário, etc. Na feliz comparação realizada por Mário Sérgio Sobrinho, os termos segredo e sigilo devem ser compreendidos segundo uma relação de conteúdo e continente, respectivamente.[7] Dentro do espectro de interesses protegidos pelo direito à intimidade, o segredo tem posição de destaque por constituir um dos mais sensíveis caracteres da individualidade do cidadão, que encontra nos mecanismos de sigilo a maneira de efetivar sua proteção.

O objeto do presente estudo consubstancia-se no *sigilo profissional*, expressão cuja utilização é preferida ao invés de segredo profissional. De acordo com a diferenciação apresentada, o sigilo é o instrumento de proteção hábil a preservar a confidencialidade de uma informação, de um dado, o segredo que não pode ser revelado. Dessa forma, o profissional colocado na posição de *confidente necessário* toma conhecimento de segredos de seu paciente ou cliente, sendo

6. Etimologia de acordo com o dicionário Houaiss da língua portuguesa.

7. Conforme registrado pelo autor em referência, é o segredo "o cerne ou substrato da informação que não pode ser revelada, enquanto o sigilo serve como verdadeiro manto de proteção do segredo, através da obrigação ou compromisso de sua não revelação" (Mário Sérgio Sobrinho, Segredo de Estado e Prova Ilícita, in *Justitia*, São Paulo, v. 62, n. 189-192, jan./dez. 2000, p. 152).

que a garantia de seu sigilo profissional será a veste atuante na preservação da informação que lhe foi confiada.

Intimidade, segredo e sigilo põem-se, assim, como fortes barreiras à produção da prova no âmbito penal, a qual está sujeita a rígidas regras de admissibilidade. O percuciente pensamento de Ada Pellegrini Grinover sintetiza essa relação, ao afirmar que "a problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal na medida em que o Estado, na persecução dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que leva quase necessariamente a uma intromissão na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito à intimidade é parte integrante dos direitos da personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feitio e finalidade éticos, não podendo ser utilizadas para proteger abusos e acobertar violações".[8]

3. Tutela jurídica do segredo de profissão

A preservação da intimidade e dos segredos pessoais é um fenômeno que se verifica desde o início do desenvolvimento da vida em sociedade. Comumente tida como um dever familiar ou moral, a necessidade de preservação da esfera reservada das pessoas sempre se fez presente no desenvolvimento da humanidade, ganhando extrema importância a partir das revoluções industrial e tecnológica e, mais recentemente, com a globalização. Nos dias que correm, alguém que eventualmente tenha sua intimidade violada, em poucos segundos pode ver seus segredos expostos a milhões de pessoas por todo o mundo, dada a crescente vulnerabilidade da privacidade pelas novas tecnologias e pelos meios de comunicação em massa.

Nesse contexto, não é difícil identificar quais seriam os fundamentos, as justificativas para a tutela jurídica dos segredos conhecidos através do exercício profissional. Como a razão para a proteção dos segredos é diferente dependendo da

8. Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, São Paulo: Forense, 1990, p. 60.

profissão envolvida, podem-se dividir os fundamentos do sigilo profissional em duas classes, a dos fundamentos *comuns* e *específicos*, quer se refiram à atividade profissional como gênero ou se atenham a peculiaridades de cada uma de suas espécies.[9]

Em relação ao primeiro grupo, dos *fundamentos comuns* do respeito ao sigilo profissional, o mais importante deles é a tutela da intimidade do cidadão que se exterioriza por meio da relação de confiança depositada no profissional confidente, isto é, a expectativa de que seus segredos não virão a ser futuramente revelados. Em segundo lugar, também é um importante fundamento a necessidade que as pessoas têm de recorrer a determinados profissionais quando não conseguem prover por si mesmas a suas carências, por falta de conhecimento técnico ou impedimento legal, e em decorrência disso o profissional assume a posição de um *confidente necessário*. Por fim, um terceiro fundamento comum remete ao interesse do próprio profissional ou da classe à qual pertence em preservar a dignidade, reputação e confiança nele vislumbrados, de forma a garantir os bons serviços e a continuidade da sua atividade econômica no futuro.

Já o segundo grupo que justifica a previsão legal de sigilo profissional como forma de proteger a intimidade dos cidadãos é integrado pelos *fundamentos específicos* de cada classe abrangida pela norma, sendo que as influências do sigilo são mais sensíveis nos meios médico, advocatício, sacerdotal e jornalístico.[10]

Em relação ao médico e demais profissionais da área sanitária, o fundamento específico do sigilo profissional recai sobre a inafastável necessidade de cuidado com a saúde pública, interesse de toda a sociedade, pois apenas o médico bem in-

9. A classificação ora proposta toma por base características identificadas pelo jurista espanhol Miguel Bajo Fernandés, El secreto profesional en el proyecto de código penal, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 33, n. 03, set./dez. 1980, p. 598-599.

10. Conforme pensamento de Paolo Tonini, *La prova penale*, 4. ed. Milano: Cedam, 2000, p. 124: "Il legislatore ritiene, in questi casi, che il segreto professionale debba prevalere sull'interesse della Giustizia ad accertare i reati. Ecco perché abiamo definito tale segreto come 'qualificato'. Di regola si tratta di situazioni che coinvolgono interessi di rilievo costituzionale, quali l'interesse a professare la propria fede religiosa (artt. 8 e 19 Cost.), l'interesse a difenderse in ogni tipo di processo (art. 24 Cost), l'interesse alla salute (art. 32 Cost.); in questi casi il privato è costretto a servirsi di un professionista al quale deve confidare fatti riservati".

formado acerca das condições de saúde do paciente pode tratá-lo de forma eficaz. O dever moral na preservação do sigilo médico remonta à época do juramento de Hipócrates, e é trazido até os dias de hoje como um dos mais preciosos deveres éticos do profissional da saúde.[11]

Já quanto à atividade profissional do advogado, o sigilo vem previsto de maneira a assegurar o direito de defesa dos jurisdicionados que se encontrem diante de problemas que necessitem da interveniência de um causídico, sendo que esse sensível ponto faz-se sentir de maneira mais incisiva no campo do processo penal. A proteção específica do sigilo do advogado é trazida pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e respectivo Código de Ética e Disciplina.

Já o sigilo sacerdotal remete ao livre desenvolvimento da religião e à liberdade de crença, de forma que os fiéis devem ter assegurado o direito de que suas expiações não serão devassadas posteriormente, o que se mostra ainda mais importante em um Estado laico.

Por fim, o fundamento específico do sigilo jornalístico está na liberdade de informação e expressão, de maneira que o profissional dessa área não pode ser compelido a revelar a identidade da pessoa que deu subsídios a sua reportagem em respeito ao sigilo de fonte.[12] A peculiaridade do sigilo do jornalista está em que seu ofício é justamente o de revelar as informações que lhe foram confidenciadas, restringindo-se seu dever de reserva apenas à identidade do confitente. Devido a essa especial condição, a doutrina estrangeira recomenda que o estudo do sigilo jornalístico seja realizado em uma categoria à parte da regra geral de sigilo profissional.

Merece acurada ponderação a identificação do bem ou bens jurídicos que se constituem o objeto da tutela empreendida por meio do sigilo profissional.

11. Diz uma passagem do referido juramento: "Àquilo que, no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto".

12. A CF/88, no rol dos direitos individuais, também menciona o sigilo da fonte do jornalista (art. 5.º, XIV): "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Dado que o dever de respeito à esfera de reserva profissional é historicamente reconhecido pela legislação, resta precisar qual valor-interesse é eleito pelo Direito como merecedor de tutela, pois o sigilo profissional não é um fim em si mesmo, possuindo nítido caráter instrumental. A perfeita identificação do escopo da norma de proteção é indispensável para uma correta aplicação da legislação, pois, atuando como verdadeiro cânon interpretativo, o bem jurídico indica o caminho a ser trilhado pelo aplicador do Direito na solução de controvérsias.

Imediatamente vem ao pensamento a *intimidade*, e ela por certo é a razão primeira da existência do dever de guardar segredos. A garantia de uma redoma privada do cidadão, em que poderá realizar suas aspirações e manter suas confidências, é imprescindível para o escorreito desenvolvimento da individualidade inata a cada ser humano. Na brilhante expressão de Paulo José da Costa Jr., um espaço que possa ser o "jardim secreto" de cada pessoa.[13] O *status* constitucional de direito fundamental explícito galgado pela intimidade a partir de 1988 é a mais recente confirmação de que esse é um bem jurídico dos mais caros à ordem jurídica brasileira. Uma das formas de se alcançar sua preservação é a tutela dos segredos profissionais por meio do respectivo sigilo, pois sua violação afetaria o bem jurídico quiçá de forma irreparável. É a intimidade o principal objeto de proteção do sigilo profissional.[14-15]

13. *O direito...*, op. cit., p.18.

14. Há autores que não consideram a intimidade como o bem jurídico protegido pelas normas de sigilo profissional, propondo sua identificação no instituto da *confiança* entre confitente e confidente (por todos, ver Emilio Cortés Bechiarelli, Delitos contra la intimidad, control de las comunicaciones y secreto profisional del abogado, in *Revista Penal*, Barcelona, n. 11, ene. 2003, p. 3-14). Essa posição, apesar de defensável, gera importantes conseqüências no *iter criminis* do delito de violação de sigilo, pois ao se considerar a intimidade como bem jurídico tutelado, é necessário que os atos de execução efetivamente violem a esfera de reserva para que o delito se tenha por consumado, sendo possível se imaginar crime tentado nessa hipótese, enquanto que se a confiança for considerada o bem jurídico objeto de proteção, não existirá crime na forma tentada, pois qualquer conduta no sentido de revelar o segredo irá configurar a quebra de confiança e, por conseguinte, o delito consumado. Essa questão não se coloca no plano do direito positivo brasileiro, haja vista que a conduta incriminada pelo art. 154 do Código Penal é a de "revelar segredo", e não a de "violar", o que poderia dar margem a dúvidas.

15. O que se falou a respeito da intimidade pode ser estendido, com adaptações, às pessoas jurídicas que confiam seus segredos a determinados profissionais como advogados, contadores e

Há que se levar em conta, porém, que apenas a intimidade não é capaz de explicar todas as facetas do sigilo profissional. Sendo necessariamente um fenômeno bilateral, que envolve ao menos duas pessoas, o particular confitente e o profissional confidente, a relação jurídica de direito/dever entre eles existente não pode ficar à mercê e disponibilidade daquele primeiro. Os próprios profissionais envolvidos nessas relações têm o interesse, mais do que jurídico, ético em preservar o bom nome de suas reputações, de poderem ser reconhecidos pela sociedade como depositários da mais alta confiança que não será quebrada nem mesmo diante da autorização do confitente. Conforme sublinhado por Marco Antonio de Barros, "das relações de confiança brota o interesse social que impõe a obrigação de discrição, o que predomina notadamente nas funções ou atividades exercidas por pessoas às quais os cidadãos são obrigados a recorrer e a fazer confidências. Tais atividades correspondem em geral a uma relevante missão moral".[16]

Não se pode fugir da conclusão de que o delito de violação de sigilo profissional é pluriofensivo, pois afeta simultaneamente mais de um bem jurídico. Ao mesmo tempo em que a divulgação de um segredo confidenciado a um profissional atinge a intimidade do interessado na preservação do sigilo, afeta também a relação de confiança depositada pela sociedade naquela categoria profissional.[17] A *confiança da coletividade* é igualmente violada, pois, na hipótese de revelação de segredos profissionais, o que poderá ocasionar insegurança jurídica e grave risco de instabilidade nas relações sociais, já que, no caso de se generalizarem as violações de sigilo, as pessoas não mais passariam a depositar confiança em profissionais da mais alta importância.

auditores. Elas sofrem incidência da proteção conferida pelos direitos da personalidade no que lhes for compatível, e a tutela de uma esfera de reserva certamente se coaduna com a necessidade de atuação econômica desses entes. A propósito, o art. 52 do Código Civil estabelece: "Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".

16. Marco Antonio de Barros, *A busca da verdade no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222.

17. Serrano González de Murillo, Alcance del deber de secreto del profesional sanitario ante la administración de justicia, in *Revista Penal*, Barcelona, n.15, ene. 2005, p.138.

O sigilo profissional tutela, portanto, dois bens jurídicos: a intimidade do confitente e a confiança da coletividade na perenidade dos segredos de profissão, de modo que ambos serão igualmente afetados caso venha a ser revelada uma informação confidencial da relação profissional/particular. Apenas uma compreensão dúplice dos bens jurídicos amparados pelo sigilo profissional é capaz de explicar a possibilidade de um médico ou advogado, por exemplo, se recusar a depor em juízo ainda que desobrigado pela parte interessada no segredo, sem que se lhes imponha, em regra, sanção por essa conduta.

4. Sigilo profissional no Brasil

A tutela jurídica da intimidade é efetivada, dentre outros instrumentos, por meio da garantia do sigilo profissional. Já se viu que a intimidade goza de proteção diretamente extraída de norma constitucional. O sigilo profissional, não obstante careça desse mesmo *status*, é tratado direta ou indiretamente por diversas normas infraconstitucionais que visam a um tratamento uniforme do assunto. A proteção mais incisiva do sigilo profissional é trazida pelo Código Penal, que assim dispõe:

"Código Penal

Violação de segredo profissional

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único – Somente se procede mediante representação."

Esse delito insere-se na seção do Código Penal especificamente destinada a tratar dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.[18] Chama a atenção, logo

18. Além desse delito, o Código Penal prevê, na mesma seção, duas outras condutas que caracterizam crimes autônomos de violação de segredo, sem que se refiram diretamente ao segredo profissional: "Divulgação de segredo. Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário

numa primeira leitura, que o legislador se referiu à violação do segredo e não do sigilo, tal como defendido no presente estudo. O que pode ser violado é o sigilo, e não o segredo, que se limita a ser revelado. Vale dizer, a violação do sigilo é caminho necessário para o conhecimento do segredo, a informação ou dado que se encontra sob proteção. Tanto assim que, agora corretamente, a norma define como verbo nuclear do tipo a conduta de "revelar" (mostrar, fazer conhecer) um segredo.

O tipo penal em referência é um delito próprio, pois apenas determinadas pessoas, aquelas que tomaram conhecimento do segredo devido a uma especial condição, têm o dever legal de não revelá-lo. Isso inclui não só o profissional como seus auxiliares, a quem o dever de reserva é extensível.

Importante disposição da norma incriminadora é a ressalva da *justa causa*. Trata-se de elemento normativo do tipo,[19] capaz de afastar a tipicidade da conduta do agente se o caso concreto demonstrar estarem presentes seus requisitos. Existirá justa causa sempre que ocorrer uma hipótese de justificação, ou se verificar uma possibilidade de violação de sigilo amparada por qualquer outra disposição legal.

ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1.º Somente se procede mediante representação. § 1.º-A Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2.º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada". No rol dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, prevê-se um delito especial de violação de sigilo funcional: "Violação de sigilo funcional. Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1.º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. § 2.º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa".

19. Luiz Francisco Torquato Avolio, Anotações sobre o sigilo médico na esfera do processo judicial e do procedimento administrativo e suas conseqüências processuais: provas ilegítimas e ilícitas, in *Revista EPD*, São Paulo, v. 2, n. 3, out./nov. 2006, p. 360; Celso Delmanto et al, *Código Penal Comentado*, 7.. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2007, p. 449.

A qualidade do agente que pode ser sujeito ativo do crime vem descrita pela lei de maneira alternativa. A violação da norma pode decorrer de profissão, ofício, ministério ou função. Segundo o magistério de Xavier de Aquino, a função "consiste no exercício de um cargo, encargo ou *munus publicum*, seja ele remunerado ou não"; o ministério, citando Magalhães Noronha, "é um encargo subordinado a um estado ou condição (padre, freira, etc.) cuja remuneração não está ligada ao mister"; ofício "é um trabalho ligado à arte, como, por exemplo, o realizado por protético, costureira, etc."; e a profissão "é o modo pelo qual o sujeito, de forma independente e intelectual, emprega habitualmente a sua ocupação em determinada espécie de trabalho, do qual aufere proventos para a sua subsistência".[20]

O caminho trilhado pela legislação brasileira difere do tomado por outros sistemas jurídicos, em que ora se prefere discriminar nominalmente quais profissões podem se agasalhar sob o sigilo, ora se menciona laconicamente "sigilo profissional", deixando ao intérprete a tarefa de identificar quais categorias se enquadrariam nesse conceito. Por aqui, optou-se por uma normatização ainda mais ampliativa em que, além de não ser especificado quem se qualifica como profissional, há ainda três outras categorias genéricas que estão submetidas ao dever de sigilo. Não obstante essa pareça ser uma solução inteligente com o fim de se preservar ao máximo a intimidade, no outro prato da balança não podemos nos esquecer que, quanto mais se atribui peso relativo aos segredos, mais se sacrifica o direito à prova, o qual se vê limitado diante de inúmeros sujeitos que poderiam opor a exceção de sigilo.

Qual é o conceito de profissão para fins penais? Quais pessoas poderiam se escusar a depor em juízo sobre fatos de que teriam tomado conhecimento no seu regular exercício profissional? Uma interpretação elástica do conceito de profissão poderia acarretar total obstrução do sistema judiciário, pois se a qualquer pessoa que exerça atividade econômica for dado o direito de se agasalhar sob o manto do sigilo profissional, muitos delitos ocorridos no dia-a-dia de nossa rotina social quedariam

20. José Carlos G. Xavier de Aquino, *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98.

sem punição. Poderia um comerciante alegar sigilo profissional quanto a fatos ocorridos com clientes dentro de seu estabelecimento? Seria lícito a um professor escusar-se a depor em relação a informações que conheceu dentro de uma sala de aula?

Parâmetros superficiais de razoabilidade já nos permitem inferir que não é todo caso que envolver o exercício de uma atividade econômica que autorizará a alegação de sigilo profissional. Sobre esse problema debruçou-se Miguel Bajo Fernández, ao analisar a amplitude da noção de profissional no ordenamento jurídico espanhol. O ponto-chave para a obtenção de um conceito juridicamente coerente de profissional encontra-se na indispensabilidade das funções exercidas por certas categorias para o corpo social. A existência de determinadas pessoas que executam atividades fundamentais para o atendimento das necessidades individuais é uma aspiração coletiva, pois delas a sociedade não pode prescindir, sob risco de perecimento. É a condição de *confidente necessário* que torna a profissão digna de tutela pela norma do art. 154 do CP. Vale dizer, a necessidade inafastável de o cidadão se socorrer de determinados serviços (de saúde, jurídicos, contábeis) faz da confiança um elemento indispensável na relação cliente/profissional. Parte-se da premissa de que o confidente voluntário tem apenas um dever moral na manutenção do segredo, mas quando esse confidente se converte em necessário para o titular do segredo, o sistema jurídico intervém para assegurar a supremacia de um interesse que, além de individual, é público.[21] Daí nasce o sigilo profissional.[22]

21. Miguel Bajo Fernández, *El secreto...*, op. cit., p. 609.

22. Cremilda Maria Ramos Ferreira, com absoluta clareza, registra neste passo que "(...) o segredo profissional não interessa apenas ao confidente e ao cliente, mas à sociedade inteira. O segredo profissional sai do domínio contratual devido ao interesse que a sociedade tem sobre essa revelação. Interesse este que é duplo. Em primeiro lugar, o meio social deve respeitar e fazer respeitar o exercício de certas profissões necessárias à salubridade do clima social e ao bem-estar do indivíduo. A sociedade tem um interesse particular em tomar a defesa do indivíduo transformando uma sanção restrita numa espécie de dever público. Por outro lado, dado o papel social que os confidentes necessários são chamados a desempenhar, o legislador criou em favor deles um clima de confiança absoluta. Para isso o indivíduo tem de ter a segurança moral e jurídica de não ser traído pelo profissional ao qual se dirige" (*Sigilo Profissional na Advocacia*, Coimbra: Coimbra, 1991, p. 24).

Além desse requisito, Bajo Fernández aponta outros dois elementos que a doutrina européia considera indispensáveis para a caracterização de uma situação de dever de sigilo: que a pessoa exerça uma atividade lícita e de caráter público e que seu exercício seja regulamentado diante de um interesse público.[23]

Não bastará, destarte, o mero exercício de profissão para que haja o dever jurídico de sigilo no sentido do art. 154 do CP. Será indispensável aferir se, no caso concreto, existe uma situação de *confidente necessário* do profissional de maneira a se evitar o alargamento da tutela do sigilo profissional e, com isso, enfraquecer a própria proteção.

Por fim, ainda em referência ao art. 154 do CP, cabe ressaltar que o dano requerido pelo dispositivo não necessariamente deve possuir conteúdo econômico. A lesão moral é igualmente repelida pelo ordenamento e, para a consumação do delito, não é essencial aferir-se a concretização do prejuízo material ou imaterial, bastando comprovar o risco potencial de sua ocorrência.

Ao lado da norma penal material, o Código de Processo Penal traz disposição absolutamente complementar e integrada à tipificação da conduta realizada pela lei de repressão. A norma é a seguinte:

"Código de Processo Penal

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho."

Essa disposição, por se relacionar diretamente à prova penal, será tratada em momento oportuno, à guisa de conclusão do trabalho.

23. O conceito de profissional para este autor é "toda persona que ejerce públicamente um empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad y que, por su interés público, están jurídicamente reglamentados" (*El secreto...*, op. cit., p. 606). Mais à frente, registra, em conclusão, que a condição de profissional exige "que el individuo tenga necesariamente que dirigirse a él para obtener satisfacción de sus intereses y, por tanto, le tenga que confiar necesariamente secretos; y que quien ejerce tal empleo, facultad u oficio detente uma investidura pública en el sentido de que se trate de una profesión oficialmente reconocida y reglamentada de modo que se reconoce su interés público y la misión de confianza encomendada" (op. cit., p. 609-610).

Registre-se, ademais, que não apenas na esfera penal e processual penal o sigilo profissional encontra tutela. Diversos ramos do Direito dedicam-lhe atenção.[24]

O Código Civil prevê, em seu art. 229, imiscuindo-se em matéria processual, que "ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato (...) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo". O Código de Processo traz disposição complementar a esta no que se refere à exibição de documento ou de coisa.[25]

No campo do Direito laboral, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê como justa causa para a demissão do trabalhador a conduta de violar o segredo de empresa (art. 482, *g*). Já para o servidor público federal, a obrigação de sigilo decorre de seu estatuto jurídico, constando do art. 116, VIII, da Lei 8.112/90, que é seu dever "guardar sigilo sobre assunto da repartição", cominando pena de demissão à violação (art. 132, IX).

Traçado esse breve panorama sobre o sigilo profissional no Brasil, apresentam-se, a seguir, as peculiaridades da tutela do sigilo em três países com tradição jurídica semelhante à nossa: Itália, Espanha e Portugal.

5. Sigilo profissional no direito comparado

5.1 Na Itália

O sigilo profissional no ordenamento jurídico italiano, à semelhança do exemplo brasileiro, encontra guarida simultaneamente em normas penais de índole material e processual.

O Código Penal da Itália, em seu art. 622, tipifica a conduta de "revelação do segredo profissional". Segundo essa norma, pune-se o agente que em razão de

24. A compilação apresentada toma por base indicações referidas por Marco Antonio de Barros, Sigilo profissional: reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas, in *Justitia*, São Paulo, v. 175, jul./set. 1996, p. 19-20, e também em livro de sua autoria, *A busca da verdade no processo penal*, op. cit., p. 236.

25. CPC, art. 363, IV: "A parte e o terceiro se escusam de exibir, em juízo, o documento ou a coisa (...) se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo".

seu estado, ofício, profissão ou arte vem a tomar conhecimento de um segredo e o revela sem justa causa ou o emprega para proveito próprio ou alheio. A ação penal depende de representação.[26]

Por seu turno, o Código de Processo Penal italiano traz a previsão de que há dispensa da obrigação de depor a certos profissionais acerca daquilo de que tomaram conhecimento em virtude do próprio ministério, ofício ou profissão. Incluem-se na isenção legal os ministros de confissão religiosa, os advogados, procuradores, consultores técnicos, notários, médicos e demais profissionais da área sanitária, bem como aquele que exerce qualquer outro ofício ou profissão a que a lei reconhece a faculdade de abstenção de depor determinada pelo sigilo profissional.[27] Esses profissionais equiparados, atualmente, são os consultores de trabalho, os encarregados do tratamento de tóxico-dependentes e os doutores e peritos comerciais. Vale notar, ainda, que o dever de sigilo dos advogados estende-se aos estagiários (*praticanti avvocati)*, de acordo com o decidido pela Corte Constitucional na sentença 87/1997.

26. Art. 622, CP: "Rivelazione di segreto professionale. Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da L 60.000 a 1 milione (c.p. 326). Il delitto è punibile a querela della persona offesa (c.p. 120-126)".

27. Art. 200, CPP: "Segreto professionale. 1. Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autority giudiziaria (331, 334): a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano; b) gli avvocati, i procuratori legali, i consulenti tecnici (2224 coord.) e i notai; c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria; d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltý di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale. 2. Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga. 3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione (1957). Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicitý puÚ essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni".

O confronto entre as disposições materiais e processuais permite dividir os profissionais italianos, para fins de sigilo profissional, em duas classes distintas, a dos profissionais comuns e a dos profissionais qualificados. O primeiro segmento, dos *profissionais comuns*, seria composto por aquelas pessoas que, não obstante estarem submetidas a um dever de sigilo perante terceiros, não gozam da faculdade legal de se negarem a depor sobre fatos que considerem segredo de profissão (eficácia horizontal do sigilo profissional). Se chamados a depor em juízo, têm a obrigação de responder às perguntas que lhe forem formuladas tal como qualquer testemunha.

Por outro lado, os *profissionais qualificados* seriam aqueles nominalmente apontados pelo Código de Processo Penal em seu art. 200, bem como os equiparados por lei que, além do dever de manterem sigilo perante particulares, detêm a faculdade de não prestar declarações em juízo quanto a tudo aquilo que envolva fatos protegidos pelo sigilo (eficácia vertical do sigilo profissional).

No caso desses profissionais qualificados, excepcionalmente, o Código de Processo italiano permite que o juízo determine a obrigatoriedade do depoimento relativamente ao segredo profissional. De acordo com o item 2 do art. 200, o juiz pode, no caso de duvidar da veracidade da oposição de sigilo apresentada pela testemunha, valorar tal alegação e até mesmo superá-la caso a considere infundada. Não se pode falar em um procedimento incidental específico para essa investigação, que se dá nos próprios autos do processo, diferentemente do que ocorre em Portugal, onde há procedimento próprio, conforme será visto adiante. Caso o juiz entenda que a exceção do sigilo é improcedente, deve determinar que a testemunha deponha.

O mesmo art. 200 da lei processual penal italiana prevê a extensão da garantia do sigilo profissional ao jornalista, especificamente no que se refere à proteção da fonte de informação necessária ao exercício de sua profissão. No entanto, ao contrário dos outros tipos de sigilo profissional qualificado, o sigilo da fonte perde *ex lege* a tutela jurídica na hipótese em que seja a única prova disponível para o fim

de atestar o fato atribuído ao imputado. Essa diferença de tratamento, segundo Paolo Tonini, é justificada pela circunstância de que o jornalista exerce uma profissão à qual o particular não está obrigado a recorrer, como seria o caso de um médico ou advogado, isto é, não se configura um *confidente necessário* e, por isso, o interesse do particular é mitigado: no conflito de interesses com a administração da Justiça, esta tem prevalência.[28]

Por fim, vale mencionar que o ordenamento italiano prevê a tutela do sigilo profissional do advogado quando haja uma determinação judicial de busca e apreensão em seu escritório, conforme art. 103 do CPP.[29] Nessa hipótese, a busca judicial só será possível caso o advogado esteja envolvido em fato delituoso, ou oculte em seu local de trabalho elemento de prova relacionado ao crime. Ainda assim, a busca deverá se restringir ao que estiver relacionado à imputação que lhe foi feita e não poderá recair sobre documentos relacionados à defesa do cliente, salvo se constituir o corpo de delito. A busca, se for determinada no curso de uma ação judicial, deverá ser presidida pessoalmente pelo juiz e, se realizada no curso das investigações preliminares, deverá estar sob o comando do Ministério Público. Em qualquer caso, sob pena de nulidade da diligência, a autoridade judiciária deverá notificar previamente o conselho da ordem dos advogados para que seu presidente ou conselheiro designado acompanhe pessoalmente a operação.

5.2 Na Espanha

A proteção do sigilo profissional na Espanha é extraída diretamente do texto constitucional. Conforme previsão do art. 24, n.º 2, "a lei regulará os casos em que, por

28. Paolo Tonini, *La prova...*, op. cit., p. 127.

29. "Art. 103. Garanzie di libertà del difensore. 1. Le ispezioni e le perquisizioni negli uffici dei difensori sono consentite solo: a) quando essi o altre persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio sono imputati, limitatamente ai fini dell' accertamento del reato loro attribuito; b) per rilevare tracce o altri effetti materiali del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate".

razões de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre fatos que se presumam delitivos".[30] Especificamente no que toca ao sigilo jornalístico, a Constituição espanhola de 1978 prevê a garantia da cláusula de consciência e do sigilo profissional no exercício do direito à liberdade de informação.[31]

A situação na Espanha é assaz peculiar porquanto a norma constitucional demanda *interpositio legislatoris* para dispor sobre o sigilo profissional. Ocorre que foi apenas com a entrada em vigor do atual Código Penal espanhol, em 1995, que se estatuiu a tutela do segredo profissional. Desde 1870, data do Código anterior, não havia previsão legal para a proteção dos profissionais que se viam na situação de confidentes necessários, exceto para segredos envolvendo advogados e procuradores que, de forma precária, eram eventualmente tutelados através do tipo penal de prevaricação, situação que começou a ser alterada apenas com a entrada em vigor da atual Carta Política. A doutrina hispânica qualificou de "inexplicável" essa lacuna legislativa por mais de um século.[32]

Atualmente, a legislação espanhola, por meio do Código Penal, tutela o sigilo de profissão incriminando a conduta do profissional que, com o descumprimento de sua obrigação de sigilo ou reserva, divulga os segredos de outra pessoa, cominando sanção de prisão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, multa e inabilitação profissional de

30. No original, art. 24, n.º 2: "La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

31. Segundo o texto da Constituição, art. 20, 1, *d*: "Se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades". Frigola Vallina e Escudero Moratalla registram, em tradução livre, "que a cláusula de consciência se configura como uma cláusula laboral implícita no contrato de trabalho que une o profissional ao meio de comunicação, cujo exercício se faz valer frente à empresa informativa e que outorga ao profissional, em determinadas hipóteses, o direito de rescindir unilateralmente a relação jurídico-laboral que o une ao empregador". Por outro lado, "a cláusula de segredo profissional opera em uma outra dimensão: não já apenas frente à empresa, mas sim frente aos poderes públicos, frente aos Tribunais – que é onde maior grau de conflitividade pode surgir – e frente a terceiros" (La clausula de secreto profesional en el codigo penal de 1995, in *Actualidad Penal*, Madrid, v. 01, 1996, p. 421).

32. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, La protección penal del secreto médico en el derecho español, in *Actualidad Penal*, Madrid, v. 01, 1996, p. 162.

2 (dois) a 6 (seis) anos.[33] Essa rígida proteção de índole material vem prevista no capítulo do Código que trata dos delitos contra a intimidade e, segundo o Tribunal Supremo daquele país, "protege a intimidade e a privacidade como manifestações do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade pessoal".[34] Chama a atenção no tipo penal a circunstância de que é um delito próprio, que só pode ser cometido pelo profissional, e que requer tenha havido descumprimento da obrigação de sigilo, sem entrar em pormenores acerca dos limites desse dever.

Contraditoriamente, no entanto, o Código de Processo Penal da Espanha ("Ley de Enjuiciamento Criminal") prevê uma obrigação de comunicação de crime, ou *notitia criminis*, àquele que, em razão de seu cargo, profissão ou ofício, tiver conhecimento de algum delito público, isentando dessa obrigação os advogados, procuradores, eclesiásticos e ministros de cultos dissidentes, sem fazer menção aos profissionais da área de saúde.[35] No que se refere à produção da prova testemunhal, a lei de processo dispensa do dever de depor o advogado da parte (art. 416) e os eclesiásticos e ministros de culto (art. 417), sem fazer qualquer menção, novamente, aos agentes sanitários.

Essa omissão legislativa causou e ainda causa grande celeuma no meio jurídico espanhol, havendo vozes que acusam o legislador de ter erigido os médicos

33. Código Penal Espanhol, art. 199, n.º 2: "El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años".

34. STS de 04.04.2001, Recurso de Cassação 2.338/1999, Resolução 574/2001: "El hecho probado es subsumible en el art. 199.2 del Código Penal. Este delito protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas".

35. Ley de Enjuiciamento Criminal, art. 262: "Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante"; art. 263: "La obligación impuesta en el párrafo 1 del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministério".

à categoria de "magníficos vigilantes do Estado",[36] o qual se utiliza de "tentáculos informativos da persecução penal, passando [os médicos] de confidentes necessários do potencial paciente a confidentes forçados da administração da justiça penal".[37] Se, de um lado, a lei material protege o segredo confidenciado numa relação profissional (o que inclui o médico) por meio da cominação de uma sanção penal a quem violar o dever de sigilo, por outro lado a lei processual deixa de conferir amparo congruente com essa sistemática prevendo para o médico a obrigação de comunicação de crime, não o isentando do dever de depor, de modo que o profissional nessa situação fatalmente irá violar ao menos uma das normas.[38]

A solução que se antevê para o conflito, segundo a doutrina espanhola, é empreender uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico com o fito de dar uma interpretação conforme a Constituição ao dispositivo processual, assegurando ao profissional sanitário o mesmo tratamento dispensado a advogados e eclesiásticos, que se encontram em situação absolutamente similar, de maneira a efetivar o princípio da igualdade. Em última análise, a alegação de estado de necessidade, na modalidade conflito de deveres, é uma forma de excluir a ilicitude da conduta do médico que se vê numa situação de potencial revelação dos segredos que lhe foram confiados pelo paciente.[39]

Quanto ao sigilo do advogado, o ordenamento hispânico, além da proteção genérica do sigilo profissional pelo Código Penal, tutela em específico a classe dos letrados por meio do Real Decreto 658/2001, o Estatuto-Geral da Advocacia Espanhola. Segundo disposições desse diploma, os advogados deverão guardar segredo

36. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, *La protección...*, op. cit., p. 458.

37. José Luis Serrano González de Murillo, *Alcance...*, op. cit., p. 139.

38. Em referência ao dever de comunicação de crime, a Lei de Contravenções Penais brasileira também traz tal dever para o profissional sanitário, mas ressalva a hipótese em que a notícia pode vir a acarretar dano para o paciente. Lei 3.688/41: "Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: (...) II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal: Pena – multa".

39. Nesse sentido, González de Murillo, *Alcance...*, op. cit., p. 143.

dos fatos ou notícias que conhecerem em razão de quaisquer das modalidades de sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a declarar sobre os mesmos.[40] Estendendo a proteção aos documentos e ao escritório do advogado, a legislação da Espanha também prevê nesse mesmo Estatuto da Advocacia, em seu art. 32, 2, que, no caso de busca e apreensão em escritório de advocacia, o decano do Colégio de Advogados, requisitado pela autoridade judiciária, deverá acompanhar o desenvolvimento da operação de maneira a "salvaguardar o segredo profissional".[41]

Além da polêmica do sigilo médico, o ordenamento jurídico espanhol também nos apresenta uma situação peculiar que envolve especificamente o sigilo do advogado quando a matéria tratar de crimes de lavagem de dinheiro, ou "blanqueo de capitales". A partir da aprovação da Lei 19/2003, que reformou a lei de combate à lavagem de capitais (Lei 19/1993), diversos deveres foram impostos aos profissionais da advocacia de maneira a coibir o envolvimento de membros da classe nesse tipo de delito. Referida lei considera como "sujeito obrigado" a suas disposições, dentre outros, os "notários, advogados e procuradores", restringindo as obrigações desses três profissionais às funções exercidas nos contratos de assessoramento, o que exclui das disposições da lei as atividades realizadas no contencioso judicial.

A sistemática prevista pela lei é a seguinte: estabeleceu-se um "catálogo de operações de risco" (COR) que descreve práticas comerciais ou jurídicas potencialmente utilizáveis para o branqueamento de capitais. Constam do rol, por exemplo, formação de sociedade com nítido caráter unipessoal, pagamentos

40. Art. 32, 1: "De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos".

41. Art. 32, 2: "En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional".

com metais preciosos, administração de bens por pessoas residentes em paraísos fiscais.[42] Constatando-se que o caso concreto se enquadra em alguma das previsões legais, o "sujeito obrigado", que pode ser um advogado, deverá tomar medidas preventivas determinadas pela lei tais como identificação do cliente, exame especial de operações suspeitas, conservação de documentos ou adoção de medidas de controle interno. Uma das mais importantes determinações da legislação, a de que o "sujeito obrigado" deve comunicar ao órgão especializado do governo qualquer movimentação suspeita de lavagem de dinheiro, não é aplicável aos advogados, os quais restam submetidos, no entanto, às demais regras legais. O legislador espanhol considerou que, isentando os advogados do dever de denunciar, estaria assegurado o respeito ao sigilo profissional, não obstante permanecer a obrigação de observância das demais disposições do diploma normativo. A não adoção dos mecanismos de controle pelos advogados ou escritórios de advocacia pode acarretar desde sanções administrativas que chegam a 5% do faturamento da atividade econômica até co-autoria ou participação em crime de branqueamento de capitais, de acordo com a conduta do agente (art. 301 do CP).[43]

Essas disposições da lei de combate à lavagem de dinheiro colidem com o dever de sigilo profissional assegurado ao advogado. Os mandamentos de conservação de documentos ou de abstenção da prática de atos permitidos pelo ordenamento jurídico, mas que se apresentem "suspeitos", mais do que limitar o exercício profissional dos causídicos espanhóis ferem a própria dignidade da profissão, transformando a pessoa depositária da confiança do cliente em verdadeiro fiscal deste.

42. Santiago Milans del Bosch y Urríes Jordán, El abogado como sujeto obligado de la normativa sobre medidas preventivas del blanqueo de capitales y del secreto profesional, in La ley penal. *Revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 2, n. 20, out./2005, p. 41.

43. As medidas implementadas pelo governo espanhol não se constituem ação isolada, haja vista que seguem diretrizes traçadas pela União Européia para a prevenção de utilização do sistema financeiro para a lavagem de capitais. A esse respeito, ver as diretivas 91/308/CEE e 2001/97/CE do Parlamento Europeu.

5.3 Em Portugal

A tutela do sigilo profissional em Portugal é uma das mais avançadas do continente europeu. Os segredos revelados aos confidentes necessários gozam de coerente proteção tanto pelo direito penal material quanto processual, havendo previsão de procedimento específico para a aferição da pertinência da exceção de sigilo eventualmente suscitada pela testemunha.

No âmbito da incriminação de condutas, o Código Penal português promoveu uma autonomização das duas maneiras mais comuns de se violar o sigilo profissional, quais sejam, a *revelação* e o *aproveitamento* de segredos, que vinham tratados em um mesmo tipo penal até a reforma de 1995. Na redação atual, a tutela jurídica contra a revelação de segredos vem prevista no art. 195,[44] enquanto o aproveitamento de segredos é objeto do art. 196.[45] A diferença entre as duas esferas de proteção está no tipo de informação que pode ser objeto de tutela, mais restrito no segundo artigo, bem como a necessidade de comprovação do dano no delito de aproveitamento de segredos, enquanto o tipo de revelação é crime formal.[46]

Por sua vez, o Código de Processo Penal daquele país traça uma minuciosa descrição da produção da prova testemunhal quando o depoente opuser a exceção de segredo profissional, o que é denominado pela doutrina como *incidente de quebra de escusa de depoimento*.[47]

44. "Art. 195.º. Violação de segredo. Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias".

45. "Art. 196.º. Aproveitamento indevido de segredo. Quem, sem consentimento, se aproveitar de segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias".

46. Rodrigo Santiago, Sobre os crimes de revelação e aproveitamento de segredos, in *Sub Judice* – Justiça e sociedade, Coimbra, n. 11, jan./jun. 1996, p. 54.

47. João Zenha Martins, O segredo jornalístico, a proteção das fontes de informação e o incidente processual de quebra de escusa de depoimento, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v.27, n.106, abr./jun. 2006, p. 83.

Nos termos do art. 135[48] da lei processual, os profissionais que tomem conhecimento de informações protegidas pelo sigilo profissional têm a faculdade (*rectius*, o dever) de se escusar a depor sobre os fatos abrangidos por esse sigilo. Não obstante simples à primeira vista, o parágrafo seguinte desse artigo prevê um incidente processual à disposição do juízo no caso de existirem fundadas dúvidas de que a exceção do sigilo foi oposta de maneira espúria, leviana.

Vale dizer, naquelas hipóteses em que a testemunha alega um sigilo profissional para não discorrer sobre determinados fatos, é possível a instauração de uma fase de sindicância para aferir se essa alegação realmente procede. Indo mais além, o dispositivo prevê que, embora a alegação tenha sido legítima, é possível ao Poder Judiciário afastar o dever de sigilo com base no princípio da preponderância do interesse na hipótese em que o peso relativo da asserção que se procura provar através do depoimento supere a importância da preservação do sigilo.[49]

Nota-se, portanto, que o incidente de prestação de depoimento divide-se em dois momentos sucessivos: primeiramente, verifica-se a legitimidade da exceção e,

48. "Art. 135.º. Segredo profissional. 1 – Os ministros de religião ou confissão religiosa, os advogados, os médicos, os jornalistas, os membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo profissional podem escusar-se a depor sobre os factos abrangidos por aquele segredo. 2 – Havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento. 3 – O tribunal superior àquele onde o incidente se tiver suscitado, ou, no caso de o incidente se ter suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o plenário das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, nomeadamente face ao princípio da prevalência do interesse preponderante. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento. 4 – O disposto no número anterior não se aplica ao segredo religioso. 5 – Nos casos previstos nos n.ºs 2 e 3, a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável".

49. Conforme registrado no Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra sobre segredo médico (recurso 730/2000, julgado em 05.07.2000), "o princípio da unidade do sistema jurídico convoca a que se realize uma ponderação de valores, verificando se os interesses que o segredo visa proteger são manifestamente inferiores aos prosseguidos com a sua revelação" (In *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 10, n. 4, out.-dez. 2000, p. 631-632).

posteriormente, pondera-se acerca de, no caso concreto, haver a necessidade de o sigilo profissional prevalecer sobre o interesse da Justiça no esclarecimento dos fatos.

De acordo com resumo esquemático elaborado por João Luis Rodrigues Gonçalves[50] sobre o incidente de quebra de escusa de depoimento, em uma primeira etapa cabe ao juízo averiguar se é legítima a escusa suscitada pelo depoente. Se a resposta for afirmativa, encerra-se a fase de legitimação e passa-se à análise do mérito da exceção, ou seja, se o ordenamento ampara a preservação do segredo no caso concreto. Caso o magistrado também entenda nesse sentido, termina-se o incidente com a proibição de produção da prova pretendida. Caso considere que é de rigor a quebra do sigilo profissional diante de interesses superiores, pode o juízo requerer ao Tribunal ao qual está subordinado que ordene o depoimento da testemunha, caso concorde com as razões de 1.º grau e, na hipótese positiva, a testemunha que insistir na alegação de sigilo irá incorrer nas penas de falso testemunho. Caso a resposta do Tribunal seja negativa, tem-se novamente a vedação de produção da prova testemunhal.

Tornando ao começo do incidente, se tivermos a hipótese de o juiz considerar a escusa injustificada, por não se enquadrar na previsão legal de sigilo profissional, pode determinar desde já que a testemunha preste depoimento. Caso o profissional não concorde com essa decisão, pode ele mesmo recorrer ao Tribunal para que seja preservado o direito ao sigilo que alega ter. Dirá o Tribunal, então, em um único julgamento, se a escusa é ou não legítima e se deve haver quebra do sigilo no caso concreto de acordo com a ponderação de interesses.

Importante disposição trazida no mesmo art. 135, parágrafo 4.º, é de que esse procedimento não se aplica ao sigilo dos ministros religiosos, o qual se considera absolutamente inviolável. Além disso, o parágrafo 5.º determina que participe do incidente processual o organismo de classe profissional relacionado ao caso concreto, que irá tomar a posição de *amicus curiae*.

50. Segredo profissional: algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 19, n. 76, out./dez. 1998, p. 72.

Especificamente no que se refere ao sigilo do advogado, a proteção jurídica vem estampada no Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/1984.[51] Nesse diploma, constata-se a grande extensão do dever de reserva dos causídicos, bem como a ampliação da tutela a documentos e outros objetos relacionados à defesa. Retira-se a eficácia de qualquer prova que tenha sido produzida mediante declarações feitas pelo advogado com violação de segredo profissional.

Em relação à busca e apreensão de documentos em escritórios de advocacia e consultórios médicos, o ordenamento português prevê um rígido controle desse procedimento, à semelhança do que ocorre na Itália e Espanha. De acordo com o art. 177 do CPP, "tratando-se de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, ela é, sob pena de nulidade, presidida pessoalmente pelo juiz, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente". Em complemento a essa disposição, o art. 180 dispõe que "nos casos referidos no número anterior não é permitida, sob pena de nulidade, a apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional, ou abrangidos por segredo

51. "Art. 81. Do Segredo Profissional. O advogado é obrigado a segredo profissional no que respeita: a) a factos referentes a assuntos profissionais que lhe tenham sido revelados pelo cliente ou por sua ordem ou conhecimento no exercício da profissão; b) a factos que, por virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados, qualquer colega, obrigado quanto aos mesmos factos ao segredo profissional, lhe tenha comunicado; c) a factos comunicados por co-autor, co-réu ou co-interessado do cliente ou pelo respectivo representante; d) a factos de que a parte contrária do cliente ou respectivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordo amigável e que sejam relativos à pendência. 2 – A obrigação do segredo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que directa ou indirectamente, tenham qualquer intervenção no serviço. 3 – O segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, directa ou indirectamente, com os factos sujeitos a sigilo. 4 – Cessa a obrigação de segredo profissional em tudo quanto seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo, com recurso para o presidente da Ordem dos Advogados. 5 – Não podem fazer prova em juízo as declarações feitas pelo advogado com violação de segredo profissional. 6 – Sem prejuízo do disposto no n.º 4 o advogado pode manter o segredo profissional".

profissional médico, salvo se eles mesmos constituírem objecto ou elemento de um crime".

Por fim, relativamente ao sigilo da fonte do jornalista, também em Portugal ele goza de proteção em nível constitucional.[52] Diante das peculiaridades do sistema jurídico lusitano, Rodrigo Santiago sustenta que a natureza do sigilo do jornalista é diferente da dos demais profissionais, haja vista que se restringe à fonte da informação, sendo que a finalidade de seu trabalho é justamente divulgar os fatos de que tem conhecimento. Por essa razão, defende que, à ausência de Lei específica que daria conformação à garantia constitucional, o art. 135 do CPP não se aplicaria aos jornalistas, de forma que o incidente de quebra de escusa de depoimento não poderia ser utilizado para a revelação de uma fonte jornalística.[53]

6. Natureza jurídica do sigilo profissional

De tudo o que até aqui foi dito, resta-nos principiar a extração de conclusões intermediárias que permitirão um correto entendimento da proposta de solução de controvérsias ao final apresentada. Tratemos, pois, da natureza jurídica do sigilo profissional.

O paralelismo inafastável que se constata tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no direito comparado, entre normas materiais e processuais, evidencia que um tratamento estanque do tema obsta a perfeita tutela dos bens jurídicos protegidos, quais sejam, a intimidade do confitente e a confiança da coletividade na discrição dos confidentes necessários. Qualquer tentativa de se apreciar isoladamente o sigilo profissional, sem levar em consideração suas conseqüências nas áreas penal, processual e administrativa, irá fatalmente acarretar a

52. Constituição portuguesa, art. 38, 2: "A liberdade de imprensa implica: (...) b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção".

53. Rodrigo Santiago, Jornalistas e segredo profissional, in *Sub Judice. Justiça e sociedade*, Coimbra, n. 15/16, jun./dez. 1999, p. 151.

assimetria do sistema e um déficit de lógica intrínseco. A proteção dos segredos confidenciados a determinados profissionais só será completa se for objeto de tutela por normas provenientes de mais de um ramo do Direito.

Nessa linha de pensamento, a defesa mais incisiva do sigilo profissional é realizada pelas normas de direito penal, *ultima ratio* do sistema e forte fator de desestímulo a atos propensos a violá-lo. Não menos importantes, as normas de direito processual são um complemento indispensável à eficácia dos dispositivos penais e com eles devem guardar absoluta congruência. Estabelecerão tais normas os limites à atividade probatória com fito de não serem afetados aqueles bens jurídicos amparados pela lei material, de modo a ressaltar a importância desses mesmos valores. Por fim, o sigilo integra a categoria das normas éticas de determinadas profissões da mais alta importância para a sociedade, cujos membros transformam-se em verdadeiros confidentes da população na tarefa de prover as suas necessidades mais elementares.

Temos, pois, que o sigilo profissional tem *natureza jurídica mista*, permeando diferentes regimes por mais de um ramo do Direito com o fim de efetivar a tutela dos bens jurídicos a que se propõe defender. Dessa forma, no âmbito do Direito Penal material, o sigilo profissional tem verdadeira natureza de *elemento normativo do tipo*, no caso brasileiro do tipo trazido pelo art. 154 do CP. É com base na apreensão que o agente tem daquilo que se constitui sigilo profissional que ele irá pautar sua conduta, de forma a não violá-lo, sob pena de sofrer uma sanção.

Concomitantemente, o sigilo profissional consubstancia-se em *postulado deontológico* de diversas atividades indispensáveis para o desenvolvimento da vida em sociedade, integrando o rol dos pilares éticos das categorias médica, advocatícia e diversas outras. A previsão de sua observância obrigatória nos Códigos de Ética dessas profissões, reconhecidamente dotados de poder normativo pela ordem jurídica, revela mais uma vez a natureza cogente do sigilo profissional.

Especificamente no que interessa para o presente estudo, no âmbito processual penal o sigilo profissional tem nítida natureza de *regra de admissibilidade*

da prova, regra de proibição de prova, regra de exclusão ou, tal como se menciona nos sistemas de direito costumeiro, *exclusionary rule*.[54]

A norma contida no art. 207 do CPP[55] brasileiro determina uma vedação legal à produção da prova testemunhal caso o depoente venha a ser inquirido acerca de informações conhecidas durante seu exercício profissional. Pode ocorrer, no entanto, de a testemunha prestar declarações em juízo sobre fatos que nitidamente configurem segredo conhecido em função da profissão e que não tenha ocorrido liberação expressa do interessado, sem que o depoente tenha alegado qualquer restrição com base no sigilo. Nessa hipótese, francamente terá ocorrido quebra ilegítima da confiança que foi depositada no profissional por seu cliente ou paciente, pois era seu poder-dever escusar-se a prestar declarações sobre tudo quanto envolvesse a intimidade alheia. Caso o procedimento probatório se conclua nesses termos, terá sido produzida uma prova, em regra, não apenas ilegítima mas também ilícita. Ilegítima porquanto violou o art. 207 do Código de Processo Penal, que veda o depoimento de testemunha sujeita ao sigilo profissional sem autorização do interessado, e ilícita porque infringiu a norma do art. 154 do Código Penal, já que foi quebrado o dever de confiança sem a ocorrência de justa causa para tanto. Por qualquer ângulo, pois, trata-se de uma prova que viola bens jurídicos tutelados pelo ordenamento e que, por isso, não pode ser validamente incorporada ao processo. Daí a razão de se caracterizar o sigilo profissional como *regra de admissibilidade da prova*.

Haverá casos em que, excepcionalmente, será possível a produção de uma prova válida ainda que o testemunho implique violação do dever de sigilo.[56] Isso

54. Nesse mesmo sentido Rodrigo Santiago, que se refere à "proibição de produção de prova" (*Sobre os crimes...*, op. cit., p. 58); Antonio Magalhães Gomes Filho, que registra "regra de exclusão de prova" (*Direito à prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 96); Vittorio Grevi, que menciona "limite à prova" (*O segredo...*, op. cit., p. 3).

55. Vide transcrição no capítulo 4, *in fine*.

56. Neste ponto é fundamental um esclarecimento: a possibilidade de produção válida de uma prova testemunhal que, excepcionalmente, irá violar o dever de sigilo não quer significar qualquer coisa no sentido de *admissibilidade de provas ilícitas*. A vedação constitucional à admissibilidade das provas ilícitas no processo é regra que não admite exceções (art. 5.º, LVI, CF/88).

pode ocorrer quando o dever de sigilo tenha que ceder diante de valores contrapostos igualmente relevantes juridicamente, com base no princípio da proporcionalidade. Vejam-se alguns exemplos delicados: o médico ou psicólogo que trate de um psicopata que lhe confessa o assassinato de diversas pessoas e a intenção de continuar a praticar crimes estaria terminantemente proibido de levar essa informação às autoridades? O advogado que receba a informação de seu cliente de que um atentado contra grande número de civis está prestes a ocorrer não poderia legitimamente tentar evitar o perecimento de centenas de vidas humanas?

O jurista espanhol José Luis Serrano González de Murillo propõe, *de lege ferenda*, que o legislador preveja, ao menos de maneira exemplificativa, hipóteses extremas em que o profissional teria o direito de licitamente violar o dever de sigilo. Descreve o autor os casos de consentimento do interessado, declarações ou comunicações obrigatórias impostas pela lei, quando o interesse social exija a revelação do segredo a fim de se evitar um dano grave sempre que a violação seja o único meio de evitá-lo, quando a revelação seja necessária para se evitar prejuízo ao próprio confitente, quando for indispensável para a defesa em juízo do profissional.[57]

No Brasil, diante da ausência de qualquer rol nesse sentido por parte da legislação penal,[58] resta ao intérprete valer-se dos instrumentos tradicionais de hermenêutica

O momento de discussão quanto à verificação da congruência de uma determinada prova com o ordenamento jurídico situa-se em um momento anterior do procedimento probatório, na fase de admissibilidade da prova. É um *pressuposto* de validade da prova sua recepção pelas regras probatórias do ordenamento jurídico. Dessa forma, havendo simetria entre a prova e as regras de admissibilidade, não há que se falar em ilicitude da prova, pois a mesma desde sempre foi lícita. Daí porque está fora de foco a discussão sobre a eventual admissibilidade de provas ilícitas, seja *pro reo* ou *pro societate*. A análise da admissibilidade, reitere-se, precede a da valoração: ou a prova é conforme o ordenamento jurídico e, por isso, perfeitamente lícita, ou não atende a suas exigências e por conseqüência é ilícita, sendo inadmissível no processo por expressa determinação constitucional, donde se extrai uma verdadeira *premissa epistemológica de ilicitude da prova.*

57. *Alcance del deber...*, op. cit, p. 142.

58. Ainda que subsidiariamente, é possível encontrar nos Códigos de Ética profissional algumas hipóteses em que o profissional estaria liberado do dever de sigilo. No Código de Ética da Advocacia, o art. 25 estatui que "o sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado

de forma a verificar se é lícito ao profissional quebrar o sigilo diante de um interesse preponderante. Cabe, assim, aferir se o caso concreto enquadra-se na hipótese de *justa causa* para a revelação do segredo, em que a tipicidade da conduta estaria afastada.[59] A produção de uma prova nessas circunstâncias, devido à interdependência entre as normas de Direito Penal material e processual, estaria autorizada não obstante a aparente violação ao texto literal do art. 207 do CPP. É que a proteção assegurada pela regra de admissibilidade da lei processual perde seu objeto quando o ato de testemunho com quebra de sigilo migra do campo da ilicitude para o da licitude, tanto assim que a revelação do segredo com o consentimento do interessado é permitida pelo próprio dispositivo. Afastada a conduta ilícita de revelação de segredo diante da presença de justa causa, fica também superada a questão da ilegitimidade da prova e, conseqüentemente, torna-se lícita e admissível uma prova testemunhal que, com justa causa, viole o dever de sigilo *a priori* imposto ao profissional.

7. Conseqüências do sigilo profissional no campo probatório

Resta-nos analisar dois importantes assuntos que geram inúmeras polêmicas na temática do sigilo profissional. Trata-se da busca e apreensão, ou

pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa". Por seu turno, o Código de Ética Médica dispõe em seu art. 11 que "o médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade".

59. Sobre a admissão da prova obtida com violação do dever de sigilo em casos excepcionais, assim se manifesta Marco Antonio de Barros, citando Noronha: "Todavia, recomenda cautela não se abraçar de vez o aparente absolutismo da norma constitucional. Vimos que somente a revelação de segredo, sem justa causa, configura o delito de violação profissional. Então é preciso atentar para aquelas hipóteses em que a quebra do sigilo pode ser feita com justa causa, descaracterizando-se a ilicitude do ato. Magalhães Noronha ensinava que 'a justa causa funda-se na existência de estado de necessidade: é a colisão de dois interesses, devendo um ser sacrificado em benefício do outro; no caso, a inviolabilidade dos segredos deve ceder a outro bem-interesse. Há, pois objetividades jurídicas que a ela preferem, donde não ser absoluto o dever do silêncio ou sigilo profissional'" (Sigilo profissional..., op. cit., p. 25).

requisição de documentos submetidos às regras de sigilo, e dos procedimentos de controle na produção da prova testemunhal do depoente submetido ao dever de sigilo profissional.

