duplicata

ISSN 1415-5400

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

69

novembro-dezembro de 2007

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

95 anos 1912 | 2007

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 15 n. 69 novembro-dezembro de 2007

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
Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Heloisa Estellita

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

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

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
Rui Stoco

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:
Adauto Alonso S. Suanes, 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 Livianu, 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. 70 – janeiro-fevereiro – 2008

Política criminal populista: para uma crítica
do direito penal instrumental

Frederico Figueiredo

Las "conductas neutrales" en derecho penal – La discusión
sobre los límites de la complicidad punible

Ricardo Robles Planas

O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado

Antonio Scarance Fernandes

Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos
extraordinário e especial e execução provisória

Guilherme Madeira Dezem

Sumário

Apresentação 9

1. Direito Penal

O conceito de culpa e a estrutura bipartida dos tipos penais culposos 11
Israel Domingos Jorio

Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal 46
Luciana de Medeiros Fernandes

Direito Penal e Direitos Humanos: uma história de paradigmas e paradoxos 95
Marcelo Semer

Consideraciones sobre la prueba del dolo 129
Ramon Ragués i Vallès

Direito penal do inimigo 156
Ulfrid Neumann

2. Processo Penal

As condições da ação penal 179
Ada Pellegrini Grinover

A incorporação de Tratados de Direitos Humanos em face da EC 45/2004: o caso da prisão de depositário infiel 200
Eric Alexandre Lavoura Lima

3. Crime e Sociedade

Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI 237
Salo de Carvalho

3.1 Sistema Prisional

Penas alternativas X prisão: a construção de um *outro* paradigma? 279

Alessandra Teixeira e Fernanda Emy Matsuda

4. O Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

Processo penal. Câmara formada majoritariamente por juízes de primeiro grau convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Nulidade 329

4.2 Ementário de Jurisprudência 348

André Adriano do Nascimento da Silva e Lucas Clemente Guimarães Diaz

4.3 Jurisprudência Comentada

Julgamento eclipsado: quando a celeridade tolda o brilho do *habeas corpus* 374

Daniel Guimarães Zveibil

5. Índice Alfabético Remissivo 391

Normas de publicação 397

Nota: Por problemas técnicos o artigo *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*, de autoria de Antonio Scarance Fernandes, anunciado na Revista Brasileira de Ciências Criminais 68, não será publicado.

Apresentação

Prezados leitores,

Nesse número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* trazemos uma inovação: a publicação, na íntegra, de importante orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no que tange à inconstitucionalidade de julgamento proferido por Câmaras de Tribunais compostas majoritariamente por juízes substitutos em Segunda Instância. A decisão é paradigmática e abre novos caminhos para a discussão acadêmica e forense acerca de relevante tema das ciências penais, em especial de processo penal constitucional. Por outro lado, o conteúdo da decisão fala por si, dispensando comentários. Assim, a coordenação da *Revista* decidiu por sua publicação, criando-se uma nova sub-seção intitulada *Decisões paradigma*, que integrará a seção *Direito em Ação*, já com certa tradição no periódico. A nova sub-seção não constará obrigatoriamente de todos os números da Revista, mas estará presente sempre que forem escolhidas decisões dos Tribunais que representem novos paradigmas na interpretação do direito penal e processual penal.

1. Direito Penal

O conceito de culpa e a estrutura bipartida dos tipos penais culposos

Israel Domingos Jorio
Professor de Direito Penal. Advogado.

Sumário: 1. Introdução – 2. A estrutura bipartida dos tipos penais culposos: 2.1 Tipo objetivo (elementos objetivos do tipo); 2.2 Tipo subjetivo (elementos subjetivos do tipo) – 3. A releitura do conceito de culpa sob os prismas normativo e subjetivo – 4. Referências bibliográficas.

Resumo: Versa o trabalho sobre interessante tema da Teoria Geral do Delito que, não obstante seja detentor de grande relevância teórica e prática, não conta com o merecido prestígio na literatura jurídica nacional. É tratada, em primeiro plano, da estrutura dos tipos penais culposos. Sustentamos, diferentemente da opinião doutrinária majoritária, uma estrutura bipartida para os tipos penais dos crimes culposos (divisão "tipo objetivo/tipo subjetivo"). Tal estrutura, reconhecida nos tipos dolosos como fruto de longa evolução teórica, é predominantemente negada aos tipos culposos. Entendemos que a mesma evolução experimentada pelo dolo, a partir do finalismo, deve se processar sobre a culpa, mormente em virtude da sua crescente relevância na "sociedade de riscos" em que vivemos. O trabalho desafia, também, tema inóspito, costumeiramente evitado pela doutrina: o conceito de culpa (termo polissêmico geralmente usado sem grandes compromissos científicos). Resultam, ao final, demonstrados não apenas o conceito da culpa sob o prisma normativo, como também sob o aspecto subjetivo.

Palavras-chave: Direito penal – Teoria geral do delito – Teoria geral do tipo penal – Crimes culposos – Conceito de culpa.

Resumen: Versa el trabajo sobre interesante tema de la Teoría General del Delito que, no obstante detenga grande relevancia teórica y práctica, no conta con lo merecido prestigio en la literatura jurídica brasileña. Es tratada, en primero plano, la estructura de los tipos penales culposos (imprudentes). Sostenemos, diferentemente de la opinión doctrinaria mayoritaria, una estructura bipartida para los tipos penales de los delitos culposos (división "tipo objetivo/tipo subjetivo"). Tal estructura, reconocida en los tipos dolosos como fruto de una longa evolución teórica, es predominantemente negada para los tipos culposos. Entendemos que la misma evolución experimentada por el dolo, después del advenimiento del finalismo, debe se procesar sobre la culpa, sobretodo en virtud de su creciente relevancia en la "sociedad de riesgos" en que vivimos. El trabajo desafía, también, tema peligroso, frecuentemente evitado por la doctrina: el concepto de culpa (palabra polisémica generalmente usada sin grandes compromisos científicos). Resultan, finalmente, demostrados no apenas el concepto de la culpa bajo un prisma normativo, como también en el aspecto subjetivo.

Palabras-llave: Derecho penal – Teoría general del delito – Teoría general del tipo penal – Delitos culposos (de imprudencia) – Concepto de culpa (imprudencia).

Área do direito: Penal

1. Introdução

Muito embora se trate de matéria de grande (e ainda crescente) relevância, especialmente na sociedade de plúrimos e constantes riscos contemporaneamente instaurada, o estudo dos tipos penais culposos não costuma receber o prestígio que lhe é devido. É até mesmo natural que o aprofundamento e o aperfeiçoamento teóricos referentes aos tipos penais culposos tenham sido relegados, historicamente, ao segundo plano. Sempre ofuscados pela primazia demandada pelos tipos penais dolosos

(descritores de infrações penais mais graves, que traduzem violações conscientes à ordem jurídica e ataques frontais a valores ético-sociais de alto preço), os tipos culposos experimentaram um processo evolutivo incomparavelmente mais lento.

O drástico salto evolutivo observável nos tipos dolosos a partir da doutrina da ação finalista (que, não se pode negar, repercutiu sobre os tipos culposos, mas de modo mais tímido) acentuou a disparidade dos níveis de aprofundamento e desenvolvimento teóricos referentes ao dolo e à culpa. Tal desigualdade se estende desde o aspecto *conceitual* (o conceito de dolo conta com alto grau de elaboração e confiabilidade, ao passo que o de culpa, por seu turno, oscila entre definições que a identificam, ora com puro juízo de reprovação normativo, ora com uma ação descuidada, geradora de um risco proibido e, eventualmente, com o elemento subjetivo dos crimes culposos) até o *tipológico* (no que tange às respectivas estruturas dos tipos penais dolosos e culposos).

Versa o presente trabalho justamente sobre estes dois aspectos referidos. Partindo do estudo da estrutura dos tipos penais culposos e chegando, por fim, a uma releitura conceitual sobre a culpa, esperamos que a pesquisa importe em contribuição, por singela que seja, à Ciência do Direito Penal.

2. A estrutura bipartida dos tipos penais culposos

A maior parte da doutrina, ao tratar do tipo penal dos crimes culposos, não utiliza a divisão *tipo objetivo/tipo subjetivo*, comumente observada no estudo dos delitos dolosos.

Interessante observar que tal opção metodológica, para a maior parte dos estudiosos, não tem por base a *inexistência*, nos comportamentos culposos, de elementos objetivos e de elementos subjetivos. Os penalistas que abordaram frontalmente o assunto, na sua maioria, não justificaram o desuso da dicotomia a partir da sua *inadmissibilidade* ou de *incompatibilidade* com a estrutura dos delitos culposos. Predominantemente, deixaram de empregar a divisão dicotômica sob a alegação de uma aparente *inutilidade*.

Diante disso, nosso trabalho, para mover-se em sentido contrário, é consideravelmente simplificado. Ao invés de preocupar-nos com a demonstração da existência de elementos objetivos e subjetivos, manteremos sob nosso foco o repúdio da *inutilidade* da bipartição estrutural do tipo penal.

De um modo geral, refuta-se tanto a tipologia objetiva (ao argumento de que os tipos culposos são *tipos penais abertos*), quanto a subjetiva (pelo fato de ser a culpa considerada um elemento exclusivamente normativo, que não se ocupa da vontade finalista do agente). Mas, sem sombra de dúvidas, é sobre esta segunda que se concentram os rechaços. A caracterização da culpa independentemente da congruência entre a vontade finalista do agente e o resultado desvalioso que ele produziu é um dos argumentos basilares para a desconsideração do elemento subjetivo. A questão será oportunamente abordada. Tratemos, por ora, da *tipologia objetiva*.

2.1 Tipo objetivo (elementos objetivos do tipo)

Elementos objetivos são dados particularizadores da ação praticada no plano da realidade fática. São fatores componentes do tipo penal, dotados de natureza *descritiva*, que correspondem ao aspecto físico da conduta proibida. Sua natureza *descritiva* faz com que sejam inteligíveis à luz do conhecimento empírico elementar e tenham seu sentido apreendido pela mera observação. O intérprete não necessita recorrer a nenhum caractere extratípico para definir o sentido e o alcance dos *termos descritivos* trazidos como elementos objetivos da norma penal incriminadora.

Ao lado dos elementos objetivos, posicionam-se, eventualmente, *elementos normativos*, que são aqueles traduzidos por palavras ou expressões cujos sentidos (conteúdos) somente são obteníveis por intermédio da realização de um juízo de valor (*v.g.*, "injustamente", "ato libidinoso", "grave", "conjunção carnal", "indevida" etc.).

Quanto à sua elaboração descritiva, os tipos penais dos crimes culposos são bem diferentes daqueles que definem os delitos dolosos. Vemos como a mais marcante das diferenças o fato de ser o tipo culposo um *tipo penal aberto*. A definição

pormenorizada do comportamento proibido, característica dos tipos dolosos, não se verifica em relação aos culposos.

A descrição detalhada da conduta proibida é uma imposição inelutável do Princípio da Legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Indubitável, no entanto, o fato de ser terminantemente impossível ao Poder Legislativo prever todas as condutas efetivamente lesivas aos bens jurídicos que pôs sob a tutela do Direito Penal. A previsão (e o que é ainda mais difícil: a descrição satisfatória) das condutas dolosas já é tarefa árdua; que dizer, diante disso, da menção aos comportamentos culposos, que, sob o ponto de vista material (externo), importam na lesão de um bem jurídico pela vaga "inobservância de um dever de cuidado objetivo"?

A especial dificuldade de descrever os comportamentos culposos levou à criação de algumas *fórmulas genéricas*, isto é, menos específicas e mais abrangentes. Não é outra a percepção de Juarez Cirino dos Santos:[1] "Os tipos de imprudência, devido à variabilidade das condições ou circunstâncias de sua realização, são *tipos abertos* que devem ser preenchidos ou completados por uma *valoração judicial* e, por isso, não apresentam o mesmo rigor de definição legal dos tipos dolosos".

O traço característico do comportamento culposo é a falta de zelo na execução da conduta. Cada conduta, pelas circunstâncias que a particularizam, e cada situação, pelas suas inesgotáveis variáveis, requerem um certo tipo de cuidado e um determinado nível de zelo. Muñoz Conde[2] anotou que "El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar".

Não é um comportamento pré-definido, em si, que é tipificado e que constitui o cerne da atenção da norma proibidora; é um *agir*, *normalmente indeter-*

1. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 96-97.

2. MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: 2004, p. 188.

minado a priori (não descrito pela lei), praticado de forma imprudente, imperita ou negligente que, justamente por esse defeito procedimental, causa um dano jurídico que seria previsível e evitável pela adoção de diligência mediana. Impossível ao Poder Legislativo, diante disso, prever *de que formas descuidadas* um comportamento penalmente irrelevante pode ser praticado para que se revista de lesividade; *de quais maneiras indiligentes* podem os cidadãos desatender o comando geral de cautela e de zelo na condução de suas atividades.

No mesmo sentido, veja-se a clara lição de Zaffaroni:[3] "*La característica esencial del tipo culposo finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida*: a diferencia del tipo doloso activo, en que ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece *prima facie* indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevante penalmente. Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción".

Por conta da proibição de um agir que é "indefinido *a priori*" (só se corporificando em função do resultado que produz), os tipos abertos são costumeiramente acusados de inconstitucionalidade (pela suposta violação do aludido Princípio da Legalidade). Mas, no presente caso, a especial dificuldade – melhor dizendo – a *impossibilidade* de prever e de descrever os comportamentos descuidados acaba por justificar a imprecisão descritiva ou a *generalidade* apresentada pelos tipos culposos. Se houvesse tipificação de condutas determinadas (obviamente, de algumas das infindáveis modalidades de ações imprudentes ou negligentes), as hipóteses de incidência dos tipos incriminadores estariam restritas aos casos expressamente contemplados (tradutores, no máximo, de casuísmos mais plausíveis ou mais comuns). O âmbito de abrangência da norma incriminadora seria demasiado estreito.

3. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al. Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 549.

Um sólido argumento contra essa suspeita de inconstitucionalidade pela falta de descrição nos é dado por Juarez Cirino dos Santos:[4] "[...] como o tipo objetivo dos crimes de imprudência é idêntico ao tipo objetivo dos crimes dolosos correspondentes, e os critérios de definição da imprudência se enraízam em normas jurídicas, regras profissionais e dados da experiência, não parece haver lesão ao princípio constitucional da legalidade. Afinal, como observam Jescheck/Weigend, o leigo é capaz de compreender melhor o comportamento imprudente do que alguns conceitos jurídicos como dolo eventual, legítima defesa etc.".

Note-se, a propósito da discutida *tipologia dicotômica*, que o ilustre autor citado expressamente reconhece, nos crimes culposos, a existência de um *tipo objetivo*. "O tipo objetivo dos crimes de imprudência é idêntico ao tipo objetivo dos crimes dolosos correspondentes", disse-nos o estudioso.

Assim, se no homicídio doloso o tipo objetivo corresponde à conduta descrita como "matar alguém", no culposo, tem-se o mesmo tipo objetivo, só que com uma tipologia subjetiva diversa (o elemento subjetivo é a culpa – esta sim, expressamente prevista, como em todos os casos, conforme determina o parágrafo único do art. 18, CP). *Homicídio* é "matar alguém" e *culposo* é "com culpa" (ao invés de "com dolo"). O mesmo se verifica com os delitos de lesão corporal culposa (art. 129, § 6.º, CP), e nas modalidades culposas dos crimes de incêndio (art. 250, § 2.º, CP), explosão (art. 251, § 3.º, CP), uso de gás tóxico ou asfixiante (art. 252, parágrafo único), inundação (art. 254, *caput*, parte final, CP), desabamento (art. 256, parágrafo único, CP) e difusão de doença ou praga (art. 259, parágrafo único, CP), por exemplo.

Ressalte-se que esta é a regra, mas que ela comporta exceções. Um exemplo é o que ocorre com o art. 180, § 3.º, do CP. Neste caso, há uma descrição dos elementos que compõem o tipo objetivo do crime culposo. Outro exemplo válido é o do homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor (art.

4. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 97.

302, *caput*, Lei 9.503/97). Aqui, há uma tipologia objetiva que, de certo modo, é mais específica do que aquela disposta para o homicídio culposo previsto pelo Código Penal. Como o homicídio doloso é um crime de *execução de forma livre* (pode ser praticado das mais diversas maneiras imagináveis), também o é o homicídio na modalidade culposa. Mas com um detalhe: nesta hipótese, há a imposição de um elemento a mais, pois deve o agente cometer o homicídio culposo (leia-se, "matar alguém" culposamente) *na direção de veículo automotor* (situação mais específica).

Diante do que foi dito, torna-se inviável o estudo do tipo objetivo dos crimes culposos de maneira idêntica àquela observada em relação aos tipos dolosos (extremamente pormenorizada). Não há, necessariamente, uma ação típica perfeitamente delimitada, caracterizada por um verbo nuclear; geralmente, não há, também, previsão de *modus operandi* (forma de execução individualizadora da conduta), posto que normalmente não se descreve *exatamente como* o resultado danoso deve ser causado. Os elementos que integram o tipo objetivo são, à exceção das hipóteses em que a lei se ocupa de descrever o comportamento, comuns à maioria dos crimes culposos.

A doutrina organiza os componentes do crime culposo (mais frequentemente, sem aludir ao *tipo objetivo*) de diferentes maneiras. Em nossa visão, são elementos objetivos:

(A) Ação humana voluntária (normalmente, mas não necessariamente dirigida a um fim lícito). Essa ação, conforme se afirmou, não é pormenorizadamente descrita. A voluntariedade é um requisito óbvio.

(B) A criação de um *dano ou risco proibido necessariamente decorrente* da inobservância de um dever de cuidado objetivo, exigido para a condução da ação e tido como suficiente para a prevenção dos danos que dela podem decorrer. O resultado penalmente relevante deve haver sido produzido *em razão do modo descuidado segundo o qual se processou o agir*, justamente por causa dessa desatenção, isto é, pela falta da diligência que era exigível para o caso.

Aqui se fala em relação de causalidade física entre o dano ou risco proibido e o comportamento eivado de descuido ou desatenção. E a isto já se referiu Welzel:[5] "A produção do resultado deve ser conseqüência, precisamente, da *falta de observância* do cuidado". O dano ou risco proibido se vincula à inobservância do dever de cuidado e esse fator é, também, um importante critério de distinção entre dolo eventual (previsão e assunção do resultado) e culpa (em que há inobservância ou descuido, e nunca assunção). A produção do resultado danoso, *na modalidade culposa*, deve estar expressamente incriminada por tipo penal (vide regra do art. 18, parágrafo único, CP).

(C) A *previsibilidade* e a *evitabilidade* do dano. Sem que o evento danoso, de que depende a própria existência do crime culposo, seja *previsível* como conseqüência da conduta adotada pelo agente, não há falar em delito. É preciso que o agente tenha tido condições de representar mentalmente a possibilidade de ocorrência do resultado lesivo. De igual modo, se não for ele *evitável* a partir da adoção das cautelas impostas à execução da ação de forma responsável, zelosa e "segura" (com os desvelos que bastariam ao afastamento dos danos que dela podem decorrer), não restará caracterizada a quebra do dever de cuidado, que é elementar da culpa. Dito de outro modo, se o agente, pelo emprego das diligências normais, esperáveis para uma condução prudente do agir, não dispuser de condições de evitar a produção do dano, não poderá ser por ele penalmente responsabilizado. Tanto a previsibilidade quanto a evitabilidade, num primeiro momento, são *objetivas*, isto é, compreendidas como possíveis a todo cidadão imputável e exigíveis a toda pessoa satisfatoriamente (medianamente) diligente. Mas a previsibilidade e a evitabilidade devem ser consideradas não apenas sob o prisma da *plausibilidade* (o que for possível, ainda que remotamente); é de suma importância vinculá-las mais estreitamente aos paradigmas da *exigibilidade* (o cuidado deve ser certamente

5. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83.

exigível para o caso). Essa objetividade da previsibilidade e da evitabilidade, associada a uma imposição geral e abstrata do dever de cuidado de previsão e de evitação, delimita o *aspecto normativo* da culpa.

Uma breve justificativa. É bem mais comum vermos os doutrinadores se referindo à *inobservância de um dever de cuidado objetivamente imposto* como um dos elementos do tipo culposo, ao lado do resultado, dos requisitos para a imputação, etc. Diferentemente, aludimos à *criação de um dano ou risco proibido em decorrência da inobservância de um dever de cuidado objetivamente imposto.* O fizemos porque entendemos que a inobservância do dever de cuidado, em si, tem caráter subjetivo; é a conseqüência psicológica de um estado mental de desatenção ou de excesso de confiança. A inobservância do dever de cuidado, ainda no âmbito subjetivo, não importa ao tipo. Não neste primeiro momento.[6] É a partir da colocação em prática da ação *descuidada* que surge a relevância penal. E somente se o dano ou risco que for *pelo descuido gerado*, for *proibido*. A *conduta do agente*, propriamente, não é a *inobservância do cuidado*, mas a *criação do dano ou do risco proibido*, que decorre justamente da inobservância (ato psíquico).

Diante do que se expôs, quanto ao tipo objetivo, parece-nos não haver restado dúvida: ele existe também para os crimes culposos e a prova disso é a exigência da *tipicidade*, à qual Rogério Greco,[7] por exemplo, faz direta referência. Também Zaffaroni, como veremos dentro em pouco, alude à necessidade da certificação quanto à tipicidade. O fato de o tipo ser aberto não exclui a necessidade da realização da operação de verificação da *adequação típica*; esta só será mais simples, tendo em vista a comumente observada previsão generalizada, a escassez de elementos individualizadores e a freqüente identidade das elementares objetivas com aquelas do tipo penal que prevê a modalidade dolosa.

6. Se estivéssemos a falar sobre tipos dolosos, esta fase da mera inobservância (processo psicológico) corresponderia, no interior do *iter criminis*, à fase da *cogitatio*, sabidamente impunível.

7. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 213.

2.2 Tipo subjetivo (elementos subjetivos do tipo)

Logo de início, é importante dizer, relembrando Welzel, que não apenas as ações dolosas são ações *finalistas*. Todas as ações humanas, enquanto *obras de seres racionais e conscientes*, o são. Com isso, torna-se imperativo o reconhecimento de um aspecto subjetivo, psicológico, na ação considerada culposa. Isto, porque a ação culposa, embora não seja em regra dirigida a uma finalidade ilícita, é, como toda ação humana, *dirigida a alguma finalidade*. Disse-nos o mestre alemão: "Os delitos culposos baseiam-se também na consideração da ação humana como uma obra: a vontade que, partindo do fim, seleciona os meios da ação, necessários para a sua consecução, deve atender na seleção e utilização dos meios às conseqüências que estes possam produzir, juntamente com o fim ou em seu lugar. Nesse ponto intervém o ordenamento jurídico, e *ordena* que, na realização de toda ação que possa ter como conseqüência (não desejada) a lesão de um bem jurídico, seja observado 'o cuidado necessário no tráfego' para evitar essa conseqüência".[8]

As condutas culposas, que produzem um dano a partir da negligência, imperícia ou imprudência, são ações finalisticamente dirigidas *a outros propósitos*, isto é, *a objetivos diversos daqueles resultantes da conduta*. Quem pratica um homicídio culposo na direção de veículo automotor necessariamente *não tem* a intenção de matar um ser humano (resultado danoso da conduta), mas age com um propósito (finalidade): dirige seu veículo para deslocar-se de uma localidade para outra; para passear; para levar algo ou alguém, etc. O fim visado pela conduta nada tem a ver com o resultado, pois, do contrário, o crime seria doloso. O evento danoso, todavia, apesar de não desejado, decorre da conduta, era previsível pelo agente e por ele evitável se houvesse atuado com o zelo esperado para a hipótese em evidência.

8. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76.

Assim, majoritariamente se consagrou, na doutrina, o entendimento de que a conduta culposa é uma ação finalista e, portanto, tem um conteúdo subjetivo de vontade.

O que se afirma – e com o que não concordamos – é que esse conteúdo subjetivo de vontade é absolutamente irrelevante para a caracterização da culpa. Esta teria natureza exclusivamente normativa. Diante disso, jamais se poderia conceber a culpa como um elemento subjetivo. Ela é, apenas, puro juízo normativo a recair sobre condutas nas quais se observe o descumprimento do dever de cuidado objetivamente imposto.

"Não há, no delito culposo, a bipartição do tipo em tipo objetivo e tipo subjetivo."[9] Essa é a posição prevalente na doutrina. Em que pese a proficiência dos seus defensores, respeitosamente discordamos.

Em linhas gerais, o fundamento da decisão da exclusão da tipologia bipartida nos crimes culposos deriva da crença da sua *inutilidade*. Essa inutilidade, por sua vez, decorre da adoção de uma concepção *exclusivamente normativa* para a culpa.

São identificáveis, destarte, duas facções ideológicas principais. Há um reduzido grupo dos que afirmam que o comportamento culposo *não tem um elemento subjetivo*, isto é, que *a conduta culposa não é marcada pela direção finalista*. Seria inócuo, portanto, cogitar um tipo subjetivo para os crimes culposos. Esse entendimento, que hoje se mostra verdadeiramente insustentável, encontra-se em vias de absoluta extinção. Como afirmamos anteriormente, pela própria descoberta da imanência da finalidade à conduta humana, já se encontra praticamente pacificado no âmbito doutrinário o pensamento de que a ação culposa também tem um elemento subjetivo.

Conforme disse Zaffaroni,[10] já é um erro desprezar a *influência* da finalidade na tipicidade do crime culposo. "La confusión idealista entre lo prohibido

9. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. v. 1. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 380.

10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al. Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 549.

y la forma en que lo se prohíbe llevó a sostener erróneamente que la finalidade es irrelevante para la tipicidad culposa, e incluso que la acción culposa no tiene finalidad." Muito mais equivocada, em vista disso, é a suposição da própria *inexistência* da finalidade.

Há outro grupo, majoritário, dos que entendem que a culpa, por ser um elemento cem por cento normativo, não depende da verificação de nenhum fator subjetivo para que se veja configurada. Embora admitam a existência de um elemento subjetivo (pois a ação é guiada por alguma finalidade), entendem que ele é irrelevante, posto que há incongruência entre o fim que orienta a conduta e o seu resultado. Como não importa o que o agente *quis* – porque o que ele quis não coincide como que ele produziu e, ainda assim, ele é responsabilizado pelo crime culposo – não há nenhum requisito subjetivo imposto à configuração da culpa. Não há, assim, um *tipo subjetivo*, impondo, como caractere do tipo penal, um *elemento subjetivo*.

A compreensão de Luiz Regis Prado[11] bem representa o grupo dos que vêem a culpa como um elemento puramente normativo: "A culpa – infração a uma norma de cuidado – é elemento normativo (face normativa aberta) do tipo, não pertencendo a um tipo subjetivo, nem sendo elemento normativo do tipo doloso".

Distanciamo-nos dos pensamentos expostos. Ao invés de apenas admitir a irrelevante existência de um elemento subjetivo (finalidade qualquer), entendemos que esse elemento subjetivo tem papel determinante na configuração do crime culposo. Que ele é imposto como um elemento subjetivo do tipo. Conseqüentemente, há um tipo subjetivo, que deve ser preenchido para que exista adequação típica. A culpa, a nosso ver, não é puro juízo normativo. Muito diferentemente disso, numa das suas acepções, é o próprio elemento subjetivo dos crimes culposos.

Destaque-se, na fala do brilhante autor, que "a culpa é elemento normativo" e que ela "não pertence a um tipo subjetivo".

11. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. v. 1. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 380.

O Poder Legislativo italiano entendeu diferentemente. Positivou a culpa como um elemento subjetivo ("psicológico"): "Elemento psicologico del reato. Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline".[12]

Nossa visão: falar na culpa como um *elemento normativo* importa em identificá-la com o juízo de reprovação (censura) pela criação de um dano ou risco proibido em decorrência da quebra de um dever de cuidado objetivamente esperado. Abordar a culpa como um *elemento subjetivo* – o âmbito subjetivo é fator inexorável de toda ação humana – é defini-la como *a desconsideração do dever de cuidado objetivamente imposto para execução da ação*. Desconsideração que, como operação psíquica, é fruto do *estado de desatenção mental ou de excesso de confiança* que marca o aspecto subjetivo da conduta posta em prática pelo agente.

Em verdade, a polissemia do termo *culpa* representa um entrave ao fluxo do discurso. Pois há a culpa em sentido estrito (que se fraciona nas modalidades *imprudência*, *imperícia* e *negligência*) e a culpa em sentido amplo (que, tradicionalmente, corresponde à culpabilidade). E mais: a culpa em sentido estrito ora traduz um elemento normativo (a violação do dever de cuidado objetivamente imposto), ora um elemento subjetivo (o âmbito psicológico do comportamento culposo – para nós, estado de desatenção mental ou de excesso de confiança); a culpa em sentido amplo, isto é, a culpabilidade, comporta,

12. Art. 43 do CP/italiano.

por sua vez, mais três acepções distintas (é elemento da estrutura do delito; representa a reprovabilidade – o nível de desvalor da conduta – e condiciona a intensidade da pena; importa na noção de censurabilidade social que afasta a responsabilidade penal objetiva).

É por razões como esta que Juarez Cirino dos Santos[13] criticou o uso do substantivo *culpa* e do adjetivo *culposo*. Preferiu adotar a denominação *crimes de imprudência*,[14] ao invés da tradicional "delitos culposos", e assim justificou sua escolha: "O substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual o *crime culposo* parece mais grave que o *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a idéia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*".

De um lado, a culpa *é a expressão normativa de reprovação* ao modo como foi conduzido um comportamento que resultou em dano. Ação culposa, diante disso, é a ação que, após produzir um resultado nocivo, é *considerada*, segundo parâmetros gerais previamente estabelecidos (como vimos, de previsibilidade e de evitabilidade), *negativa* pela existência de defeitos (carência de cuidados) na sua execução.

13. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 95.

14. Terminologia empregada na Espanha. Juarez Tavares, por seu turno, optou pela denominação *negligência*, preferida no Direito Alemão. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 475p.

Simplificando: a culpa é resultado de um juízo de valor. É o rótulo normativo que se impõe às condutas produtoras de eventos danosos não desejados, nas quais foram reconhecidas características pejorativas concernentes às suas formas de execução. Características que poderiam ter sido evitadas.

Pelo fato de se entender que esse juízo de valor está condicionado a elementos objetivamente estabelecidos, já impostos como parâmetros para a sua realização; e pelo fato de se compreender que esse juízo de valor inicial não poder tomar como base fatores subjetivos (seja daquele que o realiza ou do agente que praticou a ação sobre a qual ele é realizado), firma-se a culpa como um *conceito normativo* (juridicamente posto).

Concordamos que não se pode refutar o caráter normativo da culpa *enquanto quebra de uma regra comportamental de cautela imposta a todo membro da sociedade.* Apenas não cremos que ela deve ser considerada *puramente normativa.*

Assim, de outro lado, do ponto de vista subjetivo, associamos a culpa ao *estado de desatenção* mental, que induziu à ausência da previsão do previsível (culpa inconsciente), *ou de excesso de confiança*, que fundamentou a decisão de negligência com relação aos cuidados necessários para evitar o que foi previsto e que era evitável, mas não chegou a ser levado a sério pelo agente (culpa consciente).

Como toda ação humana, a conduta culposa é fruto da exteriorização de um *processo mental* (no caso, marcado pela desatenção ou pelo excesso de confiança na evitação do resultado). E esse processo mental existe, seja ele importante (motivos e finalidades dos crimes dolosos) ou irrelevante para o Direito Penal (a mera *cogitatio*, excluída do setor punível do *iter criminis*). No caso, por mais que se afirme que ele é irrelevante, porque a vontade finalisticamente dirigida não coincide com o resultado produzido e, ainda assim, há crime culposo, não se pode negar que *a constatação da divergência da vontade em relação ao resultado se torna um dos requisitos do crime culposo.* De outra sorte, ele seria doloso. É preciso que, no âmbito psíquico da conduta, isto é, no conteúdo subjetivo de vontade, seja identificada a *incongruência* para que se caracterize o crime culposo.

Fábio Roberto D'Ávila,[15] no sentido da dispensabilidade de um tipo subjetivo para os crimes culposos, recorreu ao argumento da irrelevância da vontade pela desconformidade com o resultado ocasionado: "[...] a vontade, pela característica falta de congruência em tal modalidade de crime, perde por completo a sua relevância na análise da reprovabilidade da conduta, sendo compensada pela aferição de um dado normativo consistente na inobservância do cuidado exigível ao agente".

Mas o mesmo autor, pouco antes, reconheceu: "É bem verdade, não há como perquirir a existência de culpa, sem avaliar-se a efetiva ausência de correspondência entre a vontade e o resultado no processo causal e, por sua vez, verificar-se que a vontade na *crimina culpae* é tão final quanto necessária na caracterização do dolo".

Não pretendemos, com isso, restringir o tipo subjetivo dos crimes culposos ao elemento da incongruência entre a vontade finalista e o resultado produzido. Há, na verdade, outros aspectos mais relevantes a ponderar. Por ora, apenas intentamos demonstrar que *importa, sim, para a caracterização dos crimes culposos, o teor da vontade que dirige a conduta.*

Adequa-se com justeza o ensinamento de Zaffaroni,[16] que ressalta, a um só tempo, que a ação culposa tem, *sim*, uma finalidade; e que esta finalidade, embora não convirja para o resultado danoso causado, é importante para verificar a tipicidade do comportamento e "fechar" o tipo culposo, que é naturalmente aberto. Vejamos: "[...] *el tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable, y ello se explica porque la mera creación de un peligro no es suficiente para la imputación culposa.* Por supuesto que *esto no significa que la acción no tenga una finalidad, sino sólo que no está prohibida en razón de esa finalidad.* De cualquier manera es necesario averiguar la finalidad ante cada hecho concreto, para saber de qué acción

15. D'ÁVILA, Fabio. *Crimes culposos e a teoria da imputação objetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 102.

16. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al. Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 549.

se trataba y, conforme a ello, determinar cuál era el cuidado correspondiente a esa clase de acciones, indispensable para *cerrar* el tipo y verificar la tipicidad".

A influência do elemento subjetivo no crime culposo é inegável, e se opera *já no plano da tipicidade*. Neste sentido, com grande clareza, ensina Fernando Capez[17] que "[...] dependendo do elemento subjetivo do agente, ou seja, de sua finalidade, a qualificação jurídica do crime muda completamente (crime doloso, crime culposo ou preterdoloso). Não se pode, em vista disso, desconhecer que a finalidade, o dolo e a culpa estão na própria conduta. Também nesse caso, pela mera observação externa, alheia ao que se passou na mente do autor, não se sabe qual foi o crime praticado".

Negar a faceta psicológica da culpa, além de importar no reconhecimento de tipos penais exclusivamente objetivos, quase mecânicos, que desprezam o âmbito subjetivo que inexoravelmente acompanha a conduta externa – e são, por isso, incompatíveis com a complexidade intelectual dos seres humanos –, implica numa espécie de *imputação automática*. Verificada a existência de um dano objetivamente tipificado, impõem-se os critérios objetivos da previsibilidade e da evitabilidade e, sendo os resultados de ambos positivos, à ausência de excludentes da ilicitude, caracterizado está o *injusto penal culposo*.

Isso é menosprezar a racionalidade do ser humano e tratar seu agir não como uma atuação consciente e finalisticamente dirigida, mas como uma condução cega do comportamento.

Vem-nos à mente a época em que predominava a inspiração causalista. O dolo era situado na culpabilidade, justamente como atualmente ocorre com o "aspecto subjetivo da culpa".[18] Uma pessoa realizava uma conduta e produzia um resultado de suposta relevância penal. O procedimento era o seguinte: tipificava-se imprecisamente a conduta humana pela sua simples aparência externa, sem

17. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113.

18. PRADO, Luiz Regis *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. v. 1. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 380.

perquirir sobre o seu real significado (atribuído necessariamente pela finalidade); verificava-se se havia alguma excludente da ilicitude; e somente ao final, quando do exame da culpabilidade, investigava-se o conteúdo psicológico, quando se corria um risco imenso de perder as duas fases anteriormente realizadas pelo fato de haverem sido construídas sobre uma noção equivocada do tipo de delito cometido (tipificação equivocada).

Imaginemos o que poderia ocorrer num crime de dano (art. 163 do CP). Vê-se alguém cometer um dano; tipifica-se a conduta nos termos do art. 163; analisa-se se há causa de exclusão da ilicitude (como o estado de necessidade, por exemplo); não havendo, perfez-se o injusto penal, indicativo de um comportamento socialmente inadequado; passa-se à análise da culpabilidade e, neste momento, descobre-se que o dano foi culposo; isso gera atipicidade absoluta; não subsiste a tipicidade, nem tampouco a ilicitude, e, com isso, já não se pode imputar ao agente a prática de um crime – e nem mesmo de uma conduta penalmente relevante, como havia sido feito de início.

Esse atrapalhado e contraproducente procedimento foi abolido para os crimes dolosos (o dolo é elemento da ação e determina a tipicidade). Mas vigora, ainda hoje, com relação ao "aspecto subjetivo da culpa". Vê-se um comportamento causador de um resultado típico; analisa-se a relação de causalidade física trilhada até a criação de um dano ou risco proibido (verificando-se, também, todas as demais etapas do procedimento de imputação); checa-se a previsibilidade e a evitabilidade objetivas; observa-se se há uma excludente da ilicitude; por fim, no momento do exame da culpabilidade, constata-se que não houve previsibilidade ou evitabilidade *subjetivas* e, com isso, não se pode falar em crime (faltaria a potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa). Todo o trabalho foi inutilmente realizado, pois, na verdade, entendemos que nunca houve *tipicidade*. E não se pode desconsiderar que a investigação desses elementos, que culminou com a conclusão pela inexistência de crime, pode se dar lenta e gradativamente, num processo criminal cuja simples pendência é sempre constrangedora.

Talvez, num futuro não muito distante, os estudiosos vejam essa metodologia e a critiquem da mesma maneira como passamos a fazer, em nossa geração, com o sistema causalista, a partir do advento do finalismo.

Zaffaroni[19] observa que "La consideración de la culpa como estructura típica es resultado de un largo proceso, paralelo a la emigración del dolo de la culpabilidad al tipo". Na verdade – talvez indo bem mais além daquilo que foi afirmado pelo doutrinador – *o mesmo processo evolutivo* que envolveu o dolo, retirado da culpabilidade e inserido no fato típico, deve alcançar a culpa – ou, dizendo de modo a agradar os que apregoam a culpa exclusivamente normativa, o "aspecto subjetivo da culpa" (que, preferencialmente, deve ser denominado *negligência* ou *imprudência*, inclusive para evitar complicações de linguagem). A culpa, não apenas como elemento normativo, deve compor o tipo objetivo dos crimes culposos; como elemento subjetivo, deve deixar a culpabilidade, como fez o dolo, e integrar o tipo subjetivo de tais delitos.

Pode-se reconhecer uma feição subjetiva da culpa e, ainda assim, manter a estrutura aberta diferenciada e as peculiaridades que informam os tipos dos crimes culposos. *Deve-se*, aliás. Essa consideração da culpa como um elemento exclusivamente normativo, como um rótulo negativo que é imediata e automaticamente aplicado ao cidadão que produz um resultado típico pela aparente quebra de um dever de cuidado, supostamente claro e providenciável pelo *homem de diligência mediana*, soa retrógrada.

Em vista do que foi exposto, não se justifica a posição do insigne Juarez Tavares,[20] no sentido da inutilidade da divisão do tipo em objetivo e subjetivo: "Diante das características da ação típica, ainda que se reconheça na ação culposa tanto o componente subjetivo, representado pela relação volitiva entre o agente e sua execução, quanto o objetivo, expresso na causalidade, *não é* recomendável a divisão do *tipo* em *subjetivo* e *objetivo*, como se costuma fazer com o tipo doloso".

19. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al. Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 551.

20. TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 278.

Na verdade, cremos, em sentido oposto, que a divisão seria, mais do que útil, até mesmo necessária. Não se afasta desse entendimento João Mestieri:[21] "Ainda que uma tal posição seja sustentada por importante segmento da doutrina nacional e mesmo estrangeira, entendemos ser perfeitamente possível, e necessário à visão unitária do sistema da teoria do delito, o reconhecimento de um tipo subjetivo nos delitos por ação culposa. Isso porque existe, efetivamente, uma carga subjetiva indispensável à realização típica nesses crimes, ou seja, o engajamento voluntário e livre no comportamento imprudente, consciente de fim extratípico; ainda, a direção de finalidade, tipicamente *neutra* nos delitos por ação culposa, longe de ser indiferente, é decisiva para a correta compreensão da estrutura dessa figura de delito e para o conceito unitário de ação em direito penal".

A existência de um elemento subjetivo para todo crime culposo é uma exigência da razão. Por isso, não é tão raro encontrarmos referências à culpa como um elemento subjetivo. Além do exemplo do Código Italiano, acima citado, encontramos, sem a necessidade de uma pesquisa esgotante, menções à culpa como um elemento típico de índole subjetiva, realizadas por autores da maior qualidade. Vejamos algumas delas.

Francisco Muñoz Conde.[22] "De lo dicho se desprende que *tanto el dolo como la imprudencia, en cuanto contenidos de la voluntad, deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el tipo de injusto, sin perjuicio de que otros elementos y matices subjetivos, además del dolo y la imprudencia*, tengan que ser examinados posteriormente para comprobar si se dan la antijuridicidad (elementos subjetivos de las causas de justificación) o la culpabilidad (conocimiento de la antijuridicidad)".

René Ariel Dotti,[23] quando, dentro do Capítulo "Da Tipicidade", trata, na Seção II, do "Tipo Subjetivo", menciona expressamente o dolo, a culpa e a preterin-

21. MESTIERI, João. *Manual de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 192.

22. MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: 2004, p. 171. Grifo nosso.

23. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 313-315.

tencionalidade. Ao comentar esta última, aduz: "O *tipo subjetivo* da infração penal aparece sob as formas comuns do *dolo* ou da *culpa* em sentido estrito (CP, art. 18)."

Mestieri[24] é incisivo: "Já vimos que a doutrina moderna distingue no tipo penal uma parte subjetiva (tipo subjetivo) e uma outra objetiva (tipo objetivo). Compõe-se o tipo subjetivo do dolo ou da culpa e de quaisquer outras características subjetivas".

Mirabete[25] também se faz claro: "O tipo subjetivo compreende o dolo e os elementos subjetivos do injusto ou a culpa em sentido estrito".

Cezar Roberto Bitencourt:[26] "O tipo, na visão finalista, passa a ser uma realidade complexa, formada por uma parte objetiva – tipo objetivo –, composta pela descrição legal, e outra parte subjetiva – tipo subjetivo –, constituída pela *vontade reitora*, com dolo ou culpa, acompanhados de quaisquer outras características subjetivas".

Com Ricardo Andreucci,[27] temos que "A *culpa* é elemento subjetivo do tipo penal, pois resulta da inobservância do dever de diligência."

Guilherme Nucci[28] também alude à culpa como um elemento subjetivo, ao dizer, referindo-se à lesão corporal qualificada pela morte, que "[...] está-se fixando a culpa como único elemento subjetivo possível para o resultado qualificador [...]".

E não devemos nos esquecer dos posicionamentos de Juarez Cirino dos Santos[29] e Fernando Capez,[30] há pouco expostos. O primeiro se refere à culpa como

24. MESTIERI, João. *Manual de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131.

25. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte especial. v. 2. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2002, p. 44.

26. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 244-245.

27. ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*: parte geral. v. 1. 3. ed. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60.

28. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 439.

29. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 95.

30. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113.

"modalidade subjetiva do tipo". O segundo, por seu turno, disse que "dependendo do *elemento subjetivo* do agente, ou seja, de sua finalidade, a qualificação jurídica do crime muda completamente (crime doloso, crime culposo ou preterdoloso)."

Bacigalupo[31] faz direta alusão ao *tipo subjetivo* dos crimes culposos: "Como se viu, o tipo subjetivo reúne os elementos pessoais, correspondentes ao *sujeito*, da infração penal. Nesse sentido, é possível falar-se em um tipo subjetivo do crime culposo na medida em que a culpa tem um caráter individual. A distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo não tem aqui o mesmo significado que no crime doloso, pois enquanto neste deve existir uma correspondência entre o ocorrido e o que o autor sabia que ocorreria, no culposo o autor ignora descuidadamente que realiza o tipo".

Pensamos que da compreensão da culpa também como um elemento subjetivo decorre a natural aceitação da tipologia bipartida. As conclusões a que chegou Juarez Cirino dos Santos[32] nos são valiosas. Inicialmente, ele observou que "Uma estrutura de tipo objetivo e tipo subjetivo nos crimes de imprudência, homogênea à estrutura dos crimes dolosos, é admissível na *imprudência consciente*, mas é objeto de controvérsia na *imprudência inconsciente*".

Assim, o doutrinaor seguiu anotando que, na *imprudência consciente*, há um tipo objetivo, formado "pela *causação* e pela *imputação* do resultado", e um tipo subjetivo, constituído pela "*representação* das circunstâncias de fato e pela *previsão* do resultado, no nível intelectual, e pela *confiança* na ausência do resultado, no nível emocional". No que tange à *imprudência inconsciente*, em que pese seja o tipo objetivo identicamente estruturado, há diferenças quanto ao tipo subjetivo. Segundo nos informa, "um segmento minoritário afirma a existência de tipo subjetivo, consistente na *previsibilidade* de realização do tipo objetivo, ou no conhecimento dos fatores formadores do risco – nunca das

31. BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal*: parte geral. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 312-313.

32. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 121-123.

circunstâncias de fato do tipo objetivo". Mas são mais volumosas as opiniões em sentido contrário, que sustentam a impertinência ou inconveniência do tipo subjetivo pela ausência de *representação do tipo objetivo* (que pode até ocorrer, mas que não é *necessária*). Sua conclusão, apesar disso, é pela admissibilidade do tipo subjetivo também nos crimes de *imprudência inconsciente*.[33] Suas razões serão expostas pouco adiante.