7.1 Busca e apreensão de documentos protegidos pelo sigilo profissional

A proteção da intimidade por meio da garantia do sigilo profissional estaria seriamente ameaçada caso o âmbito de tutela jurídica dessa esfera de reserva se limitasse à proibição de revelação de segredos pela via oral, mais especificamente por meio de declarações ou testemunhos. Se, por um lado, o Código de Processo Penal preocupou-se com as deletérias conseqüências da quebra do sigilo se obrigasse que profissionais depusessem acerca da intimidade de seus clientes, por outro omitiu-se em não atentar para o fato de que o sigilo pode ser vulnerado por variados meios de obtenção ou produção de prova. Veja-se, por exemplo, que a prova frustrada diante da exceção de sigilo oposta por um médico no momento de seu testemunho pode ser facilmente contornada caso o juízo determine a busca e apreensão de prontuários ou outros documentos confidenciais arquivados em clínicas ou hospitais. De igual forma, a obtenção de gravações das sessões de análise de psicólogos com seus pacientes é uma burla à proteção do sigilo profissional, pois de nada adiantaria que o profissional se recusasse a depor. As apreensões de documentos e computadores em escritórios de advocacia jogam por terra o indispensável sigilo entre patrono e cliente, pois, por via transversa, documentos fundamentais para a defesa arquitetar sua estratégia de ação podem ser instantaneamente transferidos para os autos e revelados para a parte adversa.

É de se perguntar: a tutela jurídica do sigilo profissional, que se faz sentir em toda sua intensidade na produção da prova testemunhal, seria extensível a documentos e outros elementos confiados ao profissional no interesse de seu cliente ou paciente? A resposta parece ser afirmativa.

A compreensão do sigilo profissional como mecanismo de tutela da intimidade por meio de conseqüências jurídicas nos mais diversos ramos do Direito (daí sua natureza jurídica mista antes mencionada) guia o intérprete no sentido da integração do ordenamento onde for omisso ou falho. Apesar de inexistir ressalva expressa quanto aos documentos do profissional submetido ao dever de sigilo no Código de Processo Penal, é decorrência lógica da necessidade de proteção dos segredos pessoais que a apreensão direta da fonte de prova, no caso de documentos ou outros elementos materiais, não pode ser um sucedâneo da prova testemunhal frustrada. Se assim fosse, todo o sistema pensado para a proteção da relação confitente/confidente seria letra morta, e as conseqüências sociais seriam desastrosas. As pessoas privariam os profissionais de informações fundamentais para o correto exercício de suas atividades com medo de posterior divulgação; as clínicas e escritórios evitariam o arquivo de registros dos clientes e pacientes e chegar-se-ia a um estágio de preocupação extrema que já se faz sentir no mundo jurídico, não sendo raro que grandes sociedades de advogados construam verdadeiros *bunkers* ocultos com a finalidade de proteger os segredos de seus clientes.

Apesar da falta de tratamento normativo específico, nossa legislação traz algumas passagens que sinalizam a preocupação com o tema. O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94) prevê como um direito do advogado, em seu art. 7.º, II, "ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB". Apesar de tímida, essa norma revela a preocupação do legislador com o local de trabalho do causídico e com os dados que lhe foram confiados, trazendo, ao seu final, disposição extremamente semelhante às existentes na Itália, Espanha e Portugal quanto à necessidade de acompanhamento da diligência por parte de um representante da OAB. No entanto, essa prerrogativa foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da

ADIn 1.127/DF, de 26.05.2006. De qualquer forma, permanece a vedação de se violar o sigilo profissional através de buscas e apreensões, as quais devem se restringir a coletar elementos de corpo de delito, deixando intocáveis quaisquer outros documentos que integrem o acervo profissional do advogado.

No âmbito civilístico, o Código de Processo externa sua preocupação com o sigilo profissional em seu art. 363, IV, que dispõe que: "a parte e o terceiro se escusam de exibir, em juízo, o documento ou a coisa (...) se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo". A *ratio* dessa norma, através de uma aplicação analógica ao processo penal com base no art. 3.º de seu código de regência, é um bom indicador do caminho a ser seguido quando a busca ou requisição envolverem elementos protegidos pelo sigilo.

Outra questão tormentosa refere-se à requisição de prontuários médicos de clínicas e hospitais, sob pena de crime de desobediência ou busca e apreensão em caso de não atendimento. Cogita-se haver obrigação do médico em atender decisões judiciais dessa natureza. Na linha do que se vem sustentando, o uso de subterfúgios para a violação do sigilo profissional, fora das hipóteses legalmente admitidas, é violação frontal do direito à intimidade daquele que depositou no profissional sua confiança. Se os prontuários ou registros clínicos são o principal instrumento de trabalho do profissional da saúde, privar de tutela esse material equivale a desconsiderar o manto de proteção do sigilo médico. Como a simples requisição judicial não se fundamenta como *justa causa* para a revelação do segredo, o médico tem o direito de se opor a determinações desse jaez.[60] Excepcionalmente, se o caso concreto recomendar o sacrifício do direito ao sigilo, pode-se adotar como alternativa a disponibilização dos registros a um médico perito judicial ou, em último caso,

60. Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira cita o seguinte precedente judicial: "A requisição judicial não se constitui por si só em 'justa causa', conforme estabeleceu o egrégio Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* retromencionado [HC 39.308/SP], cuja ementa se transcreve: 'Segredo profissional. Constitui constrangimento ilegal a exigência de revelação de sigilo e participação de anotação constante das clínicas e hospitais. *Habeas corpus* concedido" (Sigilo ou segredo médico – A ética e o Direito, in *Bioética*, Brasília, v. 9, n. 2, 2001, p. 144).

a derradeira apreensão do material.[61] Mas isso, repise-se, de maneira excepcional e devidamente justificada diante da ponderação de interesses no caso concreto, em que o simples argumento genérico do interesse da administração da Justiça no esclarecimento de crimes não é razão bastante para a violação do sigilo.

Em síntese, a tutela do sigilo profissional, embora seja tratada com maior ênfase pelo ordenamento jurídico no que se refere à prova testemunhal, impõe limites a outros meios de prova ou de obtenção de prova que, de alguma forma, coloquem em risco a intimidade alheia ou o interesse coletivo na proteção dos segredos de profissão. Uma ação supletiva do intérprete não apenas é possível como indispensável para a defesa de uma garantia que tem acolhimento em nosso sistema, e isso inclui limitações ao procedimento probatório no âmbito das buscas e apreensões e requisições de documentos.

7.2 Testemunho do profissional submetido ao dever de sigilo

A abordagem até aqui realizada evidenciou que, de todos os riscos a que o sigilo profissional está submetido, o que mais seriamente pode vulnerá-lo é a produção de uma prova testemunhal em juízo. A pressão que o sistema judiciário impõe ao depositário da confiança do particular no momento da audiência pode ser tamanha que, mesmo alertado de seu direito de nada declarar a respeito de segredos, o depoente pode vir a referir-se inadvertidamente a informações tuteladas

61. Essa foi a alternativa encontrada pelo Supremo Tribunal Federal quando posto a apreciar o tema: "Segredo profissional. A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso. A revelação do segredo médico em caso de investigação de possível abortamento criminoso faz-se necessária em termos, com ressalvas do interesse do cliente. Na espécie, o Hospital pôs a ficha clínica à disposição de perito médico, que 'não estará preso ao segredo profissional, devendo, entretanto, guardar sigilo pericial' (art. 87 [102?] do Código de Ética Médica). Por que se exigir a requisição da ficha clínica? Nas circunstâncias do caso, o nosocômio, de modo cauteloso, procurou resguardar o segredo profissional. Outrossim, a concessão do 'writ', anulando o ato da autoridade coatora, não impede o prosseguimento regular da apuração da responsabilidade criminal de quem se achar em culpa. Recurso extraordinário conhecido, em face da divergência jurisprudencial, e provido. Decisão tomada por maioria de votos" (RE 91.218/SP – 10.11.1981 – *RT* 562/407).

pelo sigilo. Daí a extrema preocupação do legislador em cercar de cuidados esse meio de produção de prova.

Conforme dicção do art. 207 do Código de Processo Penal, "são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho". Relembrando, trata-se de uma *regra de admissibilidade* que determina a exclusão de uma prova testemunhal que tenha sido colhida com violação do dever de sigilo. Tal prova será ilícita e ilegítima, só sendo permitida a revelação do segredo no caso de autorização da parte interessada e se o depoente assim o desejar. Acrescente-se que a prova também será lícita quando o segredo for revelado pelo profissional com justa causa, ainda que contra a vontade do interessado. Esses pontos, já tratados alhures, não geram grande polêmica, pois o ordenamento jurídico fornece mecanismos satisfatórios de solução de controvérsias, bem como foram objeto de detida análise por parte da doutrina e jurisprudência.

Um detalhe, porém, tem passado despercebido em relação ao testemunho do profissional vinculado ao dever de sigilo. E se, autorizado pela parte interessada, o profissional ainda assim se recusar a prestar declarações?[62] À primeira vista, essa faculdade é assegurada pelo próprio art. 207 da lei de processo, pois a dupla proteção do sigilo profissional recai tanto no direito à intimidade do interessado como na confiança depositada pela sociedade no profissional. Se o primeiro abre mão da sua esfera de reserva, não necessariamente o profissional tem também que abrir mão de seu dever de sigilo, pois se trata de direito autônomo e independente daquele titularizado pelo particular. No entanto, o que dizer dessa postura do profissional se a informação de que é detentor se constitui na prova da inocência do réu?

José Luis Serrano González de Murillo anteviu com percuciência esse intricado problema. Segundo sua argumentação, seria absurdo manter a vigência

62. É a recomendação constante do Código de Ética da Advocacia que, mesmo nestes casos, determina a abstenção de depoimento: "Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte".

do sigilo profissional contra a vontade de seu titular e em prejuízo de seus próprios interesses.[63] E, realmente, parece insatisfatória a solução adotada pela nossa legislação, pois deixar o julgamento sobre a conveniência de se revelar ou não o segredo, ainda que com o consentimento do interessado, única e exclusivamente a critério do profissional, não parece a solução mais adequada nessas hipóteses em que o depoimento pode favorecer o imputado. Denominemos essa situação de sigilo profissional *pro reo*.

Uma possível sindicância pelo juízo processante acerca da necessidade de revelação do segredo a favor do réu passaria, como etapa indispensável, pelo conhecimento do próprio objeto do sigilo e, automaticamente, levaria à sua violação. O julgamento acerca de haver a necessidade de revelação do segredo deve permanecer nas mãos do profissional-confidente, tal como indicado pelo Direito positivo, mas é essencial que existam parâmetros normativos a guiá-lo em seu processo de decisão, bem como mecanismos judiciais de controle. A simples possibilidade de escolha, à ausência de quaisquer critérios, aproxima a opção do profissional do mero arbítrio, o que pode levar a soluções jurídicas extremamente injustas, como é o caso da não produção de uma prova *pro reo*.

Refletindo sobre esses problemas, e a título de esboço teórico, propõem-se algumas diretrizes a serem observadas quando da colheita de uma prova testemunhal que envolva profissional submetido ao dever de sigilo.

Em primeiro lugar, não pode escapar da apreciação do juízo uma necessária e prévia etapa de aferição da legitimidade da alegação de escusa de depoimento. Muito embora nosso Código de Processo não traga a previsão legal de um verdadeiro incidente de investigação da escusa, tal como existe em Portugal, nada impede que o juízo apure, ainda que de maneira perfunctória, se a oposição do sigilo procede. Se assim não fosse, qualquer testemunha que pretendesse não revelar informações em audiência poderia se reportar genericamente ao dever de sigilo (profissional, de ofício, etc.) como maneira de se ver livre dessa obrigação

63. *Alcance del deber...*, op. cit., p. 144.

legal. Caso a alegação seja claramente insubsistente, deve o juízo determinar de imediato o depoimento.

Superado esse momento preliminar, trabalhemos com a hipótese de um legítimo sigilo profissional. No bojo de uma ação penal, o segredo pode ter sido confidenciado ao profissional por três diferentes fontes: pelo acusado, pela vítima ou por um terceiro, que poderá vir a ser intimado a depor na condição de testemunha tal como o profissional de que estamos tratando neste momento. Por quaisquer desses meios, também é premissa a circunstância de que o segredo tutelado pelo sigilo sempre terá alguma importância para o esclarecimento dos fatos, senão o profissional sequer teria sido convocado a ser testemunha.

Caso não tenha havido renúncia ao sigilo por parte do interessado (acusado, vítima ou terceiro), o procedimento a ser adotado remete diretamente à norma do art. 207, ou seja, a testemunha está proibida de depor, não se aplicando qualquer sanção a sua recusa. Se o profissional, mesmo assim, decidir revelar os segredos que lhe foram confidenciados, regra geral, incorrerá em crime de violação de segredo profissional e a prova oriunda desse testemunho será absolutamente ilícita, acarretando sua inadmissibilidade no processo. Excepcionalmente, havendo justa causa devidamente fundamentada no caso concreto, o profissional poderá afastar o dever de sigilo de forma lícita, não havendo sanção penal ou conseqüência processual desse ato. A prova será válida.

A hipótese mais complexa, no entanto, ocorrerá se o interessado desobrigar o profissional do dever de guardar segredo. Conforme mais de uma vez mencionado, a tutela jurídica dúplice do sigilo profissional protege tanto os interesses do particular quanto do profissional, de forma que a renúncia do primeiro não acarreta automaticamente o dever de revelação do segredo pelo segundo. Mas, no caso de a prova da inocência do réu estar a depender de um testemunho do profissional desobrigado, surge com toda clareza o risco que é deixar a decisão ao puro alvedrio do confidente necessário.

Ocorrendo, pois, uma situação de profissional convocado a testemunhar e isento do dever de sigilo pelo interessado, apresentam-se três diferentes cenários. Em qualquer deles será indispensável que o profissional empreenda uma *análise* do

contexto processual de forma a identificar qual caminho deve ser seguido, sendo que essa apreensão há de verificar se o segredo prestes a ser revelado irá ocasionar a produção de uma prova (i) contra o réu; (ii) a favor do réu mas em prejuízo da vítima ou de terceiros; ou (iii) a favor do réu e sem prejuízo à vítima ou a terceiros.

Na primeira hipótese, ainda que o réu confesso, vítima ou terceiro desobrigue o profissional do dever de sigilo, se este vislumbrar que suas declarações irão reforçar o material probatório contra o imputado estará isento do dever de depor, podendo se valer em toda sua plenitude da faculdade de abstenção que o art. 207 do Código de Processo lhe assegura. A confiança depositada na profissão recomenda que, em situações como essa, mesmo diante da autorização da parte interessada, seja ela o próprio réu, o prestígio e o respeito da categoria seriam maculados caso os segredos confiados ao profissional fossem revelados com o fim de contribuir para o sistema repressivo estatal, ainda que se tratasse de pessoa efetivamente culpada pelos delitos. A consciência do profissional é que irá determinar se deve ou não optar por violar o dever de sigilo, inexistindo qualquer dever legal para tanto. Caso decida por testemunhar, embora não se configure o tipo penal de revelação de segredo e não haja ilegitimidade da prova, pois houve autorização da parte interessada, o profissional estará sujeito a sanções de seu órgão de classe, se este entender que existiu infração dos princípios éticos da categoria sem justa causa.

Na segunda hipótese apresentada, se o profissional prestes a testemunhar e desobrigado pela parte interessada verificar que a revelação do segredo, embora favorável ao réu, irá de qualquer forma prejudicar a vítima ou terceiro, novamente não se poderá falar em dever legal de depor. A revelação de segredos com a conseqüente geração de dano a quem quer seja é coibida pelos princípios deontológicos das diversas profissões, só podendo ocorrer em casos extremos que justificariam a violação do sigilo até mesmo para o fim específico de incriminação delitiva. O interesse na comprovação da inocência do réu, nesses casos, cede passo à tutela dos segredos profissionais que, se revelados, teriam o condão de gerar dano a outrem e instabilidade social, ainda que o interessado tenha expressamente renunciado à garantia. Não havendo que se falar em obrigação legal, a avaliação quanto à realização da prova recai única e exclusivamente sobre o profissional. Assim como na

prova contra o réu, no caso ora tratado o profissional que decidir por depor, embora não infrinja norma penal ou processual, estará sujeito a sanções disciplinares de seu órgão de classe.

Finalmente, na terceira hipótese tratada, a revelação do segredo por parte do profissional no caso em que suas declarações servirão unicamente para contribuir para a prova da inocência do réu configura um autêntico *dever legal de depor*. Nesse caso, a tutela do sigilo profissional cede passo ao interesse da administração da Justiça, a qual não pode prescindir de uma prova da inocência do acusado se para sua produção não serão causados danos a quem quer que seja. Reluz em toda sua inteireza a injustiça que seria a conduta de um profissional que, desobrigado pela parte interessada, relutasse em dar ao juízo uma declaração que serviria única e exclusivamente para comprovar a inocência do imputado, sem o risco de causar dano a outrem. Pense-se, por exemplo, nos médicos psiquiatras que, ao atestar a condição de saúde mental do réu ao tempo do fato, podem ser a única forma de comprovar sua inimputabilidade penal, sendo cristalino que a revelação desse segredo não tem o condão de gerar dano a quem quer que seja. Na pior das hipóteses, o réu continuaria a responder como pessoa imputável, o que não prejudicaria seu *status* processual.

Em situações como a que se propõe, havendo autêntico dever legal de depoimento, o profissional estará isento de toda e qualquer sanção, seja no âmbito penal, seja junto ao seu órgão de classe, pois irrefutável a justa causa de sua conduta. Se, diante de todas essas circunstâncias, o profissional ainda assim se recusar a depor sob o manto do sigilo, e se as peculiaridades do caso concreto permitirem inferir que o segredo é benéfico ao réu e não irá gerar danos a terceiros, o profissional incorrerá como qualquer outra pessoa no delito de falso testemunho por sua conduta de calar a verdade diante do dever legal de depor.[64]

64. Uma ressalva há de ser feita aos eclesiásticos e demais ministros de fé religiosa. Dado que o fundamento do dever de sigilo destes profissionais busca fundamentação mística, transcendental, e a imperiosidade de sua observância é condição *sine qua non* para a manutenção das estruturas seculares das instituições que integram, é possível que mesmo diante de uma prova da inocência de um réu o ministro de fé tenha o dever espiritual de resguardar seu juramento de inviolabilidade, sob pena até mesmo de excomunhão. Nessa hipótese específica, é possível falar

Mas, repise-se, esses parâmetros são prioritariamente elementos auxiliares a um profissional submetido ao dever de sigilo no momento da produção de uma prova testemunhal. Apenas excepcionalmente, quando as circunstâncias do caso concreto permitirem de modo objetivo a identificação de um dever legal de prestar declarações, poderá o profissional ser sancionado por sua conduta de calar a verdade. Existindo dúvida, o sigilo profissional deve ser tutelado e não violado.

Com as adaptações necessárias, a sistemática apresentada pode ser perfeitamente utilizada quando o profissional se vir confrontado com requisições de documentos por parte de autoridade judiciária.

8. Conclusão

A intimidade conta com proteção constitucional em nosso ordenamento jurídico. Sua tutela se materializa por meio de diversos institutos, dentre os quais o sigilo profissional. Busca o sigilo proteger uma informação ou dado que não pode ser revelado, que vem a ser o segredo preservado.

Os fundamentos ou justificativas para a existência do sigilo profissional podem se dividir em dois grupos. Aqueles que explicam a necessidade de preservação dos segredos para as profissões em geral, como a tutela da intimidade ou a reputação da classe profissional, são os fundamentos comuns do sigilo, enquanto os que se referem a profissões determinadas são classificados como fundamentos específicos.

O sigilo profissional tutela, simultaneamente, dois bens jurídicos. De forma imediata há proteção da intimidade do confitente, aquele que confidenciou o segredo ao profissional. De maneira mediata protege-se a confiança da coletividade na perenidade dos segredos, ou seja, a expectativa social de que exista uma esfera protegida na relação cliente/profissional de modo que as necessidades individuais sejam satisfeitas.

que para essas pessoas nunca existirá o dever legal de depoimento, estando isentas de qualquer sanção por sua abstenção. Nesse sentido o Direito português prevê a absoluta inviolabilidade do sigilo dos sacerdotes e ministros de fé (art. 135, n.º 4, do Código de Processo Penal).

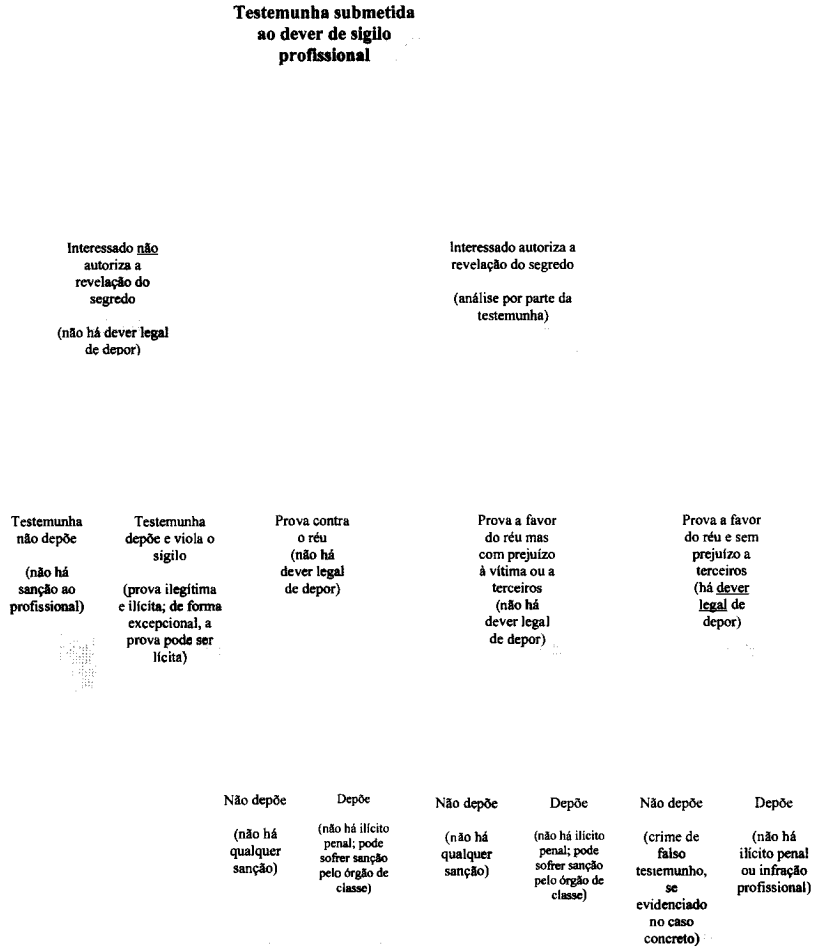
A natureza jurídica do sigilo profissional, por se tratar de um instituto que permeia vários ramos do Direito, deve ser compreendida de uma tríplice ótica. No âmbito penal, o sigilo profissional constitui-se em elemento normativo do tipo, enquanto na seara deontológica configura um mandamento ético de diversas categorias profissionais, como a dos médicos ou advogados, nas quais exsurge com toda a clareza a condição de confidentes necessários. Especificamente no campo do Direito Processual, o sigilo profissional é uma *regra de admissibilidade da prova*, ou seja, impede a produção de uma prova válida quando houver violação do dever de preservação do segredo sem justa causa.

O Direito positivo brasileiro trata do sigilo profissional em diversos dispositivos. A Constituição Federal se refere à proteção da fonte jornalística. O Código Penal, por sua vez, traz norma incriminadora da conduta de revelação do segredo, enquanto o Código de Processo Penal, de forma complementar, estabelece os critérios de admissibilidade da prova que envolver fato sigiloso.

O Direito comparado é rico em exemplos de como tratar de maneira abrangente o tema do sigilo profissional. As grandes disparidades identificadas, em confronto com nossa sistemática legal, estão na garantia de acompanhamento de buscas e apreensões judiciais por representantes das classes envolvidas, o que foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal no que toca aos escritórios de advocacia, e na previsão de procedimento específico para aferir a legitimidade da alegação de sigilo profissional por parte de uma testemunha.

Verdadeiro limite à atividade probatória, o sigilo profissional não é absoluto. Em hipóteses excepcionais, será possível ao profissional violar o dever de sigilo quando o interesse contraposto tiver que prevalecer no caso concreto, ainda que contra a vontade do confitente. Havendo autorização do interessado no segredo, será possível ao profissional prestar depoimento ou apresentar documentos que estavam sob a proteção do sigilo. Essa faculdade depende única e exclusivamente do juízo de valor do profissional, exceto na hipótese em que as informações que puder trazer ao processo, sem ocasionar dano a quem quer que seja, constituam-se prova da inocência do imputado. Nesse caso, haverá autêntico *dever legal* de contribuir para a produção da prova.

9. Apêndice: resumo esquemático



10. Referências bibliográficas

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Anotações sobre o sigilo médico na esfera do processo judicial e do procedimento administrativo e suas conseqüências processuais: provas ilegítimas e ilícitas. In: *Revista EPD*. São Paulo, v. 2, n. 3, out./nov. 2006, p. 356-377.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de código penal. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 33, n. 03, set./dez. 1980, p. 595-610.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Sigilo profissional. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas. In: *Justitia*. São Paulo, v. 175, jul./set. 1996, p. 17-33.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. Delitos contra la intimidad, control de las comunicaciones y secreto profesional del abogado. In: *Revista Penal*. Barcelona, n. 11, enero 2003, p. 3-14.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*: tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Paulo José da. Considerações sobre a violação de segredo de fábrica ou negócio. In: *Revista da Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid, n. 11, jun. 1986, p. 227-232.

DE CUPIS, Adriano. Diritto a riservatezza e segreto. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Turim, v. 16, p. 115-124.

DE URRÍES, Jordan; MILANS DEL BOSCH, Santiago. El abogado como sujeto obligado de la normativa sobre medidas preventivas del blanqueo de capitales y del secreto profesional. In: *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciário*. Madrid, v. 2, n. 20, out. 2005, p. 37-46.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA, Cremilda Maria Ramos. *Sigilo profissional na advocacia*: responsabilidade decorrente da violação do dever de sigilo. Coimbra: Coimbra, 1991.

FRIGOLA VALLINA, Joaquín; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco. La cláusula de secreto profesional en el código penal de 1995. In: *Actualidad Penal*. Madrid, v. 01, 1996, p. 421-431.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, João Luis Rodrigues. Segredo profissional: algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado. In: *Revista do Ministério Público*. Lisboa, v. 19, n. 76, out./dez. 1998, p. 67-81.

GREVI, Vittorio. O segredo como limite à prova no processo penal italiano. In: *Ciência penal*. São Paulo, v. 2, n. 4, 1975, p. 3-23.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense, 1990.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRACO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. La protección penal del secreto médico en el derecho español. In: *Actualidad Penal*. Madrid, v. 01, 1996, p. 157-178.

MARTINS, João Zenha. O segredo jornalístico, a proteção das fontes de informação e o incidente processual de quebra de escusa de depoimento. In: *Revista do Ministério Público*. Lisboa, v. 27, n. 106, abr./jun. 2006, p. 83-137.

OLIVEIRA, Jorge Alcibíades Perrone de. Pareceres e resoluções: sigilo ou segredo médico – a ética e o direito. In: *Bioética*. Brasília, v. 9, n. 2, 2001, p. 141-148.

RELAÇÃO DE COIMBRA. Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de julho de

2000 – Recurso 730/2000. In: *Revista portuguesa de ciência criminal*. ano 10, n. 4, out./dez. 2000.

SANTIAGO, Rodrigo. Jornalistas e segredo profissional. In: *Sub Judice. Justiça e sociedade*. Coimbra, n.15/16, jun./dez. 1999, p. 147-152.

_____. Sobre os crimes de revelação e aproveitamento de segredos. In: *Sub Judice. Justiça e sociedade*. Coimbra, n.11, jan./jun. 1996, p. 54-60.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Alcance del deber de secreto del profesional sanitario ante la administración de justicia. In: *Revista Penal*. Barcelona, n. 15, enero. 2005, p. 137-149.

SOBRINHO, Mario Sérgio. Segredo de estado e prova ilícita. In: *Justitia*. São Paulo, v. 62, n. 189-192, jan./dez. 2000, p. 149-174.

TONINI, Paolo. *La prova penale*. Milano: Cedam, 2000.

A nova competência criminal da Justiça Militar

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach
Ministro do Superior Tribunal Militar.

Resumo: O presente artigo é fruto de palestra proferida no 12.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e tem como tema as alterações na competência criminal da justiça militar brasileira, tanto estadual como da União, nas últimas décadas, sobretudo, as decorrentes do advento da EC 45/2004. Dentre os principais assuntos abordados, a polêmica modificação introduzida pela Lei 9.299/96, que remeteu ao foro criminal comum o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cometidos por policiais militares contra civis. A referida modificação posteriormente foi consagrada pela EC 45/2004. A nova competência traz necessárias reflexões a respeito de operações militares como o denominado "tiro de abate", a ser utilizado para derrubada de aeronaves hostis utilizadas no tráfico de drogas, e a atuação das Forças Armadas como órgão da segurança pública, intervindo em grandes metrópoles, como Rio de Janeiro e São Paulo, na luta contra o crime organizado. Além desses assuntos, o texto aborda questões como a do projeto de alteração da composição do Superior Tribunal Militar; a possibilidade de o juiz de direito (antigo Juiz-Auditor), na esfera estadual, poder julgar, de forma monocrática, os crimes cometidos por militares contra civis; a ampliação da competência da Justiça militar estadual para julgar matéria civil, principalmente exercendo o controle judicial sobre os atos disciplinares militares; a viabilidade do deslocamento de competência em razão de hipótese de grave violação de direitos humanos; e as possíveis modificações concernentes ao julgamento de

crimes de guerra, em decorrência da submissão expressa do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma.

Palavras-chave: Competência – Criminal – Justiça militar – EC 45/2004 – Crimes dolosos contra a vida, cometidos por militar contra civil – Tiro de abate – Atos disciplinares militares – Crimes de guerra – Tribunal Penal Internacional.

Abstract: The present article is the fruit of a lecture given at the 12th International Seminar of the Brazilian Institute of Criminal Sciences and addresses the changes in criminal competences for the Brazilian Military Justice, both state and federal in the last decade, especially the events that resulted from the Constitutional Amendment 45/2004. One of the main topics addressed is the polemic change introduced by law 9.299/96, which entrusted the Common Criminal Court with trials of felonies against life committed by the military police against civilians. The Constitutional Amendment no 45/2004 later ratified the referred change. The new competence brings important considerations in regards to military operations such as the so called "slaughter shot', to be used to shoot down hostile aircrafts in drug trafficking operations, as well as the role of the Army as a law enforcement agency in major cities like Rio de Janeiro and Sáo Paulo against organized crime. Apart from these issues, the text addresses topics such as the project to change the composition of the Superior Military Court, the possibility of the judge (former auditor judge), on a state level, to monocratically trial crimes committed by the military against civilians, the expansion of competence of the state military justice to trial civil matters, especially exercising the legal control over military disciplinary acts, the feasibility of dislocation of competences when there is suspicion of severe violation of human rights, the possible changes concerning the trial of war crimes, due to the clear submission of Brazil to the jurisdiction of the International Criminal Court created by the Rome Statute.

Keywords: Competence – Criminal – Military justice – Constitutional amendment 45/2004 – Felony against life committed by the military against

civilians – Slaughter shot – Disciplinary acts – War crimes – International Criminal Court.

Área do Direito: Penal-Processo penal; Militar

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, atento e vigilante a toda manifestação do Poder Legislativo em matéria penal, convidou-me para debater o tema título em seu 12.º Seminário Internacional, tendo em vista, principalmente, o advento da EC 45/2004, e as modificações introduzidas no art. 125 da Constituição Federal, alterando a redação dos §§ 3.º e 4.º, e acrescentando os §§ 5.º, 6.º e 7.º. Minha intervenção limitou-se a brevíssima síntese das idéias a seguir enunciadas.

Como se sabe, a EC 45/2004 não encerrou a Reforma do Poder Judiciário. Está ainda em tramitação a PEC que, dentre outras inovações, propõe-se a alterar a composição do Superior Tribunal Militar e a competência da Justiça Militar da União, nos moldes da reforma introduzida na Justiça Militar dos Estados.

As inovações trazidas pela Reforma do Poder Judiciário são significativas e representam, sob certo aspecto, a consagração constitucional de alterações legislativas iniciadas com o advento da Lei 9.299, de 07.08.1996, cabendo aqui ser feito um breve retrospecto histórico desse dispositivo legal.

Projeto de Lei do deputado federal Hélio Bicudo (PL 899, de 1995), afirmando a notoriedade da violência cometida pelos policiais militares no exercício de suas funções específicas, em especial no serviço de policiamento, propunha a redução do rol de crimes militares sujeitos à competência das justiças militares dos Estados, de forma a submeter os agentes da segurança pública ao foro criminal comum, e não mais ao especial.

Em 17.04.1996, em Eldorado do Carajás, um evento de enorme repercussão propiciou rápida tramitação do projeto de lei aludido, levando à aprovação da Lei 9.299/1996, em clara demonstração de que a atividade legislativa no País, em matéria penal, anda sempre a reboque dos acontecimentos de maior gravidade,

seja o massacre de 19 militantes do Movimento dos Sem-Terra, seja o assassinato de uma atriz da novela das oito.

Essas 19 vítimas padeceram na ação de 155 policiais militares e eram integrantes da "Caminhada pela Reforma Agrária", iniciada no dia 10 de abril por 1.500 famílias de trabalhadores rurais sem-terra, que montaram acampamento no Km 96 da PA-150, próximo à cidade de Eldorado dos Carajás. Os cidadãos interditaram a estrada e exigiam alimentos e transporte, em negociação com a polícia militar, que acompanhava a marcha. As mortes foram resultado da ação policial de desobstrução da estrada.

A repercussão internacional do fato efetivamente tornou propícia a aprovação do projeto de lei do deputado Hélio Bicudo que, a princípio, propunha a alteração exclusivamente da competência da justiça militar dos Estados, sem qualquer referência à Justiça Militar da União.

Aprovado o projeto de lei, restou alterado o art. 9.º do Código Penal Militar, que teve modificada a redação do inciso II, *c*, a revogação da alínea *f* e a introdução do parágrafo único, com o seguinte texto:

"Parágrafo único. Os crimes militares de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum."

O Código de Processo Penal Militar, por sua vez, não ficou imune à alteração legislativa, tendo sido modificada a redação do caput do art. 82, e introduzido um § 2.º, bastante controvertido:

"§ 2.º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum."

Estava, então, instalada a polêmica. Uma rápida pesquisa permite sejam encontrados inúmeros artigos publicados em revistas especializadas de Direito Militar, apontando a inconstitucionalidade da Lei 9.299/96.

O argumento central defendido pelos autores é de que o parágrafo único introduzido no art. 9.º do Código Penal Militar, deslocava a competência do pro-

cesso e julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida, quando praticados por militares contra civis, para a justiça comum.

O legislador, obviamente, prestou enorme contribuição para essa leitura apressada da lei, já que introduziu matéria de competência afeta aos códigos de processo em dispositivo da Parte Geral do Código Penal Militar, permitindo assim a afirmação de que mantinha a natureza de crime impropriamente militar dos tipos penais de homicídio e de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, sendo certo que o aborto não se encontra previsto na Parte Especial da lei substantiva militar.

Asseveraram os críticos da lei, ser incabível a alteração, pelo legislador ordinário, da competência da Justiça Militar, fixada esta pela Constituição Federal. Contudo, não se trata, a meu ver, de leitura correta do texto constitucional. Em todo o capítulo destinado à organização do Poder Judiciário, ocupou-se o constituinte de definir, em nível constitucional, a competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, da Justiça Federal de primeira e segunda instâncias e da Justiça do Trabalho.

A Justiça Militar da União teve sua competência remetida à lei incumbida da definição de crimes militares, no lacônico art. 124 da Constituição Federal, assim: "À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei".

Não há, portanto, o apontado impedimento do legislador para alterar o rol de crimes militares definidos em lei, no caso o Código Penal Militar. Pecou-se por uma redação pouco apropriada, mas coube ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 260.404-6, pôr termo à contenda. Relatado pelo Ministro Moreira Alves, desde a ementa do acórdão foi perseguida uma interpretação razoável da lei, que lhe preservasse a validade e a vigência, buscando a real intenção do legislador, o que ele pretendia dizer, e não o que efetivamente foi dito. Consta do aresto:

"Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (...) o de que 'sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a

medida que ela institui, ou disciplina', não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o art. 9.º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no 'caput' do art. 124 da Constituição Federal."

Trata-se de decisão adotada à unanimidade pelo Tribunal Pleno, em sessão de 21.03.2001, tendo sido declarada no dispositivo da decisão a constitucionalidade do parágrafo único do art. 9.º do Código Penal Militar, introduzido pela Lei 9.299, de 07.08.1996.

O Ministro Nelson Jobim, em seu voto, acrescentou um histórico da tramitação do projeto de lei, destacando a forte atuação de "oposição ferrenha", nas suas próprias palavras, das Polícias Militares estaduais à transferência de competência para a justiça comum. Irônico, o Ministro Sepúlveda Pertence qualificou como literalismo míope a interpretação que buscava a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 9.º, do Código Penal Militar, acrescentando que "o que se inseriu foi uma norma de exclusão da definição do crime militar contida nos vários incisos do caput."

Pois bem. Em sede de controle difuso de constitucionalidade foi declarada a validade do dispositivo legal questionado, de forma que, a partir de então, toda e qualquer polêmica mostra-se inócua, pois no ordenamento jurídico brasileiro cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra acerca da constitucionalidade de atos normativos.

A grande maioria das críticas dirigidas à lei partiu, como era de se esperar, de profissionais ligados à Justiça Militar, seja dos Estados, seja da União. Havia por trás da perseguida inconstitucionalidade um senso de preservação, porque a lei fez-se acompanhar de severas críticas à Justiça Militar como um todo, como sempre levando à conclusão simplista de sua extinção, pura e simples. Uma espécie de pensamento único residual.

Remanesce, ainda, crítica à regra de processo introduzida pela Lei 9.299/96, contida no art. 82, § 2.º, impondo à Justiça Militar encaminhar autos de inquérito policial militar à Justiça Comum, nos casos de crimes dolosos contra a vida. Na prática, entendem os órgãos de polícia judiciária militar que não houve supressão de competência para apuração em inquérito daqueles delitos específicos, tanto que continuam a promover investigações, mesmo tendo o delito perdido sua natureza militar. O exemplo de Eldorado de Carajás é significativo das dificuldades que a investigação promovida pela própria polícia militar pode causar ao julgamento. Na Justiça Militar da União, a polícia judiciária é atribuição exclusiva de autoridades militares pertencentes às Forças Armadas, na forma disposta pelo art. 7.º do CPPM. Na justiça militar dos Estados, a mesma atribuição é dada às polícias militares, o que pode induzir a conclusão de manipulação da investigação criminal em sua fase extra-processual. Esse fato pode trazer constrangimentos para a União, pessoa jurídica responsável por acordos internacionais de direitos humanos, assumidos, por exemplo, perante a Organização dos Estados Americanos, permitindo a atuação jurisdicional de órgãos internacionais quando o Poder Judiciário não dá resposta pronta e adequada a fatos de maior gravidade. Em relatório acerca da situação dos direitos humanos no Brasil, a Comissão Interamericana não usou meias palavras, afirmando que o espírito de corpo das polícias cria obstáculos à identificação dos agentes de graves violações.

De qualquer forma, tudo indica que a Justiça Militar sobreviverá à Reforma do Poder Judiciário. A estadual, ao menos, está assegurada com o que já foi promulgado pela EC 45/2004. A da União, aguarda a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional 358/2005, para saber quais alterações serão eventualmente introduzidas na sua competência, bem como na organização do Superior Tribunal Militar, que talvez venha a ter reduzido o número de integrantes de 15 para 11 ministros e sua competência ampliada para o exercício do controle judicial dos atos punitivos disciplinares dos comandantes militares. Tramita também a PEC 358/2005 para alterar a composição do Conselho Nacional de Justiça, nela incluindo um representante do

Superior Tribunal Militar, que, de modo esdrúxulo, não foi contemplado pela EC 45/2004. Observe-se que, seja na própria Corte, seja no âmbito das Forças Armadas, não há unanimidade de opiniões acerca da pretendida extensão de competência, de discutível constitucionalidade e duvidosa legitimidade. Já no que respeita à proposta da redução do número de ministros, a opinião do Plenário é uniforme no sentido da preservação da atual composição. Em primeiro lugar, porque quando a criminalidade aumenta na sociedade, aumenta também, e na mesma proporção, no âmbito das Forças Armadas, o que resulta em crescente carga de processos. A única e apressada crítica que alguns setores desinformados da sociedade e da imprensa fazem ao Superior Tribunal Militar, no que se refere à carga de trabalho, é no sentido de que, em comparação quantitativa com os demais tribunais do País, julga escassos processos (cerca de mil por ano). Ou seja, atua exatamente como deveria atuar todo o Judiciário, o que se traduz em melhor prestação jurisdicional. Em relação ao Conselho Nacional de Justiça, que vem crescendo na amplitude de suas funções, fica evidente a assimetria com os demais Tribunais Superiores, a demandar pronta solução.

A questão da perda da natureza militar dos crimes dolosos contra a vida praticados contra civis, no âmbito exclusivo da Justiça Militar da União, trará implicações em ação tipicamente militar, recentemente regulamentada. Trata-se do que se convencionou chamar de "Tiro de Abate", dispositivo introduzido no Código Brasileiro de Aeronáutica sob o título de detenção, interdição e apreensão de aeronave. Nele está previsto que "esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada". O Dec 5.144, de 16.07.2004, regulamentou os dispositivos legais referidos, estabelecendo os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, e que podem representar ameaça à segurança pública. O Decreto considera aeronave suspeita a que adentra espaço aéreo nacional sem plano de vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidas como fontes de produção

ou distribuição de drogas ilícitas, ou aquela que omita dos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à respectiva identificação. Tais aeronaves ficam então sujeitas a medidas coercitivas de averigüação, intervenção e persuasão, de forma agressiva e sucessiva, executadas por aeronaves de interceptação, com o fim de forçar o pouso para exercício de medidas de controle por autoridades nacionais. A persuasão, ato final a que se chega na hipótese de insucesso das medidas de averigüação e intervenção, consiste no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, de modo a possibilitar que a tripulação veja a advertência. A partir de então a aeronave será classificada como hostil e estará sujeita à destruição. Esta consiste no disparo de tiros, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo. É considerada o último recurso, quando todos os outros procedimentos mostrarem-se inócuos. O Decreto delegou ao Comandante da Aeronáutica a competência para autorizar a aplicação da medida de destruição.

Por óbvio, a efetiva aplicação da medida de destruição de aeronave hostil implicará a morte da tripulação, induzindo a subsunção da conduta ao crime de homicídio. O agente, piloto ou artilheiro da aeronave de interceptação, ao atirar contra a aeronave, "com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo", incorrerá no crime de homicídio, ainda que eventualmente amparado por excludente de ilicitude (estrito cumprimento do dever legal, art. 23, III, CP). No Código Penal Militar, a estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços, configura excludente de culpabilidade (art. 38, CPM). Em qualquer caso, sendo civil a vítima, estará induzida e sujeita a discussão à competência da Justiça Comum, por força do que dispôs a Lei 9.299/96.

Outra questão acerca da natureza do crime doloso contra a vida, praticado por militar contra civil, foi aventada com a crescente ousadia das ações de facções criminosas atuantes no Rio de Janeiro, colocando em xeque a função estatal de garantir segurança pública aos cidadãos. Surgiram eloqüentes defensores da intervenção do Exército brasileiro nas ruas da cidade. Entendeu-se possível a atuação das Forças Armadas como órgão de segurança pública, invocando-se o

dispositivo constitucional de garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos poderes constitucionais (art. 142 da CF/88). O que parecia a princípio uma atuação pontual do Exército, em função desviada de segurança pública, já que esta é atribuição dos órgãos enumerados no art. 144 da CF/88, mostrou-se muito mais recorrente do que se imaginava. Hoje, também a cidade de São Paulo sofre o mesmo tipo de ação de facções criminosas, cada vez mais ativas e ousadas, e a mesma solução já foi aventada pelo governo federal, sob o discreto aplauso do governo local. Claro está que ainda não foi implementada, porque questões políticas decorrentes do período eleitoral impediram que o Exército ocupasse as ruas da maior cidade brasileira. O art. 142, § 1.º, da CF/88 remete à lei complementar o estabelecimento de regras gerais a serem adotadas na organização, preparo e emprego das Forças Armadas, comando suprido pelo advento da LC 97, de 09.06.1999. Em setembro de 2004, foi promulgada a LC 117, alterando dispositivos da LC 97, acrescentando um § 7.º ao art. 15, dispondo:

"§ 7.º O emprego e o preparo das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do art. 9.º, inciso II, alínea 'c', do Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar".

O objetivo claro da lei complementar foi manter sob a competência da Justiça Militar da União o crime cometido pelo militar em serviço, atuando como órgão de segurança pública, ainda que doloso contra a vida e praticado contra civil, derrogando, na hipótese, o parágrafo único do mesmo art. 9.º do CPM.

O dispositivo legal, certamente, poderá enfrentar questionamentos diversos, com a constitucionalização da ressalva da competência do júri, já introduzida com a EC 45/2004, e que deverá ser reproduzida na alteração ainda a ser feita na organização da Justiça Militar da União. Por outro lado, claro está também que a intervenção de dispositivo militar das Forças Armadas, ainda que de forma pontual, localizada e temporária, para enfrentar questões típicas de segurança pública, só poderá ocorrer após a prévia e formal declaração de falência do poder local, mediante intervenção federal.

Feitas essas considerações sobre a Lei 9.299/96, chegamos ao advento da EC 45/2004, que alterou o art. 125, § 4.º, da CF/88, nele ressalvando expressamente a competência do júri quando a vítima for civil. Como se sabe, apenas os militares dos Estados podem ser processados e julgados pela Justiça Militar estadual, de forma que fica implícito que a ressalva de competência feita dirige-se ao crime doloso contra a vida praticado por policial militar contra civil.

Importante anotar, em primeiro lugar, a constitucionalização da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao parágrafo único do art. 9.º, do CPM. E, por constitucionalização, entendo o processo de valoração de norma infraconstitucional feito pelo constituinte derivado, introduzindo-a no corpo da própria Constituição. Não se trata, a meu ver, do reconhecimento implícito de que a Lei 9.299/96 era efetivamente inconstitucional, como pretendem alguns, mas sim de processo de valoração, de reconhecimento do constituinte da importância da regra antes tratada em nível legislativo, agora introduzida no corpo constitucional, ganhando portanto a supremacia conferida pelo ordenamento jurídico.

Essa é uma alteração feita pela EC 45/2004, ainda restrita à Justiça Militar dos Estados, que não representou, efetivamente, mudança, ampliação ou redução da sua competência, mas sim a constitucionalização de uma regra já antes declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e que encontrava ampla aplicação. Tanto assim que há notícia de que os tribunais do júri, na cidade de São Paulo, desde a promulgação da Lei 9.299/96, receberam grande quantidade de processos criminais oriundos da justiça militar, causando algum tumulto na condução dos feitos.

O § 5.º, do art. 125, trouxe alterações mais significativas à organização e competência dos órgãos da justiça militar estadual, conferindo ao juiz de direito, antes chamado de Juiz-Auditor, a atribuição de processar e julgar singularmente os militares, e não mais de forma colegiada, como antes era feito pelos Conselhos de Justiça, quando agentes de crimes militares cometidos contra civis.

A competência singular para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares será discutida oportunamente, até por fugir do tema proposto.

O constituinte derivado excluiu a competência do órgão colegiado, antes composto por Juiz-Auditor e quatro juízes militares, todos oficiais da polícia militar, buscando, a meu ver, afastar qualquer possibilidade de julgamento corporativo do militar que pratica, por exemplo, delito de concussão (art. 305 do CPM) contra civil, ou mesmo extorsão (art. 243 do CPM).

Nesse dispositivo introduzido pela Reforma do Poder Judiciário, da mesma forma, nenhuma alteração de competência material foi feita, mas apenas nova atribuição de órgão decisório para julgamento de hipótese de crime militar cometido contra civil.

Dessa breve análise, resulta que a grande inovação trazida pela Reforma do Poder Judiciário foi a ampliação da competência da Justiça Militar dos Estados para matéria civil, especificamente conferindo-lhe atribuições para exercer o controle judicial sobre os atos disciplinares militares, aqueles resultantes da prática de transgressão disciplinar, punida até mesmo com prisão.

Como é do conhecimento de todos, a Constituição Federal atribuiu um regime especial para a prisão decorrente da prática de transgressão disciplinar. O art. 5.º, LXI, que veda a prisão arbitrária, admitindo-a exclusivamente nos casos de flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, excepcionou a transgressão militar e o crime propriamente militar, desde que definidos em lei. Interessam-nos neste tópico as transgressões disciplinares. No âmbito das Forças Armadas, os regulamentos disciplinares são baixados por decretos presidenciais: Dec. 76.322, de 22.09.1975, aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica; Dec. 88.545, de 26.07.1983, aprova o Regulamento Disciplinar da Marinha; e Dec. 4.346, de 26.08.002, aprova o Regulamento Disciplinar do Exército. Como se pode ver, apenas o Regulamento Disciplinar do Exército, introduzido no ordenamento como decreto presidencial,

foi promulgado posteriormente à Constituição de 1988. Foi objeto da ADIn 3340-9, não conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que o Procurador-Geral da República formulou impugnação contra todo o Dec 4.346/2002, quando deveria apenas indicar quais dispositivos específicos sofreriam vício de inconstitucionalidade.

Ainda na análise do regime especial a que se submete a prisão do militar decorrente da prática de transgressão disciplinar, o art. 142, § 2.º, da CF/88, expressamente negou cabimento de habeas corpus para sua impugnação judicial. O preceito constitucional sofreu mitigação por parte do Supremo Tribunal Federal, que entende viável o controle judicial da legalidade do ato punitivo disciplinar, sem que se adentre no seu mérito, na avaliação da conveniência e oportunidade da pena imposta.

Assim, efetivamente, a EC 45/2004 ampliou a competência da Justiça Militar estadual apenas para introduzir matéria civil, de controle judicial dos atos administrativos disciplinares dos comandos das polícias militares. Em matéria criminal, resultou somente na alteração da competência do órgão julgador, transferindo para o juiz de direito o julgamento singular tanto das ações relativas a infrações disciplinares quanto dos crimes militares praticados contra civis, ressalvada a competência do tribunal do júri.

A Reforma do Judiciário induz reflexão ainda acerca de dois temas. O primeiro deles é a hipótese de transferência, para a Justiça Federal, do julgamento dos casos que representem grave violação de direitos humanos, podendo o Procurador-Geral da República suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (art. 109, § 5.º, da CF/88).

Trouxe a emenda constitucional hipótese de mudança de competência em razão da matéria, qual seja, casos que representem grave violação de direitos humanos. O primeiro caso, e ao que parece até então único, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi o da missionária americana Dorothy Stang (Incidente de Deslocamento

de Competência 1). Concluiu a Corte que a norma constitucional é de eficácia contida, e que o deslocamento de competência, na hipótese, não vulneraria a garantia do juiz natural e a autonomia da unidade da federação, bem como a inexistência de risco de descumprimento de tratado internacional firmado pelo Brasil. Entretanto, ante as providências das autoridades paraenses na investigação e processamento do caso, indeferiu o deslocamento da competência, entendendo que, nas hipóteses dos casos em que se demonstra que não há falta haja vontade política, ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, proceder à devida persecução penal, não há razão para determinar o deslocamento. De qualquer forma, tendo a norma limitado a viabilidade de deslocamento de competência em razão da matéria, ou seja, hipótese de grave violação de direitos humanos, não parece ter limitado seu alcance aos órgãos da justiça comum, sendo possível vislumbrar a hipótese de que tanto as Justiças Militares estaduais como a da União venham a ter sua competência questionada em eventuais incidentes desse tipo.

Outra questão relevante para a Justiça Militar da União surgiu com a expressa submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação manifestou o País sua adesão. Para a adequação da legislação interna ao Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil, anteprojeto de lei vem sendo discutido no âmbito da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, da Presidência da República, por comissão incumbida da tarefa de tipificar os crimes de guerra. Atualmente, o Código Penal Militar prevê os tipos penais para o tempo de guerra, como a traição, favorecimento ao inimigo, cobardia, espionagem, dentre outros. Voltam-se tais tipos muito mais para a eficiência militar em combate do que a limitação da atuação das Forças Armadas sob métodos de combate proporcionais, buscando o mínimo de danos à população civil não envolvida diretamente em conflito armado. Obviamente, alguns crimes militares em tempo de guerra sofrerão derrogação, e prevê-se a atribuição de competência à Justiça Militar da União para o processo e julgamento de alguns crimes

de guerra. O projeto de lei ainda tramita no Executivo, aguardando elaboração de exposição de motivos para então ser encaminhado ao Legislativo.

É esse, em linha geral, o quadro em que se apresenta a Justiça Militar da União e a dos Estados, após a Reforma do Poder Judiciário, e a expectativa de que, em matéria *de lege ferenda*, ainda possa vir a ser alterado com a finalização do projeto de reforma a ser promulgado por emenda constitucional.

3. Crime e Sociedade

Mitos e realidades sobre a criminalidade na América Latina. Algumas observações estratégicas sobre como enfrentar e melhorar a coesão social

Bernardo Kliksberg
Diretor do Escritório da ONU em NY, para estudos sobre as Américas Latina e Central.

Resumo: O artigo inicia discorrendo sobre o incremento das taxas de criminalidade na América Latina e seus efeitos sociais e, em seguida, disseca alguns mitos disseminados que impedem o desenvolvimento de um debate aprofundado na busca de soluções efetivas, como as operações "tolerância zero" e "mão dura" aplicadas na região, abordando temáticas que deveriam ser consideradas – como índices de pobreza, educação e situação familiar – para a construção do que o autor chama de "saída real, ética e humana" para o problema levantado.

Palavras-chave: Criminalidade – América Latina – Tolerância zero – Mão dura.

Abstract: This articles starts by discussing the increase in criminality rates in Latin America and its social effects, then we analyze some disseminated myths which jeopardizes the development of a deeper debate in search of effective solu-

tions such as operations called "zero tolerance", and "hard hand", applied in the region addressing topics which should be considered, like poverty rates, education, family situation, for the construction of what the author calls "the real ethical and human solution" for the problem raised.

Keywords: Criminality – Latin America – Zero tolerance – Hard hand.

Sumário: 1. A explosão da criminalidade – 2. Mitos sobre a criminalidade: 2.1 Primeiro mito: o problema é de natureza policial e resolve-se com "mão dura"; 2.2 Segundo mito: os países com êxito conseguiram bons resultados porque aplicaram "mão dura"; 2.3 Terceiro mito: as verdadeiras causas da criminalidade são pouco conhecidas; 2.4 Uma situação social crítica; 2.5 A exclusão do sistema educativo; 2.6 A família: instituição-chave para a prevenção do delito; 2.7 Quarto mito: a abordagem integrada só produz resultados a longo prazo – 3. Na encruzilhada – 4. Referências bibliográficas.

Área do Direito: Penal-Processo penal

1. A explosão da criminalidade

Os cidadãos da América Latina têm motivos para se sentirem preocupados com o clima de insegurança cidadã que se vive em grande parte da região. Para a Organização Pan-Americana da Saúde, um índice normal de criminalidade é o que se encontra entre 0 e 5 homicídios a cada 100.000 habitantes por ano. Uma criminalidade com este índice pode ser tratada com os mecanismos convencionais. Quando o índice de homicídios é entre 5 e 8, significa que a situação é delicada. Mas, quando excede o índice 8, significa que nos encontramos perante um quadro de uma epidemia de criminalidade. Uma criminalidade que não pode ser tratada pelas vias habituais, as quais demonstraram ser insuficientes. Este é o caso da América Latina.

No quadro que segue, pode observar-se a tendência nos últimos 26 anos:

Quadro 1
Evolução da taxa de homicídios para a América Latina e suas regiões 1980-2006

Homicídios por ano por cada 100.000 habitantes

	1980	1991	2006
América Latina e Caraíbas	12,5	21,3	25,1
América Latina	12,8	21,4	25,3
México	18,1	19,6	10,9
América Central	35,6	27,6	23
Caraíbas Latinas	5,1	8,8	11
Brasil	11,5	19	31
Países Andinos	12,1	39,5	45,4
Cone Sul	3,5	4,2	7,4
Caraíbas Não Latinas	3,1	3,5	7,7

Fonte: Relatórios anuais sobre O Estado da Saúde nas Américas, da Organização Pan-Americana da Saúde.

A taxa de homicídios em 2006 triplica por 3 o nível da epidemia e, portanto, por 5 a taxa da maior parte dos países desenvolvidos, que têm um índice entre 0 e 5. A média de homicídios é mais do que duas vezes superior à média mundial, tornando a região numa das mais problemáticas do planeta no que diz respeito à criminalidade. No próprio continente americano, a taxa da região (de 25, 1) é 4 vezes maior do que a dos EUA (de 6,4) e quase 17 vezes maior do que a do Canadá (de 1,5).

No último quarto do século, a taxa da região é 2 vezes maior. Reflecte uma epidemia em todas as zonas e quase com o carácter de epidemia no Cone Sul e nas Caraíbas não latinas. A taxa subiu mais de 44% entre 1984 e 1994.

Em 1998, estimava-se que havia 140.000 homicídios anuais e a taxa continuou a subir (Londoño, 1998).

As taxas por países, segundo os dados oficiais, foram as seguintes:

Quadro 2
Taxas de homicídios por países da região em 2006

Número de homicídios

América Latina e Caraíbas	25,1
América Latina	25,3
México	10,9
Istmo da América Central	23,0
Belize	22,6
Costa Rica	6,5
El Salvador	43,4
Guatemala	24,2
Honduras	*
Nicarágua	13,3
Panamá	13,7
Caraíbas Latinas	11,0
Cuba	5,8
Guadalupe	1,4
Guiana Francesa	*
Haiti	18,6
Martinica	2,7
Porto Rico	18,7
República Dominicana	8,1
Área Andina	45,4
Bolívia	*
Colômbia	38,0
Equador	16,1
Peru	4,5
Venezuela	34,1
Brasil	31,0
Cone Sul	7,4

Argentina	6,8
Chile	5,3
Paraguai	18,4
Uruguai	5,2
Caraíbas Não Latinas	**7,7**
Anguila	*
Antígua e Barbuda	8,0
Antilhas Neerlandesas	*
Aruba	*
Bahamas	16,4
Barbados	10,5
Dominica	3,8
Granada	2,1
Guiana	17,9
Ilhas Caimão	4,3
Ilhas Turcas e Caicos	...
Ilhas Virgens (EUA)	28,8
Ilhas Virgens (RU)	10,5
Jamaica	0,2
Montserrat	6,3
Saint Kitts e Nevis	13,0
São Vicente e Granadinas	11,3
Santa Lúcia	20,1
Suriname	5,7
Trindade e Tobago	10,5

Fonte: Situação da saúde nas Américas. Indicadores básicos 2006. Organização Pan-Americana da Saúde.

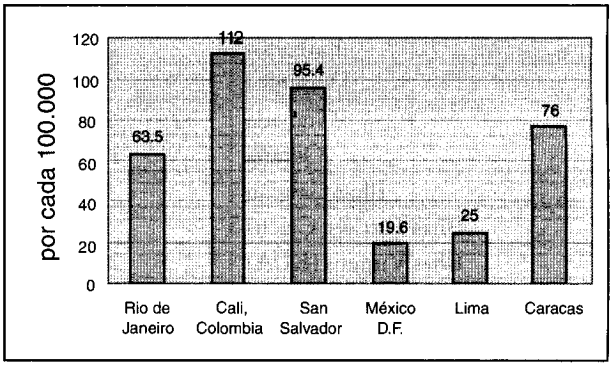
Os países com uma criminalidade mais acentuada são El Salvador (5 vezes o nível da criminalidade tipo epidemia), a Colômbia (4,7 vezes), a Venezuela (4,25 vezes) e o Brasil (3,8 vezes). Só se encontram abaixo da quota de 8 homicídios: Costa Rica, Cuba, Peru, Argentina, Chile, Uruguai e algumas das ilhas.

Perante estes dados, a Organização Pan-Americana da Saúde afirma (1998) que: "A violência é uma das ameaças mais urgentes contra a saúde e a segurança pública das Américas".

Os dados podem conter também significativas margens de casos não registados. Isso indicam investigações pontuais nas cidades da região. Estudos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID – Buvinic e Morrison, 1999) verificaram as taxas que seguem, que superam em grande medida as taxas oficiais:

Gráfico 1

Taxas brutas de mortalidade por homicídio, 1995



Fonte: Buvinic e Morrison, 1999.

Nestas importantes cidades, as taxas superam totalmente as médias nacionais dos respectivos países.

Um aspecto particular da criminalidade é o crescimento na América Central dos bandos de jovens delinquentes, denominados "maras". Uma avaliação da USAID sobre as Honduras, El Salvador, México, Guatemala e Nicarágua (USAID, 2006) estima que o seu número é, considerando uma estimativa conservadora, de 50.000 até 305.000 e que está a aumentar.

A criminalidade significa todo o tipo de dano causado à sociedade. Em primeira instância, encontram-se as vidas perdidas. Nalguns países, como o Brasil e a Colômbia, a criminalidade transformou-se na principal causa de morte em idade jovem.

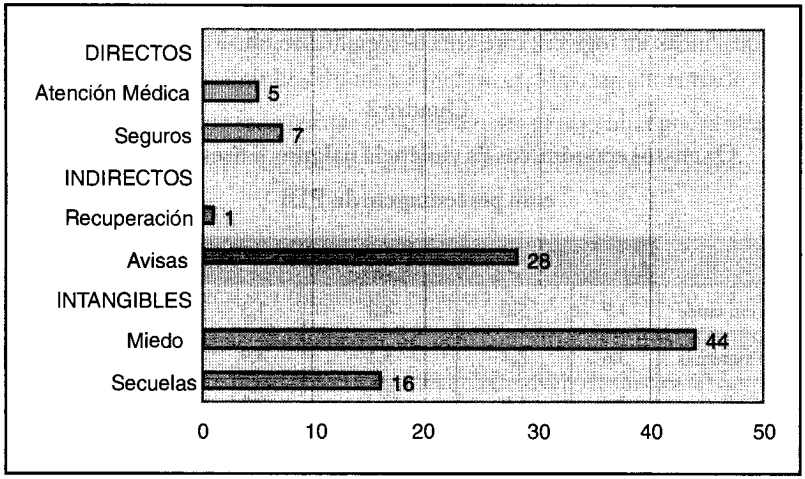
Por outro lado, a violência tem custos para o conjunto da sociedade em termos de sistemas de saúde, segurança e justiça. Estima-se que 14% do Produto Bruto de cada região perde-se devido à violência. A USAID estima que, nos cinco países que avaliou, a perda é de 12 a 14% do Produto Bruto Nacional. Quase 3 vezes mais do que nos países desenvolvidos, onde as perdas por violência são inferiores a 5% do seu Produto Bruto. As perdas por violência superam grandemente, em muitos países da região, o total do seu investimento nas áreas sociais.

Mas, além dessas perdas, há muitos outros custos difíceis de medir, embora muito concretos: os custos intangíveis. Como Rubio (2000) bem descreve, são custos invisíveis como: "a sensação de insegurança, o medo, o terror e a deterioração da qualidade de vida".

Uma tentativa de avaliar estes custos no México demonstrou que são custos que superam em larga medida os custos económicos directos:

Gráfico 2

Composição de custos derivados de ataques a pessoas – México



Fonte: BID, Universidad de Alcalá (2000). Convivencia y seguridad: un reto a la gobernabilidad.

Como se indica, um custo intangível está muito à frente dos custos da violência: o medo, seguido pelos anos de vida saudável perdidos (AVISA).

É ilustrativo do que significam os custos da violência, o caso de El Salvador. Um estudo recente do PNUD (2005) mostra que este país perde anualmente 1.700.000 de dólares, que representam 11,5 % do Produto Nacional Bruto. Este montante deriva de: questões relativas a saúde, como vidas perdidas e assistência médica; despesas institucionais, como as de segurança pública e justiça; despesas de segurança privada; impacto negativo em investimentos externos; perda de oportunidades de trabalho; e, perdas materiais. A isto ter-se-ia que somar os custos intangíveis anteriormente mencionados. Em 2003, os recursos perdidos devido à violência duplicaram os orçamentos para a Educação e Saúde do país.

No caso da Colômbia, Rubio (1996) mostra que o crescimento do Produto Bruto acima dos 5% só ocorreu nos períodos em que as taxas de criminalidade eram inferiores a 30 homicídios por cada 100.000 habitantes.

Uma estimativa sobre as perdas do Produto Bruto em diversos países da região, a qual inclui intangíveis, apresenta os seguintes resultados (Londoño, 1998):

Quadro 3

Os custos económicos da violência nalguns países da região com percentagem do PIB

	Brasil	Colômbia	El Salvador	México	Peru	Venezuela
Perdas em saúde	1,9	5,0	4,3	1,3	1,5	0,3
Perdas materiais	3,6	8,4	5,1	4,9	2,0	9,0
Intangíveis	3,4	6,9	11,5	3,3	1,0	2,2
Transferências	1,6	4,4	4,0	2,8	0,6	0,3
TOTAL	10,5	24,7	24,9	12,3	5,1	11,8

Fonte: Londoño, 1998.

Trata-se, em todos os países, de perdas muito significativas para economias onde o Produto Bruto cresceu nas últimas duas décadas abaixo dos 5% por ano.

2. Mitos sobre a criminalidade

Como enfrentar a criminalidade na América Latina? Como enfrentar esta epidemia de delinquência, que torna difícil a vida quotidiana, que compromete a economia e que cria uma multitude de danos intangíveis e gera a atmosfera de medo já referida?

É muito fácil enveredar por soluções simplistas. Soluções que podem fazer com que o problema se agrave em lugar de melhorar, deteriorando ainda mais os factores de risco que o determinam. É imprescindível aprofundar, face a uma epidemia com estas dimensões, submergir na sua complexidade, tendo muito em conta as experiências fracassadas, as lições que derivam de experiências com êxito a nível regional e internacional, e, actuar consequentemente.

Na América Latina, o caminho para uma gestão inteligente do tema tem estado fortemente bloqueado nos últimos anos por uma série de mitos, que se entendem como verdades apesar do seu choque permanente com a realidade. Estes mitos levam a caminhos altamente ineficazes. Mas, são alimentados. Satisfazem os interesses de sectores que se apoiam neles para ganhar poder através de demagogias fáceis e as de quem não está disposto a enfrentar as razões estruturais da violência na região.

Numa região cada vez mais democrática, a questão dos mitos é fulcral. Se se conseguir mostrar a sua fragilidade e superá-los, a qualidade do debate melhorará e poderá chegar-se a soluções. Se, pelo contrário, os mitos continuarem a predominar, o debate permanecerá estancado em níveis de discussão que não só não levarão a soluções, como também podem conduzir a uma nova acumulação de erros e agravar a epidemia.

Em seguida, indicaremos e analisaremos sinteticamente alguns dos mitos principais.

2.1 Primeiro mito: o problema é de natureza policial e resolve-se com "mão dura"

As políticas predominantes em muitos países da região têm se orientado por este ponto de vista básico. Estaríamos perante um tema de natureza basicamente policial. Nesse sentido, a procura de respostas deve se dar no quadro da garantia dos dispositivos de segurança. Desde esta perspectiva, a falta de resultados será em grande medida derivada de não se terem aperfeiçoado as estratégias e multiplicado os programas de controlo policial.

Por outro lado, será preciso deixar de lado os "sentimentalismos" e actuar sem grandes considerações, de forma a travar os potenciais e verdadeiros delinquentes.

Esta actuação pode abarcar desde grandes reorganizações dos dispositivos policiais, visando maximizar a sua presença nos locais públicos e a sua vigilância especial dos sectores mais pobres da população, até incentivos a resultados quantitativos de repressão.

Igualmente, inclui reformular a legislação para facilitar a acção policial, retirando garantias, e ter a possibilidade de deter, julgar e prender crianças muito pequenas. Em algumas das suas expressões mais radicais, chegou-se mesmo a propor responsabilizar penalmente os pais pelos delitos dos filhos.

Procurando fundamentar a sua abordagem, a política da "mão dura" recorre frequentemente à teoria das "janelas partidas". Criada em 1982 por Wilson e Kelling, esta teoria foi a base da abordagem da "tolerância zero" e defende que é preciso aplicar com toda a severidade a punição contra as infracções mais pequenas porque um "partir de vidros" poderia ser o antecedente de acções criminosas mais graves. Castigar severamente as infracções pequenas poderá impedir que se desenvolvam delitos de maior envergadura.

A teoria nunca teve argumentos empíricos significativos que a validassem. Transformou-se num facto nalgumas cidades de países desenvolvidos, onde se pra-

ticou em determinadas ocasiões numa guerra contra os sem-abrigo, a mendicidade, as infracções menores, a embriaguez, o ruído e os desvios dos bons costumes.

Como muitas destas infracções tendem a concentrar-se em populações pobres, elas foram "prevenidas".

Esta abordagem é muito questionada nos países desenvolvidos porque gera atitudes policiais claramente retorcidas em relação a colectivos de afrodescendentes, etnias, ou imigrantes. Crawford (1998) destaca:

"O conceito de 'tolerância zero' é uma designação errónea. Não implica a aplicação rigorosa de todas as leis, o que seria impossível – para não dizer intolerável –, mas sim uma imposição extremamente discriminatória contra determinados grupos de pessoas em certas zonas simbólicas. Onde está a 'tolerância zero' para os delitos administrativos, a fraude comercial, a poluição ilegal e as infracções contra a saúde e a segurança? Na realidade, seria mais exacto descrever as formas de actividade policial realizadas em nome da 'tolerância zero' como estratégias de 'intolerância selectiva'."

Os resultados da "tolerância zero" podem ser ainda muito mais duvidosos em países como os latino-americanos.

Como assinala Fruhling (2000): "Ao contrário dos Estados Unidos, muitos dos que se encontram na rua nas cidades latino-americanas não têm para onde ir e o número de mendigos, de vendedores de rua e de pessoas que desobedecem a lei ou cometem 'faltas' de um ou outro tipo pode chegar a ser de milhares. Assim sendo, uma actividade policial mais agressiva pode encontrar séria resistência e, além disso, provocar o colapso total do sistema de justiça penal".

Por outro lado, na realidade latino-americana, a instituição policial tem deficiências muito sérias. A sua debilidade em termos de profissionalismo, carreira, salários adequados, formação, fez com que, muitas vezes, a polícia fosse a "polícia maldita", com graves problemas de corrupção, colaboracionismo com os grupos da droga e mesmo, em várias ditaduras como as do Cone Sul nos anos 70 e parte dos 80, tornou-se mais um apêndice do sistema brutal de repressão instituído.

Confiar a uma instituição com estas condições um mandato totalmente permissivo e criar condições para a impunidade pode levar a uma séria deterioração dos direitos humanos, especialmente, entre os grupos mais vulneráveis da sociedade.

Entre outras coisas, pode conduzir, como aconteceu e está a acontecer, ao perigo de que se gerem operações sistemáticas de "limpeza social". Um exemplo assustador de operações assim é o sistemático extermínio de crianças das ruas no Rio de Janeiro, Tegucigalpa, Bogotá e outras cidades, que tem vindo a ser sistematicamente denunciado por muitos sectores desses países. De acordo com as denúncias, trata-se de uma acção levada a cabo por grupos parapoliciais, frequentemente acompanhada de passividade policial e com uma ideologia subjacente de que se está a "prevenir" que se transformem em criminosos. Este tipo de lógica – "suprimir as raças inferiores que não merecem viver e melhorar a qualidade demográfica da população" – é igual à que inspirou as facções nazis. A "limpeza social" é, na verdade, um eufemismo para ocultar este tipo de genocídio hitleriano do quotidiano.

A "mão dura" não é uma teoria para ser provada. Um relatório rigoroso da USAID (2006) demonstra como a teoria tem sido aplicada nos últimos anos em países como El Salvador, Honduras e Guatemala, entre outros, com excepção da Nicarágua, onde a abordagem foi muito diferente.

De acordo com o relatório, em El Salvador, o crescimento dos "maras" foi encarado como um perigo sem dúvida público, tendo-se criado leis "mão dura" em 2003 e leis "super mão dura" em agosto de 2004. A legislação deu vastas possibilidades de prender mesmo por simplesmente se usar tatuagens. Estas leis foram acompanhadas por alguns programas de prevenção, mas 80% dos recursos foram investidos na repressão.

Com as leis "super mão dura", foram presos 11.000 membros de "maras" num só ano. No entanto, o número de homicídios continuou sempre a aumentar. Foram 2.172 em 2003, 2.762 em 2004 e 3.825 em 2005. Nos primeiros 8 meses de 2006, a média continuava a subir e já se contavam 3.032 casos.

Os homicídios não diminuíram. Por outro lado, produziram-se, segundo o relatório, múltiplos efeitos não desejáveis. Entre eles, a pressão sob o sistema

prisional foi muito forte. Em 2002, as prisões eram já consideradas os lugares mais superpovoados da região.

Sob as leis duras, a população presidiária cresceu fortemente. Em 2004 era de 12.117 pessoas em 24 prisões que tinham uma capacidade real para 7.312. Em vários estabelecimentos penais houve massacres.

Segundo algumas análises, o encarceramento massivo gera o efeito contrário ao desejado. Segundo Janeth Aguilar, Directora do Instituto de Opinión Pública da Universidad Centroamericana (Aguilar, 2006): "o salto qualitativo e os níveis de profissionalização dos quadros de pessoal relacionam-se com a resposta institucional que as autoridades das Honduras, El Salvador e Guatemala deram. Nestes países aplicaram-se políticas de repressão conhecidas como 'manos duras' (mãos duras) ou 'puños de hierro' (punhos de ferro) ou 'planes escoba' (planos vassoura),... Em El Salvador, só 5% dos detidos foi objecto de sentenças condenatórias ou absolutórias. As prisões serviram para os 'maras' adoptarem estruturas nacionais e organizadas, com lideranças consolidadas".

Por outro lado, a Comissão para a Defesa dos Direitos Humanos tem vindo a insistir na urgência de que a Procuradoria-Geral da República investigue a existência de grupos de extermínio no interior da polícia.

A FESPAD (2006) contesta a decisão, face à falta de resultados, de integrar nas áreas de segurança pública próprias da polícia, membros do exército e, possivelmente, de integrar nas mesmas, membros dos corpos da polícia metropolitana e municipal. Assinala: "sabe-se que a lei não os autoriza e que eles não contam com a idoneidade para tal".

Ressalta-se que em El Salvador, como noutros países, esse tipo de medida leva a que haja uma séria deterioração na relação entre o Estado e os cidadãos nas áreas urbanas pobres.

O fracasso das políticas aplicadas reflecte-se no sentimento. Segundo uma sondagem da Universidad Centroamericana, a opinião pública mostra pessimismo relativamente à situação. O Vice-Reitor desta universidade, Rodolfo Cardenal

(2006), indica: "A cidadania ressente-se com o clima de insegurança em que o país vive. A maioria das pessoas sente-se insegura, sente que as autoridades da segurança pública não estão a fazer bem o seu trabalho". De acordo com esta universidade, esta é uma das razões por que 49,2% dos inquiridos considera que a situação do país é pior em comparação com o ano de 2005.

Nas Honduras, a taxa de homicídios é 6 vezes maior do que o limite em que a criminalidade se converte em epidemia. Estimam-se 46 homicídios por cada 100.000 habitantes. Estimou-se que o número de membros de "maras" pode chegar a ser de 70.000.

A administração anterior adoptou uma abordagem de "tolerância zero" e "mão dura". Segundo a legislação aprovada, a polícia pode deter um jovem por ter tatuagens. Pode também deter jovens que aparentem ser membros de "maras" e estejam reunidos no bairro onde residem. Procurou-se também endurecer fortemente as penas, estendendo os limites de tempo de encarceramento para crianças e adolescentes de 12 a 18 anos.

Apesar das políticas radicais adoptadas, os níveis de criminalidade não diminuíram. Além disso, diversas fontes referem que foram políticas que teriam propiciado vários desenvolvimentos negativos. As denúncias das operações de "limpeza social" envolvendo crianças, são contínuas.

Segundo indica Casa Alianza, desde 1998, tiveram lugar 3.242 execuções extra-judiciais de jovens. Mensalmente, 35 jovens são assassinados. Denunciando estes factos, Casa Alianza refere a morte de uma criança de 10 anos que dormia numa avenida no centro da cidade de San Pedro Sula. Diz o seu Director (2006): "Nas Honduras, a insegurança e a incerteza aumentaram" e adverte para uma perigosíssima tendência: "Os assassinatos e os massacres recentes revelam o desprezo pela vida. Parece que a sociedade está satisfeita ou que se acostumou a viver com esta situação que é muito séria".

A par disso, ocorreram matanças nas prisões como a de 235 membros de "maras" nos estabelecimentos de El Porvenir e San Pedro Sula.

O clima de desconfiança na polícia acentuou-se e, segundo um inquérito da USAID (2006), só uma terça parte da população denuncia os delitos de que foram alvo.

Guatemala apresenta também tendências no mesmo sentido que El Salvador e Honduras. O número de homicídios aumentou cerca de 40% entre 2001 e 2004. Chega a ser de 35 homicídios por cada 100.000 habitantes.

O sistema de segurança privada cresceu velozmente e o seu orçamento em 2002 era cerca de 20% maior do que o orçamento público para a segurança. Estimou-se (Moser e Winton, 2002) que havia 80.000 polícias de segurança privados em contraste com os 18.500 efectivos policiais. Esta enorme actividade de segurança privada tinha controlo limitado. Calcula-se que há 180 empresas privadas de segurança, das quais só 28 são legais. A supervisão estatal é muito fraca num Estado, que, além disso, conta com recursos muito reduzidos (a cobrança de impostos representa só 9% do Produto Nacional Bruto). Este grande complexo de actividade quase sem controlo da lei significa a existência de riscos significativos.

As denúncias em Guatemala sobre uma "feminilização" da violência, são contínuas. Entre 2002 e 2004, foram assassinadas 1.188 meninas e mulheres e, nos primeiros 10 meses de 2006, 450 mulheres. Tudo isto foi acompanhado por uma total impunidade dos actos. Segundo a Red de la No Violencia Contra la Mujer (2006). Só 9% dos casos foram investigados e não há uma condenação firme. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos admitiu recentemente a denúncia da referida Rede dessa situação.

Experiências semelhantes às de El Salvador, Honduras e Guatemala ocorreram noutros países latino-americanos, onde se tentou, a nível nacional, estadual ou municipal, resolver o grave problema da criminalidade partindo-se de uma leitura da realidade basicamente policial.

Isto coloca-nos perante a necessidade de pensar se, em vez de imaginar que medidas mais punitivas e repressivas se podem aplicar, não será preciso procurar

uma mudança em todo o enquadramento lógico que responda à complexidade do problema.

Nicarágua, um país vizinho dos países anteriormente referidos, com sérios problemas estruturais, tentou uma abordagem muito mais baseada na prevenção e na reabilitação que na "mão dura" e teve resultados muito melhores. O país tem 8 homicídios por cada 100.000 habitantes. O número e tamanho dos "maras" reduziu-se sensivelmente. Em 2005, estimavam-se 108 grupos com 2.201 membros.

Entre as estratégias utilizadas, em lugar de se optar por medidas legais mais severas, intensificou-se uma relação activa entre a polícia e a comunidade e a abertura de oportunidades de trabalho e de desenvolvimento artístico e vocacional nas prisões. Entre outros programas, foram criados comités de prevenção contra o delito entre o Governo, os meios de comunicação, o sector privado e membros dos "maras", destinados a oferecer oportunidades a quem deixa de pertencer a estes bandos. Este programa providencia aconselhamento, oportunidades educativas, formação e procura de trabalho. Um exemplo do perfil da sua actuação é o Dia da Independência de 2004, em que a polícia utilizou 800 jovens que tinham pertencido a "maras" para ajudá-la a manter a ordem.

As relações entre a comunidade e a polícia foram fortemente favorecidas devido a esta abordagem. Com base nesses bons resultados, a USAID (2006) recomenda esta abordagem, assinalando especialmente que "a abordagem baseada na prevenção e reabilitação demonstra funcionar bem e poder ser um modelo para outros países na América Central e México".

Por que fracassa a "mão dura"? Provavelmente, entre outras razões, estão as seguintes que se baseiam na realidade observada:

1. A abordagem com base na debatida "tolerância zero" tende a tratar indistintamente todas as formas de criminalidade e a não fazer grandes distinções na concepção de políticas.

Parece errada porque na região desenvolveu-se uma multiplicidade de formas de delinquência. Entre elas, esquematizando, encontram-se duas formas principais. Por um lado, está o crime organizado, sob diversas formas: bandos relacionados com a toxicodependência, máfias, grupos de sequestros, organizações de tráfico de pessoas, outras que se dedicam ao roubo de automóveis, organizações de lavagem de dinheiro, etc. Claramente, a sociedade tem de se defender delas aplicando-lhes todo o peso da lei. Tem de procurar desarticular estes grupos, impedir o seu desenvolvimento, bloqueá-los, isolá-los.

Por outro lado, encontra-se o crescimento muito intenso de uma criminalidade juvenil, que começa com actos delinquentes de pequena escala praticados por crianças e jovens em situação de alta vulnerabilidade. A abordagem a este tipo de criminalidade é igual à do crime organizado e tudo indica que, além de se ignorar a possibilidade de recuperação destes casos, se está a piorar todas as condições que os levaram a actos delinquentes.

O efeito é o de gerar "carne para canhão" para o crime organizado. Aumenta-se a possibilidade de que jovens em risco sejam recrutados por estas organizações criminosas, fechando-lhes as oportunidades de que saiam da prática delinquente e deixando-lhes somente com as alternativas e incentivos que os bandos de crime organizado oferecem.

A homogeneização da resposta aos diferentes tipos de criminalidade é, além de destituída de ética, significativamente ineficaz.

2. A abordagem tipo "mão dura" consegue, sem dúvida, fazer com que o número de jovens em prisões aumente. Isto cria um grave problema de amontoamento prisional que tem todo o tipo de repercussão posterior, mas que não resolve a questão da criminalidade.

Provou-se que não há uma correlação estatística significativamente grande entre o aumento dos índices de encarceramento e a redução a médio e longo prazo dos índices de criminalidade.

3. A ideia da "tolerância zero" surgiu em contextos que têm um número reduzido de potenciais infractores. A ideia era originalmente a de aplicar aos comportamentos desviados a máxima vigilância num contexto em que a população tinha um número baixo de pessoas que pudessem ser potenciais delinquentes devido à sua situação de privações básicas. A população que vive abaixo da linha da pobreza não chega a ser, por exemplo, nos EUA, 13% da população.

A situação na América Latina é muito diferente. Aí, a pobreza atinge em média 40% da população e, a níveis mais elevados, chega a atingir 60% em muitos países, entre eles, os anteriormente mencionados (El Salvador, Honduras e Guatemala). Nestas condições a proposta feita pela "tolerância zero" não visa pôr na linha uma minoria, mas sim aplicar "luvas de ferro" à maior parte da população.

É uma proposta que gera pela sua natureza tensões sociais críticas e melindra fortemente todas as dimensões de coesão social.

4. A "mão dura" tem um risco gravíssimo: terminar na "criminalização da pobreza". Começar a considerar "suspeito" todos aqueles que apresentem vestígios de pobreza ou que pertençam a minorias étnicas ou raciais que sejam menosprezadas ou excluídas pela sociedade. Na verdade, acabar por atribuir penas às vítimas de sistemas socioeconómicos que não criam oportunidades reais para todos.

Em vez de colocar toda a ênfase na sua inclusão, as políticas de "mão dura" tornam-se, como destaca Castel (1997), em "estratégias de governança para conter e segregar aqueles que sobram". Numa típica situação representativa de muitas outras similares, um líder indígena argentino denunciou que na sua província havia um delito que não estava legislado, chamando-o "ter cara" – ser detido pela polícia por ter cara de indígena.

Criminalizar a pobreza não resolve problema nenhum. Pelo contrário, agrava os existentes. Gera sociedades com uma agudíssima tensão interna e actua como um multiplicador da pobreza. Como descreve Vacquant (2000): "o encarceramento, além de afectar prioritariamente as camadas mais carecidas: desocupados, pessoas em situação precária, estrangeiros, é por si próprio uma tremenda

máquina de empobrecimento. É útil recordar ininterruptamente as condições e os efeitos venenosos da detenção não só para os encarcerados, mas também para as suas famílias e os seus bairros".

A "mão dura" não dá soluções porque, entre outras, tem todas estas falhas estruturais. Quem se beneficia com ela? Por que vigora? Nas realidades da região, demonstrou-se frequentemente ser um grande instrumento eleitoral. Dá às legítimas ansiedades de vastos sectores da população uma resposta imaginária, uma resposta que depois não se traduz em factos, mas que simplifica a realidade e oferece algum conforto. É uma forma eficaz de demagogia. Por outro lado, adia o confronto com os problemas de fundo que requerem uma abordagem estrutural e profunda. O relatório da USAID sobre a América Central (2006) capta com clareza esta situação. Conclui: "Muitos analistas sugerem que a abordagem dura adoptada pelo Governo tem motivos políticos. É mais fácil golpear quem integra os 'maras' que encarar os problemas sociais mais complicados que se encontram por detrás da sua existência, como a desigualdade dos rendimentos e a pobreza".

2.2 Segundo mito: os países com êxito conseguiram bons resultados porque aplicaram "mão dura"

A "mão dura", na América Latina, "vendeu-se" frequentemente utilizando como argumento central a imagem de que isto é o que fazem os países com êxito, desenvolvidos, que conseguiram reduzir a delinquência. É um argumento que actua como uma legitimação: se os países desenvolvidos o fazem, então é porque é próprio da modernidade e do desenvolvimento. Ao mesmo tempo, cria uma expectativa de "êxito": isto é o que dá resultados. Por outro lado, é eficaz para superar as resistências de pendor humanista. Se os países desenvolvidos o fazem, por que não o fazem os países latino-americanos que têm um problema com umas dimensões muito maiores?

Mas, realmente, isto é o que os países com êxito fizeram e estão a fazer? O argumento tem fundamentos reais? Não parece que tenha quando confrontado com o que realmente acontece. A Finlândia, reconhecida como um dos países líderes neste campo, tem 2,2 homicídios anuais por cada 100.000 habitantes. Conseguiu-o com a "mão dura"? Exactamente o contrário. Tem o menor número de polícias por habitante do planeta. Contudo, conseguiu reduzir o número de presos nas prisões de 4.709, em 1983, para 3.106, em 1990, e 2.798, em 1997, (40% menos em 14 anos) e continuou com esta tendência. Evidentemente há causas estruturais que colaboram para esta situação e que não têm a ver nem com o número de polícias, nem com o crescimento da população encarcerada.

Tendências similares pode observar-se em todos os países nórdicos. A Dinamarca tem 1,1 homicídios por ano por cada 100.000 habitantes, a Noruega 0,9 e a Suécia 1,2. O que gera estas taxas de homicídio baixíssimas se comparadas com as da América Latina não é o modelo policial nórdico, mas sim o reputado modelo de economia, sociedade e coesão social aplicado nestes países.

O argumento habitual omite os verdadeiros casos de êxito, como os mencionados, e costuma basear-se no exemplo dos EUA. Contudo, os EUA são um dos países desenvolvidos que mais dificuldades têm tido em enfrentar o problema da criminalidade. A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2000) situa a taxa deste país em 1998 em 6,9 homicídios por cada 100.000 habitantes em contraste com as taxas de 0,7 da França, 0,6 da Inglaterra, 1,1 da Itália e 0,6 do Japão. Ou seja, a criminalidade nos EUA era quase 10 vezes maior do que a criminalidade na França, Inglaterra e Japão e 6 vezes maior do que na Itália. Sem chegar ao nível de "epidemia", a taxa é problemática.

Mesmo depois de se terem conseguido progressos positivos, a taxa de criminalidade voltou a subir em 2005 e a de 2006 gerou muita preocupação. Os delitos violentos aumentaram 2,5% em 2005 e, nos primeiros 6 meses de 2006, 4%, em comparação com o ano anterior. Em todas as categorias de delito violento observou-se esta tendência ascendente:

Quadro 4
Delitos violentos nos EUA

Aumento no primeiro semestre de 2006 em relação ao primeiro semestre de 2005
§ Roubos aumentaram 9,7%
§ Homicídios aumentaram 1,4%
§ Assaltos graves aumentaram 1,2%

Fonte: Relatório semi-anual sobre o delito do FBI.

O Washington Post (Eggen, 19.12.2006) refere que "os resultados não são uma anomalia, mas sim, segundo os especialistas em justiça criminal, parte do aumento dos delitos violentos desde o início dos anos 90". Entre outras possíveis causas, menciona: "menos postos de trabalho para pessoas com poucas habilitações académicas".

Os estudos mostram que as taxas de detenção são muito mais elevadas entre jovens pobres, especialmente afrodescendente . Estima-se que, em 2005, 17,1% dos menores de 18 anos eram pobres, uma percentagem maior do que as médias gerais. Isto significa que havia 12,3 milhões de jovens pobres. Em Nova Iorque, estima-se que 16% dos jovens de 16 a 24 anos encontra-se fora do sistema do ensino e do mercado de trabalho e que 40% dos homens afrodescendente da cidade estão desempregados.

Numa análise especialmente apresentada no Congresso (Eckholm, 2007), concluiu-se que a pobreza das crianças e jovens custa aos EUA "500 bilhões por ano, uma vez que são menos produtivos, poupam menos dinheiro, cometem mais delitos e têm mais despesas de saúde".

A tentativa de resolver esses problemas com políticas que aumentam a população presidiária parece estar a chegar a um beco sem saída. Há pressões crescentes para reduzir os custos dos estabelecimentos prisionais porque chegaram

a montantes avultados e numerosos governos estaduais estavam a tentar fazê-lo. Estima-se que, actualmente, 2.200.000 americanos estão na prisão, um número 8 vezes superior ao de 1975 e o maior número per capita de presos do mundo ocidental. Os EUA gastam anualmente 60.000.000 milhões de dólares em prisões.

Vacquant apresenta um ilustrativo quadro sobre a diferença entre os EUA e a Europa no que diz respeito ao recurso à prisão:

Quadro 5

Quantidade de presos nos Estados Unidos e na União Europeia, 1997

País	Número de presos	Índice cada 100.000 habitantes
Estados Unidos	1.785.079	648
Portugal	14.634	145
Espanha	42.827	113
Inglaterra/ País de Gales	68.124	120
Alemanha	74.317	90
França	54.442	90
Holanda	13.618	87
Itália	49.477	86
Áustria	6.946	86
Bélgica	8.342	82
Dinamarca	3.299	62
Suécia	5.221	59
Grécia	5.577	54

Fonte: Bureau of Justice Statistics, Prison and Jail Inmate at Mid-Year 1998, Washington, Government Printing Office, março de 1999, para os EUA; Pierre Tournier, Statistique pénale annuelle du Conseil de L'Europe, Enquête 1997, Estrasburgo, Conseil de l'Europe, para a União Europeia.

O índice americano supera grandemente o dos europeus. Vacquant indica também que grande parte dos presos tinham sido condenados por causas muito menores, como pequenos delitos de droga, furtos, ou perturbações da ordem pública. Em 1998, os condenados por litígios não violentos eram mais do que 1.000.000.

A maioria dos presos pertencia a colectivos bem definidos: minorias afrodescendente ou latinas. Dois terços provinham de lares onde se vivia abaixo da linha da pobreza.

O New York Times (25.01.2007) afirma no seu editorial que a insistência nas prisões criou "uma crescente casta de presos, agora são 16 milhões de presidiários e ex-presidiários que, muitas vezes, voltam para a prisão, empurrados por políticas que tornaram impossível o encontro de trabalho, casa ou educação quando em liberdade".

Denuncia que se criou uma "porta giratória" que é imprescindível fechar. Assinala: "a única forma de verdadeiramente reduzir a população encarcerada é assegurar que o encarceramento seja um método a recorrer em última instância. É preciso abandonar as leis e as sentenças que encheram as prisões com delinquentes não violentos, os quais estão destinados a ficarem presos entre os contornos da marginalidade social".

Há fortes pressões para substituir a prisão pelo tratamento nos casos de toxicodependência. Calcula-se que cada dólar gasto na reabilitação da droga rende 7 a 8 dólares por redução do delito e aumento da produtividade.

De facto, as prisões são um método com graves consequências. Um estudo no prestigiado New England Journal of Medicine (The Washington Post, 11.01.2007) sobre 30.327 presos libertos entre 1999 e 2003, demonstrou que a probalidade de morrer depois de estarem em liberdade devido a uma overdose de droga era 12 vezes maior do que a média da população e que a possibilidade de serem assassinados era 10 vezes maior.

A ausência de correlação entre o tamanho da população encarcerada e a redução da criminalidade observa-se claramente no caso americano. O número de presos aumentou fortemente nos EUA entre 1985 e 1993 e o delito aumentou consideravelmente nesse mesmo período. O mesmo aconteceu como tendência no conjunto das últimas décadas. Em Idaho, o Estado onde a população encarcerada cresceu mais na década de 1992-2002, o aumento foi de 174%. Paralelamente, durante essa década, os delitos aumentaram 14%. West Virginia é outro Estado onde o número de presos aumentou 171% nesse período e a delinquência subiu 10%.

Perante esses factos, alguns Estados tradicionalmente mais conservadores, como Louisiana e Mississipi, aprovaram reformas para reduzir a punição. Outros, como Kansas e Nebraska, estão a procurar substituir o investimento na expansão das prisões por um investimento maior na reabilitação da droga.

Na América Latina, os partidários da "mão dura" apresentam frequentemente o exemplo das contestadas épocas de "tolerância zero" em Nova Iorque. Os críticos dessas épocas mencionam factores como o aumento em grande escala das despesas em polícia e do número de forças policiais, das denúncias por discriminação e abusos, da deterioração das relações entre as comunidades afro-americanas e hispânicas e a polícia.

É muito menos conhecido o caso das cidades que mais conseguiram reduzir o delito nos Estados Unidos, como San Diego e Boston. Entre 1993 e 2001, a taxa de homicídios de San Diego diminuiu 62%. No mesmo período, houve 25% menos sentenças de prisão. Subjacente a este êxito está uma abordagem que integrou o trabalho da polícia, as entidades municipais, as principais instituições da sociedade civil e os próprios grupos pobres para prevenir e criar oportunidades para a população vulnerável.

A cidade desenvolveu uma polícia denominada "de proximidades", que enfatiza o trabalho com a comunidade. Os delitos e as denúncias diminuíram fortemente e houve um significativo aumento da popularidade da polícia. O número de polícias por habitantes é três vezes menor ao de Nova Iorque.

Em Boston, a operação "Cessar-Fogo" conseguiu fazer com que o número de homicídios diminuísse no final dos anos 90. Em apenas 12 meses, a redução foi

de dois terços. Formou-se um grupo de trabalho com representantes de todas as entidades que tinham a ver com o delito e as principais entidades comunitárias. Os actores foram ganhando confiança uns nos outros e reconhecendo a necessidade de trabalhar em conjunto. Deu-se ênfase à supressão da circulação de armas. Por outro lado, procurou-se falar com os próprios bandos de jovens através de actores como as igrejas, para lhes dar oportunidades de opções positivas para o seu futuro e, ao mesmo tempo, transmitir a firmeza da decisão comunitária de reduzir drasticamente o delito e apresentar os riscos que corriam quem não aproveitasse esta oportunidade de "cessar-fogo". Essa operação incluiu também programas de formação para mudar os métodos de trabalho habituais da polícia com os bandos.

Segundo vários analistas, as diferenças entre os resultados desta abordagem e os da "tolerância zero" em Nova Iorque em certas épocas são significativas. Entre 1993 e 1996, o número de detenções diminuiu 15% em San Diego, enquanto, em Nova Iorque, aumentou 24%. Em 1996, no apogeu da "tolerância zero", prenderam-se 314.292 pessoas em Nova Iorque. O número de detenções por infracções menores, por posse de droga, por exemplo, duplicou, passando a 1.000 detenções por semana. Ao passo que as queixas contra a polícia diminuíram 10% em San Diego, em Nova Iorque subiram 60%.

Na América Latina, a tendência para o encarceramento levou a situações quase limites. Além de não resolver o aumento das taxas de criminalidade, criou-se em diversos países um problema de gestão penitenciária muito difícil.

O Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a prevenção do delito e o tratamento da delinquência (Carranza, ILANUD, 2006) estima que a densidade da população presidiária era, em 2002, 209% nas Honduras, 162% em El Salvador e 137% no Panamá.

Mas, não se trata só de uma questão de que o número de presos excede totalmente a capacidade dos estabelecimentos prisionais. Há também a questão do espaço disponível para cada preso, o qual viola todas as regras. A ILANUD assinala que, nalgumas prisões o espaço para cada preso numa cela é de 15 cm, em contraste com os 10 m^2 que se consideram adequados na Europa, ou os 14 m^2 na Holanda. O Director do Instituto Elías Carranza ilustra esta situação: "se todos

estiverem fora das suas camas, não cabem". Este amontoamento tem consequências muito graves e fomenta motins.

A "mão dura" dá origem a cenários desta ordem. O contrário observa-se no caso das abordagens integradas, que não só geram uma população presidiária reduzida, mas também tratam com orientação persistente a reabilitação.

É o caso da Costa Rica, onde a visão adoptada há décadas é desse tipo. Aí, a taxa de homicídios é de 5,4 por cada 100.000 habitantes. O número de presos é de 8.000 e as políticas são orientadas para a reabilitação.

O Director do Sistema Penitenciário Nacional, Reynaldo Villalobos (2006), resume essa orientação declarando: "A nossa filosofia no sistema penitenciário parte da premissa de que quem se vê privado de liberdade é um ser humano que tem direitos fundamentais tutelados pela Constituição, como é o direito a estudar ou a trabalhar"; 70% da população presidiária trabalha na agricultura, abastecendo o próprio sistema prisional com alimentos, ou em outros ofícios como a carpintaria. Os presos são, por exemplo, os principais fornecedores de carteiras escolares do Ministério da Educação e produziram 400.000 carteiras nos últimos 5 anos; 33% dos presos estudam. O sistema penitenciário está obrigado a dar cursos de alfabetização, de escolaridade primária, secundária e de nível universitário aos presos que quiserem estudar. Garantem também aos presos, respeitando estritamente os seus direitos constitucionais, um sistema de telefone público, o direito à saúde e o direito a estarem totalmente informados sobre o que se passa no país e no mundo. Um resultado destas prisões, onde 99% dos presos têm uma ocupação, é que não houve nenhuma tentativa de motim nos últimos 18 anos.

O mito de que a "mão dura" soluciona o problema se desvanece quando se contrasta com os dados empíricos. A "mão dura", com os seus fracassos, prepara o terreno para problemas sociais mais graves e para a sua perpetuação. Como resume De Giorgi (1997): "o problema fica intacto, as características estruturais continuam a não ser observadas; os projectos servem para legitimar a procura de novos projectos por as patologias continuarem a manifestar-se".

2.3 Terceiro mito: as verdadeiras causas da criminalidade são pouco conhecidas

A "mão dura" actua sobre os comportamentos finais, como se observou, com resultados duvidosos. Concentra-se nos sintomas da epidemia de criminalidade, sem aprofundar as causas que a determinam.

Quando a criminalidade é, como no caso da América Latina, um comportamento que afecta sectores tão amplos da população jovem, é imprescindível averiguar o que leva tantos jovens a adoptar condutas nesse sentido. Quando se consegue introduzir o tema no debate só centrado numa abordagem policial, muitas vezes, argumenta-se que "se sabe pouco", que "é uma espécie de terreno misterioso", "que é um enigma" e, às vezes, fazem-se esforços sistemáticos para tentar demonstrar que a criminalidade não tem causas de ordem social. Deste ponto de vista, deriva um entendimento da criminalidade como um comportamento individual, devendo ser tratada como tal, com punição pessoal.

É imprescindível devolver ao tema o olhar penetrante de Durkheim. Durkheim observou que nos bastidores dos suicídios e dos comportamentos desviados do seu tempo havia um grande problema de anomia, ou de "imaginação sociológica" como Wright Mills referiu, devendo-se procurar captar as conexões entre as biografias individuais e o contexto global. O índice da taxa de homicídios na América Latina indica um caso de epidemia. E, se esta taxa cresce com a proporção que cresceu e está fortemente associada à população jovem, deve haver causas estruturais em jogo.

Quando se procura encontrar, explorando correlações estatísticas sistemáticas, a que factores o crescimento da criminalidade na região está vinculado, é possível identificar que a médio e longo prazo há correlações robustas, entre outras, com três grandes conjuntos de variáveis: as condições sociais básicas, especialmente, a evolução da taxa de desocupação juvenil e as oportunidades de emprego; os níveis de educação; e o grau de articulação com as famílias.

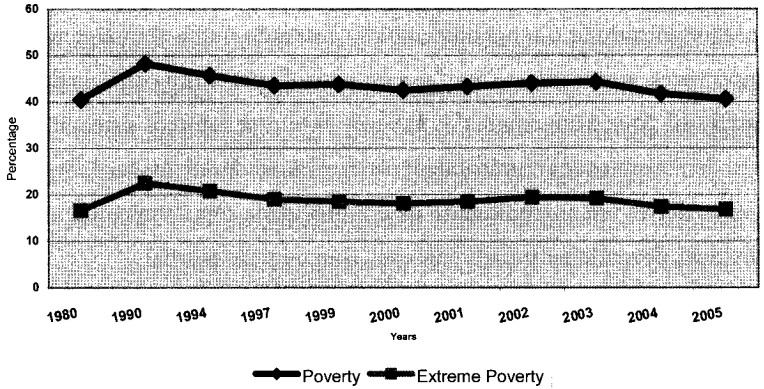
2.4 Uma situação social crítica

Os indicadores sociais da América Latina demonstram a presença de uma pobreza estendida, de carácter persistente e com um importante componente de pobreza extrema.[1]

A evolução dos casos de pobreza e de pobreza extrema nos últimos 25 anos foi a seguinte:

Gráfico 3

Pobreza e Pobreza Extrema da América Latina 1980-2005



Fonte: CEPAL. Panorama Social de América Latina. 1996-2005

Pode ver-se que a pobreza abarca 40% da população e que esta percentagem se manteve com poucas variações no último quarto do século. A pobreza extrema, que compreende as pessoas que não têm o rendimento mínimo para satisfazer a necessidade mais básica de alimentação, abarca quase metade da pobreza total.

A percentagem da população em pobreza está quase estancada em relação a 1980. O aumento em termos absolutos das pessoas pobres foi muito significativo. Passaram de 146.000.000, em 1980, para 227.000.000, em 2005. Os casos de pobreza extrema, por sua vez, passaram a ser de 60.000.000, em 1980, para

1. O autor analisa detalhadamente a problemática social da região na sua obra "Más ética, más desarrollo" (editada em Espanha pelo Instituto Nacional de Administración Pública, 2006)

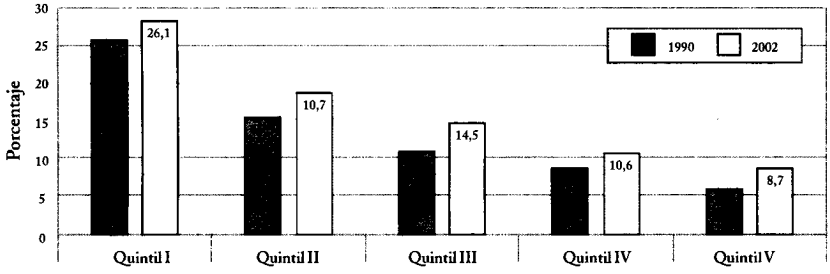
94.000.000, em 2005. Houve melhorias em 2005 e 2006, mas não suficientemente significativas para mudar o panorama global de pobreza estendida e persistente.

Dentro desses valores, os jovens apresentam níveis de pobreza e de pobreza extrema maiores do que a média. Entre outros países, na Argentina, em 2003, 54% dos jovens de 14 a 22 anos eram pobres; no Panamá, 57% de toda a população pobre tinha menos de 20 anos.

As taxas de desemprego subiram sensivelmente no último quarto do século, começando só a diminuir nos últimos dois anos. Em 1980, a taxa era de 6,1%, em 1990, 8,3%, em 2000, 10,9%. Neste último ano, a taxa de desocupação entre os jovens de 15 a 24 anos, foi 2,5 vezes maior do que a elevada taxa geral. Na maior parte dos países, a taxa de desocupação jovem teve uma tendência para ser mais do que duas vezes superior à geral.

Pode observar-se, em seguida, a taxa de desemprego jovem por quintas partes da população nos anos 1999 e 2002.

Gráfico 4
América Latina (17 países): Taxa de desemprego entre os jovens de 15 a 29 anos de idade, segunda a quinta parte do rendimento *per capita* do agregado familiar, total nacional, por volta de 1999 – por volta de 2002 (em médias simples)



Fonte: CEPAL (2004). La Juventud en Iberoamérica. Com base nas tabulações especiais dos inquéritos a agregados familiares dos países.

Em 20% dos jovens mais pobres a taxa de desemprego era em 2002 de 26,1%.

Em toda a década de 90, o desemprego cresceu muito fortemente entre a população jovem, como se pode observar:

Quadro 6

Taxa anual média de desemprego juvenil, por países da América Latina, 1990-1999

País	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Argentina 15-24	15,2	12,3	13,0	-	21,2	30,1	31,1	27,2	24,4	26,4
Bolívia 20-29	9,5	7,3	7,0	8,2	4,5	5,4	-	-	-	-
Brasil 18-24	-	9,1	11,2	10,3	9,6	9,3	10,5	11,4	14,3	15,0
Chile 20-24	12,0	12,4	10,3	10,2	11,9	10,1	12,2	13,6	15,1	20,5
Colômbia 20-29	15,1	15,1	15,2	12,4	13,2	13,0	15,6	18,1	21,7	26.0
Equador 15-24	13,5	18,5	17,3	15,7	14,9	15,3	20,0	19,4	22,6	-
México 20-24	-	-	4,4	5,7	6.0	9,9	8,8	6,5	5,9	4,8
Paraguai 20-24	14,1	9,5	7,3	8,8	5,5	7,8	12,6	31,5	-	-
Peru 14-24	15,4	11,2	15,8	16,1	13,7	11,2	14,9	12,7	14,1	17,1
Uruguai 14-24	26,1	27,9	24,4	23,3	25,5	25,5	28,0	-	-	-
Venezuela 15-24	18,0	15,8	13,4	13,0	15,9	19,9	25,4	23,1	21,9	27,9

Fonte: Elaboração da OIT, com base na informação das investigações por domicílios dos respectivos países em CEPAL, Juventud, Población y Desarrollo en América Latina y el Caribe, 2000.

O quadro de pobreza persistente e o elevado índice de desocupação tiveram um impacto particularmente forte nos jovens. Por outro lado, a realidade indica que são como a "variável de ajustamento". Na crise, são os mais afectados e, nas recuperações, os últimos beneficiados.

Estas condições sociais hostis para a entrada e permanência no mercado de trabalho de milhões de jovens latino-americamos deixaram-nos de "fora" num momento decisivo das suas vidas.

O trabalho é na juventude a forma de subsistência, de se inserir na sociedade e de tecer relações sociais essenciais. Tudo isto lhes foi vedado pela pobreza e a desocupação persistentes.

Estima-se que nos finais de 2005, 1 de cada 4 jovens latino-americanos estava em situação de exclusão, fora do mercado de trabalho e fora do sistema educativo. Esta situação, uma antítese da coesão social, converte este enorme sector de jovens num "vulcão social" e coloca-os em condições graves de vulnerabilidade ao delito.

A correlação entre estas condições e o aumento de delitos na região é muito consistente. No caso da Argentina, por exemplo, como se viu, a taxa de desocupação juvenil cresceu de 15,2 em 1990 para 26,4 em 1999.

O número de delitos aumentou muito fortemente nessa década e, entre eles, particularmente, os cometidos por jovens. Um relatório sobre delitos cometidos por menores na grande área metropolitana de Buenos Aires (Guemureman, 2001) mostra que passaram de 17.678 em 1990 a 26.827 em 1998. Nesses 8 anos de aumento de pobreza e de desemprego, o número de delitos aumentou 51%. Observa-se a mesma tendência noutras jurisdições, como a da Província de Buenos Aires.

Os números não surpreendem quando se adverte que, em 1999, do total da população jovem de 15 a 24 anos, que somava 6.337.000, 44% não frequentava nenhum estabelecimento escolar e metade também não tinha trabalho ou emprego remunerado. Havia, portanto, 1.300.000 jovens que estavam "fora" de tudo. A propósito, Guemureman (2001) afirma "que o debate sobre a insegurança

em relação aos adolescentes e jovens não pode reduzir-se meramente à questão da delinquência... deve considerar a verdadeira violência que é a exclusão social".

O panorama da falta de saídas é o que países com criminalidade elevada apresentam, como são os casos, entre outros, de Guatemala, El Salvador e Honduras. A USAID (2006) descreve assim o contexto da vulnerabilidade ao delito em Guatemala: "os membros dos 'maras' vêm de áreas urbanas pobres e marginalizadas e são produto de um meio ambiente caracterizado por serviços ineficazes, exclusão social, capital social débil, famílias desintegradas e amontoamento".

A relação com o Estado, para muitos destes jovens, é totalmente negativa – é a repressão policial. O relatório da USAID sublinha que "muitos dos jovens nunca experimentaram uma só interacção positiva com o Estado. Frequentemente, a sua única vivência do Estado é a polícia a deter e prender pessoas".

2.5 A exclusão do sistema educativo

Quanto mais elevados forem os níveis de educação de uma população, menor será o número de delitos. Está provado em numerosos estudos comparados que uma das intervenções preventivas de maior impacto no que diz respeito à delinquência é a educação.

A Organização Pan-Americana da Saúde (1998) conclui nos seus estudos sobre a epidemia da violência que "é claro que as intervenções que aumentam o êxito escolar e os anos de escolaridade podem reduzir o número de episódios de violência durante a infância e posteriormente. Qualquer coisa que melhore a educação provavelmente reduz também o risco de violência entre crianças e jovens".

Embora tenha havido na região progressos consideráveis ao nível da educação, que levaram a que mais de 90% das crianças começassem a escola primária e à redução significativa do analfabetismo, as taxas de insucesso e de abandono escolar são muito elevadas. Estão directamente ligadas aos altos níveis de pobreza e de desigualdade da América Latina. As taxas de escolaridade dos 10% mais ricos superam os 12 anos, as dos 30% mais pobres são 6 anos menores.

As crianças de agregados familiares mais pobres têm uma probabilidade alta de não acabar a escolaridade primária ou a secundária porque devem, em muitos casos (a OIT estima que há mais de 18 milhões de crianças com menos de 14 anos a trabalhar na região), porque há um problema de desnutrição, ou porque as suas famílias estão desarticuladas e não as podem apoiar, como seria necessário, nos seus estudos. Só 40% dos jovens latino-americanos termina a escola secundária em contraste com os 85% nos países da OECD.

É típico que, nas famílias de classe média ou alta, o nível de escolaridade seja maior. Perante um mercado de trabalho cada vez mais exigente, a família apoia os filhos para que continuem a estudar e aspirem ter uma licenciatura ou uma pós-graduação. Em contraste, nas famílias pobres, a tendência é a de aproveitar qualquer oportunidade para conseguir uma entrada de dinheiro. Por muito pequena que esta seja, pode significar muito para o núcleo familiar mesmo que isso limite os anos de escolaridade. Esta situação faz como que a diferença em termos de anos escolaridade entre jovens de classe média ou alta e jovens pobres tenha tendência a aumentar. Logicamente, a competitividade dos pobre no mercado de trabalho é fortemente afectada por estes processos.

A vasta população jovem com baixos níveis de escolaridade da região é mais vulnerável ao delito. Um estudo na Argentina revelou que só 5% dos presos tinham a escolaridade secundária completa. Outro, no Peru, descobriu que 67% da população tinha terminado a escola secundária, contudo, nas prisões, 61% não a tinha acabado e 22% não tinha sequer concluído a escola primária.

2.6 A família: instituição-chave para a prevenção do delito

Os estudos são muito significativos. No Uruguai, a investigação de Kaztman (1997) sobre os jovens internados demonstra que dois terços provêm de agregados familiares formados por um só cônjuge. Dados similares foram encontrados nos EUA sobre amostras amplas da população (Whitehead et al, 1993).

Se a família for articulada e funciona, gera continuamente uma educação de vida anti-delito. Fá-los através de mensagens explícitas e implícitas, como é o comportamento diário dos pais. Transmite valores éticos diariamente que, posteriormente, serão muito relevantes nas situações difíceis. É um instrumento fundamental de socialização positiva.

Por outro lado, exerce continuamente a tutoria dos jovens quando estes se encontram em dificuldades.

Todos estes papéis não são substituíveis por nenhuma instituição e tornam a família num elemento-chave fundamental na prevenção contra o delito.

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2003) assinala que: "Os resultados de estudos realizados nos Estados Unidos, Nova Zelândia e Reino Unido indicam que as crianças que crescem em famílias monoparentais estão expostas a um risco maior de violência. Por exemplo, um estudo de 5.300 crianças na Inglaterra, Escócia e País de Gales revelou que a experiência de separação dos pais entre o nascimento e os 10 anos aumentou a probalidade de ser condenado por actos de violência antes dos 21 anos. Num outro estudo levado a cabo em Dunedin, Nova Zelândia, "o facto de viver aos 13 anos com um pai ou com uma mãe solteiros permitiu prognosticar sentenças por violência antes dos 18 anos".

Os dados são igualmente categóricos relativamente se as famílias estão internamente desintegradas e se há violência doméstica. Ambas as circunstâncias aumentam notavelmente as possibilidades de que, quando as crianças chegarem à idade adulta, repitam os comportamentos de violência doméstica e sejam propensos à violência em geral.

A América Latina apresenta um panorama complexo nesse aspecto crucial. Há vários tipos de famílias, mas, segundo estudos (CEPAL, 2004) predomina a família nuclear. Embora exista um forte apego cultural à família e esta seja altamente valorizada pelos jovens (Kliksberg, 2006), a pobreza persistente colocou muitas famílias em tensão extrema e levou-as, muitas vezes, à desfragmentação.

Em muitos casos, o cônjuge masculino abandona o lar. Em muitas casas, a mãe é o único adulto responsável pela família.

As mães pobres chefes de família são um grupo numeroso nesta região, sendo em muitos países a situação que caracteriza 30% dos aglomerados familiares. O seu papel tem um valor incalculável. Sustentam famílias em condições muito difíceis, com esforços muitas vezes heróicos. Segundo as estimativas de CEPAL, a pobreza latino-americana seria 10% maior sem o seu exemplar contributo. No entanto, não podem desempenhar os dois papéis e o do cônjuge masculino aparece muitas vezes como sendo significativo nos estudos, como um modelo de referência para os jovens.

A família debilitada cria uma vulnerabilidade importante, aumentando o risco de delito.

Numa visão de conjunto, as causas da epidemia da criminalidade não são misteriosas. A América Latina, nas últimas décadas, tem vivido um agravamento dos problemas sociais e das desigualdades. Este agravamento multiplicou os factores de risco no que diz respeito à delinquência. A combinação de jovens em situação de exclusão, que não têm como entrar no mercado de trabalho, com uma escolaridade baixa e famílias desarticuladas, cria um grupo enorme de jovens expostos.