A consideração da *necessidade* de um tipo subjetivo é o passo seguinte, é o próximo estágio do processo evolutivo do estudo da culpa. É o seu rompimento com a culpabilidade e sua firmação como componente do fato típico (ressalte-se, uma vez mais, o problema da polissemia [!]: a culpa, em sentido amplo, corresponde à própria culpabilidade; por este motivo, muito melhor seria, ao invés de ter de falar em "culpa em sentido estrito", como elemento subjetivo, falar em "negligência" ou "imprudência").

Também disse João Mestieri:[34] "O tipo subjetivo do delito por ação culposa se caracteriza, especialmente, pela ausência de finalidade dirigida ao resultado típico – a vontade tendencial é sempre extratípica. Forma-se o tipo subjetivo do tipo do delito por ação culposa com uma das modalidades previstas no art. 18, II, Código Penal, correspondente à natureza da conduta objeto do juízo de desvalor".

Conforme vimos, especialmente a partir das lições de Zaffaroni e Mestieri, o reconhecimento da finalidade do agente, e também a identificação da sua dissonância em relação ao resultado típico produzido, longe de serem irrelevantes, condicionam a tipicidade dos crimes culposos. Só que o elemento subjetivo dos delitos culposos não se esgota na "finalidade", nem na "incongruência". É preciso, para que haja *tipicidade subjetiva*, que se verifique *a desconsideração do dever de cuidado.*

A desconsideração do dever de cuidado é um ato psíquico, um processo psicológico. Tenhamos, por oportuna, a análise do verbo "desconsiderar", realizada

33. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 122-123.

34. MESTIERI, João. *Manual de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 192.

por Houaiss:[35] "verbo transitivo direto 1 não considerar; desatender, desprezar [...] transitivo direto 2 tratar sem consideração, fazer pouco de (alguém ou algo); desvalorizar [...] transitivo direto e pronominal 3 fazer perder ou perder o crédito, a estima, o respeito; desacreditar(-se), desconceituar(-se) [...]".

Em suma, *desconsiderar* é deixar de considerar. *Considerar*, por sua vez, também é uma operação exclusivamente mental. É pensar, refletir, tomar em conta, atentar para, fazer juízo, lembrar, respeitar, julgar etc. As oito acepções do vocábulo "considerar", trazidas por Houaiss,[36] confirmam o pensamento: "verbo transitivo direto e pronominal 1 olhar(-se), fitar(-se) com atenção e minúcia [...] transitivo indireto, bitransitivo e intransitivo 2 Derivação: por extensão de sentido, *refletir sobre uma coisa, um fato, uma possibilidade*, sobre alguém ou sobre si mesmo; pensar [...] transitivo direto 3 *definir-se, depois de reflexão, sobre (determinada coisa); julgar* [...] transitivo direto 4 *ter ou levar em conta*; interessar-se; *tomar em consideração; atentar para* [...] transitivo direto e transitivo indireto 5 encarar (algo) por determinado ângulo, de um modo particular; *julgar* [...] transitivo direto predicativo e pronominal 6 ter(-se) na conta de; ter(-se) por; reputar(-se) [...] transitivo direto 7 ter em alta conta; *respeitar* [...] transitivo direto 8 ter ou fazer idéia; imaginar, *pensar, conceber* [...]".

A desconsideração ou a inobservância, assim, são posturas psicológicas. Uma ação física pode denotar a desconsideração. Pode deixar entrever a inobservância. Processa-se de uma dada forma justamente por conta dessa desconsideração ou dessa inobservância. Mas não é a desconsideração ou a inobservância em si; no máximo, deriva de uma ou de outra.

É hora de trazer a lume as razões que fundamentaram a aceitação de um tipo subjetivo por Juarez Cirino dos Santos[37] (inclusive na culpa inconsciente,

35. HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, versão 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001. Grifo nosso.

36. HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, versão 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001. Grifo nosso.

37. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 122-123.

em que seria objeto de maior controvérsia). Seu raciocínio coaduna totalmente com este que vimos esposando: "[...] a inconsciência ou o esquecimento de ações socialmente perigosas são *atos psíquicos* que configuram uma atitude subjetiva em face da possibilidade representável – mas não representada – de lesão de bens jurídicos: essa *atitude subjetiva* constitui um estado psíquico necessariamente diferente da disposição psicológica e emocional do dolo e da imprudência consciente, mas suscetível de ser definido como *tipo subjetivo* da imprudência inconsciente".

É válido destacar, no discurso do estudioso, que "a inconsciência ou o esquecimento [...] são *atos psíquicos* que configuram uma atitude subjetiva", e que "essa *atitude subjetiva* constitui um estado psíquico [...] suscetível de ser definido como *tipo subjetivo*". É o caminho pelo qual também optamos prosseguir.

Como dissemos, a quebra do dever de cuidado se manifesta no plano sensível, no mundo fático. É por uma ação física que o sujeito desatende um comando de cuidado. Mas esse desatendimento é fruto de uma *operação intelectual*. A operação por meio da qual, *por falta de percepção ou de atenção*, deixou-se de observar que determinados cuidados eram necessários à segura condução do agir pretendido (culpa inconsciente); ou por *excesso de confiança* (depositada em si ou em terceiros) *ou leviandade*, deixou-se de adotar os cuidados que foram identificados como necessários diante da previsão da possibilidade de ocorrência de um resultado danoso (culpa consciente).

Não se fala, aqui, como elementos subjetivos, de previsibilidade e de evitabilidade subjetivas, mas do estado de desatenção mental que, na culpa inconsciente, acarretou a falta de previsão do resultado. E do estado psicológico de excesso de confiança que, na culpa consciente, levou o agente a deixar de acautelar-se e de tomar as medidas de cuidado necessárias para evitar o dano previsto como possível.

Sabemos que há oposição, e João Mestieri[38] fornece-nos um resumo: "Há autores que negam a necessidade e até mesmo a possibilidade de se falar em tipo

38. MESTIERI, João. *Manual de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 192.

subjetivo em matéria de delitos por ação culposa. Argumenta-se que sendo o tipo por ação culposa incongruente, careceria de sentido prático a distinção entre uma parte objetiva e outra subjetiva. Por outro lado, argumenta-se ainda, como faz Juarez Tavares, citando Welzel e Schweikert, que 'o delito culposo contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta: o *desatendimento ao cuidado objetivo* exigível ao autor'."

Acabamos de ver que o "desatendimento" é a manifestação física da "desconsideração", que é uma operação intelectual. Se não há a desconsideração, não há o desatendimento. Sem a postura de desconsideração, não há tipicidade subjetiva. Não detém relevância penal, *já em nível de tipicidade* (e não só posteriormente, em nível de culpabilidade), a conduta que foi praticada com a consideração dos deveres de cuidado objetivamente impostos.

Note-se que, se o agente *pensa que considerou*, mas deixou escapar algum fator digno de cuidado, então ele, de qualquer forma, *desconsiderou algo*. Se ele não considera tudo, fatalmente desconsidera alguma coisa. Mas se ele realmente considerou tudo o que havia para ser considerado, então não pode ter desatendido nenhum dever de cuidado (pois o desconsiderar é tanto o deixar de prever em absoluto quanto o deixar de considerar importante, de conferir relevância ao que foi previsto). Pode haver uma *aparente desconsideração*, mas não uma desconsideração de fato. Essa aparente desconsideração existirá sempre que se fizer sobre o fato um juízo de exigência maior do que aquele que lhe era adequado. Sempre que se supuser que o agente poderia ter sido *ainda mais* diligente, ter previsto *ainda mais*, ter se precavido *ainda mais*. Mas a comodidade da posterior avaliação externa de uma situação vivenciada por outrem vicia tal juízo de exigência exacerbada.

Além do mais, o que importa não é se a conduta foi praticada *de modo que faz parecer* que um dever de cuidado foi desconsiderado. Ou de modo que, objetivamente, *se possa dizer* que houve quebra de dever de cuidado. O fundamento da punição de condutas culposas não pode ser inteiramente normativo. Isso inegavelmente induziria à revitalização da responsabilidade penal objetiva. A punição

pressupõe a real violação subjetiva. Não se pode punir quem efetivamente atuou segundo os ditames do Direito, pelo fato de ter expressado, externamente, uma contrariedade. Por isso é irrefutável o que diz Muñoz Conde:[39] "Por tanto, lo que al final importa es la lesión subjetiva del deber de cuidado".

Se "La inobservancia de esas reglas es ya un indicio, pero nunca una prueba irrefutable de que se actuó imprudentemente",[40] então cai por terra a normatividade pura. Se o importante é saber se o dever foi *realmente* desconsiderado, isso deve ser descoberto já em nível típico (semelhantemente ao que ocorre com a decisão de violação consciente, nos crimes dolosos). Porque não faz sentido consagrar o método temerário (desusado nos crimes dolosos) segundo o qual se vai imputar a alguém, apenas pela aparência externa, com base em dados superficiais, por um juízo de tipicidade totalmente objetivo (que resulta inseguro e impreciso), um delito culposo que, ao final, sob o exame da culpabilidade, vai ser excluído na maioria dos casos, tendo em vista a grande margem de erro trazida pela precariedade da tipicidade.

Por fim, subsiste aos que enxergam uma culpa inteiramente normativa, e aos que refutam a cisão do tipo dos crimes culposos em objetivo e subjetivo, apenas o argumento da "incongruência entre a vontade finalista e o resultado causado". Essa incongruência seria a causa da inocuidade da previsão de um tipo subjetivo. Juarez Tavares[41] sintetizou a essência do argumento: "É que, neste caso, a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência. [...] a divisão do tipo em dois segmentos só tem validade quando se torne possível a congruência entre as suas partes subjeti-

39. MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: 2004, p. 192.

40. MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: 2004, p. 192.

41. TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 278.

va e objetiva, isto é, a manifestação objetiva causal e a vontade conscientemente vinculada a um objeto de referência, tomado como objetivo do agente".

Percebamos que essa *incongruência*, sempre mencionada pelos opositores da estrutura bipartida, não é desconsiderada pelos que decidiram pela postura metodológica da divisão. Muito diferentemente disso, tem seu papel *valorizado.*

Muñoz Conde,[42] por exemplo, comenta que "El delito imprudente constituye, por tanto, un *supuesto de incongruência*, ya que el tipo subjetivo no se corresponde con el tipo objetivo, que va más allá de lo que el sujeto quería realizar." O reconhecimento dessa incongruência não o impediu de afirmar: "Pero también en la imprudencia hay un *tipo subjetivo* que atiende a la *capacidad individual*, al nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia del sujeto".[43]

Confirmadas pelos magistérios dos tantos outros autores citados, que registram a culpa, em uma das suas acepções, *já como um elemento subjetivo*, as irreprocháveis palavras do grande mestre espanhol se incumbem do desmantelamento dos discursos que apregoam a inutilidade da estruturação bipartida para os tipos penais culposos. Basta lembrar, em especial, da lição de Zaffaroni, citada anteriormente, que, aliada ao escólio de Mestieri, afirma, mais do que a existência, *a imprescindibilidade do conhecimento da finalidade do sujeito ativo* (e, conseqüentemente, da sua *divergência em relação aos resultados danosos causados*) *para a tipicidade das ações culposas.*

Concluímos, a partir das razões expendidas, que os crimes culposos não apenas admitem, mas necessitam de uma reestruturação tipológica.

O âmbito subjetivo dos comportamentos culposos, negado por uma parte da doutrina, e menosprezado por outra, tem papel decisivo na configuração típica. Além da incongruência entre a finalidade diretora da ação e o dano ou risco

42. MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito.* 2.ed. São Paulo: 2004, p. 197

43. MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito.* 2. ed. São Paulo: 2004, p. 192.

proibido por ela causado, faz-se mister averiguar se houve *desconsideração* de dever de cuidado por parte do agente. E a desconsideração, operação inegavelmente psicológica que acarreta a quebra do cuidado exigível e a geração do dano ou risco proibido, é uma decorrência do *estado mental de desatenção* (culpa inconsciente) ou de *excesso de confiança* (culpa consciente). O reconhecimento da imposição de requisitos objetivos e subjetivos demanda, por fim, a bipartição do tipo penal dos crimes culposos em *tipo objetivo* e *tipo subjetivo*, à semelhança do que presenciamos ocorrer, como fruto de longa evolução teórica, com os delitos dolosos.

Subsiste, no entanto, sediciosa questão por analisar. Questão que, indubitavelmente, constitui, inclusive, o cerne da discussão até este ponto exposta. Referimos-nos, evidentemente, ao *conceito* de culpa. Se, por tudo o que foi dito, demonstrou-se a viabilidade e até mesmo a necessidade da tipologia subjetiva para os crimes culposos, resta-nos conceituar a culpa *enquanto elemento subjetivo do tipo*.

3. A releitura do conceito de culpa sob os prismas normativo e subjetivo

A culpa[44] é o elemento subjetivo de menor nocividade. O desvalor de uma conduta culposa é infinitamente menor que o de uma dolosa, já que o agente não tem sequer a intenção de ofender um bem jurídico. Num comportamento doloso, o agente *conscientemente escolhe* uma conduta socialmente danosa e propositadamente a lança contra um bem jurídico. Agindo culposamente, entretanto, não se encontra imbuído da mesma anti-socialidade presente na intencionalidade de ferir bens juridicamente tutelados e, se produz um dano social, o faz por irresponsabilidade, desatenção ou desleixo.

Muito embora o resultado possa ser idêntico (tanto um homicídio doloso quanto um culposo fazem cessar uma existência humana), a reprovabilidade do agente que o produz propositadamente é imensamente maior. Agride com

44. Nossa realidade atual (previsão legal – art. 18, II, CP) nos leva a ter que voltar a trabalhar com a indesejável expressão "culpa".

extraordinário vigor os valores sociais necessários à existência da vida em comunidade e demonstra a infecção do agente por sentimentos e desígnios incompatíveis com a essência ideológica humana. Em regra, quem mata dolosamente viola o valor primordial mínimo e máximo da vida humana; quem o faz culposamente viola apenas o dever de cuidado objetivo que se espera de cada cidadão para que a ordem social básica continue a existir.

Em suma, o agir doloso tende a exprimir desprezo por um dado valor humano considerado relevante a ponto de ter sua manutenção assegurada pelo Direito Penal. O agente que atua culposamente, de outro lado, pode ser um altruísta irrepreensível, que em momento algum despreza preceitos de relevância social ou se insurge contra a ordem dos seus semelhantes; o que faz é tão-somente menosprezar os riscos do seu comportamento, postura resultante em falha no dever de cuidado que lhe é atribuído justamente pelo fato de ser um membro da sociedade.

Em que pese sua importância, paira sobre a culpa uma indefinição conceitual alarmante. Um objeto de estudo de tamanha relevância jamais poderia ver-se relegado a uma zona de penumbra e incerteza quanto a suas características essenciais. Evidentemente, o conceito de culpa que procuraremos estabelecer não será um modelo pronto e acabado, mas o reflexo desta nossa preocupação inicial. Deve ser visto como uma contribuição que, certamente, será desenvolvida ao passar dos anos.

Nosso Código, a exemplo de tantos outros, não se ocupou de conceituar *o dolo* e *a culpa*, mas apenas os *crimes dolosos* e os *crimes culposos* (de modo vago e inegavelmente incompleto, especialmente no caso destes últimos). A doutrina, no entanto, incumbiu-se do estudo do dolo e, conferindo-lhe a atenção e a relevância de que é merecedor, definiu-o, separada e autonomamente, como *elemento da conduta*. *Dolo* é a vontade livre e consciente, guiada por uma finalidade, de realizar os elementos descritos no tipo penal. O crime doloso é aquele no qual o dolo se faz presente.

A culpa, diferentemente, não conta com uma definição jurídica suficientemente clara. Apesar de, na sociedade hodierna – sociedade de riscos constantes

e permanentes – ter sua relevância em ascensão meteórica. Normalmente, não se conceitua a culpa em si, mas "o crime culposo" ou "a conduta culposa". Definir secamente uma ação culposa é algo simples: é ação na qual se verifica a presença da culpa. Definir a culpa, de outro lado, nada tem de trivial. E é uma providência indispensável, uma vez que o conceito de ação culposa, sem a definição da culpa, é pura inocuidade.

Há quem chegue a definir a culpa já como uma *conduta*;[45] outros a descrevem de modo que tanto pode nos induzir à sua consideração como uma ação (de "infração a uma norma de cuidado"), quanto como um resultado (a infração da norma como violação em si).[46]

Consoante dissemos anteriormente, ressaltadas as dificuldades que a polissemia do termo *culpa* impõe, entendemos que a culpa possa ser definida em sentido normativo e em sentido subjetivo. Um importante fundamento da "revolução finalista", que modificou profundamente o Direito Penal dos Estados que prestigiaram, ainda que em parte, a genialidade de Welzel, repousa sobre a psicologia (ênfase no aspecto subjetivo da ação como fator determinante do significado da ação e do seu desvalor), como reconheceu o próprio autor ("Psicologia do Pensamento").[47] Não obstante haja sido relacionada mais estreitamente com o dolo, esta postura ideológica da ênfase psicológica (subjetiva)[48] se revela compatível também com as infrações de índole culposa, como *obras humanas* que são.

45. José Frederico Marques fez uso das lições de Maggiore e Costa e Silva (este segundo, tradutor e seguidor do pensamento do primeiro): "Culpa é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico não querido mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado". In: MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 2. Campinas: Millenium, 2002, p. 232.

46. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. v. 1. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 380.

47. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 11-12.

48. Enfatizar o aspecto subjetivo, ou incrementar a relevância do *conteúdo psíquico da ação* (*animus do agente*) não significa, de modo algum, oportunizar descuido ou enfraquecimento teórico quanto conteúdo objetivo das ações (representado, nos tipos penais, por elementos descritivos).

Tendo em vista que nem mesmo a divisão em *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo* é recomendável,[49] o ideal é lidar com a expressão *negligência* ou com a expressão *imprudência* para designar aquilo que seria chamado de *culpa stricto sensu*. Assim, teríamos *culpabilidade* (e não mais *culpa lato sensu*) e imperícia ou negligência (e não mais *culpa stricto sensu*). Suponhamos a predileção e a adoção do uso da expressão *imprudência* (preferida na Espanha) e passemos à conceituação. Evidentemente – é oportuno lembrar –, as atuais *modalidades da culpa* (negligência, imperícia e imprudência) se subsumiriam no conceito unificado de imprudência.

Culpa ou *imprudência*, em sentido normativo, é o *juízo de reprovação pela criação de um dano ou risco proibido a partir da quebra* ou *descumprimento* de um dever de cuidado objetivamente imposto pelos paradigmas de atenção e diligência razoavelmente exigíveis para a situação em concreto. Funciona como um rótulo de reprovação aposto aos comportamentos que, por conta da maneira irresponsável pela qual se processaram, oportunizaram riscos ou danos que seriam previsíveis e evitáveis se houvessem sido empregados os desvelos minimamente exigíveis para o caso. O desvalor da ação imprudente exsurge como conseqüência da desconformidade da execução da conduta em relação aos parâmetros de atenção e cautela objetivamente esperados.

Culpa ou *imprudência*, em sentido subjetivo, é a *desconsideração* (ato psíquico) de um dever de cuidado objetivo. Essa *desconsideração*, como ato psíquico, decorre do *estado de desatenção mental* que leva à ausência de previsão da possibilidade de criação de um dano ou risco proibido por uma dada conduta (*culpa* ou *imprudência inconsciente*); ou do *estado psicológico de excesso de confiança*[50] (depositada pelo agente

49. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 95.

50. Não se pode, aqui, transcender os lindes do *excesso de confiança* para se falar em *desprezo*, por exemplo. Pois a postura psicológica do desprezo, quando não invade a esfera própria do *dolo eventual*, dela se aproxima perigosamente. Em suma, adentrada a seara do desprezo, pode tornar-se tarefa verdadeiramente hercúlea a distinção confiável entre *culpa consciente* e *dolo eventual*. Diferentemente, em se tratando de excesso de confiança, não se afigura cogitável a *assunção do resultado*, posto que, na pior das hipóteses, o agente, que até vislumbra como possível o evento danoso, jamais acredita na sua verificação.

em si próprio, em terceiros, ou na aleatoriedade), que induz o agente a deixar de reconhecer a necessidade da adoção de certas cautelas e cuidados para evitar a criação de um dano ou risco proibido que, apesar de não *crido* (e nem *assumido*), foi representado intelectualmente (*culpa* ou *imprudência consciente*).

4. Referências bibliográficas

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*: parte geral. v. 1. 3. ed. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal*: parte geral. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

D'ÁVILA, Fabio. *Crimes culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, versão 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 2. Campinas: Millenium, 2002.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte especial. v. 2. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. 2. ed. São Paulo: 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

WELZEL, Hans. *Culpa e delitos de circulação:* sobre a dogmática dos crimes culposos. *Revista de Direito Penal*, fascículo 3. Rio de Janeiro, jul.-set., 1971.

_____. *Direito penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. *O novo sistema jurídico-penal*: Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al. Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal

Luciana de Medeiros Fernandes
Especialista, mestre e doutoranda em Direito Público pela UFPE.
Assessora de Desembargador Federal do TRF da 5ª Região.
Professora do Curso de Especialização em Direito da UFPE.

Sumário: 1. Introdução: o direito e os fatos. A casuística no direito penal – 2. O desenvolvimento dos estilos penais ao longo dos tempos – 3. Garantismo penal *versus* absolutismo penal – 4. Conclusão: a questão penal brasileira entre a maximização e o minimalismo do direito penal – 5. Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho pretende analisar o embate estabelecido entre as teses concernentes ao direito penal máximo e ao direito penal mínimo, a partir da consideração evolutiva da destinação do direito penal e da pena.

Palavras-chave: Direito penal – Garantismo penal – Absolutismo penal.

Abstract: This paper intends to analyse the established conflict between the thesis concerning Maximum Criminal Law and Minimal Criminal Law based on the developing consideration of application of Criminal Law and the penalty.

Keywords: Criminal law – Criminal guarantee – Criminal absolutism.

Área do direito: Penal; Criminologia.

1. Introdução: o direito e os fatos. A casuística no direito penal

Uma das primeiras noções transmitidas, para os iniciantes do curso de Ciências Jurídicas, é a representada pela expressão *ubi societas, ibi jus*, designativa da indissociabilidade entre vida social e direito e referida mesmo como pressuposto metodológico do direito dogmático.[1] Um dos matizes desse adágio revela a necessidade de sincronia entre os fatos sociais e as normas jurídicas editadas com vistas à regulação dessa realidade fática, sob pena de configuração de lacunas de regulamentação com intumescência da atuação imprevisível do intérprete, quando dados concretos não são atendidos por normas, ou de impressões de inabilidade dos agentes reguladores e crises de legitimidade e desobediência civil, quando às normas não correspondem – ou deixam de com elas consonarem – ocorrências reais. Com essa máxima, vêm exigências em favor de um direito que se aperfeiçoe e evolua na mesma proporção quantitativa e qualitativa das mutações e carências verificadas na sociedade, de modo a implementar com perfeição sua função imanente, qual seja a de solução dos conflitos intersubjetivos. Mais ainda, é de se dizer que, segundo as características hodiernas da nossa organização jurídica, sendo o Estado detentor do monopólio de produção e de aplicação do direito,[2] dele se exigem ações e reações sempre tempestivas e coerentes, de tal sorte que a capacidade e a credibilidade das instituições estatais estão, a todo tempo, em teste. Por fim, é preciso realçar que, a despeito do apuro técnico de um dado sistema jurídico, tal

1. Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. *Separata de Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.]. p. 156.

2. Essa afirmação não deve ser tomada como negação ou olvido à crescente participação dos corpos intermediários existentes na sociedade, inclusive com capacidade normativa (pluralismo jurídico), evidenciados, *exempli gratia*, no conceito de terceiro setor e nos movimentos sociais ditos emancipatórios, que, de outro lado, não são concebidos em suplantação à figura do Estado, perpetuado – pelo menos até o momento – como instância reguladora e decisória por excelência, controladora dos individualismos e dos interesses parciais desagregadores.

primor não reverterá em eficácia social, ou se concretizará deficientemente, se a sociedade a qual se dirigir tiver sido abandonada em todas as suas demais dimensões, sobretudo aquelas relativas a necessidades de subsistência.

Esses aspectos se tornam ainda mais marcantes no âmbito do direito penal, em vista da natureza dos fatos regulados e das espécies de conseqüência que a ele se associam. Realmente, significativo constatar que, no senso comum, especialmente, o fenômeno jurídico se resume em grande medida ao direito penal, apresentando-se, os demais ramos do direito, com feição secundária ou, a dizer, sendo menos lembrados. Por certo, mostrar-se-á muito mais fácil para o leigo definir em que consiste um crime a detalhar o que é um contrato de compra e venda inválido ou transgredido, porquanto ao primeiro se vinculará algo corpóreo, próximo, e ao segundo, uma percepção imaterial, remota. De igual modo, entre delinqüente e devedor,[3] a repreensão popular será destinada com maior veemência àquele. Isso decorre do fato de o direito penal lidar exatamente com o tipo de relação humana que mais escandaliza em sua forma (de menoscabo ao interesse público) e em seus efeitos (encarceramento e restrições socialmente sentidos). Ademais, os meios de comunicação de massa estimulam essa aproximação, mediante detalhada divulgação, seja com intuitos mercantis, seja como forma de alienação a problemas de base, seja – para quem quiser crer – para retratar fidedignamente a vida real. Assim é que, se o direito é fato social, o direito penal é ainda mais socialmente referenciado – se isso pode ser dito.

De outro lado, contudo, enquanto no âmbito do direito privado é possível realizar tudo o que a lei não proíbe – o que abre ensanchas à melhor acomodação entre normas e fatos sociais, pelos variados exercícios hermenêuticos de adequação, diminuindo as insurreições contra a incompletude do ordenamento jurídico e a sensação de falência da vida social –, no direito penal, como, de regra, no direito

3. "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel", nos termos da Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5.º, LXVII).

público, vige, como preceito fundamental – garantia individual –, o princípio da legalidade estrita, "não havendo crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", de modo que, nesse campo, a insatisfação com a ordem jurídica posta se verifica em maior grau, pelo apregoamento da constante insuficiência da regulação frente à velocidade das modificações das formas de relacionamento social, com as correlatas violações. A par dessa evidência, o grande problema repousa nas respostas legislativas às reclamações contra a deficiência normativa, sobretudo quando essas soluções são propostas desordenadamente, concebidas no calor e na emoção das polêmicas, mais voltadas ao arrefecimento dos ânimos que ao acertamento do sistema penal, sem aprofundamento das discussões e das reais necessidades embutidas nas queixas, e insensíveis à coerência sistêmica do ordenamento.

Outrossim, impende considerar que, nos tempos atuais, o crime foi trivializado. Essa verificação não é apenas numérica. É certo que as estatísticas demonstram o crescimento da violência e da prática delituosa. Entretanto, a leitura dessas informações deve levar em conta a maior transparência com que hoje são tratadas – inclusive quanto à criminalidade nas classes sociais mais abastadas, embora essas ainda cobertas –, bem como as variações quantitativas segundo as modalidades criminosas típicas de cada época, já que esse também é um dado móvel. A banalização de que se fala não se restringe à compreensão desse incremento numérico, estando caracterizada, sobretudo, a) pela exploração do crime como produto de consumo – estampa capas de revistas, corresponde à temática-gênero de certos jornais impressos e programas televisivos, ilustra campanhas publicitárias, é assunto de livros de conveniência –, b) pelo tratamento superficial e irresponsável que lhe é dado – limitado à exposição de cenas horripilantes das desgraças e da degradação humana, sem textos esclarecedores, críticos e construtivos –, c) pelo discurso do "fechamento em suas casas", pois o "homem-inimigo" está do lado de fora – em detrimento do engajamento pela dignidade –, d) pela desconsideração do aparelho coercitivo estatal – levando

à formação de grupos que, retornando à vingança privada, entendem acertado fazer justiça com as próprias mãos, diante da ausência ou da demora de ação do Estado –, bem como e) pela apresentação do crime como causa mor da deterioração social e impediente do progresso da sociedade.

Assim, não podendo o direito se dissociar dos fatos que visa a regular e apresentando-se a normatizar realidade midiaticamente marcada pelo crime, pelo barbarismo, pela insegurança e pela iniqüidade, eclodem manifestações em favor do endurecimento do Estado e do agravamento das penas e dos regimes de cumprimento, concebendo-se a sanção como retribuição e revindita e conferindo-se ao sistema penal função repressiva e intimidante (direito penal máximo). Sustenta-se que "a população, assolada diariamente pela atuação impune dos criminosos, e revoltada com a omissão estatal, clama por um Direito Penal mais forte, mais atuante, mais condizente com a realidade enfrentada pela parcela maior da coletividade, que não tem condições de se esconder sob o manto hipócrita de teorias penais ilegítimas".[4] Tais movimentos, bem sucedidos, em termos de repercussão,[5] à medida que insuflados e difundidos pelos meios de comunicação – esfera, diga-se, que é comum, mas não é pública –, esbarram na resistência dos que defendem justamente o caminho inverso, pelo qual o direito penal passaria a ter feição subsidiária, de *ultima ratio*, apenas justificando-se a sua incidência quando esgotados outros meios de controle social (intervenção mínima do direito penal), mesmo porque, segundo dizem, seria empiricamente demonstrável a imprestabi-

4. ANDREUCCI, Ricardo Antônio. O direito penal máximo. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, out.-nov., 2000. p. 48.

5. E, em alguns casos, também na prática. Nesse sentido, João José Leal tece considerações sobre os doze anos de vigência da Lei de Crimes Hediondos, identificada como "lei de ocasião", "lei de paixão" e "direito penal da severidade". Ressalta que a Lei 8.072/90 é "filha natural da 'indústria do seqüestro' dos anos 80", bem como que as posteriores alterações decorreram do assassinato da atriz Daniela Peres (inclusão do homicídio qualificado no rol de crimes hediondos), do episódio da Favela Naval (edição da Lei 9.455/97) e da síndrome da insegurança medicamental (promulgação da Lei 9.677/98). LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais 40/155*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

lidade da severidade das penas na contenção da criminalidade, além do que essa rigidez poderia ser manejada com vilipêndio aos direitos humanos.[6]

O presente trabalho busca, exatamente, discutir esse embate, a partir da consideração da função do direito penal e da finalidade da pena, segundo as várias teorias já desenvolvidas sobre o tema.

2. O desenvolvimento dos estilos penais ao longo dos tempos

Efetuando um corte cronológico – para fins de melhor delimitação do tema a investigar –, pode-se partir da época que antecedeu, mais proximamente, à formação da organização política moderna, momento historicamente caracterizado pela desintegração do Império Romano e pelo apogeu do feudalismo. Estabeleceu-se, nesse instante – embora não instantaneamente –, uma sociedade eminentemente fragmentária, anárquica, dotada de vários centros de poder, que não tinham como ser conglobados, haja vista a ausência de uma autoridade

6. Quanto a essa vertente, retornando à Lei de Crimes Hediondos, houve manifestação do Pleno do Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade da imposição legal do cumprimento de pena por crime hediondo em regime integralmente fechado (art. 2.o, da Lei 8.072/90), o que restou feito no bojo do HC 82.959/SP, cujo julgamento recebeu a seguinte ementa: "Pena – Regime de cumprimento – Progressão – Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso, que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena – Crimes hediondos – Regime de cumprimento – Progressão – Óbice – Art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – Art. 5.o, XLVI, da CF/88 – A imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2.o, § 1.o, da Lei 8.072/90" (decisão por maioria, em 23.02.2006). Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 27.11.2007. Sobre o assunto, importante considerar, ainda, a decisão da Primeira Turma do STF, que, nos autos do HC 84.414/SP, determinou que há possibilidade de *sursis* a condenado por crime hediondo. STF. HC 84.414/SP, da 1ª T. do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14.11.2004. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 26 nov. 2004. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em: 18.01.2006. De mais a mais, não se olvide a edição da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2.o, da Lei 8.072/90, dispondo sobre o regime de cumprimento da pena para os crimes hediondos, que será, inicialmente, fechado.

que, em relação a eles, se impusesse. Nessas comunidades parciais vigoravam relações de vassalagem, em que o senhor feudal detinha a autoridade, inclusive no que toca à distribuição de justiça penal nos crimes comuns, o que se fazia "através de critérios largamente arbitrários que redundavam com freqüência na aplicação de penas cruéis".[7]

Com o correr dos tempos, verificou-se um crescente movimento comercial, que ultrapassava mesmo os limites dos feudos e que exigia uma certa unificação, sobretudo de ordens jurídicas, que viesse a proporcionar a satisfação das necessidades mercantis. Surgia aí, da revigoração do comércio, uma nova classe social: a burguesia capitalista. E a burguesia propiciou o renascimento urbano. O crescimento econômico da burguesia se contrapunha ao sistema feudal, de natureza estanque. Ademais, exigia segurança que o direito costumeiro, até então predominante, não era capaz de oferecer, de modo que, nesse momento, observa-se o acatamento, em substituição, do direito romano. Desenvolvendo-se as relações mercantis, exsurge o direito comercial e, no que tange ao direito penal, mantidas, ainda, as bases iniciais, no nascedouro burguês (alteração de suporte se verifica, verdadeiramente, apenas *a posteriori* com a concepção do modelo liberal), vê-se enfatizar os delitos relacionados ao patrimônio.[8]

Monarca e burguesia viveram uma relação de mutualismo. Apercebendo-se do vigor da classe nascente, que se constituía mesmo em um terceiro poder, ao lado da Igreja e do rei, resolveu esse apoiá-la na consecução dos seus objetivos, como forma de alcançar a hegemonia. A unidade almejada pela burguesia apenas seria possível através da centralização do poder nas mãos do monarca. Assim, surgiu o Estado, ao qual se atribuiu o poder supremo, inclusive, a partir do secularismo. Unificou-se, destarte, a autoridade máxima na figura do monarca, confundido-o

7. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade. Fundamentos do direito penal moderno.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 10.

8. Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade. Fundamentos do direito penal moderno.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 15-17.

com a própria organização política nascente, que reuniu os processos de produção legislativa e de aplicação do direito – como forma mesmo de preservação –, pondo fim ao fracionamento da época anterior.

Nesse contexto, o manuseio do direito, e especificamente do direito penal, se fazia em função, predominantemente, do interesse estatal – a dizer, por superposição, da conveniência do soberano, na manutenção da soberania, conforme evidenciado em Thomas Hobbes no sentido do "direito de punir que pertence ao Estado (isto é, àquele ou àqueles que o representam)"[9] –, caracterizando-se, a execução das leis penais, pela desigualdade e pela arbitrariedade, especialmente porque, no entorno do rei, constituiu-se uma aristocracia privilegiada e intangível. Como reflexo, à pena se atribuía finalidade atemorizadora e expiatória e ao processo penal, feição inquisitiva. Segundo Hobbes, "o medo é a única paixão que impede o homem de violar as leis",[10] de sorte que a pena era conceituada como "um dano infligido pela autoridade pública, àquele que fez ou omitiu aquilo que, pela mesma autoridade é julgado transgressão da lei, com a finalidade de que a vontade dos homens fique, desse modo, mais inclinada à obediência".[11] Assim, as penalidades a que eram submetidos os criminosos podiam se materializar em penas pecuniárias (privação de dinheiro, confisco de bens), corporais (morte, tortura, flagelação, encarceramento) e consistentes em ignomínia (declaração de indignidade). A cominação dessas – de regra, com absoluta desproporção entre a modalidade punitiva e o ato criminoso e,

9. HOBBES, Thomas. *Leviatã. Ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 223. V. também FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 33: "Diante da justiça do soberano, todas as vozes devem calar-se".

10. HOBBES, Thomas. *Leviatã. Ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 215.

11. HOBBES, Thomas. *Leviatã. Ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 223. Maquiavel diz que ao príncipe "é muito mais seguro ser temido que amado", pois o temor, e não o amor, é que garantiria obediência. MACHIAVELLI, Niccoló. *O príncipe.* Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Atena, 1957. p. 100.

muitas vezes, com forma de revide – se fazia através de processo marcado pela concentração de poderes nas mãos do Julgador – que agia sem limitadores –, pela certeza e pela ênfase na prova confessória, inclusive mediante emprego de suplício, do sugestionamento pela violência. Destaca-se, ademais, como característico do direito penal pré-liberal, a insubmissão ao princípio da legalidade: "Freqüentemente elas [as penas] eram indeterminadas e a doutrina sustentava que tinham por finalidade a correção do sentenciado, o que não correspondia à realidade".[12] Em síntese, as sanções aplicáveis tinham compleição intimidativa, retributiva e de prevenção geral.

Contrapondo-se ao absolutismo monárquico, emergiu, no decorrer do processo histórico, o Estado liberal, especialmente percebido como Estado de Direito. Seu principal teórico, John Locke, norteava-se pela tríade "liberdade, igualdade e propriedade"[13] e centrava a supremacia do poder no legislativo. Montesquieu, com a sua separação de poderes, também teve um papel crucial no estabelecimento das novas bases.[14] Ressaltava Locke que a sociedade política existia, na medida em que possuía o poder de preservar a propriedade e de punir os delitos dos seus membros. Assim, "apenas existirá a sociedade política ali onde cada qual dos seus membros renunciou a esse poder natural, colocando-o nas mãos do corpo político em todos os casos que não o impeçam de apelar à proteção da lei por ela estabelecida".[15] A sociedade civil, portanto, revelar-se-ia como corpo único, dotado de leis e autoridade decisória e punitiva, um "corpo político sob um único governo supremo".[16]

12. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade. Fundamentos do direito penal moderno.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 46.

13. KUNTZ, Rolf. Locke, Liberdade, igualdade e propriedade. In: QUIRINO, Célia Galvão; VOUGA, Cláudio; BRANDÃO, Gildo Marçal. *Os clássicos do pensamento político.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p. 91.

14. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis.* Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

15. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo.* Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 458.

16. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo.* Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 460.

Originado, dessarte, através de uma relação de confiança, o governo legítimo, cuja principal finalidade era garantir a conservação da propriedade, devendo essa ser entendida num sentido amplo, alcançando vida, liberdade e bens. Esse governo deveria se caracterizar por uma lei estabelecida, aceita mediante consentimento comum; juiz conhecido e imparcial, para resolver as controvérsias; e um poder para garantir a execução da decisão. O legislativo – que ele diferenciava decisivamente do executivo, colocando esses poderes em mãos distintas – era o poder supremo da sociedade política, tendo em conta que "não pode um juramento a um poder externo qualquer ou a algum poder interno subordinado dispensar nenhum membro da sociedade de sua obediência ao legislativo, que delibera segundo seu encargo, nem obrigá-lo a nenhum tipo de obediência contrária às leis assim promulgadas ou mais além do que o admitido por estas, pois é ridículo imaginar alguém definitivamente obrigado a obedecer a qualquer poder dessa sociedade que não seja o supremo".[17] Mas esse poder supremo deveria atentar para uma série de limitações, decorrentes mesmo da razão (Estado com intervenção limitada). Assim, não poderia ser arbitrário, pois "ninguém pode transferir a outrem mais poder do que ele próprio possui; e ninguém dispõe de um poder arbitrário absoluto sobre si mesmo, ou sobre quem quer que seja, para destruir sua própria vida ou tomar a vida ou a propriedade de outrem". O poder legislativo estaria limitado ao bem comum.[18] Outrossim, as leis deveriam ser expressas, promulgadas e perenes, para que pudessem servir de fundamento às decisões dos juízes imparciais, à medida que leis extemporâneas gerariam incerteza e insegurança, caracterizando uma situação muito mais inconveniente do que o estado de natureza. Uma terceira restrição diz respeito mesmo ao fim do governo civil, que é a proteção da propriedade, de modo que "o poder supremo

17. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 504.

18. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 504-505.

não pode tomar de homem algum nenhuma parte de sua propriedade sem o seu próprio consentimento".[19]

Reconheciam-se, ademais, ao homem, diante do Estado e a ele oponíveis, direitos naturais, a dizer direitos humanos caracterizados pela universalidade, pela inalienabilidade, pela imprescritibilidade e pelo caráter absoluto. Isso, contudo, era concebido a partir de uma visão utilitária, operativa, e não lhanamente humanista, como poderia parecer à primeira vista. A manutenção do absolutismo, com todas as deturpações e os abusos gerados pela centralização ilimitada de poderes, tornou-se inconveniente, sobretudo para a progressão das pretensões burguesas, sendo que, nesse momento, a nobreza não mais representava um instrumento útil à imposição dos objetivos expansionistas, mas sim um empecilho à implementação dos escopos da burguesia capitalista, cada vez mais ampliados e apenas compatíveis com Estados do tipo mínimo. Nessa contextura, notadamente informada pelo iluminismo, o direito penal sofreu também modificações importantes, embora deva ser realçado que "as teses iluministas no âmbito do direito penal não causaram a extinção imediata do direito penal absolutista",[20] de modo que a doutrina refere a diferença "entre o direito penal 'humanizado' do despotismo iluminado e o direito penal moderno", sendo que apenas nesse se "afirmou a igualdade essencial entre todos os homens".[21]

A obra-marco do direito penal moderno é *Dos delitos e das penas*, de 1763, de Cesare Beccaria. Segundo o autor as leis "são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conser-

19. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 509.

20. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade. Fundamentos do direito penal moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 66.

21. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade. Fundamentos do direito penal moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 68.

vação".[22] Contudo, essa união sob leis não se mostraria bastante não fossem as penas definidas aos violadores das normas, sanções apresentadas como "motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos".[23] Funda-se o direito de punir, assim, sobre a necessidade de manutenção do pacto associativo, "defendendo o depósito do bem comum" contra as iniqüidades perpetradas pelos indivíduos, "e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos".[24] Sublinha, o autor, que tal bem comum não foi o motivo que levou os homens a restringirem a sua liberdade, em favor da convivência social – "essa quimera só existe nos romances", consoante assevera –, haja vista que essa limitação foi admitida, unicamente e de modo utilitário, pela necessidade da vida em congregação.[25]

Desses raciocínios iniciais, extraiu ele algumas conclusões: a) os poderes legislativo e jurisdicional estão separados (o legislador define, através da lei, os delitos e as sanções, e o juiz julga, silogisticamente, em atenção às delimitações constantes da lei, sendo-lhe vedado, inclusive, interpretações inovadoras – preeminência do princípio da legalidade e sistema de penas fixas, com reconhecimento do pedagogismo da codificação); b) necessária a imparcialidade do magistrado, que não distinga entre o rico e o pobre, entre o soberano, os nobres e os demais membros da sociedade (princípio da igualdade); c) é preciso a abolição de penas atrozes. Justificou, outrossim, cada uma dessas ilações: a) a confusão dos poderes e a interpretação variante em função da unicidade de cada homem levaria à desor-

22. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 41.

23. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 41.

24. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 42.

25. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 43. Daí considerar que "a verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade" (p. 54).

dem, ao abuso, à arbitrariedade, à incerteza e à insegurança e, conseqüentemente, à indesejável instabilidade demolidora do contrato social; b) o parcialismo dos julgadores agrediria a sociedade e alimentaria a sedição; c) a crueldade do sistema punitivo não seria freio aos delitos – a infalibilidade de sua incidência, sim –, bem como não seria compatível com os benefícios que decorreriam do comando de "homens felizes", porque instigadora de sublevações e do mal social.[26]

Especificamente, quanto a essa última asseveração, é de Beccaria a proposta de instituição efetiva da proporcionalidade entre os delitos e as penas. Significativo o seguinte excerto da obra clássica: "Se o prazer e a dor são a força motora dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens às ações mais sublimes foram colocados pelo Legislador invisível o prêmio e o castigo, a distribuição desigual destes produzirá a contradição, tanto menos evidente quanto mais é comum, de que as penas punem os delitos que fizeram nascer. Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, *os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior*, se dele resultar uma vantagem maior".[27] A parte em destaque no texto corrobora com a assertiva de que, em Beccaria, os direitos e as garantias concedidas aos indivíduos derivavam não propriamente de razões de humanidade – embora o humanitarismo seja apresentado pelo autor como forma de coarctação do Estado, revelando a transposição da ênfase do monarca à sociedade –, mas de resguardo do pacto social. Nessa direção Quintiliano Saldaña esclarece que "apesar das suas [de Beccaria] declarações individualistas, a pessoa do culpado continua a não ter importância nessa doutrina e o seu valor antropológico continua a ser ignorado".[28] Confirma, finalmente, essa conclusão, a compreensão

26. V. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas.* Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 44-49.

27. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 52. Com destaques que não estão no original.

28. SALDAÑA, Quintiliano. *Nova criminologia.* Trad. Alfredo Ulson e V. de Alcântara Carreira. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 62. Destaca o autor que Beccaria transformou a "antropologia criminal sentimental numa antropologia criminal racional ou utilitária" (p. 59).

sobre a finalidade da pena, associada à prevenção geral negativa, à reverberação para o futuro, diante da imodificabilidade do passado:[29]

"Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranqüilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo.

É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu".[30]

Diante desse quadro, insta considerar o que Michel Foucault mencionou de um deslocamento do corpo à alma, em termos de objeto da ação punitiva, no decorrer do processo de "afrouxamento da severidade penal":

29. Importante considerar que, para Beccaria, "é melhor prevenir os delitos do que puni-los", prevenção que se pode incentivar através da premiação, bem como da demonstração da indefectibilidade das penas, ainda que suaves. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 130 e 136. No prefácio desse livro, Ricardo Campa aduz que "Beccaria opõe a concepção catártica da pena, de inspiração platônica, a concepção utilitarística da prevenção". E segue: "Esta última concepção – que visa a fundamentar o princípio da retribuição da pena – justifica-se com a pressuposição de que o réu é uma pessoa socialmente pouco integrada ou não completamente capacitada para atuar, de modo solitário, com os próprios semelhantes. Tal princípio vê na pena uma função, por assim dizer, em negativo, visto que desconsidera os fenômenos circundantes que provocaram a infração" (p. 19). Analisando também a prevenção em Beccaria, Ricardo de Brito Freitas destaca que "em Beccaria, a prevenção é sobretudo a geral, mas também a especial está presente em sua obra", haja vista a intenção inibitória de outras condutas criminosas de que se reveste a penalidade. Desse modo, o autor enquadra Beccaria no âmbito das teorias relativas da pena. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade. Fundamentos do direito penal moderno.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 104.

30. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 62.

"Se não é mais ao corpo que se dirige à punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Mably formulou o princípio decisivo:

Que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo".[31]

Foucault observou que Beccaria se inseriu num período histórico marcado pela modificação do tipo de criminalidade, no sentido de que os atos criminosos passaram a ser realizados, sobretudo, contra o patrimônio e, não tanto, contra o corpo ("passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude"). Concluiu, assim, que a suavização das leis decorreu de uma moderação dos crimes,[32] negando a compleição humanitária que se poderia antever nas teorias beccarianas, ao afirmar que "o que se vai definindo não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados – os suplícios ainda são freqüentes, mesmo para os crimes mais leves – quanto uma tendência para uma justiça mais desembaraçada e mais inteligente para uma vigilância penal mais atenta do corpo social".[33] Outrossim, o autor de *Vigiar e Punir* enunciou as principais regras do poder de punir moderno:

31. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 18. O destaque é do original. Importa gizar que esse efeito do escarmento sobre a alma, em Beccaria, tem por destinatário especialmente todos os demais componentes do grupo social, no sentido da despersuasão.

32. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 65-66.

33. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 66. Adiante, sublinha o autor: "Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a 'reforma' propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente

a) regra da quantidade mínima (se a punição é um pouco mais desvantajosa que o resultado obtido com a prática do crime, o indivíduo será dissuadido de realizá-lo); b) regra da idealidade suficiente (o pior – melhor em termos de eficácia – da pena é a sua representação no imaginário e não a sua concretização na realidade); c) regra dos efeitos laterais (a pena deve reverberar para alcançar especialmente o todo e não apenas o condenado); d) regra da certeza perfeita (as leis que tipificam os crimes e as penas devem ser claras, públicas, escritas e não afastáveis por expressões de misericórdia dos não-legisladores, além do que se deve repelir qualquer possibilidade de impunidade); e) regra da verdade comum (a admissão do crime não pode prescindir da necessária comprovação, assim como o correspondente processo deve se voltar para a pesquisa da verdade); f) regra da especificação ideal (imprescindível a caracterização e a classificação precisa das modalidades criminosas e a individualização das penalidades correlatas).[34] No respeitante às sanções, enumerou como condições de utilidade: a) perfeita conformidade (mínimo de arbitrariedade) entre a pena e o crime, de modo que dele ela seja um sinal; b) avivamento da representação da pena e dos seus tormentos, para dissolver os atrativos do crime; c) modulação temporal da pena, de sorte que ela seja atenuada à medida que seu cumprimento vai produzindo os efeitos esperados; d) concepção da pena como destinada ao conhecimento de todos (vedação às penas secretas), assumindo a forma de parâmetros ou lições para o agir; e) adoção da pena como expressão da lei e do apenado como exemplo; e) representação, pela pena, da desgraça do crime.[35]

Sobre o processo, diz Beccaria que deveria ser dado ao réu "o tempo e os meios oportunos para justificar-se", "mas um tempo tão breve que não prejudique a prontidão da pena", ou seja, que não apague a lembrança do mal e, pois, a

no corpo social o poder de punir./A conjuntura que viu nascer a reforma não é portanto a de uma nova sensibilidade; mas a de outra política em relação às ilegalidades" (p. 69-70).

34. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 79-84.

35. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 87-94.

razão da punição, o que acarretaria perda do seu caráter exemplificativo e de sua finalidade desanimadora ou refreadora da conduta criminosa.[36] Em relação aos procedimentos, importa considerar o destaque dado pelo autor aos interrogatórios e depoimentos, ao afirmar a proscrição pela lei dos interrogatórios ditos sugestivos – "segundo os criminalistas, o interrogatório deve, por assim dizer, envolver o fato como uma espiral, sem jamais alcançá-lo por via direta".[37] No que tange às formalidades – desde que não danosas à verdade –, entendia "indispensáveis à administração da justiça, quer porque nada deixam ao arbítrio de quem a administra, quer porque sugerem ao povo um julgamento não-tumultuário e parcial, mas sim estável e regular, quer, enfim, porque as sensações, mais do que os raciocínios, produzem impressões eficazes sobre os homens imitadores e escravos do hábito".[38]

Conclui o autor, a sua obra-prima, com uma certa irresolução, diante dos argumentos deduzidos ao longo do texto:

"Concluo com uma reflexão, a de que a grandeza das penas deve ser relativa ao estado da nação mesma. Mais fortes e sensíveis devem ser as impressões sobre os espíritos endurecidos de um povo apenas emergido do estado selvagem. É preciso o raio para abater um leão feroz que não se abala com o disparo do fuzil. Mas à medida que os espíritos se abrandam nos estados de sociedade, cresce a sensibilidade e, com ela, deve decrescer a força da pena, se houver que se manter constante a relação entre o objeto e a sensação.

De quanto se viu até agora pode tirar-se um teorema geral muito útil, mas pouco conforme ao uso, esse legislador ordinário das nações, a saber: para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve

36. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 106.

37. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 125.

38. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 126.

ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis".[39]

Beccaria é representante da chamada primeira fase do classicismo penal, ou fase filosófica, engendrada como simples oposição ao direito penal pré-liberal. A segunda fase da "escola"[40] clássica é denominada de jurídica, teve em Carrara a sua figura central e buscava, já realizado o desmantelamento das idéias antecedentes, a construção de novos paradigmas.

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade, nessa escola, "a teoria penal recebe um caráter demonstrativo de um sistema fechado, que deve legitimar-se perante a razão mediante a exatidão matemática e a concatenação lógica de suas proposições".[41] O direito penal é, assim, percebido segundo uma concepção racionalista, anistórica, transcendente, desenvolvida no âmago de uma realidade incitada pelos ideais iluministas e liberais. O direito penal clássico é, nesse sentido, marcadamente garantista – protetor da esfera individual contra o despotismo –, em vista mesmo do momento histórico em que foi gerado. Ademais, o método, através do qual se exprime, baseia-se na dedução, no silogismo e na subsunção, visto como modalidade de contenção de desmandos.

O maior representante desse período, Carrara, divergindo do antecedente, Beccaria, calcava o direito penal numa lei divina (compreensão católico-tomista), e não em um contrato social, além de fundá-lo na idéia de livre arbítrio, enquanto capacidade de autodeterminação, liberdade do homem de proceder de conformidade com o direito ou contrariamente a ele, dando ensejo à percepção da responsabilidade penal alicerçada na moralidade. Nessa contextura, o crime foi

39. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 52.

40. Entre aspas, porque muitos estudiosos não consideram o classicismo penal como uma escola, no sentido da congregação por postulados comuns ou coincidentes, justamente por sua heterogeneidade.

41. ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 48.

expresso por Carrara como um "ente jurídico", racionalmente posto, consistente na violação de um direito, sendo a pena uma resposta da própria ordem jurídica. Se, de um lado, isso implicou em dissociar o crime da realidade dos fatos sociais – por admitir a sua significância apenas em função do direito –, de outro lado, permitiu o detalhamento dos elementos estruturais do crime, a partir de uma análise lógico-formal.[42] Importante considerar, que, no classicismo penal, a figura do criminoso não é enfatizada, à medida que identificado com o homem normal, apresentando-se hegemônico na análise o próprio fato criminoso. Especificamente, no que tange à pena, o autor em comento se afasta da tese da finalidade preventiva, própria das teorias relativas (como a que seguia Beccaria), e, ao partir da consciência e da voluntariedade do atuar criminoso, adere ao entendimento do escopo retributivo, reunindo-se aos adeptos das teorias absolutas, como Hegel. Desse último autor é a afirmação que segue:

"A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu acto. Porque vem de um ser de razão, este acto implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.

[...]

Na ciência vulgar, a definição de uma essência (no caso a pena) é extraída da representação universal da experiência psicológica, e indicaria esta que o sentimento geral dos povos e dos indivíduos perante o crime é, e sempre foi, o de que o crime merece a punição e o criminoso deve responder pelo que fez. É preciso não esquecer que as ciências que na representação universal procuram a origem das

42. Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 55.

suas determinações também, por outro lado, aceitam princípios que contradizem estes chamados dados gerais da consciência.

[...]

Neste domínio do direito imediato, a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se constituir uma compensação. Quanto à forma, ela é a acção de uma vontade subjetiva que, em cada dano que se produz, insere o seu indefinido e representa portanto uma justiça contingente. Às outras consciências aparece como uma vontade particular, e a vingança torna-se uma violência. Cai, por meio desta contradição, no processo do infinito e indefinidamente se transmite de geração em geração.

[...]

Exigir a solução desta contradição [...], que aqui se cinge às modalidades da abolição do crime, é a exigência de uma justiça isenta de todo o interesse, de todo o aspecto particular, de toda a contingência da força, de uma justiça que pune mas não vinga. É a exigência de uma vontade que, como particular e subjectiva, aspira ao universal como tal. Mas é no conceito de moralidade subjectiva que reside, não apenas essa aspiração, mas o resultado desse movimento".[43]

A segunda metade do século XIX foi assinalada por questões sociais emergentes extremamente relevantes, bem como por revolução científica que resultou em modificações paradigmáticas de grande porte, com alteração vertiginosa dos rumos então seguidos pela sociedade. De fato, a concentração urbana de trabalhadores em condição de subumanidade, o incremento da criminalidade e as políticas intervencionistas do Estado, associadas ao desenvolvimento das ciências, à derrocada das doutrinas metafísicas e ao ascendimento do positivismo, com a substituição da abstração racionalista pelo empirismo e a oposição entre o individual e o social, repercutiram, de modo expressivo, também no direito penal.

43. HEGEL, F. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores Ltda., 1990. p. 100-101, 105 e 107.

Ao classicismo, de cunho eminentemente filosófico, se imputaram todas as responsabilidades pelo malogro na debelação do crime, ao fundamento de que tal linha de pensamento teria se voltado ao agasalho do criminoso, dos seus direitos individuais, olvidando a sociedade e os seus interesses. Apontado as "causas da crise", Arturo Rocco destaca que um erro grave da escola clássica foi pretender "forjar un derecho penal diverso del consagrado en las leys positivas del Estado, un derecho penal de carácter absoluto, inmutable, universal, cuyo origen se remontara a la divindad, o a la revelación de la consciencia humana, o a las leys de la naturaleza, o a la leys del pensamiento y de la idea",[44] num direito penal divorciado da realidade. Destarte, o direito penal, nesse momento, é envolvido pela necessidade de insertação na experiência, de localização no processo histórico, com o abandono pleno da perspectiva metafísica e a compreensão a partir do perfilhamento do método indutivo ou causal-explicativo, apto a devolver a discussão ao plano do real. Edifica-se o positivismo penal,[45] que elege como objeto de preocupação a apreensão das causas da criminalidade, com vistas à proposição de instrumentos de controle, em benefício do corpo social tão agredido pelo crime, do qual não interessava o conceito (inutilidade da busca conceitual lógico-abstrata), porquanto assimilado como fato social. Segundo as teses positivistas, o direito penal não deveria se destinar a resguardar o indivíduo contra os excessos perpetrados pelo Estado, mas sim a proteger a sociedade contra o crime. É, como toda teoria, espelho do momento histórico conceptivo.

Na identificação das causas da delinqüência, os positivistas enxergaram o criminoso – "há um deslocamento do direito penal do fato (crime) para o autor (criminoso)"[46] –, a ele voltando os olhos de cientistas, negando-lhe o livre arbí-

44. ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 3. ed. reimp. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 5.

45. Positivismo penal não se confunde com positivismo jurídico, estando esse associado à dogmática, ao direito penal estatal.

46. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 160.

trio e amarrando-o, em adoção à postura determinista e à idéia de atavismo, aos fatores da criminalidade. Excluída a liberdade, foi suplantada a responsabilidade moral, que se substituiu pela responsabilidade social, decorrente da convivência em sociedade e, pois, da incompatibilidade entre vida agregada e comportamento criminoso. Nesse contexto, assoma César Lombroso e o seu "criminoso nato", com a publicação de *O homem delinqüente*, em 1876. As idéias antropológicas lombrosianas – desenvolvidas com base em estudos de "anatomia patológica", de "antropometria do crime", de biologia, psicologia e cultura do criminoso, feitos em cárceres nos quais trabalhara o autor[47] – abordam o criminoso, diversamente do que ocorria no classicismo, como um indivíduo diferenciado, com características próprias, específicas, que o distinguiriam do homem comum. Assim, haveria o homem criminoso (anormal) e o que conviveria em harmonia na sociedade (normal). É de Lombroso o destaque:

"Essa série de atos [crimes entre as plantas e os animais] têm evidentemente muito mais afinidade com aqueles que o homem civilizado chama de crimes; deles se aproxima por esse fenômeno que se poderia chamar a individualidade, em oposição aberta aos hábitos mais gerais, inatos e adquiridos que encontramos na mesma espécie. Aproxima-se ainda pelo fato de que tais atos prejudicam a espécie ou o próprio indivíduo – como as vinganças violentes das formigas contra suas companheiras ou contra os alfidídeos, o assassinato das fêmeas ou filhotes e a sodomia.

Quando refletimos (como diz muito justamente Ferri) que, em cem cães, cavalos ou elefantes não são todos esses animais, mas apenas um ou dois, os que se mostram maus, querelosos, indomáveis; que, em cem gatos, há bem poucos que negligenciam ou matam seus filhotes – não se pode negar que esta perversidade não seja devida a uma tendência toda pessoal e desconhecida dos

47. V. LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antônio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

outros indivíduos da mesma espécie, aos quais – graças a seu temperamento individual – o assassinato de seus semelhantes repugna tanto quanto apraz aos primeiros".[48]

Nesse palco, à pena, fundamentada na defesa social, se confere uma finalidade preventiva – renega-se a retributividade –, mas de prevenção especial, ou seja, vislumbra-se na sanção um instrumento de "inativação" do delinqüente (prevenção especial negativa) ou de reeducação e de ressocialização do criminoso (prevenção especial positiva). Citando, mais uma vez, Lombroso, afirmou ele da pouca utilidade das penas e da "possibilidade de obter melhores resultados através de meios menos brutais, pelos sucedâneos da pena".[49] É de se dizer, contudo, que a penalidade como mecanismo de reinserção social se destinava apenas a alguns criminosos, ou seja, aos que, por suas peculiaridades e, sobretudo, pela periculosidade, eram identificados como passíveis de retornar ao trato em sociedade. Portanto, a prevenção não suprimia totalmente a possibilidade de reação repressiva, mas também essa não tinha natureza de castigo, tratando-se assim de prevenção especial, como já mencionado, e não geral.[50] Ademais, considerando que não seria exeqüível definir *a priori* o tempo necessário para esse regresso à sociedade, em vista das disparidades entre os criminosos, as penas tendiam à indeterminação, de sorte que o prazo de permanência no regime de disciplinamento ficava ao alvedrio dos executores técnicos. Além disso, a severidade do positivismo – não há um liame perfeito entre ressocialização e

48. LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antônio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001. p. 64-65. Sobre a antropologia criminal no Brasil, v. CORACINI, Celso Eduardo Faria. A antropologia criminal no Brasil nas obras de Cândido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 41, jan.-mar., 2003. p. 177-205.

49. LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antônio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001. p. 73.

50. Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 163.

humanização – é demonstrada pela admissibilidade de aplicação de sanção antes mesmo do cometimento do ato criminoso.[51]

Lombroso fundou a criminologia, juntamente com Enrico Ferri e Rafaele Garofalo. Em Ferri, ampliam-se as considerações sobre a criminalidade, de modo que, enquanto em Lombroso as causas do crime se ligavam unicamente ao individual (perspectiva antropológica), em Ferri, os fatores da criminalidade eram agrupados – os positivistas tinham propensão à sistematização tipológica, reconhecida como inerente ao conhecimento científico – em três grandes grupos, a saber: individual, físico e social (enfoque sociológico). A partir do conhecimento da etiologia do crime e, conseqüentemente, da quantificação e da caracterização dos tipos criminosos, poder-se-ia estabelecer as medidas combativas adequadas a cada um deles e aos correspondentes delinqüentes. Ferri reportava-se, ainda, aos meios indiretos de prevenção do crime, denominados substitutivos penais, dele se destacando, ainda, a elaboração do conceito de responsabilidade social. "O fundamento do direito de punir (da Justiça Penal) reside no que Ferri denominou, no campo teórico, responsabilidade social (para com a sociedade) e, no campo prático, quando materializada em Lei, responsabilidade legal".[52] Especificamente, quanto à Garofalo, que expunha a aplicação de princípios do darwinismo ao estudo do direito penal ("darwinismo social") e se referia aos criminosos como as "más sementes" a serem extirpadas,[53] as duas principais contribuições consistiram na conceituação de delito natural, no sentido de atos percebidos pelo "senso moral" sempre como criminosos,[54] e de temibilidade, significando essa "a perversidade

51. Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 167-168 e 175.

52. ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 68.

53. Cf. VACCARO, M. Angelo. *Origem e funções das escolas penais.* Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 14 e 19.

54. V. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 109-114.

constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que há que se temer por parte dele, depois substituído pelo termo mais expressivo de periculosidade".[55] Quanto à finalidade da pena, o último autor, afastando-se dos demais, acolhe a função preventiva especial negativa, com a neutralização do delinqüente.

Do positivismo naturalista, espargiram a ciência penal e a criminologia. Particularmente quanto à ciência penal, difunde-se através do tecnicismo jurídico e evolui para a formação da dogmática penal (positivismo jurídico). Arturo Rocco assevera que, se o mérito do positivismo naturalista foi ter banido o transcendente do direito penal, de outro lado, levou essa incumbência ao extremo estreitando o direito penal à estatura de ciência empírica, de "apêndice da sociologia", de tal maneira que restou retirado do direito penal justamente o direito.[56] Também analisando os enganos das duas escolas, Vaccaro salientou que o classicismo pecou ao procurar "ora em Deus, ora na justiça absoluta, na moral e em outros conceitos nebulosos e fantásticos o fundamento do direito de punir, quando tal fundamento está no próprio fato da observação do poder constituído, ou seja, da ordem jurídica que é a sua forma extrínseca", de tal modo que a escola clássica se reduziu "a uma abstração oca, sem correspondência alguma com a vida real da sociedade humana".[57] De outra lado, a escola positivista, que ele designou de "nova escola", de igual modo teria se equivocado, pois, "partindo do falso princípio de que a sociedade é um organismo verdadeiro e próprio como o dos animais, de semelhança em semelhança, acabou por considerar como real e existente a sociedade ideal, que Romagnosi punha como modelo teórico", desprezando o dado concreto de que o poder seria constituído apenas em proveito de alguns e não no interesse de todos.[58]

55. ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 69.

56. Cf. ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal.* 3. ed. reimp. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 5-6.

57. VACCARO, M. Angelo. *Origem e funções das escolas penais.* Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 97.

58. Cf. VACCARO, M. Angelo. *Origem e funções das escolas penais.* Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 103.

Para corrigir os desacertos do classicismo e do positivismo penal, refere-se Rocco ao direito positivo vigente, "único que la experiencia nos señala y en el cual solamente puede encontrarse el objeto de una ciencia jurídica como lo es la del derecho penal y como debe y ha de continuar siéndolo".[59] Prega, o doutrinador, a adoção de uma orientação técnico-jurídica, por meio da qual se arquitetasse uma teoria jurídica dos delitos e das penas, de modo que esses elementos fossem estudados à luz do ordenamento jurídico positivo que os regula. A separação do direito penal em relação à sociologia, à antropologia, à psicologia, à estatística e a outras ciências sociais – ou a consideração dessas (inclusive da criminologia) a título subsidiário –, como necessidade mesmo de especialização científica, não implicaria, segundo constata Rocco, em apartamento quanto às necessidades sociais que o direito positivo deveria alcançar, à medida que essas exigências, integradas no conceito de justiça, constituiriam o "fundamento intrínseco do direito positivo".[60] Com esse sustentáculo, o autor, buscando inspiração no direito privado, aponta as três etapas da investigação jurídica, realizáveis no campo do direito penal: a) a exegética (ou interpretativa, de compreensão empírica); b) a dogmática (perquirição sobre a coordenação lógica e sistemática das normas de direito); c) a crítica (busca do direito ideal).[61] Através dessa estruturação, pretendia conferir a tecnicidade jurídica imanente ao direito penal. Com esse modelo, desenvolvido por outros autores (a exemplo do Binding e Liszt),[62] consagrou-se, em combinação triádica, a dogmática penal (centrada na normatividade jurídico-penal), auxiliada pela criminologia (focada na experiência criminológica), fornecedora essa de

59. ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal.* 3. ed. reimp. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 8.

60. ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal.* 3. ed. reimp. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 12-14.

61. Cf. ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal.* 3. ed. reimp. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 18-36.

62. V. CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal.* 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial IbdeF, [s.d.]. p. 211-283.

subsídios à política criminal[63] (envolvida com as atividades de idealização e estrategismo de aperfeiçoamento).

Outrossim, da dualidade entre classicismo e positivismo, advém o neoclassicismo, no qual se buscam conciliar, complementarmente, "o discurso de garantia do indivíduo com o discurso da defesa social; o discurso do homem como limite do poder punitivo e o discurso do homem como objeto de intervenção positiva desse mesmo poder, em nome da sociedade".[64]

3. Garantismo penal *versus* absolutismo penal

Consoante se verificou em linhas através, o direito penal tem alternado momentos de funcionalidade entre o asseguramento da sociedade contra os delinqüentes e o anteparo do indivíduo criminoso contra o furor social ou institucional desmedido. No primeiro caso, carregam-se as cores sobre a necessidade de defesa social, como condição *sine qua non* de preservação e evolução dos vínculos gregários, impingindo ao que comete o delito o *status* execrando de anormal ou de pária. Na segunda hipótese, cambia-se para a consideração do criminoso como membro da sociedade que, pelo comportamento desviante, deve se submeter ao aparato sancionador previsto, nos limites da suficiência à reinserção social, sem menoscabo à garantia dos direitos de humanidade.

As mutações nos enfoques refletem as condições sociais dominantes em que se instalam. De fato, anarquia e descontrole sociais, com exacerbação da violência e das agressões aos interesses e às instituições socialmente relevantes, conclamam ao endurecimento contra o agente ofensivo, lançando luzes ao grupo social maculado. De outro lado, esse enrijamento extremo das instâncias de comando, com dilatação

63. Especificamente, quanto a esta temática foi estudado ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. [S.l.]: Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, [s.d.]. p. 1-21.

64. ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 73.

de poderes nulificante da expressão individual, por certo resultará em processos reativos contra a opressão e os excessos injustificáveis, a partir do reconhecimento de direitos limitadores da autoridade sancionadora, sobressaindo o indivíduo transgressor. Essa última perspectiva também pode exsurgir nos casos em que a sociedade já tenha alcançado certo grau de estabilidade e equilíbrio, de modo que a outorga de novos direitos individuais frente ao comando representativo da sociedade corresponda apenas a um *plus* no refinamento da vida social.

Embatem-se, assim, o absolutismo penal e o garantismo penal, correndo por fora o chamado abolicionismo penal.

O absolutismo penal está, de regra, associado a situações de autoritarismo ou de turgidez do Estado como instância preventiva e repressiva dos delitos (Estados totalitários), identificando-se por movimentos em favor de um direito penal máximo – com penas aumentadas, execução severizada, fenecimento de direitos reconhecidos ao criminoso, procedimentos tendentes ao inquisitório e desprezo a soluções extra-penais –, necessário à batalha contra a criminalidade e os criminosos, sob a justificação da defesa social. De outro lado, o garantismo penal é concebido como emanação de um Estado de Direito (Estado limitado), construído sobre o princípio da legalidade, perfazendo-se em função de um poder interventor mínimo, que é garante da sociedade, mas também dos direitos individuais – inclusive do delinqüente contra a arbitrariedade – identificados como direitos humanos, e que não parte da vinculação inquebrantável entre criminalidade e flexibilidade do aparelho coercitivo, mas que supõe a possibilidade de equilibração entre liberdade individual e tutela social. Finalmente, negando o direito penal e postulando a sua supressão, apresenta-se o abolicionismo penal.[65]

Caracterizando os modelos garantistas e autoritários, Luigi Ferrajoli[66] destaca, em relação ao primeiro, a essencialidade do princípio da legalidade (seja

65. Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. xxiii-xxiv.

66. V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

na tipificação dos crimes e das penas, seja na sujeição do julgador à lei), como técnica de impedimento de discriminação e abuso e de realização da igualdade e da liberdade;[67] e o "cognitivismo processual", no sentido de que o processo penal deve pautar-se na determinação do fato definido como crime, na sua refutabilidade e comprovação empírica, com afastamento das valorações ou impressões subjetivas do juiz.[68] Contudo, o próprio autor reconhece a inviabilidade de um sistema tão perfeito, particularmente quando considerada a atividade jurisdicional, que se realiza pelo homem. Sobre os espaços de poder do juiz, enumera: "o poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de comprovação probatória ou de verificação fática; o poder de conotação ou de compreensão eqüitativa; o poder de disposição ou de valoração ético-política".[69] No outro ângulo, assinalando o sistema anti-garantista ou autoritário, sublinha estar ele fundado numa "concepção não formalista nem convencional, mas sim ontológica ou substancialista do desvio penalmente relevante",[70] associando o delito não apenas ao ilegal, mas também ao imoral e ao antisocial, e gerando incerteza e insegurança, devidas à vaguidade e à maleabilidade dos conceitos relacionados. Demais disso, o modelo autoritário seria identificado pelo "decisionismo processual" e pelo "subjetivismo

67. "*Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa esse fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico: o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

68. Segundo o autor, isso exclui "toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correcional". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

69. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

70. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

inquisitivo" (decorrente da ausência de correlação exata com a realidade empírica e da aproximação com as sensações íntimas do julgador).[71]

A distinção entre o modelo penal dos Estados totalitários (absolutismo penal ou, a dizer, maior intervenção estatal na restrição das liberdades, representada pelo aforismo *in dubio contra reum*, remontando ao direito penal pré-moderno e ressurgindo no pós-moderno, com o "movimento da lei e da ordem", do direito penal como *prima ratio*) e o dos Estados democráticos de direito (garantismo penal ou, dito de outra forma, menor intervenção estatal na restrição das liberdades, a partir da admissão da regra *in dubio pro reo*, informado pelos ideais liberais e iluministas e enfatizando o direito penal como *ultima ratio*) dirige a outra diferenciação, qual seja, a que se estabelece entre o direito penal máximo e o direito penal mínimo,[72] que podem ser assim explicados em linhas gerais:

"Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. [...]. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade

71. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36-37.

72. Ferrajoli observa que, entre um e outro, há várias gradações ou sistemas intermediários, de modo que mais correto seria falar de tendência ao direito penal máximo ou de tendência ao direito penal mínimo. Outrossim, consigna que nos ordenamentos dos modernos Estados de direito essas tendências conviveriam entre si. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 83-85.

jurídica. Em todos esses casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros.

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. [...]. Condenação e pena são nestes casos "incondicionadas" no sentido de que dependem unicamente de uma suposta sabedoria e eqüidade dos juízes".[73]

Ferrajoli elucida que não há certeza absoluta em nenhum dos dois padrões, à medida em que ambos convivem com a perplexidade: "A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida no direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune".[74] No primeiro caso, tem-se o que ele denomina de "cifra da injustiça", no segundo, a "cifra da ineficiência". Na "cifra da injustiça", têm-se retratados os inocentes que se pune, para não deixar impunidos os culpados, correspondendo, o inverso, à chamada "cifra obscura da criminalidade" ou "cifra da ineficiência", que abrange os culpados não punidos.[75] Na primeira situação, sob a justificação da defesa social, através da perseguição do inimigo, anulam-se os indivíduos, negando-lhes os direitos de

73. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

74. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

75. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 168.

homem e submetendo-os, em manifesto retrocesso, aos descomedimentos do Estado; na segunda, em razão do reconhecimento de limites à atuação coibitiva estatal na figura do cidadão,[76] instala-se a crise de legitimidade do Estado, pela incapacidade de atender às demandas sociais de repressão ao crime e de bloqueio da violência, uma de suas funções basilares. O grande debate, portanto, se estabelece quanto ao que se deve preferir ou, num outro viés, no que respeita à possibilidade de conciliação dos dois modelos. Parece-nos, diante desse quadro, que a solução mais sustentável e coerente com a proposta de vida em sociedade aponta para o direito penal mínimo ou, pelo menos, refuta um direito penal acerbo, propondo uma dosagem. Em outros termos, deve-se preferir a "cifra da ineficiência" à "cifra da injustiça".

Não se podem esquecer as diferentes funções atribuídas à pena, nos dois sistemas. De fato, é possível dizer que, no contexto do direito penal máximo, privilegiam-se as funções retributiva e preventiva, mas apenas, em relação a essa, de prevenção geral negativa (intimidação e despersuasão) e de prevenção especial negativa (neutralização do criminoso, via isolamento, *exempli gratia*). De outro lado, apresentam-se como funções conferidas à pena, no direito penal mínimo, sobretudo as de regeneração, reconstrução e ressocialização (prevenção especial positiva) – sem a negação de outras que se mostrem mais compatíveis com o delito e o delinqüente (não se olvide que o ato de punir é informado pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade) –, cuja natureza se coaduna, em muito maior grau, com a história e o objetivo reconhecidos ao direito penal.[77] Realmente, como aponta Ferrajoli, "a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança", distinguindo-se o direito penal – e apenas sendo aceito

76. Expressão aqui tomada em sentido genérico – equivalente à personalidade – e não na versão mais técnica, relativa ao exercício do direito de voto.

77. Argumenta-se mesmo que não se deveria mais falar em castigo, mas sim em sanção e que "la sanción del futuro impone al autor del delito una tarefa rebosante de sentido humano creador y una labor de reconciliación social". BERISTAIN, Antonio. Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones desde una ética de valores máximos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 40, out.-dez., 2002. p. 194.

– pela "tutela do inocente" e pela "minimização da reação ao delito", através da aplicação da "lei do mais fraco", da "proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários".[78]

Antes que se diga da falsidade do delineamento teórico relativo ao garantismo penal em situações como a brasileira, em vista da incompatibilidade entre o discurso e a realidade, é de se remeter o leitor ao tópico seguinte deste trabalho, o qual pretenderá demonstrar a verdadeira hipocrisia que existe na pregação desse descompasso e os interesses imbricados nas teses de maximização penal.

Previamente, entretanto, para finalizar com completude, é de se tecer algumas considerações acerca do abolicionismo penal. Nils Christie apresenta as seguintes características para o movimento:

"Alguns usam a expressão para dizer que é preciso abolir o direito penal e tentar resolver os conflitos no campo do direito civil. Esta é a posição radical. Outras têm uma posição mais moderada. Thomas Mathiesen e eu chamaríamos esta posição de minimalista. Nós reconhecemos que em certas hipóteses é necessária a intervenção da força do Estado mas acreditamos que estas hipóteses devem ser restringidas ao máximo já que as prisões têm tantas desvantagens. São caras e destrutivas. [...]. Quanto à teoria abolicionista, está centrada na idéia de que o crime não existe. Más ações podem existir. Uma má ação pode ser analisada sob diversos enfoques: se for analisada sob o enfoque penal, uma má ação será transformada em crime; se for analisada sob o enfoque médico será transformada em doença; se por nós, diremos que na sociedade moderna, analisada no contexto da vida cotidiana, será vista como um problema. Existe uma tendência na sociedade moderna de alargar cada vez mais o enfoque penal. O que o abolicionismo quer é encolher o sistema penal. Alguns que querem encolhê-lo tanto até o ponto da

78. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 269-271.

não existência. Outros, tanto quanto politicamente possível em uma sociedade leniente. O meu interesse pessoal é propiciar o desenvolvimento de um senso crítico em relação ao sistema penal para que não se torne opressivo".[79]

Portanto, uma primeira observação que se impõe é que, mesmo entre os abolicionistas, existem posturas radicais e outras mais comedidas,[80] umas de eliminação pura e simples do direito penal – visão do positivismo jurídico como espeque para modelos despóticos e arraigado de apática neutralidade[81] – e outras (minimalistas) que admitem a persistência dessa ordem para situações excepcionais marcadamente imunes ou insensíveis aos mecanismos não-penais de resposta às ofensas.

Apreende-se do abolicionismo penal uma tendência ao tratamento do conflito a partir da comunicação direta entre ofensor e ofendido – ou, no máximo, com a mediação de terceiro não integrante do aparato decisório estatal –, da consensualidade, de comunitarismo, com a eliminação do sistema penal oficial interposto, de feição excludente, o que prestigiaria o aprimoramento do enten-

79. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; ISOLA, André Fonseca. Conversa com um abolicionista minimalista – Nils Christie. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 21, jan.-mar., 1998. p. 13-14. V. também MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia.* 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 526-530. Igualmente, PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, jan.-mar., 2003. p. 303-305. Finalmente, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *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. p. 97-112.

80. Zaffaroni fala em variantes e especifica: "a preferência marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman, a estruturalista de Michel Foucault e, poderia ainda ser acrescentada, a fenomenológica historicista de Nils Christie". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *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. p. 98. O mesmo autor destaca a diferença entre abolicionismo e direito penal mínimo: "Enquanto o abolicionismo procura realçar os custos do sistema penal, o direito penal mínimo volta-se para os custos eventuais de uma anarquia punitiva" (p. 103).

81. "As doutrinas abolicionistas mais radicais são, seguramente, aquelas que não apenas não justificam as penas, como também as proibições em si e os julgamentos penais, ou seja, que deslegitimam incondicionalmente qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 201.

dimento humano, evitando o "esgarçamento do tecido social", ao mesmo tempo em que eliminaria uma das estruturas (as prisões) mais dispendiosas, estigmatizadores, desumanas e ineficientes mantidas pelo Estado. Sobre a exigência do estabelecimento de contato entre transgressor e vítima, Christie destaca que "o impacto do encontro pessoa a pessoa é muito mais intenso do que aquele causado pelo encontro de uma pessoa com o representante de uma firma [advogado]".[82] Conseguintemente, os abolicionistas propõem o emprego de meios alternativos de controle da criminalidade, fora da esfera oficial.

Interessante observar a idealização do sistema penal na perspectiva do abolicionismo. Não foge de uma primeira fase, dita tradicional, de identificação da materialidade e da autoria, mas, desse momento em diante, sobreleva a proximidade do lesado e do réu, no sentido de, numa segunda fase, considerar "o que poderia ser feito para a vítima principalmente pelo ofensor", perquirindo-se, após, "o que poderia ser feito pela vizinhança" e, finalmente, "o que poderia ser feito pelo Estado". Manifesta a aplicação do princípio da subsidiariedade,[83] de modo que às instâncias menores se reconhecesse a possibilidade de ação, sem serem engolidas por entidades mais amplas.

82. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; ISOLA, André Fonseca. Conversa com um abolicionista minimalista – Nils Christie. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 21, jan.-mar., 1998. p. 15.

83. V. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte geral. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. cor. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997. p. 60-61. "Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuadión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras: el llamado principio de la subsidiariedad" (p. 60). O autor citado considera o princípio da subsidiariedade uma "variante penal do princípio constitucional da proporcionalidade" e diz que a sua "relevancia práctica" está no fato de se exigir que "la medida menos drástica debe ser aplicable en general (por grupos de delitos o de autores) si se quieren evitar resultados aleatorios" (p. 61). V. também BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, jan.-mar., 2000. p. 27-54. É de se dizer que o princípio da subsidiariedade é a expressão de uma tendência que assoma hodiernamente em todos os ramos do direito, sendo sempre apresentado como instrumento de estimulação da construtividade inerente a todos os seres, instituições e idéias.

A etapa seguinte seria assinalada pela percepção da pena, enquanto "sofrimento adicional àquele sofrimento construtivo pelo qual o ofensor passará nas suas ações restitutivas *vis-à-vis* com a vítima". O estágio final corresponderia à prestação de serviços ao próprio agente agressor, porquanto os males por ele ocasionados podem estar relacionados a carências educacionais, médicas, sociais ou de outras ordens, que precisam ser supridas, por meio de políticas de compensação.[84]

Os abolicionistas ligam – com significativa lucidez, embora sem se dedicar, muitas vezes, a outros aspectos extremamente relevantes, como a indispensabilidade de segregação dos criminosos de alta periculosidade e recidivos e as exigências sociais de realização da justiça sob pena de deslegitimação da autoridade estatal – a manutenção do sistema penal oficial a interesses econômicos – em vista dos lucros que advém da construção e do sustento dos presídios – e à compreensão como recurso menos complexo e mais cômodo de subjugação e de descarte das classes desfavorecidas (sobretudo, economicamente) – as verdadeiras destinatárias do aparato repressor, em vista da capacidade de esquivança das classes dominantes, prestigiadas pelos procedimentos altamente tecnicizados, dirigidos por autoridades cultuadas taticamente como inabordáveis ou intangíveis.[85]

4. Conclusão: a questão penal brasileira entre a maximização e o minimalismo do direito penal

O perfilhamento de um direito penal máximo ou mínimo está na ordem do dia no Brasil,[86] um Estado que tem convivido com o aumento vertiginoso da

84. Cf. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; ISOLA, André Fonseca. Conversa com um abolicionista minimalista – Nils Christie. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 21, jan.-mar., 1998. p. 15-16.

85. Cf. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; ISOLA, André Fonseca. Conversa com um abolicionista minimalista – Nils Christie. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 21, jan.-mar., 1998. p. 18-19.

86. Observem-se, exemplificativamente – como já aludido na introdução –, as sintomáticas discussões, no Supremo Tribunal Federal, sobre a Lei de Crimes Hediondos, vigente há mais de um decênio, convergindo à edição da Lei 11.464/2007. É, de igual modo, representativa a

criminalidade, com o recrudescimento das ações perpetradas com violência, com manifestações nunca antes concebidas de incivilidade e de perversidade, com uma insegurança corrosiva dos espíritos e com uma manifesta e revoltante impunidade, mas, ao mesmo tempo, um Estado em que as informações são omitidas, deturpadas, maquiadas e manipuladas, em que significativa parcela da população é lançada ao ermo e ao desarrimo, em que a pobreza extrema da falta de comida contrasta com o luxo descomedido e descomprometido de grandes fortunas, em que o cárcere é pervertido, perversor e degradante e em que o sistema punitivo parece ter sido instituído apenas aos economicamente desfavorecidos, único contexto em que não podem ser chamados de excluídos.

É óbvio que um quadro de horror desperta, de pronto, uma reação de repugnância e de réplica vindicativa. Não se poderiam esperar – nem seriam humanamente exigíveis – um sentimento de desprendimento e discursos em favor das benesses de um projeto de ressocialização para um pai acusado de violentar a pequenina filha de dois anos de idade, ou, ainda, para o vizinho que, gozando da confiança de uma família, dela retira uma franzina criança de sete anos, que docilmente o acompanha, e contra ela desfere vinte e seis facadas, ou, também, para o assassino selvagem de trabalhadores que proclama a reincidência.[87] Diante de crimes dessa magnitude não se concebe brandura. E isso, não como forma simplista de retribuir o mal com o mal – embora esse sentimento esteja sendo hoje instigado subliminarmente –, mas sim como exercício do princípio da proporcionalidade e frente à constatação de que, para certos tipos de crime e de criminoso – se confirmados, feitas todas as averiguações e reunidas as provas necessárias –, a função primordial da pena (restauradora e reeducadora), como historicamente consagrada, não se concretizará pela adoção de medidas moderadas.

concepção dos delitos denominados de pequeno potencial ofensivo, com fixação de tratamento diferenciado em relação aos crimes comuns.

87. Manchetes dos jornais locais dos últimos tempos.

Ressalte-se, entretanto, que essa afirmação não invalida a defesa do direito penal mínimo, nem, de outro ângulo, pode ser tomada para fins de adesão ao direito penal máximo. Por certo, temerário é manejar essa realidade de terror como justificativa à uma política de "caça às bruxas", de estabelecimento de poderes renegadores de direitos e garantias fundamentais, de substituição da insegurança decorrente do crime pela insegurança institucional, de excitação da resposta como desforra e de brutalização do corpo social, com o "abandono do sistema social ao *bellum omnium* e às reações selvagens e desregradas às ofensas, com inevitável prevalência do mais forte em dano da segurança geral, e aquele da regulamentação disciplinar da sociedade, em condições de prevenir as ofensas com meios diversos e talvez mais eficazes que as penas, mas, seguramente, mais onerosos para a liberdade de todos".[88] Falar em direito penal mínimo não é estatuir a ductibilidade destituída de critério e o permissivismo, mas sim edificar uma ordem jurídica compatível com os direitos de humanidade, negando ao Estado uma liberdade irrestrita para perseguir, acusar e reprimir – o que apenas se concilia com regimes arbitrários e ditatoriais, em que as pessoas são estimuladas a verem no outro apenas um inimigo, dissolvendo-se, em conseqüência, os vínculos societários (a negação do outro destrói a idéia de sociedade e, pois, o próprio direito). Ademais, o direito penal mínimo propõe uma graduação das penas, segundo delito e delinqüente e consideradas a vítima e a esfera ofendida, de tal sorte que, se solução menos incisiva se mostrar suficiente ao processo de reintegração social, deverá ela ser preferida, deixando às situações mais graves as penas mais agressivas. O direito penal máximo, em turno inverso, confere largos poderes de enfreamento ao Estado e, por isso mesmo, limita expressivamente os direitos fundamentais – restrição que se dá, ressalte-se, em relação a todos os indivíduos, e não apenas aos criminosos, porque, nessa perspectiva, todas as pessoas são pontencialmente passíveis de cometerem

88. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 272.

ilícitos –, além do que, exigindo a majoração das penas e a inclemência absoluta nos regimes de cumprimento, não admite substitutivos penais ainda que para crimes menos danosos, identificados esses como embriões da criminalidade e, portanto, devendo ser de logo abortados (metáfora que expressa bem o procedimento que pressupõe trauma).

Então, em sendo tão evidentes os riscos da implantação de um direito penal máximo, sobretudo no Brasil, em que se tem, historicamente próxima, a nódoa de um regime ditatorial persecutório e violentador – que, destaque-se, não distinguia entre criminoso e inocente –, como se consegue reunir tantas vozes em seu favor? Cuida-se de questão extremamente delicada, especialmente quando envolve indistintamente vítimas da violência, destruídas pelo crime, e interessados no alheamento social ou desinteressados por lutas mais aguerridas.

As estatísticas revelam e a realidade demonstra que o endurecimento das penas e a "inquisitorialização" dos processos e procedimentos penais não tem o efeito diminuidor da criminalidade, simplesmente porque persistem, a despeito desse rigor, níveis de pobreza que fazem definhar e deformar, altos índices de impunidade e depravadas unidades de cumprimento de penas. Se tratar uma doença significa, primeiramente, diagnosticar as suas causas, para combatê-las, o direito penal máximo, desconsiderando essa necessidade, simplesmente despreza os motivos e prescreve sanativos aleatoriamente. Se pouco remédio não debela a enfermidade, remédio em excesso pode matar, a par da perpetuidade do mal, que se transmitirá ao próximo e se espargirá. Ocorre, contudo, que é muito mais fácil ou conveniente a proposta trazida com o direito penal máximo, em especial se ele é midiaticamente trabalhado como a única solução numa "sociedade de feras", cuja capacidade de entendimento é condicionada à dissuasão e à retributividade. Realmente, é mais fácil e rápido aos legisladores aprovarem leis de aumento de pena ou de "hediondização" de condutas delitivas – especialmente quando esses diplomas normativos não afetam determinados setores da sociedade, caracterizados por outro tipo de criminalidade, a não-violenta, mas, de igual modo, perniciosa,

embora esse seja um dado simplesmente desconsiderado –, que aprovarem leis que se destinem ao melhoramento da força policial e à justa remuneração dos agentes que colocam em risco a vida em defesa da sociedade, sendo exatamente essa proteção que se objetiva nos discursos atuais sobre as políticas públicas sobre o crime. Por certo, é muito mais fácil a edição de leis limitadoras dos direitos dos presos, que a aprovação da lei que regule o imposto sobre as grandes fortunas, aguardando regulamentação desde outubro de 1988 ou ainda que aumente o salário mínimo. De alguma forma, portanto, essa maximização do direito penal assume uma inegável dupla relevância, qual seja a de dar uma satisfação aos cidadãos (pode ser utilizada até como emblema de campanha política), ao mesmo tempo em que se calam ou se lançam ao esquecimento provisório outros questionamentos. Diante dessa vantagem dobrada, não se poderia esperar a opção institucional por medidas mais complexas, que atentassem para a pessoa e não para o delinqüente.

Embora discordemos da afirmação de que "é lamentável que no Brasil as leis sejam elaboradas sob o impulso de fatos",[89] pois o direito é também fato,[90] não sendo possível conceber um ordenamento jurídico que não guarde congruência com as necessidades e aspirações sociais, é plenamente aceitável aderir à asseveração de que é deplorável que no Brasil as leis sejam irresponsavelmente manufaturadas como resposta a exigências sociais manipuladamente concebidas. Nesse sentido, num país em que o espaço público é, em patente equívoco, identificado com os meios de comunicação de massa, reputam-se absolutamente verdadeiros os fatos apresentados na mídia – o que, em princípio, seria coerente, em vista do múnus de que se diz investida e com o qual se compromete, mas que resulta em deturpação, porque os veículos midiáticos repassam as informações segundo as suas perspectivas e considerados os interesses envolvidos (verdades parciais). Conseguintemente, a

89. Atribuída a Miguel Reale Júnior por LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 40, out.-dez., 2002. p. 166.