Estes jovens são uma espécie de mercado cativo para o recrutamento do crime organizado. Perante a total falta de alternativas e o sofrimento quotidiano que implica a sua situação de exclusão, aparecem as propostas de paraísos económicos, num contexto em que estão praticamente "encurralados" pela exclusão e as suas defesas educativas e familiares são muito baixas .

A "mão dura" não chega sequer a arranhar estas causas estruturais do delito. Tende mesmo a piorar o ambiente diário destes jovens ao generalizar o seu carácter de potenciais suspeitos e acentuar com isso a sua exclusão. Por isso, os seus resultados são tão fracos. Uma abordagem dirigida às razões estruturais do delito pode conseguir resultados diferentes.

A OMS (2003) refere investigações sobre esta questão, como as de Pampel e Gartner (1995). Estes investigadores criaram um indicador para medir o desenvolvimento das instituições nacionais responsáveis pela protecção social colectiva. Nos países com um crescimento similar da sua demografia jovem, havia aumentos díspares nas taxas de homicídios dependendo da solidez das instituições nacionais. Messner e Rosenfeld (1997) analisaram a relação entre os investimentos mais elevados em assistência social e homicídios. O aumento dos primeiros diminuía as taxas de homicídios. Também, verificaram que os países que protegiam mais as populações vulneráveis das forças do mercado, através de redes de segurança económica tinham menos homicídios. Briggs e Cutright (1994) descobriram em 21 países uma correlação entre o investimento em segurança social e o número de homicídios.

2.7 Quarto mito: a abordagem integrada só produz resultados a longo prazo

Quando, na análise da criminalidade, se consegue mudar de uma lógica puramente policial para uma lógica integrada, que tem em consideração as suas verdadeiras causas, surge um último contra-argumento que impede a completa aceitação da lógica integrada. Argumenta-se que é uma abordagem que só produzirá resultados a longo prazo e que é preciso que a resposta à criminalidade seja dada já. Este tipo de atitude é fortemente apelativa porque oferece à população, legitimamente alarmada, um solução supostamente "imediata" em oposição ao atraso da data indefinida.

No entanto, a proposta é uma falácia e levará a simulacros de soluções e a que o problema se mantenha sem grandes alterações. Perante uma recente onda de delitos criminosos em Nova Orleães e a oferta de multiplicar a repressão policial um ex-fiscal, Malveau, declarou (2007): "Podem pôr um polícia em cada esquina, mas não vão impedir que os assassinatos tenham lugar. Enquanto houver uma grande número de pessoas sem educação, nem trabalho, nem esperança, que outra

coisa podem esperar que se faça senão vender droga? Até isto não se resolver, será difícil que os problemas desapareçam".

As soluções estruturais podem significar mudanças que requerem prazos significativamente longos, mas só o assumir de uma lógica integrada é que permitirá avançar com programas no sentido que pode dar bons resultados. Estes programas por si próprios não resolvem todo o problema, mas claramente podem dar lugar a resultados significativos e mostrar que há "uma luz no final do túnel".

Os exemplos têm sido constantes na América Latina. A experiência de Escolas Abertas no Brasil, na última década, levada a cabo pelo Ministério da Educação com o apoio da UNESCO abriu as escolas aos fins-de-semana nas favelas para oferecer aos jovens em situação de exclusão formação musical, artística, literária, desportiva e técnica.

O êxito foi muito grande. A assistência dos jovens foi massiva e adoptaram como suas as escolas nesse enquadramento livre e atractivo e as suas famílias começaram a vir com eles aos fins-de-semana. A violência reduziu-se no interior das escolas e em geral.

Um estudo sistemático da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), da Fundación Kellogg e do BID – "Cultivando vidas, desarmando violências" (Castro et al, 2001) – sobre numerosas experiências levadas a cabo com a mesma filosofia de base, encontrou um elevado grau de êxito. Verificou (Abramavoy et al, 2002) entre as causas de êxito que: "a arte, a educação, o desporto e a cultura aparecem sempre como contraponto a situações de vivência de violência entre os jovens. Podem ser utilizados para a construção de espaços alternativos de socialização que permitem que os jovens se afastem da rua, sem lhes negar meios de expressão e de verbalização dos sentimentos de indignação, protesto e afirmação positiva das suas identidades".

Estas experiências tendem a ser "uma ponte" para os excluídos, os quais, com esta ponte, desconstroem a situação sem saída em que estão encerrados.

Quando, em estudos do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), se interrogaram membros dos "maras" sobre por que permanecem nestes grupos se a possibilidade de serem assassinados a breve prazo era muito alta, a resposta foi do tipo: "Onde querem que estejamos se este é o único lugar onde somos aceites?". O Relatório da USAID (2006) descreve assim um típico membro de um "mara": "Roberto, 16 anos, diz que se uniu ao bando porque quer amor e respeito". As aberturas à inclusão rompem a armadilha em que os jovens excluídos estão presos.

Os resultados podem ser imediatos, como o foram nas experiências no Brasil anteriormente mencionadas, ou a desenvolvida na Venezuela por Vollmer, comentada nos principais jornais diários americanos, que conseguiu desarticular um bando de delinquência rural oferecendo aos seus membros um programa de trabalho sistemático.

Obtiveram-se igualmente resultados em áreas residenciais inteiras, em prazos reduzidos. Como aconteceu em Cali com os programas de desenvolvimento de bairros dos anos 90. Estes programas compreenderam: a legalização dos títulos de propriedade das casas para os invasores de terrenos, a provisão de obras públicas, serviços de saúde e espaços de recreio, e a formação e apoio para a criação de microempresas.

Entre os resultados obtidos encontram-se (Organização Pan-Americana da Saúde, 1998): "Nestes anos melhorou notavelmente as condições de vida dos bairros onde estas actividades se realizaram com êxito. O desenvolvimento bem-sucedido dos bairros parece também reduzir o recrutamento dos bandos criminosos tanto com o aumento das actividades recreativas, como com a melhoria das possibilidades de emprego".

Um eixo-chave para a obtenção de melhorias na criminalidade, e com resultados em prazos curtos, é o apoderamento das associações de vizinhos. Vários estudos sugerem que o investimento no seu fortalecimento, formar os seus líderes, dar-lhes confiança, é activar um capital social que pode ser fundamental para prevenir

a criminalidade. Isto verificaram Saeger, Winkel e Swartz (University of New York, 2002) em zonas pobres de Brooklyn, Nova Iorque, ao observar que formalizar as associações de vizinhos de zonas pobres, aumentar a participação nelas e fortalecê-las levou à redução de vários tipos de delitos, entre 6 a 12 meses depois.

No mesmo sentido, a organização Viva Rio, que trabalha em favelas no Rio de Janeiro verificou (Sussekind 1996) que: "a democracia comunitária pode ser um eficaz antídoto contra o crime... a maioria prefere viver legalmente, aceitar os esforços de quem os ajuda e ajudar-se a si próprios".

3. Na encruzilhada

Os cidadãos latino-americanos estão alarmados com razão perante a subida do índice de criminalidade. O assunto é notícia central diária dos meios de comunicação, forma parte da experiência quotidiana e aparece nos primeiros lugares das consultas de opinião.

É preciso actuar, mas a grande pergunta é: qual é a direcção apropriada? Tem havido uma tendência para predominar uma lógica que actua com base nos quatro mitos analisados e em outros similares. Essa lógica implica uma concepção fundamentalmente punitiva do problema. Tem "sex appeal" e é fácil de vender porque promete soluções imediatas e dá a sensação de que está a operar activamente.

No entanto, a experiência da América Latina, e internacional, indicou o quão limitada é essa lógica. A melhoria das forças policiais é um elemento imprescindível de qualquer abordagem, mas há uma diferença substancial entre vê-lo como elemento integrante ou como a forma principal de resolver o problema e concentrar todos os esforços nesse sentido.

Como essa lógica não responde à complexidade do problema, os resultados podem inclusive chegar a reforçar as causas estruturais que estão a contribuir para ele e a deteriorar ainda mais a precária coesão social da região. Segundo os estudos do BID, nos finais dos anos 90, um país como o Brasil gastava em segurança pública e privada 10,5% do seu Produto Interno Bruto. Isto equivalia ao Produto Bruto

anual do Chile. A produção anual de todo o Chile investida em polícia. Contudo, os índices de criminalidade não melhoraram. O mesmo acontecia, de acordo com estes estudos, com a Colômbia, que gastava 24,7% do Produto Bruto, e o Peru, onde se gastava 5,3% do Produto Bruto.

Por outro lado, esta lógica leva, como se viu, a um sério aumento das tensões da relação entre a polícia e os grupos pobres da população, deteriorando-as inevitavelmente. E comporta uma ameaça maior, que é a retorcida criminalização da pobreza.

É uma lógica que coloca as próprias forças policiais numa situação muito difícil. A opinião pública espera delas os resultados "mágicos" que elas não podem conseguir e, por conseguinte, acusa-as de ineficácia. Na realidade, são responsabilizadas totalmente por algo cujas verdadeiras causas não tratam porque o seu âmbito de acção não exerce influência sob as razões estruturais que levam a um aumento da criminalidade.

Existe a possibilidade de considerar na região outra lógica – uma lógica integrada –, que deriva da ideia de coesão social, de estudos sobre as verdadeiras causas da violência e dos modelos e experiências de êxito a nível internacional e regional. Esta lógica, esboçada neste trabalho, destaca que é preciso diferenciar os vários tipos de violência e entender a epidemia da criminalidade juvenil no contexto global da região.

É uma epidemia que está profundamente ligada, através de múltiplas mediações, às condições de pobreza, falta de oportunidades e exclusão social, que afectam vastos sectores da população. Também, ao facto de uma das causas principais da pobreza a que se associa derivar, segundo indicado em múltiplas análises (CEPAL, IPEA, PNUD, 2003; CEPAL 2005), de a América Latina ser a região onde há maior desigualdade. Os 10% mais ricos da população têm 48% dos rendimentos e os 10% mais pobres 1,6%. A diferença é 50 vezes maior do que em muitos países. No Brasil é 54 vezes maior, na Colômbia, 57,

na Guatelama, 63. Em contraste, no Canadá a diferença é de 9,4 vezes e, na Espanha, de 10,3.

Isto cria "armadilhas de pobreza": vastos sectores da população que têm destinos quase certos. Famílias cujas crianças não podem terminar a escola primária ou secundária, não têm saneamento básico, nem acesso à saúde, e vivem outras carências básicas. As crianças de famílias nestas condições, quando jovens, não podem entrar na economia formal e acabam por formar famílias quase condenadas a repetir o mesmo destino a não ser que haja políticas públicas positivamente agressivas que abram oportunidades.

A pobreza, a desigualdade e a exclusão criam enormes tensões. Múltiplos estudos encontraram uma elevada correlação entre desigualdade e violência. Entre outros, Fajnsilber, Lederman e Loayza (1996) encontraram numa investigação sobre 45 países que as grandes desigualdades favoreciam a taxa de homicídios.

A lógica integrada parte da ideia de coesão social. Segundo o Conselho da Europa (2004), a coesão social é a capacidade de uma sociedade para assegurar o bem-estar de todos os seus membros minimizando as disparidades e evitando a polarização. A epidemia de criminalidade juvenil é um indicador muito contundente de que as sociedades da região têm sérios problemas de coesão social. Surge, como se observou, da sua incapacidade para assegurar o bem-estar colectivo, reduzir as desigualdades e gerar equidade. Por outro lado, tratar este grande problema com a lógicas da "mão dura" acentua todos estes elementos. Coloca ainda mais à margem da sociedade os sectores mais afectados pela exclusão e as disparidades e, frequentemente, coloca-os em "becos sem saída".

A lógica convencional puramente punitiva aumenta os défices de coesão social da região. Ao mesmo tempo, não proporciona um alívio real para o problema. Como adverte o destacado especialista em direito penal espanhol Javier de Vicente Remesal (2006), referindo-se às propostas de maior punição para os jovens: "Aplicar penas mais duras não é determinante quando se quer acabar com o delito".

É preciso um grande pacto social para enfrentar a criminalidade através de estratégias que construam coesão social. A lógica integrada propõe abordar a criminalidade, através das políticas públicas em aliança com a sociedade civil e a responsabilidade social empresarial, as causas estruturais do delito, gerando inclusão, protecção social e oportunidades.

A delinquência juvenil reduz-se investindo mais na educação, criando oportunidades de trabalho para os jovens e fortalecendo a família. Por outro lado, deve juntar-se a isto, uma abordagem renovada da acção da polícia, em que a polícia passa ser uma entidade comunitária ou próxima que actua na criação de concertações estratégicas com diversos sectores da comunidade para prevenir o delito e sancioná-lo. Tudo isto deve ser complementado por um sistema penal orientado para a reeducação e a reinserção através de estratégias concordantes.

Num continente como a América Latina, onde, através da democracia, amplos sectores da população estão a exigir e a dar impulso a mudanças profundas no sentido de sociedades inclusivas, a lógica começa a ter uma base de apoio social cada vez mais significativa. Os exemplos de documentos são vários, como o que recentemente subscreveram o governo da Província de Buenos Aires, uma das áreas com maior delinquência da Argentina, e algumas das principais forças sociais (Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2006) denominado "Seguridad: hacia un Nuevo consenso democrático". Este documento declara:

"Deve ser erradicada a falsa premissa instalada na nossa sociedade, por interesses, omissão ou ignorância, de que na luta contra o delito só têm êxito o aumento das penas, das prisões e da população presidiária, do encarceramento de crianças que vivem na rua fundamentado por motivos tutelares. Uma premissa em que se depositam muitas considerações em termos de garantias".

No documento propõem-se: "Em vez disso, devemos construir um novo conceito de segurança cidadã que inaugure um novo discurso, incorpore como tema central a exclusão social em todas as suas manifestações e elabore uma estratégia

de inclusão". O presidente do país, Kirchner, enfatizou que "a segurança não se constrói com um pau na mão".

No Brasil, um dos países mais afectados pela criminalidade juvenil, o seu Presidente Lula sublinhou repetidas vezes que o problema está ligado à desocupação juvenil. Lula criou, entre outros, um programa de primeiro emprego destinado a unir governo e empresas privadas para dar a possibilidade de um primeiro emprego aos jovens e afirmou que "é mais barato e eficaz construir uma sala de aula do que uma cela".

A América Latina está numa encruzilhada com todo o tipo de implicações sobre o seu futuro nesta questão crucial. Deve escolher entre a "mão dura" nas suas diversas variantes e o dar o salto para uma lógica diferente como a que expressam novos consensos como o anteriormente mencionado.

Chegou o momento de ajudar, através da melhoria substancial da qualidade do debate público sobre o problema, de estudos comparados e de propostas concretas, a mudar colectivamente a orientação quase automática para a lógica convencional punitiva, o fazer "mais do mesmo", que está a gerar tão poucos resultados e tantos danos à coesão social; e a substituir dita orientação por uma saída real, ética e humana.

4. Referências bibliográficas

AGUILAR, Janeth (2006). Declarações em La Opinión, Los Angeles, 26 de Outubro.

BRIGGS CM, Cutright P. (1994). Structural and cultural determinants of child homicide. Vilence and Victims, 9, 3-16.

BUVINIC, M. e A. Morrison (1999). Notas técnicas: prevención de la violencia. Nota Técnica No.2. Washington DC. BID.

CARDENAL, Rodolfo (2006). Declarações a AFP. Novembro 28.

CARRANZA, Elias (2006). Director del ILANUD. Declarações a AFP 18 de Dezembro.

CASA ALIANZA (2006). Comunicado à Imprensa. 8 de Março.

CASTEL, R (1997). La metamorfosis de la cuestión social. Editorial Paidos. Buenos Aires.

CASTRO M.G. Abramovay M. rua M.G e Andrade E.r. (2001). Cultivando vida, desarmando violencias. UNESCO Brasil, Fundación Kellogg, BID. Brasil.

CEPAL (2005). Objetivos de desarrollo del milenio. Una mirada desde América Latina y el Caribe. Santiago de Chile.

CEPAL, IPEA, PNUD (2003). Hacia el objetivo del milenio de reducir la pobreza en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile

CONSEJO DE EUROPA/Comité Europeo para la cohesión social (2004). Revised strategy for social cohesión.

CRAWFORD, A (1997). The local governace of crime, appeals to community and partnership. Oxford, Clarendon Press.

ECKHOLM, Erik (2007). The New York Times. Childhood poverty is found to portend high adult costs. 25 de Janeiro.

EGGEN, Dan (2006). The Washington Post. Violent crime in US continues to surge.

FAJNZYLBER P., LEDERMAN D., LOAYZA N. (1999). Inequality and violent crime. Banco Mundial. Washington DC.

FESPAD (2006). Políticas Públicas hoy. No.13, Ano 1. Outubro.

FRUHLING (2000). La modernización de la policía en América Latina. Incluido en Sapoznikow J. et al, Convivencia y seguridad: un reto a la gobernabilidad. BID.

GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2006). seguridad: hacia un nuevo consenso democrático. Clarin, 4 de Dezembro.

GUEMUREMAN, Silvia (2001). Señalización y minoridad. En Revista Encrucijadas. Universidad de Buenos Aires. Setembro, 2002.

KLIKSBERG, Bernardo (2006). La juventud en América Latina. Los desafíos principales. Incluido en Thompson, Andrés (2006). Asociándose con la juventud para construir el futuro. Fundación Kellogg.

LONDOÑO, J.L. (1998). Epidemiología económica de la violencia urbana. BID.

MALVEAU, Eric E (2007). Declarações a The New York Times, Fevereiro 5.

MESSNER SF, Rosenfeld R. (1997). Political restraint of the market and levels of criminal homicide. Social Forces, 1997, 75:1393-1416.

MOSER, Caroline, and Winton Ailsa (2002), mencionado por USAID (2006).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2003). Informe mundial sobre la violencia y salud. Washington DC.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (1998). La violencia juvenil en las Américas. Washington DC.

PAMPEL FC, Gartner R. (1995). Age structure, socio-political institutions, and national homicide rates. European Sociological Review, 11: 243-260.

PNUD (2005). ¿Cuánto cuesta la violencia a El Salvador?. El Salvador.

RED DE LA NO VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (2006). Mencionado por Margarita Carrera. Evey y Maria Isabel. Prensa Libre, 19 de Janeiro. Guatemala.

REMESAL, Javier de Vicente (2006). Reportaje en Pagina 12, Buenos Aires. 24 de Dezembro.

RUBIO, Mauircio (2000). Los costos de la violencia en América Latina. Incluido en Sapoznikow Jorge, Juana Salazar, y Fernando Carrillo (editores) (2000). Convivencia y seguridad: un reto a la gobernabilidad. BID, Universidad de Alcalá.

RUBIO, Mauricio (1996). Crimen y crecimiento en Colombia. Incluido en "Hacia un enfoque integrado del desarrollo: ética, violencia, y seguridad ciudadana. BID. Washington DC.

SAEGERT, Susan, Gray winel and Charles Swartz (2002). Social Capital and crime in New York City's low-income housing. Housing Policy Debate, 13:189-226.

SUSSEKIND, Elizabeth (1996) En "Hacia un enfoque integrado del desarrollo: ética, violencia, y seguridad ciudadana. BID.

THE NEW YORK TIMES (2007). Editorial. Closing the revolving door. 25 de Janeiro.

THE WASHINGTON POST (2007). Ex-prisoners health at risk. 11 de Janeiro.

USAID (2006). Central America and Mexico gang assessment.

VACQUANT, Loic (2000). Las cárceles de la miseria. Editorial Manantial, Buenos Aires.

VILLALOBOS, Reynaldo (2006) Director del Sistema Penitenciario Nacional de Costa Rica. Declarações a AFP. 18 de Dezembro.

WHITEHEAD, Dafoe (1993). Dan Quayle was right. The Atlantic Monthly, New York. Abril.

Elementos para uma sociologia histórica da Polícia Civil em Minas Gerais

Eduardo Cerqueira Batitucci
Mestrado em Sociologia pela UFMG. Doutorando em Sociologia UFMG.
Pesquisador pleno da Fundação João Pinheiro.

Resumo: O objetivo deste artigo é, através da análise de documentos que perpassam a história da atuação da Polícia Civil de Minas Gerais no Século XX, entender as peculiaridades da evolução desta organização, seus valores e crenças, as dificuldades enfrentadas pela organização e seus membros, e os caminhos escolhidos e implementados para vencê-las, através de percursos institucionais específicos que interferiram e interferem, de forma decisiva, nas dificuldades hoje enfrentadas pelo Sistema de Justiça Criminal em Minas Gerais. Analisar elementos desta evolução e as circunstâncias intervenientes em sua consolidação institucional permite depreender algumas variáveis determinantes para o entendimento das suas conseqüências sócio-históricas, seja do ponto de vista institucional, seja através da observação da atuação dos policiais, seus valores, crenças e atitudes.

Palavras-chave: Polícia civil – Ocorrências policiais – Sociologia histórica das polícias brasileiras.

Abstract: In this paper the author analysis documents from the Civil Police of Minas Gerais, with the aim of understanding the institutional development of the organization in the XX Century, analyzing characteristics of its development, its values and beliefs and difficulties faced by the organization and its members as well as solutions found and implemented to overcome them by means of specific institutional measures, which have interfered and still interfere decisively in difficulties handled by the Criminal Justice System of. Minas Gerais. The main

hypothesis is that the institutional and organizational development of the Police is codependent on the problems and obstacles police officers had, and solutions they found to overcome them. Therefore, organizational cultural, operating standards as well as professional beliefs and practices, in the manner they have evolved in the recent past, are believed to represent important variables to understand the problems faced today by the Brazilian police.

Keywords: Civil police – Calls for service – Historical sociology of brazilian police organizations.

Sumário: Introdução – 1. Negociando a ordem social – 2. O que fazia o policial civil de Minas Gerais? – 3. Conclusão – 4. Bibliografia.

Área do direito: Penal-Processo penal

Introdução[1]

A evolução dos problemas de natureza institucional do aparato de segurança pública no Brasil pode ser sistematizada através de três dos problemas centrais já analisados pela bibliografia[2] na discussão desta questão: a precariedade institucional, a inexistência de um debate público maduro sobre a área e a dificuldade para a implementação de políticas públicas por parte do Estado no campo da Justiça Criminal.

Uma das hipóteses correntes parte da premissa de que, num certo sentido, estas três questões podem ser entendidas como conseqüência de uma característica

1. Este texto é uma versão resumida de um capítulo que foi produzido para a publicação "História Institucional da Polícia Civil em Minas Gerais", da Fundação João Pinheiro, no prelo. Uma versão um pouco diferente foi apresentada no XIII Congresso Brasileiro de Sociologia, realizado entre 29 de maio e 01 de junho de 2007.

2. Para uma boa análise da bibliografia existente ver ZALUAR, 1999: 71-93 e KANT de LIMA, 2000.

presente na raiz do desenvolvimento histórico do campo social da segurança pública no Brasil e que pode ser resumida através da seguinte afirmação de Holloway:

"... nenhum brasileiro, qualquer que seja sua classe ou posição ideológica, pensaria em interpretar o papel histórico da polícia urbana em função de consenso e legitimidade. Os defensores consideram as forças policiais como agentes necessários da ordem e da disciplina, enquanto os críticos vêem nelas o Estado autoritário em ação repressiva. As duas posições não são incompatíveis, tendo em comum a ausência de legitimidade e consenso (no que se refere à polícia) na sociedade e na cultura brasileiras". (HOLLOWAY, 1997:22-23).

Evidentemente, a polícia, como instituição estatal responsável de forma objetiva pelo exercício do controle social na sociedade contemporânea, sofrerá, por melhor que seja, de problemas de legitimidade independente de quaisquer outros fatores, dado que como afirma Reiner (1992:03-07), mesmo que fosse possível exercê-la da forma a mais imparcial possível, o exercício da atividade policial será sempre referido por outras dimensões que refletem a desigualdade ou a hierarquia social presente em uma dada sociedade (como as imperfeições do arcabouço legal, por exemplo), e especialmente determinado pela discricionariedade presente na ação do homem de linha.

Assim, a despeito de possíveis coincidências organizacionais associadas à consolidação contemporânea do exercício genérico do controle social pelo mundo afora, será preciso recolocá-las diante do amadurecimento institucional da própria idéia de Polícia (ou, num plano mais extenso, de justiça criminal) numa dada sociedade. É exatamente neste ponto que a realidade brasileira apresenta a sua, se assim podemos colocá-la, peculiaridade: a natureza das dificuldades que a coroa portuguesa e, depois, o império, vivenciaram na consolidação da ordem e do monopólio do exercício da violência legítima pelo Estado.

As peculiaridades da evolução e das dificuldades enfrentadas pelo sistema de justiça criminal brasileiro e os caminhos escolhidos e implementados para vencê-las determinaram percursos institucionais e organizacionais específicos que

interferiram e interferem, de forma decisiva, nas dificuldades que hoje vivenciamos. Analisar elementos desta evolução e as circunstâncias intervenientes em sua construção e consolidação institucionais, portanto, pode permitir iluminar algumas variáveis determinantes para o entendimento das suas conseqüências.

1. Negociando a ordem social

Em 13.12.1932 o Chefe de Polícia e Secretário do Interior de Minas Gerais recebeu um ofício[3] assinado pelo representante de um grupo de comerciantes de uma cidade da Zona da Mata mineira. Neste ofício, argumentava-se que:

"(nossa cidade) já é uma cidade bem populosa, culta, prospera, ordeira e de progresso, civilizada mesmo! Existem uns cinco cafés chiques com grande emprego de capitais; só a estação da cidade exporta um milhão e duzentos mil arrobas de café, e corre dinheiro, portanto. (...) Entretanto o Sr. Delegado de Polícia prejudica grandemente estes cafés e restaurantes, obstando a vida noturna com proibições que duvidamos, serem emanadas desta chefia. É o seguinte o fato: o Sr. Delegado proibiu que as meretrizes saíssem à rua, a noite, antes de 23:30 da noite, e isso, com prejuízo dos restaurantes. (...) De qualquer forma estamos prejudicados, pois temos bebidas, geladeiras de alto custo e na época do calor não podemos vender, pois com a retirada de nossas freguesas, também desapareceram os nossos bons fregueses... Com relação ao comércio, a falência, o fisco perde!!! E os capitalistas, os coronéis, não tem liberdade de gozarem o seu dinheiro, no último quarteirão da vida. Desejamos para a nossa boa cidade, não ordens e pode-não-pode de soldados!!!... Desejamos um regulamento e editais impressos de cousas seguidas e adaptadas na Capital (...) de acordo com o sentimento de humanidade, civilização e justiça!!!..." (exclamações no original).

Diante da solicitação, o Chefe de Polícia requer parecer ao Sr. Delegado de Costumes que afirma as restrições serem ilegais, dado que "são violentas e

3. Arquivo Público Mineiro, Fundo Polícia. POL9, CX01, 1932.01.08 a 1933.01.18.

violam o direito de ir e vir"das pessoas. O que competiria à Polícia é "policiar para que o seu uso (do direito de ir e vir) não seja desrespeitoso. Parece-me (continua o Sr. Delegado de Costumes) que ao Delegado desta cidade se deva emitir instruções neste sentido", que são enviadas por comunicação do Sr. Chefe de Polícia em 30.12.1932. Em sua resposta, o Delegado Especial lotado na citada cidade, tenente da Força Pública de Minas Gerais, argumenta que o seu contingente se resume a 6 praças, número insuficiente para estabelecer-se a ordem, especialmente dado que

"...cabe-me informar a v. excia. que o número de prostitutas nesta cidade é aproximadamente de 600 a 700, que gozaram da liberdade e dos direitos que lhes aciste, mas em virtude do destacamento local não ter o número suficiente de praças para se estabelecer um patrulhamento (...), é que resolvi a prohibir a sahida das meretrizes a rua depois das 22 horas, isto para evitar que venha perturbar a ordem pública...".

a questão permanece em disputa até que o Chefe de polícia recebe um segundo pedido:

"...desejamos apenas não sermos prejudicados no nosso trabalho no nosso comércio. São inofensivas e dignas de comiserações essas mulheres que o destino as atirou no abismo e que as leis verdadeiras e a organização social, no mundo inteiro, e as polícias e o costume, a civilização, etc. não conseguiram sequer modificar, esse estado de cousas...É na nossa cidade, na nossa infeliz cidade é que um Tenente vem ditar leis... Seria aconselhável no caso de necessidade o policiamento e a punição dos indivíduos perturbadores da ordem e do socego público, se for reclamado. Somos pais de família, por assim falar!! Entretanto até ontem o joginho inocente, do Bicho superintendido por capitalistas ou pessoas de destaque era ou é franco!!!!!!!... E reservadamente em casas particulares, não tão francamente, jogam o Pôquer, etc., etc. De quando em vez, a perturbação da ordem é feita pela própria Polícia, com espancamentos á pobres ignorantes nas ruas de cantos da cidade, até em pobres mulheres!!! Pedimos alguma reserva

desta carta, para autoridades daqui, para evitar perseguições, se desta vierem a ter conhecimento...". (exclamações no original).

No dia 12.01.1933, com a interferência do Presidente do Estado, Sr. Carlos Prates, é emitida a ordem final ao Delegado Especial, determinando "não prohibir a sahida das mulheres e que freqüentem bares e restaurantes...".

As agruras da administração pública na definição dos limites e dos valores que orientam a ação do aparato de segurança pública deixam evidentes, além dos problemas de natureza institucional, exemplificadas pelas diferentes posturas e interpretações sobre o fato, emanadas de membros da Guarda Civil e da Força Pública, alguns dos dilemas da implementação e da manutenção da ordem no Brasil, especialmente, nas palavras de Holloway, "do processo pelo qual as instituições policiais modernas fortaleceram e garantiram a continuidade das relações sociais hierárquicas tradicionais, estendendo-as ao espaço público impessoal"(1997:23).

2. O que fazia o Policial Civil de Minas Gerais?

Em final dos anos de 1920, o Livro de Remessa de Autos[4] permite obter uma visão global do tipo de movimento que existia entre a Guarda Civil e suas unidades, e entre esta e a Justiça da capital, tal como apresentado na Tabela 1, a seguir.

A grande maioria dos autos remetidos para autoridades da Capital refere-se a processos de crimes contra a pessoa, especialmente aqueles vinculados a agressões e lesões corporais, frutos de desentendimentos cotidianos. O livro de remessa de autos não oferece mais detalhes sobre as ocorrências, mas chama atenção o alto número de processos existentes sob esta rubrica.

Um segundo ponto de interesse se refere ao grande número de processos relacionados a acidentes de trânsito (28% do total dos processos remetidos) na

4. Arquivos do Departamento de Investigações da Polícia Civil de Minas Gerais, Livro de Remessa de Autos, 1929.

capital mineira, especialmente para a rubrica "Atropelamento", (22% do total de processos). Descoberta semelhante foi feita por Bretas (1997b) para a cidade do Rio de Janeiro, o que aponta para a constatação de que o trânsito era, efetivamente, um grande problema para a ordem pública.

Acidentes no trabalho constituem uma categoria também bastante freqüente, com quase 15% do total de processos remetidos.

Por fim, ressalta-se o pequeno número de processos relacionados a crimes contra o patrimônio (5 processos de "Danno", um processo de "Roubo" e um processo de "Encontro de Automóveis").

Tabela 1
Natureza do Crime dos Autos remetidos no ano de 1929
Departamento de Investigações da Guarda Civil*

Tipo de Ocorrência	N.	%
Contra a Pessoa	**59**	**43,70**
Offensas Physicas	40	29,63
Homicídio	6	4,44
Ameaça	4	2,96
Tentativa de Homicídio	3	2,22
Agressão	2	1,48
Tentativa de Suicício	2	1,48
Suicídio	1	0,74
Espancamento	1	0,74
Trânsito	**38**	**28,15**
Atropelamento	30	22,22
Desastre	7	5,19
Abalroamento	1	0,74
Acidente no Trabalho	**20**	**14,81**
Outros	**18**	**13,33**
Total	135	100,00

Fonte: Livro de Remessa de Autos, 1929.

* Unidade Policial a ser esclarecida

Em 1944, a Delegacia Especializada de Segurança Pessoal da Capital centralizava o atendimento aos casos de agressões físicas e ameaças sofridas pelos habitantes de Belo Horizonte. Através do Livro de Registro de Ocorrências,[5] podemos ter uma idéia do tipo de ocorrência que chegava ao conhecimento dos policiais desta unidade.

Naquele ano, esta unidade policial registrou um total de 626 ocorrências, o que perfaz uma média de 1,71 ocorrências por dia. A Tabela 2, a seguir, apresenta a distribuição das ocorrências por tipo, após a análise de uma amostra aleatória de cerca de 20% do total de ocorrências registradas.

Da análise do texto das ocorrências fica evidente que a maioria dos problemas enfrentados (em torno de 39% do total de ocorrências) se relacionava à agressões físicas e ameaças sofridas pelos habitantes de Belo Horizonte, em sua maioria, fruto de conflitos cotidianos entre pessoas conhecidas. Chamam atenção, por outro lado, as ocorrências de Violência Doméstica (conflitos e violências acontecidos no ambiente familiar, com um total de 17% das ocorrências), vinculadas a relacionamentos amorosos (16,5%) e as denúncias contra violências perpetradas por policiais (em torno de 15% do total). Esse panorama também não é muito diferente, por exemplo, daquele descrito por Marcos Bretas no seu livro "A Ordem na Cidade". Neste caso, na cidade do Rio de Janeiro, a média diária de ocorrências atendidas até o final dos anos de 1920 se situava no patamar de 3 ocorrências, das quais cerca de 20% se referiam à agressões e ameaças (1997b:99). As estatísticas da Delegacia de Segurança Pessoal não permitem uma análise global das ocorrências da cidade de Belo Horizonte, em virtude do fato de se referirem a uma unidade especializada, voltada exclusivamente ao atendimento de ocorrências daquela natureza.

5. Arquivos do Departamento de Investigações da Polícia Civil de Minas Gerais, Livro de Registro de Ocorrências da Delegacia Especializada de Segurança Pessoal (1943-1944).

Tabela 2
Amostra das Ocorrências Registradas na Delegacia Especializada de Segurança Pessoal de Belo Horizonte, por tipo 1944

Tipo de Ocorrência	N.	%
Agressões e Ameaças	**119**	**89,47**
Genéricas	52	39,10
Violência Doméstica	23	17,29
Amantes, Namorados e Ex-amantes	22	16,54
Denúncias contra Policiais	21	15,79
Força Pública	12	9,02
Guarda Civil	6	4,51
Exército	2	1,50
Fiscal de Trânsito	1	0,75
Violência Sexual	1	0,75
Outros	**14**	**10,53**
Dívidas, Comércio, etc.	5	3,76
Acidentes	5	3,76
Denúncias de Fundo étnico ou religioso	1	0,75
Outros	3	2,26
Total	**133**	**100**

Fonte: Livro de Registros de Ocorrências da Delegacia Especializada de Segurança Pessoal (1944)

No caso da Delegacia de Segurança Pessoal a maioria das ocorrências era registrada pelo escrivão da unidade e assinada pelo queixoso. Não é incomum, entretanto, ocorrências grafadas pelos próprios queixosos, especialmente quando estes se destacam, social ou economicamente.

Um bom exemplo do tipo de ocorrência mais comum, relacionadas às ameaças ou agressões genéricas está na ocorrência "175", registrada pelo autor:

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Segurança Pessoal... Fulano de Tal, funcionário da Secretaria das Finanças, residente à rua Martinho Campos n. tal, bairro do Cruzeiro, vem respeitosamente pedir-lhe providências sobre seu vizinho, Beltrano, residente a mesma rua. Beltrano tem uma criação, aliás um retiro de cabritos na citada rua. A

razão de uns cinco meses os cabritos andam invadindo o meu quintal, estragando minha horta, pedi providências ao Sr. Beltrano, o qual não tomou, assim o fiz por diversas vezes. Sábado passado matei um ou dois cabritos na qual tive conhecimento por amigos que os Sr. Beltrano deu queixa neste cartório. Mesmo depois de ter matado o cabrito continuam os cabritos a freqüentar o meu quintal. As providências que eu podia tomar já tomei para evitar que os mesmos continuassem. Hoje prendi dois cabritos na grade. Espero providências de V. Exa. Belo Horizonte, 10.05.1944."

Quando o delegado julgava necessário enviar um investigador para obter maiores informações, ou mesmo abrir um procedimento formal, um inquérito ou uma intimação a uma das partes para que esta fosse ouvida, este anotava a providência necessária à margem do texto da queixa em pauta. Na maioria dos casos, entretanto, um grande "R" de "Resolvido" era grafado por sobre o texto da ocorrência, indicando que a questão foi resolvida de forma informal, sem a necessidade da abertura oficial de qualquer procedimento formal, além do registro da própria queixa. Numa amostra de 100 ocorrências obteve-se que em 50% dos casos a ocorrência foi resolvida sem qualquer procedimento oficial sendo instaurado; em 16% dos casos o Delegado mandou apurar ou deu seguimento administrativo interno à ocorrência; em 13% dos casos houve intimação às partes para sua apresentação na Delegacia e em apenas um caso há anotação de que foi aberto inquérito policial.

Este viés característico da ação policial, de agir preferencialmente através da negociação informal do conflito entre as partes, já é bastante analisado na bibliografia histórica (Bretas, 1997a e 1997b; Chalhoub, 1990; Fausto, 2001; Holloway, 1997) e contemporânea (Kant de Lima, 1995; Bretas e Poncioni, 1999). Do ponto de vista positivo, promove a aproximação entre a Polícia e, portanto, o Estado e a população, permitindo que as demandas vocalizem as necessidades e agruras de pessoas mais humildes, que procuram usar a autoridade policial como intermediário do próprio Estado (Rosemberg, 2006; Vellasco, 2002), tal como na ocorrência abaixo, "90", na qual o indigente em pauta foi socorrido e encaminhado ao hospital pela equipe de investigadores do plantão:

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Segurança Pessoal... Fulano de Tal, indigente em Belo Horizonte, sem moradia certa, traz ao vosso conhecimento que foi agredido no dia 13 do corrente por Beltrano de Tal, residente à rua Pouso Alegre, s/n. No local haviam três testemunhas, mas o queixoso não sabe o nome. Belo Horizonte, 14.02.1944. Assina o Investigador Beltrano, a rogo de Fulano de Tal."

Do ponto de vista negativo, este tipo de prática acaba envolvendo e instrumentalizando a polícia em conflitos privados, cheios de armadilhas simbólicas e culturais para a própria organização, tal como na ocorrência "167", abaixo:

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Segurança Pessoal... Fulano de tal, residente à rua Jacuí n. tal, traz ao conhecimento desta delegacia que sua inquilina Beltrana de Tal e sua mãe, em fins do mês de dezembro último, dirigiram-se à casa da meretriz Cicrana de Tal, à rua Mauá n. tal, agredindo-a e ferindo-a na cabeça. Belo Horizonte, 07.04.1944."

O policial que atendeu a ocorrência, inclusive grafando-a, escreve no livro, logo abaixo:

"NOTA: O abaixo assinado, investigador de plantão por esta Delegacia, tem a informar que a pessoa acima veio registrar a comunicação contra Beltrana de Tal, pelo fato desta senhora ter vindo à Polícia durante o plantão, e pedir uma providência por ter o queixoso lhe cortado a luz no cômodo ocupado pela referida senhora, aproveitando-se, também para isto da ausência do marido dela. A referida senhora, achando-se doente, bem como um seu filhinho, registrou queixa no livro próprio da subinspetoria de plantão, visto não poder ficar às escuras, tendo também apresentado os recibos do aluguel, achando-se com os pagamentos em dia. O queixoso, *em represália* (grifo no original) e movido por um espírito mesquinho de vingança, apresentou-se a trazer a esta delegacia um fato ocorrido em fins de dezembro. Belo Horizonte, 07.04.1944".

O segundo grupo de ocorrências de maior incidência no livro de Registros da Delegacia de Segurança Pessoal refere-se às ocorrências de violência doméstica, tal como na ocorrência "45", abaixo:

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Segurança Pessoal... A abaixo assinada, brasileira, casada, de afazeres domésticos, residente em Lagoa Santa, vem expor a esta especialisada o seguinte: que há dois anos é casada com o marcineiro Fulano de Tal que trabalha na Fábrica Nacional de Aviões, na vizinha cidade e que vem sendo vítima de maus tratos por parte do seu esposo, que lhe atira palavrões, alem de espanca-la com murros e ponta-pés, tendo tentado se apoderar da pequena Beltrana, de 13 meses, filha do casal. Que fulano a tem sujeitado as mais pesadas humilhações, chegando a enxotá-la de sua própria casa! A queixosa apresentou queixa à Delegacia de Lagoa Santa, que deteve Fulano, soltando-o logo depois e declarou que o caso só podia ser resolvido pela justiça da capital; que os maus-tratos de fulano à queixosa culminaram com o espancamento de que foi vítima domingo último, dia 9, em virtude do que resolveu recorrer ás autoridades da capital, das quais espera providências de modo a que o acusado modere os seus hábitos e possa a queixosa voltar ao seu lar, e conviver com Fulano, cumprindo os deveres a que se propoz. Belo Horizonte, 15.01.1944."

Em todas as ocorrências desta natureza observadas na amostra referida na Tabela 1, em 61% dos casos observa-se apenas o "R" de Resolvido como providência adotada pelo Delegado, índice bastante superior ao da amostra como um todo, o que indica a prevalência da negociação informal para casos desta natureza, extremamente sensíveis aos costumes da época, tal como já apontado por Corrêa (1983) e Soares (1999). Pode ser observado na amostra, por outro lado, alguns casos onde há mais de uma ocorrência registrada para o mesmo caso (o que aponta para a dificuldade simbólica e cultural na resolução de ocorrências desta natureza) e, mesmo diante de uma providência radical de uma das partes (como no caso do abandono do lar por parte da esposa cotidianamente violentada), pode ser constatado o acesso à autoridade policial como instância última para a resolução do problema, como no caso da ocorrência "61", abaixo, registrada e grafada pelo marido agressor, conforme observação efetuada pelo investigador que o atendeu:

"Exmo. Chefe da Puliça de Belo Horizonte... O abaixo assignado Fulano de Tal. Dotor, venho respeitozamente comunicar a v. exa. que a minha espoza Fulana

abandonou o meu lar já a treis mezes, dia 22.10.1943, as 17 horas. Encontrei os meus filhinhos sozinhos dizendo que mamãe foi embora, mais como não era a primeira vez e nem segunda vez, eu tomei providência de por em casa uma velha para olhar as crianças para mim poder trabalhar. Dona Fulana voltou novamente atacou-se a velha e dizendo que eu tem que por ella um cazo se não ela acaba com a velha no pau. Eu não quero ella porque segue a vida enregular e não respeita as crianças. A velha foi obrigada a si retirar com as criança para não apanhar muito. Belo Horizonte, 29.01.1944".

O terceiro tipo de ocorrências que mais aparece na amostra (com 16,5% dos casos) se refere aos desentendimentos havidos entre amantes, namorados e assemelhados, também repletos de especificidades de natureza cultural que tendem a interferir no trabalho policial, tal como podemos acompanhar da ocorrência "105", transcrita abaixo, junto ao relatório do policial encarregado de apurá-la:

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Segurança Pessoal; Fulano de Tal, residente no Horto florestal, à rua Pouso Alegre, Centro Operário, queixa-se contra o Sr. Beltrano, que em companhia de um irmão Cicrano, o ameaçou de morte querendo sob essa ameaça, obrigá-lo a casar com sua filha, Fulana, cujo processo está em andamento na Delegacia Competente (...)"

Seguido do relatório:

"Ordem de Seviço 100 (24.02.1944), Investigador 52: Informa que fez investigações e apurou o seguinte: O Sr. Fulano é funcionário das oficinas do Horto Florestal e reside à Rua Pouso Alegre N. tal e acerca de dois mezes enemorou-se de uma filha do Sr. Beltrano que é agente da estação de Caetano Furquim, por nome de Fulana. Acontece que, dado o grau de intimidade existente entre os dois, Fulano manteve relações sexuais com sua noiva, não providenciando o casamento em vista de não saber se fora ele o primeiro a manter relações com a referida moça. Mas vem procurando descobrir com os namorados anteriores de Fulana, se a mesma manteve atos libidinosos com aqueles. O pai de fulana procurou Fulano em companhia de um seu irmão, ameaçando-o de morte, isto já por duas vezes, em vista

de testemunhas (...). Informa ainda que deixou de fazer intimações, por se tratar de empregados que devem ser requisitados pelas autoridades competentes".

Dentro desta mesma categoria observam-se, também, casos onde o problema remete a questões de natureza étnica ou de classe social, tal como na ocorrência "229", a seguir:

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Segurança Pessoal; Eu, Fulano de Tal, Brasileiro, com 22 anos, residente à rua Francisco Soucasseaux, venho queixar a V.exa. contra o meu próprio pai, Beltrano de Tal, residente à rua Rio Grande do Norte e contra a família Tal, residente a av. Brasil, por ambos estarem me perseguindo pelo seguinte motivo: estando noivo de Fulana, Brasileira, e chegando ao conhecimento da minha família, os mesmos começaram a me perseguir, querendo interromper o meu casamento, dizendo que eu não podia casar com uma Brasileira negra e sim com uma Syria rica. Vendo que não conseguiam me convencer por eu gostar da moça arranjaram um atestado médico falso e impediram os papéis civis no cartório e me prenderam como louco e conduziram-me a casa de saúde Santa Clara por 25 dias, sendo 8 dias incomunicável. Consegui obter a liberdade e mesmo assim continuaram eles a impor que eu desistisse por completo por se a moça de raça brasileira e eles considerar a raça brasileira inferior a sua que é Syria. Então eu lhes respondi que só casaria com uma brasileira e não me serviria nenhuma outra raça. Decorridos 6 meses fugi com a moça para o distrito de Moeda onde casei diante das autoridades. Mesmo assim casado continuam as ameaças novamente o meu pae disse que se eu tentasse casar novamente ele me mataria. Ainda disse que vai anular o casamento e vão me prender novamente como louco. E nesta situação peço a v. excia. que nos forneça uma segurança pessoal dentro do estado em que residimos. Confiando no ato de *justiça* (grifado no original) de v. excia, espero ser atendido. Belo Horizonte, 10.05.1944".

O quarto tipo de ocorrência mais comum presente no livro da Delegacia de Segurança Pessoal refere-se a reclamações contra violência ou arbitrariedade cometidas por policiais. A Força Pública responde pela maioria das queixas apresentadas contra policiais (57%), seguida pela Guarda Civil, com 29%. Das 12 ocorrências registradas

contra membros da Força Pública, 50% foram resolvidas de forma informal na Delegacia, 25% não apresentou qualquer observação indicando qualquer ação por parte do Delegado e os outros 25% das ocorrências tiveram seguimento administrativo interno, como a expedição de ofícios ou a transferência da ocorrência para outra unidade. Para as ocorrências registradas contra Guardas-Civis o panorama é bastante diverso, mostrando que em 1/3 dos casos a ocorrência foi resolvida na Delegacia, mas, de outro lado, foram abertos procedimentos administrativos ou punitivos em igual número de ocorrências, entre inquéritos e sindicâncias. Essa diferença ressalta características institucionais presentes no relacionamento entre as polícias, bem como os limites organizacionais decorrentes destas características. Como nos outros casos, estas queixas também descortinam o universo das relações sociais em Belo Horizonte da década de 40, e do relacionamento das Polícias com a sociedade. Em sua maioria, estas ocorrências constituem-se de queixas contra espancamento ou ameaças sofridas por suspeitos ou conhecidos, e desentendimentos como o do exemplo, da queixa "38A":

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Segurança Pessoal; Fulano de Tal, agenciador da Pensão Montes Claros, Beltrano de Tal, proprietário da Pensão Paulista e Cicrano de Tal, proprietário da Pensão Santa Terezinha (...) vêm apresentar a v. excia. a presente queixa contra o Guarda Civil N° 531, de nome Tal, pelo seguinte fato: hoje, às 10:35 estavam os queixosos na estação da Rede Mineira, aguardando a chegada do Noturno, e colocados do lado de fora da estação, quando o referido guarda se dirigiu ao signatário Cicrano insultando-o com o nome de *cretino* (grifado no original) sem que houvesse qualquer motivo para essa agressão moral. Ao mesmo tempo o referido guarda atracou-se com o referido Cicrano provocando um conflito, em que o dito guarda passou a espancar os circunstantes, a cassetetes (grifado no original), tendo todos os queixosos sido feridos; o queixoso Beltrano ficou ferido na cabeça. Requerem a v.excia. que seja instaurado inquérito e procedido o auto de corpo de delito nas pessoas dos queixosos. Belo Horizonte, 13.01.1944, Assinado Advogado Fulano de Tal, fone tal".

São também comuns casos de violência ou ameaça dentro do ambiente familiar ou entre ex-amantes e ocorrências que evidenciam conflito entre as organizações policiais, tais como na queixa "67", a seguir:

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Segurança Pessoal; O abaixo assinado, Investigador 338 desta especializada, vem expor-vos o seguinte: que até hoje sempre foi amigo pessoal do Tenente Coronel Fulano de Tal, residente a Rua Tal, e dava-se com aquele militar desde 1934, quando servia no 8.° Batalhão, em Lavras. Que sempre proporcionava e recebia daquele oficial provas de simpatia e amizade, que é hábito do queixoso – como o sabem quantos com ele privam – aos se encontrar com algum amigo perguntar-lhe pelo seu estado de saúde, fazendo tal cumprimento extensivo ä senhora do mesmo, quando sabe-lhe casado. Que hoje, às 13:30 horas, na praça sete, aproximou-se daquele militar reformado, a quem cumprimentou, dizendo:...Você, como está? Forte, não? E a patroa? – do que o militar parece não ter gostado, pois que replicou – "não é da sua conta! Eu há muito estava para te dar esta resposta e com vontade de te quebrar a cara!"– o que o queixoso estranhou ponderando – perdão, coronel, eu pensei que isso lhe agradasse..., pois não era a primeira vez que o queixoso fazia-o. Hoje, porém o oficial traiu a sua aparência de homem educado, mostrando a dura realidade da casca... e veio o coice. O queixoso retirou-se, afastando-se uns dois metros, em atitude de defeza, mas o militar não cumpriu a ameaça. Contudo, aqui fica a presente queixa, para conhecimento desta Delegacia e para as providências que o caso comporte. Belo Horizonte, 31 de janeiro de 1944".

Estas ocorrências estampam, portanto, algumas das práticas e dos valores dos policiais da Delegacia Especializada de Segurança Pessoal, ressaltando-se a preponderância de uso de procedimentos informais na resolução ou encaminhamento dos conflitos.

Aproximadamente dez anos mais tarde, o Livro de Registro de Inquéritos,[6] da mesma delegacia, não apontava situação muito diferente, revelando, entre inquéritos produzidos pela delegacia e despachados por outras unidades para averiguações ou procedimentos administrativos, um movimento mensal médio (considerando-se os anos de 1958 a 1961), de apenas 3,52 inquéritos.

6. Arquivos do Departamento de Investigações da Polícia Civil de Minas Gerais, Livro de Registro de Inquéritos da Delegacia Especializada de Segurança Pessoal (1958).

Já na década de 1970, no Livro de Registro de Ocorrências[7] da Delegacia de Plantão, eram registradas as ocorrências que aconteciam na cidade nos horários de plantão, após o fechamento das unidades que funcionavam em horário diurno. A Tabela 3 apresenta uma amostra aleatória de cerca de 25% do total destas ocorrências, classificadas por tipo:

Tabela 3
Amostra das Ocorrências Registradas na Delegacia de Plantão de Belo Horizonte, por tipo 1970

Tipo de Ocorrência	N.	%
Violação Simbólica de Costumes	**44**	**62,86**
Vadiagem	20	28,57
Uso de Drogas	5	7,14
Desacato	4	5,71
Apreensão de Prostitutas	4	5,71
Agressão Verbal ou Moral a Policiais	3	4,29
Sedução	2	2,86
Adultério	1	1,43
Embriaguez	1	1,43
Outros	4	5,71
Crimes contra o Patrimônio	**7**	**10,00**
Furto	4	5,71
Dano	2	2,86
Ordem Econômica	1	1,43
Crimes contra a Pessoa	**2**	**2,86**
Lesão Corporal	1	1,43
Tentativa de Suicídio	1	1,43
Outros	**17**	**24,29**
Cumprimento de Mandado ou Ordem de Prisão	11	15,71
Jogo do Bicho	1	1,43
Apreensão de Arma	1	1,43
Acidente	1	1,43
Personificação de Autoridade	1	1,43
Outros	2	2,86
Total	**70**	**100,00**

Fonte: Livro de Registros de Ocorrências da Delegacia de Plantão (1970)

7. Arquivos do Departamento de Investigações da Polícia Civil de Minas Gerais, Livro de Registro de Ocorrências da Delegacia de Plantão (1970).

O panorama desenhado pelas ocorrências registradas na Delegacia de Plantão na década de 1970 aponta para todo um outro conjunto de atividades desempenhadas pela Polícia Civil de Minas Gerais, especialmente aquelas relacionadas ao controle social.

O exemplo típico e mais numeroso desta natureza de ocorrências são as ocorrências de "vadiagem" ou "desacato", como, por exemplo, na ocorrência que se segue:

"Exmo. Sr. Dr. Delegado de Plantão; comunico-vos que realizando ronda noturna pela Delegacia Especializada de Repressão à Vadiagem, por volta das 23:00 horas vimos a deter o indivíduo Fulano de Tal, vulgo "Cabinho", elemento este por demais conhecido na Delegacia de Furtos, Vadiagem, e no 2.° Distrito Policial, e sendo o mesmo prontuariado. Informamos ainda que detivemos a mulher Beltrana de Tal, na rua Bonfim esquina com Paquequer, sendo a mesma também bastante conhecida pela polícia mineira como ladra e os quais deixamos a vossa disposição e vos solicitamos que sejam colocados à disposição da Delegacia de Repressão a Vadiagem. Sendo o que vos comunicamos, Belo Horizonte, 17.09.1970".

Usada de forma bastante flexível, a repressão à vadiagem cobria desde a sanção eventual "preventiva" de criminosos conhecidos (mesmo que não estivessem cometendo qualquer tipo de crime naquele momento), o controle de informantes ou mesmo a averiguação de suspeitos, tal como podemos perceber da seguinte ocorrência:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; Levo ao vosso conhecimento que, efetuando ronda do 4° Distrito Policial, detivemos e conduzimos a esta delegacia, para averiguações e por falta de documentos que provassem que realmente trabalhavam os seguintes indivíduos: Fulano, Beltrano, Cicrano e outro, que se desentendeu com Fulana, o mesmo sofrendo um pequeno arranhão. Solicito deixá-los à disposição do Delegado do 4.° Distrito Policial. Belo Horizonte, 18.08.1970".

Ou desta outra:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; Levamos ao vosso conhecimento que efetuando ronda noturna pela Delegacia de Repressão à Vadiagem, do dia 18 para

o dia 19 deste, conduzimos à esta Delegacia os seguintes indivíduos: Fulano de Tal (vulgo "Taza", Vigarista), Beltrano (Averiguações), Cicrano de Tal (Maconheiro) e outros. Os mesmos ficarão à vossa disposição, esperando que sejam passados à disposição da Delegacia de Vadiagem. Belo Horizonte, 19.09.1970".

Ao lado deste tipo de atividades, que corresponderam a 28,5% do total das ocorrências selecionadas na amostra, são também numerosas as ocorrências de controle do tráfico de drogas (que também eram, na época, atendidas pela Delegacia de Repressão à Vadiagem) e ocorrências de "Desacato", tal como a que se segue:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; Detive e conduzi a esta Delegacia, para os devidos fins, o indivíduo Fulano de Tal que encontrei em atitude suspeita na Rua Paquequer com Bonfim, quando me dirigia para a minha residência. O referido, ao ser por mim abordado, reagiu de modo ameaçador, dizendo que não devia nada à Policia, e que todos os policiais são frescos e sua esposas estão na Zona. O referido indivíduo recusou informar o endereço de sua residência. Belo Horizonte, 20.09.1970".

Em muitas ocorrências, desentendimentos advindos de atividades particulares de policiais fora de serviço, serão também objeto de sanção pública através da ação policial, tal como na ocorrência que se segue:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; Levo ao vosso conhecimento que às 17:30 de hoje, quando dirigia o táxi de placa 5-15-12, ao passar pela avenida Brasil, quase esquina de rua Pernambuco, apanhei em meu táxi o Sr. Fulano de Tal, como passageiro, de onde o conduzi a avenida Assis Chateubriand, onde o mesmo ficou na Boite Chatô. Acontece que tal cidadão entrou para a Boate e não mais retornou. Saí a procura de tal elemento, indo encontrá-lo comodamente assentado no interior da mesma. Ao reclamá-lo sobre o pagamento da corrida, ele disse que não possuía dinheiro, que não gostava de ser importunado e logo em seguida passou a agredir-me. Em meio a agressão identifiquei como policial (subinspetor de detetives), tal elemento rebatou de minhas mãos a carteira policial e continuou a agressão. Varias pessoas foram solidário a ele e passaram também a me agredir.

Entre tais pessoas identifiquei Beltrano de Tal e Cicrano de Tal, que deram socos sob o meu carro, quando eu tentava fugir. Comparece nesta Delegacia de Plantão, pede providências a respeito. Em meio a confusão Fulano de Tal caiu e bateu o supercílio em uma cadeira, provavelmente, ficando ferido. Conduzi-os para esta Delegacia para as providências devidas. No local fui auxiliado pelos detetives (cita o nome de 6 detetives). Belo Horizonte, 17.09.1970".