90. V. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* São Paulo: Saraiva, 1994.

vontade social que avulta a partir dessa "conscientização invencível" nasce viciada. Em verdade, mesmo essa última frase está impregnada da influência da mídia, porquanto está informada, de certo modo, pelo pressuposto de que os meios de comunicação de massa formam vontade comum. O fato é que a mídia tem sido uma das maiores contribuintes da organização de um movimento de endurecimento do sistema penal, ao apresentar ao público todos os horrores que um homem pode ocasionar ao outro – inclusive, invertendo o princípio fundante de que a inocência se presume e a culpa deve ser provada, apresentando o "criminoso" capturado pela rede à sociedade –, deixando, contudo – propositadamente ou não – de apresentar soluções concretas para problemas de base viceralmente ligados à criminalidade ou mesmo de propor esclarecimentos e discussões com a sociedade sobre problema tão grave. Por essa razão, pode-se concluir que os meios de comunicação de massa são também responsáveis, se não pelo crime (embora sejam pródigos em exemplificações), mas, com certeza, pela dimensão alienadora que a ele tem se dado e pela instigação ao agasalho dos benefícios inerentes à maximização penal. Destaque-se que essa constatação não deve ser interpretada como oposição à liberdade de imprensa, mas em sua defesa, pois o direito penal máximo não se mantém por muito tempo compatível com tal liberdade, tendendo a suprimi-la.

Ademais, não se pode pretender a contenção da criminalidade se o delinqüente, ao invés de ser tratado, é abandonado em um submundo aviltante, que Zaffaroni chama de "máquinas de deteriorar".[91] Nesse sentido, são extremamente maduras as posições que pugnam por uma ação "na boca do funil", de modo que "ao invés de

91. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *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. p. 135. Sobre o efeito das prisões, v. KAHN, Tulio. Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, abr.-jun., 2000. p. 197-206, bem como FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 14. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1999. E desse mesmo autor *Vigiar e punir.* 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. Concluindo, ELBERT, Carlos Alberto. Los cárceles de América Latina: qué ofrecen para el tecer milenio? *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, jan.-mar., 2000. p. 107-128.

confiar excessivamente no sistema criminal e no efeito simbólico da lei, para reduzir substancialmente o crime, como sugerem vários criminólogos, 'nós precisamos construir uma sociedade que seja menos desigual, com menos privações, menos insegura, menos desruptiva dos laços familiares e comunitários, menos corrosiva dos valores cooperativos'."[92] Se o inferno se materializa nas prisões brasileiras, situação não muito diferente aguarda o condenado no mundo externo, após o cumprimento de sua punição, quando ele, então, vai perceber que não será jamais despido da condição infamante que lhe foi imposta, seja porque não encontrará refúgio entre os outros homens, que lhe imputam, a todo momento, a reincidência, seja porque o Estado é absolutamente omisso em relação à sua obrigação de reeducar e de reintegrar, não garantindo sequer o respeito à dignidade humana. Pela prática do crime, exige-se seja o indivíduo lançado à prisão e, depois de cumprida a pena, culpam-no pela estadia na prisão com reflexos extra-muros eternizados. Nessa direção Carnelutti destaca que "Ao sair da prisão, o ex-condenado crê não ser mais preso, mas as outras pessoas não o vêem assim. Para as pessoas, ele é sempre um preso, um encarcerado. Costumeiramente se diz ex-preso: nesta fórmula residem a crueldade e o engano. Crueldade por se pensar que alguém deve continuar a ser para sempre o que foi".[93] Não se olvide, outrossim, a grande capacidade seletiva das prisões, no sentido de que há uma uniformidade quase total em termos de perfil da população carcerária. Cárcere e pobreza foram enredados. Poucos são os criminosos de classes abastadas que se submetem ao regime destrutivo de cumprimento de penas, o que é um contra-senso e revolta exatamente porque a criminalidade mudou de contornos, verificando crescimento acentuado nas classes mais altas, envolvidas, sobretudo, com desvio ou malversação de dinheiro público, com evasão de divisas, com lavagem de dinheiro,

92. KAHN, Tulio. Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, abr.-jun., 2000. p. 206.

93. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Luís Fernando Lobão de Morais. Campinas: Edicamp, 2002. p. 88-89.

modalidades criminosas que implicam em inexistência de verbas a serem empregadas na defesa da sociedade – exatamente o resguardo pelo qual hoje se grita.

Cumpre evidenciar, em complemento, que as defesas em favor de um Estado gendarme, com desprestígio dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, se apresentam extremamente perigosas diante do nível de perversão que se instalou na máquina pública, o que, por certo, vai levar ao direcionamento do rigor segundo os interesses envolvidos e ao autoritarismo. Portanto, o êxito de qualquer política criminal na área em comento passa primeiro pela depuração das estruturas estatais, com o combate à corrupção. Entretanto, como dito anteriormente, é mais fácil dilatar penas, que enfrentar o *status quo*.

Finalmente, não se venha falar em preferência pelo direito penal máximo à custa da manutenção da indigência. "No es fácil creer en la ley en América Latina. No es fácil hacerlo cuando ella convive tranquila – y a veces sin inmutarse siquiera – com situaciones de desigualdad, exclusión y probreza que poco tiene que ver com la igualdad, la libertad y la dignidad de los seres humanos y menos aún com la pretensión de generalidad de la ley".[94]

O outro não é, necessariamente, o inimigo, é apenas mais um membro da sociedade, é um cidadão.[95] Portanto, a segurança da sociedade pressupõe – e não repele – o crédito no próximo. Se o homem optou por viver em sociedade, é um *non sense* que pretenda – como se fosse compatível – anular o outro, impondo, sobretudo aos desafortunados, um ônus desproporcional que os leve a um cada vez maior alijamento, sem que lhes seja dada, pelo menos, uma oportunidade de redenção e de reinserção; generalizando a estatura de criminoso, independentemente da individualidade dos atos praticados e do perfil do agressor; majorando penas, mas

94. BINDER, Alberto. Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais 29/13*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

95. Fala-se sobre a substituição do "direito penal do inimigo" pelo "direito penal do cidadão". PIRES, Álvaro P. La "línea Maginot" en el derecho penal: la protección contra el crimen *versus* la protección contra el príncipe. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 46/12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

mantendo a negligência e a dissolução no momento do cumprimento; distinguindo, alopoieticamente, quem merece ou não ser punido segundo suas posses e poderes; preferindo o emudecimento cômodo "da situação resolvida porque o excluído não mais me afetará" à voz que reconhece a debilidade e a injustiça dos programas de expulsão social mantidas a miséria, a desigualdade e a impunidade.

Se responsáveis existem pela criminalidade, não são apenas os criminosos, mas todos os que não enxergam além da pena e que singelamente silenciam diante da realidade eliminadora de vida, de dignidade, de oportunidade e de igualdade. Se o renascimento – expressão aqui utilizada sem qualquer conotação religiosa – não for possível, melhor que reconheçamos logo que não queremos viver em sociedade, mesmo porque o direito penal é expressão do "entendimento que a sociedade tem de si mesma".[96]

"Tudo que se poderia obter, se o direito fosse construído e manejado da melhor forma possível, seria o respeito de um ser humano pelo outro".[97]

5. Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício Leitão. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. *Separata de conferências na faculdade de direito de Coimbra 1999/2000.* Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, [s.d.].

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. O direito penal máximo. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público,* out.-nov., 2000.

96. JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal.* Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 30.

97. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* Trad. Luís Fernando Lobão de Morais. Campinas: Edicamp, 2002. p. 97.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BERISTAIN, Antonio. Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones desde una ética de valores máximos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 2002.

BINDER, Alberto. Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan.-mar., 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Luís Fernando Lobão de Morais. Campinas: Edicamp, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial IbdeF, [s.d.].

CORACINI, Celso Eduardo Faria. A antropologia criminal no Brasil nas obras de Cândido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003.

CUÑARRO, Miguel Langon. Prevención criminal y población carcelaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun., 1998.

DALBORA, José Luis Guzmán. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la 'doctrina' de la seguridad ciudadana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003.

DOTTI, René Ariel. Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003.

ELBERT, Carlos Alberto. Los cárceles de América Latina: qué ofrecen para el tecer milenio? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e globalizzazione. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003.

_____. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 14. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. *Vigiar e punir*. 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade. Fundamentos do direito penal moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal tradicional *versus* "moderno e atual" direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003.

HEGEL, F. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores Ltda., 1990.

HOBBES, Thomas. *Leviatã. Ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Derecho penal. Parte geral. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. cor. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.

KAHN, Tulio. Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2000.

KUNTZ, Rolf. Locke, Liberdade, igualdade e propriedade. In: QUIRINO, Célia Galvão; VOUGA, Cláudio; BRANDÃO, Gildo Marçal. *Os clássicos do pensamento político*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 2002.

LEAL, César Barros; PIEDADE Júnior, Heitor (Coords.). *A violência multifacetada. Estudos sobre a violência e a segurança pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antônio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

MACHIAVELLI, Niccoló. *O príncipe*. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Atena, 1957.

MOCCIA, Sérgio. "Legalità" e "flexibilità" dell' intervento penale. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; ISOLA, André Fonseca. Conversa com um abolicionista minimalista – Nils Christie. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 1998.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do direito penal (tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?)*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

PIRES, Álvaro P. La "línea Maginot" en el derecho penal: la protección contra el crimen *versus* la protección contra el príncipe. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2004.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003.

PRADO, Geraldo. A reforma processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 2002.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 3. ed. reimp. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

SALDAÑA, Quintiliano. *Nova criminologia*. Trad. Alfredo Ulson e V. de Alcântara Carreira. Campinas: Russell Editores, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei 9.009/95, sob a perspectiva criminológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2000.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2004.

TAGLE, Fernando Tenorio. La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003.

VACCARO, M. Angelo. *Origem e funções das escolas penais*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

VAN SWAANINGEN, René. Controle do crime no século XXI – Analisando uma nova realidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 2003.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *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.

ZAVERUCHA, Jorge; ROSÁRIO, Maria do; BARROS, Negreiros (Org.). *Políticas de segurança pública*: dimensão da formação e impactos sociais. Recife: Massangana, 2002.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. [s.l.]: Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, [s.d.].

Direito Penal e Direitos Humanos: uma história de paradigmas e paradoxos

Marcelo Semer
Juiz de Direito em São Paulo.
Ex-presidente do Conselho Executivo da Associação Juízes para a Democracia. Mestre em Direito Penal pela USP.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direito penal liberal: a função crítica do direito penal – 3. Direito penal social: a função promocional do direito penal – 4. Direito penal totalitário: a compressão dos direitos humanos pelo direito penal – 5. Direito penal democrático: um esforço de síntese entre a crítica e a promoção – 6. Direito penal neoliberal: a função simbólica do direito penal – 7. Desafios do direito penal na era da globalização – 8. Bibliografia.

Resumo: O artigo analisa as relações entre Direito Penal e Direitos Humanos, ao longo do tempo, em um percurso permeado por paradigmas e paradoxos. Para isso, esboça análise história das tendências do direito penal desde o período humanitário. Do direito penal liberal, que se perfaz numa crítica do absolutismo, ao direito penal social, que impõe uma função promocional ao ordenamento; do direito penal democrático, em que minimalismo penal se agrega a uma pauta realizadora de direitos humanos ao direito do neoliberalismo, no qual o expansionismo penal, com seu valor simbólico, se funde à negação do Estado como propulsor de direitos sociais. Discute, ainda, novas tendências do direito penal nos tempos de globalização, e em que medida propostas de maior eficiência podem comprometer os princípios básicos de um direito penal humanitário.

Palavras-chave: Direito penal – História do direito penal – Direitos humanos.

Resumen: El artículo hace un análisis de las relaciones entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos a lo largo del tiempo en un camino de paradigmas y paradojas. Presenta estudio histórico de las tendencias del derecho penal desde el período humanitario. Del derecho penal liberal, crítico al absolutismo hasta el derecho penal social, que impone una función promocional a lo ordenamiento; del derecho penal democrático, en lo cual el minimalismo penal se une a una pauta de derechos humanos, hasta el derecho del neoliberalismo, donde el expansionismo penal, con su valor simbólico, se agrega a la negación del estado como propulsor de los derechos sociales. Discute, aún, nuevas tendencias del derecho penal en los tiempos de globalización, y cuestiona se propuestas de mayor eficiencia pueden comprometer los principios básicos del derecho penal humanitario.

Palabras-clave: Derecho penal – Historia del derecho penal – Derechos humanos.

Área do direito: Penal; Direitos humanos

1. Introdução

O direito penal é o instrumento mais invasivo de controle social. Dentro de suas regras é admitido o cerceamento dos mais caros direitos do homem – como vulgarmente se tolhe a liberdade e, excepcionalmente, em países que ainda suportam a pena de morte ou de caráter perpétuo, a vida. Com essa ordem de magnitude aflitiva, é possível compatibilizá-lo com os direitos humanos, ou cunhar um direito penal que seja a expressão dos direitos humanos?

Pensando que o direito penal se emancipa como ciência com os postulados do liberalismo penal erigido no período humanitário, com a influência dos ideais iluministas, que também desaguaram na moderna concepção dos direitos de todos os homens, teríamos uma primeira resposta positiva. Há uma vinculação principiológica entre o direito penal, na forma como o conhecemos hoje, um instrumento regrado e limitado de controle social – em franca contraposição aos instrumentos

repressivos dos períodos anteriores – com a idéia de direitos humanos. O limite da repressão está justamente nos direitos que são inalienáveis ao homem.

Outra resposta positiva é ainda possível. O direito penal não é apenas uma forma de controle social, mas também um potente instrumento de defesa dos direitos mais relevantes do homem. Sem a tutela penal, tais direitos humanos estariam desprotegidos.

A conexão direitos humanos-direito penal, assim, tanto pode dar-se pela função crítica do direito penal (diminuindo o poder do Estado para que não seja opressivo), como por sua função promocional (tutelando de forma a garantir a efetividade dos direitos).

De toda a forma, é preciso ainda ter em conta outras variáveis. Direitos humanos e direito penal não se mantiveram com o mesmo conteúdo desde a época iluminista até os dias de hoje.

A noção de direitos humanos expandiu-se historicamente. Como prelecio-na Flávia Piovesan, é possível compreender-se os direitos humanos em gerações sucessivas que foram se agregando umas às outras, sendo a primeira versando sobre direitos relacionados à liberdade (direitos civis e políticos), seguindo-se outra relacionada à igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e uma terceira, vinculada à solidariedade (direito ao desenvolvimento, à paz e à autodeterminação).[1] Nem mesmo se pode dizer tenha esse desenvolvimento chegado ao fim –como adverte José Damião Lima Trindade, é justamente mantendo-se como força crítica da sociedade, que o discurso dos direitos humanos cumpre seu papel transformador.[2]

O direito penal, por sua vez, tem um histórico regrado de incoerências. A metodologia empregada na ciência penal alterna variantes filosóficas e pragmáticas

1. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Direitos humanos* – visões contemporâneas, p. 36.

2. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. *Direitos humanos* – Construção da liberdade e da igualdade, p. 163.

que não combinam necessariamente com uma evolução de princípios; ao contrário, como afirma Assis Toledo, tem uma história marcada de retrocessos.[3]

A perspectiva crítica de um discurso de direitos humanos em contraposição à positivação das regras penais nos permitiria, portanto, uma resposta negativa à pergunta formulada, nos moldes que é lançada por Zaffaroni. O penalista argentino desnuda essa contradição em termos entre tais instrumentos: enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade e de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em toda a sociedade.[4]

Nesse apanhado histórico, procuramos entender o desenvolvimento do direito penal, de acordo com sua correlação com uma política de direitos humanos, em que ora serve de paradigma ora de paradoxo ao ordenamento punitivo.

2. Direito penal liberal: a função crítica do direito penal

Na história do Direito penal, o influxo das idéias iluministas provocou a emergência do chamado período humanitário, sucedendo anteriores momentos em que a ordem repressiva se expressava em diversas formas de atuação violenta e cruel. A ruptura que molda se perfaz na idéia de que a pena, ainda sendo um instrumento de força, no qual se realiza o monopólio de violência do Estado, subtraindo-a dos demais indivíduos, se distancia da vingança. A pena, preceitua Ferrajoli, não surge como sucessora da *vinditta*, mas como sua oposição – trata-se, sobretudo, de um processo de superação excludente, havendo pena para que não haja vingança.[5]

O *período humanitário* sucede o absolutismo penal, incorporando os principais pilares das teses iluministas, realizando direitos humanos no direito penal. A construção de um novo direito penal é, ao mesmo tempo, instrumento e

3. *Princípios básicos de direito penal*, p. 218.
4. *En busca de las penas perdidas*, p. 118.
5. *Derecho y razón*, p. 333.

resultado de uma luta política – no dizer de Bustos Ramírez, uma "atitude crítica de caráter prático, imbuída na idéia de criar um novo regime".[6]

O direito penal que nasce dessas idéias, incorporando o conjunto de princípios oriundos do pensamento jusnaturalista-racionalista que o momento histórico emancipa é um novo direito. Os novos princípios penais, que também são orientadores de direitos humanos, restringem e estabelecem limites para a legitimidade do poder punitivo.

Assim, o princípio da legalidade, que hoje se tem como ponto de partida da ciência e dogmática penal, provém da separação das funções de poder, com o qual a idéia de uma monarquia absoluta se incompatibiliza. Não há crime onde não exista lei – não dependendo da exclusiva e momentânea vontade de punir de quem esteja exercendo o poder. A legalidade se exige para abstrair o poder de produzir a lei, e assim criar o crime, de quem a executa. A lei predispõe o direito penal, de modo que os crimes não sejam alterados a qualquer tempo e modo por quem lhes interesse. Indissociável a exigência da legalidade da resultante de limitação de poder, seja dos monarcas, seja dos juízes.

A legalidade se amolda em um princípio vetor em vários âmbitos. A lei penal deve ser escrita, afastando-se a aplicação de costumes ou princípios gerais como forma de produzir novos crimes; deve ser estrita, vedando que raciocínios fundados na analogia possam tornar violável seu monopólio; deve ser taxativa, de modo a inviabilizar que por meio de interpretações de incriminações vagas se devolva a magistrados ou a executores o poder que com ela lhes foi subtraído; deve ser prévia, impedindo que o próprio legislador inutilize as demais garantias, ao prevê-la a casos já ocorridos.

A lei, no entanto, não basta como instrumento para limitar de modo suportável a utilização do controle social penal. Porque se a lei pode tudo, o conluio monarca-legislador desvia os obstáculos para um exercício autoritário

6. *Manual de derecho penal* – parte general, p. 188.

e repressivo, fazendo com que o sistema penal permaneça uma vez mais à disposição integral do governante. Dessa assertiva advêm outros princípios penais vetores dos direitos humanos.

O princípio da intervenção mínima pressupõe que a lei penal só intervenha quando absolutamente necessário. Pode-se identificar ainda em Beccaria, que traduziu para a filosofia penal os temas em voga no iluminismo, o princípio da discussão sobre o caráter de necessidade a ser atribuído à pena: "toda pena que se situa além do necessário, é injusta por sua própria natureza".[7] Bentham, na linha do utilitarismo penal, a seu turno afirmava: "A lei criminal não deve ser utilizada para castigar o comportamento que não cause dano. A lei criminal não deve ser utilizada para realizar-se um propósito que se possa lograr com a mesma efetividade, com menor custo e eficiência. A lei criminal não deve ser utilizada se o dano causado pela pena é maior do que o dano causado pelo delito".[8] Tais idéias repercutiram na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ao prever que "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias".

Modernamente, tem se entendido que o princípio de intervenção mínima, ou de necessidade, reflete duas características próprias do direito penal: sua natureza fragmentária, não lhe exigindo que alcance todas as condutas ilícitas, mas apenas algumas que são selecionadas, e sua natureza subsidiária, que lhe condiciona a um último momento de intervenção, privilegiando mecanismos menos invasivos de controle social.

É marca indelével do iluminismo penal a concepção de que as penas devam ser limitadas: no âmbito de sua aplicação, não ultrapassando a pessoa do agente, evitando a punição que se alastre pelos familiares ou a memória do condenado, e no volume de sua aplicação, afastando-se por questões de humanidade, penas que sejam cruéis – assim entendida a crueldade como a violência gratuita, desnecessária, posto que violenta a pena sempre é.

7. *Dos delitos e das penas*, p. 15.
8. Apud Cervini, *Os processos de descriminalização*, p. 104.

A humanização das penas, nesse momento, tende a reduzir a banalização da pena de morte – claramente constatada nos rigorosíssimos ordenamentos penais que antecederam à eclosão da Revolução Francesa, no qual as *nossas* Ordenações Filipinas são exemplares – e eliminar a aplicação de castigos físicos legalmente admitidos. A prisão, que existia como meio para aplicação das violências corporais, seja como pena, seja como mero instrumento processual (tortura), aos poucos se tornará a *pièce de resistence* do novo direito penal, menos dissociada, em tese (e infelizmente apenas em tese, como se vê ainda hoje), de todo o sortilégio de violências físicas, anteriormente praticadas sob o jugo da lei.

O reflexo dos ideais iluministas teve um impacto predominante na construção da ciência penal. São dos princípios penais deduzidos das teses por assim dizer humanitárias que se lançaram as bases da dogmática penal.

O princípio da legalidade foi traduzido para o brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*, esposado por Feuerbach. A par da exigência política do princípio, na qual a garantia individual de liberdade e de separação dos poderes se insere, justificou-o Feuerbach em razões de ciência penal: se a pena é uma coação psicológica, para evitar que o agente pratique o ato indesejável, indispensável que os cidadãos conheçam o conteúdo do proibido, sem o quê a proibição perderia seu sentido.

Sobre esta base do princípio da legalidade, produzido com veio crítico, erigiu-se o conceito de tipicidade – definição neutra e não valorativa da conduta proibida, em sua primitiva concepção.

Sobre a não-transcendência da pena, construiu-se a idéia de responsabilidade subjetiva; mais adiante, de culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*).

Nem todas as idéias de fundo crítico, no entanto, foram prestigiadas com a emancipação da dogmática penal. A utilidade da pena e a função preventiva, por exemplo, foram questionadas por considerável parte dos primeiros clássicos da dogmática penal – que nela enxergavam apenas uma retribuição de cunho metafísico, depois pelos positivistas naturalistas – que viam na prática do crime

o sintoma de uma doença a ser curada ou um doente a ser inocuizado, e por fim pelos adeptos do tecnicismo jurídico, que alijaram da lei e, portanto do direito, as questões da política e da sociedade, e, por isso mesmo, estranhas a ela.

De toda a forma, o direito penal resultante do pensamento iluminista, que veio a se impregnar em quase todos os ordenamentos modernos, teve uma função de negativa em relação ao poder do Estado, no sentido de diminuí-lo, de impor-se como limitação à sua ação.

Para Zaffaroni, a absorção dos direitos humanos se dá, justamente, através da sinalização de fronteiras estritas a seu exercício de poder.[9]

A fórmula liberal assim se expressa: se o direito penal é oposição aos direitos humanos, onde houver menos direito penal haverá mais direitos humanos.

3. Direito penal social: a função promocional do direito penal

Não houve, é verdade, uma absoluta correspondência entre a emancipação das idéias que brotaram no pensamento iluminista e a alteração social e jurídica que se concretizou, fundamentalmente, nas várias etapas da Revolução Francesa e de lá por diante. Enquanto a liberdade individual foi alçada como mola mestra dos anseios da burguesia, especialmente no que respeita à liberdade de iniciativa e de comércio, a igualdade não saiu das lutas francesas com o mesmo prestígio, como nos preleciona José Damião de Lima Trindade.[10] Os comandantes da vitória no sepultamento ao *ancién regime* não fizeram questão de introduzir o tema da

9. Op. cit., p. 118.

10. Analisando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Damião Trindade comenta: "Há uma ausência memorável: a igualdade não figurou entre os direitos 'naturais e imprescindíveis' proclamados no art. 2.º, muito menos foi elevada ao patamar de 'sagrada e inviolável' como fizeram com a propriedade. Além disso, quando o mencionada depois o foi com um certo sentido: os homens são iguais – mas 'em direitos' (art. 1.º), perante a lei (art. 6.º) e perante o fisco (art. 13). Assim, a igualdade de que cuida a Declaração é a igualdade civil (fim da distinção jurídica baseada no *status* de nascimento). Nenhum propósito de estendê-la ao terreno social, ou de condenar a desigualdade econômica real que aumentava a olhos vistos no país". Op. cit., p. 60.

igualdade na positivação de suas conquistas – delas se apropriaram, dotando-o de um perfil conservador e essencialmente individualista.

A conseqüência desse abandono da igualdade foi a de deslocar o centro da luta pela efetivação dos direitos humanos para outros pólos, uma vez que a limitação de poder político e a consagração das liberdades individuais não foi suficiente para garantir concretamente aos cidadãos, meios de sobrevivência condigna.

Não bastou, pois, ao Estado diminuir, aumentando a esfera de liberdade dos indivíduos, se parte considerável destes não estava habilitado a exercê-la, em razão do desemprego e da exploração no trabalho, que eclodiu, especialmente, nos momentos posteriores – desde a revolução industrial até o atual estágio de mundialização e supremacia do mercado e suas conseqüentes e contínuas marginalizações.

A proposta social, em oposição ao ideário liberal, é de que o Estado intervenha, não se retirando; sendo agente positivo da construção da igualdade. Assim, a lei não só serviria para garantir maiores espaços de liberdade ao cidadão perante o Estado, mas para cunhar a promoção de igualdade dos cidadãos através do Estado.

Segundo Flávia Piovesan, os direitos referentes à igualdade, direitos econômicos e sociais, foram incorporados ao discurso dos direitos humanos na chamada segunda geração. A explicitação teria se dado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que mescla o discurso liberal e o discurso social, conjugando o valor da liberdade ao da igualdade.[11]

Além das indagações acerca do conteúdo da lei penal (não apenas de sua forma), a igualdade é de certa forma resgatada numa concepção social do direito penal. O direito penal assume com mais ênfase seu lado promocional, destinado a promover direitos por intermédio da intimidação da pena, como agente impulsionador da redução das desigualdades.

Assim, a integração do direito penal com os direitos humanos não se daria exclusivamente na redução de seu âmbito de aplicação, para garantir a liberdade, mas na extensão de sua aplicação, em busca de certos níveis de igualdade.

11. Op. cit., p. 34.

O direito penal se expande para incluir no rol de suas condutas selecionadas não só a defesa de valores tradicionais, mas outros ligados à política do Estado, como o abuso do industrial ou comerciante, a desobediência a um planejamento econômico e outras normas administrativas oriundas do poder de polícia, o desrespeito à classe trabalhadora.

Com o Estado interventor, declinado a zelar por sua comunidade e inclinado a agir, ao menos formalmente, pela redução das desigualdades, o direito penal é também utilizado como instrumento de promoção de tal bem-estar, dedicando-se a punir as condutas que sejam lesivas ao conjunto de direitos que vai se agregando à pauta de sua regulamentação.[12] Como afirma Claus Roxin, no Estado moderno, junto com a proteção de bens jurídicos tradicionais, apareceu a "necessidade de assegurar, se necessário com os meios de Direito Penal, o cumprimento das prestações públicas que depende o indivíduo no marco da assistência social por parte do Estado".[13]

Ao contrário, portanto, de um conceito limitador do direito penal – em que sua função crítica é privilegiada, aqui a perspectiva é outra. Pois o Estado é visto como a mola propulsora da redução de desigualdades, caminho para que se atinjam as metas de direitos humanos. E se com o direito penal pode-se proteger mais eficazmente as mais sérias violações, a conclusão é exatamente a diversa da fundamentação anterior: quanto mais direito penal, mais direitos humanos.

A forma, no entanto, acabará por impor-se ao conteúdo.

E o direito penal de um Estado interventor, ou social, deslancha para a hipercriminalização, ao entender que em todo o direito assegurado aos cidadãos, há de existir uma norma penal que reprima sua frustração ou a impossibilidade de exercê-lo.

12. Entre as causas do crescimento do direito punitivo, se situam as transformações experimentadas pelo direito político e constitucional com a transição, nem sempre uniforme, das formas clássicas do Estado liberal típico do século passado aos denominados sociais, que se traduziu em um interesse cada vez mais intenso da Administração na ordem de impulsionar a satisfação das necessidades reputadas essenciais aos cidadãos – como explica José Luiz Guzmán Dalbora (La insignificância: especificación y reducción valorativas em el âmbito de lo injusto típico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 14)

13. *Problemas básicos del derecho penal*, p. 21.

Assim o fazendo, o direito penal de perfil promocional deixa de ser a *ultima ratio* do sistema para transformar-se na *prima ratio*. A superestrutura do direito penal, ao final, se descola de qualquer objetivo socialmente justo ou de promoção de direitos humanos, afirmando-se como controle social cada vez mais abrangente.

4. Direito penal totalitário: a compressão dos direitos humanos pelo direito penal

Nada, todavia, se compara ao direito penal totalitário, cujo objetivo é justamente o de comprimir a sociedade, ao princípio da devida obediência.

Este neo-absolutismo, no entanto, não nasce da legitimidade da vontade divina ou do simples uso da coerção. Ao revés, é justificado por um sofisticado sistema de proteção jurídica, o direito em estado puro. Asséptico, dissociado de fins ou objetivos, de fundamentos ou questões sociológicas, estranhas a ele, o direito passa a ser um poderoso instrumento a serviço do poder. O positivismo se ancora, fundamentalmente, no prestígio da própria lei, que incorpora em si mesmo as razões do uso da coação legalmente justificada. O totalitarismo se aproveita da grande evolução técnica do direito, destinada a erigir uma verdadeira ciência do direito, com regras e mecanismos próprios, uma engrenagem que funciona, independente de seus manipuladores.

No tecnicismo jurídico, a lei firma-se como um valor em si mesmo, e a ciência penal vai se amoldando como um efetivo instrumento de controle social, destinado à manutenção das estruturas de poder.[14]

É como se as conquistas de uma sociedade mais justa e de um direito positivo mais humano se exaurissem na própria existência da lei – e o racionalismo positivo assim bastasse para aglutinar a consciência geral e encaminhar para além do direito, justamente por que além da lei, as exigências políticas.

14. Como afirma Bustos Ramírez, na ciência penal, doravante, *predominará a atitude dogmática mais do que o espírito aberto dos iluministas* (Op. cit., p. 188).

É fácil perceber como essa visão tecnicista da lei, sob um fundamento não valorativo, possibilita fazer funcionar a engrenagem do direito para servir a qualquer objetivo[15] – mesmo aqueles que, nem de longe, buscam respeitar o homem, para quem, em última instância, a lei deveria ser produzida.

Como explicita Marcio Sotelo Felippe, acerca do direito na Alemanha, sob o regime nazista, "As normas do III Reich eram jurídicas porque tinham essa qualidade dita objetiva: compunham uma ordem normativa derivada da norma fundamental pressuposta, segundo a qual valia a vontade da quadrilha de genocidas que empolgou o poder. Trata-se de uma radical, absoluta, separação entre política e 'ciência' do direito. A primeira dizendo respeito ao conteúdo da norma, é absolutamente irrelevante; a segunda concerne somente à 'forma' de norma",[16] citando, ainda, Kelsen em trecho revelador: "sob o regime nacional-socialista, na Alemanha, certos atos de coerção que, ao tempo em que foram executados, constituíam juridicamente homicídios, foram posteriormente legitimados retroativamente como sanções e as condutas que os determinaram foram posteriormente qualificadas como delitos".[17]

Uma visão extremada do apego atávico à ordem e à obediência firmou-se, no âmbito dogmático-penal, na Escola de Kiel, no mesmo período nacional-socialista: o crime afeta, sobretudo, um dever de fidelidade, de lealdade à nação.[18] Trata-se de uma absoluta subjetivização do conteúdo do ilícito – o violador da lei é traidor do povo, sacrificando-se o indivíduo em prol do Estado que é quem determina o dever absoluto.

15. O esvaziamento do princípio da legalidade é patente, pois a lei é instrumento do direito a serviço do poder, portanto não destinado à limitá-lo, como no direito de cunho liberal. Lei de 28.06.1935, na Alemanha nazista: "Será punido quem cometer um crime punível pela lei, ou que mereça uma sanção segundo a idéia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo".

16. *Razão jurídica e dignidade humana*, p. 60.

17. Ibid.

18. Nesse sentido, Schaffstein, para quem a essência da lesão de dever resulta o conteúdo do direito; e Dahm, que assinala que o delito não consiste na lesão de um bem jurídico, mas no afetamento de um dever de fidelidade, apud Bustos Ramírez, op. cit., p. 201.

Por aí se vê que a legalidade não basta para consagrar o direito como um instrumento de emancipação, pois, se em um primeiro momento pode-se dizer que a lei liberta, noutro aprisiona.

E o positivismo, dissecando leis de seus valores, permite a punição de toda e qualquer conduta, privilegiando a projeção de um direito do autor, a ser punido por uma suposta *traição ao sentimento de preservação nacional*, sentimento atribuído a uns poucos ou a um só.

O pesadelo totalitário se agrega com a reputação auferida ao positivismo naturalista no direito penal, proveniente da Itália, mas espraiado em vários ordenamentos, entre eles o nosso, compreendendo o criminoso como um doente que merece tratamento. A lei penal, instrumento essencial de *defesa social*, serve, então, para resguardar a sociedade do perigoso. A insanidade justificadora da má-conduta elege a medida de segurança, instrumento de perfil preventivo, como a sanção por excelência, disseminando toda a sorte de preconceitos e discriminações. Firma-se como base, também por estes fundamentos, o direito penal do autor, punindo-se o agente pelo que é, não pelo que faz.[19] O direito penal aqui, como explica Nuñez Barbero, não existe para tutelar bens jurídicos, antes protege a sociedade de quem tenha *capacidade para delinqüir*.[20]

O totalitarismo penal se presta a um puro propósito de controle social destinado a dividir a sociedade entre aqueles que dela devam fazer parte ou não, segundo o *sentimento do líder*, instigando, inclusive pelo terror, o sentimento de obediência generalizada ao representante dos interesses do povo, bem ainda isolando, tratando ou inocuizando os que podem causar distúrbios à sanidade social. Não há promoção social que justifique o extremo autoritarismo; o controle social visa apenas a proteger sua forma.

Há mais direito penal justamente para que existam menos direitos humanos.

19. De onde provém a teoria sintomática, encarando a conduta, independente da eficácia ou do dano, como uma demonstração de temibilidade do sujeito, sendo seu principal formulador o italiano Garofalo. *Criminilogia*, p. 394.

20. *El delito imposible*, p. 78.

5. Direito penal democrático: um esforço de síntese entre a crítica e a promoção

A idéia de um Estado que não abdique de seu potencial de intervenção e ao mesmo tempo não assuma a tentação totalitária, que o crescimento de seus poderes sugere, ganha fôlego na Europa do pós-guerra, com a derrocada de vários regimes de força.

Para Santiago Mir Puig, o Estado Social Democrático de Direito vem para efetivar a conjugação das garantias individuais do Estado Liberal – das liberdades do indivíduo perante o Estado – com o propósito de intervenção próprio de um Estado Social – nivelador das desigualdades econômicas e sociais, sob um prisma democrático. Para o autor, a Carta espanhola empregou uma concepção sintética de Estado, "produto da união dos princípios próprios do Estado liberal e do Estado social. Como toda síntese, a imagem resultante do Estado pressupõe uma superação de seus componentes básicos isoladamente considerados, o que permite acrescentar a terceira característica da fórmula constitucional: a democracia".[21]

Este novo Estado supera, pois, a tese e a antítese dos Estados liberal e social. Do Estado liberal se adota a idéia do Estado de Direito, governado pelo direito, emanado da vontade geral, expressado pelos representantes do povo, no qual radica a soberania nacional, em franca contraposição ao Estado absoluto. Aqui se prevêem garantias formais para defender a sociedade do Estado, divisão de poderes e princípio da legalidade. Do Estado social incorpora-se o intento de aproximar o Estado da sociedade, como motor ativo da vida social. Já não se cuida de preservar garantias formais, mas de prover mudanças efetivas nas relações sociais (materiais).[22]

A pregação social-democrata tem uma interessante perspectiva ao direito penal.

21. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 32-33.
22. Ibid.

Com este Estado, justifica-se um Direito penal pequeno, uma vez que se centra na dignidade da pessoa humana. Como a liberdade do homem só pode ser subtraída legitimamente se este tiver lesionado ou exposto a perigo relevante bem jurídico de outro ser humano, as hipóteses de privação devem ser limitadas – o que limita tanto as penas, quanto os crimes. Em caso contrário, o direito estaria desprestigiando a liberdade e por conseqüência apequenando a dignidade humana.

Este direito penal democrático tem, assim, compromissos com a intervenção mínima, opondo-se politicamente, seja na Europa, seja na América Latina, a regimes onde o Estado se impôs mais como polícia do que como interventor social. Os Estados contemporâneos incorporam fundamentalmente em suas Cartas os principais preceitos dos direitos humanos, sendo, portanto, inviável, a punição pelo mero exercício do poder de punir, para sua demonstração de força ou respeito à autoridade.

Sob esse ponto de vista, é possível dizer que o direito penal do dito Estado Social Democrático de Direito recupera as bases do minimalismo lançado no iluminismo, e ainda com mais vigor. Isto porque o período transcorrido foi suficiente para desprestigiar também a prisão como modelo de sanção penal – não se encontrando, no entanto, penas alternativas que fossem capazes de substituí-la no seu todo.

Dogmaticamente, a idéia de um direito penal democrático trouxe uma gama a mais de limitações da punibilidade àquelas já produzidas pelo liberalismo penal: a de ordem material, que se traduz na recuperação do prestígio da teoria do bem jurídico como caráter transcendente à norma. Recupera-se, assim, a doutrina de von Liszt, que preceituava, um século antes, que o ato é formalmente contrário ao Direito, na medida em que é transgressão de uma norma estabelecida pelo Estado; mas somente o será materialmente ilegal, quando significar uma conduta contrária à sociedade que represente lesão ou risco a um bem jurídico, mostrando-se em oposição às finalidades últimas do Direito.[23]

23. *Tratado de direito penal alemão*, p. 324. A propósito da recuperação de Liszt e o positivismo sociológico, na doutrina pós-guerra alemã, Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del proyecto Alternativo. *Problemas básicos...* de Claus Roxin, onde aduz que, a despeito de ter sido

O direito penal democrático compromissa-se, no entanto, também com a promoção – quando se busca no caminho de uma proposta social, a intimidação para impulsionar a redução das desigualdades. O legislador preocupa-se, portanto, em punir a tortura do agente, mais que a desobediência à autoridade; a devastação do meio-ambiente, resultado da atividade predatória do capital sem freios; a sonegação fiscal ou a malversação de verbas públicas, obstáculos à atividade distributiva do Estado.

Aqui a equação se afirma sem contrariedades. Duas são as assertivas: é menos direito penal e mais direitos humanos.

Critica-se, no entanto, o direito penal democrático por sua incapacidade de punir a macro-criminalidade. O reducionismo penal que advoga, colocando em cheque a legitimidade dos crimes sem vítima, de tipos de mera desobediência, da proteção de bens jurídicos públicos, da exagerada antecipação da tutela penal, como a punibilidade dos crimes de perigo abstrato, bem ainda a defesa intransigente do devido processo legal, torna difícil a punição de condutas praticadas por empresas ou dirigidas em ações coletivas.

É esta a crítica que funda a preocupação com novos rumos do direito penal – afinal, a punição acaba por não alcançar os mais poderosos, recaindo como sempre sobre os desvalidos, sem representar esforço algum de redução de desigualdade.

De certa forma, este anseio de um direito penal mínimo social-democrático não chegou efetivamente a traduzir-se numa plataforma concreta – os princípios foram efetivamente incorporados em diversas Constituições européias e latino-americanas (o Brasil não é exceção), e inúmeros códigos penais, mas isto não impediu que um extenso rol de criminalizações fosse levado a efeito pela legislação infraconstitucional nas questões mais distintas, como a necessidade do combate ao terrorismo, aos crescentes índices de criminalidade violenta, ou ao elevado número de mortes no trânsito.

Liszt *enterrado no mausoléu histórico*, podia celebrar cinqüenta anos após sua morte uma vitória tardia. Op. cit. p. 38-39.

A síntese de um Estado grande no social e pequeno no direito penal – que fosse o fiel retrato de quem promovesse, intervindo, mas ao mesmo tempo preservando os direitos humanos, portanto, não se aperfeiçoou.

6. Direito penal neoliberal: a função simbólica do direito penal

Ao contrário do pensamento social-democrata, a onda neoliberal que se espraiou pelo planeta (sobretudo nas ordens marginais, como diria Zaffaroni), soltando as amarras necessárias à internacionalização da economia e impondo a desregulamentação nacional, produziu outro monstro público: o Estado mínimo no social, mas grande no direito penal.[24]

O que justificaria que esse minimalismo no Estado, cunhando um novíssimo *laissez-faire, laissez-passer* fosse acompanhado de um ordenamento penal ainda mais forte que os presentes nos Estados ditos sociais?

Para Alberto Silva Franco, a emergência deste direito penal serve mesmo ao controle social de modo a tornar segura a nova ordem econômica. "As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do fenômeno globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro lado, o significado simbólico de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema do mercado e, desse modo, evitar sua perturbação e buscar sua preservação, antepondo-o aos valores, direitos e garantias do indivíduo".[25]

É possível, no entanto, supor, que essa faceta conservadora que molda o direito penal da globalização, mas de certa forma também cada direito penal posi-

24. Uma *avant-première* da situação foi apontada por Bustos Ramírez, ao evocar a situação do Chile durante o governo militar, na ditadura Pinochet, com ampla liberdade econômica de mercado em contraposição à ausência de liberdades individuais e a opressão do Estado: *o homem só é livre como ofertante ou demandante*. Op. cit., p. 21.

25. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 31/122.

tivado – de reprimir a subversão do modelo de produção econômica e organização social pela intimidação – se articule especialmente no Estado neoliberal com outros ingredientes. Assim, o direito penal máximo pode servir para que o Estado seja mínimo. Como dizia Louk Houlsman: a lei penal pode ser editada sem que se demonstrem os recursos financeiros a serem despendidos em sua execução; em razão disso, os governos e parlamentos editam leis penais de forma a justificar a solução de problemas sociais, sem que seja necessário o aporte de qualquer recurso, pois a criminalização permite adiar os custos.[26]

Assim, o Direito penal acaba por se assumir numa feição apenas simbólica – aproveita-se do terrorismo da opinião pública pela mídia e produz símbolos, produz notícia, produz mais intimidação, mas não soluções.

O simbolismo penal leva ao expansionismo novamente, na expressão mais aguda da demagogia penal, mas ao mesmo tempo ao desprestígio do instrumento[27] – cada vez menos capaz de dissuadir as pessoas por intermédio de ameaças. Rápido se constata que quanto maior é o direito penal no Estado mínimo, menor as perspectivas de que seja eficaz, maior a cifra negra e menor a legitimidade da lei penal, o que por sua vez leva a um recorrente anseio da sociedade por um direito penal mais rigoroso.

Os direitos humanos aqui vão sendo paulatinamente esquecidos. Quer porque o Estado neoliberal se desencanta de sua função de redutor das desigualdades, abdicando da missão de promover a emancipação dos menos favorecidos,

26. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, 9/1973. Pense-se, por exemplo, na evasão de crianças pobres da escola fundamental. Há uma boa forma de estimular os pais a recolocarem os filhos na escola, por intermédio de programas como o auxílio bolsa-escola, de implemento de renda mínima familiar com garantia de matrícula de filhos. O problema pode ser "resolvido" de outro âmbito, estimulando o Ministério Público o processo criminal de pais por abandono intelectual, de forma a anunciar possíveis soluções pela intimidação sem custo algum.

27. Como afirma Alessandro Baratta, "As funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit de tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada", em "Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico".

jogando-os à lei do mercado e dos mercadores, quer porque o excessivo crescimento da legislação penal aliado a uma estratégia de combate à ineficiência – que analisa a sociedade como uma empresa, à procura da máxima produtividade – busca fortalecer o direito em metas de qualidade total. Nesse diapasão, sobrelevam-se os fins de combater a impunidade, em relação aos meios, solapando-se boa parte das garantias do indivíduo, mesmo aquelas conquistadas na primeira ascendência liberal.

Em pouco tempo, o direito penal se transforma em instrumento legitimador da pura opressão, justificando-se numa doutrina quase bélica nos quais os comportamentos tidos como desviantes são próprios de *inimigos*,[28] que devem ser abatidos.

O Estado deixa de intervir para reduzir a desigualdade. Ao revés, parte para aniquilar direitos sociais de há muito sedimentados e que atrapalhariam o livre mercado. E ao mesmo tempo despreocupa-se em manter acesa a defesa da liberdade.

Aqui, como se vê, o raciocínio se completa na negação: há mais direito penal e menos direitos humanos.

7. Desafios do direito penal na era da globalização

Como vimos, o direito penal que surge dos princípios iluministas teve claramente um caráter crítico, de aspecto reducionista. Na limitação do poder do Estado e do soberano, e na racionalização das leis e das punições, residia a maior conquista de direitos humanos no direito penal. Os direitos humanos, no entanto, se intrometem na seara do direito penal também na esfera da criminalização, traduzindo-se na função promocional do ordenamento, à medida que por intermédio da intimidação fosse possível ao Estado social proteger os bens jurídicos tradicionais, como ainda dirigir os comportamentos em caminhos que apontem para a redução de desigualdades, incorporando novos campos ao direito penal. A resolução dos pro-

28. Denominação que se popularizou com a visão funcionalista de Gunther Jakobs, que pode ser resumida numa desastrosa premissa: *o indivíduo hostil que não respeita as regras do Estado, não ingressa no estado de cidadania não tem direito aos benefícios de pessoa humana.*

blemas sociais pelo direito penal, no entanto, nunca foi muito tranqüila; o conteúdo acaba sendo absorvido pela forma, traduzindo-se o Estado social no fiador de um expansionismo penal, quando não se transforma em um próprio totalitarismo. O direito penal do Estado social-democrático de Direito se projeta para a redução do direito penal a seu mínimo, com a manutenção de serviços sociais que preservem a ação do Estado em busca de uma igualdade possível, numa síntese que garante e ao mesmo tempo proteja a efetivação dos direitos humanos. O projeto desaba, no entanto, na emergência do Estado neoliberal, que diminui em tudo, menos na repressão penal, caminhando para o direito penal como instrumento de repressão absoluta, em um caminho de regressão ao período pré-humanitário.

A mundialização da comunicação e dos transportes que determina a flexibilização de fronteiras e a fluidez de mercados sugestiona a uma nova feição das relações públicas internacionais, onde os organismos mundiais passam a ter maior abrangência e competência – veja-se por exemplo o caso da Organização Mundial do Comércio e a importância de suas sanções, principalmente para a economia dos países periféricos.

A diminuição do Estado e a redução de seus custos sociais acabam por atingir de forma mais grave os menos favorecidos; ao revés, a mundialização dos negócios favorece a concentração de renda nas mãos de poucos, cristalizando desigualdades. A globalização amplia o rol de marginalizados, diminuindo as perspectivas de sua reinclusão na vida social.

A luta pelos direitos humanos, nessa era de quase barbárie, por intermédio do direito penal, tem sido pensada, então, com a utilização, em sentido inverso, dos mesmos mecanismos com que a globalização se estende: o internacionalismo e a regra da máxima produtividade. Seria como jogar o jogo com as regras do inimigo.

Ou seja, se a globalização solapa direitos sociais, de modo a reduzir os Estados para dar-lhes competitividade e aumentar o trânsito de produtos internacionais, encurtando as distâncias entre os países, formando um mercado de regras uniformes, uma resposta possível seria propagar na mesma internacionalização, o discurso pelos direitos humanos, incrementando o âmbito de tratados e convenções

internacionais, estimulando a reforma de legislações nacionais conservadores, preparando caminho para as cortes internacionais.

E a eficiência, atrelada à modernização, também é apropriada pelo discurso de direitos humanos com a finalidade de dotar o direito penal de instrumentos que sejam aptos a punir a criminalidade mais perigosa e ao mesmo tempo menos inacessível, a grande criminalidade, organizada, empresarial e transacional. Seria, assim, uma forma encontrada pelo direito penal de produzir igualdade, não só para dar efetividade a vários dos direitos humanos, como para buscar a incorporação dos poderosos ao mundo do direito penal – evitando que o ordenamento continue sendo exclusivamente um mecanismo de controle dos excluídos.

A idéia fundamental desta atividade promocional do Direito penal, em que se propõem mudanças de paradigmas, é a de que os instrumentos à disposição do ordenamento, com base nos postulados tradicionais, como territorialidade, responsabilidade pessoal e subjetiva, ônus de prova à acusação e proibição de se auto-incriminar, entre outros, praticamente tornam inviáveis a punição da alta criminalidade. Isto por que: a) os crimes são praticados em lugares distintos daqueles em que os resultados são provocados e muitas vezes em vários lugares (como na criminalidade pela Internet ou econômica por intermédio de aplicações financeiras à distância); b) os crimes econômicos e ambientais são praticados por intermédio de pessoas jurídicas, sendo inviável a prova da responsabilidade pessoal; c) crimes ambientais ou financeiros são graves o suficiente para tornar inócua a punição posterior, sem que se possam tomar atitudes preventivas; d) os tradicionais mecanismos de prova, especialmente a documental e testemunhal são insuficientes em relação a esta nova criminalidade, quer por que com a tecnologia não se deixam rastros documentais disponíveis, quer porque os crimes são praticados sem testemunhas ou, no caso de organizações criminosas, a viabilidade de um testemunho diminui quanto mais forte é a organização ou mais grave o crime cometido.

Uma transformação de vulto no direito penal, no entanto, também tem seus percalços. A busca de novos destinatários da norma penal pode exigir tamanha

alteração na concepção do ordenamento a ponto de transfigurá-lo. O esgarçamento dos tradicionais limites, conquistados com luta e arduamente mantidos, compensará a diminuição dos espaços de liberdade, com essa nova propulsão em direção à igualdade? Analisemos, pois, algumas destes instrumentos, capazes de dotar o novo direito penal de eficiência.

Entre esses mecanismos de transformação podemos encontrar: a) internacionalização do direito e da jurisdição penal; b) a responsabilização criminal da pessoa jurídica; c) a antecipação da tutela penal; d) a expansão das sanções premiais; e) os mecanismos processuais de invasão de privacidade.

A propalada internacionalização do direito penal funda-se, sobretudo, num princípio de justiça universal, muito próximo, aliás, da idéia de direitos humanos: há crimes que de tão grave abalam todas as sociedades e merecem punição em qualquer lugar onde sejam cometidos, por todos os Estados. A clara intenção de expandir a extraterritorialidade, ou de esvaziar o conceito de territorialidade, tem significância para evitar os obstáculos criados pelos *paraísos penais* – países nos quais pela vinculação de criminosos com o poder, ou poderosos com o crime, determinadas condutas restariam, de outra forma, impunes. A internacionalização do direito penal pode ser encarada também como a resultante da disseminação dos direitos humanos, com a expansão dos tratados e convenções internacionais que se deu na última metade do século, instituindo uma pauta mundial de regulamentação.

A internacionalização culmina com a adoção de cortes internacionais de proteção de direitos humanos e, mais recentemente, com o Tribunal Penal Internacional ainda que para um número delimitado de infrações. Como afirma Sylvia Steiner, é a evolução gradual do sistema internacional de garantias de proteção aos indivíduos que resulta na atual situação de sermos *sujeitos de direito internacional*, capazes de demandar em tribunais internacionais contra o próprio Estado.[29]

29. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, p. 129.

Como toda e qualquer síntese de vários pensamentos e modelos distintos, produto de experiências históricas diferenciadas, o consenso resultante no TPI não está imune a críticas, inclusive no que respeita à promoção ou preservação dos direitos humanos, propósito que lhe é evidente.

Embora se vincule à perspectiva de um ordenamento social e democrático, no sentido de impor sanções aos mais graves crimes que abatem a personalidade humana, como o genocídio, a perseguição racial, o extermínio de grupos sociais, a escravidão ou tortura e os crimes de guerra, consensualmente nocivos, o Estatuto de Roma colide ainda com alguns princípios do minimalismo penal.

Isto ocorre, por exemplo, quando se prevê a pena de prisão perpétua, *quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado* (art. 77, 1, *b*, do Estatuto de Roma), dirigida a todos os crimes de competência do Tribunal. A supressão por prazo indeterminado da liberdade visa, na cominação, a prevenção pela intimidação e, na aplicação, apenas a retribuição, não havendo qualquer finalidade possível de ressocialização. Nesse sentido, vai ainda de encontro à tendência evolutiva de esvaziar a pena capital. Como afirma Claus Kreb, o *pacote de compromisso* formulado pelos países signatários excluiu a pena de morte do texto, mas de outro aclarou que não impedia a pena de morte nas legislações internas. "Tornou-se assim difícil para o Tribunal Penal Internacional dar um passo decisivo na consolidação da abolição da pena de morte internacionalmente reconhecida".[30]

De outra parte, também se prevê a imprescritibilidade genérica de todos os crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

E, ainda, no âmbito processual, a validade, mesmo em caráter excepcional, da prova ilícita. Segundo o disposto no art. 69, 7, somente *Não serão admissíveis as provas obtidas como resultado de uma violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando: a) essa violação suscitar sérias dúvidas*

30. Penas, execução e cooperação no estatuto para o Tribunal Penal Internacional. *Tribunal Penal Internacional*, p. 128.

quanto a confiabilidade das provas ou; b) sua admissão atentar contra a integridade do julgamento ou resultar em grave prejuízo para o mesmo. Ou seja, a violação da lei, por si só, não atentaria contra a integridade do julgamento e a ilegalidade só seria afastada se a violação suscitar dúvidas quanto à confiabilidade das provas.

A necessidade de se evitar a impunidade dos crimes contra os mais graves direitos humanos, portanto, à luz da comunidade penal internacional se sobrelevou em relação a certos temas de liberalismo penal: a pena sem caráter perpétuo, a prescritibilidade dos crimes e a vedação incondicional da prova ilícita.

Não há dúvidas que a existência de uma Corte Internacional para apreciar delitos que atentam contra a humanidade é de máxima relevância, principalmente levando-se em conta de que a maior parte das violações massivas é produzida por quem detém o poder do Estado e, portanto, pode evitar a punição enquanto ali estiver, ou mesmo produzir normas que impeçam os julgamentos após deixá-lo – como uma lei de anistia. O tribunal é, pois, louvável, no que lhe é mais relevante, o julgamento dos crimes envolvendo violações gravíssimas de direitos que lesam a humanidade – e por isto, deve ser legitimado.

Todo cuidado, no entanto, deve ser tomado na recepção de suas normas como vetores referenciais de justiça, a se espalharem para os ordenamentos nacionais. Para que, no afã de defender os direitos humanos, não se legitime, em outros cantos, a sua supressão.

O corolário de que existem crimes sérios que mereçam penas gravíssimas e processos com menos garantias é o mesmo, por exemplo, que vem repercutindo em legislações internas, como a nossa, em relação aos crimes hediondos[31] ou estrangeiras que reprimem o terrorismo.[32] A lógica é perversa – a gravidade deve

31. Para os quais estão suprimidas a liberdade provisória e a regra do direito ao apelo em liberdade (de cunho processual), e a proibição de progressão de regime de cumprimento de pena (de cunho material), esta considerada inconstitucional por recente decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, em apertada votação (6x5), no julgamento do HC 82.959-7.

32. A propósito, a referência que Bustos Ramírez faz ao art. 55.2 da Constituição espanhola, que assinala que os direitos e liberdade "pueden ser suspendidos para personas determinadas, en

ser exceção à garantia. E, no que respeita à admissão da prova ilícita, trata-se de conviver com o princípio da proporcionalidade – que nos provocaria, caso admitido de forma generalizada, outra série de violações a direitos humanos justificados pela pretensa gravidade das infrações.

A responsabilização da pessoa jurídica é outro tema moderno do qual não se tem por perto a emergência de um consenso. A necessidade de punir a empresa advém da pouca eficiência dos institutos tradicionais do direito penal na punibilidade de crimes praticados por grandes organizações. Na ausência de mecanismos de punição, grassa a impunidade em relação a crimes fiscais, contra o sistema financeiro ou ambientais, especialmente. Seria preciso, assim, reformar o direito penal para admitir a punição – advogam os partidários dessa responsabilização, uma vez que o caráter aflitivo da sanção criminal efetivamente nunca foi pensado em direção a entes ideais.

O problema mais sério, no entanto, é novamente o de esgarçar o direito penal, de levá-lo até onde não foi moldado para ir.

Como afirma René Ariel Dotti, "a aventura intelectual que pretende afirmar a imputabilidade penal da pessoa jurídica tem um cariz manifestamente abolicionista. É o ovo da serpente de um processo de eliminação dos princípios e das garantias penais e processuais defendidas em regimes políticos liberais do séc. XVIII e que revelaram destacado progresso ao longo de períodos históricos seguintes".[33]

A questão é metodológica: se o direito penal não alcança determinadas condutas, cuja punição escapa da esfera possível do ordenamento, é então porque se deve alcançá-las com outras normas. Faz parte do princípio de efetividade do

relación com las investigaciones correspondientes a la actuácion de bandas armadas o elementos terroristas". Op. cit, p. 23.

33. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 11/186. Em contrário, a posição de Sérgio Salomão Shecaira, com aprofundada monografia a respeito (*Responsabilidade penal da pessoa jurídica*) –o fundamento da imputabilidade penal da pessoa jurídica serviria, ao revés, para evitar três males que tem se tornado freqüentes: a) a impunidade dos crimes praticados por intermédio de pessoa jurídica; b) a punição de funcionários por atos por ele praticados que somente à pessoa jurídica aproveitam – como no caso dos reajustes de preço na época do Plano Cruzado; c) a adoção de uma interpretação que leve à responsabilidade penal objetiva dos diretores de empresa.

direito penal, ao qual menciona Silva Franco como um dos vetores do ordenamento, que "não basta que o bem jurídico seja digno de tutela penal, nem tampouco que tenha necessidade dessa tutela. É mister verificar algo mais, ou seja, se o mecanismo penal deve ser capaz de dar essa tutela".[34] Como também se manifesta Cervini, em relação a condutas que podem ser melhor resolvidas fora do âmbito penal.[35]

A incorporação da responsabilidade penal da pessoa jurídica possui o inconveniente de expandir os limites do direito penal – tornando-o menos seguro em relação à responsabilidade subjetiva, sem a conveniência de se aplicar, via direito penal, uma sanção mais efetiva do que se aplicaria em instâncias administrativas. No direito penal, a punibilidade mais invasiva acaba sendo temperada pelo maior rigor processual. A responsabilização da pessoa jurídica em seara penal, para que sirva aos propósitos de impedir a impunidade e enrijecer as sanções, para além das cíveis e administrativas, levaria o direito penal e processual a alterações tais que, ao final, poderiam não mais ser reconhecidos.

Surge como hipóteses intermediárias, o estabelecimento de uma dupla via no direito penal, do qual reporta Alberto Silva Franco,[36] em que os critérios tradicionais seriam mantidos e suscitados sempre que fosse possível a individualização da responsabilidade, impondo-se esse direito penal moderno, de responsabilidade mais objetiva, sempre que tal individualização fosse inviável, restando apenas sanções contra a empresa. Ainda em uma proposta intermediária, mas preservando o direito penal tal qual existe, a criação de um direito de intervenção, meio caminho entre o penal, civil e administrativo, que se situasse numa esfera preventiva, defendida por Hassemer.[37] Neste direito sim, seria possível a aplicação de sanções a pessoas jurídicas, embora fosse preferencialmente de natureza preventiva.

34. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, p. 39.

35. Referindo-se, por exemplo, a questão de omissão nos deveres de pátrio poder e maus-tratos a menores que se solucionam melhor, com atenção às suas causas, à margem do sistema penal. *Os processos de descriminalização*, p. 121.

36. Globalização..., p. 122.

37. *Três temas de direito penal*, p. 59.

A idéia de maximizar o conteúdo preventivo do direito penal também se traduz num contexto de antecipações de tutela. Já que os danos são irreversíveis, de nada resolve que se encontrem meios de punir após sua ocorrência – a punição teria pequeno potencial de intimidação e nenhuma possibilidade de reparação. A antecipação da tutela pode se dar de várias formas, todas dirigidas a punir antes de uma efetiva lesão ao bem jurídico protegido.

Assim, no âmbito do direito material, com o incremento da punição de crimes de perigo em relação aos crimes de dano e no incremento sucessivo dos crimes de perigo abstrato em relação aos crimes de perigo concreto, inclusive por que a prova do perigo concreto é sempre mais difícil. A antecipação da tutela dá-se, ainda, através da criminalização de atos preparatórios. Como o sentido objetivo do ordenamento impede que se retroaja até a intenção ou a preparação da ação, a saída é a criação de tipos penais que infrinjam bens jurídicos genéricos, como a segurança coletiva, a paz pública, e assim por diante, admitindo-se, então, a punibilidade de atividades tipicamente preparatórias.

No âmbito processual, a antecipação da tutela se dá com o alargamento de medidas cautelares e assecuratórias, de modo a garantir que a execução da pena ou das sanções civis decorrentes da condenação sejam preservadas. Assim ocorre com a expansão das causas de prisão preventiva, ou *a contrario senso* a supressão das hipóteses em que seja possível a concessão da liberdade provisória, regra que tende a se transformar em exceção. Junto da prisão preventiva, instauram-se outras medidas de antecipação de execução da pena, embora travestidas de cautelares, como a possibilidade de alienação, antes de sentença, de bens apreendidos em poder de acusados de tráfico, como forma de auxiliar materialmente a polícia no *combate ao crime*,[38] bem ainda a possibilidade de aplicação preventiva da suspensão de habilitação a processados por crime de trânsito, como forma de garantir a *ordem*

38. Art. 34 e seus parágrafos, da Lei 6.368/76, com a redação que lhe deu a Lei 9.804/99, repetida na nova Lei de Tóxicos, art. 62, § 4.º, Lei 11.343/2006.

pública.[39] Em todas essas hipóteses, busca-se dar maior efetividade à ação policial e à judiciária, de modo a diminuir a extensão da impunidade.

A antecipação da tutela se articula, ainda, com outros mecanismos, como a moderna punição do exaurimento – presente no tipo penal de *lavagem de dinheiro* (Lei 9.613/98), do qual independe o julgamento ou a condenação referente ao delito anterior. Trata-se de um delito pós-delito, uma espécie de ocultação de cadáver pós-moderna, que criminaliza a conduta do agente em plena atividade de exaurimento, quando se utiliza, ocultando a origem, de dinheiro ganho ilicitamente. A posteriorização da tutela penal dá-se aqui, assumidamente, em vista da dificuldade de punir-se o ato gerador da riqueza, mas com um fundo de atuação preventiva, evitando atividade corruptora daquele que lucrou anteriormente com o crime.

Em todas essas hipóteses de antecipação da tutela, existe claro um conteúdo de presunção, seja na abstração da atividade perigosa, seja na preparação de um crime futuro, ou ainda na posse de bens potencialmente obtidos de forma ilícita. A presunção é uma arma eficaz para combater a impunidade, partindo-se da premissa de que a impunidade se dá, muitas vezes, pela inviabilidade da produção da prova. Não obstante, é de se apontar que atinge duramente garantias penais e processuais, seja no que respeita ao princípio da culpabilidade – de atribuir-se sanção somente a quem atua com dolo ou culpa – seja no que atine ao direito de defesa. Talvez por isso, a presunção prestigiada dentro do direito penal protetor dos direitos humanos seja exatamente a inversa: a da inocência.

Por outro lado, a dificuldade de prova também traz a um direito penal que busca a eficiência, por intermédio de ampliação dos espaços de sanção premial. Elementos de sanção premial são encontradiços em todos os ordenamentos penais tradicionais – no nosso, por exemplo, de há muito que a confissão espontânea é circunstância atenuante (ainda que na prática pela impossibilidade da pena ser rebaixada aquém do mínimo da sanção-base, acaba por ter influência quase

39. Art. 294, da Lei 9.503/97.

irrisória em prol do acusado). A idéia, no entanto, é de que à admissão dos fatos pelo acusado deve corresponder uma diminuição na aplicação da pena, seja por um princípio herdado do direito canônico, da relevância do arrependimento (o início da introjeção dos valores morais ou sociais) seja por um critério utilitarista, facilitando a obtenção da certeza penal.

Os malefícios da consideração da confissão como *rainha das provas* são sobejamente conhecidos. A confissão como prova mestre projeta para os serviços de investigação uma tentação que, demonstra a experiência, é difícil de resistir. O prestígio da força da confissão incentiva a tortura, como forma de resolver a investigação e justificar todos os atos anteriormente praticados pelos agentes policiais – muitas vezes também ilícitos, como a violação de domicílio e busca e apreensão sem ordem judicial.

Por isso, a relevância como garantia processual do direito ao silêncio. O direito ao silêncio, como se sabe, é mais do que o direito a um silêncio *strictu sensu*, a não responder perguntas da autoridade policial. Representa a impossibilidade de que a prova a ser obtida seja extraída do próprio suspeito – articula-se aqui não só com a proibição da tortura, como ainda com a vedação à obrigatoriedade na realização de exames físicos ou psíquicos que representem processos invasivos contra a vontade do agente. O fundamento deste direito ao silêncio amplamente considerado projeta para os serviços de investigação e para a produção da prova em juízo que os elementos de convicção devem ser exteriores ao agente – ele não tem a obrigação nem o ônus de servir-se como prova, seja em relação ao que tem a dizer, seja em relação a que seu corpo possa demonstrar.

Pois bem, a sanção premial certamente não se equipara à tortura, mas de alguma forma nos remete à tentação de obter do próprio acusado – ou de um dos acusados no caso – a admissão dos fatos que permita esclarecer a responsabilidade penal. Não se trata mais aqui de imaginar a remota salvação pelo arrependimento, mas sim exclusivamente por um critério utilitarista. Não se dedica a sanção premial dos novos tempos a premiar aquele que simplesmente confessa, mas aquele que

delata. Primeiro com a Lei de Crimes Hediondos e depois com a Lei 9.807/99 (de Proteção a Testemunhas), o legislador buscou premiar, inclusive com a extinção da punibilidade pelo perdão judicial, ou com redução considerável de pena, o agente que delata outros membros de sua organização e assim desbarata a ação criminosa, viabilizando a eficácia da ação policial.[40]

Essa valorização da delação, que ademais desprestigia um fundamento ético do processo penal, ao estimar atos reprovados moralmente, se articula ainda com outros mecanismos processuais que visam a maior eficiência da investigação policial, como a utilização de mecanismos tecnológicos destinados à violação justificada da privacidade. É o caso da interceptação telefônica, verdadeira coqueluche da investigação policial – não raro praticada de forma generalizada, antes da existência de indícios concretos da participação em um crime, da vigilância por câmeras ou outras formas mais avançadas de perseguição, como o rastreamento por satélites, e mesmo a infiltração de agentes policiais no seio da sociedade criminosa.[41]

Toda essa ação investigativa visa ao mesmo tempo obter provas de incriminação e atuar como um policiamento, público ou privado, de caráter preventivo – afinal, as câmeras estão filmando antes do crime acontecer, e a gravação de conversas telefônicas muitas vezes revela atos ilícitos que ainda estão por vir.

Não há que se negar, de todo, a possibilidade de utilização de mecanismos tecnologicamente avançados de investigação, impedindo assim que graves crimes sejam cometidos, ou que criminosos fiquem impunes em face da ausência de elementos de prova. É preciso, no entanto, que a cautela guie o acolhimento destes mecanismos, pois além de se integrarem de uma maneira ou outra com a busca

40. Como também a norma que permite a redução entre 1/3 a 2/3 ao indiciado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime (art. 41, da Lei 11.343/2006, referente aos crimes ligados ao tráfico de entorpecentes).

41. De que é exemplo o art. 53, da mesma Lei de Tóxicos (Lei 11.343/2006).

de prova que no fundo é realizada pelo próprio agente criminoso (infringindo na parte prévia o seu *direito ao silêncio*), a ação preventiva *in extremis* subverte, outra vez, o princípio da presunção de inocência. Isto significa que, no limite, a máxima eficiência no sistema de investigação se dá com a prevenção absoluta, ou seja, que todos possamos ser objeto de escuta, de filmagens, de quebra de sigilo bancário, de modo a que se possa evitar que os crimes ocorram – em um viés eficazmente preventivo do ordenamento.

Claro está que não haveria apenas ganhos nessa dita modernização do direito penal. O caráter expansionista do direito penal se revela por detrás de normas que visam dotá-lo de maior eficiência, ou que pretendem alterar institutos consagrados (consagrados como óbices à ação do Estado) para trazer ao direito penal o que de outra forma ficaria fora de sua esfera.

Não nos parece, assim, que uma postura de direitos humanos esteja totalmente integrada com estes novos caminhos. O minimalismo no direito penal tem, seguramente, mais a contribuir para a realização dos direitos humanos. É justamente a concepção fragmentária e subsidiária do direito penal que nos impõe distância de um Estado de polícia. A preservação de maiores espaços de liberdade, com a diminuição, e não o crescimento, do direito penal, indica ter maior vinculação com a realização das pautas de direitos humanos – a força de repressão do direito penal, por outro lado, não o recomenda como um eficaz instrumento de mudanças sociais.

Não há dúvidas de que certo grau de modernização deve ser introduzido nos ordenamentos; se as relações sociais se alteram, não há motivos para que o direito se mantenha sempre intocável. O risco, no entanto, de se suprimir certos conceitos tradicionais do direito penal e do processo penal, na ânsia de efetivar uma punição de grandes crimes e grandes criminosos, que efetivamente ponham em risco toda a coletividade, é grande. Pelas brechas de um direito penal moderno, de um novo ou segundo estágio de direito penal aplicável a grandes empresas e organizações criminosas transnacionais, provavelmente se mutilarão critérios

garantistas há muito assentados no direito penal, e em relação aos quais a manutenção é sempre objeto de luta.

O risco é maior na medida em que se sabe que no consenso internacional dominante em que se tem transformado a ideologia política dos novos Estados-mercado globalizados, os arautos da lei e da ordem não custarão a espraiar para aquele núcleo duro do direito penal todos os ditos *avanços* com que se pretende superar os obstáculos da punição dos violadores de direitos coletivos.

8. Bibliografia

BARBERO, Ruperto Nuñez. *El delito imposible*. Salamanca. [Universidade], 1963.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais ou simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 5. São Paulo: RT, 1994.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Hemus, 1983.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1994.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução da 2. ed. espanhola de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangelli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 1995.

DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 14. São Paulo: RT, 1996.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 11. São Paulo: RT, 1995.

FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 3. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez,

Afonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1998.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 31. São Paulo: RT, 2001.

_____. et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

GAROFALO, R. *Criminologia*. Versão portuguesa de Julio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925.

HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminologia y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HULSMAN, Louk H.C. Descriminalização. *Revista de Direito Penal* 9/10. São Paulo: RT, 1973.

KREB, Claus. Penas, execução e cooperação no estatuto para o Tribunal Penal Internacional. *Tribunal Penal Internacional*. Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (Org.). São Paulo: RT, 2000.

LIZST, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C –Editores, 1899.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre. SAFE, 1988.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Direitos humanos* –visões contemporâneas. Publicação especial em comemoração aos dez anos de fundação da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo: Método, 2001.

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1998.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, José Damião de Lima Trindade. Anotações sobre a história social dos direitos humanos, *Direitos humanos*: construção da liberdade e da igualdade. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1993.

Consideraciones sobre la prueba del dolo

Ramon Ragués i Vallès
Profesor titular de Universidad.

Sumário: 1. Introducción – 2. Concepto de dolo: breve panorámica – 3. La prueba de los hechos subjetivos en el proceso – 4. Propuesta de tratamiento: las reglas de atribución del conocimiento – 5. La prueba del dolo en los delitos de resultado – 6. Bibliografia.

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto de estudio la acreditación en juicio de aquellos elementos subjetivos que integran el concepto penal de dolo, tratando de aplicar a este ámbito los nuevos avances de la teoría de la prueba judicial.

Palabras-clave: Dolo – Prueba – Imputación subjetiva.

Abstract: The issue of this work is the demonstration in trial of those subjective elements which integrate the concept of "dolus" applying to this scope the new advances of the theory of judicial evidence.

Keywords: Dolus – Evidence – Mens rea.

Área do direito: Penal

1. Introducción[1]

Para resolver la cuestión de cómo se prueba el dolo en el proceso penal es imprescindible contar con dos herramientas teóricas: una *teoría del dolo* y una *teoría*

1. Con el añadido de las notas a pie de página, el texto de este trabajo se corresponde con el de la ponencia presentada en el *Spanisch-Deutches Symposium* organizado por el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn (Alemania) los días 10 y 11 de mayo de 2002.

de la prueba. La teoría del dolo hace falta porque, sin saber qué es aquello que debe ser probado, difícilmente se puede decidir cómo ha de llevarse a cabo la actividad probatoria en cuestión. Y, en segundo lugar, tampoco cabe prescindir de la teoría de la prueba, pues sin ella no es posible instruir al operador jurídico que se encuentra ante un caso concreto sobre cómo y cuándo debe dar por acreditada la presencia de aquellos elementos fácticos que permiten afirmar el concepto cuya eventual aplicación se plantea.

Responder con un mínimo fundamento a la pregunta de *qué es el dolo* requiere un grado de argumentación que excede con mucho del espacio aquí disponible. No en vano, la definición de dolo es una de las materias que, ya desde el siglo XIX, mayor controversia ha suscitado entre los penalistas que se han ocupado de la teoría del delito. Sin embargo, dado que no es posible pasar a la segunda cuestión ("¿cómo se prueba el dolo?") sin dar antes respuesta a la primera, a continuación se expondrá de forma muy breve cuál es el concepto de dolo del que se parte, justificando sucintamente semejante elección.[2] Acto seguido pasará a exponerse el tema central del presente trabajo: la prueba del dolo.

2. Concepto de dolo: breve panorámica

Aunque tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales, hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) *sólo* como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, *el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento*. A este cambio conceptual se ha llegado por diversas razones.

2. Para una fundamentación mucho más detallada del concepto de dolo que se defiende cfr. Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pp. 25-186. En las páginas de este trabajo puede encontrarse citada la principal bibliografía existente sobre la materia.

El motivo principal es que una aplicación coherente del dolo definido como voluntad o intención lleva a castigar como meras imprudencias supuestos que, ante los ojos de cualquier espectador, parecen mucho más cercanos al merecimiento de pena propio de los comportamientos dolosos que al de los negligentes. Esta valoración se aprecia ya en el siglo XIX, cuando surgen en la doctrina figuras como el dolo directo de segundo grado o el dolo eventual, que no son otra cosa que ampliaciones del concepto de dolo pensadas para no tener que castigar como simples imprudencias supuestos que parecen mucho más graves. En este sentido puede afirmarse incluso que la idea del dolo como intención, proclamada en su momento por *Feuerbach*, nunca llegaría realmente a aplicarse, pues ya desde un primer momento se advirtió que era un concepto demasiado limitado.[3]

Esta necesidad de ampliar el concepto de dolo ha sido afrontada por la doctrina y la jurisprudencia recurriendo fundamentalmente a dos grandes métodos:[4]

A) Un primer grupo de autores y jueces parte del principio apriorístico de que *sólo la realización voluntaria o intencionada del tipo merece las penas previstas para los delitos dolosos* y, consecuentemente, trata de buscar dicho elemento en todos aquellos casos que le parecen merecedores de la pena del dolo. Tradicionalmente se ha denominado a este punto de vista como la *teoría de la voluntad*.[5]

3. La doctrina suele asociar el origen del concepto moderno de dolo a la figura de *Feuerbach* (y a su trabajo "Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere" de 1804), por tratarse del primer autor que explícitamente rechazó las teorías objetivizantes del *dolus indirectus* y el *dolus ex re* que habían predominado hasta entonces, definiendo el dolo como intención entendida en términos exclusivamente psíquicos. Sobre este importante cambio cfr. Lesch, "Dolus directus, indirectus und eventualis", *JA*, 1997, p. 802 ss. y Puppe, *NK*, § 15, n. marg. 22.

4. La discusión entre los partidarios de estos dos puntos de vista a menudo se ha contemplado como un debate circunscrito a la figura del dolo eventual. Sin embargo, dado que el dolo eventual marca la "frontera inferior" del concepto de dolo, en realidad esta discusión afecta a la globalidad de este concepto. En este sentido Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, 1983, p. 496 ss.

5. Para una perspectiva de los autores partidarios de este planteamiento cfr. Ragués i Vallès, *El dolo*, pp. 60-66 y pp. 103-105.

B) Otro sector doctrinal prescinde de definiciones apriorísticas y analiza simplemente *qué hechos considera acreedores de las penas previstas para las modalidades dolosas*, buscando después denominadores comunes entre todos ellos que permitan construir una definición generalmente válida.[6]

En la práctica se ha demostrado que sólo el segundo método conduce a resultados satisfactorios. De hecho, la negativa de los partidarios del primer método a prescindir de un elemento volitivo les obliga a encontrar tal elemento en sucesos en que muy difícilmente lo hallaría cualquier ciudadano medio empleando el vocabulario cotidiano y, así, se acaba afirmando que quien simplemente *acepta*, *se conforma* o *se resigna* con la realización del tipo jurídicamente *quiere* dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente.[7] En la práctica estos requisitos pseudovolitivos, como el "aceptar", "conformarse" o "resignarse", se deducen, sobre todo, de la circunstancia de que un sujeto no haya desistido de su conducta *pese a ser consciente* del riesgo de realización típica que conllevaba.

Esta deducción automática del elemento pretendidamente volitivo a partir de la "actuación pese al conocimiento" plantea serias dudas sobre la necesidad conceptual de tal requisito, que, definido en estos términos, carece de un contenido propio que justifique su existencia.[8] Por otra parte, semejante

6. Una panorámica de los trabajos en los que se defiende esta perspectiva en Ragués i Vallès, *El dolo*, pp. 66-71 y 88-97.

7. Históricamente, estos planteamientos son herederos de la denominada "teoría del consentimiento" creada en Alemania en el siglo XIX y defendida por autores como *Robert von Hippel*, que la complementaban con la denominada *fórmula de Frank*, según la cual un sujeto consentía en la producción del resultado cuando podía afirmarse que habría actuado igualmente de haber sabido con seguridad que dicho resultado se iba a producir. Esta teoría –durante muchas décadas mayoritaria tanto en Alemania como en España– entra en crisis a partir de la década de 1950 con la sentencia del BGH alemán (BGHSt, v. 7, p. 363 ss.) sobre el denominado "caso de cinturón" (*Lederriemenfall*), aunque es posible todavía encontrarla en algunas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo español en la década de 1980.

8. De entre las numerosas críticas que recibe este punto de vista merece la pena citar, aunque sólo sea por su plasticidad, las formuladas por Herzberg, "Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten", *JZ*, 1988, p. 575. Cfr. asimismo

elemento no desempeña papel relevante alguno en los delitos de mera actividad, donde incluso los partidarios del dolo como intención afirman la existencia de un delito doloso en casos de mero conocimiento de las circunstancias típicas: ¿acaso algún juez negaría el dolo del acusado de abusos sexuales que afirmara haber realizado tocamientos a una víctima de diez años conociendo perfectamente su edad pero "no habiendo querido hacerlo"? ¿o absolvería al conductor ebrio que declarase haber sido perfectamente consciente de que conducía bajo la influencia del alcohol pero haber realizado a disgusto dicha conducta?.[9] La idea del dolo como voluntad se enuncia pensando exclusivamente en los delitos de resultado, una circunstancia que en modo alguno puede juzgarse positivamente si lo que se pretende es construir una definición de dolo generalmente válida para toda la teoría del delito.

La afirmación de que para el dolo basta con el conocimiento ha sido, precisamente, la conclusión de la mayoría de partidarios del segundo método.[10] Por tal razón suele hacerse referencia a ellos con la denominación de *teorías*

la crítica de Kindhäuser, "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", *ZStW*, 96 (1984), pp. 23-24 y, más recientemente, Schünemann, "Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff", *Hirsch-FS*, Berlín, 1999, p. 367.

9. Cuestiona la necesidad del elemento volitivo en los delitos de mera actividad, entre otros, Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 401-402. Cfr. asimismo Frisch, *Vorsatz*, p. 381.

10. Algún autor como Engisch, en su *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlín, 1930 (reimp. 1995), pese a emplear este método llega a conclusiones distintas, como la afirmación de que para el dolo es necesaria, cuando menos, indiferencia. Sin embargo, su planteamiento no se ha impuesto. Aparentemente también emplean este método los autores que definen el dolo como "decisión contra el bien jurídico" o "asunción de los elementos constitutivos del injusto" (así, *Hassemer* o *Schroth*, respectivamente). Sin embargo, en el desarrollo de este planteamiento se constata un cierto apriorismo cuando se afirma que, para que concurra tal decisión o asunción, es imprescindible la presencia de algún elemento volitivo o pseudovolitivo. Cfr. en este sentido Hassemer, "Kennzeichen des Vorsatzes", *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, 1989, pp. 289-309 [trad. M.M. Díaz Pita, "Los elementos característicos del dolo", *ADPCP*, 1990, p. 909 ss.] y Schroth, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt a.M., 1994, pp. 115-118. Algo similar sucede en España con la partidaria de esta perspectiva, Díaz Pita, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 321. Una crítica al planteamiento de *Schroth* en Schünemann, *Hirsch-FS*, pp. 368-369.

del conocimiento o *de la representación*. Según estos autores, para afirmar que se ha obrado dolosamente basta con acreditar que el sujeto activo ha actuado representándose la concurrencia en su conducta de los elementos objetivos exigidos por el tipo. En los delitos de resultado, esta exigencia se concreta entendiendo que, para afirmar el dolo, basta con que el sujeto haya obrado con conocimiento del riesgo concreto de producción del resultado.[11] En cambio, en los delitos de mera actividad es suficiente con que el sujeto sepa que en su comportamiento concurren aquellos elementos que integran el tipo objetivo penal. Una conclusión que, por lo demás, resulta plenamente coherente con la circunstancia de que aquello que excluya el dolo en los textos legales vigentes sea sólo el error y no una inexistente causa de eliminación de la voluntad.

Desde luego, esta perspectiva teórica no está exenta de problemas. Éstos se plantean, sobre todo, cuando sus partidarios tratan de determinar con precisión qué clase y grado de representaciones son necesarias para afirmar el nivel de conocimientos que exige una realización dolosa. Sin embargo, en sus puntos de partida no cabe duda de que esta teoría está mucho mejor encaminada que la primera, pues con ella se consigue un concepto válido tanto para delitos de resultado como para delitos de mera actividad y, además, es posible trazar una

11. En Alemania este punto de vista es defendido, en lo sustancial por autores como Frisch, *Vorsatz*, p. 95 ss.; Schmidhäuser, "Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat", *JuS*, 1980, p. 242; o Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlín, 1993, p. 258 ss. [trad. J Cuello y J.L. Serrano, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1995, p. 316]. En España se defiende, entre otros, por Bacigalupo, *Principios de Derecho penal*, 5. ed., Madrid, 1998, p. 225; Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 401 ss.; Gimbernat Ordeig, "Acerca del dolo eventual", en Id., *Estudios de Derecho penal*, 3. ed., Madrid, 1990, p. 259; Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, p. 245; y Feijóo Sánchez, "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", *CPC*, 65 (1998), pp. 269 ss. Para una panorámica en lengua alemana del estado actual de doctrina y jurisprudencia españolas en materia de dolo cfr. Ramos Tapia, "Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft", *ZStW*, 113 (2001), pp. 401-418. En Argentina cabe citar a Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 201-202, entre los partidarios del dolo como conocimiento.

delimitación entre dolo e imprudencia que se corresponde con el merecimiento de pena propio de estas formas de imputación subjetiva sin por ello tener que recurrir a datos psíquicos de dudosa existencia práctica.[12]

Por todas estas razones, la definición del dolo como conocimiento de la realización típica se ha impuesto en la práctica del Derecho penal y ello pese a que una parte importante de la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia se resistan a abandonar la terminología propia de la teoría de la voluntad.[13] En la inmensa mayoría de ocasiones, quienes se declaran partidarios del dolo como intención acaban resolviendo los casos aplicando un dolo definido como conocimiento, de tal modo que, aunque en la doctrina parecen defenderse dos conceptos distintos, en realidad las discrepancias tienen sólo una naturaleza terminológica. Por consiguiente, la idea de dolo como conocimiento de los elementos del tipo objetivo es el enfoque del que se partirá en las siguientes páginas para analizar la cuestión de la prueba de dolo, una materia a la que, en adelante, se hará también referencia con la denominación de "prueba del conocimiento".

12. En la doctrina actual pretende ir más allá Jakobs, "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern", *ZStW*, 101 (1989), pp. 530-531 [trad. C.J. Suárez, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos" en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 128-146], quien considera que ciertos desconocimientos (provocados o debidos a la indiferencia del sujeto) merecen el mismo tratamiento que casos de dolo. Este punto de vista, próximo a la figura anglosajona de la *willful blindness*, se acoge en alguna sentencia del Tribunal Supremo español, como la STS de 16.10.2000 (ponente Giménez García), en la que se afirma que, "quien se pone en situación de *ignorancia deliberada*, sin querer saber aquello que puede y debe saberse, y sin embargo se beneficia de la situación –iba a cobrar un millón de ptas.– está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio en el que voluntariamente participa" (destaque en el original). El mismo razonamiento se plantea en la STS de 10.01.2000 (ponente Giménez García).

13. Esta idea ya se expresaba en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 23.04.1992 (ponente Bacigalupo Zapater), en la que se reconocía que, bajo los "ropajes" terminológicos de la teoría del consentimiento, las decisiones de este Tribunal se hallaban cada vez más próximas a los postulados de la teoría de la probabilidad, que es una de las variantes más extendidas de la teoría de la representación.

3. La prueba de los hechos subjetivos en el proceso

Para construir una *teoría completa* del dolo no basta con definir este elemento del delito, sino que es necesario saber cómo debe constatarse en el proceso el dato fáctico del que depende su aplicación: los conocimientos del acusado en el momento de delinquir.[14] Lamentablemente, si uno trata de encontrar en la doctrina construcciones teóricas que analicen esta cuestión no hallará muchas respuestas pese a su indudable importancia para la aplicación cotidiana del Derecho penal. La dogmática tradicional no ha manifestado un especial interés por analizar el traslado de los conceptos teóricos a la práctica forense, argumentando a menudo que ésta es una tarea que compete a la ciencia procesal. Sin embargo, los procesalistas tampoco se han mostrado muy dispuestos a desarrollar su teoría general de la prueba o de los medios probatorios pensando en los concretos elementos de la infracción punible, de tal modo que, hasta hace poco, apenas era posible encontrar trabajos que se ocuparan de esta materia.[15]

Esta situación no puede en modo alguno valorarse positivamente, pues la mutua ignorancia entre lo sustantivo y lo procesal hace imposible saber cuál

14. En este sentido puede afirmarse que las actuales definiciones de dolo no pretenden una teoría completa sobre este concepto, algo que, por el contrario, no sucedía en teorías anteriores al siglo XIX, como la del *dolus ex re* o el *dolus indirectus*, que conjugaban las cuestiones probatorias con las conceptuales. Sobre estas figuras, cfr. Lesch, *JA*, 1997, p. 83; Puppe, "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", *ZStW*, 103 (1991), p. 26 y Volk, "Dolus ex re", en *Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 106 ss. En Italia, Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazzioni in tema di ogetto e di accertamento del dolo*, Milán, 1960.

15. Alguna excepciones dignas de ser citadas son Hruschka, "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", en *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 191 ss.; Freund, *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, Heidelberg, 1987; Frisch, "Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriff und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion", en *K. Meyer-GS*, Berlín, 1990, p. 533 ss.; y Volk, "Begriff und Beweis subjektiver Merkmale", en *50 Jahre Bundesgerichtsthof*, v. IV, Múnich, 2000, p. 739 ss. En España se ocupa de la cuestión Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1989 y Pérez del Valle, "La prueba del error en el proceso penal", *RDP*, 1994, p. 413 ss.

es el exacto alcance de las teorías que la ciencia penal formula sobre el dolo. No en vano, con una aplicación procesal flexible conceptos muy estrictos de dolo pueden llevar a castigar frecuentemente en la práctica por delito doloso, mientras que conceptos teóricamente muy amplios pueden conducir a un menor número de condenas si en la práctica el juez es muy restrictivo en el momento de la prueba. En este sentido, debe afirmarse que las reglas de prueba desempeñan un importante *papel político-criminal de delimitación del ámbito de lo punible* y que, por tal razón, es muy necesario que la ciencia –ya sea procesal o penal– trate de teorizar sobre ellas.[16]

La demostración en el proceso penal del conocimiento o las representaciones de un acusado en el momento de realizar la conducta delictiva entra dentro de lo que jueces y tribunales suelen denominar la *prueba de hechos subjetivos o psicológicos*. Según se afirma, la constatación de estos hechos resulta especialmente compleja, pues, a diferencia de lo que sucede con la prueba de otros elementos fácticos, el conocimiento ajeno es un dato que se sitúa más allá de la percepción sensorial y, por tanto, para su descubrimiento bien poca cosa pueden aportar los medios probatorios más habituales, como la prueba testifical.[17] Semejantes dificultades no se circunscriben al dolo, sino que surgen también cuando se intenta constatar en el proceso la presencia de otros fenómenos de naturaleza psíquica, como aquéllos en que se basan los elementos subjetivos del tipo o el conocimiento de la antijuricidad.[18]

16. Se plantea la posibilidad teórica de integrar en los conceptos dogmáticos los recursos para su aplicación práctica Bacigalupo Zapater, "Presunción de inocencia, 'in dubio pro reo' y recurso de casación", *ADPCP*, 1988, p. 379. Sobre la relación entre prueba y concepto en los elementos subjetivos cfr. Volk, en *50 Jahre Bundesgerichtshof*, pp. 746-747.

17. Una perspectiva sobre cómo argumenta la jurisprudencia española en materia de dolo puede encontrarse en Laurenzo Copello, *Dolo*, pp. 152-177.

18. Sobre el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español dispensa a la prueba del conocimiento de la antijuricidad, cfr. Felip i Saborit, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código Penal*, Barcelona, 2000, pp. 163-206.

Tradicionalmente se ha entendido que, para la prueba de los hechos psíquicos, existen dos grandes medios probatorios. En primer lugar, la *confesión autoinculpatoria*, que, según suele afirmarse, es la prueba por excelencia de la existencia de dolo, puesto que sólo el acusado sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos. Y, en segundo lugar, la *prueba de indicios*, es decir, la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados. Este segundo medio probatorio es el recurso al que más frecuentemente se acude en la práctica para atribuir conocimientos, ya que las confesiones autoinculpatorias no son demasiado frecuentes.[19]

No obstante, según la perspectiva tradicional el empleo de estos dos medios probatorios sólo sirve para acreditar un hecho cuando, como resultado de su valoración, se provoca en la persona del juez la *íntima convicción* de que tal hecho ha sucedido realmente. El convencimiento judicial como culminación de la actividad probatoria ha ido ligado históricamente a los sistemas de libre valoración de la prueba que predominan en los ordenamientos procesales más modernos desde que cayeran en desgracia los sistemas de prueba tasada.[20] Sin embargo, la íntima convicción como objetivo de la actividad probatoria plantea un grave problema teórico: dado que las convicciones personales son algo muy variable de una persona a otra, si se acoge la convicción del juez como criterio decisivo para una correcta valoración de la prueba se hace depender la solución final de los casos de un factor *subjetivo y cambiable*, lo que supone aceptar, de forma más o menos

19. Con todo, hoy en día ya no se entiende que la confesión suponga la "prueba plena" de los elementos subjetivos, mientras que la prueba de indicios sería una prueba de segunda clase, sino que se atribuye a ambos el mismo rango en tanto que medios probatorios, dado que se admite la posibilidad de que la confesión no necesariamente concuerde con la realidad de lo sucedido. Cfr. al respecto Hruschka, *Kleinknecht-FS*, p. 199, quien argumenta que, en el fondo, la confesión sólo es un indicio más.