Um outro tipo de ocorrência bastante comum se refere à repressão de violação simbólica de costumes, tal como embriaguez, o uso de linguagem chula ou comportamento inapropriado, como podemos observar nas ocorrências abaixo:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; Levo-vos conhecimento que ao passar pela rua São Paulo, esquina com av. Santos Dumont, por volta das 18:50 de hoje, tive a atenção despertada por um cidadão que, com forte sintoma de inbriaguez, punha em risco sua própria entreguidade física uma vez que o trânsito de veículo e intenso no local. Com uma ajuda de uma viatura da Vadiagem conduzi até a vossa presença onde verifiquei tratar-se de Fulano de Tal, casado, 51 anos, recenciador, residente a rua tal, número tal. Belo Horizonte, 20.09.1970".

Ou como na ocorrência:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; Levo ao vosso conhecimento que aproximadamente às 22:00 de hoje, quando passava pela Rua 21 de abril deparei com o seguinte fato: Duas mulheres causando o maior vexame, gritando e falando o que vinha pela boca. Uma de nome Fulana de Tal, residente a rua tal e outra de nome Beltrana de Tal, não sabendo o nome da rua onde reside. Tomei as seguintes providências: detive tais individuas e trouxe para as serem tomadas as providências que forem necessárias. Belo Horizonte, 17.09.1970".

Ou ainda como abaixo:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; Hoje ao passar pela rua Itapecirica com Pedro Lessa, deparei-me com Fulano de Tal e Beltrana de Tal, residentes às ruas tais, respectivamente, que ambus se encontravam em via pública, em luta corporal, e dizendo palavras de *alto galão* (sublinhado no original) perantes várias crianças;

como não aceitaram nenhum concelho, resolvi conduzir a este plantão, onde deixo a vossa disposição para o que lhe convier. Belo Horizonte, 20.09.1970".

Essa mesma atividade também pode ser observada através da sanção esporádica e específica a certas formas de prostituição e também através de uma ocorrência de "Adultério", cuidadosamente executada sob as ordens do próprio delegado, como podemos ver a seguir:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; Comunico-lhe que a ronda da Delegacia de Costumes, composta pelos detetives abaixo, conduziu a vossa presença por estarem promovendo escândalos em via pública, ou seja, praticando o chamado trotoar, as seguintes prostitutas: Fulana de Tal, 20 anos; Beltrana de Tal, 19 anos; Cicrana de tal, 19 anos e outras. Peço estudar a possibilidade de colocá-las à disposição da Delegacia de Costumes. Belo Horizonte, 20.09.1970".

E também:

"Exmo. Sr. Delegado de Plantão; cumprindo determinação desta subinspetoria e de vossa senhoria, dislocamos desta delegacia, a fim de localizar a senhora Fulana de Tal, que saíra de sua residência, Rua Tal, às 19:30, acompanhada de seu amante. A procurada foi encontrada em um centro telefônico, na Avenida Afonso Pena, próximo à Pizaria Giovani; daquele local, os mesmos saíram de braços dados, tomando um carro Wolkswagem, sem placa, indo em direção da Av. Afonso Pena; no trecho Praça 7 os mesmos desceram a Av. Amazonas, estacionando na esquina da mesma com Rua Tupinambás. Naquele local, entraram no restaurante Cantina do Ângelo, permanecendo ali cerca de 2 horas, e daquele local seguiram os mesmos por diversos pontos da cidade e, por fim, seguiram a Av. Nossa Senhora de Fátima, estacionando na esquina da Rua São Jorge, 3, refugiando ali em um quarto, sendo esse local casa de tolerância onde recebe casais para fins sexuais, conforme confirmação com a gerente da casa, conduzida a esta Delegacia. No local entramos, após perguntar à gerente pelo casal, tivemos confirmação da estadia do casal. Sendo que ao entrarem no quarto deixaram aberta, isto é, sem chave a porta, ao empurrá-la deparamos com o casal Fulana e Beltrano, em pleno estado

de nudez, ela deitada em estado dorsal (posição normal), e ele deitado sobre ela, em pleno ato sexual, ao deparar com a nossa presença, se envolveu rapidamente em lençóis, sendo que ele permaneceu despido, tentando uma justificativa, no momento em que entramos no quarto, por nos acompanharem as testemunhas. Visto o exposto, prendemos, em flagrante delito, a conduzida em companhia do seu amante, para caracterização enrolados em um lençol e em uma colcha, até esta Delegacia. Visto o esforço foi dada a voz de prisão em flagrante delito por crime de adultério, de acordo com o código penal e a constituição vigente no paiz. Ficando detidos, suas vestes e testemunhas a vossa disposição para os devidos fins. O fato se deu às 22:00. Belo Horizonte, 26.09.1970". (parênteses no original)

Esse tipo de atividade, o exercício do controle social através da vigilância da ordem simbólica, coaduna perfeitamente ao observado por Bretas (1997a e 1997b), Holloway (1997), Kant de Lima (1995) e Vellasco (2002), seja a partir de um ponto de vista da evolução histórica das organizações policiais no Brasil, seja a partir da análise do seu *ethos* e de sua cultura contemporânea. A questão da "vadiagem", por exemplo,

"... demonstra claramente que, entre a população pobre, a Polícia admite uma correlação positiva entre trabalho e ordem e não-trabalho e crime (...) Tradicionalmente, (...) um dos sistemas usados pela Polícia para a classificação das pessoas baseia-se na presunção de uma oposição necessária entre duas categorias sociais: trabalhadores e marginais. Deste ponto de vista, pessoas economicamente marginalizadas são equiparadas aos delinqüentes (Kant de Lima, 1995:56)".

De fato, muitas das categorias observadas (vigarista, ladrão, maconheiro, etc.) apontam, no contexto em que são usadas nas ocorrências analisadas, para realidades bastante parecidas com aquelas descritas por Holloway (1997) para a Polícia Brasileira no séc. XIX, onde

"... a associação inconsútil de comportamentos quase universalmente condenados (roubo ou homicídio) com violações sem vítima de regras arbitrárias ou desafio simbólico da autoridade (desacato) é, na história das sociedades de classes,

um dos exemplos mais engenhosos de determinação de culpa por associação e dano por extensão. Muitos dos que eram surpreendidos em botequins tarde da noite ou que berravam insultos para um policial que estivesse prendendo alguém nunca roubaram nem mataram. Mas apanhavam com o mesmo cassetete e eram jogados na mesma prisão..." (HOLLOWAY, 1997:26)".

Isso porque *contaminada* pela própria estratificação da ordem social e, em certo sentido, a serviço dela, a evolução da Justiça Criminal no Brasil não necessariamente procura resguardar as prerrogativas axiológicas e os seus correlatos organizacionais necessários ao exercício *moderno* do controle social. Rótulos como os da vadiagem, do desacato e da bebedeira eram e são ainda hoje, com as devidas contextualizações, usados para o controle simbólico da sociedade brasileira, disfarçadas na alcunha da "ordem pública" (FAUSTO, 2001:44; BRETAS, 1997b:70-71), ou naquilo que Kant de Lima chama da "aplicação hierárquica dos princípios igualitários constitucionais". Assim,

"... A Polícia "contamina" as suas funções de investigação pelas de vigilância. Em vez de apurar os fatos, a Polícia vigia a população, num processo preliminar de seleção para a aplicação desigual da Lei. Ao exercer suas funções judiciárias a Polícia não atua (...) identificando os fatos tipificados pela Lei (...). Na verdade, a Polícia "prevê" os fatos delituosos por meio de suposições relativas ao caráter do delinqüente – os estereótipos..." (KANT de LIMA, 1995:08)".

3. Conclusão

Em 1982 o professor Antônio Luiz Paixão, num artigo sobre a Polícia Civil de Minas Gerais, afirmava que os policiais

"... encontram sua definição ocupacional na atividade judiciária, que se legitima enquanto aplicação da sistemática processualística penal. Mas estes códigos legais não descrevem acuradamente a prática do inquérito policial (...). A atividade prática é orientada, por um lado, por avaliações organizacionais da adequação dos instrumentos legais disponíveis para a apuração dos fatos e, por outro, pela aplicação

a casos concretos de teorias e estoques de conhecimento policiais sobre a natureza do fenômeno criminoso e seus atores..." (PAIXÃO, 1982:74).

De fato, as observações desenvolvidas até aqui apontam para o uso generalizado e discricionário de tipificações e classificações sociais, adequadas *a posteriori* a provisões legais, disponibilizadas para a construção organizacional da ocorrência, queixa, anotação ou inquérito dentro de uma ordem institucional específica. Essa metodologia de trabalho operacional, "o inquérito de trás para frente", nas palavras de Paixão (1982:75), representa economia de recursos logísticos e reforço de traços culturais, institucionais e simbólicos, na medida em que permite, legitima e reforça o exercício do conhecimento profissional do policial, através da valorização da informação "da rua", do tirocínio individual na habilidade investigatória. Assim,

"... comunicada uma ocorrência e existindo uma vítima, a investigação busca não tanto a apuração do crime, mas a identificação, na "clientela marginal" da organização, de possíveis autores do crime. Para isso não são necessárias categorias legais; antes, são usadas tipificações, isto é, teorias de senso comum policial que categorizam e avaliam objetos, indivíduos ou comportamentos, que articulam atos (modalidades de ação criminosa) a comportamentos e atitudes típicos de atores. Tipificações surgem tanto da experiência subjetiva do policial quanto de seu treinamento prático adquirido na carreira" (PAIXÃO, 1982:75).

De um lado essa cultura organizacional permite ao policial colocar-se como intermediário nas demandas entre cidadãos, como representante privilegiado do Estado é claro, mas fundamentalmente também através do seu reconhecimento público como especialista, que o credencia como interlocutor qualificado, muitas vezes de forma independente da classe social do demandante.

Por outro lado, essa característica acaba por implicar no uso individualizante do conhecimento profissional, evidente através da profusão de referências às unidades especializadas e ao reconhecimento organizacional de sua prevalência temática ou operacional, tal como visto nas citações apresentadas. Os efeitos perversos são evidentes, traduzindo-se na ausência de coesão e integração organizacionais:

"... o paradoxo da discreção (ou a tensão entre burocracia e profissionalismo, estrutura formal e atividades práticas, controle e autonomia) aproxima a análise da organização policial (...) do contrário do paradigma convencional que vê, na implementação de um modelo racional, a lógica da atividade organizacional, definindo organizações (policiais) como sistemas debilmente integrados, onde elementos organizacionais são apenas frouxamente ligados uns aos outros e atividades e regras são frequentemente violadas..." (PAIXÃO, 1982:67).

Coerentemente, essas dimensões acabarão for reforçar o modelo excludente do espaço público brasileiro, através da sobreposição de diferentes "sistemas de verdade" na promoção e execução da Justiça (KANT de LIMA, 2001:114) que competem entre si, anulando-se. De um lado o modelo igualitário constitucional, que determina prerrogativas e salvaguardas legais ao processo penal, tal como a presunção da inocência. De outro, a aplicação hierarquizada destas prerrogativas, pelos atores do Sistema de Justiça Criminal. Assim, a Organização Policial funciona como um elo, uma ligação entre "o sistema judicial elitista e hierarquizado e o sistema político igualitário" (KANT de LIMA, 1995:07-08), encurralada entre critérios excludentes na aplicação desigual da Lei:

"... ao aplicar desigualmente a Lei, a Polícia evita, por um lado, que os "criminosos em potencial" beneficiem-se dos dispositivos constitucionais igualitários. Por outro lado, quando as pessoas envolvidas pertencem às classes médias ou altas, a Polícia, ao aplicar a Lei e atuar de maneira compatível com os dispositivos constitucionais igualitários, restabelece a fé dos não-marginais nos princípios democráticos do sistema político brasileiro. De fato, as práticas policiais tornam possível o funcionamento do sistema político, a despeito de suas contradições legais internas..." (KANT de LIMA, 1995:08)".

4. Bibliografia

BRETAS, Marcos Luiz. *A guerra das ruas:* povo e polícia na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Museu Nacional, 1997a.

BRETAS, Marcos Luiz. *Ordem na cidade:* o exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro (1907-1930). Rio de Janeiro: Rocco, 1997b.

BRETAS, Marcos Luiz e PONCIONI, Paula. A cultura policial e o policial civil carioca. IN: PANDOLFI *et alli* (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência.* Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999.

CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CORRÊA, Mariza. *Morte em família:* representações jurídicas de papéis sexuais. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1983.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano.* 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro:* repressão e resistência numa cidade do séc. XIX. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

KANT de LIMA, Roberto. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro:* seus dilemas e paradoxos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KANT de LIMA, Roberto. *Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil:* uma bibliografia. BIB 50, 2.º semestre de 2000.

KANT de LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, L.G.; BARBOSA, L.; DRUMMOND, J.A. (Orgs.) *O Brasil não é para principiantes.* Rio de Janeiro: FGV, 2001.

MINAS GERAIS. Arquivo Público Mineiro, Fundo Polícia. POL9, CX01, 1932.01.08 a 1933.01.18.

MINAS GERAIS. Arquivos do Departamento de Investigações da Polícia Civil de Minas Gerais, Livro de Remessa de Autos, 1929.

MINAS GERAIS. Arquivos do Departamento de Investigações da Polícia Civil de Minas Gerais, Livro de Registro de Ocorrências da Delegacia Especializada de Segurança Pessoal, 1943-1944.

MINAS GERAIS. Arquivos do Departamento de Investigações da Polícia Civil de Minas Gerais, Livro de Registro de Inquéritos da Delegacia Especializada de Segurança Pessoal, 1958.

MINAS GERAIS. Arquivos do Departamento de Investigações da Polícia Civil de Minas Gerais, Livro de Registro de Ocorrências da Delegacia de Plantão, 1970.

PAIXÃO, Antônio Luiz. A organização policial numa área metropolitana. DADOS, *Revista de Ciências Sociais*, vol. 25, n. 1, 1982.

REINER, Robert. *The politics of the police*. 2.º ed., University of Toronto Press, 1992.

ROSEMBERG, André. *Ordem e burla:* processos sociais, escravidão e justiça em Santos. São Paulo: Ed. Alameda, 2006.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

VELLASCO, Ivan de Andrade. *As seduções da ordem:* violência, criminalidade e administração da Justiça em Minas Gerais – Século XIX. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002 (Tese de Doutoramento, Mimeo).

ZALUAR, Alba. Violência e crime. In: MICELI, S. (Org.) O que ler na ciência social brasileira (1970-1995). São Paulo: Ed. Sumaré-ANPOCS, vol. 1, 1999.

Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social

Carmen Hein de Campos
Mestre em Direito (UFSC). Mestre em Direito (Universidade de Toronto). Advogada visitante no *Center for Reproductive Rights*, Nova York. Advogada.

Resumo: Ao estabelecer uma nova política criminal no país, a Lei Maria da Penha rompeu com o tradicional pensamento criminológico e gerou fortes reações sobre sua constitucionalidade. Esse artigo sustenta que a eleição da tutela penal exclusiva das mulheres não viola o princípio constitucional da igualdade, já que o Direito Penal admite a proteção de grupos considerados vulnerárveis; que o aumento da pena nos crimes de lesão corporal de natureza leve não viola o princípio da proporcionalidade, pois a agravação da pena é mínima, comparativamente a outros delitos; e que o afastamento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais não viola o princípio da isonomia penal, pois prioriza a tutela de bem jurídico fundamental. Apesar do discutível recurso ao Direito Penal, reconhece-se a idoneidade de uma política criminal de gênero quando ela estabelece uma mínima intervenção punitiva e uma máxima intervenção social.

Palavras-chave: Política-criminal de gênero – Violência doméstica – Mínima intervenção – Proteção integral.

Abstract: By establishing new criminal policies in the country, Maria da Penha law has broken away with the traditional criminological view and has generated strong reactions regarding its constitutionality. This article argues that the protection provided exclusively to women under the Maria da Penha Law does not violate the principle of equality, because Brazilian Criminal Law recognizes the need for protection of vulnerable groups. The article further argues that increasing penalties for

physical assaults does not violate the principle of proportionality because the penalty is minimal compared to other crimes, also that the increasing penalties in crimes of assault and battery of a light nature do not violate the principle of proportionality, since the penalty aggravation is minimal if compared to other offenses; and that the suspension of the law of Special Civil and Criminal Small Claims Court in cases of violence against women does not violate the principle of criminal equality because it prioritizes fundamental rights. Notwithstanding the arguable appeal to criminal law, this article recognizes the suitability of a gender-based policy when it establishes a minimum punitive intervention and a maximum social intervention.

Keywords: Gender-criminal policy – Domestic violence – Minimum intervention – Integral protection.

Sumário: 1. Introdução – 2. Delimitação conceitual: violência de gênero e violência doméstica – 3. A opção por uma política criminal de gênero: 3.1 A proteção penal específica e exclusiva da mulher – 4. O alcance da discriminação em matéria penal – 5. Conclusão.

Área do direito: Penal-Processo penal

1. Introdução[1]

Desde de sua promulgação, a Lei 11.340 de 07.08.2006 – conhecida como Lei Maria da Penha (Lei de Violência Doméstica)[2] que introduziu uma política integral para coibir à violência doméstica contra as mulheres –, tem sofrido uma série de críticas oriundas da doutrina penal, de alguns setores da magistratura e de criminológos. Os argumentos contrários à Lei vão desde críticas ao feminismo

1. A autora agradece os comentários e sugestões de Luís Guilherme Vieira, Salo de Carvalho e Márcia Fernandes ao longo da elaboração do presente artigo.

2. Utilizo indistintamente a denominação Maria da Penha e Lei de Violência Doméstica para me referir a Lei 11.340/2006.

como co-responsável pelo expansionismo penal aos seus aspectos penais inovadores. Assim, argumentos de inconstitucionalidade por violar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, aumento desproporcional da pena e a não aplicação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) têm sido recorrentes entre os setores relutantes à aplicação da Lei Maria da Penha.[3]

Essa relutância pode ser explicada, em parte, por um certo viés tradicionalista que acompanha o pensamento penal crítico no Brasil, o qual, se é capaz de responder positivamente às violações de direitos de indiciados e processados, apresenta dificuldades em questões que envolvem a violência praticada por parceiros íntimos. Soma-se a isso o não reconhecimento, pela doutrina em geral, de que a violência de gênero é um evento sociológico e epidemiológico.

Pode-se citar como exemplo desse não reconhecimento o fato de que, durante muitos anos, os homicídios cometidos contra as mulheres – "crimes da paixão" – foram excusados ante a sexista tese da "legítima defesa da honra" (CORREA, 1981; ARDAILLON & DEBER, 1987; ELUF, 2002) – criação doutrinária sem suporte legal. Essa suposta "inovação" jurídica, típica discriminação de gênero e de reprodução de velhas práticas[4] para absolver homicidas, expressa a dificuldade da doutrina de entender que a violência de gênero é fruto da diferença de poder entre homens e mulheres, dos distintos papéis sociais atribuídos a cada gênero e da subordinação histórica das mulheres, e não fruto de uma personalidade "doentia" ou "desequilibrada" masculina. Em sua aplicação prática, a tese da "legítima defesa da honra", ou da "violenta emoção", tem como beneficiários, exclusivamente, os homens, pois, embora "teoricamente" possível, são raríssimos os casos de mulheres

3. Visando por fim aos argumentos de inconstitucionalidade, a Advocacia Geral da União propôs em 19.12.2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19/2007) com pedido de medida cautelar para suspender todas as ações de inconstitucionalidade da Lei. No entanto, a liminar não foi concedida pelo Ministro Marco Aurélio. A ação deverá agora, ser julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

4. Segundo estudo realizado por Pimentel (2006), a tese da legítima defesa da honra, apesar de refutada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda é utilizada.

matando em "legítima defesa da honra" (LARRAURI, 1993) ou por terem sido tomadas de "violenta emoção".

Mais recentemente, a elaboração e operacionalidade da Lei 9.099/95 que definiu, inicialmente, os delitos de menor potencial ofensivo bem como o procedimento pelo qual são julgados, evidenciaram a negação das relações de gênero (CAMPOS e CARVALHO, 2006). As análises doutrinárias, de forma majoritária, ignoravam que, nos Juizados Especiais Criminais, estavam em jogo as relações de poder entre homens e mulheres e omitiam o fato de que, no pólo passivo, existiam "as mulheres". Assim, o *mainstream* aparentemente analisava os Juizados de forma "neutra", mas em verdade, orientava-se pelo paradigma masculino do direito, que nega o feminino.

A iniciativa legislativa de inscrever no quadro normativo nacional uma legislação específica para tratar do tema da violência doméstica é decorrente das inúmeras recomendações feitas pelas Nações Unidas para combater a violência de gênero, considerada uma violação de direitos humanos.[5] Saliente-se a condenação internacional do Brasil no caso Maria da Penha Maia Fernandes (2001),[6] por tolerância à violência doméstica e a recomendação do Comitê CEDAW[7] (Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) para que se adotasse uma legislação específica para combater a violência contra a mulher.[8] Essa iniciativa legislativa foi precedida de amplo debate social,

5. Plataforma da Conferência Mundial de Mulheres em Beijin (1993); Programa de Ação de Cairo (1994), Comitê CEDAW Concluding Comments Brazil, disponível online: acesso em 05.12.2007 http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/460/25/PDF/N0746025.pdf?OpenElement

6. Maria da Penha Maia Fernandes – Relatório 54/01 – Caso 12.051 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível: http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm (acesso em 11.01.2008).

7. O Comitê CEDAW está encarregado de monitorar o cumprimento da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW) adotada pela Assembléia das Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 01.02.1984.

8. CEDAW Committee – *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women* – 28th Session (2003) *Concluding Comments* § 113, p. 98. Disponível online: http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/468/20/PDF/N0346820.pdf?OpenElement

através do qual o movimento de mulheres, juristas, parlamentares, sociólogos e vários outros segmentos sociais tomaram parte.[9] Assim, não há que negar o caráter democrático de que se revestiu o processo de elaboração da nova lei.

A Lei Maria da Penha tem como objetivo, tal como inscrito em seu art. 1.º *coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher*,[10] – históricas vítimas[11] – elegendo-as prioritariamente, e não os autores de violência, como em geral estabelecem as normas penais. Essa normatização está alicerçada em estudos e pesquisas,[12] nacionais e internacionais, que revelam que a violência de gênero é fruto da discriminação contra as mulheres e que as relações hierarquizadas e o machismo são determinantes para a aceitação social dessa violência (SAFFIOTTI, 2004; HEILBORN, 2000). Pesquisa da Organização Mundial de Saúde (OMS), realizada em 2005, em 10 países, incluindo o Brasil, revelou que a violência pra-

(acesso em 11.01.2007). Em 2007, o Comitê Cedaw recomendou que a Lei Maria da Penha fosse totalmente implementada. *Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*. CEDAW Committee – 39th Session 23 July-10 August 2007. Disponível online: http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/460/25/PDF/N0746025.pdf?OpenElement (acesso em 11.01.2007).

9. A Lei Maria da Penha originou-se de um anteprojeto de Lei elaborado por um consórcio de ONGs formado pela Advocacia, Agende, Cepia, Cfemea, Cladem e Themis e entregue à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres em março de 2004. No Congresso Nacional, por iniciativa da deputada relatora Jandira Feghali, foram realizadas várias audiências públicas em diversos estados brasileiros.

10. Art. 1.º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

11. O termo vítima aqui é utilizado conforme a definição das Nações Unidas: "entende-se por vitímas, as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como conseqüência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder." Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder adotada pelas Nações Unidas em 24.05.1989.

12. A Mulher no espaço público e privado. Pesquisa da Fundação Perseu Abramo. São Paulo. Disponível no site: www.fpa.org.br

ticada por parceiros íntimos é a maior causa de doenças entre as mulheres e está associada a patologias reais.[13]

Portanto, não faltaram razões para a edição de uma lei específica para prevenir e coibir a violência doméstica no país, cujo enfoque principal é a proteção das vítimas.

2. Delimitação conceitual: violência de gênero e violência doméstica

O gênero constitui-se como conceito sociológico na década de 60 e, muito recentemente, vem sendo empregado no Direito. Como conceito sociológico, é utilizado como uma categoria analítica (SCOTT, 1995) que reconhece que as diferenças entre homens e mulheres são construídas socialmente e se fundam em relações de poder. Por intermédio das relações de gênero, papéis sociais diferenciados são atribuídos ao feminino e ao masculino com sobrevaloração do sexo masculino. Essa sobrevaloração social do masculino hierarquiza as relações entre os sexos, criando diferenciações culturais que são justificadas socialmente, através de vários mecanismos de integração social, tais como o Direito.

Teoricamente, pode-se dizer que esse conceito passa a ser incorporado ao mundo do Direito por meio dos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos que relacionam a violência contra às mulheres às relações fundadas no gênero. O Comitê CEDAW em sua Recomendação Geral 19 sobre a *violência contra a mulher*[14] refere que a *discriminação* inclui a *violência de gênero* – a

13. Segundo Ana Flávia d'Oliveira, "as mulheres em situação de violência tendem a apresentar problemas de saúde de diversos tipos, problemas mentais, depressão e até propensão ao suicídio. Elas também fazem menos papanicolou e menos sexo seguro". Ana Flávia P.L. D'Oliveira, pesquisadora do Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP. Entrevista ao Instituto Patrícia Galvão. Disponível no site: http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=94 Acesso em 01.12.2007.

14. A Recomendação Geral 19 foi adotada pelo Comitê Cedaw em 1992. Disponível online: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm (acesso em 10.01.2008).

violência dirigida especificamente contra a mulher por ser mulher ou que a afeta de maneira desproporcional. Essa violência inclui atos que causem ou possam causar dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico às mulheres, incluindo ameaças, coerção e outras formas de privação de liberdade.[15] Portanto, segundo a Convenção CEDAW, a violência contra a mulher é uma forma de discriminação.[16] Da mesma forma a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher[17] (Convenção de Belém do Pará) define a violência de gênero e a violência doméstica.

Ao se analisar as definições expressas tanto na Convenção CEDAW (Recomendação 19) quanto na Convenção de Belém do Pará, na qual a violência de gênero é considerada como *qualquer conduta baseada no gênero que cause ou possa causar dano às mulheres*,[18] tem-se que a violência de gênero se distingue da violência doméstica por seu caráter amplo e por ser dirigida às mulheres, pelo simples fato de serem mulheres. Daí algumas autoras afirmarem que a violência de gênero e violência doméstica são coisas distintas, já que a primeira apontaria a mulher como objeto da violência e a segunda, a família (MAQUEDA, 2005; LORENZZO, 2005).

Almeida (2003) já notara a imprecisão conceitual da expressão violência doméstica por esta se referir ao lugar (doméstico ou familiar) onde ela é cometida

15. Recomendação Geral 19 (CEDAW), comentários, item 6.

16. A Convenção CEDAW, em seu art. 1.º define a discriminação contra a mulher como "toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo".

O artigo 1 da Recomendação 19 do Comitê CEDAW dispõe que a violência baseada no gênero é uma forma de discriminação que seriamente impede as mulheres de usufruirem os direitos e liberdades em condições de igualdade com os homens.

17. A Convenção Interamericana para a Prevenir, Punir e Eliminar a Violência contra a Mulher foi adotada pela Organização dos Estados Americanos em 06.06.1994 e ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.

18. A Convenção de Belém do Pará define a violência contra a mulher em seu art. 1.º, como "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado".

e não à violência propriamente dita. Ainda segundo a autora, a expressão violência doméstica não distinguiria autores e vítimas, e incluiria mulheres, crianças e idosos. Em que pese a distinção conceitual, a violência doméstica é uma expressão e uma subcategoria da violência de gênero. A terminologia "violência doméstica" tem sido utilizada, no Brasil, como sinônimo de violência contra a mulher praticada por parceiros íntimos.

Ou seja, para além do espaço onde essa violência é praticada, a expressão também qualificaria um tipo específico de violência de gênero, aquela praticada em relações íntimas. No entanto, talvez para evitar a imprecisão conceitual, algumas autoras prefiram a expressão violência conjugal para referir a esse tipo de violência ocorrida na intimidade (GROSSI, 1998).

A definição de violência contra a mulher contida no art. 1.º da Convenção de Belém do Pará, entendida "*como qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado*", remete ao conteúdo amplo do conceito de violência de gênero, isto é, a violência contra a mulher é uma conduta baseada no gênero. Essa violência inclui a violência física, sexual e psicológica (art. 2.º),[19] que ocorre dentro da família ou *em qualquer outra relação interpessoal em que o autor conviva ou tenha convivido no domicílio doméstico* (do art. 2.º, *a*).

Nota-se, então, que a Convenção distingue a família e "outras relações interpessoais". Por isso, o conteúdo da alínea *a*, do art. 2.º, da Convenção, qualifica o tipo de violência de gênero como violência doméstica não só como lugar de convívio, mas também como um tipo específico de relação, aquela que se dá entre parceiros íntimos, conviventes ou não. Assim, interpretando os artigos em questão,

19. Convenção de Belém do Pará, art. 2.º. Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

a) que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual; (...).

tem-se a violência doméstica como uma forma específica da violência de gênero – aquela que ocorre em relações de intimidade. Por isso, mesmo reconhecendo a imprecisão terminológica apontada pelas autoras mencionadas, utiliza-se, neste artigo, a expressão violência doméstica para se referir à violência conjugal.

Essa também parece ter sido a opção do legislador ao definir, no art. 1.º, da Lei 11.340/2006, que esta "*cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*". Embora haja uma aparente redundância na expressão "doméstica e familiar", pode-se argumentar que o legislador não escolheu essas duas expressões com o mero intuito de reforçar o substantivo *doméstica*. Ao definir-se pela expressão *violência doméstica*, quis o legislador referir-se ao tipo de relação, tal como consagrada academicamente em estudos feministas, igualando-o à violência nas relações íntimas. Observe-se que o legislador usa o conectivo "e" para introduzir o adjetivo "familiar". Por conseguinte, o "familiar" se refere ao lugar onde essa violência é praticada (na família). Desta forma, a violência doméstica contra a mulher definida pela Lei é uma violência praticada em relações de conjugalidade (atuais ou não) e também no espaço familiar (art. 5.º, I, II e III.).

A escolha do legislador igualmente pode ser creditada aos elevados índices de violência de gênero praticada nas relações íntimas no Brasil. Apesar de não existirem muitos estudos nacionais sobre o tema, pesquisa da Fundação Perseu Abramo (2004:25) revelou que uma em cada quatro mulheres brasileiras já foi alguma vez, na vida, espancada.[20] Pesquisa do Senado Federal (2007) chegou a resultados semelhantes.[21] Na mesma linha, estudos sobre a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais revelaram que a violência doméstica constituía a maioria dos crimes

20. Segundo a pesquisa "a projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez na vida. Considerando-se que 31% declararam que a última ocorrência foi no período dos 12 meses anteriores à pesquisa, chega-se ao escândalo de cerca de 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país, 175 mil/mês, 5.800/dia, 243/hora ou 4/minuto – uma a cada 15 segundos".

21. Violência Doméstica Contra a Mulher. Relatório Analítico. Brasília: Senado Federal, Data Senado, 2007.

que chegavam aos Juizados. (AZEVEDO, 2001; CAMPOS, 2001) Portanto, a legislação, ao tratar do tema da violência doméstica, não pretendeu diminuir a dimensão da violência de gênero, mas reduzir a abrangência legal, circuscrever seu objeto, focalizando, nesse sentido, o fenômeno da violência doméstica (ou da violência nas relações íntimas). Daí a série de medidas integradas de prevenção (art. 8.º) dirigidas a mudar o olhar da sociedade sobre a questão. Essa perspectiva denota a intenção do legislador de retirar o "manto sagrado" que envolve as relações íntimas e mostrar que a violência doméstica é uma forma de discriminação contra as mulheres. A violência praticada na intimidade não é um assunto privado, ao contrário, é de interesse público e diz respeito à democracia e à cidadania. No entanto, esse entendimento requer o rompimento de padrões culturais enraizados no pensamento jurídico que têm negado às mulheres, em situação de violência doméstica, o pleno exercício das garantias e dos direitos fundamentais.

3. A opção por uma política criminal de gênero

A Lei Maria da Penha contém um amplo catálogo de medidas de *caráter extrapenal*[22] destinadas a prevenir a violência doméstica e de gênero de maneira integral. *Medidas de longo prazo* para o planejamento de políticas destinadas à violência contra a mulher e a mudança do olhar da sociedade sobre o fenômeno, tais como a promoção de pesquisas e estatísticas para determinar as causas da violência doméstica (art. 8.º, II); controle da publicidade sexista (art. 8.º, III); promoção de campanhas educativas dirigidas às escolas e à sociedade (art. 8.º, IV); capacitação da polícia civil, guardas municipais e bombeiros (art. 8.º, VII); promoção de programas educacionais para difundir o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 8.º, VIII e IX); *medidas de curto prazo ou de realização imediata* destinadas a facilitar o acesso a recursos governamentais e a mobilidade da mulher em situação de violência doméstica, tais como, cadastro nos programas assistenciais governamentais (art.

22. Utilizo a mesma terminologia empregada por Lorenzzo (2005).

9.º, § 1.º); remoção prioritária no serviço público (art. 9.º, § 2.º, I); manutenção de vínculo trabalhista (art. 9.º, § 2.º, II); fixação de alimentos provisionais (art. 22, V) e, por fim, *medidas de proteção e contenção de riscos* destinadas a reduzir os riscos decorrentes da situação de violência, como, por exemplo, colocação em programas de atendimento ou proteção (art. 23, I), assistência jurídica gratuita (art. 28), atendimento multidisciplinar (art. 29) etc.

Em que pese o amplo leque dessas medidas de natureza extrapenal que compõe essa nova concepção político-criminal, elas não têm sido suficiente para aplacar as críticas à Lei, concentradas no novo modelo de intervenção punitiva. Esse novo modelo está fundado em três eixos principais: o primeiro diz respeito à eleição da tutela penal exclusiva para mulheres; o segundo, relaciona-se ao agravamento de pena nos crimes de lesão corporal de natureza leve e, o terceiro, ao afastamento da Lei 9.099/95. Mesmo a previsão normativa que possibilita a inclusão de agressores em programas de educação e reabilitação (art. 35, V) e de recuperação e reeducação (art. 45), cujo objetivo é evitar a reincidência, não têm obtido reconhecimento por parte da crítica.

No entanto, estudos com homens agressores têm demonstrado sua eficácia, o que se reveste de importância tanto para as vítimas quanto para os agressores, na medida em que podem reduzir os riscos de futuras agressões às mulheres e à reincidência no sistema criminal. Por fim, trazem um benefício social, já que contribuem para o controle da agressividade dirigida às mulheres e uma reflexão sobre o próprio comportamento violento (ACOSTA e BARKER, 2003). Negar aos autores de violência doméstica a participação em ditos programas é negar-lhes a possibilidade de (re)pensar sobre o seu comportamento violento e de mudar os padrões de relação interpessoal.

3.1 A proteção penal específica e exclusiva da mulher

A principal novidade introduzida pela Lei Maria da Penha foi a eleição político-criminal de proteção exclusiva da mulher, deixando a figura masculina

fora da tutela penal. As fortes reações no campo jurídico com relação à constitucionalidade da medida demonstram que esta é uma das mais polêmicas decisões político-criminais dos últimos tempos. As principais críticas dirigidas à Lei Maria da Penha dizem respeito à violação do princípio da igualdade e do princípio da não-discriminação em razão do sexo. Alegam os críticos que a Lei estaria violando o princípio da igualdade entre homens e mulheres, já que discriminaria, em razão do sexo, os beneficiários da tutela penal;[23] que a agravação da pena nos crimes de violência doméstica afetaria, majoritariamente, os homens autores de violência;[24] e que exclusão da incidência da Lei 9.099/95 aos delitos de violência doméstica viola o princípio da isonomia.

4. O alcance da discriminação em matéria penal

A Constituição brasileira, em seu art. 5.º, promulga o princípio da igualdade e da não-discriminação, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza;[25] a igualdade entre homens e mulheres em direitos

23. Em recente decisão (26.09.2007) a 2ª Turma Criminal do TJMT, ao apreciar o recurso 2007.023422-4 do Ministério Público, considerou insconstitucional da Lei Maria da Penha por ferir o princípio da iguadade entre homens e mulheres. Afirmou a Turma Criminal que "(...) Quando a Carta Magna, dentre o rol de direitos fundamentais, consagrou igualdade entre homem e mulher, estabeleceu uma isonomia plena entre os gêneros masculino e feminino, de modo que a legislação infraconstitucional não pode – sob qualquer pretexto – promover discriminação entre os sexos, em se tratando de direitos fundamentais, eis que estes já lhes são igualmente assegurados".

24. Semelhante polêmica foi enfrentada pela Lei de Proteção Integral na Espanha. Alegavam os críticos que a Lei espanhola estaria violando a Constituição da Espanha e discrimando em razão do sexo. Segundo Lorenzzo, as principais críticas eram: "excluir al varón de forma sistemática y por el solo hecho de su sexo de la tutela penal reforzada frente a la violencia doméstica que se concede a la mujer; por vedarle el acceso a los nuevos juzgados de violencia creados con el fin de mejorar la tutela judicial de los ciudadanos –pero no de todos, sino sólo de algunos ciudadanos escogidos; y, sobre todo, por sancionarlo más severamente cuando agrede a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al sexo masculino".

25. Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

e obrigações;[26] a proibição da discriminação religiosa etc. Não há negar, pois que, a discussão sobre a igualdade é um debate a cerca da proibição da discriminação.

A igualdade, em sua dimensão jurídica, refere-se, não só ao seu aspecto formal – igualdade perante a lei –, mas também a seu aspecto substancial, o que reclama o reconhecimento das diferenças sociais. É o mandamento da igualdade substancial que autoriza a discriminação positiva, cujo objetivo é superar os limites da igualdade formal. As ações afirmativas, que na definição de Antônio Sérgio Guimarães (1997:233), "consistiriam em promover privilégios de acesso a meios fundamentais – educação e emprego, principalmente – a minorias étnicas, raciais ou sexuais que, de outro modo, estariam deles excluídas, total ou parcialmente", são lições de medidas de discriminação positiva.

É a vulnerabiliade social do grupo a ser protegido por uma norma discriminatória (ou afirmativa) que atua como critério legitimador da medida. Daí a afirmação de Calmon de Passos (2002) de que a única forma de igualar "pessoas substancialmente diferenciadas é desigualá-las em termos jurídicos para que através desse desigual tratamento se obtenha maior igualdade substancial." Para o autor, o tratamento desigual é legitimado quando resultar maior igualdade em termos substanciais.

Pontifica Lorenzzo (2005) que o princípio da não-discriminação constitui-se em uma tutela adicional e não uma mera decorrência do princípio da igualdade formal, pois que reconhece um dado fático da realidade social limitador do princípio da igualdade formal na garantia do exercício pleno dos direitos fundamentais: a existência de grupos que se encontram em posição socialmente desvantajosa.

Portanto, o sentido da discriminação positiva é o de neutralizar o desequilibrío fático que torna as pessoas substancialmente diferentes. Nessa linha, a tutela de grupos através dos critérios de sexo, etnia, orientação sexual, deficiência, inimputabilidade e outros busca proteger grupos socialmente discriminados que

26. Art. 5.º (...) I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

de outra forma não teriam acesso a bens públicos.[27] Essa dimensão positiva da discriminação constitui-se em uma obrigação de fazer, por parte dos poderes constituídos, em benefício de grupos sociais marginalizados ou fragilizados. No entanto, as ações afirmativas têm a marca da temporariedade (GUIMARÃES, 1997), razão pela qual a Lei 11.340/2006 não se constitui em uma medida de ação afirmativa, mas em uma tutela penal discriminatória.

Celso Bandeira de Mello (1995) admite a discriminação e estabelece alguns critérios por intermédio dos quais é possível sustentá-la como constitucional. Para Mello (1995), qualquer fator residente nas coisas, nas pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório; esse *discrimen* há de ser justificado racionalmente (fundamento lógico) para, em vista desse critério, atribuir-se o tratamento desigual; e, por fim, esse fundamento racional abstratamente existente deve, *in concreto*, estar afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. Segundo o autor, não haveria ofensa ao preceito constitucional da isonomia, por conseguinte, ao princípio da não-discriminação, se a norma: 1. abranger uma categoria de pessoas e não um indivíduo isoladamente considerado; 2. adotar como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elementos residentes nos fatos, situações ou pessoas; 3. atribuir tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; e, 4. estar o *discrimen* em concordância com os valores prestigiados constitucionalmente.

Aplicando-se esse *teste da igualdade* proposto por Mello, conclui-se que a Lei 11.340/2006 não viola o princípio da isonomia e da não-discriminação porque: 1. elege um grupo de pessoas – as mulheres enquanto categoria – e não uma pessoa individualmente; 2. funda-se em fatos concretos pois a violência doméstica (fator diferenciador) é dirigida, majoritariamente, contra as mulheres e atua como obstáculo ao exercício pleno da cidadania; 3. a proteção específica, que

27. Veja-se a Lei 9.504/97 (quotas partidárias), a Lei 11.096/2005 (Programa Universidade para Todos) e a Lei 8.112/90 (reserva de vagas para deficientes).

proporciona tratamento penal diferenciado às mulheres (norma discriminatória) guarda relação concreta e lógica com o *discriminen* (são as mulheres que sofrem com a violência doméstica (ou no espaço doméstico) e não os homens; 4. a tutela penal exclusiva visa garantir a dignidade e o exercício aos direitos fundamentais das mulheres, valores supremos do ordenamento jurídico nacional, expresso no dever do Estado de proteger as mulheres contra toda forma de violência (art. 226, § 8.º, da CF/88).

O outro aspecto da discriminação é sua vertente negativa. A discriminação negativa consiste na proibição de agir de modo a não prejudicar um coletivo vulnerabilizado socialmente (LORENZZO, 2005). Essa vertente da discriminação está incorporada em nossa legislação penal. Podem ser citados, para exemplicar, a agravante estabelecida no art. 140 do CP (injúria racial)[28] tanto quanto a proibição de exigência de atestado de gravidez para acesso ao emprego,[29] uma medida antidiscriminatória de gênero.

Mas a discriminação penal também atua em relação à proteção do agente passivo, tal qual fazem o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do

28. A Lei 9.459 de 13.05.1997 acrescentou parágrafo ao art. 140, nos seguintes termos:

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3.º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena – reclusão de um a três anos e multa."

29. A Lei 9.029 de 13.04.1995 proibiu a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, nos seguintes termos:

Art. 1.º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição Federal.

Art. 2.º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

Pena – detenção de um a dois anos e multa.

Idoso ao preverem proteção especial, ao utilizar o critério discriminador da idade. Da mesma forma, o Código Penal discrimina em relação ao sujeito passivo que sofre a ofensa, agravando a pena quando o crime é cometido contra pessoa enferma[30] ou funcionário público.[31] Quanto à criança e ao adolescente não há discussão sobre sua condição de vulnerabilidade enquanto sujeitos passivos, em face de sua menor capacidade de defesa frente a possíveis agressões cometidas tanto por parte do Estado quanto por parte dos indivíduos. Igualmente, parece não haver controvérsia na proteção diferenciada dada ao idoso. Cite-se, ainda, que o critério idade também age como atenuante da pena[32] e redutor do prazo de prescrição.[33] Portanto, discriminar parece não ser problema na perspectiva penal e político-criminal. O ponto a saber é se a discriminação quanto ao sexo, na ótica de proteção especial às mulheres, também se justifica na perspectiva político-criminal.

A maior proteção das mulheres em situação de violência doméstica não foi introduzida pela Lei 11.340/2006, uma vez que a Lei 10.886/2004,[34] ao instituir o delito autônomo de violência doméstica, majorou as penas dos crimes de lesão corporal (leve, grave e gravíssima). No entanto, essa proteção não se destinava exclusivamente às mulheres, como o faz a Lei 11.340/2006. Como mencionado

30. Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; (...)

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida.

31. Os crimes de calúnia, difamação e injúria têm suas penas aumentadas em um terço se o crime é cometido contra funcionário público, em razão de suas funções. Art. 141, II do Código Penal.

32. Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Código Penal, redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984).

33. Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. (Código Penal, redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984).

34. Art. 129. Os crimes de lesão corporal leve, grave e gravíssima têm a pena aumentada em 1/3 quando se forem crimes de violência doméstica.

antes, uma destinação ímpar da proteção penal a determinados grupos socialmente vulneráveis (adolescentes, idosos e deficientes) não viola o princípio da igualdade e encontra fundamento constitucional, uma vez que é dever do Estado protegê-los por intermédio de políticas públicas.[35] Embora possa ser argumentado que os homens também podem sofrer violência doméstica, são as mulheres, enquanto grupo, as vítimas majoritárias. As políticas públicas antidiscriminatórias demandam dos Estados nacionais medidas para proteger os grupos vulneráveis através de todos os meios disponíveis.[36]

Improcede, de igual forma, o argumento de que o afastamento da incidência da Lei 9.099/95 viola o princípio da isonomia entre autores de violência doméstica e aqueles que praticam outras ofensas. O critério da violência de gênero é justificador para tratamento desigual em relação entre os beneficiários da tutela penal e o conseqüente afastamento dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95.[37] Lembre-se que a redação original da Lei 9.099/95 distinguia, conceitualmente, os crimes considerados de menor potencial ofensivo através do critério do rito, independentemente da pena cominada, ou seja, crimes com procedimento especial,[38]

35. Art. 228 § 8.º da CF/88.

36. CEDAW Recomendação 19. Ver também Recomendações do Comitê CEDAW ao Relatório Brasileiro apresentado em julho/2007.

37. Segundo Karam (2006) "A particularidade de uma determinada infração penal retratar uma violência de gênero não é um diferencial quando se cuida de institutos relacionados à dimensão do potencial ofensivo da infração penal ou quando se cuida do modo de execução da pena concretamente imposta, não se autorizando, assim, por essa irrelevante particularidade, a desigualdade de tratamento. A dimensão de uma infração penal que a faz ser identificável como de menor potencial ofensivo ou de médio potencial ofensivo é determinada pela Lei 9.099/95 com base tão somente na medida das penas máxima ou mínima abstratamente cominadas. Trata-se aqui de lei geral imperativamente aplicável a todos que se encontrem na situação por ela definida, não estando autorizada a desigualdade de tratamento entre pessoas a quem seja atribuída prática de infrações penais que, definidas em regras que a elas cominam penas máximas ou mínimas de igual quantidade, apresentam igual dimensão de ofensividade". *Boletim do IBCCRIM*, janeiro/2006.

38. O art. 61 da Lei 9.099/95 dispunha: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial". Essa redação foi alterada pela Lei 10.259/2001 e posteriormente revogado pela Lei 11.313/2006.

tais como os de calúnia,[39] difamação[40] e injúria[41] não estavam incluídos dentre os de menor ofensividade. Por conseguinte, se o critério do procedimento especial pôde, à época, justificar a diferenciação conceitual entre os delitos, muito mais razoável parece ser o critério atual do bem jurídico protegido, a integridade física e emocional das mulheres. O critério abstrato da cominação da pena, por si só, não parece ser elemento justificador da quebra do princípio da isonomia da aplicação da lei penal. Somente o não reconhecimento da violência de gênero e doméstica como uma manifestação da discriminação contra as mulheres pode negar a legitimidade e a legalidade do dispositivo. Além disso, ignorar que pagamento de uma "cesta básica",[42] banalizava a violência, é negar valor constitucional à dignidade feminina. Desconhecer que a violência de gênero estrutura relações desiguais na sociedade e que a violência doméstica é uma forma de controle sobre as mulheres, é negar-lhes o direito de serem protegidas pela lei penal. Na verdade, a discussão deve ser sobre a eficácia da lei penal para a proteção desses direitos.

Por outro lado, é importante lembrar que a Lei 11.340/2006 não discrimina em relação ao sexo e gênero no que concerne aos autores de violência doméstica, tanto que o parágrafo único, do art. 5.º, estabelece que as relações pessoais *independem de orientação sexual*. Nesse sentido, em relações homoeróticas entre mulheres, uma das parceiras pode ser autora de violência. A discriminação que a Lei faz está relacionada ao sujeito passivo dessa violência, assim como o fazem vários tipos penais.

39. Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

40. Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

41. Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

42. O pagamento de uma "cesta básica" passou a ser a medida mais aplicada nos Juizados Especiais Criminais tanto na transação penal quanto na aplicação de pena substitutitva. A "pena cesta básica" como ficou conhecida a medida, encarnou o desvalor do sistema jurídico para com a proteção da integridade física e moral das mulheres.

No que se refere à agravação da pena, a Lei 11.340/2006 apenas a aumentou nos crimes de lesão corporal de natureza leve. Os demais delitos não tiveram suas penas majoradas. Essa agravação teve, como resultado prático, retirar desse delito a sua caracterização de menor ofensividade e, em decorrência, a incidência dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95. Não há de ser considerado ilegal ou inconstitucional dito agravamento estabelecido pelo legislador que elegeu o bem jurídico integridade física e moral das mulheres como critério valorativo. À guisa de ilustração, mencione-se que o Supremo Tribunal Federal considerou legal o aumento de penas estabelecido pela Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), mesmo que alguns desses crimes não protegesse direito fundamental, como o crime de extorsão mediante seqüestro, dentre outros. A integridade física das mulheres é um bem fundamental que não pode ser confundido com crimes de natureza menor. A valoração do bem jurídico a ser penalmente tutelado é, portanto, critério legitimador para aumento de pena. Tampouco pode-se dizer que houve agravamento desproporcional da pena máxima atribuída a esse crime,[43] quando comparado a crimes de natureza patrimonial, tal como o furto,[44] cujas penas, mínima e máxima, comindas, são superiores àquela atribuída à violação da integridade física. Por outro lado, há uma adequação entre as medidas adotadas e os fins perseguidos pela Lei. Tem-se então que o aumento da pena no crime de lesão corporal de natureza leve para proteger a integridade física das mulheres, considerado o valor constitucional do bem jurídico tutelado, não viola o princípio da proporcionalidade.

Superada a discussão sobre a quebra do princípio da igualdade, resta considerar, finalmente, se do ponto de vista político-criminal era necessário instituir uma legislação específica para a proteção das mulheres.

43. O art. 44 da Lei 11.340/2006 majorou a pena máxima para do crime de lesão corporal para 03 anos.

44. Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

5. Conclusão

Ao longo do que foi argumentado, concluiu-se que a Lei Maria da Penha não viola o princípio da igualdade ao eleger as mulheres como o pólo forte da proteção penal. Tampouco a agravação da pena ou o afastamento da Lei dos Juizados Especiais Criminais ameaçam a integridade do sistema de garantias penais.

No entanto, distinta deve ser a análise sobre a eleição e oportunidade de uma legislação específica de violência doméstica na perspectiva político-criminal.

A opção político-criminal da Lei Maria da Penha de proteger as mulheres da violência praticada por parceiros íntimos por intermédio de mecanismos jurídicos insere-se no âmbito das discriminações autorizadas pela Constituição.

Em que pese a majoração da pena no crime de lesão corporal, este parece não ser o maior obstáculo à sua implementação e nem sua perspectiva mais inovadora. De fato, majorar penas sempre foi um recurso mais fácil e menos produtivo para diversos grupos sociais, que buscam, com a utilização do poder punitivo, o reconhecimento e a proteção de sua vulnerabilidade social. Não há comprovação de que o uso do sistema de justiça criminal surta efeitos preventivos. Ao contrário, a intervenção do sistema penal está associada a maiores danos e sofrimento (BARATTA, 2002; ZAFFARONI, 1991).

Por outro lado, o apelo à função simbólica do Direito Penal é, do ponto de vista político-criminal, altamente discutível, principalmente em delitos que envolvem relações de gênero. A estratégia de enfrentar a violência de gênero e doméstica por meio de uma legislação específica fundada no poder punitivo, somente se legitima quando esta é a *ultima ratio* e quando falharam as demais alternativas sociais disponíveis. Resta saber se esta era a situação brasileira.

O tratamento mais recente da violência doméstica no país passou por duas fases distintas: a primeira, anterior à Lei 9.099/95, na qual os crimes implicados na violência doméstica regiam-se pelo Código Penal. No entanto, como demonstram vários estudos, (SOARES, 1996; IZUMINO, 1998; MUNIZ, 1996) as delegacias

de polícias "engavetavam", majoritariamente, os inquéritos, tanto por solicitação das vítimas quanto por desconsideração *ex ofício* desses delitos. Tinha-se que a violência não era processada criminalmente. A segunda fase deu-se com a criação dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, onde se incluem os crimes de lesão corporal de natureza leve e de ameaça. A obrigatoriedade da remessa do Termo Circunstanciado (TC) ao Juizado fez "reaparecer" o fenômeno da violência doméstica "engavetado" nas delegacias de polícia. No entanto, a obrigatoridade da remessa dos TCs aos Juizados não significou mudança na cultura jurídica no que se refere ao julgamento desses delitos e sua adequação aos direitos fundamentais das mulheres (CAMPOS e CARVALHO, 2006). A "cesta básica", amplamente aplicada pelos Juizados, revelou o despreparo dos operadores de direito sobre a violência de gênero, gerando um movimento contrário à aplicação da Lei.

A proposta da Lei integral é de combinar a mínima intervenção punitiva, por intermédio da mínima majoração da pena no crime de lesão corporal de natureza leve, com a máxima intervenção social, através de amplas políticas públicas destinadas a prevenir essa violência. As inúmeras medidas preventivas da Lei estão destinadas a maior proteção da vítima, haja visto a possibilidade de incremento da violência com a conseqüente ocorrência de crimes mais graves.

Se os mecanismos legais anteriores para tratar a violência doméstica fracassaram, é preciso aplicar a Lei integralmente, fazendo uso de todos os recursos nela disponíveis, de modo a permitir avaliar, a longo prazo, os seus limites e as suas possibilidades. Estabelecer, de antemão, que a Lei não é adequada é negar a realidade anterior à nova legislação. A existência de inquérito policial *per se* não significa a aplicação de pena mais rigorosa, mas o fato de que os crimes agora vinculam-se a delito específico, pode ajudar na mudança da cultura jurídica no tratamento da violência de gênero no país. A possibilidade de mudança de paradigma jurídico introduzida pela Lei Maria da Penha é fato distinto em nossa legislação. A necessidade de compreender que a violência de gênero é estrutural começa pelo reconhecimento da constitucionalidade da nova Lei e legalidade de todos os seus dispositivos.

Por isso, em que pese o recurso ao Direito Penal, sempre discutível, a nova Lei inova ao incorporar, abertamente os tratados de Direitos Humanos e ao definir que a violência de gênero é uma forma de discriminação contra as mulheres e desafia os limites do tradicionalismo jurídico em termos político-criminais.

6. Referências bibliográficas

ACOSTA, Fernado e BARKER, Gary. *Homens, violência de gênero e saúde reprodutiva:* um estudo sobre homens no Rio de Janeiro/Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Promundo e Instituto Noos, 2003.

ALMEIDA, Suely Souza. Apresentação. In: ALMEIDA, S.S.; SOARES, B.M.; GASPARY, M.. (Org.). *Violência doméstica:* bases para formulação de políticas públicas. 1 ed. Rio de Janeiro: Revinter / FAPERJ, 2003, v. 1, p. 1-5.

AZEVEDO, Rodrigo G. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ARDAILLON, Danniele e DEBERT, Gutta Grinn. Quando a vítima é mulher. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BERISTAIN, Antonio. Nuevo proceso penal desde las victimas. *Direito criminal.* Belo Horizonte: Del Rey, vol. 3, p. 15-46, 2001.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Violência Doméstica e Juizados Especiais Criminais: crítica a partir do feminismo e do garantismo. *Revista Estudos Feministas,* v. 14, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

_____. Violência doméstica no espaço da Lei. In: Bruschini, Cristina; PINTO, Céli Regina. *Tempos e lugares de gênero.* São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2001, p.301-322.

CORREA Mariza. *Os crimes da paixão*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GROSSI, Miriam. Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal in SUAREZ, Mireya e BANDEIRA, Lourdes (Orgs.) *Gênero, violência e crime no Distrito Federal,* Brasilia: Ed. Paralelo 15, 1998.

GUIMARÃES, A. S. A. A Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (Org.). *Multiculturalismo e racismo:* uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997, p.233-242.

HEILBORN, Maria Luiza. Violência e mulher. In *Cidadania e violência*. Gilberto Velho e Marcos Alvito (Org.). Rio de Janeiro: UFRG/FGV, 2000, 2ª edição, p. 90-99.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher:* o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo: Annablume: Fapesp, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM*. São Paulo, n. 168, nov, 2006.

LARRAURI, Elena. É neutro o Direito Penal? O mau-trato às mulheres no sistema penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n.1, p.8-22, jan/fev/mar 1993.

LORENZZO, Patricia. La violencia de género el la Ley Integral. In: *Revista Eletronica de Ciencia Penal y Criminologia*. 07-08, 2005. Disponível online: http://criminet.ugr.es/recpc [acesso em 12.12.2006].

MAQUEDA, Mariza. *La violencia de género:* concepto y ambito. Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones de la UNAM (sem data).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUNIZ, Jacqueline. Os direitos dos outros e outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAM's?" In SOARES, Luiz (Org.) *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio: ISER/Relume Dumará, 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *Multi-country study on women's health and domestic violence against women*. Geneva, 2005.

PIMENTEL, Sílvia et al. Legítima defesa da honra, ilegítima defesa de assassinos. In: *Vida em família*. Mariza Correa e Érica Renata de Souza (Org). Campinas: Unicamp. *Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero*, 2006, p. 65-134.

SAFFIOTTI, Heleieth, *Gênero, patriarcado e violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. 151 p.

SENADO FEDERAL. Pesquisa sobre violência contra a mulher. Relatório Analítico. Brasília: Senado Federal, DataSenado, 2007.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, n. 20, v.2, p. 71-100, jul./dez., 1995.

SOARES, Bárbara. Delegacia de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau. In: Soares, L. E. et ali *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

VENTURI, Gustavo; RECAMAN, Marisol; OLIVEIRA, Suely. *A mulher brasileira no espaço público e privado*. Fundação Perseu Abramo. São Paulo, 2004. Disponível online:

ZANOTTA, Machado Lia. *Violência conjugal*: os espelhos e as marcas. Série Antropologia, 240. Brasília, 1998.

ZAFFARONNI, Raul Eugenio. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

3.1 Sistema Prisional

A sujeição pela disciplina: religião e castigo na prisão

Camila Caldeira Nunes Dias
Mestre e doutoranda em Sociologia pela USP.

Resumo: Neste texto procuramos compreender a religiosidade evangélica na prisão focalizando as relações estabelecidas entre presos evangélicos e massa carcerária que confere outro significado para a prática religiosa, produzido pelo contexto social da prisão, no qual impera a violência como forma de resolução de conflitos. Neste sentido, o grupo evangélico é parte importante para o funcionamento do sistema social da sociedade dos cativos, uma vez que abriga aqueles que ficam impossibilitados de conviver entre a massa carcerária e têm na conversão religiosa uma opção de sobrevivência física, ainda que submetidos à rígida disciplina que, imposta como forma de punição, produz indivíduos dóceis e submissos.

Palavras-chave: Religião – Prisão – Violência – Disciplina – Punição.

Abstract: In this article we have endeavored to understand the evangelical religiousness inside the prison focusing on the relations established between the evangelical inmates and the general inmate population which give religious practice new meanings, produced by the social context of the prison, in which the violence is paramount as means of resolving conflicts. To the this effect, the evangelical group is integral part for the functioning of the inmate society social system, once it shelters those being unable to live among the general inmate population and rely on their religious conversion an option of physical survival, even though submitted to the severe discipline which, imposed as a punishment way, produces tame and submissive individuals.

Keywords: Religion – Prison – Violence – Discipline – Punishment.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Breves apontamentos da literatura sobre o tema: 1.1 Utilitarismo da conversão religiosa; 1.2 Religião produtora de significado e de moralidade – 2. Prisão: imposição da ordem e a produção da delinqüência – 3. Religião, controle e disciplina – 4. A vida vivida dos evangélicos na prisão: para além dos discursos: 4.1 Homogeneidade das igrejas no cárcere; 4.2 O isolamento: quem quer se afastar de quem; 4.3 Os conflitos: ser religioso ou abdicar da condição de sujeito?; 4.4 O "rebanho do Senhor" é guiado pelo pastor ou pelo piloto? – 5. Sobre liberdade, autonomia e capacidade de desejar – 6. Referências bibliográficas.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

Introdução

O objetivo deste texto[1] é contribuir para uma reflexão sobre a sociabilidade conflituosa e cercada de tensões, característica do contexto prisional, a partir da análise da religiosidade evangélica.[2] Para tal, propõe-se uma interpretação dessas atividades a partir das relações sociais que são estabelecidas efetivamente entre os presos evangélicos e a massa carcerária. Ao focar a análise nas relações entre estes atores, pretendemos superar interpretações do fenômeno religioso, feitas a partir de discursos – de agentes ou presos religiosos – que comumente associam essas atividades à ideologia da reabilitação propagada pelo Estado como função essencial da pena de prisão. A religiosidade evangélica é compreendida como técnica disciplinar utilizada para punir indivíduos que infringiram o código normativo vigente na prisão, que tem na violência e na arbitrariedade características essenciais.[3]

1. O material empírico em que está baseado este texto foi coletado durante os anos de 2003 e 2004, em duas penitenciárias de São Paulo, durante pesquisa de mestrado. Ver DIAS (2008).

2. O termo *evangélico* se refere neste texto, aos membros de igrejas protestantes históricas e pentecostais, bem como da Igreja Adventista do Sétimo Dia e às Testemunhas de Jeová que, embora oficialmente não sejam enquadrados nesta categoria, não diferem em nada dos primeiros, em termos dos aspectos que aqui serão analisados, justificando-se, desta forma, a inclusão numa categoria genérica.

3. Este texto se limitará à análise da religiosidade evangélica tanto pela predominância dessas igrejas no ambiente prisional, quanto pela singularidade da relação destes presos com os demais. A compreensão da relação entre estes religiosos e a massa carcerária, tal como será

1. Breves apontamentos da literatura sobre o tema

As recentes e pouco numerosas discussões sobre a religiosidade no sistema prisional giram em torno de dois temas centrais, cujos argumentos principais apresentaremos rapidamente.[4]

1.1 Utilitarismo da conversão religiosa

O argumento central nesta abordagem é que ao se converter, o preso desfruta de uma série de benefícios materiais – auxílio para a família, cesta básica, objetos de primeira necessidade, contato com o exterior da prisão através dos agentes religiosos – ou de benefícios simbólicos na forma de construção de uma imagem positiva diante da administração prisional, o que lhe facilitaria o acesso a postos de trabalho bem como outras regalias como: obtenção de "benefícios" de progressão da pena – aos quais têm *direito*; maior privacidade nas celas na medida em que não seriam alvos de revistas pelos agentes penitenciários; maior "liberdade" para circulação entre os diferentes espaços da prisão; maior contato com a direção do presídio; permanência em celas tranqüilas, isto é, onde os conflitos são menos freqüentes e menos violentos; preenchimento do tempo vazio dos presos. Nesta concepção, a imagem positiva – de respeitabilidade e dignidade – adquirida pelos presos evangélicos se manteria também diante dos demais presos.

Nesta perspectiva, encontrada, sobretudo, nos trabalhos de Scheliga (2000), há um ceticismo quanto à questão das transformações em termos dos valores do indivíduo, operadas através da religião, uma vez que se privilegiam os supostos benefícios obtidos com a participação religiosa.

apresentada aqui, não se aplica aos católicos, espíritas e aos praticantes de outras religiões tais como as orientais ou afro-brasileiras. Ademais, dada a natureza da revista na qual o presente texto será publicado a referência aos aspectos propriamente religiosos se limitará ao que for essencial para a compreensão do que nos interessa aqui, que é o universo prisional.

4. Exceção feita à análise de Bicca (2005) que foge à abordagem predominante nos estudos sobre as religiões na prisão, aproximando-se mais da abordagem proposta aqui.

Essa análise, todavia, deixa algumas questões sem resposta, dentre as quais destacaremos uma: se, de fato, através da adesão às religiões evangélicas o indivíduo preso vê a possibilidade de angariar tantos benefícios, como podemos explicar o baixo número de religiosos no universo da prisão, em comparação com aqueles que não possuem religião[5] neste mesmo universo e em comparação com a média nacional? Embora exista um maior número de evangélicos nas prisões do que na sociedade mais ampla, poderíamos supor que ainda assim, diante de todo esse rol de benefícios listados, seria de esperar que o número destes fosse maior dadas as conhecidas condições precárias da instituição prisional, incapaz de garantir a integridade física daqueles que vivem sob sua custódia ou de fornecer ao preso o básico para sua sobrevivência, menos ainda para sua família que, via de regra, vive em condições de absoluta miséria e privação material.

1.2 Religião produtora de significado e de moralidade

Estas análises se apóiam no proselitismo dos agentes religiosos, dos presos evangélicos e, muitas vezes, de agentes penitenciários, na defesa da difusão das atividades religiosas na prisão como forma de amenizar as agruras da realidade cotidiana desses indivíduos, uma vez que uma das características essenciais de todo sistema religioso é ordenar o mundo social, ou seja, encaixar todas as peças desse quebra-cabeça que é a biografia da grande maioria dos indivíduos presos, permeada de conflitos, rupturas, violências de toda sorte, privações e sofrimentos dilacerantes, para os quais os discursos laicos são incapazes de dar sentido, significação e ordenação.

O discurso religioso, no entanto, ao transcender o mundo material e social, relacionando as precárias construções individuais e sociais à consistente realidade

5. Segundo o último Censo Penitenciário (FUNAP, 2002) 19,9% dos entrevistados se declararam ateus ou sem religião, enquanto a média nacional é de 7,5%, segundo o Censo de 2000, sendo que essa porcentagem já é considerada alta para a sociedade brasileira. No entanto, a porcentagem de evangélicos, de acordo com essas mesmas fontes, é maior no universo carcerário do que na sociedade mais ampla: 21,3% e 15,5%, respectivamente.

divina, na qual a estrutura social aparece como reflexo da estrutura do cosmos sagrado, confere sentido e legitimidade às experiências de injustiça vividas pela grande maioria desses indivíduos (BERGER, 1985), dando-lhes, assim, conforto e conformação, amenizando as dores do aprisionamento.

Nesta perspectiva podemos incluir os trabalhos de Rodrigues (2005), Vargas (2005) e Lobo (2005) os quais, a despeito de algumas diferenças de enfoque, compartilham a visão segundo a qual a religião na prisão é importante elemento para amenizar o sofrimento do preso além de ser uma forma de adaptação ou resistência às imposições institucionais (Vargas, 2005) ou até mesmo mecanismo de exercício da autonomia (Rodrigues, 2005). A atividade religiosa propiciaria uma espécie de fuga do duro cotidiano prisional e a igreja se configuraria, nesta percepção, num espaço de refúgio moral no interior de um universo marcado pela desconfiança, pela violência e pela "maldade".

A ênfase na renovação moral propiciada pela religião pode ser observada com muita veemência no trabalho pioneiro de Oliveira[6] (1978), no qual a autora defende claramente a atuação do Estado no sentido de estimular práticas religiosas na prisão, como forma de combater o "erro latente em cada indivíduo". Para ela, "o mal está no ponto central do coração do homem, escondendo a chama viva do amor divino que ali arde permanentemente" (p. 171).

A liberdade religiosa é a primeira questão – ou, um primeiro questionamento – a ser colocada em discussão quando se advoga a respeito da importância da religião para o preso e se reclama a intervenção do Estado para seu provimento. Será que todas as religiões teriam – ou têm? – o mesmo tratamento, sendo garantida assim a liberdade de escolha religiosa, prevista na Constituição? Diante das observações realizadas durante a pesquisa que embasa este texto podemos afirmar

6. Oliveira foi assistente técnica do então secretário de justiça, Dr. Manoel Pedro Pimentel, sendo que o trabalho no qual a autora defende os argumentos acima relatados foi o resultado de uma pesquisa realizada para o órgão no qual trabalhava.

categoricamente que *não*. Isso porque se as religiões cristãs – católica[7] e evangélica – gozam de prestígio social no que se refere à sua capacidade moralizadora, o mesmo não ocorre com outras religiões, em especial as afro-brasileiras (umbanda e candomblé): essas não foram encontradas nas unidades pesquisadas e, de fato, há uma forte resistência por parte das diretorias das unidades prisionais em permitir tais atividades, em função do preconceito que marca essas religiões, associadas ao demônio, ao mal e, portanto, relacionadas ao mundo do crime e dos criminosos, desprovidas que são de certos valores cristãos como obediência, conformismo e passividade constitutivos de uma certa imagem do "bem".[8]

Conforme podemos perceber nos argumentos enunciados anteriormente, *conformismo* e *aceitação* são elementos-chave para caracterizar a mudança propiciada pela religião no comportamento do preso. Um discurso que posterga para a vida pós-morte a realização dos ideais de justiça, de uma vida digna e plena de direitos, possibilita a conformação do indivíduo ao não ver tais ideais realizados nesta vida. Assim, a revolta, o desejo de vingança e mesmo a luta pelos direitos tornam-se inócuos e desprovidos de sentido. Mais adiante retomaremos estes argumentos na discussão da imposição do controle e da disciplina na prisão.

Esses dois temas têm sido tratados como pólos opostos de uma questão que norteia essas análises: a funcionalidade da religião na prisão. Assim, considerar que os presos ditos religiosos estão usando a religião para obtenção de benefícios pessoais e, portanto, não estão convertidos de fato, equivale a rechaçar a suposta função reabilitadora da religião; por outro lado, ao reconhecer que a religião é capaz

7. Para uma avaliação crítica da ação da Associação de Proteção ao Condenado – APAC – em algumas prisões paulistas durante a década de 70 e 80, ver Camargo (1984). A APAC é uma associação ligada ao setor tradicional da Igreja Católica – ao contrário da Pastoral Carcerária, ligada aos setores mais progressistas – que, assumindo a administração de algumas unidades prisionais, condicionava a progressão da pena à adoção de postulados católicos, tais como freqüentar a missa, ler a Bíblia etc.

8. Para uma discussão sobre a associação entre religiões afro-brasileiras e crime, e sobre a demonização destas religiões por parte das igrejas pentecostais, ver Zaluar (1997) e, para o caso específico desta associação no interior das prisões, ver Ramalho (2002 [1979], p. 186).

de produzir uma (re)ordenação do mundo social e transformar o comportamento do indivíduo em termos de aceitação e conformismo, inculcando-lhe valores e princípios morais, supostamente ausentes até então, esperar-se-ia nela encontrar aquilo que falta ao Estado: a capacidade de efetivar a tão decantada ressocialização. Neste caso, muitos dos problemas atuais do sistema penitenciário brasileiro, entre os quais a reincidência e as organizações criminosas que atuam no seu interior, poderiam ser resolvidos ou amenizados com a expansão das igrejas nas prisões. E, mais, essa solução não acarretaria nenhum dispêndio financeiro ao Estado.

Diante deste discurso ideológico, que associa a religião à reabilitação e/ou ressocialização, cabe algumas considerações sobre as características da instituição prisional que impedem essas interpretações simplificadoras. Ainda que essa discussão já venha se tornando lugar comum, vale a pena chamar atenção para aspectos institucionais cruciais que podem ajudar na reflexão acerca das práticas religiosas, a partir de uma perspectiva crítica quanto ao seu aspecto "libertador" ou reabilitador.

2. Prisão: imposição da ordem e a produção da delinqüência

Sykes ([1958]1974), em seu clássico estudo sobre a sociedade dos cativos, chamou atenção para o fato de que apontar causas e efeitos para quaisquer eventos ocorridos na prisão, sem considerar a estrutura social desta instituição como um todo, pode levar a conclusões enganosas. Neste sentido, o autor propõe considerar a prisão como um sistema social, isto é, um conjunto complexo de padrões de comportamento social inter-relacionados (p. 19). Isso não significa, entretanto, entender a prisão como instituição autônoma em relação à sociedade mais ampla. Ao contrário, conforme aponta o mesmo autor. Há vários elementos de conexão e que tornam a instituição prisional permeável à sociedade mais ampla, entre os quais, o mais importante: a prisão é um instrumento do Estado e, portanto, é moldada pelos interesses e valores sociais tanto no que concerne aos seus objetivos quanto no seu funcionamento (SYKES, [1958]1974). Assim como Sykes, Goffman

(2001), em seu também clássico estudo, aponta a necessidade de compreensão dos problemas sociais de instituições tais como a prisão – as quais o autor denomina *instituições totais* – a partir da estrutura social subjacente a elas.[9]

Para Sykes, as privações sofridas pela massa de indivíduos encarcerados fornecem a energia para o funcionamento da sociedade dos cativos como um sistema de ação. Dessa forma, os rigores do confinamento, se não podem ser removidos, podem ao menos ser reduzidos pelos padrões de interação social estabelecido entre os presos.[10] Nas palavras de Goffman (2001, p. 246): "Encontramos inúmeras histórias comuns, cada uma das quais é, a seu modo, um movimento de liberdade. Sempre que se impõem mundos, se criam submundos". Goffman e Sykes apresentam uma chave fundamental para compreender as prisões: os ajustamentos secundários (conceituação de Goffman) que são o motor do sistema de ação que vigora nesta instituição. Isso quer dizer que toda atividade realizada por indivíduos presos deve ser entendida tendo como pano de fundo as regras impostas – as institucionais e as informais – e as tentativas de burlar ou minimizar essas imposições.

Nas fendas do exercício de um poder – que se pretende – totalizante, os indivíduos sob custódia criam e recriam formas de sociabilidade *sui generis*, baseadas em códigos normativos próprios, onde a ameaça ou a violência de fato desempenha um papel importante. Neste sistema, assentado sob normas e regras criadas e implementadas de forma autoritária e arbitrária, a desconfiança, o medo e a incerteza constituem a base das relações entre presos e entre estes e funcionários. Vida e morte estão permanentemente em negociação.

9. Segundo Goffman (2001, p. 108), elogiaremos ou condenaremos menos as pessoas que trabalham numa instituição tal como a prisão, a partir do momento em que privilegiarmos a análise da sua estrutura social. Na categoria instituição total o autor inclui, além das prisões, monastérios, conventos, campos de concentração, quartéis e hospitais psiquiátricos, sendo que os últimos constituem seu objeto empírico.

10. Para Sykes as principais privações que incidem sobre a identidade do indivíduo preso são: perda da liberdade, solidão, rejeição social, degradação moral, privação de bens materiais, privação de relações heterossexuais, perda da autonomia e privação da segurança.

Para compreender como se constitui esse sistema de ação paralela às regras oficiais é preciso considerar aquilo que Sykes chama de falha estrutural da prisão: a pretensão e a impossibilidade de dominar completamente a massa carcerária, em decorrência de características inerentes a esta instituição: a ausência do sentimento de dever por parte do preso; o sistema de prêmios e punições vigente; a corrupção dos funcionários em função da proximidade com os presos, que não raro acaba redundando em amizade e reciprocidade e, por fim, a transferência de algumas tarefas para os internos. Se estes problemas são estruturais à instituição, no Brasil, eles se tornam dramáticos em virtude da escassez de investimentos públicos nessas instituições, no descaso do Estado e da sociedade com as prisões e com os presos e por características da sociedade brasileira como a desigualdade estrutural – social, econômica e, principalmente, de direitos – em função da qual as prisões são reservadas às populações mais pobres.

Entre as falhas apontadas por Sykes, a corrupção e a delegação de tarefas aos presos se constituem, no caso brasileiro, como fontes de uma série de graves problemas enfrentados dentro e fora do sistema prisional.[11] Neste texto, entretanto, nos deteremos no último ponto.

Ainda no final dos anos 80, Coelho ([1987] 2005) já apontava a centralidade desse fenômeno – delegação de poderes à massa carcerária – para a manutenção do precário equilíbrio do sistema social prisional. Na linha da argumentação de Sykes, Coelho afirma que a tentativa da administração de manter um controle total nas prisões poderia desencadear um nível de violência e repressão que nenhuma sociedade poderia tolerar. Daí a necessidade de cooperação da massa carcerária para manter uma ordem relativa nas prisões. No entanto, é impossível obter cooperação da massa carcerária – indivíduos que se encontram forçados a permanecer em determinado local, com severas restrições à sua liberdade – sem negociação. E,

11. Referimos-nos principalmente à expansão das organizações criminosas no interior do sistema carcerário, com destaque para o Primeiro Comando da Capital – PCC, cuja influência atual se espalha para fora das prisões.

para negociar se faz necessária a presença de líderes entre os presos. Assim, é fato que a administração prisional não apenas tem conhecimento, mas acima de tudo, reconhece e até fomenta o aparecimento de lideranças entre a massa carcerária, portadora das reivindicações e das condições para a cooperação. Desta forma, a existência de um poder paralelo e ilegal é inerente à instituição prisional (p. 36).

Como apontam vários autores (COELHO, [1987] 2005; ADORNO, 1991a e 1991b; CASTRO, 1991; RAMALHO, [1979] 2002), a administração prisional tem como preocupação central manter a ordem social no interior das prisões. "Ordem", neste caso, significa manter quaisquer problemas, mazelas, violências e arbitrariedades longe da opinião pública, isto é, evitar eventos que façam com que a sociedade se volte para o sistema carcerário, como por exemplo, motins e rebeliões. Para isso, vale qualquer coisa, pouco importando o preço pago para alcançar tal feito.

As punições resultam, em grande medida, não da infração ao código disciplinar oficial, mas da quebra dos acordos e da ruptura dos pactos por uma das partes. Assim, instaura-se no interior das unidades prisionais um mini-tribunal próprio (ADORNO, 1991a), que em nada se relaciona com os tribunais oficiais, constituído para controlar, julgar e punir – com rigor e severidade – as condutas que não se ajustam a esse modelo de gestão das ilegalidades no sistema prisional, pactuado com a administração. Esse mini-tribunal interno tem uma composição heterogênea – é formado não apenas pelos líderes da massa carcerária, mas também por funcionários. Entre as punições previstas neste mini-tribunal estão desde um "esculacho"[12] até a pena capital; ao "acusado" pode ser dada uma segunda oportunidade de se manter no convívio com os demais presos ou ele pode ser obrigado a pedir "seguro"[13] ou, a possibilidade que nos interessa aqui, ele pode se tornar evangélico.

12. *Esculacho* significa ser xingado, humilhado, levar socos, pontapés e tapas no rosto sem, no entanto, ser ferido gravemente.

13. O *seguro* consiste, em geral, em um conjunto de celas separadas das demais, onde permanecem os indivíduos jurados de morte. Na Casa de Detenção de São Paulo este setor

Apresentamos aqui, o argumento central deste texto, que desenvolveremos mais adiante: a conversão evangélica insere-se nesta lógica das punições e da arbitrariedade que rege as relações sociais estabelecidas na prisão. Não é, como se deduz das análises apresentadas anteriormente, uma ruptura com a lógica violenta da cadeia; ela é *constitutiva* dela. Castro (1991, p. 57) chama a atenção para o fato de que, se são bem conhecidas as formas mais diretas de violência – torturas, espancamentos, maus-tratos, precariedade das condições de vida e trabalho –, menos conhecidas são aquelas mais sutis, "constitutivas mesmo da rede de relações sociais que atravessa sujeitos posicionados de modo diferente na estrutura social da prisão". Para a autora, essas formas sutis estão ligadas as táticas de controle da população carcerária, dentre as quais está o fato, apontado acima, de a equipe dirigente "delegar" esse controle para grupos organizados dentro da prisão, na medida em que é mais eficaz ter um preso vigiando outro. A conversão evangélica é entendida neste trabalho, como mais uma dentre outras dessas formas mais sutis de violência, de que fala Castro.

Antes de discutirmos a falácia das análises que enquadram a atividade religiosa como ruptura com a lógica dominante nas prisões, é importante uma discussão acerca da tão decantada nos discursos e, ao mesmo tempo, tão rechaçada na prática: a ressocialização. Faremos aqui apenas algumas observações que servirão para iluminar a reflexão sobre a árdua tarefa que é dada à religiosidade por seus agentes e até mesmo por alguns analistas.[14]

A prisão como lócus da produção e reprodução da delinqüência é um tema sobejamente explorado nas ciências sociais e criminais, principalmente a partir

– boa parte do Pavilhão – era também chamado de *amarelo*, em referência a cor da pele dos que nele permanecem, em decorrência da ausência de banho de sol. Neste mesmo pavilhão havia um andar exclusivo de evangélicos. Como tentaremos demonstrar neste texto, isso não se deve a uma coincidência e sim a uma relação intrínseca a estes dois grupos – os evangélicos e os presos no seguro. Sobre o assunto, ver, por exemplo, Varella (2002) e Jocenir (2001).

14. Não incluirei nesta categoria os funcionários ou a direção da administração prisional uma vez que, como veremos adiante, estes não depositam na religião as esperanças redentoras que os grupos mencionados o fazem. Para estes, a função da religião é outra, de ordem mais prática e mais imediata.

da obra de Foucault (2000). Conforme aponta o autor, a prisão, desde sua origem é criticada e, ao mesmo tempo, é apontada como seu próprio remédio, sendo "a realização do projeto corretivo como único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade" (p. 223).[15]

Segundo Sykes, são atribuídas à pena de prisão finalidades diversas e contraditórias, dentre as quais a proteção da sociedade mais ampla, a ressocialização ou reabilitação do criminoso e a punição. Tendo em vista a dificuldade entre ter que punir e recuperar, os estabelecimentos acabam optando pela dimensão punitiva e, principalmente, por se constituir num lugar de segregação do criminoso.[16]

Para Adorno (1991a e 1991b), as prisões se constituem em espaços privilegiados para o aperfeiçoamento de técnicas delinqüentes e para a socialização no mundo do crime. Procurando explicar os motivos para a reincidência criminal, o autor demonstrou, através de levantamentos das fichas dos presos reincidentes e não reincidentes, que não havia características pessoais ou sociais que demarcassem traços específicos de uma identidade delinqüente, e que não poderiam, portanto, explicar o fenômeno da reincidência. O autor demonstra que o aprofundamento na vida delinqüente e a construção de uma trajetória criminosa ocorrem a partir dos contatos que o indivíduo passa a estabelecer com as instituições de controle do crime. Adorno aponta três momentos decisivos nesta trajetória: o contato com as agências policiais, com o aparelho judiciário e, finalmente, com a prisão. Nos dois primeiros momentos, já é demarcada uma linha que separa o legal e o ilegal, o mundo da ordem e aquele da desordem, o "nós" e o "eles". Entretanto, o

15. Para uma análise sobre o importante papel da prisão – como técnica penitenciária – na construção da modernidade republicana que tem a inauguração da Penitenciária do Estado como marco simbólico, ver Salla (1999).

16. Basta atentarmos para o fato de que é tão central a função de segregação que a prisão desempenha que a eficácia de um estabelecimento prisional é medida pelo número de rebeliões ou motins e, principalmente, de fugas. É neste sentido que a Penitenciária de Presidente Bernardes é tida como exemplo, assim como as Penitenciárias Federais de Catanduvas e Campo Grande. Ainda que estas sejam também exemplares no que se refere à disciplina prisional e ao endurecimento do tratamento penal, o aspecto mais enfatizado na propaganda das mesmas são aqueles relacionados com sua eficácia segregacionista.

momento decisivo de inscrição na trajetória delinqüencial e de construção de uma identidade delinqüente, dá-se quando o indivíduo chega às instituições prisionais quando se realiza um ritual de entrada, no qual são explicitadas todas as normas e os valores que configuram e caracterizam o cotidiano prisional.

Adorno (1991b) não detectou nenhum traço pessoal ou social que explicasse a reincidência criminal. No entanto, o que ele observou é que os reincidentes haviam sido alvos de maiores punições ofertadas pelo mini-tribunal existente nas prisões. É a violência – sofrida e praticada – que inscreve sujeitos na carreira delinqüente. Violência que é inerente à prisão.

Como afirmam categoricamente Ramalho ([1979] 2002) e Coelho ([1987] 2005) nos seus já citados estudos sobre as prisões de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente: não há prisão sem violência. Nestes autores, assim como em Adorno (1991a e 1991b), encontramos a mesma percepção acerca dos estabelecimentos prisionais: constituem-se em espaços privilegiados para a demarcação da delinqüência no qual a simples sobrevivência requer o aprendizado de regras e códigos que aprofundam os vínculos do sujeito com o ilegal e o arbitrário. Assim, ser capaz de viver na prisão equivale a se tornar incapaz de viver fora dela. Conforme sintetiza Adorno (1991b, p. 140): "(...) a violência criminal, a par de sintoma de inadequação à vida civil, é sintoma de adaptação à prisão (...)".

Após essa exposição de caracteres estruturais e estruturantes das prisões, voltamos aos questionamentos feitos anteriormente acerca da crença de que práticas religiosas possam ser um aliado do Estado na tarefa da ressocialização. Em primeiro lugar, como acabamos de ver, o próprio Estado não se vê envolto nesta impossível tarefa; ao que demonstra os "investimentos" e as políticas voltadas para a área prisional, há muito ele mesmo já abdicou da tarefa de recuperar, limitando-se ao punir e ao segregar – muito embora, não poucas vezes, nem mesmo essas tarefas sejam cumpridas a contento. Como afirma Garland (1999, p. 70), reconhecendo a incapacidade do Estado contemporâneo de garantir a segurança dos cidadãos, as instituições públicas redefinem seus objetivos, tornando-os mais factíveis. No

caso da prisão, isto significa limitar-se a punir, segregar e incapacitar os criminosos, abandonando, portanto, a tarefa de ressocialização, que só permanece como retórica vazia. A afirmação do sucesso da religião – em especial as evangélicas, que são as que mais se arvoram de tal feito – no que se refere à ressocialização (que, em geral, significa a não reincidência) poderia ser considerado uma reviravolta em toda teoria sociológica e criminológica sobre a prisão; seria a negação de tudo quanto foi exposto antes acerca da estrutura do sistema carcerário.

Qual é o argumento dos defensores da expansão religiosa na prisão? Um dos mais fortes é o argumento de que, ao se converter às religiões evangélicas, o preso teria oportunidade de se afastar do ambiente nocivo e pernicioso da prisão, uma vez que passaria a dividir celas e espaços na prisão apenas com outros evangélicos. Deste modo, a igreja se constituiria como um refúgio moral para estes indivíduos. Conforme mostraremos mais adiante, é certo que as igrejas evangélicas se constituem como refúgio; no entanto, não exatamente um refúgio moral.

Outra "demonstração" da capacidade regeneradora da religião é a mudança do comportamento do preso converso em termos da aceitação de todos os dissabores e agruras da existência – antes e durante a pena de prisão – e a sua obediência e submissão praticamente absoluta às regras da cadeia. Sobre estes aspectos, discutiremos agora.

3. Religião, controle e disciplina

A crença na religiosidade evangélica como solução para a questão da violência e do crime é fortemente baseada numa concepção conservadora das causas destes problemas sociais, ligada à representação do criminoso como a personificação do mal (Caldeira, 2000) e numa compreensão individualista do fenômeno do crime. Essa concepção individualista, além do mais, ao focalizar a dimensão individual – como se a opção pela via criminosa se tratasse de mera escolha do indivíduo – obscurece a desigualdade – social, econômica e de acesso à justiça – estruturante da sociedade brasileira. Neste sentido, se exime tanto a

sociedade quanto o Estado da responsabilidade em relação ao problema do crime, do criminoso e, principalmente, em relação à fábrica de delinqüência que é a prisão. Um problema institucional, ancorado nas fragilidades da democracia brasileira, é reduzido, nesta ótica, a uma questão de escolha individual.

A dimensão extremamente conservadora da religião – em especial as cristãs – cuja doutrina está assentada no conformismo, na obediência e na subserviência é expressa claramente na assertiva bíblica "de dar a outra face". Assim, para os defensores da religião como meio de ressocialização do criminoso, o conformismo com a situação de miséria, desigualdades de todo tipo, injustiça, sofrimento aos quais está sujeita a grande maioria das populações pobres do Brasil, é o preço que deve ser pago para que possam se livrar das garras das agências repressoras do Estado, as quais têm nesta população a sua clientela "cativa". Cabe assim, aos pobres, se contentarem com qualquer tipo de emprego e/ou trabalho, ainda que degradante e cujos ganhos não sejam suficientes para ir além da mera sobrevivência; devem aprender a viver em locais onde estão ausentes quaisquer elementos que lembrem – de longe – a constituição da figura do cidadão, portador de direitos; acreditar que as promessas não cumpridas, os direitos não possuídos e não exercidos, as perseguições e os preconceitos dirigidos a si e a todos de seu grupo são constituidores de um mundo transitório. Para Bourdieu (1999), a função política cumprida pelos sistemas religiosos consiste exatamente em conservar a ordem social – isto é, o poder dos dominantes e a domesticação dos dominados – a partir de uma "alquimia ideológica pela qual se opera a transfiguração das relações sociais em relações sobrenaturais, inscritas na natureza das coisas e portanto justificadas" (p. 33).

No entanto, ainda que se admita que a religião produza indivíduos obedientes e submissos, quem garante que o sujeito que se submete às regras da prisão está "recuperado" e apto para se "readequar" a vida em sociedade? Não seria o caso exatamente oposto, de adaptação à existência institucional? Não são justamente os presos que passam longos anos na cadeia, aqueles que dão menos trabalho exatamente por conhecerem as normas institucionais e extra-oficiais e a adaptarem-se à

vida intra-muros? Sykes ([1958]1974) e Goffman (2001) chamam atenção para o fato de que há uma suposição, infundada, de que se os indivíduos forem submissos e se sujeitarem às normas institucionais, eles serão controláveis na sociedade mais ampla. Ainda que essa concepção fundamente a noção de ressocialização – uma vez que, uma das condições para se obter o direito de progressão da pena é a ausência de faltas disciplinares –, essa crença não é generalizada entre os funcionários e administradores das prisões. Para estes, a importância da religião reside na sua função mais prática e imediata.

De fato é a imposição de uma rígida disciplina o que torna a religião evangélica bem-vista do ponto de vista dos funcionários e agentes religiosos e é o que a constitui como funcional do ponto de vista da massa carcerária, uma vez que, na lógica vigente nas prisões brasileiras, disciplina e punição se fundem. Essa fusão decorre do fato de que as prisões brasileiras, em sua grande maioria, estão muito distantes do modelo disciplinar descrito por Foucault (2000), na medida em que o Estado é – e sempre foi – incapaz de se impor como instância legítima de produção da ordem e da disciplina nas prisões. Para isso concorreram vários dos fatores descritos antes. Mas o fato é que se o modelo disciplinar não corresponde à realidade das prisões brasileiras, é também verdade que espaços disciplinares, destinados a grupos específicos de presos, são construídos no interior do espaço prisional. Estes espaços disciplinares são construídos como locais de punição dirigida àqueles que romperam os códigos normativos da prisão e estas punições podem ser impostas tanto por funcionários quanto pela massa carcerária. A disciplina é imposta seletivamente como forma de punição a alguns indivíduos acusados de desrespeitarem as normas de convivência.

O "seguro" e religiosidade evangélica são exemplos da imposição da disciplina como punição.[17] Os evangélicos constituem-se no grupo que é alvo preferencial de algumas técnicas disciplinares como, por exemplo, a repartição

17. O Regime Disciplina Diferenciado (RDD) também pode ser compreendido nesta chave. Para uma discussão jurídico-política sobre o RDD, ver TEIXEIRA (2006).

do dia em horários absolutamente estritos, a vigilância hierárquica e a sanção. A finalidade da imposição desta disciplina, no entanto, não é a construção de corpos úteis, mas sim a produção de indivíduos dóceis e submissos.

Do ponto de vista dos funcionários, isto é extremamente positivo. Não que estes depositem nas religiões as esperanças redentoras de que as mesmas sejam as portadoras de uma solução "mágica" para o problema da reincidência criminal – ao contrário; como Sykes ([1958] 1974, p. 38) aponta, a reforma do indivíduo preso é uma questão por demais distante da realidade vivida pelo funcionário no cotidiano de seu trabalho na prisão. Neste sentido, eles são extremamente pragmáticos e imediatistas: importa a manutenção do controle e do equilíbrio do sistema social prisional. Assim, se a religião é "legitimada" pela administração ou pelos funcionários das prisões, não é porque ela é vista como fonte de reabilitação e de reforma moral e sim por produzir disciplina e controle.

A maioria dos agentes penitenciários são taxativos: "os evangélicos dão menos trabalho do que os demais presos". Assim, pouco importa as causas ou as conseqüências da adesão religiosa: importante é que os evangélicos são presos submissos e obedientes. Pouco importa se a opção religiosa foi uma escolha subjetiva livre ou se foi imposta; o que vale é o controle do seu comportamento e não da sua mente (como aponta Sykes, op.cit., p. 37). Essa concepção é expressa claramente na fala de um ex-diretor de presídio sobre a "importância" da religião: "sua influência no ambiente carcerário é muito forte e concorre, sobremaneira, para a manutenção da disciplina" (WOLFMANN, 2000, p. 183).[18]

Suportar todas as agruras de uma existência de sujeito sem direitos, de sujeito assujeitado (FOUCAULT, 2000). Este é o modelo que está ancorando

18. O ceticismo da administração e dos funcionários da prisão em relação aos efeitos da religião também é apontado por Brant (1994). Além disso, numa pesquisa qualitativa encomendada pela FUNAP – Fundação de Amparo ao Preso – realizada simultaneamente ao Censo Penitenciário de 2002, foram elencados elementos importantes no processo de ressocialização. Entre esses elementos foram apontados trabalho, família e educação. A religião *sequer* foi mencionada na referida pesquisa.

as percepções de que a religião pode ser elemento importante no processo de "ressocialização" do criminoso. Como se este não fosse um "objetivo" da prisão que desde sua promulgação está condenado ao fracasso, servindo apenas à retórica oficial vazia de significado e de possibilidade de efetivação.

4. A vida vivida dos evangélicos na prisão: para além dos discursos

Para além desta perversa associação entre disciplina/controle e ressocialização, feita ao se propagar os efeitos da religião evangélica, que através da imposição de uma conduta subserviente, produz o assujeitamento desses indivíduos, há outra questão fundamental que devemos considerar se quisermos compreender a religiosidade evangélica na prisão a partir das experiências vividas destes sujeitos e das relações sociais engendradas pela pertença religiosa na prisão: os evangélicos ocupam uma das posições mais baixas na hierarquia social e moral estabelecida entre os presos.[19] Entender porque os evangélicos são portadores de tal descrédito moral é compreender como estes religiosos estão ligados intimamente ao funcionamento do sistema social prisional, já discutido, que se baseia na arbitrariedade e na violência.[20]

De acordo com Foucault (2000, p. 149), na essência de todo sistema disciplinar existe um mecanismo penal, com leis próprias e delitos especificados, que estabelece uma espécie de infra-penalidade ao quadricular um espaço deixado vazio pelas leis e reprimir comportamentos que escapam aos grandes sistemas punitivos. Uma série de processos sutis – que vai do castigo físico a privações ligeiras e pequenas humilhações – são empregados a título de punição. É neste âmbito de punições sutis que se insere a religiosidade evangélica na prisão. De acordo com o código normativo

19. Talvez possamos afirmar que, na hierarquia prisional, os evangélicos ocupam posição acima apenas dos presos que se encontram no "seguro".

20. Bicca (2005) ainda que com uma interpretação diferente da apresentada aqui sobre o *status* dos evangélicos, também chama atenção para o fato de que estes estão submetidos ao código do cárcere, ou seja, estão inseridos na lógica do sistema prisional.

vigente nas prisões, a delação, o envolvimento com crimes sexuais, o desrespeito às visitas[21] (principalmente às mulheres), e a dívida, em especial aquela relacionada ao uso de drogas ilegais, estão entre as infrações mais graves, que demandam as mais severas punições. Conforme já apontamos antes, a morte e o "seguro" estão entre os castigos mais comuns. No entanto, a conversão religiosa evangélica também se apresenta como uma opção para estes indivíduos.

Esta afirmação poderá parecer para muitos, em especial aqueles que defendem a religião como fonte de renovação moral, a desmoralização das religiões evangélicas. Não se trata disso, absolutamente. Nem sequer se pretende, neste texto, criticar ou discutir a religião; trata-se, isto sim, de discutir e criticar a prisão, com seus códigos arbitrários e a violência oficial e extra-oficial inerente a ela. Tudo o que ocorre no interior da prisão deve ser percebido enquanto tal – de acordo com padrões e códigos específicos a este universo social, conforme a concepção de Sykes exposta anteriormente. A família, a educação, o trabalho[22] e, *também* a religião, adquirem significados diferentes no lado de dentro das muralhas que cercam estas instituições.

Os evangélicos carregam o estigma[23] de terem *quebrado a perna do crime*, despeitando algumas das infrações apontadas acima, deixando assim, de ser digno de fazer parte da massa carcerária. Desta forma, ao abrigar indivíduos que não pos-

21. Atitudes aparentemente insignificantes podem denotar desrespeito às visitas na cadeia, como um simples olhar ou um esbarrão, ainda que involuntário. Essa regra não se limita às visitas dos presos, como também às dos funcionários. Eu, por exemplo, quando estava realizando pesquisa na Penitenciária do Estado, presídio masculino naquela época (2003/2004), era considerada visita dos funcionários. Em determinada ocasião, enquanto todos presos se afastavam para que eu pudesse passar pelo raio do terceiro pavilhão, acompanhada de três funcionários, um preso permaneceu onde estava, motivo pelo qual eu precisei me esquivar ligeiramente, sem qualquer tipo de transtorno. Entretanto, imediatamente o funcionário que me acompanhava disse que este sujeito seria punido por desrespeitar a regra em relação às visitas e que outro preso, que teria presenciado a quebra do código, se encarregaria da punição. Claro que meus argumentos contra a necessidade da punição pela falta de intencionalidade e por não ter significado para mim qualquer ameaça ou constrangimento, de nada adiantou. Mais detalhes desta pesquisa em DIAS (2008).

22. Para uma análise dos significados que o trabalho adquire no espaço prisional, ver Salla (1991).

23. Para uma abordagem do estigma, ver Goffman (1988).

suem mais espaço de convivência possível no interior da prisão, a igreja evangélica pode ser vista, sim, como um refúgio. Contudo, não se trata de um refúgio moral no sentido que é atribuída a esta expressão pelos agentes religiosos – como um local onde o converso está protegido da influência perniciosa do universo prisional tanto externamente, pelo isolamento e limitando-se a participar das atividades da igreja, como internamente, pela mudança subjetiva promovida pela conversão religiosa.

A igreja evangélica na prisão se apresenta como um refúgio, "fisicamente" falando, para aqueles indivíduos que ultrapassaram as linhas demarcatórias que definem o permitido e não permitido e, ao fazê-lo, caem numa espécie de limbo, onde as incertezas, os medos, as desconfianças e as angústias se tornam ainda mais prementes, uma vez que não se descortina possibilidades de resolução dos conflitos através do diálogo, sequer existindo um mediador legítimo capaz de ajudar no estabelecimento de um acordo entre as partes; o indivíduo também não tem a quem recorrer para ter garantida a sua segurança física – o Estado, legalmente responsável pela vida daqueles sob sua tutela, nem acena com tal possibilidade, ciente que é da sua incapacidade.

Seguindo a análise de Foucault (2000, p. 149) sobre as infra-penalidades constitutivas dos espaços disciplinares, sob o preso evangélico as frações mais tênues da conduta são penalizáveis e tudo pode servir para punir a mínima coisa. Em seguida, apresentaremos os elementos que dão suporte para a compreensão da religião evangélica no interior da prisão, conforme exposto acima.

4.1 Homogeneidade das igrejas no cárcere

Embora no interior das prisões atuem igrejas evangélicas de variadas matizes doutrinárias (pentecostais clássicas, neopentecostais), com graus variados de liberalização dos costumes,[24] os presos a elas pertencentes possuem um mesmo

24. As igrejas neopentecostais, como por exemplo, a Igreja Universal, são extremamente liberais em relação à conduta de seus fiéis, não havendo qualquer tipo de restrição com relação ao vestuário ou atividades de lazer; já as igrejas pentecostais clássicas, como a Assembléia de Deus, possuem um código de conduta rígido, mais próximo ao código adotado nas prisões. Para mais informações acerca das diferenças entre as igrejas, ver Mariano (1999).

padrão de conduta, idênticas restrições e obrigações – diga-se, aquelas que se coadunam com o ascetismo das igrejas mais tradicionais. Entre as obrigações, destacam-se: vestir-se de forma "adequada", com calça, sapato e camisa sempre fechada; cabelos penteados; andar sempre que possível segurando a Bíblia; orar, ler ou falar sobre a Bíblia a todos e todo o tempo "livre"; participar dos cultos realizados na prisão; participar de estudos bíblicos; aceitar a todos que vierem para a igreja; andar de cabeça baixa, com os braços para trás do tronco; falar sempre baixo e calmamente. Quanto às restrições, as mais importantes são: não fumar; não beber; não jogar qualquer tipo de jogo, como baralho ou dominó (muito comum nas prisões); *não jogar futebol*;[25] o acesso à televisão e ao rádio está limitado à programação religiosa; não permanecer junto de presos que não sejam evangélicos, a não ser para o trabalho de evangelização;[26] não andar sem camisa, despenteado ou descalço de forma alguma; não proferir palavras de baixo calão; não gritar ou demonstrar irritação; não discutir com ninguém. Enfim, a religiosidade deve ser expressa em todos os instantes e em todas as atividades executadas a partir do modelo mais estereotipado do "crente". A figura do "crente"[27] é colada à figura do indivíduo.

4.2 O isolamento: quem quer se afastar de quem?

Os evangélicos vivem em celas separadas dos demais presos, isto é, celas em que todos os moradores são evangélicos. Isso é quase uma regra geral, exceto nos casos em que a prisão não dispõe de espaço suficiente para esta separação. Assim, a primeira ação de um preso que se torna evangélico é se mudar para estas celas.

25. Em decorrência das poucas opções de lazer na prisão, o jogo de futebol adquire uma grande importância para os presos. Por isto, a proibição para os evangélicos é fonte de inúmeras queixas entre os mesmos.

26. O trabalho de evangelização corresponde à divulgação da doutrina religiosa àqueles que ainda não a conhecem com a finalidade de angariar "novas almas" para a igreja.

27. "Crente" é a forma pela qual os evangélicos são chamados pelos demais presos e pelos funcionários. Um tanto quanto pejorativamente, diga-se de passagem.

A justificativa para esse comportamento, no discurso evangélico, é dada a partir da necessidade de isolamento dos vícios que regem a vida dos demais presos, o que tornaria impraticável a manutenção de vida religiosamente orientada. Em celas "normais" é comum o uso de drogas, bebidas, cigarro; passar o tempo "livre" jogando ou planejando crimes para o momento em que sair da cadeia ou vingança contra ex-mulher, ex-namorada ou ex-comparsas; falar sobre mulheres, futebol, contar histórias mirabolantes de crimes realizados; desconfiar dos companheiros de cela e se envolver em confusões diversas. É disso, enfim, que o preso evangélico diz querer se afastar ao constituir celas próprias para os de seu grupo. Nas celas evangélicas, ao contrário, as atividades religiosas ocupam todo o tempo dos presos – com exceção do tempo dedicado ao trabalho, nas poucas vezes em que este existe – uma vez que há um rol de proibições e restrições, mencionadas anteriormente. O silêncio para leitura da Bíblia e oração só é rompido para discutir questões religiosas, realizar culto ou entoar as canções de glorificação a Deus.

Essas diferenças entre os dois tipos de celas – as "normais" e as evangélicas – não se constituem como novidade na elaboração simbólica desses religiosos em termos da separação radical que estabelecem entre o "nós" – puros, limpos, seguidores de Deus ou de Jesus – e o "eles" – pecadores, ímpios, impuros, perdidos nas tentações do diabo. Esta oposição radical e a segregação dela derivada não é incomum, portanto, aos meios religiosos evangélicos e, no interior da prisão, seria até mesmo natural que isso ocorresse dado o perigo de contaminação pelos elementos "criminógenos" espalhados. Contudo, esta é apenas parte da verdade.

Em decorrência das características singulares da religiosidade evangélica na prisão, a segregação e o isolamento dos evangélicos em espaços próprios são não apenas desejados pelos mesmos – se é que são mesmo desejados – mas, antes de tudo, uma imposição da massa carcerária, condição de permanência dos evangélicos na prisão e de "respeitabilidade" aos mesmos. Esta imposição, entretanto, não tem relação nenhuma com um suposto incentivo dos presos ou dos funcionários a tais práticas; ela é uma estratégia de exclusão dos evangélicos

da convivência com a massa carcerária; é uma segregação, mas não como parte de uma prática religiosa como querem os evangélicos; é a expulsão da convivência social no interior da prisão de indivíduos que são considerados indignos de pertencer ao chamado "mundo do crime".

Ir além do discurso evangélico permite-nos, desta forma, compreender os significados ambíguos e ocultos à primeira vista destas práticas. Essa exclusão dos evangélicos está ligada ao fato, apontado antes, da "conversão" religiosa ser uma dentre outras possibilidades de punições dadas pelo mini-tribunal interno à prisão; neste sentido, a afirmação de que os evangélicos são excluídos do convívio com a massa carcerária nada contradiz a observação feita antes, de que a religiosidade evangélica está inserida na lógica que rege as relações sociais na prisão: ela é necessária para abrigar aqueles indivíduos que não têm espaço nos outros locais da cadeia.

Assim, na medida em a igreja aceita a *todos*, é que *todos* os evangélicos carregam o estigma de serem portadores de alguma característica desabonadora de sua identidade[28] e de sua moral diante da massa carcerária. Esta, ao excluir, inverte completamente a lógica do processo e, quem aparentemente é segregado, de fato, segrega.

4.3 Os conflitos: ser religioso ou abdicar da condição de sujeito?

Sob um Estado laico e "democrático", a participação religiosa, longe de estar inserida numa lógica de imposição ou coerção, é matéria de livre escolha individual. Neste sentido, seguir a doutrina, as práticas, as condutas prescritas pela religião é a conseqüência "natural" desta escolha e, ainda que em certas ocasiões o indivíduo possa considerar árduas certas tarefas, ou determinados comportamentos exigidos, normalmente esses esforços são elementos de reforço de sua fé e na sua proposta de mudança subjetiva. Além disso, sendo questão de livre escolha, cabe ao indivíduo

28. Para uma discussão acerca da identidade na prisão, ver DIAS (2007).

decidir até onde vai a sua submissão às prescrições religiosas. Na prisão, contudo, é diferente – até porque não estamos tratando de um espaço democrático.

Ao lado dos testemunhos de fé e de mudança proferidos pelos presos evangélicos, descortinamos uma rede de intrigas, disputas, desconfianças e conflitos entre os religiosos que tem como fio condutor as "provas" da "veracidade" da adesão religiosa que estão fundadas exatamente no "grau" de aceitação e de obediência às prescrições religiosas e o prazer que supostamente se demonstra ao se submeter a essas prescrições. Como as regras de conduta são extremamente rígidas, como visto antes, muitos presos não aceitam algumas restrições, principalmente aquelas que não existem na doutrina da igreja na sociedade mais ampla.

Esta "resistência" de alguns religiosos é fonte de inúmeros conflitos e disputas dentro e fora do espaço religioso. No interior do espaço religioso ela é motivo de competição para avaliar quem é mais religioso, mais convicto de sua "fé"; fora, a não aceitação das prescrições religiosas é motivo suficiente para a comprovação, pela massa carcerária, da "falsidade" da conversão religiosa. Por estar inserida num jogo de poder e de violência é que esta "resistência" se efetiva quase que exclusivamente no nível das palavras, das declarações feitas à pesquisadora, em forma de confissão de uma fraqueza, mas também de desabafo. Estas resistências, portanto, não devem ser demonstradas publicamente, uma vez que esses indivíduos sabem da posição ambígua e precária que ocupam, na qual um pequeno passo em falso pode lhe ser *fatal* – no sentido estrito da palavra. Na medida em que os conflitos em relação a estas imposições não têm espaço de resolução possível, já que não há formas de mediação e/ou de negociação para estas questões, os presos evangélicos não têm outra opção senão resistir subjetivamente a tão rigorosas regras de conduta, ainda que se submetam a elas objetivamente, constituindo-se dessa forma, como sujeitos assujeitados, *por excelência*, na prisão.[29]

29. Não que os outros presos não se constituam como sujeitos assujeitados; na concepção expressa neste texto, todos o são em alguma medida, uma vez que se encontram submetidos a normas institucionais e extra-oficiais extremamente coercitivas e impositivas, que dão pouca

4.4 O "rebanho do Senhor" é guiado pelo pastor ou pelo piloto?

Diante do que foi exposto antes, pode-se interpor algumas questões: qual a importância da figura do pastor (externo e interno)?[30] Quem fiscaliza e cobra dos fiéis o seguimento das prescrições religiosas? A quem se dirigir nos casos em que o evangélico não segue as normas da igreja?

Os pastores internos e outros membros mais antigos das igrejas, a princípio, declaram-se os responsáveis pela vigilância e pela cobrança da manutenção de uma conduta de "pessoa transformada". No entanto, no decorrer da pesquisa e, mesmo de suas falas, podemos perceber que a "autoridade" do pastor interno é limitada e esta limitação não é posta pelo pastor externo e sim pelos presos líderes da massa carcerária, não religiosos, que nesses tempos de domínio do PCC são chamados de "pilotos".[31]

Isoladamente, a afirmação acima não faria sentido. Qual a relação que poderia existir entre as facções criminosas, que controlam a maioria das prisões paulistas, e os evangélicos, justamente aqueles indivíduos que romperam com o "mundo do crime" a partir da construção de um espaço social – a igreja – totalmente voltado às questões religiosas e avesso à ordem arbitrária e violenta vigente nas prisões? Como esses indivíduos, que buscam na religião outro significado para sua vida (VARGAS, 2005; RODRIGUES, 2005), podem estar sujeitos àquela mesma ordem que eles alegam ter rompido e da qual teriam se isolado completamente?

margem para o desvio. No entanto, entendemos a hierarquia social existente no interior da prisão como determinante de modos de assujeitamentos peculiares, na qual os evangélicos ocupam uma das posições mais baixas, conforme apontamos antes.

30. Pastor externo é o indivíduo que desempenha esse papel oficialmente em nome da igreja, através de um trabalho missionário; pastor interno é o preso, em geral o mais antigo e o mais envolvido com as questões da igreja, que desempenha o papel de líder entre aqueles do mesmo grupo religioso e funciona como um elo entre os presos e o pastor externo. O pastor interno tem muita importância porque o externo visita as cadeias entre uma e duas vezes por semana e, desta forma, o pastor interno se torna o responsável pela maioria das atividades religiosas.

31. *Piloto* é como se denomina a liderança de cada cadeia. Cada unidade prisional tem um piloto geral que é a autoridade máxima do lugar, que se reporta apenas aos superiores hierárquicos, isto é, à cúpula da facção.

Uma vez mais remetemos à nossa interpretação do fenômeno da religiosidade evangélica como peça complementar da ordem arbitrária vigente nas prisões brasileiras. Assim, todos os paradoxos e aparentes contradições se tornam mais fáceis de serem compreendidos: a homogeneidade das práticas de igrejas que são um tanto quanto diferenciadas na sociedade mais ampla; rigidez comportamental de todos os evangélicos; os conflitos subjacentes à imposição de tão severas restrições; a exclusão e segregação que partem da massa carcerária.

Só compreendendo a religião evangélica como parte de um sistema de punições imposta aos indivíduos que infringem os códigos e as normas da sociedade dos cativos, é que estas questões passam a fazer sentido. Este sentido vai muito além do religioso. Este sentido só se completa com a compreensão do espaço prisional como lócus da arbitrariedade – de funcionários e de presos –, da violência e da ameaça como elementos que destroem identidades desejadas e constituem "identidades" forjadas; forjadas não para obter benefícios de qualquer ordem (Scheliga, 2000) e sim para ter a possibilidade de sobrevivência física no espaço prisional.

A rigidez, a severidade das normas religiosas tem pouca relação com a religião em si; ela está ligada à concepção da religião evangélica como local de "purgação" e de punição disciplinar àqueles a quem foi permitido sobreviver ainda que sejam considerados transgressores dos códigos "disciplinares". No entanto, essa permissão não é um ato de benevolência; por trás da imposição de regras tão rígidas e a conseqüente vigilância da qual os evangélicos são alvo – vigilância,[32] sobretudo, da massa carcerária –, está a destituição das características associadas à honra e à dignidade, que são intrinsecamente ligadas à virilidade e à força. A imposição da identidade evangélica como condição para a permanência do preso

32. Não apenas os evangélicos são vigiados cotidianamente, como ainda são alvo de gozações e, de toda sorte, de provocações por parte da massa carcerária a fim de testar a "sinceridade" de sua conversão religiosa; para isso o evangélico deve abaixar a cabeça e não responder às provocações e humilhações que sofre. Para mais detalhes deste processo, assim como descrição de algumas falas emblemáticas a este respeito, ver Dias (2008). Bicca (2005) também chama atenção para a vigilância, os "testes" e a humilhação imposta aos evangélicos pelos presos não religiosos.

no convívio – ainda que segregado – e para a sua sobrevivência física denota o rebaixamento moral e a degradação as quais esses indivíduos foram submetidos. Ele pode (sobre)viver, desde que (sobre)viva de forma subserviente, submisso, obediente, assujeitado, sendo a expressão clara de um sujeito sem direitos.

Segundo Foucault:

"[...] enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam [...]; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam os indivíduos em relação uns aos outros e, levando ao limite, desqualificam e invalidam" (FOUCAULT, 2000, p. 183).

5. Sobre liberdade, autonomia e capacidade de desejar

Algumas objeções podem ser postas aos argumentos desenvolvidos ao longo deste texto. Ainda que a religiosidade produza obediência e submissão, isto é intrinsecamente negativo? Não é, de forma geral, algum nível de obediência e de submissão às leis e normas sociais um pré-requisito para a vida em sociedade? Se não garante a reforma, por acaso a subserviência promovida pela religião impede a transformação moral dos indivíduos? Porque a religião, instância produtora de sentido por excelência, não poderia desempenhar um papel central num local onde a violência e o sofrimento são elementos constitutivos? Ter uma religião, afinal, não é um direito garantido na Constituição?

Consideramos todas essas questões pertinentes e plenas de sentido. Assim, a religiosidade é um direito individual garantido pela Constituição e, a despeito do conservadorismo de muitas religiões que produzem submissão e conformismo diante das injustiças sociais, elas são capazes de dotar a vida dos indivíduos de um sentido antes ausente, proporcionando-lhes, pois, conforto e paz. No entanto, há uma questão central que está na base de toda argumentação crítica desenvolvida aqui: a liberdade e a autonomia individual, elementos cruciais na legitimação da opção

religiosa como um direito e para constituição de uma identidade socialmente válida e que estão ausentes nas condições sociais e institucionais que analisamos.

Goffman (2001) aponta que viver num espaço institucional como a prisão impede os indivíduos de afirmarem as noções que têm de si mesmos como possuidores de um "eu" tolerável. Esses indivíduos vivem sob exposição iminente, com grandes flutuações na consideração por parte daqueles com quem interagem a respeito desse "eu". Dessa forma, degradações e rebaixamentos morais são tão rotineiros que a permanência longa nessas instituições pode produzir uma apatia cívica, certa desmoralização, pois que o indivíduo aprende a conviver com as destruições e reconstruções de sua própria identidade. Assim, sentir-se possuidor de um "eu" indesejável ou desacreditável deixa de ter importância, bem como a construção de uma identidade socialmente válida. Também para Adorno (1991a, p. 75), o encarceramento produz um processo de gerenciamento repressivo do desejo, onde rituais e normas institucionais – e extra-oficiais – acentuam a incapacidade desses indivíduos lidarem autonomamente com a própria vida e de retomarem seus direitos civis em liberdade, na medida em que desenvolve desejos de dependência à passividade.