20. Ésta es la concepción que justifica la redacción de artículos como el 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española o el § 261 de la StPO alemana.

explícita, que *dos casos absolutamente idénticos pueden tener soluciones radicalmente distintas* en función de quien los enjuicie y que, pese a ello, la solución de los dos casos *deberá considerarse correcta.*[21]

Aunque es evidente que en la práctica cotidiana inevitablemente casos iguales van a tener soluciones distintas, el que esto suceda no puede dejar de ser visto como algo anómalo, por lo menos si se pretende que la labor de la ciencia penal tenga algún sentido. Dicho en otras palabras, la ciencia penal y, en especial, la dogmática jurídica, sólo tienen razón de ser si se parte de la premisa teórica según la cual *dos casos idénticos sólo pueden tener una solución correcta.* Acogiendo este punto de vista debe afirmarse, por tanto, que no toda íntima convicción del juez por el mero hecho de producirse ya debe ser aceptada como válida, sino que tal convicción sólo será aceptable si coincide con la *solución correcta* del caso que se está juzgando. Lógicamente, la cuestión que, llegados a este punto, debe resolver la ciencia penal es la de cuáles son los *criterios para decidir en qué casos es correcta una convicción judicial.*

Una respuesta sólo parcial a esta pregunta la ofrece la denominada "*teoría de los dos niveles en la valoración de la prueba*". Según esta perspectiva, en aquellos casos en que la apreciación de la prueba no depende necesariamente de la inmediación judicial, una determinada convicción no puede aceptarse sin más como correcta si su contenido se opone a los conocimientos científicos imperantes o contradice las reglas de la lógica y la experiencia.[22] En la práctica, la implantación de esta teoría, por lo menos en la jurisprudencia española, ha tenido un efecto

21. En la doctrina ponen de manifiesto el carácter irracional del acto de convicción Stein, "'Gewißheit' und 'Wahrscheinlichkeit' im Strafverfahren", en Wolter (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, Neuwied, 1995, p. 256 y Freund, *Normative Probleme*, prólogo, s/n. Por su parte Hanack, "Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß", *JuS*, 1977, p. 728, habla del carácter "subjetivo" del acto de convicción y Nell, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlín, 1983, pp. 105 y 107 del carácter "emocional".

22. Para conocer cómo aplica la jurisprudencia española esta teoría resulta fundamental la STS de 15.04.1989 (ponente Bacigalupo Zapater). En Alemania, cfr. entre otras la sentencia BGH,

altamente positivo, pues con ella los tribunales superiores han admitido la posibilidad de revisar la valoración de la prueba realizada por los jueces o tribunales de instancia, una posibilidad que no cabía con las concepciones más tradicionales de la íntima convicción, que se asentaban en una visión absolutamente subjetiva de este requisito.[23]

No obstante, y pese al indudable avance que ha supuesto esta teoría, con ella se sigue planteando el problema de que, aunque consigue rechazarse las conclusiones judiciales absurdas, se sigue admitiendo que dos casos idénticos pueden tener dos soluciones correctas distintas, siempre que ninguna de ellas pueda calificarse de ilógica o de científicamente insostenible, algo que, afortunadamente, pocas veces sucede en la práctica.[24] Para superar este inconveniente es necesario construir una teoría que no se limite a rechazar aquellas convicciones que puedan calificarse de insostenibles, sino que, de entre las diversas convicciones "sostenibles" que puedan imaginarse para un caso concreto, establezca cuál debe acogerse como correcta.

4. Propuesta de tratamiento: las reglas de atribución del conocimiento

En el caso de la "prueba del conocimiento" la elección de un criterio teórico que permita determinar la solución correcta exige analizar el contenido de las de-

NStZ, 1988, p. 236 ss.; Maiwald, *AK-StPO*, § 261, n. marg. 13 ss.; y Schmidt, *Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht*, Frankfurt a.M., 1994, p. 90 ss.

23. De acuerdo con las perspectivas más tradicionales de la convicción judicial, ésta era siempre un acto "libérrimo" y, por tanto, irrecurrible. Cfr. en este sentido la STS de 10.02.1978 (ponente Vivas Marzal). En esta resolución se presenta esta libertad absoluta del juez en el momento de valorar la prueba como un avance frente al sistema –"felizmente superado", decía el Tribunal Supremo– de la prueba tasada. Sobre las raíces históricas de este razonamiento cfr. Hoyer, "Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip *in dubio pro reo*", *ZStW*, 105 (1993), p. 527.

24. La posibilidad de esta doble solución correcta se admite de hecho en la doctrina por autores como Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pp. 152-154.

nominadas "reglas de experiencia" y, de forma más precisa, de aquéllas que pueden denominarse "reglas de experiencia sobre el conocimiento ajeno", que sirven para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos, qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta. En consecuencia, la búsqueda de criterios para saber cuál es la decisión correcta en este ámbito no pasa por intentar evitar que el juez llegue a conclusiones opuestas a las reglas de experiencia, sino de ver, en cada caso, cuál es la solución que dichas reglas imponen como correcta.[25]

Todo parece indicar que el parámetro para decidir sobre la corrección de una determinada regla de experiencia no puede ser otro que la existencia de *amplio consenso social* en torno a su vigencia. Semejante conclusión se justifica, ante todo, por la función social que el Derecho penal desempeña, una función que sólo tendrá consecuencias legitimables si los mensajes que la justicia penal dirige son aceptables y comprensibles desde el punto de vista los ciudadanos. Por este motivo debe afirmarse que la tarea del juez no debe consistir en construir o inventar las reglas de experiencia para cada caso concreto, sino en acudir a la interacción social para buscar dichas reglas. En el caso concreto de la prueba del dolo deberá aislar aquellas reglas que se emplean en sociedad para las atribuciones mutuas de conocimientos entre ciudadanos.[26]

Sólo cuando el juez encuentre en dicha interacción una regla de experiencia de vigencia indiscutible según la cual, presupuestos ciertos datos objetivos, una persona

25. Algunos fundamentos para sustentar esta conclusión pueden encontrarse en trabajos tan diversos como, en Alemania, Stein, en *Zur Theorie*, p. 234; en Italia, Framarino dei Malatesta, *Lógica de las prueba en materia criminal*, 3. ed., Turín, 1912 (trad. S. Carrejo y G. Guerrero, 4. ed., Bogotá, 1995), p. 57; y, en España, Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, pp. 154-155.

26. De forma más o menos explícita éste es el punto de vista que, para la constatación de los elementos subjetivos, parecen sustentar autores como Hruschka, *Kleinknecht-FS*, p. 191 ss.; y Krauß, "Der psycologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht", *Bruns-FS*, Colonia, 1978, p. 22. Para un mayor desarrollo del punto de vista particular, véase Ragués i Vallès, *El dolo*, pp. 323-353.

por fuerza ha sido conocedora de determinados hechos, podrá atribuir correctamente dichos conocimientos al concreto acusado. Cualquier convicción judicial que se aparte de este criterio deberá ser considerada *arbitraria*, una consideración que puede tener importantes efectos –sustantivos y procesales– en sistemas que, como el español, proclaman la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en su texto constitucional (art. 9.3 CE), lo que permite afirmar que toda valoración arbitraria de la prueba supone la infracción de un precepto constitucional.

Las anteriores ideas sirven para resolver complejas cuestiones que pueden plantearse en la práctica, como, por ejemplo, la valoración que merecen ciertas opiniones periciales acerca de las hipotéticas representaciones de los acusados en el momento de suceder los hechos. Por mencionar un ejemplo concreto, en el caso de algunos homicidios pasionales se plantea en ocasiones por ciertos psicólogos o psiquiatras que posiblemente el acusado no haya sido plenamente consciente de cuál era la auténtica trascendencia de sus actos. De acuerdo con un planteamiento tradicional, las observaciones de estos peritos podrían llevar a negar el dolo en el caso de suscitarse una duda en la persona del juez.[27] Sin embargo, desde el punto de vista que aquí se defiende tales opiniones no tienen valor alguno para la constatación forense del conocimiento ajeno, de tal modo que, cuando la conducta realizada por el sujeto se considere como forzosamente consciente desde el punto de vista de la interacción social, ésta deberá ser también la conclusión del juez.

Tal negativa se explica porque, desde la perspectiva de las actuales valoraciones sociales, a los psiquiatras y psicólogos tal vez se les reconozca compe-

27. Cfr. al respecto diversos planteamientos recogidos en trabajos como Prittwitz, "Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teils des StGB", *GA*, 1994, p. 454 ss.; Kargl, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt a.M., 1993, p. 15 ss., así como la obra en la que, en buena medida, se basan estos dos autores: Lempp, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, 1977, p. 20.

tencia para aportar información sobre cuándo un sujeto padece una determinada anomalía psíquica o enfermedad mental, pero no para descubrir qué es lo que dicho sujeto sabía o se representó en el momento ya pretérito en que llevó a cabo una conducta objetivamente típica. Esta conclusión, que hasta cierto punto puede sorprender con respecto a los delitos de sangre, parece casi una obviedad en delitos de naturaleza económica o patrimonial, en los que resulta evidente que nada pueden aportar psicólogos o psiquiatras en relación con la prueba del conocimiento de un acusado.[28]

La anterior afirmación tiene varias repercusiones, unas de orden sustantivo y otras de orden procesal. La primera de ellas es poner claramente de manifiesto que en el proceso penal el juez no puede echar mano sin más de cualquier medio probatorio imaginable para la prueba de cualquier elemento del delito, sino que los medios probatorios admisibles deben variar en función de lo que deba ser probado. En este ámbito el criterio decisivo debe ser el grado de confianza social en la certeza de los resultados de cada medio, lo que permite sostener, por ejemplo, que para la "prueba del dolo" o de otros requisitos de la infracción penal, como los elementos subjetivos del tipo o el conocimiento de la antijuricidad, el juez no puede ni debe acudir a la prueba pericial, porque actualmente no existe suficiente confianza en los resultados de dicho medio probatorio. En cambio, estas periciales se convierten en el recurso por excelencia cuando se trata de determinar la existencia de determinados transtornos psíquicos en la persona del acusado.[29]

28. Este punto de vista coincide con lo manifestado por Krauß, *Bruns-FS*, p. 593 o Loos, "Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis", en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen, 1980, p. 272, quien sostiene que las ciencias empíricas carecen del instrumental necesario para constatar procesos psíquicos singulares e irrepetibles. Una mayor consideración hacia el papel que pueden desempeñar los peritos en la prueba de los elementos subjetivos en Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos*, pp. 306-307.

29. Claramente contradictorio lo sostenido en la STS de 30.03.1999 (ponente Martínez Arrieta), referida a un caso de prueba del ánimo lúbrico en un abuso sexual. Aunque en

Desde un punto de vista sustantivo las anteriores ideas permiten observar también cómo el modelo de sujeto con el que trabaja la teoría del delito varía según el escalón de dicha teoría en el que se opera. Tal afirmación resulta evidente si el modelo de hombre empleado en la imputación objetiva se compara con el utilizado en la culpabilidad, pues mientras en el primer nivel se razona mayoritariamente con el denominado "hombre medio" o, mejor dicho, el "hombre perfecto", que advierte y prevé todos los peligros relevantes, en la culpabilidad se tiene en cuenta al acusado individualmente considerado, con todas sus anomalías y limitaciones personales. A diferencia de lo que suele presuponerse, en el ámbito del dolo (y de su prueba) no se opera propiamente con ninguna de estas dos figuras, sino con un tercer modelo resultante de contextualizar al hombre medio en el escenario del concreto acusado, añadiéndole buena parte de sus características personales, pero sin tener en cuenta todavía determinados factores de su individualidad, como, por ejemplo, las enfermedades psíquicas que pueda padecer, el grado de impregnación alcohólica que presentaba en el momento de suceder los hechos o el estado de arrebato u obcecación en que se hallaba cuando delinquió.[30]

Sólo razonando de este modo se impide una doble atenuación injustificada –por falta de dolo y de plena imputabilidad– en el caso de ciertas anomalías psíquicas o intoxicaciones, evitándose asimismo tratar como im-

un párrafo se afirma tajantemente que los elementos subjetivos "se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto", en el párrafo siguiente se afirma la existencia de ánimo lúbrico apoyándose explícitamente en "criterios suministrados por los peritos". Con todo, esta sentencia es una excepción dentro de la jurisprudencia española sobre elementos subjetivos, pues en la inmensa mayoría de sentencias no se plantea siquiera la posibilidad de acudir a la prueba pericial, casi siempre porque las partes tampoco han solicitado su práctica en juicio.

30. La idea de que en el ámbito de la prueba de los elementos subjetivos nunca se pretende una plena subjetivización del acusado es puesta de manifiesto por Volk, en *50 Jahre Bundesgerichtshof*, pp. 752-753. Sostiene este autor (*ibidem*, p. 752) que en estos razonamientos siempre se acude a lo que "'uno' habría pensado, visto, sentido o creído en esta situación concreta".

prudentes conductas que en las valoraciones cotidianas nadie juzgaría como tales.[31] Éste es el caso, por ejemplo, del sujeto que, obcecado porque su pareja sentimental le abandona por otro, provoca su muerte propinándole con una plancha numerosos golpes en la cabeza.[32] El que en casos como éste psicólogos o psiquiatras puedan argumentar que el grado de obcecación fue tal que el sujeto no era verdaderamente consciente de la trascendencia de sus actos no impide afirmar que existe un homicidio doloso, pues para tal conclusión lo único que importa es la vigencia de una regla de experiencia social según la cual quien propina a otra persona más de cincuenta golpes en la cabeza con una plancha de hierro es consciente de que puede ocasionar su muerte. Por supuesto, la situación personal del concreto acusado deberá ser tenida en cuenta en el momento de analizar su culpabilidad, pero no antes.[33]

Con afirmaciones de este tipo se asume de forma explícita un evidente riesgo de que las conclusiones del juez acerca del conocimiento del acusado puedan no coincidir con la realidad de aquello que dicho acusado verdaderamente supo o se representó en el momento de los hechos.[34] Aunque semejante constatación

31. En estos términos razona implícitamente Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 3. ed., Múnich, 1997, § 12, n. marg. 117, quien afirma que las conductas realizadas en estados pasionales no guardan ningún parecido con las conductas imprudentes, entendidas éstas como descuidos.

32. Caso citado por Schild, "Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners", *JA*, 1991, p. 48 ss.

33. En un mismo sentido Puppe, *NK*, § 15, n. marg. 131 ss. Aunque sin explicitar los fundamentos teóricos que lo justifican, éste es también el planteamiento del Tribunal Supremo español (cfr., por ejemplo, la STS de 13.11.1991 [ponente Montero Fernández-Cid]), que (casi) siempre ha negado que circunstancias como la obcecación, embriaguez o alteraciones psíquicas puedan ser tenidas en cuenta para negar el dolo del acusado. Excepcionalmente, no obstante, en alguna resolución se toman en cuenta los transtornos de personalidad como indicio para negar que un sujeto actuara con dolo; cfr., por ejemplo, la STS (Sala 5) de 15.03.1997 (ponente Aparicio Gallego).

34. Con una franqueza fuera de lo común, esta posibilidad es reconocida por la STS de 14.07.1989 (ponente García Miguel), en la que se afirma que "razones de seguridad jurídica colectiva, en tanto en cuanto el adelanto de la ciencia no permita un mayor conocimiento de lo que pasa en la mente

pueda escandalizar, no debe perderse de vista que este riesgo no es algo exclusivo de la prueba del dolo según el planteamiento aquí defendido, sino que es un riesgo inherente a toda condena dictada en la jurisdicción penal, pues, no en vano, y como afirma algún autor, si se llevara hasta el último extremo la idea del *in dubio pro reo* jamás debería condenarse, aunque sólo fuera por la duda sobre si las verdades que hoy se asumen como tales dejarán de serlo con el paso de los años.[35]

Una dogmática penal que quiera hacerse verdaderamente merecedora de la consideración de ciencia no puede ignorar semejante riesgo, ni puede, para eliminarlo aparentemente, legitimar puros subjetivismos como la convicción judicial. Como afirmaba el procesalista italiano *Framarino dei Malatesta*, hablar de certeza allí donde sólo hay una probabilidad sólo sirve para encontrar un "cómodo sillón a la pereza que incita a descansar en él con el pretexto hipócrita de una buena conciencia".[36] Para superar esta tentación, la dogmática debe, por un lado, intentar reducir al máximo dicho riesgo de error dentro de los márgenes que permite la ineludible necesidad de pena que suscitan determinados hechos y, por otro lado, debe procurar criterios racionales y uniformes que eliminen la sensación de que las soluciones dependen de un acto puramente emocional del juez. La reducción del riesgo de error a unos niveles que permitan considerar legítima su asunción, así como búsqueda de racionalidad y uniformidad en las soluciones son los dos grandes objetivos que deberán guiar la construcción de una nueva teoría de la prueba pensada para

de una persona" obligan a acudir a otros criterios "aun a sabiendas de lo erróneo y, en consecuencia arbitrario, que en ocasiones puedan resultar los juicio de valor que se formulen".

35. Una idea planteada en estos términos por Freund, *Normative Probleme*, p. 6. En términos similares ya Framarino dei Malatesta, *Lógica*, p. 86, quien reconoce que "lo que falsamente aparece como increíble ante la ignorancia de una generación, puede presentarse exactamente como creíble a los conocimientos de la generación posterior".

36. Framarino dei Malatesta, *Lógica*, p. 43.

la aplicación procesal de los diversos elementos conceptuales que conforman la infracción penal.[37]

Para mostrar con un ejemplo cómo puede llevarse a cabo esta necesaria labor, seguidamente se analizará el complejo problema de la prueba del dolo del resultado en aquellos delitos que, como el homicidio o las lesiones, exigen este elemento típico. En este análisis se aislará algunos criterios que permitan alcanzar los dos objetivos trazados: máxima reducción, en la medida de lo posible, del riesgo de error y uniformidad en el tratamiento de los casos.

5. La prueba del dolo en los delitos de resultado

En el caso de los delitos de resultado la doctrina y jurisprudencia mayoritarias entienden que, para poder hablarse de una realización dolosa, es necesario que el acusado se haya representado el riesgo concreto de producción del resultado típico que creaba con su conducta.[38] En la práctica es bastante frecuente encontrar casos en que puede atribuirse al acusado el conocimiento en abstracto del riesgo que generaba su comportamiento, así como un conocimiento correcto de las circunstancias fácticas que lo rodearon, pese a lo cual su defensa alega en el juicio que su cliente no integró estos dos conocimientos en el juicio de apreciación del concreto riesgo que exige el dolo de los delitos de resultado.[39] Piénsese, por ejemplo, en el sujeto que, intentando huir de la policía después de un atraco bancario, dispara contra un agente hiriéndole mortalmente y que alega en juicio no haberse representado un riesgo concreto de muerte. O imagínese la misma alegación en el caso del conductor con pri-

37. Un intento de reducción del riesgo de error a unos límites que permitan legitimarlo teóricamente puede encontrarse en los trabajos de Freund, *Normative Probleme*, p. 58, entre otras; Hoyer, *ZStW*, 105 (1993), p. 523 ss.; y Stein, en *Zur Theorie*, p. 233 ss.

38. La distinción entre conocimiento en abstracto del peligro –que da lugar a imprudencia– y conocimiento en concreto –que da lugar a dolo– es acogida en diversas resoluciones del Tribunal Supremo español, como, entre otras, la STS de 05.02.1997 (ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

39. Para esta cuestión en general cfr. Ragués i Vallès, *El dolo*, pp. 455-508.

sas que decide saltarse un semáforo en rojo pensando que evitará a los otros vehículos y que acaba ocasionando una colisión mortal.

En ambos casos el juez se encuentra ante sujetos que, en primer lugar, conocen en abstracto cuáles son los riesgos que crean con su conducta, pues, de acuerdo con la experiencia social, cualquier persona adulta en su sano juicio sabe que disparar contra otro crea un riesgo de muerte y lo mismo puede afirmarse de quien ignora un semáforo en rojo en la vía pública. Del mismo modo, en ambos casos puede atribuirse a los dos sujetos el conocimiento de las circunstancias en que actuaban: el atracador sabe que la pistola está cargada y que el agente se encuentra en las posibles trayectorias de la bala, del mismo modo que el conductor es consciente de que, si cruza en rojo, es posible que su vehículo colisione con los que se avecinan por la vía perpendicular. ¿Qué decisión debe tomar el juez ante las alegaciones de que estos conocimientos singulares no se integraron en el juicio de peligro concreto que exige el dolo?

A la anterior pregunta respondería la doctrina tradicional afirmando que la solución depende de la íntima convicción del juez a la vista de las pruebas practicadas en el acto del juicio. Sin embargo, por los motivos expuestos en páginas anteriores semejante planteamiento no puede aceptarse, sino que debe ser superado mediante la construcción de una teoría que permita establecer en estos casos cuál es la solución correcta de acuerdo con criterios racionales y válidos para cualquier otro supuesto similar. Por razones antes expuestas, para encontrar tal solución es necesario acudir a las reglas sociales de experiencia que rigen en materia de atribución del conocimiento ajeno.

Un análisis de dichas reglas permite afirmar que la experiencia social distingue, en lo que respecta a los riesgos que conllevan determinados comportamientos, entre *conductas especialmente aptas* para ocasionar ciertos resultados y conductas que, si bien son objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, en la valoración social no están vinculadas indefectiblemente a su acaecimiento. La distinción entre conductas especialmente aptas y este segundo grupos

de conductas –que en adelante serán denominadas "*conductas neutras*"– debe ser el criterio rector en la práctica para decidir cuándo una alegación de desconocimiento del riesgo concreto deberá ser creída.

En esta distinción influyen cuestiones muy diversas, como la utilidad social de determinadas actividades, la habituación que existe a ellas o la frecuencia estadística con la que su ejecución lleva al acaecimiento del resultado. En el caso del homicidio, por ejemplo, pueden citarse como especialmente aptas para causar una muerte conductas como disparar contra el cuerpo de otra persona o hacer explosionar una potente bomba en un lugar concurrido. En cambio, otros comportamientos como conducir un automóvil son sólo neutros en relación con el resultado, pues, aunque objetivamente pueden ocasionar una muerte, en la experiencia social esta consecuencia no es algo indisociablemente ligado a su realización.

En el caso en que el acusado haya realizado una *conducta especialmente apta* no deberá prosperar ninguna alegación por su parte en el sentido de haber desconocido en concreto el riesgo que estaba generando y, consecuentemente, se le deberá atribuir a título de dolo la causación del resultado correspondiente. En cambio, dicha alegación sí será creíble en el caso de las conductas neutras, debiendo imputarse sólo a título de imprudencia la causación del resultado típico. Así, por ejemplo, en el caso de quien provocó un accidente de tráfico y afirma no haberse representado en concreto el riesgo concreto de muerte que estaba creando, el juez está obligado a creer dicha alegación y sólo podrá condenar por imprudencia, mientras que, por el contrario, la misma alegación no deberá merecer la más mínima credibilidad si lo que hizo el sujeto fue provocar el estallido de un potente explosivo.

No obstante lo anterior, la afirmación de que en las conductas neutras es en principio creíble una ausencia de representación del riesgo que se estaba creando en concreto debe estar sujeta a *algunas excepciones*. Así, por ejemplo, en los casos en que el sujeto exteriorice de algún modo que sí es conocedor de dicho

riesgo, en los supuestos en que la proximidad del acaecimiento del resultado se perciba mediante signos externos durante la realización de la conducta típica y, por último, cuando la dinámica comisiva no haga creíble –especialmente en los casos de minuciosa preparación– que el sujeto no haya recapacitado sobre los riesgos de su actuación, deberá atribuirse el conocimiento que exige el dolo de los delitos de resultado aun habiéndose realizado una conducta que, en abstracto, puede calificarse de "neutra".

Desde luego, a la presente construcción teórica se le puede *criticar* el que maneje conceptos cuya *vaguedad* hace difícil una aplicación inequívoca en el caso concreto. No obstante, y aun cuando esta crítica tenga cierta parte de razón, no puede ignorarse que también puede dirigirse la misma objeción a muchas otras teorías referentes a diversos elementos del delito, sin que por ello se declare el fracaso de tales teorías: conceptos como "previsibilidad" en la imputación objetiva, "fase ejecutiva" en el delito intentado o "posición de garante" en los delitos de omisión no son precisamente conceptos mucho más concretos que los que aquí se proponen para resolver la cuestión del dolo del resultado y, sin embargo, nadie reclama su abandono, sino que, en todo caso, lo que se persigue es un mayor grado de concreción teórica que haga posible un empleo menos arbitrario en la práctica.

Por otra parte, la solución propuesta tiene la gran ventaja de que permite discriminar qué *indicios objetivos* merecen ser tenidos en cuenta por el juez en el momento de resolver la cuestión de la prueba del dolo. Mientras los planteamientos tradicionales se conforman con una valoración de cualquier indicio imaginable con tal que el juez llegue a formarse una convicción, con la presente teoría se descartan determinados indicios utilizados a menudo en la práctica que, sin embargo, no parecen estar en condiciones de llevar a conclusiones aceptables cuando se trata de atribuir conocimientos a terceras personas sobre la base de la experiencia social. Éste es el caso, por ejemplo, de datos como la personalidad (violenta) del acusado, sus experiencias previas afortunadas en la

realización de hechos similares, su arrepentimiento o frialdad posteriores a la conducta típica, la existencia o no de motivos para cometer el delito etc.[40] Todos esos indicios –frecuentemente valorados por los tribunales españoles para "probar" el dolo– tienen una naturaleza totalmente equívoca en relación con las representaciones del acusado en el momento de cometer el delito y, por tal razón, no deben ser tenidos en cuenta por el juez.

Por último, otro gran avance del presente planteamiento es aportar una mayor previsibilidad en la resolución de los casos. Tal previsibilidad muy difícilmente puede conseguirse si se parte de que el criterio rector es la mera convicción. Sin embargo, cuando se entiende que *sólo* una solución puede ser correcta, el hecho de que un tribunal haya declarado que un determinado medio comisivo es especialmente apto deberá vincularle en sus posteriores resoluciones tanto como pueden hacerlo otras decisiones en materia de interpretación de los textos legales. A fin de cuentas, tan determinante es un extremo como el otro a efectos de determinar la punibilidad de ciertas conductas. Por esta vía debe evitarse que supuestos idénticos desde el punto de vista objetivo se acaben tratando de forma dispar en el ámbito de la tipicidad subjetiva en función de cuáles sean las apreciaciones o intuiciones personales de cada juez. Como se ha dicho antes, la pretensión de que lo igual se trate de igual manera no puede limitarse a la aplicación del Derecho penal sustantivo, sino que debe extenderse también

40. Todos estos "indicios" han sido tomados en consideración por el Tribunal Supremo español en algunas de sus sentencias: así, por ejemplo, en la STS de 05.12.1991 (ponente Soto Nieto) se tiene en cuenta como indicio la "personalidad del agresor" y la del "agredido"; las experiencias previas afortunadas en la STS de 24.11.1995 (ponente Delgado García); la actitud posterior al hecho del acusado en la STS de 01.12.1991 (ponente Moyna Ménguez). Por estas mismas razones no puede asumirse tampoco la "Hemmschwellentheorie" que emplea a menudo la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán para negar el dolo homicida en aquellos casos en que no se encuentra fácilmente un motivo por el que se haya causado la muerte de la víctima. Una crítica a esta teoría en Puppe, "Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH", *NStZ*, 1992, p. 576 ss. y Roxin, *Strafrecht*, § 12, n. marg. 74, con referencias.

a la valoración de la prueba. Hasta que esto no suceda, la dogmática penal sólo estará alcanzando *a medias* sus objetivos.

6. Bibliografia

BACIGALUPO. *Principios de derecho penal.* 5. ed. Madrid, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER. Presunción de inocencia *in dubio pro reo* y recurso de casación. *ADPCP*, 1988.

BRICOLA. *Dolus in re ipsa. Osservazzioni in tema di ogetto e di accertamento del dolo.* Milán, 1960.

DÍAZ PITA. *El dolo eventual.* Valencia, 1994.

DÍEZ RIPOLLÉS. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas.* Valencia, 1989.

ENGISCH. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit.* Berlín, 1930 (reimp. 1995).

FEIJÓO SÁNCHEZ. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo, *CPC*, 65 (1998).

FELIP I SABORIT. *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código Penal.* Barcelona, 2000.

FEUERBACH. *Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere*, 1804.

FRAMARINO DEI MALATESTA. *Lógica de las prueba en materia criminal.* 3. ed. Turín, 1912 (trad. S. Carrejo y G. Guerrero. 4. ed. Bogotá, 1995).

FREUND. *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung".* Heidelberg, 1987.

FRISCH. *Vorsatz und Risiko.* Colonia, 1983.

_____. Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriff und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion. *K. Meyer-GS.* Berlín, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG. Acerca del dolo eventual. *Estudios de derecho penal.* 3. ed. Madrid, 1990.

HANACK. Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß. *JuS*, 1977.

HASSEMER. Kennzeichen des Vorsatzes. *Armin Kaufmann-GS*. Colonia, 1989 [trad. M.M. Díaz Pita. Los elementos característicos del dolo. *ADPCP*, 1990].

HERZBERG. Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten. *JZ*, 1988.

HOYER. Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip *in dubio pro reo*. *ZStW*, 105 (1993).

HRUSCHKA. Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. *Kleinknecht-FS*. Múnich, 1985.

IGARTUA SALAVERRIA. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.* Valencia, 1995.

JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 2. ed. Berlín, 1993 [trad. J Cuello y J.L. Serrano. *Derecho penal. Parte general.* Madrid, 1995].

_____. Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern. *ZStW*, 101 (1989) [trad. C. J. Suárez. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. In: JAKOBS. *Estudios de Derecho penal.* Madrid, 1997].

KARGL. *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie.* Frankfurt a.M., 1993.

KINDHÄUSER. Der Vorsatz als Zurechnungskriterium. *ZStW*, 96 (1984).

KRAUß. Der psycologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht. *Bruns-FS*. Colonia, 1978.

LAURENZO COPELLO. *Dolo y conocimiento.* Valencia, 1999.

LEMPP. *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden.* Berna, 1977.

LESCH. Dolus directus, indirectus und eventualis. *JA*, 1997.

LOOS. Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis. *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*. Göttingen, 1980.

MAIWALD. *AK-StPO*, § 261.

MIRANDA ESTRAMPES. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal.* Barcelona, 1997.

NELL. *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen.* Berlín, 1983.

PÉREZ DEL VALLE. La prueba del error en el proceso penal. *RDP*, 1994.

PRITTWITZ. Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teils des StGB. *GA*, 1994.

PUPPE. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *ZStW*, 103 (1991).

_____. Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH. *NStZ*, 1992.

RAGUÉS I VALLÈS. *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona, 1999.

RAMOS TAPIA. Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft. *ZStW*, 113 (2001).

ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* v. 1. 3. ed. Múnich, 1997.

SANCINETTI. *Teoría del delito y disvalor de la acción*. Buenos Aires, 1991.

SCHILD. Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners. *JA*, 1991.

SCHROTH. *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*. Frankfurt a.M., 1994.

SCHMIDHÄUSER. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat. *JuS*, 1980.

SCHMIDT. *Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht.* Frankfurt a.M., 1994.

SCHÜNEMANN. Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff. *Hirsch-FS.* Berlín, 1999.

SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona, 1992.

STEIN. 'Gewißheit' und 'Wahrscheinlichkeit' im Strafverfahren. en Wolter (ed.). *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts.* Neuwied, 1995.

VOLK. Dolus ex re. *Arthur Kaufmann-FS.* Heidelberg, 1993.

_____. Begriff und Beweis subjektiver Merkmale. *50 Jahre Bundesgerichtsthof.* v. IV. Múnich, 2000.

Direito penal do inimigo

Ulfrid Neumann
Professor na Johann Wolfgang Goethe Universität
Frankfurt am Main.

Tradução: Antonio Martins
Mestre e doutorando em Direito pela
Johann Wolfgang Goehte-Universität,
Frankfurt am Main, Alemanha. Bolsista da CAPES.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direito penal do inimigo: modelo analítico ou conceito normativo?: 2.1 A categoria "direito penal do inimigo" como instrumento da análise jurídico-penal; 2.2 Implicações normativas – 3. Direito penal do inimigo: *contradictio in adiecto*? – 4. Função e pressupostos do conceito de "pessoa" – 5. Crítica – 6. Obras de Günther Jakobs citadas.

Resumo: O artigo se ocupa com o conceito de direito penal do inimigo concebido por Günther Jakobs desde sua primeira feição, de cunho eminentemente descritivo, até os desenvolvimentos mais recentes, em que recebe uma carga propositiva. Em foco está a possibilidade de legitimação, dentro das margens do Estado de Direito, de um modelo teórico que trata determinados cidadãos como inimigos e lhes nega o *status* de pessoa.

Palavras-chave: Direito penal – Inimigo – Pessoa – Dignidade humana – Estado de direito.

Abstract: The article addresses the concept of Criminal Law of Enemy by Günther Jakobs, as of its early stage, that is, an extremely descriptive stage until most recent developments in which a more prepositional approach is given. We focus on the possibility of legitimacy within the margin of the Rule of Law, a theoretical model that treats certain citizens like enemies denying them the status of individuals.

Keywords: Criminal law – Enemy – Individual – Human dignity – Rule of law.

Área do direito: Penal

1. Introdução[1]

Quando Günther Jakobs, na Jornada de Direito Penal de 1985, em Frankfurt am Main, desenvolveu os modelos contrapostos do "direito penal do inimigo" e do "direito penal do cidadão" (Jakobs, 1985: 751),[2] o conceito de "direito penal do inimigo" foi compreendido pelo auditório como categoria analítica com potencial crítico. O enquadramento, como "direito penal do inimigo", de determinados tipos da parte especial do Código Penal Alemão (StGB),[3] assim como a regulamentação da punibilidade de meros ajustes para o futuro cometimento de delitos na parte geral (§ 30 StGB), servia – era a impressão geral – à deslegitimação de tais determinações. A isso corresponde a duradoura aprovação conferida à conferência de Jakobs por parte de defensores de um direito penal acentuadamente liberal e de acordo com o Estado de Direito.[4]

De lá para cá, em comparação com as opiniões de então, operou-se uma mudança radical na discussão em torno ao direito penal do inimigo. Agora Jakobs acentua sua imprescindibilidade *hic et nunc*: além dele não subsiste

1. Do original alemão "Feindstrafrecht", publicado em Thomas Uwer (Org.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Berlin, 2006, pp. 299 ss.

2. Para facilitação da leitura, as obras de Günther Jakobs são citadas no corpo do texto ou em notas de rodapé pelo ano da publicação e o número da página; ao final do artigo segue uma lista com referências detalhadas dos trabalhos citados. Obras de outros autores são detalhadamente citadas nas notas de rodapé.

3. Por exemplo os "tipos de proteção climática", de remuneração e aprovação pública de delitos (§ 140 Código Penal Alemão, doravante CPA), de incitação popular contra parte da população (§ 130) e de incitação para guerra de agressão (§ 80 CPA).

4. Cf. o relatório sobre a discussão de Walter Gropp, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 Frankfurt am Main, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, 1985, pp. 919 ss.

"hoje qualquer alternativa visível" (Jakobs, 2000: 47, 53). A designação "direito penal do inimigo" seria utilizada "em princípio não com intenção pejorativa" (Jakobs, 2004a: 88); "seria incorreto demonizar o direito penal do inimigo" (Jakobs, 2004a: 93). Em conseqüência disso, o conceito é hoje criticado, por vezes duramente, exatamente a partir da perspectiva de um direito penal liberal e orientado ao Estado de Direito.[5]

Pode-se discutir se a virada na posição de Jakobs em relação ao direito penal do inimigo[6] é tão radical como em parte se assume. Porque Jakobs, ainda hoje, insiste em que o direito penal alemão atual, com o estabelecimento de *determinados* tipos penais, trata o cidadão injustamente como inimigo; a categoria do direito penal do inimigo mantém assim, ainda que associada ao epíteto "supérfluo",[7] um potencial crítico. E, por outro lado, já na sua conferência em Frankfurt (Jakobs, 1985), ele não excluíra categoricamente a legitimidade de

5. Cf. Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts*. Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin, 2002, pp. 63 ss.; Alejandro Aponte, *Krieg und Feidstrafrecht. Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden-Baden, 2004; Manuel Cancio Meliá, Feind'strafrecht'?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 117, 2005, p. 267; Albin Eser, Schlussbetrachtungen. In: Albin Eser; Winfried Hassemer; Björn Burkhardt (Org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnnung und Ausblick*, München, 2000, p. 437, 444 s.; Rainer Hamm, Feindstrafrecht-Bürgerstrafrecht-Freundstrafrecht. *Neue Lust auf Strafen*, Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, v. 27, Münster, 2005, p. 105; Matthias Jahn, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, Frankfurt am Main, 2004, pp. 234 ss.; Cornelius Prittwitz, Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris für Europa, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 113, 2001, pp. 774, 794 ss.; *idem*, Feindstrafrecht. Kritische Analyse oder Programm des Strafrechts?. In: Puig; Bidasolo; Martín (Org.). *La política criminal en Europa*, Santiago, 2004, p. 107; Bernd Schünemann, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 205, 210 ss.; *idem*, Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung. Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2003, pp. 299, 312 s.

6. A respeito Prittwitz, cit., 2001, p. 796; Lorenz Schulz. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Tagungsbericht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 112, 2000. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 112, 2000, pp. 653, 659 ss.

7. Jakobs, 2004a, p. 94 (o § 30 CPA – tentativa de participação – seria "supérfluo direito penal do inimigo"). Cf. Também Jakobs, 1995, pp. 843, 858, onde critica, entre outros, os tipos da incitação popular contra parte da população (§ 130 CPA) e da apologia da violência (§ 131 CPA).

um direito penal do inimigo *de nostris temporibus* (Jakobs, 1985: 783, 784). Não há dúvida, entretanto, de que, tudo bem pesado, o acento principal em sua concepção deslocou-se da crítica para uma afirmação do direito penal do inimigo – se é que se pode compreendê-lo não como modelo jurídico-sociológico, mas também como projeto jurídico-filosófico ou jurídico-dogmático com conseqüências *normativas*.

2. Direito penal do inimigo: modelo analítico ou conceito normativo?

Há divergência na avaliação sobre em que medida o modelo do direito penal do inimigo pode servir à justificação de normas que a ele são atribuídas. Enquanto os críticos colocam em primeiro plano o aspecto normativo e dão voz ao temor de que o modelo "empreste legitimação teórica a futuros regimes injustos",[8] o próprio Jakobs acentua que sua concepção porta um caráter preponderantemente descritivo.[9] Fora de dúvida, em todo caso, que o conceito de Jakobs reclama *também* a pretensão de um instrumentário analítico, para a qual, reconhece-se em geral, está apto em grande escala.

2.1 A categoria "direito penal do inimigo" como instrumento da análise jurídico-penal

É praticamente indiscutível que o rumo tomado pelo direito penal alemão nos últimos anos e décadas está acentuadamente marcado por aqueles

8. Ambos, cit., 2002, p. 62. Sobre a questão de se o conceito de direito penal do inimigo deve ser compreendido como (apenas) analítico-descritivo ou (também) normativo cf. Cancio Meliá, cit., 2005, p. 279, assim como Cornelius Prittwitz, 'Feindstrafrecht' – zu einem (untauglichen) Versuch gemanagter Kriminalitätsbekämpfung durch Diabolisierung des Kriminellen. In: Pilgram; Prittwitz (Org.). *Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung. Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie 2004*, Baden-Baden, 2005, passim.

9. Jakobs, 2005, pp. 839 ss. (agradeço ao colega Günther Jakobs a cessão de seu manuscrito já antes da publicação). Cf. também a reprodução em Dirk Sauer. Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 111, 2005, pp. 1.703, 1.704.

elementos que Jakobs indica como características típicas do direito penal do inimigo: (a) a ampla antecipação da punibilidade; (b) uma pena desproporcional nos tipos correspondentes; (c) a transição para uma "legislação de combate"; (d) o desmantelamento de garantias processuais (Jakobs, 2000: 51). Os exemplos com que Jakobs comprova essa tendência são não apenas convincentes, como a eles se poderiam ainda acrescentar muitos outros. Com razão, o autor associa esse desenvolvimento ao acento preponderante da perspectiva da prevenção: em oposição ao direito penal do cidadão, que visa à estabilização normativa, o direito penal do inimigo é marcado pela função de afastar perigos futuros (Jakobs, 1985: 753; idem, 2004a: 88). Por fim, há de se concordar também com Jakobs em que, numa ordem jurídica real, elementos tipicamente de um direito penal do inimigo se combinam com os de um direito penal do cidadão – não existe um direito penal do cidadão puro, tampouco um direito penal do inimigo puro (Jakobs, 2004a: 88).

A *categoria* direito penal do inimigo, compreendida como o conceito definido a partir dos quatro critérios indicados, é amplamente convincente como categoria analítica – independentemente da pergunta sobre se a *denominação* escolhida para essa categoria foi uma escolha feliz (ou se não seria melhor falar de um direito penal do perigo ou de um direito penal orientado à prevenção). Mas a resposta a essa questão terminológica depende, de um lado, da fundamentação teórica do conceito (a respeito falaremos em seguida), de outro, dos possíveis efeitos práticos da terminologia escolhida (sobre isso *infra* 3.1 e 5. 3). Ela não diz respeito à potência analítica da categoria.

2.2 Implicações normativas

A função analítica dos modelos "direito penal do inimigo" e "direito penal do cidadão" fica em Jakobs – não apenas por conta do próprio entendimento do autor[10]

10. Cf. nota 7.

– claramente em primeiro plano. Reduzindo-se o conceito científico em destaque a essa função, é uma questão de valoração jurídico-política – que portanto escapa ao campo de competência científico – até que ponto, em algumas circunstâncias, se pode considerar justificado um direito penal do inimigo.

De acordo com essa diferenciação se poderia compreender a afirmação de Jakobs de que não haveria "hoje qualquer alternativa visível" (Jakobs, 2000) como mera valoração jurídico-política, à qual se poderia com o mesmo direito contrapor a valoração de que um direito penal do inimigo é ilegítimo em quaisquer circunstâncias, ou ainda: que em todo caso, sob as condições políticas estáveis da atual ordem jurídica e estatal européia, o estabelecimento de um direito penal do inimigo é um fardo injustificado para aqueles que são por ele afetados. O emprego de um tal modelo numa ordem jurídica pode ser assim *até esse ponto* separado do conceito científico. Também a observação de Jakobs de que a denominação "direito penal do inimigo" não seria em princípio utilizada pejorativamente (Jakobs, 2004a: 88) não coloca necessariamente em questão a neutralidade jurídico-política do modelo científico: a rejeição de conotações em princípio negativas não pode ser de nenhuma forma compreendida como afirmação positiva do conceito.

Mas ainda quando se retire das citadas observações de Jakobs a valoração de que um direito penal do inimigo em determinadas circunstâncias pode ser justificado, isso ainda não implica *per se* a carga normativa do conceito: ainda assim se pode diferenciar entre o modelo científico, de um lado, e a justificação, de outro. Assim, o problema de se depois de 11.09.2001, como quer Jakobs, realmente se deve (e se pode!) lançar mão de um direito penal do inimigo, de uma "guerra contida", para fazer "o que se tem de fazer contra o terrorismo, se não se quer sucumbir a ele" (Jakobs, 2004a: 92), afeta questões de avaliação do estado de coisas, sob a ótica da política de segurança, como de valoração ético-jurídica dos "meios de combate" – real ou supostamente – necessários. Questões cuja resposta,

em todo caso sob os pontos de vista até aqui abordados, não é determinada pelo modelo direito penal do cidadão-direito penal do inimigo.

Mas é possível reduzir a importância da crítica ao modelo – na medida em que ela se motiva pela preocupação quanto à subsistência de um direito penal e processual penal do Estado de Direito –, insistindo-se em que ele tem caráter jurídico-sociológico e remetendo, assim, a pergunta acerca de sua legitimação para o campo de uma valoração político e ético-jurídica, que deve ser estritamente separado do modelo científico?

Parece-me que, por dois motivos, se deve responder negativamente a essa indagação.

Primeiro, o conceito direito penal do inimigo – na medida em que não deve apenas, em consciente extremo paradoxal, servir, com tendência denunciatória, à crítica de determinados abusos legislativos – sinaliza a compatibilidade da categoria do direito com um esquema do inimigo, que permite se considere possível, sem deixar o terreno do direito penal, tratar um indivíduo como inimigo.

De outro lado, o conceito de direito penal do inimigo em Jakobs está hoje integrado num modelo sócio-filosófico[11] que eleva a necessidade filosófica o tratamento de determinados indivíduos segundo as regras do direito penal do inimigo. A essa viragem de um direito penal de emergência para um direito penal regular contra não-pessoas liga-se uma mudança decisiva no que toca à sua legitimação. É que o direito de emergência se legitima a partir da perspectiva do interesse preponderante; a ele é estranha a idéia de uma diminuição do *status* daqueles que são obrigados à tolerância da intervenção de emergência. Mesmo quando os interesses contrários dos obrigados a suportar o estado de emergência têm, por isso, menos peso do que seria a hipótese normal – porque ele mesmo é a origem do perigo que pretende ser evitado –,

11. Cf. especialmente Jakobs, 1999, cap. VI ("Pessoa *versus* Inimigo").

seu estado jurídico não é afetado; a justificação da intervenção do estado de emergência permanece em modo de ponderação de interesses e, com isso, em modo de legitimação externa, fundamentada pelo interesse preponderante de outros. Em conformidade com isto, o conceito de direito penal do inimigo como direito penal de emergência visa à prevenção de perigo. É como formula Jakobs em sua conferência em Frankfurt: "O direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal do cidadão otimiza esferas de liberdade" (Jakobs, 1985: 756).