Segundo Sousa (1984, p. 22), a perda da capacidade de desejar é a maior desgraça que uma instituição pode fazer para aqueles que a ela estão submetidos. Essa perda se produz a partir do contato duradouro do indivíduo com formas de repressão dos seus desejos a um ponto em que o mesmo internaliza a submissão vivida, desejando-a inclusive. A perda da capacidade de desejar é também a impossibilidade de se reconstituir como sujeito autônomo, capaz de escolher e de viver em liberdade, arcando com a responsabilidade das suas escolhas.

Todos os indivíduos submetidos à prisão vivem esse processo de degradação do "eu" e os evangélicos o vivem duplamente: são estigmatizados como delinqüentes ao adentrar a instituição e, em seguida, são considerados indignos de fazer parte deste universo, sendo submetidos à imposição de uma disciplina rígida, na qual a submissão e a subserviência são os elementos centrais, como punição para uma suposta incapacidade de seguir as normas do cárcere. Assim, resta saber se ao

retornarem ao convívio social, os evangélicos serão capazes de (re)adquirir essa capacidade de decidir autonomamente acerca da própria vida e de reconstruírem uma identidade – religiosa ou não – socialmente aceitável, reconstituindo-se como sujeitos morais? Será possível transferir a experiência religiosa vivida na prisão, inserida numa lógica de castigo, punição e disciplina, forma de sujeição e de submissão, para a vida na sociedade ampla, na qual a experiência religiosa está fundada na liberdade de escolha e na autonomia do sujeito?

Diante de tudo o que foi exposto, reafirmamos a crítica às noções correntes da ideologia oficial de defesa da prisão acerca da ressocialização, recuperação, reabilitação etc., incluindo aquelas que atribuem à religião tal objetivo fadado ao fracasso. As disciplinas impostas pelo mini-tribunal existente dentro das prisões hierarquizam os indivíduos uns em relação aos outros, os desqualificam e os desconstroem enquanto sujeitos de direito (FOUCAULT, 2000, p. 183) e enquanto sujeitos morais, destruindo sua capacidade de desejar, escolher e de viver em liberdade. Finalizamos este texto com uma observação de Coelho (2005 [1987], p. 164): "O que surpreende é que, a despeito delas [prisões], alguns tornam-se inexplicavelmente cidadãos honestos". Dentre estes, certamente, há alguns evangélicos.

6. Referências bibliográficas

ADORNO, S. Sistema penitenciário no Brasil. *Revista USP*, n. 9-1, 1991a.

_____. Socialização na delinqüência: reincidentes penitenciários em São Paulo. *Cadernos CERU*, série 2, n. 3, São Paulo, 1991b.

BERGER, P. *O dossel sagrado*: elementos para uma teoria sociológica da religião. São Paulo: Paulus, 1985.

BICCA, A. A honra na relação entre detentos crentes e não-crentes. *Debates do NER*, ano 6, n. 8, Porto Alegre, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

BRANT, V. C. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CALDEIRA, T. P. do Rio. *Cidade de muros*: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Editora 34 & Edusp, 2000.

CAMARGO, M. S. *Terapia penal e sociedade*. Campinas: Papirus, 1984.

CASTRO, M. M. P. de. Ciranda do medo – controle e dominação no cotidiano da prisão. In: *Revista USP*, n. 9-1, 1991.

COELHO, E. C. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005 [1987].

DIAS, C. C. N. Análise da manutençao da identidade evangélica na prisão a partir de uma perspectiva interacionista: focalizando tensões e ambigüidades. *Revista Ciencias Sociales y Religión*, año 9, n. 9. Porto Alegre, 2007.

_____. *A igreja como refúgio e a Bíblia como esconderijo*: religião e violência na prisão. São Paulo: Humanitas, 2008.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2000.

FUNAP. *Censo Penitenciário*. São Paulo, 2002.

GARLAND, D. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*, n. 13. Curitiba, 1999.

GOFFMAN, E. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

JOCENIR. *Diário de um detento*: o livro. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001.

LOBO, E. S. Ovelhas aprisionadas: a conversão religiosa e o "rebanho do Senhor" nas prisões. *Debates do NER*, ano 6, n. 8, Porto Alegre, 2005.

MARIANO, R. *Neopentecostais*: sociologia do novo pentecostalismo no Brasil. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

OLIVEIRA, Marina M. C. de. *A religião nos presídios*. São Paulo: Cortez & Moraes, 1978.

RAMALHO, J. R. *O mundo do crime*: a ordem pelo avesso. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

RODRIGUES, G. E. Transgressão, controle social e religião: um estudo antropológico sobre práticas religiosas na Penitenciária Feminina do Estado do Rio Grande do Sul. *Debates do NER*, ano 6, n. 8, Porto Alegre, 2005.

SALLA, F.A. *As prisões em São Paulo*: 1822-1940. São Paulo: Anna Blume, 1999.

_____. *O trabalho penal*: uma revisão histórica e as perspectivas frente às privatizações das prisões. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991.

SCHELIGA, E. L. *E me visitares quando estive preso*: sobre a conversão religiosa em unidades penais de segurança máxima. Florianópolis. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – UFSC, Santa Catarina, 2000.

SOUSA, H. R. de. Institucionalismo: a perdição das instituições. *Temas Imesc*, n. 1 (1), São Paulo, 1984.

SYKES, G. M. *The society of captives*: a study of a maximum security prison. Princeton – New Jersey, Princeton University Press, 1974.

TEIXEIRA, A. *Do sujeito de direito ao estado de exceção*: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VARELLA, D. *Estação carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

VARGAS, L. O. Religiosidade: poder e sobrevivência na penitenciária feminina do Distrito Federal. *Debates do NER*, Ano 6, n. 8, Porto Alegre, 2005.

WOLFMANN, L. *Portal do inferno... mas ainda há esperança*. São Paulo: WVC, 2000.

ZALUAR, A. O crime e a não-cidadania: os males do Brasil são. In: BIRMAN, P.; NOVAES, R.; CRESPO, S. (Orgs.) *O mal à brasileira*. Rio de Janeiro: Uerj, 1997.

4. O Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

Extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva. Ausência de interesse de agir ou processual

HC 70021582473 – 6.ª Câm. Crim. – TJRS – j. 25.10.2007 – v.u. – rel. Des. João Batista Marques Tovo – **Área do Direito:** Penal-Processo Penal.

Ementa: Habeas corpus. *Trancamento da ação penal. Estelionato. Continuidade delitiva. Argüição de extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva. Manifesta inviabilidade da pretensão punitiva. Ausência de interesse de agir ou processual. Ausência do binômio necessidade-utilidade. O processo não é um fim em si mesmo. Trancamento da ação penal.*

Ordem concedida.

Trancamento da ação penal.

HC 70021582473 – Comarca de Três de Maio; 6.ª Câm. Crim.; impetrantes: Alberto Langaro, Gustavo Langaro e Alexandre Langaro; paciente: Anildo Dal Magro; coator: Juiz de Direito da 2.ª Vara Judicial da Comarca de Três de Maio.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da 6.ª Câm. Crim. do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em conceder a ordem para

reconhecer a ausência de interesse de agir e trancar a ação penal proposta contra Anildo Dal Magro.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Srs. Desembargadores Marco Antonio Bandeira Scapini (pres.) e Nereu José Giacomolli.

Porto Alegre, 25 de outubro de 2007 – JOÃO BATISTA MARQUES TOVO, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Des. João Batista Marques Tovo* (relator): Os advogados Alberto Langaro, Alexandre Langaro e Gustavo Langaro impetraram *habeas corpus* em favor de Anildo Dal Magro e contra ato do Juiz de Direito da 2.ª Vara Judicial da Comarca de Três de Maio, que vem dando seguimento à ação penal contra ele movida, ausente justa causa. Pediram trancamento da ação penal.

Liminar deferida para suspender o andamento do processo (f.).

Informações prestadas (f.).

Parecer do ilustre Procurador de Justiça Dr. Gilberto Thums no sentido da denegação (f.).

Os autos vêm conclusos (f.).

É o relatório.

VOTOS – *O Exmo. Sr. Des. João Batista Marques Tovo* (relator): A impetração está a buscar o trancamento da ação penal em que se imputa ao paciente a prática de delitos de estelionatos, em continuidade delitiva – art. 171, *caput* (quatro vezes), na forma do art. 71, *caput*, e art. 171, § 2.º, VI, todos do CP –, assim narrados na inicial acusatória (f.):

1.º Fato: No dia 28.03.1995, em horário indeterminado, na loja Grazziotin S. A, situada na Rua Padre Cacique, 1101, nesta Cidade, o denunciado obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, Glaicom Friedrich Patrício, mediante fraude, porquanto entregou-lhe o cheque AAA, no valor de R$ 563,50 (quinhentos e sessenta e três reais e cinqüenta centavos), da conta BBB, do Banco

Banrisul, Agência Três de Maio, de sua propriedade, como garantia do pagamento de um aparelho de som, induzindo a vítima a acreditar que receberia o aludido pagamento no prazo de trinta dias.

Quando colocado em cobrança, o cheque foi devolvido por motivo de insuficiência de fundos e conta encerrada.

2.º Fato: No dia 01.04.1995, em horário indeterminado, na empresa Pneucar, situada na Av. Alberto Pasqualini, 57, nesta Cidade, o denunciado obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, Márcio Tiecher Zimmermann, mediante fraude, porquanto entregou-lhe os cheques CCC, no valor de R$ 120, (cento e vinte reais) e DDD, no valor de R$ 292,00 (duzentos e noventa e dois reais), ambos da conta EEE, do Banco Banrisul, Agência Três de Maio, de sua propriedade, como garantia do pagamento de seis pneus, quatro modelos aro 1.85 e dois modelo 1,75, marca Goodyear, induzindo a vítima a acreditar que receberia o aludido pagamento alguns dias depois.

Quando colocados em cobrança, os cheques foram devolvidos por motivo de insuficiência de fundos e conta encerrada.

3.º Fato: No dia 01.04.1995, em horário indeterminado, na empresa Trenauto, situada nesta Cidade, o denunciado obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima Vilmar Ferreira Canabarro, mediante fraude, porquanto entregou-lhe o cheque FFF, no valor de R$ 730, (setecentos e trinta reais), da conta GGG, do Banco Banrisul, Agência Três de Maio, de sua propriedade, como garantia do pagamento de serviços de manutenção de seu veículo, induzindo a vítima a acreditar que receberia o aludido pagamento dois ou três dias depois.

Quando colocado em cobrança, o cheque foi devolvido por motivo de insuficiência de fundos e conta encerrada.

4.º Fato: No dia 07.04.1995, em horário indeterminado, na loja Eletrônica Eletro Som Auto Instaladora, situada na Rua Padre Cacique, 705, nesta Cidade, o denunciado obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, Luiz Dalla Vechia; mediante fraude, porquanto entregou-lhe o cheque HHH, no valor de

R$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), da conta III, do Banco Banrisul, Agência Três de Maio, de sua propriedade, como garantia do pagamento de um aparelho de som e sua instalação, induzindo a vítima a acreditar que receberia o aludido pagamento no prazo de vinte dias.

Quando colocado em cobrança, o cheque foi devolvido por motivo de conta encerrada.

5.º Fato: No dia 08.04.1995, em horário indeterminado, no Auto Posto Hübner Ltda, situado na Rua Horizontina, 1085, nesta Cidade, o denunciado obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, Rogério Erli Hübner, mediante fraude, porquanto emitiu o cheque JJJ, no valor de R$ 57,00 (cinqüenta e sete reais), da conta KKK, do Banco Banrisul, Agência Três de Maio (f.), de sua propriedade, a título de pagamento pelo fornecimento de combustível, induzindo a vítima a acreditar que o cheque possuía fundos.

No entanto, no dia 11.04.1995, quando colocada em cobrança, a cártula foi devolvida pelo sacado por insuficiência de fundos.

Desde o momento em que emitiu os cheques, o denunciado, não tinha intenção de saldar o seu débito, tanto é que encerrou sua conta bancária e fugiu da cidade.

As vítimas não se ressarciram do prejuízo.

Os impetrantes sustentam a tese de prescrição antecipada da eventual pena que vier a ser aplicada ao paciente, que leva à extinção da punibilidade, não havendo razão para o prosseguimento da persecução penal, bem como a não aplicação da suspensão do prazo prescricional prevista no art. 366 do CPP para os crimes cometidos anteriormente à vigência da Lei 9.271/96.

Assiste razão aos impetrantes.

O ilustre Procurador de Justiça Dr. Gilberto Thums bem analisou a matéria sobre a não incidência da Lei 9.271/96 ao paciente no parecer que segue transcrito em parte (f.):

"No que tange a ausência de suspensão do prazo prescricional, com razão os impetrantes.

De fato, os crimes foram cometidos antes da Lei 9.271/96, razão pela qual a suspensão do curso do lapso prescricional não se aplica ao caso em tela.

Nesse sentido:

'Criminal. *Habeas corpus*. Roubo qualificado. Nulidade. Condenação à revelia. Art. 366 do CPP e Lei 9.271/96. Delitos anteriores à vigência da lei. Irretroatividade total e impossibilidade de cisão da norma. Advogado nomeado pelo paciente. Cerceamento de defesa não evidenciado. Ordem denegada. Hipótese na qual o paciente foi condenado pela prática de roubo qualificado, apesar de se encontrar foragido, não tendo comparecido a qualquer audiência designada, tampouco sido intimado pessoalmente da sentença. As disposições do art. 366 do CPP, já com a sua nova redação, versando sobre direito processual (suspensão do processo) e material (suspensão da prescrição), não podem ser cindidas, sendo inaplicáveis a réus revéis que tenham cometido delitos em data anterior à sua vigência, como no caso dos autos. Precedentes. Evidenciado que o advogado constituído pelo réu, por ocasião de seu interrogatório, patrocinou devidamente sua defesa, tendo apresentado defesa prévia, participado das audiências de oitiva das testemunhas da acusação e da defesa, bem como apresentado alegações finais e interposto recurso de apelação, descabido o argumento de cerceamento de defesa. Ordem denegada. (HC 59618/SP, 5.ª T., rel. Min Gilson Dipp, j. 26.09.2006).'"

Assiste razão aos impetrantes quanto ao argumento da prescrição, ainda que por fundamento jurídico ligeiramente diverso. Penso que se trata de verificação da existência de uma condição da ação: o *interesse de agir*.

Veja-se que o processo não é um fim em si mesmo. Se o prazo prescricional estava a correr desde 11.04.1995 para o fato mais recente, sem interrupções ou suspensões, quando a denúncia foi recebida em 14.03.1997 (f.), estando designada audiência para inquirição de testemunhas que não haviam sido encontradas anteriormente (f.), a pretensão punitiva já não terá qualquer viabilidade, pois é praticamente improvável que a pena para cada delito imputado alcance quatro anos. As circunstâncias são de todo favoráveis ao acusado. Para efeito de concurso

de crimes (continuidade delitiva), incide a disposição do art. 119 do CPP. A pena cominada para as hipóteses do art. 171, *caput*, e art. 171, § 2.º, VI, ambos do CP, é de reclusão de um (01) a cinco (05) anos.

Nesse passo, se operará extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, considerando o disposto nos arts. 109, IV, e 119 do CP e os seguintes fatos muito mais do que prováveis: [1] a pena se aplicada não exceder a quatro (04) anos, e [2] já terá passado mais de oito (08) anos entre o recebimento da denúncia (14.03.1997); f.) e a publicação da sentença, se condenatória, em data posterior à audiência designada para 20.12. 2007 (f.). E, se a pretensão punitiva não é viável, não há utilidade na decisão que se busca na ação penal.

Afinal, se não há mínima viabilidade na pretensão punitiva deduzida, qual o sentido de dar seguimento ao processo? Punir – o que já não pode ser punido – com o simples sofrimento do processo?

Como disse o Min. Hamilton Carvalhido, ao julgar o RHC 11.240/PR, "a indemonstração de um mínimo de viabilidade da ação penal suprime a sua justa causa, na perspectiva da possibilidade jurídica do pedido, que tem significação especial em sede penal, em função dos direitos fundamentais do homem, sobretudo do direito de liberdade".

Conforme ensina Nelson Nery Júnior, "Existe interesse processual (expressão mais moderna para o interesse de agir) quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático." (*Código de Processo Civil comentado*, 7. ed., São Paulo, Ed. RT, 2003).

No caso dos autos, o processo é desnecessário e inútil.

Observo, apenas, que esse enfoque não foi dado na impetração anterior, e por isso não se havia percebido a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

Posto isso, voto no sentido de conceder a ordem para reconhecer a ausência de interesse de agir e trancar a ação penal proposta contra Anildo Dal Magro.

O Exmo. Sr. Des. Marco Antonio Bandeira Scapini (pres.): De acordo.

O Exmo. Sr. Des. Nereu José Giacomolli: De acordo.

O Exmo. Sr. Des. Marco Antonio Bandeira Scapini (pres.): HC 70021582473, Comarca de Três de Maio: "Concederam a ordem para reconhecer a ausência de interesse de agir e trancar a ação penal proposta contra Anildo Dal Magro. Unânime."

Inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (11.343/2006)

ApCrim 01113563.3/0-0000-000 – 6.ª Câm. C do 3.º Grupo da Seção Criminal – TJSP – j. 31.03.2008 – v.u. – rel. Des. José Henrique Rodrigues Torres – Área do Direito: Penal-Processo Penal.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCrim 01113563.3/0-0000-000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é apelante Ronaldo Lopes, sendo apelado o Ministério Público,

Acordam, em 6.ª Câm. C, do 3.º Grupo da Seção Criminal, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso interposto por Ronaldo Lopes, para absolvê-lo, forte no art. 386, III, do CPP. Oficie-se ao Juízo *a quo* para que providencie, incontinenti, a expedição do cabível alvará de soltura. V.u.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento foi presidido pelo Des. José Raul Gavião de Almeida e teve participação dos Desembargadores Luciana Ferrari Nardi e Nelson Bernardes de Souza.

São Paulo, 31 de março de 2008 – JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES, relator.

Voto 52 – Relator: José Henrique Rodrigues Torres – Processo TJ 01113563.3/0-0000-000.

Natureza: Apelação criminal.

Comarca: Foro Distrital de São Sebastião da Grama.

Vara: cumulativa.

Processo 026/97 (controle).

Juiz a quo*: Paulo Rogério Mavezzi.*

Autor: Ministério Público (recorrido).

Réu: Ronaldo Lopes (recorrente).

Sentença recorrida condenatória: Lei 11343/06, art. 33, caput.

Pena: 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Regime: fechado inicial.

Situação prisional: preso em flagrante desde o dia 17.02.2007 (f.).

Voto: provimento para absolver o recorrente.

Ementa: 1. A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2. O art. 28 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Vistos.

Ronaldo Lopes, qualificado nos autos (f.), portador do RG AAA, inconformado com a r. sentença condenatória contra ele proferida nesta ação penal, dela apelou, alegando, em apertada síntese, o seguinte: 1) foi condenado como incursos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, às penas de reclusão de 02 ano e 06 meses, com início no regime fechado, e 250 dias-multa, porque, no dia 17.02.2007, trazia consigo, para fins de tráfico, 7,7g de cocaína; 2) o laudo de exame toxicológico concluiu que na porção de droga apreendida com o recorrente havia cocaína e xilocaína, esta não incluída entre as drogas proibidas, o que evidencia que era pequena a quantidade de droga apreendida com o recorrente; 3) denúncia anônimas não são bastantes para afirmar a traficância; 4) o recorrente foi preso quando caminhava para a sua casa; 5) três invólucros com drogas não bastam para afirmar

a mercancia; 6) os policiais afirmaram que nunca encontraram drogas no local, o que afasta a afirmação de que se tratava de um ponto de tráfico; 7) um policial afirmou que conhecia um traficante com o apelido similar ao do recorrente; 8) uma testemunha confirmou que o recorrente é viciado em drogas; 9) não há provas da traficância; e 10) a absolvição do recorrente é de rigor (f.). Em contra-razões, o Ministério Público pediu a mantença da condenação (f.). E o Procurador de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (f.).

Eis o relatório.

VOTO – A pretensão recursal procede e a absolvição do recorrente é de rigor.

De acordo com a r. decisão recorrida, o recorrente portava 7,7g de cocaína, acondicionados em três papelotes, para fornecimento a terceiros, violando, assim, o preceito proibitivo do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, pois 1) os policiais militares que prenderam o recorrente afirmaram que "denúncias recebidas diziam que Ronaldo, de apelido 'Chitos', filho do 'João Guarda' estaria traficando na cidade, e que não há na cidade outra pessoa com o mesmo apelido do acusado, nem filho do 'João Guarda', 2) o recorrente admitiu o porte da droga com ele apreendida, 3) a quantidade da droga apreendida "permite a conclusão" de que não se tratava de porte para uso próprio, uma vez que o recorrente afirmou que usava tal substância esporadicamente e 3) (*sic*) tal quantidade "presta-se a caracterizar o tráfico de drogas" (f.).

Todavia, esses argumentos invocados pelo juiz *a quo* não são bastantes para fundamentar a caracterização da traficância.

É verdade que o recorrente, em seu interrogatório judicial, admitiu que realmente estava portando cocaína, mas afirmou, também, que era usuário dessa droga e que iria consumir a substância apreendida durante o carnaval, nos próximos quatro dias (f.).

E não há nenhuma prova hábil para desacreditar essa afirmação do recorrente, a qual, aliás, encontrou respaldo no conjunto probatório.

É verdade que os policiais militares Eduardo Lemes Passareli e William Roger Stivale Teio afirmaram que já haviam recebido várias "denúncias anônimas" de que o recorrente praticava o tráfico de drogas (f.).

Contudo, em um processo penal talhado sob a égide de princípios democráticos e garantistas não se pode dar nenhuma credibilidade a informações anônimas.

E não se trata de desacreditar as palavras dos policiais militares mencionados, que apenas afirmaram aquilo que ouviram dos denunciadores sem nome.

Na realidade, o que não tem e não pode ter nenhuma credibilidade no processo penal democrático é o conteúdo daquelas anônimas "denúncias" feitas aos policiais, máxime quando não se encontra no conjunto probatório nenhuma prova hábil para respaldá-las.

Também é verdade que, segundo os referidos policiais militares, os denunciadores anônimos informaram que o imputado traficante chamava-se Ronaldo, tinha a alcunha de "Chitos" e era filho do "João Guarda", o que estaria a incriminar o recorrente (f.).

Todavia, essas informações não têm nenhuma relevância e seriam absolutamente imprestáveis ainda que o "pusilânime denunciador anônimo" tivesse fornecido aos policiais, com exação, o nome completo do recorrente, a sua qualificação, o número de seu documento de identidade e o seu endereço residencial.

Decididamente, não se olvide que se trata de uma acusação anônima, sem indicação de fatos concretos e relativa a um comportamento abstrato imputado ao recorrente, o qual poderia ser atribuído a qualquer outra pessoa, sem que o eventual imputado pudesse contrariá-la ou dela defender-se, exatamente em face de sua generalidade.

Ora, se aquela afirmação anônima e genérica tivesse algum valor probatório, qualquer pessoa, sabendo que um vizinho é um consumidor de drogas, poderia telefonar para a polícia e dizer que ele é um traficante, para que, em razão dessa denúncia, o vizinho viciado, flagrado na posse de alguma droga, fosse condenado por tráfico.

Como se vê, nada pode ser aproveitado, neste processo, daquelas referidas "denúncias anônimas".

A verdade é que não foi produzida nenhuma prova concreta e objetiva hábil para demonstrar que o recorrente efetivamente portava a mencionada droga com a finalidade de mercancia.

É verdade, também, que um dos policiais militares acima nomeados afirmou que o recorrente foi preso com a droga em um local que, segundo aquelas notícias anônimas, era conhecido como "ponto de drogas" (f.).

Entanto, esse mesmo policial afirmou que "já fez abordagens em pessoas que se encontravam no local e veículos, mas nada foi localizado", o que evidencia, também por esse motivo, a total imprestabilidade daquelas "denúncias anônimas" (f.).

Além disso, nenhuma prova foi produzida para comprovar que o recorrente estava em um local conhecido como "ponto de drogas".

Aliás, ainda que o local fosse realmente um ponto de tráfico, essa circunstância fática não seria bastante para a condenação do recorrente como mercador de drogas, pois, induvidosamente, consumidores de entorpecentes também freqüentam esses locais e isso não os torna traficantes.

Na realidade, o recorrente afirmou que estava voltando para a sua casa com a mencionada droga e que pretendia consumi-la nos próximos dias de carnaval (f.) e os policiais acima mencionados confirmaram que o recorrente realmente foi flagrado na rua, caminhando na direção de sua casa, em uma noite de carnaval, em um local onde havia desfiles de rua dos festejos do Rei Momo e nas proximidades do clube da cidade (f.).

Mas não é só.

A testemunha Percival Pessoa de Almeida, agente penitenciário, corroborando as afirmações do recorrente, asseverou que conhece o recorrente desde criança, que o recorrente já foi flagrado, em outra oportunidade, fumando um "baseado de maconha", que o recorrente já foi submetido a tratamento para dei-

xar o vício de drogas e que vária vez aconselhou o recorrente, tentando afastá-lo desse vício (f.).

Aliás, essa testemunha afirmou que também já fez uso de cocaína e que costumava consumir "por volta de três gramas" dessa droga por dia, o que dá credibilidade à afirmação do recorrente de que a quantidade de cocaína com ele apreendida seria consumida, por ele próprio, nos próximos dias, durante o carnaval (f.).

Como se vê, não se pode afirmar a traficância simplesmente com base na quantidade de cocaína apreendida com o recorrente, máxime quando o conjunto probatório contém elementos suficientes para afirmar que ele realmente era usuário dessa droga na época dos fatos.

Assim, os elementos de prova produzidos nesta ação penal são suficientes, apenas e tão-somente, para afirmar que o recorrente estava portando 7,7g de cocaína para consumo próprio e que, em conseqüência, a sua conduta seria subsumível ao tipo do art. 28 da Lei 11.343/2006.

Todavia, a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação[1] de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo artigo 5.º da Constituição Federal como dogmas de garantia individual.

Como observa Salo de Carvalho, "a permanência da lógica bélica e sanitarista nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo do uso de entorpecentes é injustificável"

1. Salo de Carvalho, *A política criminal de drogas no Brasil.* Estudo criminológico e dogmático, Rio de Janeiro, Lumem Júris, 2007, p. 253.

O argumento de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 é de perigo abstrato, bem como a alegação de que a saúde pública é o bem tutelado, não é sustentável juridicamente, pois contraria inclusive a expressão típica desse dispositivo criminalizador, lavrado pela própria ideologia proibicionista, o qual estabelece os limites de sua incidência pelas elementares elegidas, que determinam expressamente o âmbito individualista da lesividade e proíbem o expansionismo desejado.

Basta ler o tipo penal em menção, que descreve, para a incidência da conduta que pretende criminalizar, exclusivamente aquela de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta, "para consumo pessoal", drogas proibidas.

O elemento subjetivo do tipo, evidenciado pela expressão "para consumo próprio", delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que extrapasse os lindes da autolesão.

Com efeito, como assevera Maria Lúcia Karan, "é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...). Nesta linha de raciocínio, não há como negar incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal"[2]

É por isso que Alexandre Morais da Rosa afirma que "no caso de porte de substâncias tóxicas inexiste crime porque, ao contrário do que se difunde, o

2. Karan, *De crimes, penas e fantasias*, p. 126.

bem jurídico tutelado pelo art. 16 da Lei 6.368/76 é a integridade física e não a incolumidade pública"[3]

Assim, transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse um potencial traficante, implica frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988.

Além disso, a criminalização do porte para uso próprio também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante "distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica".[4]

Mas não é só.

Não se olvide da violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, que estabelece intransponível separação entre o direito e a moral.

Com efeito, não se pode admitir qualquer intervenção estatal, principalmente de índole repressiva e de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade.

Induvidosamente, "nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade".[5]

É por isso que somente é admissível a criminalização das condutas individuais que causem dano ou perigo concreto a bens jurídicos de terceiros, o que não acontece com a conduta descrita no tipo do art. 28 da Lei 11.343/2006.

3. Rosa, *Direito infracional*, p. 217.
4. Salo de Carvalho, op. cit., p. 256.
5. Salo de Carvalho, op. cit., p. 256.

Decididamente, "no direito penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (...): o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático, não admite crime sem vítima. A lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida – bem jurídico maior – atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional".[6]

Como ensina Maria Lúcia Karan, "a simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado – e, portanto, ao Direito – penetrar. Assim, como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune, a tentativa de suicídio e a autolesão; não se podem criminalizar e punir condutas, que podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão".[7]

E não se olvide, ainda, que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afronta o respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergado pela Constituição Federal e por inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Com efeito, "a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo a opção moral do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. Há uma espécie de eliminação social dos que não são iguais. (...). Cabe ao ser humano, desde que não interfira nos desígnios de terceiros e os lesione, de maneira individual, escolher e traçar os caminhos que mais lhe convém. Ao se reprovar o uso, criminalizando o

6. Lições de Eugênio Raul Zafaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa Del Olmo, Maria Lúcia Karan e Salo de Carvalho.

7. Karan, *Revisitando a sociologia das drogas*. Verso e reverso do controle penal, p. 136.

porte, a sociedade invade seara que não é constitucionalmente sua. Assim fazendo, desrespeita as opções individuais e estigmatiza o ser diferente pela simples razão de este não se revestir da crença do que seria correto. (...) A Constituição exige tolerância com quem seja assim, sem exigir padrões de moralidade aos diversos grupos existentes, dentre eles os que usam drogas"[8]

Portanto, como a criminalização primária do porte de entorpecente para uso próprio é inconstitucional, a conduta do recorrente, que portava cocaína para uso próprio, é atípica.

Posto isso, dou provimento ao recurso interposto por Ronaldo Lopes, qualificado nos autos (fls. 08), portador do RG AAA, para absolvê-lo, forte no art. 386, III, do CPP.

Oficie-se ao Juízo *a quo* para que providencie, incontinenti, a expedição do cabível alvará de soltura.

JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES, relator.

8. Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues, *Nova lei de drogas*, p. 41.

4.2 Parecer

Da diferença entre ação e processo: nulidade do processo decorrente do recebimento de denúncia em caso de parcelamento do crédito nos crimes contra a ordem tributária

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Advogado.

1. Da consulta[1-2]

01. Faz uma consulta o ilustre advogado e professor Cláudio Gastão da Rosa Filho, doravante Consulente, a respeito das decisões proferidas em processos criminais de autos mencionados, os dois primeiros em trâmite na d. 1ª Vara Criminal e o último em trâmite na d. 4ª Vara Criminal, ambas na Comarca de Florianópolis, Santa Catarina. Ocorre que foram, nos três processos, recebidas as denúncias ofertadas pelo Ministério Público, imputando a clientes do Consulente[3] a prática, em tese, dos crimes previstos no art. 1.º, II[4] e no art.

1. Faz-se mister agradecer ao advogado e professor André Giamberardino, pelo auxílio e execução do presente, a quem cabe todos os méritos.

2. Parecer publicado *ipsis lieteris* do original.

3. Os acusados são empresários em Santa Catarina.

4. "Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

2.º, II,[5] ambos da Lei 8.137/90 c.c. art. 71[6] do CP, sendo todos os processos em seguida *suspensos* com fulcro no art. 9.º da Lei 10.684/2003.[7]

02. Havendo indicativos nos autos de que os fatos imputados se referem a débitos incluídos em regime de parcelamento antes das respectivas decisões de recebimento de denúncia, faz consulta o Consulente se as precitadas decisões são admissíveis e podem se sustentar.

03. Ademais, indaga quais providências podem ser tomadas se os atos forem inadmissíveis e, em caso positivo, se o douto Juízo de primeiro grau pode revê-los.

04. A questão é complexa, por vários fatores, e merece uma reflexão mais apurada, não propriamente por se tratar de matéria legal, mas porque a base de sustentação teórica processual penal quando não observada de forma devida leva – ou pode levar – a injustiças inaceitáveis e, portanto, algo incompatível com um Estado Democrático de Direito.

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;"

5. " Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza: (...)

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; (...)"

6. "Art. 71 Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços."

7. "Art. 9.º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.o e 2.o da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios."

2. Dos fundamentos fáticos

01. As imputações objeto deste Parecer se referem a supostas *sonegações no recolhimento de tributos, no prazo legal*, nos períodos compreendidos entre janeiro de 1996 e abril de 1997, janeiro e agosto de 2005 e janeiro e julho de 2005.

02. Em relação ao processo de autos *A*, tem-se que a denúncia foi recebida em 24.08.2007 (fls.) e o processo suspenso em 16.01.2008 (fls.), sendo os débitos incluídos no regime de parcelamento *X* em 13.09.2007 (fls.). No processo de autos *B*, a denúncia foi recebida em 21.11.2006 (fls.) e o processo suspenso em 06.02.2007 (fls.), havendo indicativos tanto de que o parcelamento teria se iniciado antes do recebimento da denúncia (fls.) como após (fls.). No que se refere, enfim, ao processo de autos *C*, a denúncia foi recebida em 06.09.2006 (fls.) e o processo suspenso em 21.01.2008 (fls.), sendo que os documentos acostados aos autos (fls. 115-130) *indicam* a inclusão do débito no regime de parcelamento *Y*, com início do pagamento em dezembro de 2006.

03. É pressuposto para a denúncia ser recebida que haja a configuração, em tese, de um delito, assim como das outras condições exigidas por lei, o que significa dizer estarem presentes todas as condições exigidas para a obtenção da tutela jurisdicional, após regular exercício da ação, do que decorre a instauração do processo.

04. Discute-se, assim, quais seriam os efeitos do parcelamento do débito tributário em relação à possibilidade de desencadeamento de um processo criminal, mormente se antes do recebimento da denúncia a dívida restava parcialmente quitada e inserida em programa de parcelamento.

05. Neste sentido, para que se chegue a uma conclusão consistente, é necessário enfrentar com alguma profundidade o próprio *juízo de admissibilidade do direito de ação* lançado pelo magistrado no momento em que recebe ou rejeita uma denúncia ou queixa e, por conseqüência, a crucial diferença técnica entre *ação* e *processo*. Tal tarefa não é simples, mormente quando o CPP – por

sua conhecida "atecnicidade" – confunde expressamente os dois conceitos, da mesma forma que o faz em relação à diferença (hoje indiscutível) entre processo e procedimento, assim como tantas outras, o que ajudou – e ajuda – a se ter uma doutrina e uma jurisprudência de difícil compreensão, justo por falta de uniformidade lingüística.[8]

06. Este, enfim, *é o busílis* sobre o qual vem lançado o presente parecer.

3. Da orientação

3.1 Premissas necessárias: sobre o conteúdo do Processo Penal

01. Como se sabe, foi com Francesco CARNELUTTI, a partir dos juristas alemães e do conceito de *litiscontestatio* que se elevou o conceito de *lide* ao centro da estrutura do sistema processual, no intuito de se traduzir o *conteúdo do processo* enquanto um *conflito de interesses regulado ou composto pelo direito*,[9] mais tarde aprimorado pelo autor para se tornar "uma pretensão resistida ou insatisfeita".[10]

02. Há, em tal visão, um tratamento teórico diferenciado à pretensão e à ação: enquanto a primeira seria a afirmação de um direito de uma parte contra outra[11] (visivelmente presente entre particulares, mas de difícil aceitação nos casos envolvendo o Estado no processo penal e outras situações como as chamadas

8. Nesse sentido, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: *Diálogos constitucionais*: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225-232.

9. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1926, reimpressão 1986. v. 1, p. 131.

10. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. v. 1. cit., p. 302.

11. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. v. 1, cit., p. 302. Mais tarde o autor falou em "exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio" (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1, p. 78), o que se mantém como base teórica até hoje.

ações constitutivas necessárias, do direito processual civil),[12] essa seria o direito de se formular uma demanda ao poder jurisdicional, para que este, então, instaurado um processo, *resolvesse* a lide através de composição.

03. Neste sentido é que afirma CARNELUTTI ser a demanda dirigida ao juiz e a pretensão (levada por aquela), endereçada ao adversário.[13] Tal diferença é insustentável, mormente no Brasil onde o órgão do MP poder acolher a "pretensão" (se existisse) do réu e pedir a absolvição (por óbvio fazendo desaparecer a "lide"), e mesmo assim, o juiz pode condenar, nos termos do art. 385, do CPP.[14]

04. Por este e outros motivos sérios, a concepção do *conteúdo do processo* centrada na lide sofreu críticas de diferentes e variadas perspectivas,[15] mormente em se tratando do *processo penal*, no qual fica evidente quão incabível se é adotar categorias (como "interesse", por exemplo) decorrentes de uma base própria e característica do direito privado, sem embargo que em jogo – no início do século XX – estivesse, em primeiro lugar, o Direito derivado da modernidade observado (e confirmado) após a Revolução Francesa, no qual a base, como se sabe, está centrada no indivíduo, mais propriamente no *cidadão*, do qual o Estado (na visão dos contratualistas) tornou-se, mormente pelo Poder Judiciário, seu garante-mor; e no sistema inquisitorial (vigente até hoje, por exemplo, no Brasil, nas duas fases

12. CALAMANDREI, Pietro. Linee fondamentali del processo civile inquisitório. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1966, p. 162.

13. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. v. 1, cit., p. 302.

14. "Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada."

15. Para um necessário, mas aqui inadequado, aprofundamento, v. CALAMANDREI, Pietro. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1928 e Linee fondamentali del processo civile inquisitório.. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1966; PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1930; e INVREA, Francesco. Il torto e l'azione. *Rivista di diritto commerciale*. Milano: Vallardi, 1930 e La servitù del giudicato. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1930. Para um tratamento sistemático da matéria, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

da persecução penal)[16] de todo incompatível com uma vera e própria *democracia processual*, mas mantido por razões ideológicas que não comportam análise na brevidade do presente.

05. O *próprio CARNELUTTI*, depois, vem a abandonar sua posição inicial em 1941[17] e definitivamente em 1946,[18] quando *rejeitou*, enfim, *o conceito de lide como possível conteúdo do processo penal*. O faz, entretanto, de forma equivocada, pois toma a pena como um *bem* para negar o conflito de interesses e remete ao Ministério Público o encargo da punição, a partir de um *affare* (projeto de condenação) cuja execução dependeria apenas da "autorização" pela sentença.

06. A noção de lide foi ainda redefinida por Giovanni LEONE como *lide penal* (a partir de CALAMANDREI),[19] tratando-se, segundo o autor, de um conflito de interesses sempre existente. Haveria, assim, "una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) del imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto".[20]

07. A concepção de LEONE e BELLAVISTA[21] (talvez seu mais importante seguidor) exerceu (e exerce) grande influência sobre a teoria do direito

16. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. _____. (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16 e ss.

17. CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni di processo civile italiano*. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 24.

18. CARNELUTTI, Francesco. *Lezione sul processo penale*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1949. p. 121-122.

19. CALAMANDREI, Pietro. Linee fondamentali del processo civile inquisitório. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1966. p. 16.

20. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1954. p. 33. Tradução livre: "uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre Ministério Público e imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou mesmo dela se afastar".

21. BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*. Milano: Giuffrè, 1952. v. 1, p. 12.

processual penal no Brasil, o que se vê, por todos, na obra de TORNAGHI,[22] TOURINHO FILHO[23] e FREDERICO MARQUES.[24]

08. Construída, porém, sob as bases da *presumibilidade* do conflito e da *pressuposição* de sua *indisponibilidade*, a noção é de todo refutável pelos próprios problemas inerentes a estes dois fundamentos. Poder-se-ia usar o argumento de BELLAVISTA de que uma coisa é a existência da lide no processo penal e outra o problema da indisponibilidade do conteúdo do processo[25] (no fundo sem solução aceitável ao problema, porque nada diz sobre ela, dado o postulado ser equivocado): permanece uma construção assentada sobre um conflito de interesses presumido, fabricado, vazio, que não existe (como se projeta) ou pode não existir, de fato, o que implode qualquer base teórica. Afinal, só se presume o que não existe (no caso há uma realidade que se não pode presumir, mas sim descrever), fazendo tal realidade de uma irrealidade e, como salta à vista, faltando fundamento tanto lógico como jurídico. Por outro lado, sempre foi possível a *disposição* do conteúdo do processo, seja naquele italiano,[26] no

22. TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 88: "Pouco importa que o Ministério Público se convença, no decorrer da instrução, da inocência do acusado e peça para ele a absolvição, ou que o acusado seja réu confesso e deseje sofrer a pena. Tanto o acusador quanto o acusado representam no processo penal interesses públicos (...)".

23. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9: "Contudo, embora não haja absoluta identidade entre lide civil e lide penal, não será possível negar a existência de uma lide penal".

24. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v.1, p. 25: "a prática de infração penal faz surgir uma lide de igual natureza, resultante do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu". V. também: *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v.1, p. 3 e ss. Contra a aplicação da noção de lide ao processo penal: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 67-69. Desde outra perspectiva, fala-se em uma "pretensão acusatória": LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 83-112.

25. BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*, cit., p. 95.

26. Tanto no *Codice di Procedura Penale* de 1930 ("Art. 206 – L'ufficio del pubblico ministero di grado superiore può rinunciare all'impugnazione proposta dal rappresentante del pubblico ministero di grado inferiore"; tradução livre "O Ministério Público em grau superior pode renunciar ao recurso interposto pelo representante do Ministério Público em grau inferior".) como no atual ("Art. 589 – 1. Il pubblico ministero presso il giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato può rinunciare alla impugnazione da lui proposta fino all'apertura del dibattimento.

qual o Ministério Público pode desistir do recurso interposto (ao contrário do que se passa no Brasil, conforme o art. 576, do CPP,[27] para os recursos, assim como para o processo decorrente de ação penal de iniciativa pública, nos termos do art. 42, do CPP),[28] seja porque, por aqui, o órgão ministerial pode não recorrer da decisão onde sucumbiu o Estado e, por óbvio, entre a sentença e o trânsito em julgado do recurso há processo e, portanto, há direta disposição de seu conteúdo; tudo para não se falar na disponibilidade expressa e indiscutível do conteúdo dos processos decorrentes de ação penal de iniciativa privada. A tese de LEONE, BELLAVISTA e outros, portanto, é insustentável sob qualquer ponto de vista.

09. O importante é perceber que *se vai ao juiz* para que esse diga o direito no caso concreto: a jurisdição é o veículo necessário para punir e, como *detém o poder com exclusividade*, não faz outro que constituir, quando condena, determinados deveres e obrigações a serem cumpridos pelos órgãos de execução.

10. Por isto é que se diz, com Franco CORDERO,[29] que o processo penal serve não para "compor um conflito de interesses", mas *para verificar se uma pessoa deve ou não ser punida*, o que significa, vale dizer, *fazer o acertamento de um caso penal.*

11. O conteúdo do processo penal, neste sentido, será não a lide, mas o *caso penal*,[30] não se sustentando o conceito de PISAPIA,[31] na Itália, e TUCCI,[32] no

Successivamente la dichiarazione di rinuncia può essere effettuata prima dell'inizio della discussione dal pubblico ministero presso il giudice della impugnazione, anche se l'impugnazione stessa è stata proposta da altro pubblico ministero"; tradução livre: "O Ministério Público atuante junto ao juízo que proferiu a decisão impugnada pode renunciar ao recurso interposto até a abertura da fase oral. Sucessivamente, a declaração de renúncia pode ser efetuada antes do início da discussão pelo Ministério Público atuante junto ao juízo da impugnação, mesmo se esta foi proposta por 'outro Ministério Público'").

27. "Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto."

28. "Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal."

29. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 8.

30. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, cit., p. 149.

31. PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di Procedura Penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1985. p. 3.

32. TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, ação e processo penal*. Belém: Cejup, 1984. p. 19.

Brasil (que têm o mesmo referencial semântico da noção de CALAMANDREI, LEONE e BELLAVISTA), mas sim da expressão de uma situação pretérita de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que supostamente cometeu uma conduta tipificada na lei penal, a qual, como se sabe, comporta um preceito primário e um preceito secundário.

12. Para que seja feita a reconstrução de um fato que é passado, a fim de se proceder ao *acertamento* do caso penal, já se disse ser a jurisdição via inafastável para se punir (princípio da indefectibilidade da jurisdição no âmbito processual penal): e ela deve se pautar, sempre, nos termos do art. 2.º do CPC[33] (subsidiariamente aplicado ao processo penal por força do art. 3.º do CPP)[34] seguindo um princípio de inércia: *ne procedat iudex ex officio*. Daí que depende de um autor: *nemo index sine actore*.

13. Significa dizer que, se só se pune pela via jurisdicional, este é um poder que só atua quando acionado, para manter sua imparcialidade, tomada como eqüidistância do órgão julgador das partes. Mas só se tem ação (em outras palavras: *só se obtém a tutela jurisdicional*) quando presentes determinadas condições que permitam o acolhimento (juízo de admissibilidade positivo ou juízo de prelibação) da ação e o conseqüente desencadeamento de um processo criminal.

14. É por tal motivo que se deve entender a ação como um *direito em dois tempos*: no primeiro, a partir da noção de WACH sobre à *rechtschutzanspruch*,[35]

33. "Art. 2.º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais."

34. "Art. 3.º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."

35. Em meio ao debate sobre o sentido da expressão *Anspruch*, PRIETO CASTRO a ela se refere dizendo que *versa sobre a ação declarativa*, definindo a *ação*, em WACH, como "el derecho a una sentencia favorable en el processo, y de aqui que se le repute como un derecho de acción concreto" (*Apud* SEMON, Juan. Presentación. In: WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Tradução de Juan Semon. Buenos Aires: EJEA, 1962. p. 11-2). Segundo o próprio WACH, "la pretensión de protección del derecho o, como suele decirse también, em forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente, no es el mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión [Anspruch] del derecho civil" (WACH, Adolf. La pretensión..., p.

ou seja, a *pretensão de proteção do direito*, a ser entendido não propriamente como aquela material (de que falava CARNELUTTI e depois, sob outro fundamento, LEONE), mas vinculada ao direito que se exerce, isto é, *ao direito de ação* e, assim, em face do Estado, mais propriamente do acolhimento dela e conseqüente tutela jurisdicional através do processo, no qual se constatará se se deve ou não punir. Ou seja, deve-se observá-lo, hoje, mais pelo *ato de administração da justiça* – e aqui colocar o processo e não a vitória do autor com uma *sentença favorável* – que pela *outorga à proteção do* direito, justo por remeter ao conceito (imprestável, de todo) de pretensão. Trata-se, neste passo, de um *direito constitucional genérico* e *ilimitado*, mesmo porque não há como impedir o seu *exercício*, algo que remete a um outro momento; neste (o segundo tempo), a mesma ação, por força constitucional e diante da lógica que rege o sistema, ganha contornos processuais e, então, cobra – àquele que a exercita – o preenchimento de condições, sem as quais o autor não deve obter um juízo de admissibilidade (ou juízo de prelibação) positivo e, por conseguinte, não se instaura o processo para o fim do acertamento do caso penal; o que não significa que se não instaure um processo no juízo de admissibilidade negativo, mas só adstrito à discussão das *questões prévias*, tanto que do juízo de admissibilidade negativo cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, I,[36] do CPP. E só há "recursus" se houver "cursus", ou seja, só há recurso porque há processo. Eis, portanto, os *dois tempos*, os quais merecem ser bem entendidos e separados.

15. Coloca-se, assim, como é elementar, uma *diferença crucial* – do ponto de vista técnico – *entre ação e processo*, em verdade muitas vezes ignorada, no Direito Processual Penal brasileiro, por inúmeros motivos.

40). Por outro lado, anota-se ser tal *pretensão de proteção do direito* de natureza *pública*, que "si dirige por un lado contra el Estado, y por el otro, contra la parte contraria. (...). Se establece el Estado a si mismo como garantia y protección del derecho privado" (WACH, Adolf. La pretensión..., p. 59). V. também: WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Band, 1885. v. 1, p. 19.

36. "Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I – que não receber a denúncia ou a queixa; (...)."

16. Trata-se, então, do ponto de vista técnico-processual-penal, de condicionar a atuação jurisdicional à existência do *direito de ação* por parte do órgão de acusação (ou o ofendido, no caso dos crimes privados e respectiva ação penal de iniciativa privada).

17. O Ministério Público deve ter um caso penal e cumprir os requisitos que lhe possibilitam o direito não só de provocar o exercício do poder jurisdicional como, na seqüência, obter a tutela devida com o processo que se instaura e onde se vai verificar se se condena ou não, independentemente da vontade do órgão do MP (embora seja, hoje, discutível a constitucionalidade), nos termos do art. 385[37] do CPP.

3.2 Das condições da ação no caso em tela

01. O tratamento das condições da ação, no Brasil, recebeu grande influência dos estudos de Enrico Tullio LIEBMAN[38] e da inadequada concepção que preza por uma teoria *geral* ou *unitária* do processo.

02. Sem embargo do equívoco nela estampado,[39] é preciso notar que decorrem as condições da ação, no processo penal brasileiro, da interpretação do art. 43,[40]

37. "Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada."

38. LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950, XX; e *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1952.

39. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, cit., p. 142 e ss.

40. Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição."

combinado com o art. 18,[41] ambos do CPP, aquele estabelecendo as hipóteses nas quais o juiz deve rejeitar a denúncia ou queixa, e este o completando em razão da regra do art. 43, III, 2ª parte.[42]

03. Para o caso presente, importam especialmente os incisos I e II do referido art. 43, do CPP, referentes à *tipicidade aparente* e à *punibilidade concreta*, trazendo a impossibilidade de qualquer atuação jurisdicional positiva (o que inclui, no respectivo procedimento, a transação penal) quando o fato narrado evidentemente não constituir crime ou quando não houver punibilidade concreta, pela prescrição ou outra causa.

04. As duas condições da ação remetem, no caso concreto, a duas hipóteses diferentes, ambas fulminando os processos que foram instaurados e noticiados pelo ilustre Consulente.

05. Anote-se desde logo que o transporte automático de conceitos do direito processual civil para o direito processual penal implica, inevitavelmente, insuperáveis incoerências: no caso das condições da ação, basta que se veja o tratamento diametralmente oposto que tem a *possibilidade jurídica do pedido* no processo civil – conceituada de modo *negativo*, pois está presente quando não há dispositivo legal que a inviabilize –[43] e no processo penal, onde é conceituada de modo *positivo*, tratando-se da existência de um *tipo de injusto*[44] a se adequar aparentemente à conduta.

41. "Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncbia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia."

42. V. os trabalhos de FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, s.e., 1977, n. 7; e BREDA, Antônio Acir. Reparos à terminologia do código de processo penal. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, s.e., 1977, n. 7.

43. MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro; Forense, 1983, p. 521 e ss; e que é acompanhado por toda a moderna doutrina.

44. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes de. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Sobre o conceito de *tipo de injusto*, v.: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 71-79.

3.2.1 Da tipicidade aparente

01. Sendo assim, para o autor ver procedente a ação, deve levar ao juiz, na imputação, uma conduta que, aparentemente, corresponda a um tipo de injusto. Trata-se da *tipicidade aparente*, tida como a condição da ação penal decorrente do supracitado art. 43, I, do CPP, o que se depreende pelo advérbio "evidentemente", inserto no preceito.

02. Não obstante a posição contrária de parte da doutrina,[45] que alega ser a tipicidade matéria de mérito, parte-se da concepção de ação como *direito instrumental*, ou seja, instrumentalmente conexo a um caso concreto,[46] para se diferenciar o acertamento do caso penal que se faz, (1.º), na sentença, da, (2.º), demonstração de que os fatos narrados na imputação têm *aparência* de tipicidade.

03. Neste sentido o entendimento do e. TRF4, aqui demonstrado por transcrição de trecho da ementa em *Habeas Corpus* relatado pelo i. Desembargador Federal Néfi Cordeiro:

"Penal. Processual penal. Crime contra a ordem tributária. Arts. 1.º, I e 2.º, I da Lei 8.137/90. *Habeas corpus*. Denúncia. Trancamento da ação penal. Crime do art. 2.º, I, da Lei 8.137. Delito formal. Competência. 1. A pendência de contencioso administrativo impede a persecução penal pelo art. 1.º da Lei 8.137/90, pela ausência de constituição definitiva do tributo. O parcelamento dos tributos gera a suspensão da persecução penal. A liminar judicial determinadora da suspensão da exigibilidade do tributo pode gerar a suspensão do processo, por questão prejudicial facultativa, quando relevante o direito argüido. 2. *Restando certa a impugnação administrativa e o parcelamento anterior ao recebimento da denúncia – fora do regime da Lei 10.684/2003 –, tem-se*

45. Por todos, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

46. LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950, XX, p. 425 e ss; e também: *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 31 e ss.

pelos dois fundamentos impedido o início e curso da ação penal por crime do art. 1.º da Lei 8.137/90. 3. (...). – g. n.[47]

04. Assim, uma coisa "é o autor demonstrar que os fatos narrados na imputação têm, na aparência, credibilidade suficiente para serem considerados típicos, algo tão-somente comprovável no curso do processo; outra é a comprovação efetiva. Inclusive, a prova produzida no crivo do contraditório pode conduzir à conclusão oposta, ou seja, que o fato é atípico. Está aqui, portanto, mais uma evidência de não ser o processo penal o veículo onde, a todo custo, deve-se impor a pretensão punitiva".[48]

3.2.2 Da punibilidade concreta

01. No que tange à *punibilidade concreta*, condição da ação trazida pelo art. 43, II, do CPP, tenha-se presente desde logo não se tratar da mesma punibilidade referida em uma perspectiva penal material, que é meramente *abstrata* e abrange diversos elementos relacionados ao interesse do Estado em exercer seu poder de punir sobre o cidadão, ou seja, enquanto *previsão da pena como conseqüência jurídica do crime, sendo por isso mesmo definido o* "crime" *como* "fato punível".[49]

02. A punibilidade *abstrata* é a possibilidade jurídica punitiva não individualizada, sem um caso concreto: aquela que paira *sobre todos* os cidadãos mediante a vedação, pela lei penal, de determinados comportamentos. Apenas a partir do momento em que é cometido um crime é que se passa a ter uma punibilidade *concreta*, eminentemente vinculada à elucidação do fato e, portanto, ao *acertamento de um*

47. TRF4, HC 2005.04.01.020962-0/SC, rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, 7ª T., j. 16.08.2005, *DJU* 24.08.2005.

48. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 147.

49. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale. Milano: Giuffrè, 1960, p. 534 e ss.; v. também: GIULIANI, Ubaldo. *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*. Padova: Cedam, 1966, p. 2.

caso penal. Aquela é de natureza penal; esta, por primário, de natureza processual, justo porque colocada como conseqüência da consumação do crime.

03. A punibilidade concreta, por óbvio, é que aqui constitui condição da ação: não há direito de ação sem que *haja um caso penal*, ou seja, *sem que tenha ocorrido um fato que caracterize já a presença da punibilidade concreta e não meramente abstrata*. Por óbvio, não há lógica em se instaurar um processo penal se, de antemão, sabe-se ser impossível punir, seja por que *causa* for.

04. Desde tal base, é possível a análise objetiva do caso aqui suscitado, no qual não se afigura presente a punibilidade concreta nem a tipicidade aparente.

05. Sabe-se que a ocorrência de eventos, situações ou acontecimentos determinados na Lei como causas de extinção da punibilidade implica desaparecimento do poder de punir do Estado em relação a fatos tipificados.

06. Diversas Leis já trataram do tema: o art. 34, da Lei 9.249/1995,[50] por exemplo, previa o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia como causa de extinção da punibilidade dos crimes das Leis 8.137/90 e 4.729/65; já o art. 9.º, da Lei. 10.684/2003, *supracitado,* determina a *suspensão da pretensão punitiva do Estado*. Tem-se, sobre o tema, grande debate na jurisprudência[51] e na doutrina,[52] razão por que se precisa ter a matéria de modo tecnicamente claro.

50. "Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

51. Formaram-se basicamente três correntes na jurisprudência em relação aos efeitos do parcelamento: (a) para a primeira, não há extinção da punibilidade com o parcelamento do débito, devido à ausência de previsão legal; (b) para a segunda, extingue-se a punibilidade com o parcelamento; (c) para a terceira, enfim, o parcelamento implica suspensão da "pretensão punitiva estatal", até que o pagamento do débito seja realizado em sua totalidade.

52. Sobre o tema, sob um enfoque abrangente, v. RIOS, Rodrigo Sanchéz. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e também: DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a ordem tributária. 2.ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995, p. 158 e ss.; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Extinção da punibilidade e suspensão da pretensão punitiva nos crimes contra a ordem tributária: os efeitos penais do pagamento e do parcelamento e TANGERINO, Davi de Paiva Costa, PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Suspensão da pretensão punitiva estatal pelo parcelamento. In: TANGERINO, Davi de Paiva

07. Registre-se ser a posição pela "suspensão da pretensão punitiva", a partir da Lei 10.684/2003, aquela que deve prevalecer – como de fato tem prevalecido – na doutrina[53] e jurisprudência, como se vê nos julgados mais recentes dos Tribunais superiores no Brasil:

"1. Crime contra a ordem tributária (L. 8.137/90, art. 1.º, I c/c art. 71 CP): nos termos da L. 10.684/2003, *o parcelamento administrativo do débito fiscal determina a suspensão da pretensão punitiva e do lapso prescricional; somente com a quitação tem-se a extinção da punibilidade*. Precedentes. 2. *Habeas corpus*: indeferimento." – g. n.[54]

"Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Parcelamento do débito fiscal. Extinção da punibilidade. Não-ocorrência. Pagamento integral do débito. não-comprovação. 1. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *o parcelamento de débito tributário não é causa de extinção da punibilidade, mas sim de suspensão da pretensão punitiva estatal* durante o período em que o devedor estiver incluído no programa de parcelamento, conforme disposto no art. 9.º, *caput*, da Lei 10.684/2003. Precedentes. 2. Ordem denegada." – g. n.[55]

3.3 Da conclusão a que se chega

3.3.1 Em relação à tipicidade aparente

01. No que se refere ao processo de autos 023.07.122144-4, nota-se que o objeto da imputação se refere a débitos vencidos durante o período de

Costa, GARCIA, Denise Nunes (Coord.). *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 128-179.