Esta perspectiva de prevenção de perigos (de proteção de bens) persiste na nova concepção de Jakobs e, a partir da diferenciação das funções da pena em manifestas e latentes, ganha um perfil claro.[12] Ao mesmo tempo, as graves intervenções que o direito penal do inimigo permite frente ao envolvido – o inimigo – ganham uma justificação interna (intrínseca). Como não-pessoa, o indivíduo não tem qualquer pretensão de ser tratado de acordo com os parâmetros do direito penal do cidadão. Frente a ele, estão permitidas medidas que vão além das admitidas segundo regras de legítima defesa[13] e às quais só se podem conceder limitações sob a perspectiva de autodeterminações do Estado para a realização de suas finalidades (Jakobs, 2004b: 44); da mesma forma como daí pode resultar que ao inimigo seja eventualmente concedida uma potencial personalidade.[14] Mas o inimigo não pode pretender, por seu próprio direito, que os seus interesses, mesmo os mais elementares, sejam levados em consideração.

O modelo de direito penal do inimigo de Jakobs é, assim, na sua forma atual, um conceito (também) normativamente cunhado, que serve não apenas

12. Jakobs, 2000, p. 50 (mais detalhadamente *infra* 3.2.a).

13. Jakobs, 2000, p. 51 (autorização para defesa também contra agressões futuras).

14. Jakobs, 2000, p. 51. A transformação do direito penal para uma reação contra um inimigo "não precisa significar que de agora em diante tudo esteja permitido, inclusive uma ação desmedida; antes, pode-se conceder ao inimigo uma personalidade potencial, de modo que seu combate não possa exceder o limite do necessário".

à descrição, mas também à legitimação de medidas excepcionais. Precisamente desta perspectiva ele merece atenção crítica.

3. Direito penal do inimigo: *contradictio in adiecto*?

1. De antemão, a partir de uma análise semântica, não é possível responder à questão acerca de se é necessário contrapor ao modelo de Jakobs a incompatibilidade das categorias que constituem os dois componentes de seu conceito.[15] É verdade que é natural reconhecer ao conceito de inimigo uma forma de pensar pré- ou extrajurídica, na medida em que se refere ao combate ilimitado do outro, sem o entrave de regras jurídicas ou mesmo de direitos subjetivos, ligando-o assim ao estado de natureza e excluindo-o do estado de direito. Por outro lado, a tese que afirma uma fundamental exclusividade do *status* de inimigo e do *status* jurídico é já desmentida pela existência de uma parte do direito internacional (direito de guerra) que estabelece regras exatamente para o trato com o inimigo e, em determinadas circunstâncias, também exige a renúncia à medida mais eficiente ao seu combate. É proibido, por exemplo, matar combatentes que se renderam, ainda que sua prisão e vigia leve à utilização de forças próprias e implique, assim, o enfraquecimento do próprio potencial de combate. Mesmo o combate ao inimigo não está sujeito, como se vê, apenas à lei da finalidade, senão que também se submete a restrições jurídicas que limitam sua eficiência.

Mais difícil é responder à pergunta de se a categoria do direito *penal* é já de antemão incompatível com o esquema amigo-inimigo. A resposta depende de se e como se associe ao conceito de inimigo a idéia de uma inferioridade moral que vá repercutir em seu *status* jurídico. Na medida em que isso ocorre, o inimigo não é apenas o adversário, a que se tem que enfrentar para defender

15. Em *contradictio in adiecto* fala Cancio Meliá, cit., 2005, pp. 267, 282.

os próprios interesses, mas também encarna o Mal, que não apenas deve ser combatido, como também pode ser punido por sua maldade. Esse modelo de pensamento faz parte da atual retórica política, na qual potências adversárias são estigmatizadas como "reinos do mal", sua aliança política como "eixo do mal". De uma tal perspectiva é conseqüente, também, penalizar inimigos, depois de subjugá-los. Mas no uso lingüístico ordinário não se nivela inteiramente o esquema amigo-inimigo com o esquema bem-mal. Por essa falta mesma de unidade do uso lingüístico, é pouco o que se pode ganhar das regras semânticas para uma crítica do conceito.

2. Definitivos, para a questão da consistência do conceito de um "direito penal do inimigo", são não os critérios semânticos, mas os materiais. O acerto da crítica no sentido de que ele não é, em si, um direito penal,[16] depende não da palavra, mas do conceito.[17] Este conceito apresenta particularidades frente ao "direito penal do cidadão", encarado como o direito penal regular, sobretudo em três pontos: (a) relativamente à função da pena; (b) quanto à relação normativa suspeito (autor) – Estado (sociedade); (c) e em suas conseqüências no que concerne à feição geral do direito penal (direito processual penal inclusive).

(a) Prevenção de perigos em lugar de estabilização normativa

Segundo a concepção teórica de Jakobs, a pena no direito penal regular (direito penal do cidadão) não serve nem à retribuição no sentido das teorias "absolutas", nem a impedir futuros delitos. Como "contradição" ao delito, ela visa antes à manutenção da confiança na norma, ameaçada pelo ato que a transgride. Neste sentido, a pena é um "meio de interação simbólica" (Jakobs, 2004a: 88). Resultados preventivos desempenham na concepção original de Jakobs apenas um papel secundário: efeitos de intimidação seriam talvez desejáveis "adicionais

16. Com mais detalhes Cancio Meliá, cit., 2005; também Prittwitz, cit., 2001, p. 795.
17. Neste sentido Cancio Meliá, cit., 2005.

da pena" – mas não seria "a função da pena causar esses efeitos" (Jakobs, 1991: 1/16). Apenas sob a perspectiva da necessária "consolidação cognitiva da norma" se reconhece à contenção de delitos também um significado para a realização da tarefa da pena estatal (Jakobs, 1991: 1/16). Em trabalhos mais recentes, no entanto, a perspectiva da intimidação sofre uma revalorização;[18] Jakobs diferencia já parcialmente entre funções manifestas da pena – de confirmação da estabilidade normativa e, com isso, da identidade social – e funções latentes de profilaxia de delitos através da influência sobre a motivação de potenciais autores (Jakobs, 2000: 50).

A contraposição entre confirmação da norma, de um lado, e prevenção de perigos, de outro, permanece central, não obstante, para o modelo dualista de direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: aquele conserva a norma, este combate perigos.[19] O que, ao mesmo tempo, significa: o direito penal do cidadão confia na comunicação social, no *significado* da pena; o direito penal do inimigo, em sua ação física (efeito de proteção que têm a pena e as medidas de segurança privativas de liberdade – a respeito, Jakobs, 2004a: 88) ou psicológica (intimidação). Em poucas palavras: direito penal do inimigo é "combate ao perigo, em vez de comunicação" (Jakobs, 2004a: 89).

Deixando de lado aqui a intrincada pergunta acerca de qual é o limite, da perspectiva da prevenção de perigos, entre direito policial, de um lado, e direito penal (do inimigo) do outro, o direito penal do inimigo permanece até este ponto inteiramente incluído no espaço de competência tradicionalmente reconhecido ao direito penal. Isto porque o *topos* "proteção de direitos e bens jurídicos através da prevenção de delitos" sinaliza uma linha central de discussão

18. Expressamente: Jakobs, 2004b, p. 31 e nota 147.

19. Jakobs, 2004a, p. 90: "Direito penal do cidadão conserva a validade da norma, direito penal do inimigo (em sentido lato, inclusive o direito preventivo) combate perigos; – certamente existem formas intermediárias."

na controvérsia sobre o sentido e a finalidade da pena estatal. Que Jakobs seja forçado a reconhecer também um "direito penal do inimigo", ao lado e além do regular, resulta *até aqui* apenas de sua específica posição teórica, que reconhece como função manifesta do direito penal regular tão-somente a estabilização normativa e, por isso, afasta todas as funções penais preventivas (com exceção da prevenção geral positiva)[20] de sua esfera.

Portanto, no que se refere às diferentes funções da pena no campo do direito penal do cidadão, de um lado, e do direito penal do inimigo, do outro, seria possível dizer o seguinte: precisamente porque Jakobs reduz a função da pena no direito penal do cidadão a um ato comunicativo e rejeita a instrumentalização do autor para fins de intimidação, ele se vê forçado, ali onde parece inevitável a intervenção de técnicas de prevenção de delitos, a estabelecer um outro âmbito penal. Neste sentido também é conseqüente a avaliação de Jakobs de que seu conceito de direito penal do inimigo seria necessário exatamente para a proteção das regras do direito penal do cidadão. (Jakobs, 2000: 53).[21]

(b) O criminoso como cidadão ou inimigo

Contudo, o direito penal do inimigo se caracteriza, na concepção de Jakobs, por uma tendência ao excesso, que apenas parcialmente pode ser posta na conta da insaciabilidade constitutiva de modelos penais preventivos. Porquanto, se é certo que seguindo conseqüentemente a idéia de proteção de bens jurídicos também os pensamentos perigosos de potenciais autores e suas fontes deveriam ser combatidos (Jakobs, 1985: 753), na mesma medida é correto afirmar que a extensão do direito penal preventivo necessita de limitações

20. Jakobs em Gropp, cit., p. 930.

21. Outra questão é se é realista a esperança de que, deixando-se o direito penal do inimigo à disposição da quase arbitrária intervenção do legislador e dos órgãos de persecução penal, se poderia salvar o direito penal do cidadão. Cético a respeito Schulz, cit., pp. 653, 662.

sob a perspectiva oposta da proteção da liberdade individual.[22] Formulado de outro modo: enquanto o direito penal retributivo fixa no alto seu limiar de intervenção, porque o ponto de articulação da sanção é o fato lesivo; enquanto o direito penal que visa à estabilização normativa reage ao abalo da norma, que da mesma forma só se dá pela ocorrência do fato lesivo – o direito penal preventivo, ao seguir exclusivamente sua própria lógica, tem de antecipar em muito o seu momento de intervenção, para atingir a mais otimizada proteção de bens jurídicos.

O mesmo vale para a graduação da sanção penal cominada. O direito penal retributivo e o direito penal que visa à estabilização da norma são limitados por balizas imanentes, resultantes do sentido e da finalidade da pena. Ao contrário, o direito penal preventivo necessita de uma limitação externa, pela qual respondem em primeira linha os direitos de liberdade do cidadão, garantidos preponderantemente, em modernos estados constitucionais, como direitos fundamentais.

No modelo de direito penal do inimigo de Jakobs falta essa correção, porque aos seus destinatários não são reconhecidas efetivas posições jurídicas frente à intervenção estatal através da pena e da persecução penal, e porque o direito constitucional – que, na Alemanha, além do aqui não aplicável e na prática irrelevante art. 18 da Constituição,[23] não prevê perda de direitos de liberdade em decorrência dos próprios atos – é de longe desconsiderado.

22. Sobre isso, enfaticamente: Peter-Alexis Albrecht, *Die vergessene Freiheit* – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, Berlin, 2003.

23. Diz o art. 18 da Constituição Alemã: "Quem faz mau uso da liberdade de expressão, especialmente da liberdade de imprensa (art. 5, par. 1), da liberdade de ensino (art. 5, par. 3), da liberdade de reunião (art. 8), da liberdade de associação (art. 9), da inviolabilidade epistolar e de outros meios de comunicação à distância (art. 10), da propriedade (art. 14) ou do direito de asilo (art. 16a) para luta contra a ordem livre e democrática fundamental, perde tais direitos fundamentais. A perda e sua extensão serão estabelecidas pelo Tribunal Constitucional."

O problema central do direito penal do inimigo é a (parcial) despersonalização do inimigo.

(c) A despersonalização do inimigo

aa) Ambas, a mudança de orientação do direito penal da estabilização normativa para a prevenção de perigos e a despersonalização do inimigo,[24] pertencem, juntas, a um mesmo primeiro passo da argumentação. Porque, num direito penal orientado à prevenção de perigos, o autor aparece como fonte de perigo, não como pessoa. As proposições de Jakobs neste ponto não deixam nada a desejar em clareza. Assim, na fundamentação da detenção em caso de perigo de reicindência, que o Código de Processo Penal alemão prevê em casos de suspeita de iminente cometimento de delitos contra a autodeterminação sexual (§ 112 a Abs. 1 Nr. 1 StPO), "trata-se da proteção contra uma fonte de perigo, como no caso de um animal selvagem, não do trato com uma pessoa." (Jakobs, 2004b: 41) Jakobs justifica, neste contexto, que o autor em casos de delinqüência crônica não possa ser tratado como pessoa de direito com o apelo ao necessário "alicerçamento cognitivo" do *status* de pessoa. Assim como para a validade de uma norma é imprescindível um certo grau de capacidade fática de orientação, também só poderia ser reconhecido como pessoa aquele que cumpre a "garantia cognitiva mínima" que é "indispensável para o seu tratamento como pessoa de direito" (Jakobs, 2004b: 42).

bb) A pressuposição de um "alicerçamento cognitivo" como condição da validade normativa na moldura de um conceito teorético-sistêmico de norma é em grande medida plausível, porquanto expectativas normativas não se podem sustentar contra a experiência constante de lesões à norma. Em paralelo a isso pode-se argumentar que a "pessoa" seja definida através da expectativa normativa de comportamentos fiéis ao direito, e que tal expectativa – também como

24. Cf. Jakobs, 2000, p. 53: "Inimigos são momentaneamente não-pessoas."

expectativa *normativa* – não poderia resistir contra a experiência de repetidas violações ao direito por parte de um autor: "da mesma forma como a validade normativa não se deixa sustentar por inteiro contrafaticamente, assim tampouco a personalidade." (Jakobs, 2004a: 91) No contexto de uma tal concepção, é conseqüente negar o *status* de pessoa àqueles que "presumivelmente de modo duradouro, mas ao menos decididamente se afastaram do direito" (Jakobs, 2004a: 91; semelhante em Jakobs, 2000: 52).

É necessário, no entanto, deixar claro o que o conceito de pessoa nesse contexto pode e o que ele não pode.

Ele pode: disponibilizar uma categoria para a caracterização de um indivíduo de quem se pode esperar, por conta das experiências até aqui realizadas, que ele vai comportar-se fundamentalmente em conformidade ao direito.

Ele não pode: fundamentar (ou mesmo armar um feixe conceitual de fundamentos para) que um indivíduo que não se deixe caracterizar como pessoa segundo esses critérios possa ser tratado de uma forma que não seria admissível frente a pessoas. Note-se aqui que *esta* fundamentação ainda não decorre da afirmação de que a não-pessoa será tomada como perigo ou fonte de perigo. A questão decisiva está em se determinar em que medida os direitos de liberdade do indivíduo "perigoso" impõem limites às medidas de "combate ao perigo". A fundamentação para que frente a não-pessoas, para a prevenção de perigos, quase tudo seja permitido[25] pressupõe um conceito de pessoa com forte carga normativa, o qual não se deixa obter a partir de princípios teorético-sistêmicos.[26]

25. Cf. Jakobs, 2000; idem, 2004b, nota 12.
26. A respeito, Schulz, cit., p. 662.

4. Função e pressupostos do conceito de "pessoa"

1. Pessoa, no modelo de Jakobs, não é o indivíduo, mas o ser humano em suas relações sociais. Neste sentido, a pessoa tem, em relação à sociedade, um *status* derivado. "Uma única pessoa é uma contradição em si mesmo; pessoas existem apenas em uma [...] sociedade" (Jakobs, 1999: 38). O que é convincente se, com Jakobs, se compreendem pessoa e sociedade como grandezas normativamente constituídas, separadas da mera faticidade do mundo empírico formado por indivíduos e grupos, e contrapostas a ele.

A viravolta decisiva no que concerne ao significado de "pessoa" para o conceito de "direito penal do inimigo" resulta, porém, do estabelecimento dos pressupostos que devem ser satisfeitos para que se possa reconhecer a um ser humano o *status* de pessoa.

Em primeiro lugar é necessário insistir em que, para Jakobs, pessoas não são definidas primariamente por direitos, mas sim por deveres: "Na constituição da pessoa trata-se de direitos apenas em segunda ordem, na medida em que a pessoa os utiliza para poder cumprir seus deveres".[27] Fundamental, no entanto, é que seja realçado como pressuposto do *status* de pessoa não o comprometimento normativo do indivíduo através de deveres, mas o próprio cumprimento desses deveres. A pessoa não será, assim, definida pelas expectativas normativas a ela endereçadas, pelo papel que ela *tem*, mas pelo fato de que ela *desempenhe* esse papel. (Jakobs, 1999: 68). "Pessoa de fato é aquela cujo comportamento se realiza de acordo com a norma" (Jakobs, 1999: 99). Jakobs defende, portanto, um modelo de pessoa orientado à sua função: o *status* de pessoa precisa ser merecido através de um bom comportamento. Ele se volta contra a idéia de direitos de personalidade "inatos" (Kant) e contra a aceitação de proibições categóricas,

27. Jakobs, 1999, p. 38; a respeito, cf. Fritz Loos, Rechtsphilosophie. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 114, 2002, pp. 664, 666.

quer dizer, válidas também em relação ao "transgressor da norma".[28] Por isso não aparece, no projeto jurídico-filosófico de Jakobs, o conceito de "dignidade humana", e esta circunstância, assim como a ausência dos conceitos "consenso", "discurso" e "intersubjetividade", "pode ser compreendida inteiramente como um programa" (Jakobs, 1999: Prefácio).

Esse conceito de pessoa, dependente de sua função, ganha sua carga explosiva no passo em que frente a não-pessoas quase tudo é permitido,[29] de modo que apenas o *status* de pessoa protege o indivíduo de intervenções tendencialmente ilimitadas. O modelo de Jakobs combina altas exigências para aquisição e posse do *status* de pessoa com a conseqüência de que aqueles que não conseguem cumprir tais exigências restam quase completamente sem direitos.

2. Conseqüências para o *status* do criminoso

Se "pessoa de fato" é apenas aquela cujo comportamento se realiza de acordo com a norma (cit.), a conseqüência necessária é que "falta personalidade material ao transgressor da norma" (Jakobs, 1999: 99). Com isso nos defrontamos, porém, com o problema da responsabilidade penal do autor. Jakobs define a pessoa não apenas por meio do critério empírico do comportamento conforme à norma, mas também por meio do critério normativo da imputabilidade do comportamento: "a pessoas se pode imputar alguma coisa" (Jakobs, 1999a: 81). Daí resulta o paradoxo de que o fato não pode ser imputado ao autor precisamente porque ele o cometeu; conquanto só se possa imputar alguma coisa a uma pessoa, ela, como pessoa, não haveria "consumado uma ação imputável como reprovada" (Jakobs, 1999: 82).

28. Jakobs, 1999, p. 102 – com forte crítica à rígida posição kantiana quanto à proibição da mentira. Entretanto, deve-se perceber que, em Kant, não se trata de se o homicida que persegue sua potencial vítima tem o direito de ser informado da verdade por aquele que é questionado, mas sim de se o interrogado tem o direito de dizer uma inverdade. A negação da segunda pergunta não leva à afirmação da primeira.

29. Cf. Jakobs, 2000, nota 12.

A possível solução construtiva de se assumir que o autor "poderia ter passado (ou voltado) a ter personalidade no espaço de tempo entre o resultado a ser imputado e a execução do ato imputável" é, com razão, rejeitada por Jakobs (Jakobs, 1999a: 82). Mas também a solução por que ele opta, de não se pensar a imputação de censura como especialmente endereçada ao autor (senão a *todas* as pessoas, inclusive ao autor – Jakobs, 1999a: 82), não é satisfatória,[30] porquanto se necessitaria aqui diferenciar entre os destinatários do ato de imputação, de um lado, e os receptores da mensagem sobre a imputação, de outro. Ainda que os receptores da mensagem pudessem ser todas as pessoas, ainda assim apareceria como destinatário do ato de imputação apenas o autor. Esse paradoxo só se resolve se aos distintos critérios de definição da personalidade se atribuírem distintos conceitos de pessoa (personalidade material e formal – Jakobs, 1999: 102).

3. Transgressor da norma, inimigo, pessoa

A possibilidade de se retirar do transgressor da norma o *status* de pessoa *justifica* negar a ele os direitos ligados a esse *status* e tratá-lo, assim, como inimigo. Nestes termos, reza a alternativa: "pessoa *versus* inimigo" (Jakobs, 2004a: 40 – título do parágrafo VI). Já se ele de fato será tratado como inimigo, determina-se por critérios funcionais; a alternativa passa a ser, então: "transgressor da norma *versus* inimigo" (Jakobs, 1999: 109 – título parágrafo B 2).

Neste contexto, quando se consideram as conseqüências normativas do modelo de direito penal do inimigo de Jakobs, interessa sobretudo o seu aspecto legitimador. O passo decisivo, aqui, é a caracterização do transgressor da norma (reincidente) como não-pessoa, com quem se está autorizado a proceder segundo critérios de conveniência e oportunidade (reação à sua perigosidade).

Sobre este ponto se concentra a crítica que segue.

30. Também crítico Loos, cit., pp. 664, 669.

5. Crítica

1. Bom comportamento como pressuposto do *status* de pessoa

Com a pressuposição do comportamento conforme à norma como condição para ser pessoa, Jakobs introduz um elemento empírico (o comportamento *de fato* conforme à norma) no mundo normativo de pessoa, sociedade e norma, que se opõe ao mundo cognitivo, pré-normativo, de indivíduo, grupo e natureza.[31] Isto lembra o modelo de algumas teorias contratualísticas radicais, segundo as quais a violação à norma, como rompimento do contrato social, implica a suspensão deste em relação ao transgressor, que resta, assim, sem direitos. Não por acaso Jakobs se refere, neste contexto, a Fichte.[32]

Trata-se de um conceito possível de pessoa, que tem de confrontar-se, porém, com a concorrência de modelos alternativos, que compreendem o *status* de pessoa como resultado de uma atribuição universal, independentemente de sua função, a todos os indivíduos humanos. Em tais modelos se concedem determinados direitos elementares a todo cidadão, sem levar em conta seu comportamento social, e se reconhecem determinados princípios categóricos, cuja obrigatoriedade independe de que aquele que é por eles protegido tenha "merecido" que sejam respeitados.[33]

2. Aspectos jurídico-constitucionais

Assim como o direito positivo em geral, também o direito constitucional não oferece quaisquer armas de que se possa lançar mão contra concepções filosóficas. Por isso seria equivocado querer contrapor a Constituição alemã

31. Cf. Loos, cit., pp. 664, 665 ss.

32. Jakobs, 1999, p. 100 ss.; cf. também a crítica na p. 102 e a discussão crítica de Jakobs com teorias contratualísticas e com as mencionadas conseqüências no "direito penal do cidadão" (Jakobs, 2004a, pp. 88 s.)

33. Deve-se pensar aqui na atual proibição estrita de tortura; a argumentação de Jakobs contra a concepção categórica de Kant da proibição da mentira (1999: 102) deixar-se-ia orientar também contra a concepção estrita da proibição da tortura.

ou outra equivalente ao modelo de Jakobs, que expressamente nega qualquer valor à dignidade humana. Mas, na medida em que se pretendam tirar conseqüências práticas de qualquer concepção filosófica (especificamente: para o trato com o imputado no direito ou no processo penal), não se pode passar por cima do direito constitucional. A Constituição alemã, como outras leis fundamentais, quando reconhece a inviolabilidade da dignidade de todos os seres humanos, parte evidentemente da idéia de que o *status* de pessoa não precisa ser merecido por um bom comportamento (ou por uma disposição fundamental para ele). Não merece relevância a possível objeção de que na Constituição não se fala de "pessoa"; fundamental é que se reconhece a todo ser humano, independentemente de seu comportamento social, um *status* normativo relevante que proíbe ao Estado tratá-lo segundo critérios meramente de oportunidade.

A idéia de que o *status* de pessoa pressupõe um comportamento conforme à norma é ainda mais problemática no campo – especialmente sensível no Estado de Direito – do direito processual penal. Jakobs vai longe demais quando nega ao imputado que manipula provas ou se escusa de participar do processo penal por meio de fuga o *status* de pessoa e classifica seu comportamento como o de um inimigo: uma medida processual coercitiva como uma prisão cautelar se dirige "não contra a pessoa no direito – essa não obscurece nem foge – mas contra o indivíduo que com seus instintos e medos se torna perigoso para a ordem jurídica, transformando-se, nesta medida, em inimigo" (Jakobs, 2004a: 93).

Como, na ordem jurídica alemã, nem a destruição de provas nem a fuga diante de iminente persecução penal se constituem em tipos penais, essa argumentação chega ao extremo de obrigar a pessoa – sob pena de perda do seu *status* mesmo de pessoa – não apenas a um comportamento conforme ao direito penal, mas a uma submissão incondicional aos mecanismos da persecução penal estatal.

É verdade que se trata aqui tão-somente de uma despersonalização pontual: o imputado perde seu *status* de pessoa não em geral, senão apenas *enquanto* manipula provas ou foge e, por isso, a coerção pode ser usada contra ele – assim como a despersonalização de quem está em liberdade condicional diz respeito apenas ao possível mau uso da liberdade (Jakobs, 2004b: 43). Mas isso não muda em nada o ponto central da questão: que um imputado que se move dentro do espaço de liberdade conferido pelas normas jurídicas estatais deve perder parcialmente seu *status* de pessoa tão-somente porque usa esse espaço de um modo que contraria os interesses da persecução.

Uma última observação. O conceito "direito penal do inimigo" tem um viés positivo, quando utilizado como categoria analítica ou em sentido crítico, com a intenção de denúncia de uma ordem jurídica que trata um cidadão penalizado não como cidadão penalizado – mas como "inimigo". Se o conceito for utilizado em sentido afirmativo, cai numa perigosa retórica política, porque se aproxima da sugestão de que, para o combate ao inimigo, (quase) tudo é permitido ao direito penal. E porque a definição do "inimigo", como ensina a experiência histórica, não pode ser controlada na práxis da persecução estatal de grupos de pessoas. No discurso político-jurídico, deve-se renunciar ao conceito.

6. Obras de Günther Jakobs citadas

Jakobs, 1985. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, 1985.

Jakobs, 1991. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.* 2. ed. de Gruyter. Berlin, 1991.

Jakobs, 1995. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken, Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, 1995.

Jakobs, 1999. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.* 2. ed. de Gruyter. 1999.

Jakobs, 2000. Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: Albin Eser; Winfried Hassemer; Börn Burkhardt. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende.* Baden-Baden, 2000.

Jakobs, 2004a. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 2004.

Jakobs, 2004b. Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck. Vorträge G 390 der Nordhein. Westfälischen Akademie der Wissenschaften, 2004.

Jakobs, 2005. Terroristen als Personen im Recht? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 117, 2005.

2. Processo Penal

As condições da ação penal

Ada Pellegrini Grinover
Professora titular de Direito Processual Penal da USP.

Sumário: 1. As condições da ação – 2. Legitimidade ativa e passiva – 3. Interesse de agir – 4. Possibilidade jurídica – 5. As condições da ação no processo penal – 6. A possibilidade jurídica no processo penal – 7. Impossibilidade jurídica: a falta de tipicidade – 8. Impossibilidade jurídica: a falta de justa causa – 9. As chamadas condições de procedibilidade – 10. As *condições de procedibilidade* também se enquadram na possibilidade jurídica. Representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça – 11. Mais um caso de possibilidade jurídica: a entrada do agente no território nacional – 12. Segue: admissão, pela Câmara dos Deputados, da acusação contra o Presidente da República para ser processados por crimes comuns – 13. Segue: trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento – 14. Segue: a decisão definitiva no processo administrativo de lançamento como requisito para o exercício da ação penal nos crimes tributários – 15. O interesse de agir no processo penal – 16. A legitimação no processo penal.

Resumo: As condições da ação são as mesmas no processo civil e no processo penal: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação ativa e passiva. No entanto, para o processo penal, a possibilidade jurídica assume dimensão especial. Enquadram-se na impossibilidade jurídica, na ação penal condenatória, a falta de tipicidade e a falta de justa causa (esta, erroneamente na falta de interesse de agir). As chamadas condições de procedibilidade subsumem-se, igualmente, à possibilidade jurídica. O interesse de agir, no processo penal também oferece peculiaridades: na ação

penal condenatória o interesse-necessidade está ínsito em toda acusação. Existem, todavia, no processo penal o interesse-utilidade e o interesse-adequação. Exemplo de falta de interesse-utilidade é o da ação condenatória intentada na iminência de se consumar a prescrição. Exemplo de falta de interesse-adequação é o da ação penal ajuizada contra menor de 18 anos (erroneamente enquadrada na falta de legitimação passiva). A falta de legitimação ativa ocorre quando, por exemplo, o MP ajuíza ação penal de iniciativa privada, ou vice-versa. A ilegitimidade passiva costuma ocorrer quando o suspeito se identifica mediante cédula de identidade que não é sua, sendo a ação ajuizada em face do terceiro, que não está ligado ao fato.

Palavras-chave: Condições da ação – Condições da ação penal – Condições de procedibilidade – Possibilidade jurídica do pedido – Interesse de agir – Interesse-necessidade – Interesse-utilidade – Interesse-adequação – Legitimação ativa – Legitimação passiva.

Abstract: Conditions are the same in Civil and Criminal lawsuits; the legal possibility of the claim, the interest to act and active and passive legality. Nevertheless for Criminal lawsuits the legal possibility acquires special dimensions. The lack of typicality and the lack of a just cause fit the legal impossibility and the conviction lawsuit, (the latter, wrongly connected to the lack of interest to act). The, so-called, lawsuit conditions are equally applied to legal possibility. The interest to act in Criminal lawsuits also has some peculiarities; in conviction lawsuits the interest/need is present in every accusation. We have, therefore, in Criminal lawsuits interest/usefulness and interest/suitability. An example of lack of interest/usefulness is that of a conviction lawsuit in the imminence of limitation. An example of the lack of interest/suitability is that of the criminal lawsuit against a minor, younger than 18 (wrongly fit in lack of passive legality) The lack of active legality happens when, for example, the Department of Justice presents a lawsuit of private initiative or vice-versa. Passive legality happens when the suspect identifies himself with an ID, which does not belong to him and the rule is directed at a third party, not connected to the case.

Keywords: Lawsuit conditions – Criminal lawsuit conditions – Legality conditions – Legal possibility of claim – Interest to act – Interest-need – Interest-usefulness – Interest-suitability – Active legality – Passive legality.

Área do direito: Processo penal

1. As condições da ação

O direito de ação, conquanto autônomo e abstrato, está instrumentalmente conexo a uma pretensão de direito material. E, para seu exercício, é submetido a condições, para que se possa exigir, na espécie concreta, o provimento jurisdicional.

É que a função jurisdicional não deve ser invocada quando, pelo pedido formulado pelo autor, se percebe, desde o início do processo, que a pessoa que solicita a atividade estatal não é aquela que vai ser beneficiada e a pessoa em face de quem o provimento é pedido não pode sujeitar-se a este; ou que o provimento pedido não é necessário, útil ou adequado para a fruição do bem da vida pretendido; ou, ainda, quando o pedido formulado é negado pelo ordenamento. O exercício da ação mira ao provimento de mérito e se logo se verifica, pelos dados postos em juízo pela ação, que esta não é apta a levar a um resultado útil, o princípio de economia processual atua no sentido de cortar cerce a pretensão processual, extinguindo-se o processo pela carência da ação.

Assim, antes de examinar o mérito, ou seja a *res in iudicium deducta*, para julgar o pedido procedente ou improcedente, o juiz deve examinar se se caracterizam, no caso concreto, as condições da ação.

Outros requisitos prévios cuja aferição é necessária para o julgamento do mérito são os pressupostos processuais, que dizem respeito à relação processual. Os pressupostos processuais não se relacionam com o exercício da ação mas sim com o próprio processo, constituindo requisitos indispensáveis a que a relação processual se instaure e se desenvolva validamente. Nessa visão, surge na doutrina a teoria do trinômio, que separa o mérito – ou seja, o julgamento da pretensão de

direito material – dos requisitos prévios para seu conhecimento: as condições da ação e os pressupostos processuais.

O julgamento a respeito das condições da ação diferencia-se do julgamento de mérito pela superficialidade da cognição, que é sumária, e pelo momento procedimental em que é realizado, normalmente *initio litis*, muito embora não haja preclusão da decisão sobre elas, que podem ser reexaminadas, mesmo de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

As condições da ação são a legitimidade (ativa e passiva), o interesse processual e a possibilidade jurídica.

Para seu exame, é preciso primeiro estabelecer se devem elas ser examinadas exclusivamente em face do pedido formulado pelo autor (teoria da apresentação ou da "prospettazione") ou se devem ser apreciadas como efetivamente ficam comprovadas no decorrer do processo. Aceitando-se a teoria da apresentação, o exame das condições da ação é feito em abstrato, conforme o pedido formulado. Rejeitando a teoria, as condições da ação devem ser apreciadas em concreto, conforme se apresentam efetivamente no processo, de modo que o julgamento sobre elas pode confundir-se com uma questão de mérito. Nesta última visão, a mesma questão não poderia constituir o conteúdo de uma decisão sobre uma condição da ação, no início do processo, se ela fosse uma questão de mérito no julgamento final.

Assim, em minha obra *As condições da ação penal*, escrita em 1977, por não adotar, à época, a teoria da apresentação, cheguei a alguns resultados diversos dos que serão expostos a seguir.

Hoje, a teoria da apresentação é francamente vitoriosa, embora haja vozes autorizadas discordantes como, por exemplo, a de Cândido Dinamarco, fiel à posição de Liebman, que defendeu a posição de que as condições da ação devem ser examinadas em concreto, conforme se apresentam efetivamente ao longo do processo.

Na Itália, porém, os discípulos diretos de Liebman abandonaram a lição do Mestre, para aderirem à teoria da "prospettazione" (Tarzia, Ricci).

E realmente a teoria da apresentação é a que melhor serve para extremar as condições da ação do mérito da causa. Isso não significa, todavia, que as condições da ação – como, de resto, todo o processo – não sejam conexas com o direito material.

Deve-se observar, ainda, que as condições da ação são exatamente as mesmas para a ação civil e a ação penal, pois a ação, como direito ao provimento jurisdicional, é instituto geral de direito processual-constitucional. Com relação ao processo penal, neste estudo examinaremos apenas as condições da ação condenatória, que oferecem aspectos relevantes.

Veremos, no item 8 e ss., como enquadrar nas condições da ação aquelas que a doutrina majoritária ainda considera como condições específicas da ação penal: ou seja, as chamadas *condições de procedibilidade*.

2. Legitimidade ativa e passiva

A legitimidade ativa e passiva (ou *legitimatio ad causam*) indica a pertinência da ação àquele que a propõe, em confronto com aquele em face de quem é proposta. Aquele a quem a lei atribui o poder de dirigir-se ao juiz, e aquele em face de quem o pedido pode ser deduzido, são as pessoas legitimadas à ação. A legitimidade é, assim, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda.

É desse modo que a legitimidade, ativa e passiva, se liga instrumentalmente ao direito material: é neste que se deve averiguar, em abstrato, se a ordem jurídica indica, ou não, as partes da ação como sendo as pessoas titulares da relação jurídica de direito material.

A parte será ilegítima, se a ação ou a defesa não lhe pertencer. Mas não deixará de ser parte, pois o conceito de parte deve ser entendido em sentido formal. Parte é quem figura no processo, podendo ser legítima ou ilegítima.

Não se pode confundir legitimação com interesse de agir (infra, item 4), afirmando que legitimado para agir é o titular do interesse de agir, o que tornaria um dos dois conceitos supérfluos. A legitimação é a titularidade da ação.

Finalmente, a legitimação será ordinária, quando a ação for exercida pelo próprio titular do interesse afirmado na pretensão, e em face daquele que é titular da resistência à pretensão. E será extraordinária, quando a lei conferir o direito de ação e de defesa a outrem, que não o titular da pretensão de direito material. Neste último caso, fala-se em substituição processual. A legitimação pode, ainda, pertencer, simultaneamente, a duas ou mais pessoas, quando várias forem as pretensões deduzidas em juízo: é o caso do litisconsórcio.

3. Interesse de agir

No estudo do interesse de agir, deve ser evitada a confusão entre interesse material (primário) e interesse processual (secundário), ou seja entre o interesse objeto do processo (mérito) e o interesse na solução da controvérsia (condição da ação). Essa confusão, a que não fugiram alguns processualistas de respeito, chegou a contaminar o Código de Processo Civil de 1939, que se referia a interesse jurídico ou moral. Essas qualificações, assim como as de "atual" ou "futuro", às vezes empregadas pela doutrina, são adequadas ao interesse material, mas não ao interesse de agir. Este é o interesse instrumental, ou seja o interesse de conseguir, pelos órgãos jurisdicionais e por intermédio de sua atividade, o provimento jurisdicional invocado.

Assim, o primeiro requisito que desponta, no interesse de agir, é o interesse-necessidade, como necessidade de recorrer às vias jurisdicionais para obter a satisfação do interesse material.

Na Alemanha, a expressão "necessidade de tutela jurídica" é frequentemente empregada para indicar o que denominamos interesse de agir.

O requisito da necessidade concreta de jurisdição significa que o direito de ação não pode ser exercido enquanto as forças do próprio direito material ainda não se mostraram incapazes de extinguir o conflito de interesses. O processo é ins-

trumento que o Estado, depositando suas esperanças no cumprimento voluntário do direito material, só coloca a função jurisdicional à disposição de quem pretende a fruição de um bem, em caso de insatisfação do direito subjetivo.

No processo civil, para que o interesse-necessidade se manifeste, é suficiente que chegue o momento da exigibilidade do direito, pois esta configura a ausência de impedimentos para que o devedor satisfaça a pretensão do credor. E o conceito de exigibilidade é de direito material, importando em verificar se já é chegado o momento de recorrer aos órgãos jurisdicionais, ou se é ainda preciso aguardar a satisfação voluntária do interesse material.

Mas não basta à satisfação do interesse de agir o requisito do interesse-necessidade. Ainda é mister que o provimento invocado seja útil para a obtenção do bem da vida que o autor pretende. O interesse-utilidade significa que o Estado condiciona o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao escopo de atuação da vontade concreta do direito material, bem como à justiça da sujeição da parte contrária ao provimento jurisdicional.

O terceiro aspecto do interesse de agir é constituído pelo interesse-adequação. Além da necessidade e da utilidade do provimento jurisdicional, exige-se, ainda, que o provimento jurisdicional invocado seja adequado para obter a satisfação da pretensão de direito material. Caso por caso, é mister que exista uma correlação entre a situação apontada e a tutela jurisdicional requerida.

Vê-se daí que há uma relação inegável entre interesse-utilidade e interesse-adequação: se o provimento jurisdicional invocado não pode levar à obtenção do bem da vida pretendido, faltará também interesse-utilidade. Por esse motivo, no fundo o interesse-adequação acaba integrando o próprio conceito de interesse-utilidade.

4. Possibilidade jurídica

O requisito da possibilidade jurídica deve-se à construção de Enrico Tullio Liebman, quando se encontrava no Brasil. Curiosamente, o próprio Liebman, lan-

çando a terceira edição de seu *Manuale*, eliminou a categoria da possibilidade jurídica, subsumindo-a ao interesse de agir: justamente quando o legislador brasileiro, pelo art. 267, VI, do CPC adotava expressamente a primeira posição do Mestre.

Indubitavelmente, a elaboração científica desta categoria ainda não atingiu um ponto satisfatório. Em geral, afirma-se que a possibilidade jurídica significa a existência do provimento desejado no ordenamento jurídico: só haveria possibilidade jurídica quando o pedido fosse admitido, em tese, pelo direito objetivo material.

Mas, quando se passa a dar exemplos dos casos de falta dessa condição da ação, no processo civil, mostra-se a fragilidade desse conceito: o pedido de divórcio, onde o ordenamento não o permita; a pretensão fundada em dívida de jogo; o chamado mandado de segurança normativo (só se admite o remédio contra atos determinados do Poder Público, e não para fixar normas para este), etc.

Na maioria dos exemplos dados é efetivamente o pedido que é vedado pelo ordenamento, sendo o provimento desejado inadmissível em abstrato. Mas nas dívidas de jogo, o pedido (condenação ao pagamento de quantia certa) é admitido pelo ordenamento: o que não é admitido é seu fundamento, ou seja a causa de pedir (a dívida de jogo).

E assim, o que inicialmente se denominava possibilidade jurídica do pedido, passou a abranger também a possibilidade jurídica da causa de pedir.

No processo civil, outro passo foi dado quando a possibilidade jurídica passou a ser conceituada em termos negativos. O direito brasileiro autoriza o juiz a decidir, mesmo quando falte a previsão legislativa. Desse modo, a possibilidade jurídica falta somente quando o ordenamento contenha uma proibição ao exercício do direito de ação. Se o caso for de ausência, em abstrato, de um preceito que ampare o provimento pedido pelo autor, ainda assim não haverá falta de possibilidade jurídica. Passou-se, assim, a falar de *impossibilidade jurídica* (do pedido ou da causa de pedir).

Mais tarde, a impossibilidade jurídica foi ampliada para abranger os casos em que a ação é rejeitada, porque o autor não praticou o ato prévio ao ajuizamento

da ação, sem o qual seu exercício lhe é vedado (Moniz de Aragão, Galeno Lacerda). Isto resulta em afirmar que o pedido só se torna possível se antecedido de medida prévia condicionante para o seu exercício. O ordenamento não permite o provimento desejado, senão após a satisfação do requisito que ele mesmo impôs.

Esse aspecto da impossibilidade jurídica ainda é assunto pouco meditado, conduzindo várias vezes equivocadamente à afirmação da ilegitimidade de parte ou da falta de interesse de agir. Mas, como veremos, é de extrema relevância no processo penal.

5. As condições da ação no processo penal

O valor e o significado das condições da ação devem ser os mesmos no processo civil e no processo penal. Sua configuração há de obedecer a um só critério em ambos os processos.

Mas é justamente no processo penal que se evidencia a importância de uma das condições da ação – a possibilidade jurídica – cuja falta explica diversos fenômenos que impedem o julgamento do mérito. Daí porque o exame das condições da ação, no processo penal, se iniciará pela possibilidade jurídica.

6. A possibilidade jurídica no processo penal

O princípio da legalidade, verdadeira pedra angular do direito penal, compreende a legalidade da persecução. A persecução penal, a partir da investigação até as diversas fases do processo, está fortemente limitada pelo princípio da legalidade. O ordenamento não permite persecuções levianas, engendradas sem fundamentação, deixadas ao alvedrio dos órgãos delas encarregados. Trata-se, em última análise, de uma garantia do cidadão.

Daí a relevância de uma das condições da ação penal – a possibilidade jurídica da acusação –, voltada a impedir a persecução infundada, distanciada do princípio da legalidade.

Afirma-se que, enquanto no processo civil a possibilidade jurídica é configurada negativamente (*impossibilidade jurídica*), no processo penal sua conceituação seria positiva, como previsão expressa, pelo ordenamento jurídico, do pedido condenatório.

Isto é verdade, quanto ao pedido condenatório em si, como, por exemplo, quando a ação penal fosse ajuizada contra pessoa jurídica, em crimes que não os ambientais, pois o ordenamento brasileiro não contém previsão expressa nesse sentido. Mas quando a doutrina passa a dar exemplos da falta de possibilidade jurídica, verifica-se que ela é conceituada em termos negativos. É o que acontece com o art. 43, I e II do CPP.

Reza o art. 43 do CPP: "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".

Vamos, então, examinar a impossibilidade jurídica da acusação, à luz do princípio da legalidade.

7. Impossibilidade jurídica: a falta de tipicidade

A hipótese do inciso I do art. 43 do CPP – não constituir o fato narrado, evidentemente, crime – realmente não dá margem a dúvidas, em face da teoria da apresentação: mas o caso é de *impossibilidade jurídica* (negativa), pois o ordenamento só permite a acusação se esta se propõe a demonstrar a existência de um fato delituoso. Sem a evidente presença da tipicidade do fato narrado, haverá impossibilidade jurídica – mas aqui, mais uma vez, não do pedido mas da causa de pedir.

No entanto, em relação ao inciso II (extinção da punibilidade pela prescrição ou outra causa), deve-se observar que, se a extinção da punibilidade já tiver sido declarada, será o fenômeno da coisa julgada a impedir a apresentação de nova demanda. E, caso a extinção da punibilidade ainda não tiver sido declarada por sentença, o juiz simplesmente a declarará, nos termos do art. 62 do CPP.

Voltando à falta de tipicidade, ainda é necessário que esta esteja fundada em alguns elementos probatórios. É desse modo que a tipicidade se liga a outro requisito também enquadrável na possibilidade jurídica da acusação: chega-se, assim, ao conceito de *justa causa.*

É o que se analisa a seguir.

8. Impossibilidade jurídica: a falta de justa causa

Também atribuímos à *impossibilidade jurídica* (negativa) a ausência de justa causa, verdadeira pedra angular do processo penal.

A denúncia ou queixa deve ser rejeitada, nos termos do art. 43, III, do CPP, quando falte condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. E, como a coação se considera ilegal quando sem justa causa (art. 648, I, do CPC), a justa causa constitui condição da ação penal condenatória.

Entende-se por justa causa a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado.

Às vezes, a expressão "justa causa" é utilizada em sentido mais amplo. No *habeas corpus,* por exemplo, os tribunais costumam afirmar que a concessão é devida à falta de justa causa, mesmo quando se trata da falta de outra condição da ação. Mas, nesse caso, trata-se de uma atecnia.