53. CASTRO, Élcio Pinheiro de. O direito penal e os limites do parcelamento ou pagamento segundo a nova Lei 10.684/03. *RT* 830/448, 2004. No mesmo sentido: ESTELLITA, Heloísa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina na Lei 10.684/03. *Boletim IBCCrim* 130, set. 2003, p. 2-3; KIPPER, Celso. Breves considerações sobre o não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. *Estudos jurídicos*, v. 2, n. 1, Curitiba: Champagnat, 1995, p. 127-35.

54. STF, HC 90.591/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 27.02.2007, *DJ* 27.04.2007.

55. STJ, HC 94.027/SC, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 13.12.2007, *DJ* 11.02.2008.

janeiro de 1996 a abril de 1997 e, sendo assim, aplica-se a Lei então em vigor, que é a Lei 9.249/95.

02. Seu art. 34, *supracitado*, determina a extinção da punibilidade "quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia". A interpretação pacífica do e. STJ acerca do dispositivo foi no sentido de que o parcelamento do débito tributário extinguiria a punibilidade, resolvendo dissidência entre seus Ministros, por sua c. 3ª Seção, no julgamento do RHC 11.598.[56] Eis a ementa:

"Criminal. Recurso em habeas corpus. Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. Parcelamento anterior à denúncia. Desnecessidade do pagamento integral. Recurso provido. I. Uma vez deferido o parcelamento, em momento anterior ao recebimento da denúncia, verifica-se a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei 9.249/95, sendo desnecessário o pagamento integral do débito para tanto. II. Recurso provido para conceder a ordem, determinando o trancamento da ação penal movida contra os pacientes."

03. A isto, seguiram-se diversas decisões, todas no mesmo sentido, afirmando que "o parcelamento do débito fiscal deferido antes do recebimento da denúncia é causa extintiva da punibilidade dos agentes pelos crimes contra a ordem tributária, a teor do art. 34 da Lei 9.249/95",[57] ressaltando-se que é "desnecessário o pagamento integral do débito para tanto",[58] havendo diversos julgados subseqüentes: HC 9.909, REsp 197.365, HC 46.313, AgRgREsp 434.199, RHC 17.192, REsp 252.301, RHC 16.444.

04. Equivocada, portanto, a decisão do d. Juízo que às fls. 171 dos referidos autos suspendeu o processo e o curso do prazo prescricional "com fundamento no art. 9, § 1.º, da Lei n. 10.684/03", já que deveria ter sido *extinta a punibilidade* com fulcro no art. 34 da Lei 9.249/1995.

56. STJ, RHC 11.598/SC, rel. Min. Gilson Dipp, 3ª T., j. 8.05.2002, *DJ* 02.09. 2002.
57. STJ, REsp 834.378/MG, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 12.09.2006, *DJ* 06.11. 2006.
58. STJ, REsp 757.887/PR, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j.06.06.2006, *DJ* 01.08.2006.

05. Parece evidente que não há que se falar em fato *aparentemente típico*, para quem o acolhe, também em relação às notificações fiscais das quais decorrem as imputações que embasam os processos de autos 023.06.369965-9 e 023.06.379411-2; *desde, por elementar, que os débitos tenham sido efetivamente parcelados antes do recebimento da denúncia.*

06. O problema aqui é saber qual a natureza jurídica da precitada "suspensão da pretensão punitiva". Por evidente, isto é algo para ser resolvido no plano da teoria da ação.

07. Afinal, pela literalidade da lei (que usa um conceito inaceitável de "pretensão punitiva"), haveria, em verdade, uma *suspensão* do crime como um todo, pois preceito primário e preceito secundário não poderiam ser cindidos, razão por que ela não admitiria nada em relação ao crime e, assim, ao tipo, mesmo porque se o agente faz o *parcelamento* e paga, na realidade não deixa de recolher o tributo.

08. Seria inaceitável, ademais, dizer que o crime é formal e depois de consumado não ser aparentemente típico: aqui, pelo menos, é como se se permitisse que o agente *pagasse* depois da "aparente" consumação que não se dá porque ele parcelou e, voltando a pagar (e pagando tudo) leva à extinção da punibilidade. Em verdade, tudo indica, não "deixando de pagar", como exige o tipo.

09. Eis a razão pela qual se abre a hipótese para não se vislumbrar a *tipicidade aparente* (art. 43, I, do CPP). E, assim, a ação, no sentido processual, se exercida, deverá ser rejeitada.

3.3.2 Em relação à punibilidade concreta

01. Por outro lado, se possível se cindir os dois preceitos, parece evidente que a *suspensão da punibilidade* afasta – e isso é inegável em todos os sentidos! – a *punibilidade concreta* e, por evidente, não há ação (art. 43, II, do CPP), razão pela qual, se exercida a ação, deverá ser rejeitada.

02. A punibilidade concreta fica suspensa e não há condição da ação, na medida em que só se poderia falar na existência de um *caso penal* perante eventual inadimplemento ou, daqui em diante, com a eventual interrupção do pagamento parcelado.

03. Por certo, nunca houve direito de ação capaz de obter a tutela jurisdicional, o que obstaria o i. órgão ministerial em ver sua denúncia recebida (o ideal seria sequer ela ser oferecida) e eiva de nulidade a decisão que a recebeu.

3.3.3 Das providências a serem tomadas

01. Ora, *há uma diferença primária entre ação e processo* (conjunto de atos preordenados a um fim), sendo certo, no caso em apreço, que este não se deve instaurar nem de ofício, nem ser admissível o recebimento da ação. Por sinal, a par da questão técnica é evidente que se ter contra si um processo é, por si só, um fardo a ser carregado, e, de certa forma uma punição (Carnelutti),[59] como sabem todos.

02. Apenas no caso de o pagamento parcelado ser interrompido é que se poderá, enfim, provocar-se a atuação jurisdicional, o que se faz mediante o oferecimento de denúncia. Afinal, só se extingue o que já existe: aqui, porém, *não há nada*, estando suspensa a punibilidade.

03. Há indicativos, como visto, tanto

de que o parcelamento teria sido iniciado *antes* como *após* as decisões de recebimento da denúncia constantes dos autos em análise. Por evidente, altera-se a conclusão se o parcelamento vem a ocorrer no curso do processo devidamente constituído e desenvolvido. Neste caso, tem-se uma mera *suspensão do processo*, justo por ter o autor ação quando a exercitou.

04. Não havendo dúvida sobre a diferença entre ação e processo, deve ela ser entendida e preservada, em face dos desastrosos efeitos que a prática de atos sem sua observância produz.

59. V., entre outros: CARNELUTTI, Francesco. Crisi della giustizia penale. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1958, I; e *Lezioni sul processo penale*. 2.ed. Roma: Ateneo, 1949.

05. Assim, nas hipóteses concretas, em havendo recebimento das denúncias e sendo caso de evidente falta das condições da ação, todos os atos processuais praticados são nulos. Absolutamente nulos,[60] não só porque viciados enquanto atos da fase postulatória, mas também em razão de violarem o *due process of law* e, portanto, a Constituição da República.[61]

06. Para atacá-los, pode o Consulente, desde logo, impetrar *habeas corpus* perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, dado serem os Juízos dos processos, por evidente, as autoridades coatoras, e tendo por base o art. 5.º, LXVIII,[62] da CF/88, e os art. 647,[63] art. 648, VI,[64] e seguintes, do CPP.

07. Por outro lado, é certo que em se tratando de *nulidades absolutas*, podem ser os atos praticados revistos a qualquer tempo em razão de não incidir a preclusão *pro judicato*. Assim, se entender o Consulente (inclusive para proteger o Juízo e em função do tempo que se pode perder com o *writ*), pode-se requerer ao próprio juiz do processo que reveja a posição anteriormente tomada e declare a nulidade *ab initio* dos processos, com extinção dos efeitos da declaração à denúncia, com a conseqüente "suspensão da punibilidade", nos termos da lei.

Posto isto, não há dúvida sequer razoável de que, caso tenham sido os parcelamentos efetivamente iniciados antes das decisões de recebimento das denúncias,

60. BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba: Ministério Público, 1980, n. 09, Ano 09, pp. 189.

61. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 22.

62. "Art. 5.º, LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder."

63. "Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

64. "Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

VI – quando o processo for manifestamente nulo; (...)."

são estas manifestamente inadmissíveis, devendo ser declarada sua nulidade, uma vez que com cada uma se deu início a um processo sem que houvesse um *caso penal* e/ou o próprio *preenchimento* das condições da ação referentes à *tipicidade aparente* e *punibilidade concreta*, nos termos do art. 43, I e II, do CPP. Para tanto, pode o Consulente, se assim entender, impetrar *habeas corpus* perante o e. TJSC ou requerer, em nome dos seus clientes, aos próprios juízes dos processos, que declarem as nulidades *ab initio* e, de conseqüência, que determinem a "suspensão da punibilidade" na forma da lei.

Por singelo, é o parecer.

Curitiba, 22 de abril de 2008

4.3 Jurisprudência comentada

Reconhecimento da extinção da punibilidade pelo ressarcimento à vítima no estelionato comum

Luciano Anderson de Souza
Mestre e Doutorando em Direito Penal pela USP.
Professor Coordenador de Pós Graduação *lato sensu*
em Direito Penal da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.
Relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP.
Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP.
Coordenador-adjunto do Departamento de Cursos do IBCCRIM.
Advogado criminalista em São Paulo.

Área do direito: Penal-Processo penal

Breve resumo do acórdão comentado

A decisão judicial em destaque cuida-se de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ – relativo a recurso ordinário constitucional ofertado em face de julgamento de *habeas corpus* levado a efeito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A matéria de fundo refere-se a suposto crime de estelionato comum, ou básico, perpetrado em co-autoria. Um dos eventuais co-autores havia sido beneficiado anteriormente por outro *habeas corpus* julgado pela mesma corte estadual, onde se reconhecera a inépcia da denúncia concernentemente à sua exclusiva pessoa.

Neste sentido, o então (subseqüente) paciente – posteriormente, recorrente ordinário – pleiteou o reconhecimento da extinção da punibilidade no caso, alegando ter ressarcido a vítima do delito. Contudo, o Tribunal gaúcho

não acolheu o pedido e tampouco estendeu os efeitos do anterior julgado a este segundo paciente. Os argumentos lançados deram conta de que a matéria da causa extintiva da punibilidade aventada ainda é tormentosa na jurisprudência – sendo reconhecida apenas por minoria –, bem como que os autos não aclarariam *extreme* de dúvidas se de fato ocorrera dito ressarcimento. Ademais, entenderam os julgadores que a denúncia revelara descrição suficiente em relação ao co-autor novel impugnante.

Este paciente prejudicado por citado segundo *habeas corpus* recorreu a seguir ordinariamente ao Superior Tribunal de Justiça, renovando seu pleito perante esta corte. Importante salientar que na esfera estadual, o Ministério Público apresentou parecer[1] inteiramente favorável ao então paciente. Perante o Tribunal Superior, entretanto, o *parquet*, manifestando-se no sentido de que o ressarcimento do prejuízo à vítima no caso do estelionato básico apenas tem o condão de abrandar a pena – nos termos do art. 16 do CP –, opinou pelo parcial acolhimento do recurso, para fins de apenas declarar a inépcia da denúncia e anular-se o processo *ab initio*. Este, observe-se, foi o teor da decisão final, por maioria de votos. Dois ministros julgadores, todavia, acolheram a tese esposada pelo recorrente.

Comentários

A questão essencial que se põe no aresto em destaque é a de ser ou não o ressarcimento do prejuízo à vítima no estelionato comum – ocorrida antes do recebimento da denúncia – capaz de ensejar a extinção da punibilidade do agente, tal qual se dá por expressa disposição legal no caso dos crimes tributários[2] e previ-

1. Subscrito pelo procurador de Justiça Lenio Luiz Streck, o qual influenciou o voto do ministro relator no STJ.

2. Art. 34 da Lei 9.249/95, que estabelece: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia". Mister se faz observar que a Lei 4.729/1965 encontra-se revogada.

denciários.[3] E, por via de conseqüência, a discussão pode assumir maior relevo, caso se entenda positivamente, em relação a outras infrações penais de cunho patrimonial.

No presente estudo não vamos nos ater à questão da aplicabilidade ou não do reconhecimento da extinção da punibilidade após o recebimento da denúncia – perfeitamente percuciente diante da atual disciplina do parcelamento dos débitos tributários[4] –, pois a decisão analisada a tal não se detém. Não obstante, o temário em pauta já é suficientemente rico de conteúdo e sensibilizou parte dos julgadores, tendo havido, como já dito, dois votos favoráveis à tese apontada, ao final vencida. Sem embargo, o recorrente viu-se parcialmente beneficiado pelo reconhecimento de imperfeições formais na exordial acusatória, no que não há qualquer novidade e grande interesse a se pôr em destaque.

A novel tese judicialmente esposada – possibilidade de reconhecimento de extinção da punibilidade no caso de pagamento do prejuízo à vítima do estelionato comum, efetuado antes do recebimento da peça acusatória – é que salta aos olhos do jurista penal.

As causas extintivas da punibilidade são fatos ou acontecimentos jurídicos posteriores à prática infracional penal que afastam a pretensão punitiva estatal (*ius puniendi*), impedindo a persecução criminal ou tornando sem efeito a condenação sofrida.[5] Assim, por razões de certas contingências ou por motivos vários de

3. O § 2.º do art. 168-A, assim como o § 1.º do art. 337-A, ambos do Código Penal – e neste introduzidos pela Lei 9.983/2000 –, prevêem hipóteses de extinção da punibilidade pelo pagamento do débito ou prestação de informações à Previdência.

4. Cf. o art. 9.º da Lei 10.684/2006 e o alcunhado "REFIS III", que surgiu a partir da edição da MedProv 303/2006. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o pagamento do débito fiscal, levado a efeito sem o citado limite temporal, implica no reconhecimento da extinção da punibilidade. A respeito, v. ESTELLITA, Heloísa. "O parcelamento prevista na MedProv 303/2006 e a punibilidade nos crimes tributários", *Boletim IBCCRIM* 165, agosto de 2006, p. 14. Assim, caso se acolha o entendimento esposado no acórdão em comento, segundo entendemos, perfeitamente possível que se defenda o reconhecimento da extinção da punibilidade a qualquer tempo.

5. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Milennium, 2002, v. 3, p. 458; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 332.

conveniência ou oportunidade política, o Estado abdica de seu direito de punir.[6] O instituto ostenta, então, natureza jurídica mista, de cunho material e processual, estando regulado não apenas no Código Penal, mas também em outras leis.[7] Em face do fato de que o Direito almeja a Justiça, sendo um todo dotado de sentido, sua própria harmonização, objetivando-se a paz social, implica no reconhecimento de que as hipóteses legais de extinção da punibilidade não são *numerus clausus*, reconhecendo-se não apenas causas gerais[8] ou especiais expressas, mas também implícitas (ou informais) de extinção da punibilidade.[9]

É neste influxo que já há correspondente entendimento jurisprudencial para os casos de descaminho e de estelionato praticado mediante fraude no pagamento por meio de cheque, como veremos *infra*. No entanto, a mesma compreensão no que pertine ao estelionato comum afigura-se algo recente. Pouco antes do julgado ora em comento, a mesma corte judiciária – Superior Tribunal de Justiça –, por meio de sua Quinta Turma, rechaçara o específico entendimento referido por unanimidade,[10] reconhecendo apenas haver uma causa de diminuição de pena (art. 16 do CP) na hipótese do ressarcimento promovido em favor da vítima

6. Cf. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940.

7. Como Código de Processo Penal, Lei de Execuções Penais e legislação extravagante, além das citadas no texto. Cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 671-672; CANTON FILHO, *Causas especiais de extinção da punibilidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 70.

8. Art. 107 do CP.

9. CANTON FILHO, Fabio Romeu. *Op. cit.*, p. 111 e ss.

10. *HC* 61.928-SP, Relator ministro Felix Fischer, j. 04.09.2007, v.u., cuja ementa fixa: "Penal. *Habeas Corpus*. Art. 171, *caput*, do CP. Reparação do dano. Arrependimento posterior. Súmula 554 do Pretório Excelso. Aplicação do art. 34 da Lei 9.249/95. Impossibilidade. I – A reparação integral do dano, antes do recebimento da denúncia, no crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), autoriza, tão somente, o reconhecimento da causa de redução da pena prevista no art. 16 do CP. II – Na linha dos precedentes desta Corte, a reparação do dano, anteriormente ao recebimento da denúncia, não exclui o crime de estelionato em sua forma básica, uma vez que o disposto na Súmula 554 do STF só tem aplicação para o crime de estelionato na modalidade emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, § 2.º, VI, do CP. III – Inviável a aplicação do disposto no art. 34 da Lei 9.249/95 ao crime de estelionato. Ordem denegada".

anteriormente ao recebimento da denúncia – que é a compreensão tradicional do assunto, inclusive, como apontado, exposta no parecer ministerial ofertado perante o STJ no caso em destaque. Com o *decisium* em foco, parte dos ministros componentes da Sexta Turma encampa[11] a tese da extinção da punibilidade, o que se afigura uma novidade.

Antes de adentrarmos propriamente no conteúdo dos argumentos relativos ao acerto ou não da proposição sublinhada, cumpre brevemente noticiarmos o substrato histórico dessa discussão jurídica.[12] Em primeiro lugar, forçoso reconhecer que não há qualquer ineditismo na previsão legal de extinção da punibilidade em crimes de natureza fiscal, o que já se dera por expressa previsão normativa nos anos de 1960.[13] A partir desse período, inicia-se doutrinária e jurisprudencialmente a divergência concernente à extensão ou não da norma benéfica aos casos de contrabando ou descaminho. Houve idas e vindas da jurisprudência e da legislação,[14] até chegarmos à Lei 9.249/95, ora em vigor. Esta não se referiu a outras hipóteses a não ser a dos crimes definidos nas Leis 8.137/90 e 4.729/65. No entanto, tal qual ocorrera anteriormente, a doutrina passou a entender aplicável a causa extintiva ao contrabando ou descaminho, em razão de seu cunho fiscal, escorando-se no princípio constitucional da isonomia e na regra de que onde existe a mesma razão

11. A saber, ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura.

12. Referir-se-á, a seguir, às origens mais recentes da questão historicamente posta em termos de ordenamento nacional. Isto pois, remotamente, a composição como forma de solução de continuidade do procedimento criminal encontrava ampla aplicabilidade no Direito Penal visigótico. Sobre o interessante tema, v. BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, p. 118 e ss. Ainda, de se notar que no século XVI o jurista italiano Tiberius Decianus, um dos primeiros estudiosos a forjar uma incipiente teoria geral do delito, em sua formidável obra *Tratactus criminalis*, classificou as causas de extinção da punibilidade, apontando especificamente a indenização à vítima como tal. Cf. SCHAFFSTEIN, Federico. *La ciencia europea del derecho penal en la epoca del humanismo*. Trad. Jose Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1957, p. 116.

13. *Vide* arts. 2.º da Lei 4.729/65 e 18, § 2.º, do Dec.-lei 157/67.

14. A respeito, por todos, v. a criteriosa descrição e análise de Rui Stoco, *in* FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui (Coords.). *Código penal e sua interpretação:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1572 e ss.

"Recurso em sentido estrito. Extinção da punibilidade. Tentativa de furto. Decretada a extinção da punibilidade do réu com base no art. 5.º, *caput*, da CF/88, e art. 34 da Lei 9.249, de 26.12.1995, por analogia. Princípio da igualdade, insculpido no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, corretamente aplicado na espécie" (Processo 296026750 – Alvorada, RS. rel. Alfredo Foerster, 2ª Câmara, TACRIM-RS, 19.09.1996).

A seguir, em raciocínio similar, a Justiça gaúcha, tendo como relator o magistrado Amilton Bueno de Carvalho, aplicou pela primeira vez o entendimento a um caso de estelionato comum, ou básico, escorando-se uma vez mais no jurista Streck:[21]

"Estelionato. Ônus da prova. No estelionato, mesmo que básico, o pagamento do dano, antes do recebimento da denúncia, inibe a ação penal. O órgão acusador deve tomar todas as providências possíveis para espancar as dúvidas que explodam no debate judicial, pena de não vingar a condenação (Magistério de Afrânio Silva Jardim). Lição de Lenio Luiz Streck: os benefícios concedidos pela Lei Penal aos delinqüentes tributários (Lei 9.249/95, art. 34) alcançam os delitos patrimoniais em que não ocorra prejuízo nem violência, tudo em atenção ao princípio da isonomia. Recurso provido para absolver o apelante" (Textual, em 25.09.1997).

O entendimento objeto da presente análise, assim, ganha corpo a partir da vanguardista doutrina e jurisprudência do Rio Grande do Sul, origem, inclusive, do caso concreto em análise.[22]

Os argumentos favoráveis à hipótese de extensão do benéfico reconhecimento da extinção da punibilidade no caso de ressarcimento do prejuízo efetuado pelo autor do delito em benefício de sua vítima, antes do recebimento da peça acusatória, no caso do estelionato comum (ou mesmo em outros crimes

21. STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri:* símbolos e rituais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pp. 59-63.

22. O qual, como apontado *supra*, contou com parecer ministerial de STRECK perante a Corte gaúcha.

patrimoniais[23] perpetrados sem violência, como visto acima), assentam-se principalmente no fato de que se nos crimes tributários, nos quais o bem jurídico tutelado é transindividual, tal pode ocorrer, não seria razoável que no caso do estelionato não, por força da principiologia constitucional. E, ademais, em face da mesma razão deve haver o mesmo direito. Por fim, uma vez alcançada a pacificação social por meio menos gravoso, nenhum sentido haveria em se lançar mão do aparato repressivo criminal. A tese contrária, ora vencedora, delimitada pelo voto divergente prolatado pela Sexta Turma do STJ, entretanto, assim não concorda.

Forçoso desde já esclarecer que a posição despontada pelo ministro relator – na esteira do pensamento de Lenio Luiz Streck –, em que pese por ora vencida, afigura-se a correta.[24] Senão vejamos:

O fenômeno jurídico há de ser apreendido como um todo, não segmentado, e conforme o entorno social a ele relativo. Diante de uma valoração fática, o legislador insculpe a norma[25] penal. Desse modo, o contexto histórico, cultural e ideológico do grupo social vem a influenciar diretamente este movimento de criação (e, por conseguinte, de modificação) do Direito. De modo análogo, para consagrar efetivamente o interesse coletivo, o julgador penal deve contextualizar sua valoração do fato concreto no momento de aplicação da lei penal. E, fundamentalmente, este último jamais deve olvidar da visão geral sistêmica do Direito, isto é, do ordenamento jurídico.[26]

23. Neste sentido, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Op. cit.*, pp. 63 e ss. e 123 e ss.

24. Aliás, intrigante que não haja grande divergência para os casos apontados – contrabando ou descaminho e estelionato por meio do cheque – e, no caso do estelionato comum, sim. Isto pois, em geral, os argumentos utilizados para se rechaçar a extensão do benefício calcam-se na suposta impossibilidade decorrente da taxatividade da lei, da inexistência de lacuna e da ausência de mesma *ratio*, *etc.*

25. Sobre o fenômeno jurídico como um todo, cf. REALE, Miguel: "A *norma*, por exemplo, representa para o jurista uma integração de fatos segundo *valores*, ou, por outras palavras, é expressão de valores que vão se concretizando na condicionalidade dos *fatos histórico-sociais*". *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 510.

26. Neste sentido, cf. REALE JÚNIOR, Miguel: "Mas as normas não são como mônadas isoladas, pois integram um conjunto normativo, cumprindo examiná-las nas relações existentes

Em um primeiro momento, *e.g.*, ao erigir à categoria de crimes, cominando significativas penas privativas de liberdade,[27] condutas atentatórias à ordem tributária, o legislador penal cristalinamente indica ao cidadão que este é um caro valor considerado. No entanto, posteriormente, por meio do art. 34 da Lei 9.249/95, quando estabelece que o pagamento do tributo extingue a punibilidade, caso ocorrido antes do recebimento da denúncia, o mesmo órgão produtor normativo culmina por deixar perplexo o intérprete, já que algo que parecia tão grave pode ser relevado tão facilmente, de forma que indica tão-somente que o Direito Penal está apenas a ser utilizado de forma fiscalista, para fomentar a arrecadação tributária.[28] De todo modo, muito embora este art. 34[29] do diploma citado enseje grandes questionamentos acerca da legitimidade do Direito Penal Econômico,[30] a serem debatidos em outros estudos,[31] o fato é que ele é plenamente vigente, válido e eficaz, produzindo conseqüências na apreensão do ordenamento penal pátrio. Dito de outra forma, para além de descortinar a perversidade estatal criminal em matéria tributária, o dispositivo em comento gera conseqüências na interpretação do fenômeno jurídico-penal como um todo.

O Direito não é compartimentalizado, e sim sistêmico, como apontado, escorado em valores essenciais insculpidos no diploma fundamental, que é na

entre elas e o próprio conjunto a que pertencem, pois é desta análise que se poderá defluir o seu significado". *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, V. I, pp. 89-90.

27. Como de dois a cinco anos de reclusão.

28. Cf. MACEDO, Sérgio do Rego e FRAGOSO, Heleno Cláudio – citados por Manoel Pedro Pimentel –, para os quais tal postura legislativa seria imoral. *Apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 220-221. Cf., também, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Op. cit.*, p. 65.

29. Luciano Feldens entende-o inconstitucional, por suposta violação ao princípio da isonomia, com o que não concordamos. Sendo norma benéfica em sistema democrático e liberal, o que parece se afigurar correto é seu reflexo em prol da liberdade humana em outras situações. *Apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Op, cit.*, p. 66 e ss.

30. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 172 e ss.

31. Trata-se do exato tema de pesquisa que estamos desenvolvendo em Doutorado na Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Miguel Reale Júnior.

hipótese a Constituição da República, de 1988. Esta adota o Estado Democrático de Direito, e, como conseqüência, sua tônica repressivo-criminal é mesmo aquela construída a partir dos ideais da Ilustração, qual seja, a de que o Direito Penal deve ser encarado como um limite ao poder do Estado, sendo a liberdade a regra a ser cuidadosamente cerceada por meio de claras normas, respeitando-se caros princípios.[32]

Não é por outro motivo que: a) regra restritiva interpreta-se restritivamente, b) aplica-se a analogia apenas *in bonam partem* no Direito Penal; c) os princípios da intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade[33] devem pautar não só o legislador mas principalmente o aplicador da lei penal; d) na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum (art. 5.º da LICC).

Destarte, em primeiro lugar, bem se vê que a norma repressora deve sempre ser interpretada com reservas, e, porque não dizer, com uma postura ideológica liberal.[34] Esta é a lógica de nosso sistema. Imbuídos dessa racionalidade, deve-se analisar as normas incriminadoras em foco.

O delito de estelionato comum tem como bem jurídico tutelado o patrimônio, que é de pessoa certa e determinada. Possui, então, eminentemente, caráter individual. Ademais, o tipo objetivo não prevê o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.[35] A sanção penal abstratamente fixada é a de reclusão de um a

32. Sobre o tema, já tivemos oportunidade de tratar em: SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 37 e ss.

33. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 82 e ss. e 155 e ss.

34. Tratando da ideologia na Constituição de 1988, cf. REALE, Miguel: "Nenhuma teoria como a do social-liberalismo, que está na base da Carta Magna vigente, reflete o fenômeno da inegável convergência das ideologias, que devemos respeitar, ficando a salvo, porém, o princípio fundamental da liberdade individual e de seus dois corolários essenciais: a livre iniciativa, no domínio econômico; e a autonomia da vontade na ordem jurídica". *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

35. O que poderia nos levar a sopesar a reprovação da conduta comparativamente aos crimes fiscais.

cinco anos, e multa. Por sua vez, os crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.137/90, por exemplo, tutelam o Erário, isto é, o patrimônio público,[36] ou, conforme observa Heloisa Estellita Salomão, a arrecadação tributária, compreendida como um "(...) instrumento de formação de receita pública e de consecução e implemento das metas socioeconômicas definidas através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais (...)".[37] Em face da tônica ser o atingimento da coletividade social em suas necessidades básicas, ou essenciais, isto é, na estrutura mínima capaz de fomentar a prevalência do contrato social, estamos diante de um caro interesse difuso, ou *supra*-individual.[38] Do mesmo modo que ocorre no crime de estelionato, não há qualquer referência a violência ou grave ameaça na descrição típica. A norma secundária correspondente estatui a pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa.

36. Cf. PRADO, Luiz Regis: "O legislador, na cunhagem dos tipos contidos na Lei 8.137/1990 tutela o Erário (patrimônio da Fazenda Pública) não no sentido simplesmente patrimonialista (ou individualista), mas sim como bem jurídico supra-individual, de cunho institucional. Tem por escopo proteger a política socioeconômica do estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades. Assim, essa concepção de Fazenda Pública como bem jurídico protegido implica também a 'diminuição das possibilidades de o Estado levar a cabo uma política financeira e fiscal justa'. A idéia de bem jurídico mencionada não se vincula de per si à função cumprida pelo tributo". *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 407-408. V., ainda, ressaltando o sentido público na tutela em comento, em face do prejuízo sofrido pela coletividade diante do crime fiscal, RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 50: "a justificação do crime fiscal encontra-se no fato de que a conduta delituosa, além de causar um prejuízo imediato à integridade patrimonial do Erário Público (lesando a função pública de arrecadação), acaba por atingir o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos na contribuição da manutenção dos gastos públicos. Esse bem jurídico, 'representado' nas funções que o tributo deva exercer de acordo com os dispositivos constitucionais, justifica amplamente sua incriminação". Sobre o tema, cf., também, o interessante trabalho de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 370 e ss.

37. SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

38. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121 e ss.; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 99 e ss.; SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 112 e ss.; SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Op. cit.*, p. 173 e ss.

Diante dessa confrontação de caracteres, fácil concluir que o delito de sonegação fiscal é mais grave, visto que ofende a bem jurídico patrimonial de sensível cunho coletivo – alcance ofensivo mais amplo – e possui pena maior. Não obstante, o ressarcimento (não apenas anterior à denúncia, conforme posição do Excelso Pretório) implica na extinção da punibilidade! E a despeito de maiores fundamentações jurídicas, já de antemão, verificada essa simples confrontação, não desponta assim razoável que em crime menos grave (já que o alcance ofensivo e a pena são menores), também de cunho patrimonial, ainda sem violência ou grave ameaça, assim não fosse.

Sem embargo, todo arcabouço sistêmico endossa o que a sensibilidade, lastreada em simples constatações, indica.

A essência da justificação ao mesmo tratamento benéfico para a hipótese do estelionato comum nos termos aventados encontra-se no princípio constitucional da isonomia. Diante do pretendido tratamento legislativo diferenciado aos crimes tributários, o intérprete deverá perquirir-se se a diferenciação é razoável, uma vez aproximadas as situações, sopesando-se o bem jurídico penalmente tutelado em cada qual. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente tratamento diferençado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional".[39]

Ora, uma vez verificado que a liberdade é a regra em nosso sistema jurídico, consoante o texto constitucional, assim como que a tutela penal de um essencial interesse público sobrepõe-se a de um interesse particular, não há qualquer sentido lógico em se tratar mais favoravelmente o autor de um crime tributário que o autor

39. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pp. 53-54.

de mero estelionato comum. O critério distintivo inverte a razoabilidade, prejudicando este último com posicionamento cerceador por conduta fundamentalmente menos gravosa, aproximada à outra pela natureza de fatos típicos e antijurídicos vilipendiadores do patrimônio alheio, perpetrados sem qualquer violência ou grave ameaça. A distinção da natureza do patrimônio público, num caso, e privado, no outro, justificaria – conforme os interesses acolhidos no sistema constitucional – o tratamento mais cerceador no primeiro caso. Ocorre que o legislador fixou exatamente o oposto, o que não pode ser aceito.

Destarte, ancorando-se no princípio constitucional da isonomia – art. 5.º, *caput*, da CF/88 –, deflui-se que a distinção legal não pode prevalecer em desfavor, *v.g.*, do autor do crime de estelionato comum.

Ademais, como apontado por Stoco,[40] onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi idem jus statuendo*). O voto divergente prolatado, entretanto, entende que tal não se dá, referindo-se que "não estamos cuidando da mesma situação e da mesma razão", não desenvolvendo seu argumento. Com o devido respeito, de fato a situação não é exatamente a mesma, pois senão não haveria qualquer dúvida, mas a razão sim. E qual a razão? Esta é o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo ressarcimento perpetrado pelo ofensor em favor da parte lesada num crime de contorno patrimonial levado a efeito sem qualquer violência ou grave ameaça.

No que diz respeito à analogia, leciona com precisão Miguel Reale Júnior:

"No plano jurídico a razão suficiente da norma, a sua *ratio*, é a razão determinante de sua existência, o motivo pelo qual submete um fato a uma determinada disciplina. A analogia se justifica, para estender a disciplina de um caso regulado a outro não regulado similar, se esta similitude se dá naquilo que é a razão suficiente em função da qual o caso está sujeito àquela disciplina. Assim diz Bobbio ser

40. *Op. cit.*, p. 1.573.

legítimo estender-se a norma de um caso regulado a outro não regulado '*quando o segundo tem em comum com o primeiro a 'ratio legis*'".

"Assim, a analogia é uma forma de preenchimento de lacuna por autointegração, pois a partir de um comportamento regulado estende-se a outro não regulado a regra disciplinadora do primeiro ao segundo, em virtude de serem juridicamente similares. Justifica-se, então, que mesmo sem ser regulado, este fato deve se submeter, por sua semelhança, à idêntica disciplina imposta ao que lhe é semelhante. A semelhança, diz Engisch, é o eixo do raciocínio analógico".[41]

Por certo que há uma lacuna legislativa *in casu*: estatuiu-se que em crimes tributários (e previdenciários) o pagamento do tributo – a princípio efetuado antes do recebimento da denúncia – extingue a punibilidade do agente e em caso, por óbvio, diverso, mas similar, não. E a razão de ser é o estímulo ao ressarcimento do prejuízo sofrido pelo sujeito passivo com a prática delitiva, obstando-se, em troca, o prosseguimento do dispendioso e infamante aparato repressivo criminal.[42] Assim, a analogia *in bonam partem*, inquestionavelmente incidente em matéria penal, revela-se producente na hipótese.[43]

41. *Op. cit.*, p. 93. Ainda, v. as interessantes observações de Carlos Maximiliano, as quais corroboram o raciocínio aqui empreendido: "Funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na vontade presumida do legislador, e, sim, no principio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes; neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito". MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 171.

42. Além disso, como aponta ROSENTHAL, Sérgio: "(...) a reparação do dano causado pelo crime é suficiente ao restabelecimento da paz jurídica, ao mesmo tempo em que supre a ressocialização do autor do fato e não subverte a finalidade preventiva da pena". *Op. cit.*, p. 9. Tal argumento, frise-se, é apontado no *decisium* por meio de citação da obra de Claus Roxin.

43. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel: "Mas a analogia não está absolutamente vedada em matéria penal, podendo ser acolhida com relação às causas de justificação e eximentes. Por exemplo nos crimes contra o patrimônio há isenção de pena se o agente praticar o fato em prejuízo de cônjuge, na constância da sociedade conjugal. A razão de ser desta dirimente está no reconhecimento pelo legislador de que o valor da família e da união conjugal supera o patrimônio". *Op. cit*, p. 96.

Dessa maneira, a tese em comento, pela primeira vez parcialmente acolhida[44] por um Tribunal Superior, encontra plena procedência em face do manejo interpretativo de nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o discurso de resistência a tal posicionamento garantista[45] decorre da visão positivista[46] e conservadora de nossas instâncias formais de controle social, muito influenciadas por um discurso ideológico amplamente difundido,[47] inclusive em termos midiáticos.[48] No entanto, a resistência a qualquer posição benéfica ao acusado criminal por conta desse tipo de discurso repressivo queda facilmente em face de uma análise científica mais acurada.[49] Aliás, frise-se que a cientificidade não se faz pela busca ou apego a supostos dogmas absolutos, mas sim, e destacadamente no caso das ciências humanas – como o Direito –, pela confrontação de argumentos[50] e valores, os quais têm como valor-fonte o ser humano.[51]

Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I.* Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

44. Cf. magistério proferido pelo Professor Luiz Carlos Azevedo na Faculdade de Direito da USP, a força da jurisprudência encontra-se no voto vencido, que, com sua inovação e perseverança, pouco a pouco, vem a modificar velhos conceitos e entendimentos, não mais condizentes com nossa realidade.

45. FERRAJOLI, Luigi. *Direito penal e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 277 e ss.

46. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. "Imputação objetiva e direito penal brasileiro". *Boletim IBCCRIM* n. 107, outubro de 2001, pp. 7-9; CANTON FILHO, Fabio Romeu. *Op. cit.*, p. 115 e ss.; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 311.

47. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op. cit.*, p. 153 e ss.

48. CARVALHO, Natália Oliveira de. Trial by media: o sistema penal é a pauta!. *Boletim IBCCRIM* 185, abril de 2008, pp. 4-6.

49. GOMES, Mariângela Magalhães. *Op. cit.*, pp. 228-229.

50. Em termos metodológicos não meramente lógico-racionais aristotélicos, mas que considerem também a dialética, a comunicação lingüística dos envolvidos, *etc.* Sobre o tema, cuidamos em SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 161 e ss.

51. REALE, Miguel. *O estado democrático...*, cit., pp. 3 e 99 e ss.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM* 107, outubro de 2001, pp. 7-9.

CANTON FILHO, Fabio Romeu. *Causas especiais de extinção da punibilidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO, Natália Oliveira de. Trial by media: o sistema penal é a pauta!. *Boletim IBCCRIM* 185, abril de 2008, pp. 4-6.

DELMANTO, Celso *et al. Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ESTELLITA, Heloísa. O parcelamento prevista na MP 303/06 e a punibilidade nos crimes tributários, *Boletim IBCCRIM* 165, agosto de 2006, p. 14.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui (Coords.). *Código penal e sua interpretação:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Milennium, 2002, V. III.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1995, V. I.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias.* São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, V. I.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal.* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

ROSENTHAL, Sérgio. *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano.* São Paulo: Dialética, 2005.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SCHAFFSTEIN, Federico. *La ciencia europea del derecho penal en la epoca del humanismo.* Trad. Jose Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1957.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal.* Rio de Janeiro: Lumen, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito penal supra-individual*: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Anexo – Inteiro teor do Acórdão comentado

RHC 21.489/RS – 6.ª T. – STJ – j. 16.10.2007 – v.u. – rel. Min. Nilson Naves – *DJE* 24.03.2008 – **Área do Direito:** Penal-Processo Penal.

RHC 21.489 – RS (2007/0140580-7).

Relator: Min. Nilson Naves.

Recorrente: Ari Gonçalves Couto – advogado: Henrique Lemanski.

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Ementa: Estelionato (CP, art. 171). Denúncia (defeito/impropriedade formal). Prejuízo (pagamento). Punibilidade (extinção).

1. É defeituosa a denúncia em que se não expõem, às claras, as diversas participações no fato – estelionato.

2. Caso em que, quanto à formalidade, decidiu a Turma unanimemente.

3. O pagamento da denominada vantagem ilícita antes do recebimento da denúncia é causa de extinção da punibilidade. Inteligência e aplicação analógica de textos como os dos arts. 34 da Lei 9.249/95 e 9.º da Lei 10.684/2003, bem como o da Súm. 554/STF.

4. Caso em que, quanto à extinção da punibilidade, o Relator ficou vencido.

5. Recurso ordinário provido em parte – imperfeição formal da denúncia –, com extensão da ordem.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 6.ª T. do STJ, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, com extensão ao co-réu, Ari Moretto Leal, nos termos do voto do Sr. Ministro relator. Os Srs. Ministros relator e Maria Thereza de Assis Moura deram provimento em maior extensão. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Carlos Mathias (Juiz conv. do TRF-1.ª Reg.) votaram com o Sr. Ministro relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Nilson Naves.

Brasília, 16 de outubro de 2007 – NILSON NAVES, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Nilson Naves:* O *habeas corpus* em favor de Ari Gonçalves Couto – foram três os denunciados por estelionato, na comarca de Porto Alegre – foi assim relatado no Tribunal de Justiça (5.ª Câm. Crim., em 18.04.2007):

"Conforme a inicial, houve concessão de ordem em *habeas corpus*, com relação a um dos acusados para trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia – denúncia pela prática do delito de estelionato. Alega ser inepta a denúncia por não descrever, pormenorizadamente, o fato imputado ao paciente. Entende impossível declaração de inépcia parcial da denúncia. Requer, outrossim, a aplicação da Súm. 554, do STF, que conclui pela inexistência de ilícito se o débito da relação comercial, é adimplido antes do oferecimento da denúncia. Requer, liminarmente, a suspensão de audiência de interrogatório em que será inquirido o paciente e, ao final, a concessão definitiva da ordem com o trancamento da ação penal com relação a todos os co-denunciados."

Votou assim o relator, acompanhando unanimemente:

"Primeiro: a decisão proferida por este órgão no HC 70018494013, alcançou apenas o paciente Marcelo – o autor do pedido – como se vê do corpo daquele acórdão.

E tudo se deu porque a Câmara entendeu que, em relação a ele, a denúncia é inepta ao não descrever com a precisão devida a conduta do paciente.

No entanto, não se decretou inépcia em relação ao paciente – por extensão – simplesmente porque em relação a ele houve descrição bastante. A leitura da denúncia demonstra que foram condutas diversas (a do paciente e a de Marcelo) praticadas: uma bem descrita e outra não.

Assim, o resultado foi a decretação da inépcia em relação a Marcelo e tão somente em relação a ele.

Segundo: no que atine a eventual pagamento do débito antes do oferecimento da denúncia, ao contrário do que diz o paciente, a tese foi enfrentada no acórdão. E o fez em relação a Marcelo – era ele unicamente o paciente (ver f.).

Agora a matéria vem a debate em relação ao ora paciente.

Todavia, a ordem não é concedida em nível de *habeas corpus* porque *a)* a matéria (extinção da punibilidade, pelo pagamento, em crimes de estelionato, tipo básico) é ainda tormentosa na jurisprudência – aliás, a maioria entende que dito pagamento não inibe a propositura da ação penal (repito: não se cuida de estelionato via cheque sem fundos), e, *b)* o processo não deixa claro, ao menos para o momento do *habeas*, que efetivamente houve pagamento relativo à transação descrita na denúncia (o termo de acordo de f., é mera cópia não autêntica, sem reconhecimento de que os firmatários são efetivamente representantes da vítima).

É de notar que a denúncia imputa ao paciente ter dado garantias falsas em contratos que celebraram.

Assim, a ordem não oferece condições de acolhida.

Diante do exposto, denega-se a ordem."

Subiram os autos ao Superior Tribunal com este pedido:

"Ante ao exposto, aguarda o recorrente seja recebido e procedimentado seu recurso ordinário constitucional, para no final o mesmo ser provido quanto ao seu mérito, com a conseqüente rescisão da ilegal decisão de mérito do recorrido, com extensão do benefício ao outro réu, Ari Moretto Leal, e a determinação do imediato trancamento da ação penal em reconhecimento da extinção da punibilidade."

Parecer ministerial pelo provimento, em parte, do recurso ordinário, conforme esta ementa:

"O ressarcimento do prejuízo causado à vítima, no caso de estelionato, ainda que antes do recebimento da denúncia, não é causa de extinção da punibilidade, servindo, quando muito, para abrandar a pena, nos termos do art. 16, do CP. Precedentes.

A Súm. 554-STF somente se aplica à modalidade prevista no art. 171, § 2.º, VI, do CP – pagamento mediante cheque sem provisão de fundos – o que não é a hipótese dos autos, pois ao paciente se imputa o estelionato básico.

A denúncia, todavia, não descreve em que consistiu a participação ou contribuição do paciente para o estelionato, ou seja, para a indução das empresas vítimas em erro, mediante ardil, artifício ou fraude para obter vantagem ilícita.

Parecer pelo provimento parcial o apelo, concedendo-se parcialmente a ordem para, em relação ao paciente, declarar a inépcia da denúncia, anulando-se o processo *ab initio*."

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Nilson Naves* (relator): Estou recolhendo do parecer de Zélia Gomes, ilustre Subprocuradora-Geral da República, estes excertos:

"O ressarcimento do prejuízo causado à vítima, no caso de estelionato, ainda que antes do recebimento da denúncia, não é causa de extinção da punibilidade.

Serve, quando muito, para abrandar a pena, nos termos do art. 16, do CP.

A Súm. 554-STF somente se aplica à modalidade prevista no art. 171, § 2.º, VI, do CP – pagamento mediante cheque sem provisão de fundos – o que não é a hipótese dos autos, pois ao paciente se imputa o estelionato básico.

Neste sentido, colhem-se decisões dessa Augusta Corte.

(...).

Impossível, no caso, o trancamento da ação penal por falta de justa causa, diante do ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denúncia.

Penso, todavia, que a denúncia é inepta, visto que não descreve em que consistiu a participação do paciente no evento criminoso valorado como estelionato.

A única conduta expressamente atribuída ao paciente foi a aquisição das quotas da Cassel Alimentação Industrial Ltda., colocando 90% em nome de Ari Moretto Leal e 10% em nome de Jeorgina da Silva, esposa de Ari Moretto Leal, já que tinha seu nome constante no Serasa.

Dita conduta, *data venia*, não se amolda ao tipo previsto no art. 171, do CP, assim descrito:

(...).

Não há notícia de que os antigos proprietários da Cassel Alimentação Industrial Ltda. tenham sofrido qualquer prejuízo pelo fato de suas cotas terem sido colocadas em nome de outras pessoas, que não o próprio adquirente, ora paciente.

Após o fato acima referido, único imputado ao ora paciente, a denúncia passa a descrever condutas atribuídas aos representantes legais da Cassel Alimentação Industrial Ltda., como se observa do seguinte excerto:

(...).

A denúncia, como se vê, não descreve em que consistiu a participação ou contribuição do paciente para o estelionato, ou seja, para a indução das empresas Alimur Alimentos do Uruguay Ltda. e Indústrias Harineras S/A em erro; não aponta que ardil, artifício ou fraude foi utilizado pelo paciente para obter vantagem ilícita, se os contratos foram firmados pelos representantes legais da Cassel, que, segundo a denúncia, também ofereceram as garantias.

À vista do exposto, opina-se pelo provimento parcial o apelo, concedendo-se parcialmente a ordem para, em relação ao paciente, declarar a inépcia da denúncia, anulando-se o processo *ab initio*."

Propõe a parecerista, pelo visto, solução assemelhada à que já teve, na origem, o denunciado Marcelo, confiramos o acórdão estadual:

"Assim, por não descrever pormenorizadamente o fato imputado ao paciente, inepta a denúncia em relação a ele, o que impõe o trancamento da ação penal respectiva.

Não se acolhem as razões do impetrante – trancamento da ação penal por força de prévio acorde entre o réu e a vítima – porque não se sabe se os cheques constantes do acordo de pagamento são os mesmos referidos pela denúncia – que, por não os explicitar, é inepta.

Com estas considerações, concede-se a ordem para determinar o trancamento da ação penal a que responde o paciente pela inépcia da denúncia.

Finalmente, registro que a ação penal seguirá contra os demais denunciados."

2. Há, porém, quem sustente tratar-se de caso de extinção da punibilidade, conforme sustentou, no parecer para o Tribunal de Justiça, o Ministério Público, pela palavra do Procurador Streck, nestas passagens:

"O caso é de extinção da punibilidade, não devendo a ação proposta continuar.

Com efeito, conforme consta do termo de acordo celebrado entre réus e vítima, houve o pagamento dos valores indevidamente obtidos: a vantagem ilícita foi desconstituída, tendo sido o dano reparado antes que fosse recebida a denúncia. Conforme consta dos autos, o acordo foi celebrado em 10.01.2006, tendo sido oferecida a denúncia apenas no mês de junho do mesmo ano.

(...).

Extinta, portanto, a punibilidade, nos termos da Súm. 554 do STF (que, muito embora editada antes da nova parte geral do Código Penal, permanece aplicável, segundo entendimento da própria Corte e do STJ), uma vez que os acusados ressarciram a vítima antes do recebimento da denúncia.

Ainda que a jurisprudência seja do entendimento de que somente estaria extinta a punibilidade quando a conduta estiver capitulada no art. 171, § 2.º, VI, do CP (e não na figura do *caput*), tenho que não devem ser distinguidos os com-

portamentos, até porque os desdobramentos da ofensa são os mesmos: o posterior ressarcimento da vítima (antes do recebimento da denúncia) com a conseqüente ausência de prejuízo patrimonial.

Agrego ser muito mais evidente a ausência de motivo para distinção se consideramos que os arts. 34 da Lei 9.249/95 e 9.º da Lei 10.684/2003 conferem benesses semelhantes para casos muito mais graves, onde é lesado bem jurídico como a ordem tributária, de índole transindividual.

Entendendo, aliás, pela extinção da punibilidade para os crimes de estelionato e de furto tentado, com aplicação analógica da Lei 9.249, semelhantes casos foram julgados no TARS:

(...).

Por fim, embora a alegação pudesse ter sido feita em sede de embargos declaratórios, a extinção da punibilidade deve ser reconhecida a qualquer tempo, por disposição expressa do art. 61 do CPP. Assim sendo, plenamente cabível o presente pedido para o reconhecimento da extinção da punibilidade e, por esse motivo, impositivo o trancamento da ação penal.

Face o exposto, o parecer é pela concessão da ordem, determinando-se o imediato trancamento da ação penal proposta contra o paciente."

Eis como estão redigidos os mencionados arts. 34 e 9.º:

"Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

"Art. 9.º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento."

Ocorrem-me a mim igualmente bem apropriadas lembranças, principalmente a do art. 34, por isso é que estou indo ao segundo parecer do Procurador Streck, oferecido após a interposição do recurso ordinário, dele colhendo estes tópicos:

"Há que se indagar: se o indivíduo que sonegou milhões de reais não responde pelo crime de sonegação caso pague o valor sonegado antes do recebimento da denúncia, por que não dispensar o mesmo tratamento a alguém que comete um delito contra o patrimônio, sem violência, na hipótese da vítima não sofrer prejuízo (por devolução ou restituição dos bens/valores)?

E é nesse contexto se encontra o caso dos autos. Com efeito, e aqui reitero o parecer já lançado às f., conforme consta do termo de acordo celebrado entre réus e vítima, houve o pagamento dos valores indevidamente obtidos:

(...).

Entendo, em verdade, que existe uma isonomia no plano dos fatos.

E, por isso, insisto: se é justo/legal/constitucional que o sonegador de impostos beneficie-se da mesma *ratio* que deu origem à Súm. 554 do STF, então que se estenda o mesmo benefício aos demais delitos contra o patrimônio, em clara obediência ao art. 5.º, da CF/1988, que estabelece o princípio da igualdade de tratamento dos cidadãos perante a lei. Dito de outro modo, se é dado ao legislador ordinário fazer leis absolutamente discriminatórias, cai por terra o princípio da isonomia.

(...).

Agregue-se, por fim, que a aplicação analógica do art. 9.º da Lei 10.684/2003 é exatamente a aplicação da principiologia constitucional ao caso concreto, proporcionando, desse modo, que se alcance, no caso *sub judice*, a resposta correta (*the right answer*). A interpretação e reconstrução do direito (a integridade e a coerência de que fala Dworkin, imbricadas com a fenomenologia hermenêutica), em uma filtragem hermenêutico-constitucional, aponta para isso. O sistema jurídico não pode tratar desigualmente situações idênticas. Mais do que isto, o sistema não

pode tratar com mais rigor o cidadão que emitiu cheques alheios ou que furtou do que o cidadão que sonegou tributo, delito de índole transindividual.

Impõe-se, pois, a aplicação (analógica) dos já mencionados arts. 34 da Lei 9.249/95 e 9.º da Lei 10.684/2003 e, ainda, da inteligência da Súm. 554 do STF, que traz a análise também para os delitos de feição individual: condenação alguma poderia ser lançada, visto que a punibilidade estaria extinta."

Como estou, entre os dois pareceres – federal e estadual –, colocando-me em conformidade com o estadual (do Procurador Streck), recordo então a ementa que escrevi para o REsp 660.944 (*DJ* 22.11.2004): "Estelionato. Cheque pré-datado de conta encerrada. Prejuízo reposto. Acórdão absolutório (CPP, art. 386, III). Não-ocorrência de violação do disposto no art. 171 do CP. Dissídio não-configurado. Acórdão assentado em mais de um fundamento suficiente (Súm. 283/STF). Pretensão inadmissível de reexame de prova (Súm. 7/STJ). Recurso especial não-conhecido." Tratava-se, pelo visto, da hipótese do *caput* do art. 171, não da do inc. VI do § 2.º, tratou-se, ainda, de caso que teve a incidência de súmulas técnicas. Não obstante o desfecho que lhe dei – acolhido pela Turma –, o caso mexeu com as minhas idéias, ocorrendo-me que a melhor das soluções era mesmo a encontrada pelo acórdão local – absolvição. Relembro, então, tópico do acórdão por mim transcrito naquele voto:

"três – o prejuízo foi reposto pelo acusado antes mesmo do oferecimento da denúncia – mediante entrega de um veículo em pagamento do cheque.

A Câmara também pacificou que paga, em tais circunstâncias, outra vez inibe a ação penal – inexistência de prejuízo. Relembro o precedente 70007036718, julgado em 19.11.2003, de minha relatoria:"

E mais: além do brocardo – onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*) –, a Ministra Maria Thereza, dando ali aplicação ao mesmo art. 34 da Lei 9.249, disse, no HC 48.805 (sessão de 03.05.2007), que "não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em

geral". Fazendo coro com S. Exa., cujo voto acompanhei, por que não aplicar ao presente caso o mesmo brocardo – *ubi eadem ratio*? Aqui também sucedeu o pagamento antes do recebimento da denúncia, confiram:

"E é nesse contexto se encontra o caso dos autos. Com efeito, e aqui reitero o parecer já lançado às f., conforme consta do termo de acordo celebrado entre réus e vítima, houve o pagamento dos valores indevidamente obtidos: a vantagem ilícita foi desconstituída, tendo sido o dano reparado antes que fosse recebida a denúncia. Conforme consta dos autos, o acordo foi celebrado..."

Sobre a faculdade estatal de punir, escreveu Roxin (*Estudos...*, Renovar, 2006, p. 33):

"A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.

O recuo do direito penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista do contrato social. Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada."

Dou provimento ao recurso ordinário a fim de, concedendo a ordem, extinguir a punibilidade do fato criminoso exposto na denúncia – art. 171 do CP.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Fernando Mathias* (Juiz conv. do TRF-1.ª Reg.): Sr. presidente, a questão é sempre muito interessante e em um processo em que só ouvimos coisas inteligentes, a começar pelo parecer do douto Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que é brilhantíssimo.

Sem nenhum reparo, longe de mim, até porque – repito – não sou digno de desatar-lhes as sandálias, não vejo aí o princípio do *ubi eadem est ratio, ib idem jus statuento*, porque, na realidade, não estamos cuidando da mesma situação e da mesma razão. Evidentemente que, se disséssemos, vai por interpretação analógica, que não é vedada – estou entre mestres e é até um perigo falar nisso – a analogia não cabe em Direito Penal, mas interpretações analógica sim. E, no particular as lições magistrais de Nelson Hungria, no exemplo da bigamia, ele dizia: "Se a bigamia era proscrita, a poligamia está pela mesma razão."; portanto, a interpretação analógica caberia. Não gostaria, contudo, de trilhar por aí.

Por outro lado, fico sempre pensando: se o homem não ousasse, não teria inventado a roda, não teria domesticado o fogo. Então, tem que ter sempre gente na vanguarda. Eu, por exemplo, tenho uma vocação para aderir à vanguarda. Reconheço que a tese de V. Exa. é de vanguarda. Mas, para resolver esse caso, temos o parecer do Ministério Público, da Subprocuradora, em que ela se louva na inépcia formal, para conceder a ordem; está resolvido. No caso concreto, a ordem é concedida, com fundamento no parecer do Ministério Público; com maior respeito, mais do que isso, com a admiração que tenho por tudo que diz este jurista, não é o membro do Ministério Público, é a visão crítica dele, no ver do Direito.

Não há que se falar em divergência, porque estamos todos concedendo a ordem de *habeas corpus*. Mas, acompanho *si et in quantum* os votos dos, não menos mestres, Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti, concedendo a ordem de *habeas corpus*.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 6.ª T.; número de registro: 2007/0140580-7 – RHC 21489/RS – matéria criminal; números de origem: 20507177402, 70018494013 e 70019154004; em mesa; julgado: 16.10.2007; relator: Exmo. Sr. Min. Nilson Naves; presidente da sessão: Exmo. Sr. Min. Nilson Naves; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Moacir Mendes Souza; secretário: bel. Eliseu Augusto Nunes de Santana.

Autuação – Recorrente: Ari Gonçalves Couto – advogado: Henrique Lemanski; recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Assunto: Penal – Crimes contra o patrimônio (art. 155 a 183) – Estelionato e outras fraudes (art. 171 a 179).

Certidão – Certifico que a E. 6.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* com extensão ao co-réu Ari Moretto Leal, nos termos do voto do Sr. Ministro relator. Os Srs. Ministros Relator e Maria Thereza de Assis Moura davam provimento em maior extensão."

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Carlos Fernando Mathias (Juiz conv. do TRF-1.ª Reg.) votaram com o Sr. Ministro relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Nilson Naves.

Brasília, 16 de outubro de 2007 – Eliseu Augusto Nunes de Santana, secretário.