A exigência de demonstração da justa causa justifica-se em face da própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade da existência do direito material, para evitar a conduta temerária da acusação. O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade mesma. Por isso é que um mínimo de "fumaça do bom direito" há de exigir-se, para que a acusação seja recebida e se dê prosseguimento ao processo.

No processo civil sancionatório também existe um caso de necessidade de demonstração da aparência do direito material: na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 02.06.1992), o § 6.º do art. 17 prescreve: "A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência de ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil."

Mas, segundo a doutrina dominante, a falta de justa causa, ou seja, a idoneidade do pedido, ou o fato de a pretensão se oferecer como digna de ser julgada, configuraria ausência de interesse de agir.

Nessa teoria, a falta de justa causa para a propositura da ação penal se enquadraria no interesse para agir, devendo a denúncia ou queixa ser rejeitada, nos termos do art. 43, III, do CPP, que determina tal rejeição quando falte condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. E como a coação se considera ilegal quando sem justa causa (art. 648, I, do CPP), a justa causa configuraria condição da ação e, mais precisamente, interesse de agir.

Dentro dos nossos critérios, a justa causa corresponderia à exigibilidade, para a configuração do interesse-necessidade.

No entanto, não se pode esquecer que o interesse de agir é algo diverso do direito subjetivo que se faz valer, ou seja, do interesse material à obtenção de um bem. O interesse de agir não exige a existência ou a afirmação da existência de um direito material, mas sim a demonstração do interesse, meramente processual e independente do direito material, a que seja julgado o mérito: ou seja, o interesse a um provimento que verse exatamente sobre a existência ou inexistência do direito material. Por isso, o interesse de agir não pode dizer respeito à existência do direito material, nem à sua aparência. Quando falta o interesse de agir, o pedido é rejeitado por falta deste interesse, e não do direito material invocado.

Em última análise, a identificação do interesse de agir com a demonstração da justa causa, ou seja, da aparência do direito, resulta na confusão do

interesse processual com o interesse material. E mais: levaria à configuração da ação como direito ao provimento favorável (teoria da ação como direito concreto), em que o interesse processual seria condição de *procedência* da demanda. Mas na teoria da ação como direito abstrato, ou seja como direito ao provimento jurisdicional, de qualquer natureza, o interesse de agir é mera condição de *admissibilidade* da demanda.

Em nosso sentir, será caso de impossibilidade jurídica a hipótese em que a acusação carecer de justa causa: a falta de justa causa há de ser imputada impossibilidade jurídica da acusação. Ou seja, o ordenamento não permite que se formule acusação que não esteja lastreada na justa causa.

9. As chamadas condições de procedibilidade

Na doutrina processual penal, além das condições da ação acima examinadas, costuma-se afirmar a existência de outra categoria de requisitos sem os quais a acusação deve ser rejeitada: trata-se das chamadas *condições de procedibilidade,* vistas ora como condições específicas de exercício da ação penal, ora como gênero mais amplo ao qual pertenceria a espécie das condições da ação.

Nesta última visão (José Frederico Marques), as condições de procedibilidade não se esgotariam nas condições da ação: abrangeriam as condições da ação e mais todas as questões correlatas com o exercício da ação penal.

Exemplos de condições de procedibilidade são: a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça; a entrada do agente no território nacional; a admissão, pela Câmara dos Deputados, da acusação contra o Presidente da República, para ser processado por crimes comuns; e o trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento. Mais recentemente, a Lei 9.430/96 passou a considerar a decisão definitiva no processo administrativo de lançamento como requisito para o exercício da ação penal nos crimes tributários.

Cabe, então, examinar se essas hipóteses se subsumem à categoria das condições da ação, acima examinadas, ou se efetivamente constituem condições autônomas e diversas, específicas da ação penal condenatória.

10. As *condições de procedibilidade* também se enquadram na possibilidade jurídica. Representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça

Nas hipóteses de ação penal pública condicionada, a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça condicionam o exercício da ação pelo Ministério Público. Sem que o ofendido formule a representação, ou o Ministro da Justiça expeça a requisição, a denúncia será rejeitada (art. 41, III, *a*, *in fine*, do CPP) e, se não o for, haverá nulidade do processo (art. 564, III, *a*, do CPP).

A falta de representação ou de requisição não leva à ilegitimidade do MP, que proponha a demanda sem esses requisitos prévios, como sustenta parte da doutrina: mesmo na ação penal pública condicionada, a pertinência subjetiva da ação continua sendo do MP, seu titular exclusivo, inexistindo substituição processual por parte do ofendido – e muito menos por parte do Ministro da Justiça. Uma vez oferecida a representação ou a requisição, o MP assume em sua plenitude a função de *dominus litis*, tanto que é irrelevante, após o recebimento da denúncia, uma vontade contrária do ofendido ou da Administração. Quem promove a ação é o MP, seu titular, desde que haja manifestação inicial de vontade do ofendido ou do Ministro.

A representação configura o direito do ofendido de autorizar o exercício da ação penal pelo MP, mas não é, como na ação penal privada, uma forma de exercício privado da função pública. Na representação, o interesse do ofendido limita-se à instauração da ação penal, cujo titular é o MP. Sujeito ativo, no caso, é sempre e só o MP: conquanto interessado na persecução, o ofendido não é o sujeito investido do poder de ação. Legitimado é apenas o MP.

Sendo assim, é claro que da representação nasce o poder-dever do MP de intentar a ação penal, mas não sua legitimação, pois é ele o titular exclusivo da acusação.

Ausente a representação, estará certamente faltando uma condição de exercício da ação penal pelo MP, mas não sua legitimidade ativa. O que falta, nesse caso, é a possibilidade jurídica do pedido. À falta de representação, o ordenamento veda o provimento condenatório requerido pelo MP, porque não se observou o requisito prévio exigido pela lei para que se obtenha o provimento jurisdicional.

Feitas as devidas e necessárias adaptações, essas considerações aplicam-se, *mutatis mutandis*, à requisição do Ministro da Justiça.

Em conclusão, a falta de representação ou de requisição configura caso de impossibilidade jurídica do pedido, e não de falta de legitimação. E não há razão, nesses casos, para se falar em *condições de procedibilidade.*

11. Mais um caso de possibilidade jurídica: a entrada do agente no território nacional

Nos crimes cometidos fora do território nacional e punidos pela lei brasileira, de que tratam as letras *b* e *c* do § 2.º, do inciso II do art. 7.º do CP, a aplicação da lei penal brasileira fica condicionada à entrada do agente no território nacional (art. 7.º, I, do CP).

Manifesta-se nesses casos o princípio da limitação da soberania nacional ao território. Assim como os órgãos do Legislativo e do Executivo, também os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do Estado. Trata-se de questão atinente à eficácia da lei penal no espaço.

Sob o aspecto das condições da ação, a ausência do agente do território nacional torna juridicamente impossível o provimento penal condenatório. O pedido do autor – aplicação da sanção penal – será, em abstrato, juridicamente

impossível, pois o ordenamento veda o provimento, enquanto o agente não venha a entrar no território brasileiro.

Exatamente como ocorre com a falta de representação ou de requisição, aqui também, ao invés de se invocar a categoria das *condições de procedibilidade*, bastará subsumir a não entrada do agente no território nacional à impossibilidade jurídica do pedido.

12. Segue: admissão, pela Câmara dos Deputados, da acusação contra o Presidente da República para ser processados por crimes comuns

Em consideração às prerrogativas de uma das partes, não é possível formular a acusação criminal, sem a observância do requisito supra (art. 86 da CF/88). Este caso também configura hipótese de impossibilidade jurídica do pedido. Sem o cumprimento desse requisito, o pedido condenatório é juridicamente impossível.

Mais uma vez, não há porque se falar em *condição de procedibilidade*.

13. Segue: trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento

No crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, o trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento (art. 236, parágrafo único, do CP) é igualmente enquadrável na falta de possibilidade jurídica da acusação. Assim como nas outras hipóteses em que a doutrina fala em *condições de procedibilidade*, aqui também o provimento condenatório é proibido pelo ordenamento, enquanto não houver trânsito em julgado da sentença que anulou o casamento. Mais uma vez, o caso é de impossibilidade jurídica da acusação formulada sem que o preenchimento do requisito prévio exigido pela lei.

14. Segue: a decisão definitiva no processo administrativo de lançamento como requisito para o exercício da ação penal nos crimes tributários

Outro caso em que se diz haver uma *condição de procedibilidade* é o do art. 83 *caput* da Lei 9.430/96, que subordina a comunicação do ilícito tributário ao MP, para a propositura da ação penal, à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal correspondente.

O sentido dessa norma não parece ter sido outro senão o de evitar a propositura de ações penais precipitadas, antes da definitiva constituição do crédito tributário, sem o que, na verdade, sequer seria possível cogitar da própria *tipificação* do crime contra a ordem tributária. Trata-se, também aqui, de uma hipótese de *impossibilidade jurídica*.

Sobre o tema, STF, HC 81.611-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.12.2003, *DJU* 13.05.2005, p. 6.

Em conclusão, pode-se afirmar ser desnecessária a categoria das *condições de procedibilidade da ação penal*, pois todos os exemplos dados como enquadráveis nela subsumem-se à condição da ação configurada pela possibilidade jurídica.

15. O interesse de agir no processo penal

Também em relação ao interesse de agir, seu significado há de ser o mesmo no processo civil e no processo penal.

No entanto, é preciso apontar que o interesse-necessidade é implícito em toda e qualquer acusação penal. É que a solução do conflito entre a pretensão punitiva e o direito do acusado só pode se dar mediante o processo. O *ius puniendi* do Estado permanece em abstrato, enquanto a lei penal não é, ao menos aparentemente, violada. Com a prática da infração, o direito de punir sai do plano abstrato para o concreto. Da violação efetiva ou aparente da norma,

nasce a controvérsia penal, caracterizada pela pretensão punitiva do Estado e pela pretensão oposta do infrator, que se configura na maioria das vezes como pretensão à liberdade.

Mas essa controvérsia só pode ser solucionada pelo processo. O Estado não pode exercer seu poder de punir senão quando autorizado pelo órgão jurisdicional, por intermédio de um processo regular. O princípio *nulla poena sine judicio*, elevado a dogma constitucional, consagra a idéia de que nenhuma pena poderá ser imposta, sem a apreciação do Poder Judiciário.

Conclui-se daí que o interesse-necessidade é sempre ínsito na ação penal condenatória. A necessária utilização das vias processuais, para a aplicação da sanção penal, ao lado da impossibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva, levam à afirmação da inutilidade da aferição do interesse-necessidade na ação penal condenatória.

Mesmo nos casos de transação penal, possibilitada pela Constituição de 1988 e detalhada pelas leis dos Juizados Especiais, a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante o processo. O mesmo se diga com a possibilidade de perdão, nos crimes de ação penal privada.

Em suma, a exigibilidade a que alude a doutrina processual civil, para a caracterização do interesse-necessidade, surge para o processo penal da violação efetiva ou aparente da norma criminal, não havendo possibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva fora do processo.

Mas, se entendemos que o interesse-necessidade é inerente a toda ação penal condenatória, não necessitando de aferição pelo juiz, isto não significa afirmar que, no processo penal, inexista a categoria do interesse de agir, como interesse-utilidade e interesse-adequação.

Exemplo da ausência de interesse-utilidade é o da ação condenatória intentada na iminência da consumação da prescrição. No nosso entender, nessa hipótese a demanda deve ser rejeitada, com base no art. 43, III, do CPP, pois nenhuma utilidade a acusação poderia extrair do provimento jurisdicional.

Pode ocorrer, também, que a iminência da prescrição se verifique durante o desenvolvimento do processo.

O caso tem ocorrido nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, quando o processo fica paralisado por muito tempo após a decisão de pronúncia.

A situação também pode ser enquadrada na falta de interesse-utilidade, podendo o juiz reconhecer a ausência da condição, superveniente à propositura da ação. Com efeito, o exame da existência das condições da ação deve ser feito em qualquer momento do "iter" procedimental, inclusive em segundo grau de jurisdição.

Por sua vez, o interesse-adequação é o mesmo no processo civil e no processo penal, podendo ser visto como uma decorrência do interesse-utilidade.

À ação penal condenatória proposta contra menor de 18 anos, falta o interesse-adequação (pois o provimento invocado não é adequado à aplicação de medidas sócio-educativas ao menor de idade), embora se possa ver na hipótese, também, a impossibilidade jurídica do pedido (a condenação penal do menor de idade é vedada pelo ordenamento).

A doutrina, contudo, costuma ver no caso falta de legitimidade passiva, que não é o caso.

16. A legitimação no processo penal

O conceito geral de legitimação aplica-se integralmente à ação penal. Aliás, o art. 43 do CPP. refere-se explicitamente à legitimação *ad causam*, determinando que, à sua falta, seja rejeitada a denúncia ou queixa. E, no parágrafo único, acrescenta que, nesse caso, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima, ou satisfeita a condição. Isso porque a carência de ação não se confunde com decisão de mérito e, portanto, não preclui a via judiciária a novo exercício da ação, desde que satisfeita a condição da legitimação ativa. A decisão sobre condição da ação não faz coisa julgada.

A ação penal condenatória só pode ser proposta pelo titular da pretensão condenatória, e em face daquele que é titular da resistência, ou seja da defesa.

Assim sendo, legitimado ativo à ação penal condenatória, no Brasil, é o Ministério Público, na ação penal pública (legitimação ordinária) e o ofendido (legitimação extraordinária), na ação penal privada. Na queixa-crime o que se dá é o fenômeno da substituição processual, pois a lei legitima o ofendido (que não é o titular do *ius puniendi*), extraordinariamente, ao exercício da ação, deduzindo a pretensão punitiva.

Essa legitimação extraordinária é autônoma e exclusiva, permitindo apenas ao Ministério Público a intervenção no processo, a título de assistente. Por sua vez, a legitimação exclusiva do Ministério Público à ação penal pública permite ao ofendido a participação no processo, como assistente da acusação.

Quando o autor não é o titular da ação ajuizada, falta-lhe legitimação ativa para agir. É o que ocorreria se o Ministério Público propusesse a demanda em crimes em que a ação fosse de iniciativa exclusiva do ofendido ou, vice-versa, quando o ofendido propusesse a demanda em crimes em que a ação fosse pública.

A legitimação passiva, no processo penal condenatório, significa que o réu deve ser o titular da relação jurídica substancial litigiosa. Deve ele ser legitimado à ação, como a pessoa em face de quem o pedido do autor é formulado.

Por isso não concordamos com a exemplificação de parte da doutrina que indica como falta de legitimação passiva os casos em que a ação penal é ajuizada em face do menor de 18 anos ou de imunidade parlamentar: aqui se trata de falta de interesse-adequação ou de possibilidade jurídica.

Seria caso de ilegitimidade passiva, em nossa visão, o da denúncia equivocadamente oferecida não contra o indiciado, mas sim contra terceiro que não teve participação na infração penal.

O STF concedeu *habeas corpus* em caso no qual o acusado foi processado à revelia e condenado, verificando-se depois, pelo exame datiloscópico, que o preso em flagrante era outra pessoa. Os impetrantes sustentaram a

ilegitimidade passiva do paciente. O Supremo, reconhecendo não ter sido a ação penal dirigida contra quem era réu, anulou o processo desde a denúncia: HC 74.941-1/SP, j. 16.09.1997.

Outro caso de ilegitimidade passiva costuma ocorrer quando o suspeito se identifica mediante cédula de identidade que não é sua (perdida ou furtada). A pessoa acusada não está ligada ao fato e é parte ilegítima para figurar na ação penal.

A incorporação de Tratados de Direitos Humanos em face da EC 45/2004: o caso da prisão de depositário infiel

Éric Alexandre Lavoura Lima
Assistente Jurídico junto ao TJSP.
Mestrando em Direito Processual Penal pela USP.

Sumário: 1. Introdução – 2. O fenômeno do direito internacional: 2.1 A dicotomia monismo x dualismo e sua superação paradigmática – 3. A incorporação das normas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro: 3.1 A disciplina jurídica da integração de tratados internacionais nas Constituições Brasileiras; 3.2 Da atual opção brasileira – 4. O direito brasileiro e a prisão do depositário infiel: 4.1 O contrato de depósito e a prisão do depositário infiel: 4.1.1 Origem e evolução; 4.1.2 O atual regramento jurídico-material do depósito no Brasil; 4.1.3 O atual regramento jurídico-processual do depósito no Brasil: a prisão do depositário infiel e o Pacto de São José da Costa Rica; 4.2 O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal; 4.3 Dos meios hábeis à alteração desse posicionamento – 5. A EC 45/2004 e a integração das normas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro: 5.1 A redação do § 3.º; 5.2 A constitucionalidade (ou não) do novel § 3.º; 5.3 A situação da Convenção Americana de Direitos Humanos no cenário brasileiro posterior à EC 45/2004 – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

Resumo: O avanço das relações internacionais tem demandado um esforço cada vez maior dos Estados na incorporação dos preceitos jurídicos oriundos das tratativas exteriores. Principalmente após a 2ª Guerra Mundial, vêm ganhando vulto as regras de Direitos Humanos, que, ao ressuscitarem a idéia de que o desenvolvimento histórico de certos valores e princípios inerentes à pessoa humana se sobrepõe à vontade momentânea dos governos, têm colocado em xeque o positivismo. Paradigma dessa situação se encontra na prisão do devedor fiduciário, em

que o choque entre o permissivo constitucional e a vedação contida na Convenção Americana de Direitos Humanos gera uma tensão que se sente, sobretudo, no campo da pragmática. E a EC 45/2004, ao invés de resolver a disputa existente, apenas acirrou as discussões até então havidas.

Palavras-chave: Prisão civil – Depósito – Alienação fiduciária em garantia – Incorporação de tratados internacionais de direitos humanos – Monismo – Dualismo – Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – EC 45/2004.

Riassunto: L'avanzamento dei rapporti internazionali ha richiesto uno sforzo più effettivo degli Stati nell'incorporazione dei precetti giuridici provenienti dalle trattative esterne. Principalmente nel secondo dopoguerra, le regole dei Diritti Umani, le quali, risuscitando l'idea che lo sviluppo storico di certi valori e principi inerenti alla persona umana si sovrapone alla momentanea volontà dei governi, mettono alla prova il positivismo. Esempio di questa situazione si trova nella prigione del debitore fiduciario, nella quale il conflitto tra il permesso costituzionale e il divieto contenuto nella Convenzione Americana sui Diritti Umani ha creato una tensione che si sente, soprattutto, nel campo della pragmatica. E l'Emenda Costituzionale 45/04, anziché risolvere la disputa esistente, ha solo esacerbato le discussioni finora avute.

Parole-chiavi: Prigione civile – Deposito – Alienazione fiduciaria in garanzia – Incorporazione dei trattati internazionali dei diritti umani; monismo – Dualismo – Convenzione Americana sui Diritti Umani – Patto di "San José da Costa Rica" – Emenda Costituzionale 45/2004.

Área do direito: Constitucional; Direitos humanos

1. Introdução

A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro sempre constituiu assunto ensejador de tensão entre os posicionamentos adotados por doutrina e jurisprudência, tendo em vista não apenas o precário

tratamento normativo dessa matéria pelas diversas Cartas Magnas Brasileiras, mas principalmente por envolver, ao fundo, a soberania nacional, circunstância que justifica, em certa medida, os entendimentos tradicionais – indigitados, por muitos, como reacionários – dos mais diversos Tribunais Pátrios.

Depois de inúmeros questionamentos judiciais difusos acerca do tema, o Pretório Excelso havia firmado sua posição, qual seja, no sentido da equiparação das normas jurídicas provenientes de Tratados e Convenções Internacionais à legislação ordinária doméstica, pensamento que se opunha, diametralmente, à inclinação da doutrina especializada, a qual atribuía a tais regras jurídicas a natureza materialmente constitucional, por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF/88.

Tal cenário, contudo, vê-se, na atualidade, novamente agitado, tendo em vista as alterações trazidas pela EC 45/2004, que inseriu novos parágrafos ao art. 5.º da CF/88, os quais versam, especialmente, sobre as convenções internacionais concernentes a direitos humanos.

Dentro desse prisma de reexame de valores e dogmas – despreocupado, *a priori*, com a sustentação de qualquer das posições anteriormente existentes –, desenvolve-se o presente estudo, visando possibilitar uma escorreita visão acerca do fenômeno da prisão do depositário infiel dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Entretanto, para que possamos aprofundar a análise da questão em voga, recorrer-se-á a um exame das regras atinentes à integração ao ordenamento brasileiro das normas oriundas da atuação externa da Nação, dos posicionamentos doutrinários existentes quanto a esse tema, da figura contratual do depósito, da alienação fiduciária em garantia e, em seguida, do tratamento jurídico da prisão do depositário infiel nos regramentos aplicáveis dentro do sistema jurídico nacional, com especial destaque para o recente § 3.º do art. 5.º da CF/88.

2. O fenômeno do direito internacional

Quando Aristóteles conceituou o ser humano como uma criatura eminentemente política, visou sublinhar que sua existência e desenvolvimento encontram-se

direta e indissociavelmente relacionados à sua inserção no meio social, ou seja, à vida entre seus pares.

A História tem revelado, ao longo dos tempos, que essa máxima grega pode ser estendida, guardadas as devidas proporções, às nações – que consistem em nichos formados por indivíduos que ostentam uma proximidade de valores culturais, éticos, religiosos e históricos. Dessa constatação, verifica-se a alternância, no decorrer da evolução da sociedade humana, entre períodos de aproximação e de distanciamento dos povos, sendo cada vez mais fortes e constantes os fatores aptos ao estabelecimento daquilo que, *lato sensu*, poder-se-ia subsumir no conceito doutrinário-filosófico da "paz perpétua", lastreada no reconhecimento da igualdade e da dignidade inerentes a todos os seres humanos.

Tal prisma é facilmente detectável quando observamos, por exemplo, em uma visão macrossistêmica, os acontecimentos dos últimos dois mil anos. Podemos perceber que, seguindo-se ao *Império Romano*,[1] houve um período de longo afastamento entre os povos (*feudalismo*),[2] o qual sucumbiu perante o surgimento e fortalecimento dos *Estados Nacionais* a partir do século XII (molas incentivadoras, por motivos econômicos e políticos, do estreitamento das relações diplomáticas com habitantes de localidades conhecidas e desconhecidas – estes, no período das Grandes Navegações), que, por sua vez, viu-se ameaçado pela sombra do *Absolutismo Monárquico* – caracterizado por uma tendência amplamente internalizadora – que, ulteriormente, veio a se render à nova "onda" internacionalista, advinda com a evolução dos *ideais liberais*, do modo de produção *capitalista* e de suas inevitáveis e notórias decorrências.

Ainda nessa visão lata, impossível deixar de anotar que, no século XX, alcançou-se um grau de entrosamento entre povos jamais dantes visto em toda a história, o qual culminou no reconhecimento da existência de uma vasta gama de direitos

1. Agregador de várias nações sobre o manto de uma cultura – latina –, ainda que pela imposição da força – *pax romana*.

2. Nesse período, as relações intersubjetivas restringiam-se, basicamente, às pessoas que habitavam a mesma unidade político-econômico-geográfica (o feudo), ou, no máximo, àquelas que faziam parte da única sociedade existente já de caráter transnacional (a Igreja).

que transcendem os limites geopolíticos nacionais, por serem inerentes à pessoa humana (direitos humanos) ou voltados à consecução de objetivos comuns entre diversos Estados (mediante a composição de blocos econômicos e políticos).

E, conforme se progrediu no grau de complexidade das relações estabelecidas entre nações independentes, mostrou-se imprescindível o paralelo desenvolvimento de um arcabouço jurídico apto a embasá-las, como forma não apenas de se garantir o cumprimento das avenças (ainda que mediante a ameaça de sancionamento somente pela censura na ordem internacional), mas principalmente como instrumento norteador dos novos horizontes a serem delineados.

Neste passo, insta trazer à baila as sempre lúcidas considerações de Irineu Strenger,[3] no sentido de que, em que pese serem diversas as modalidades de negociações entre Estados, a denominação jurídica conferida aos textos delas resultantes (tratados, pactos, convenções, convênios etc.) e suas conseqüências práticas, muitos doutrinadores desprezam, conceitualmente, tais distinções. Embora se reconheça particularidades de conteúdo, de estrutura e de efeitos entre tais manifestações jurídicas, para efeito do presente texto – que não tem o escopo de cuidar, a fundo, dessas especificidades – utilizar-se-ão, como sinônimos, os signos tratado, convenção e pacto.

Contudo, nessa tentativa de aproximação de intenções juridicamente embasada, surgiu – e continua a despertar especial interesse no meio acadêmico – uma inevitável tensão entre os modelos jurídicos nacionais (lastreados em uma estrutura normativa hierarquizada, amplamente rígida em sua forma de composição, tendo por cerne o monopólio do uso da força nas mãos do Estado, entidade criada pelas sociedades humanas para possibilitar a coordenada fruição das liberdades individuais de seus componentes) e internacional (que, por não possuir uma base imediata ou diretamente humana ou nacional – ao contrário, têm em sua essência um quê de universalidade –, ainda carece do potencial recurso à força/violência

3. Cf. STRENGER, Irineu. *Relações internacionais*. São Paulo: LTr, 1998, p. 126-163.

como forma de efetivação dos preceitos que se lhe compõem, característica essa que lhe confere inúmeras críticas).[4]

Aí reside, justamente, o epicentro da questão posta para análise nestas breves linhas: a maneira de aceitação, pelos Estados Nacionais, das regras construídas no cenário internacional, visando, em certa medida, uma padronização de condutas tendente ao aprimoramento da humanidade.[5]

2.1 A dicotomia monismo x dualismo e sua superação paradigmática

Objetivando conferir uma explicação racional ao fenômeno do surgimento de normas jurídicas em um cenário transcendente à esfera nacional, desenvolveram-se e vieram a se consolidar, basicamente, duas doutrinas antagônicas, a saber: a *Monista* e a *Dualista*.

Por *Dualismo*, compreende-se a corrente teórica que considera os ordenamentos jurídicos de Direito Interno e de Direito Internacional como dois compartimentos estanques, que, embora vivam em íntimo e prolongado contato, jamais se sobrepõem; ou seja, encontram-se claramente divorciados.[6] Tal entendimento doutrinário, que em Triepel viu seu grande expoente, tem por base a autonomia existente entre essas duas ordens jurídicas,[7] as quais se originam, à evidência, de relações sociais diversas e de fontes díspares.[8]

Em decorrência dessa manifesta autonomia, emerge a necessidade de previsão, pelo Direito Interno, de um mecanismo apto a possibilitar a incorporação

4. Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 109 e 110.

5. Ainda mais quando se cogita de regras pertinentes aos assim denominados direitos humanos.

6. Cf. PUIG, Juan Carlos. *Estudios de derecho y política internacional*. Buenos Aires: De Palma, 1970, p. 266-272.

7. Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque, op. cit., p. 110.

8. Cf. PUIG, Juan Carlos, op. cit., p. 267.

do Direito Internacional ao cenário doméstico, como pressuposto para que se faça exigível a observância do conteúdo das normas internacionais.

Tal escola filosófico-jurídica divide-se, ainda, em *duas submanifestações* (conforme se cogite da possibilidade de conflito entre regras originárias das fontes nacional e internacional), quais sejam: uma favorável à prevalência das normas externas (corrente *internacionalista*) e outra pela supremacia das regras nacionais – privilegiando, claramente, o aspecto da soberania nacional (corrente *nacionalista*).

Por outro lado, os adeptos da Escola *Monista*, que teve entre seus mais proeminentes teóricos Hans Kelsen, defendem a existência de um único ordenamento jurídico, composto pela fusão das regras de Direito Internacional e pelas de Direito Interno, uma vez que ambas as fontes normativas advêm de um mesmo cerne, qual seja, o exercício da soberania estatal. Assim, incabível falar-se em dicotomia e/ou em autonomia entre tais instâncias jurídicas, na medida em que o Estado, ao celebrar tratados internacionais, estaria, justamente, fazendo ingressar automaticamente em seu sistema normativo as regras pelas quais se obrigou perante seus pares, mostrando-se despicienda a instauração do processo legislativo interno para integração das normas alienígenas ao ordenamento pátrio.[9]

Assim como na outra doutrina clássica – *dualista* –, existe uma duplicidade de subcorrentes *monistas*, segundo a forma com que se enfrente a possibilidade de superveniência de conflitos entre as normas oriundas dos cenários externo e doméstico, havendo aqueles que pregam a prevalência das primeiras (corrente *internacionalista*) e outros que entendem serem preponderantes as segundas (vertente *nacionalista*).

Parece-nos evidente que, para ambas as Escolas – *Monista* e *Dualista* –, observando-se o complexo regramento jurídico da matéria no direito brasileiro, haverá a necessidade de envolvimento dos Poderes Legislativo e Executivo da União no procedimento de aceitação das normas internacionais; entretanto, diversa

9. Cf. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 61-66.

será, para cada uma das posições jus-filosóficas, a significação dos atos por eles praticados, conforme se verá mais adiante (item 3.2).

Por derradeiro, insta salientar que, com o avanço das relações exteriores e dos estudos pertinentes ao fenômeno da incorporação das normas estrangeiras aos ordenamentos nacionais (e conseqüente aumento de sua complexidade), a doutrina internacionalista mais moderna[10] reconheceu a superação paradigmática do conflito *monismo* x *dualismo*, passando a classificar em quatro as posições hodiernamente existentes acerca da hierarquia da norma integrada, a saber: a) *hierarquia supraconstitucional dos tratados;*[11] b) *hierarquia constitucional*; c) *hierarquia infraconstitucional, mas supralegal*; e d) *paridade hierárquica entre tratado e lei federal.* A opção brasileira será objeto de estudo específico em capítulo posterior.

3. A incorporação das normas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro

3.1 A disciplina jurídica da integração de tratados internacionais nas Constituições Brasileiras

Desde a primeira Constituição Brasileira, o tratamento jurídico dispensado ao tema da integração das normas oriundas da atuação externa do País sempre se deu de modo deveras lacônico, ensejando, dessarte, inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A Carta Magna de 1824 (art. 102, VIII, primeira parte) observava que o Imperador, Chefe do Poder Executivo, poderia celebrar tratados de aliança

10. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Reforma do judiciário e direitos humanos.* In: Tavares, André Ramos et al. *Reforma do judiciário* – analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 69.

11. Adepto desta posição se mostra Hildebrando Accioly, pois assenta que "o direito internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder" (*Manual de direito internacional público.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5).

ofensiva e defensiva, de subsídio e comércio, levando-os, depois de concluídos, ao conhecimento da Assembléia Geral (Poder Legislativo no Império), quando o interesse e segurança do Estado o permitissem. O mesmo dispositivo constitucional, em sua segunda parte, ainda previa que, se os tratados concluídos em tempo de paz versassem acerca da cessão ou troca de território do Império ou de possessões a que este fizesse jus, somente seriam ratificados após aprovação pela Assembléia Geral. Assim, conclui-se que, naquele sistema, havia duas formas de integração: uma, condicionada à autorização do Legislativo (relativa às normas internacionais da última espécie) e outra, dependente, única e exclusivamente, da vontade do Monarca.

Com o advento da República, tal sistema viu-se abandonado, sendo estabelecida, no art. 34, n. 12, da Constituição de 1891, a competência privativa do Congresso Nacional (que já se via composto, desde então, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal) para decidir, definitivamente, sobre tratados e convenções internacionais. A Primeira Carta da República igualmente delineava ser competência do Presidente da República, como Chefe do Executivo, estimular as negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Poder Legislativo (art. 48, n. 15).

Dentro desse novel sistema, encerrado o ciclo de discussões com a assinatura do tratado internacional, o Presidente submeteria seu texto à apreciação do Congresso Nacional, que, caso o aprovasse, estaria a autorizar-lhe a proceder à ratificação do texto alienígena, internalizando, assim, o conteúdo normativo ali previsto.

E essa primeira disciplina republicana repetiu-se nas sucessivas Constituições de 1934 (arts. 40, *a*, e 56, § 6.º, de 1937 (arts. 54, *a*, e 74, *d*), de 1946 (arts. 66, I, e 87, VII), de 1967 (arts. 47, I, e 83, VIII) e da EC 1/69 (arts. 44, I, e 81, X).

Todavia, na Carta Magna de 1988, embora tenham sido estatuídas regras nesse mesmo condão, a inserção do texto do art. 5.º, § 2.º, acarretou importante evolução na matéria, na medida em que fomentou a discussão acerca da natureza

jurídica – ou, mais especificamente, da posição hierárquica de ingresso – das normas internacionais referentes a direitos e/ou garantias fundamentais, questão que será exposta, com maior ênfase, no tópico subseqüente.

3.2 Da atual opção brasileira

Como frisado acima, a Constituição da República de 1988, mediante uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita,[12] disciplinou (ou tentou disciplinar) a questão da manifestação da vontade do Brasil perante o cenário internacional.

Para tanto, em consonância com a tradição iniciada desde a Carta Régia de 1891, o atual texto constitucional prescreve, em seu art. 84, VIII, ser competência privativa do Presidente da República, Chefe do Poder Executivo da União – eleito diretamente pelo povo –, a celebração de tratados, convenções e demais atos internacionais.

Assinada a convenção, cabe ao Presidente submeter tal texto à apreciação do Congresso Nacional – composto por representantes dos Estados Membros (Senado Federal) e do Povo (Câmara dos Deputados) –, que, no exercício de sua competência constitucional exclusiva, resolverá definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I), mediante a edição de um decreto legislativo.

Somente se favorável ao texto internacional for a complexa manifestação da vontade do Estado – sempre assentada na soberania popular –, é que o Presi-

12. Como bem sublinha Flávia Piovesan (A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flavio e PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 157-159).

Ainda neste ponto, relevante observar que, diante de tamanha falta de técnica e de preocupação com o escorreito regramento do tema, alguns doutrinadores, como Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, em uma posição mais rígida acerca do conceito de sistema, sequer reconhecem a existência de uma organização básica das normas jurídicas atinentes à integração, falando-se, assim, em tratamento assistemático da matéria pelo direito positivo brasileiro (*Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45-53).

dente da República estará autorizado a ratificar o tratado, depositando-o na sede de sua assinatura.

Entretanto, quedou-se silente o Poder Constituinte quanto a aspectos essenciais do procedimento de integração. Não se definiu, por exemplo, prazo para a submissão do texto à apreciação do Legislativo (após a assinatura pelo Executivo), muito menos para a efetivação de tal análise pelo Congresso Nacional ou, ainda, para que se desse a sua ratificação, uma vez aprovado pelas Casas Legislativas Nacionais.

Contudo, em esforço prático tendente à supressão de uma das lacunas deixadas pela lei, estabeleceu-se a necessidade de ser editado, após a ratificação, um decreto presidencial, cuja função precípua consiste na demarcação do início da vigência das referidas normas internacionais dentro do País.

Interessante anotar, neste passo, que parte da doutrina, analisando o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da CF/88, estabelece uma distinção procedimental a ser observada segundo a matéria versada na convenção internacional cuja integração se pretende.

Para os adeptos desse raciocínio, pela conjugação de ambos os dispositivos constitucionais, ter-se-ia por certo que as *regras internacionais relativas a direitos e garantias fundamentais* – traço marcante das convenções internacionais de direitos humanos – *seriam dotadas de eficácia imediata (ou plena)*, ou seja, passíveis de aplicação tão-logo fosse ratificado o texto jurídico que as contêm, restando, portanto, desnecessária a edição de qualquer outro ato normativo de caráter interno, tal como um decreto de execução. Esta complementação procedimental reservar-se-ia, contudo, para as demais espécies de normas internacionais, as quais não se vêem dotadas, aprioristicamente, de eficácia plena e imediata. Haveria, por conseguinte, um *sistema constitucional misto* neste ponto particular.[13]

13. Cf. PIOVESAN, Flávia. *A incorporação* cit., p. 159.

E, mais. Ante os princípios da primazia, da irrevogabilidade e da irrenunciabilidade dos direitos humanos – todos centrados na dignidade da pessoa humana[14] –, poder-se-ia sustentar que o simples reconhecimento, pela ordem jurídica interna, de uma norma protetiva dessa natureza, geraria, *incontinenti*, a vinculação da sociedade que lhe serve de base para com aquele valor preconizado, sendo vedada, inclusive ao Poder Constituinte Originário (cuja manifestação representa a mais séria ruptura que pode sobrevir em um sistema jurídico) a possibilidade de ulterior revogação,[15] inclusive por meio de denúncia do tratado internacional. Seriam, dessarte, as regras de direitos humanos as verdadeiras cláusulas pétreas do sistema jurídico, formadoras de um verdadeiro sistema principiológico e valorativo supraconstitucional.

Não obstante tal posição, a maioria da doutrina dissente dos argumentos ora expostos. Entendem os constitucionalistas e internacionalistas mais tradicionais[16-17] que o § 1.º teria aplicação restrita aos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna (não se estendendo, assim, aos estatuídos em outros textos le-

14. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Reforma do judiciário* cit., p. 69 e 70.

15. Apenas especulando a respeito do tema, parece-nos que estamos vivenciando uma verdadeira crise de ressignificação dos elementos caracterizadores do Estado Moderno (notadamente dos conceitos de soberania, povo e território), na medida em que, com a evolução do fenômeno internacional (conforme sucintamente exposto no item 2 deste trabalho), o surgimento de blocos supranacionais (cada vez mais efetivos, uma vez que passam a deter parcela do poder de imposição coercitiva de suas determinações) começa a ser cogitado com maior constância (exemplo claro é a atual celeuma acerca da necessidade de estabelecimento de uma Constituição para a União Européia; ou seja, da aproximação econômica avançou-se para a proximidade política). Temos que o gradual desenvolvimento do Direito Internacional (que tem incorporado, cada vez mais, as características típicas do Direito Interno, a fim de resolver, principalmente sua crise de eficácia) levará à mudança na titularidade da soberania – deslocando-se-a das mãos do povo habitante de uma certa localidade geográfica (Estado) para a humanidade –, de sorte que se reconhecerá, aí sim, a prevalência dos direitos humanos sobre qualquer manifestação restritiva local, caindo por terra, então, as diferenciações doutrinárias existentes quanto à matéria.

16. Cf. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo, op. cit., p. 74 e 75.

17. Tais como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97-101) e José Francisco Rezek (*Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 106-108).

gais), de sorte que haveria uma unicidade do procedimento de internalização das normas oriundas da atuação externa brasileira, com necessário recurso ao decreto de execução para demarcação do início da vigência da norma incorporada.

Isto posto, cumpre examinar se a Carta Constitucional brasileira optou pelo pensamento *monista* ou *dualista*. Este é ponto espinhoso de ser tratado, uma vez que existem divergências na doutrina e, também, entre esta e as manifestações da jurisprudência pátria, notadamente a do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Parte da doutrina e a maioria esmagadora dos Tribunais Brasileiros (incluindo-se, dentre estes, o Pretório Excelso)[18] entendem que houve a adoção do sistema *dualista*, uma vez que se exigiu, para o ingresso da norma estrangeira no ordenamento jurídico interno, por parte do Congresso Nacional, a edição de um decreto legislativo (cujo procedimento é semelhante ao da lei ordinária, ressalvada a interferência posterior do Executivo – existente somente na última –, a fim de vetar ou sancionar o texto legislativo)[19] e, após a ratificação, de um outro decreto, este de execução, emanado da Presidência da República.

18. Importa observar, a esta altura, que este nem sempre foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Desde o início do século XX, o Pretório Excelso, em inúmeras vezes provocado a se manifestar sobre o tema, já havia fincado posição no sentido da adoção, pelo Brasil, da Teoria *Monista* (ApCív 7.872 e 9.587). Tal postura, contudo, veio a ser revista na década de 1970, quando do julgamento dos RE 71.154/PR (1971) e 80.004/SE (1977), nos quais se questionava a aplicação da Lei Uniforme de Genebra sobre o Cheque e sobre a Letra de Câmbio. Ali quedou reconhecida a inclusão da norma internacional no ordenamento jurídico pátrio no mesmo patamar da lei ordinária, estabelecendo-se, inclusive, a relação de que a norma interna posterior revogaria, naquilo que lhe fosse contrário, a norma internacional incorporada anterior. No entanto, mister destacar-se o voto do Ministro Xavier de Albuquerque, proferido neste último recurso extraordinário, adotando, de forma explícita, o posicionamento *monista internacionalista*, ao esclarecer, citando Rubens Requião (Cambial: invalidade de lei que exige seu registro, artigo publicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, v. 1, nova série, p. 13-28), que "(...) Os países signatários e aderentes" – das Convenções de Genebra sobre Títulos de Crédito – "se despiram do direito e da faculdade de cominarem a nulidade, pelas suas legislações nacionais, de títulos cambiários que não contiverem o tributo do sêlo, quando tal exigência neles existir. (...) O governo brasileiro deve permanecer fiel ao espírito e à letra das Convenções de Genebra (...)."

19. O que seria desnecessário e ilógico no tratamento das convenções e tratados de internacionais, uma vez que tais atos se originaram em virtude das fases anteriores terem sido conduzidas pelo Presidente da República e/ou seus delegados.

E, ainda, tendo em vista que o procedimento de elaboração do decreto legislativo em muito se assemelha ao da lei ordinária, concluem os mesmos estudiosos e aplicadores do Direito que a norma alienígena adentra ao cenário doméstico no patamar legislativo ordinário, não havendo falar-se, portanto, em conteúdo constitucional dos tratados de direitos humanos. Privilegiar-se-ia, assim, a soberania do povo brasileiro, afastando-se as normas internacionais que contradissessem outras de hierarquia superior. Defende-se, assim, a posição *dualista nacionalista*,[20] ou seja, a mais restritiva das quatro posições aceitas pela doutrina internacionalista moderna.

Reforçando tal entendimento – argumentam seus defensores –, tem-se o dispositivo do art. 105, III, *a*, da CF/88, que prevê ser de competência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a apreciação das decisões proferidas em única ou última instâncias por Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios que "*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*".

No entanto, outro posicionamento se levanta nos meios doutrinários – e parece-nos mais consistente e consentâneo com a atual fase de evolução das instituições jurídicas e políticas, muito embora careça de maior reconhecimento.

Tal entendimento, exposto com maestria por Flávia Piovesan[21] e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner,[22] preconiza que o regramento estatuído na Carta Régia não se enquadra na filosofia *dualista*, uma vez que se delineia, tão-somente, o modo complexo de manifestação da vontade do Estado na esfera internacional.

Segundo essa posição, o Presidente, na condição de representante legítimo do povo e empossado na chefia do Poder Executivo, teria a competência de cuidar das discussões e negociações dos termos dos tratados internacionais. Concluída tal fase e positivados os liames jurídicos que se pretende estabelecer, adentra-se a nova etapa, na

20. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 588-589.
21. Cf. PIOVESAN, Flávia. *A incorporação* cit., p. 157-159.
22. Cf. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo, op. cit., p. 69 e 70.

qual deve o Chefe do Executivo submeter tal texto à análise do Congresso Nacional, que averiguará – como instituição conglobante das vontades dos Estados Membros da Federação e do povo brasileiro – sua compatibilidade com a Constituição e sua correspondência com as expectativas havidas no cenário interno da Pátria.

Caso se verifique tal sintonia, mediante decreto legislativo e sem necessidade de reprodução do texto internacionalmente consolidado,[23] o Poder Legislativo concederá aval ao Poder Executivo, a fim de que este possa ratificar a convenção, depositando a assinatura da Nação, que se comprometerá com o estrito cumprimento dos termos pactuados. A partir desse momento, caso existam normas referentes a direitos ou garantias fundamentais, surgirá a responsabilidade – interna e externa – do Estado para com o seu preciso cumprimento.

Assim, inidônea seria a equiparação hierárquica da norma internalizada, oriunda de tratado ou convenção internacional, com a lei ordinária, diante de sua diversidade de origem, de função e de procedimento (pois o rito do decreto legislativo, na incorporação de norma oriunda do estrangeiro, é muito mais complexo e moroso). Entretanto, divergência há dentre os defensores desta posição quanto à hierarquia desse novel texto, sendo, para alguns, apenas de natureza (ou substancialmente) constitucional[24] (pois se subsume na *fattispecie* aberta criada pela conjugação dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da CF/88), e, para outros,[25] cláusula de mesma hierarquia das garantias previstas na Constituição.

Para os adeptos dessa linha de pensamento, o recurso argumentativo ao art. 105, III, *a*, da CF/88 – acima exposto como reforço à posição dualista nacionalista –, seria parcialmente válido, cingindo-se sua aplicação às convenções internacionais que não se referissem a direitos e garantias fundamentais. Estariam, portanto, excetuadas as normas alienígenas relativas a direitos humanos.

23. Posto que tal decreto não constitui lei em sentido formal.

24. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*. Campinas: Agá Juris, 2000, p. 100 e 101.

25. Dentre os quais se encontra a Ada Pellegrini Grinover (Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim IBCCrim*, edição especial, n. 42, junho de 1996, p. 01).

Ante o exposto, afigura-se-nos possível a sustentação de ambas as posições, desde que se enxergue, de forma diversa, o complexo procedimento de integração dos tratados internacionais. Caso se entenda o decreto legislativo como mera autorização ao Executivo para ratificação do texto externo (e não como lei formal), ter-se-á, por certo, o *Monismo*; outrossim, caso se vislumbre a necessidade de, no decreto legislativo, vir reproduzido o conteúdo das normas internacionais cuja domesticação se pretende (isto é, tal veículo seria lei em sentido formal), adotar-se-á, por óbvio, o *Dualismo*.

4. O direito brasileiro e a prisão do depositário infiel

4.1 O contrato de depósito e a prisão do depositário infiel

4.1.1 Origem e evolução

A origem do depósito remonta ao Direito Romano,[26] sendo tal figura socialmente conhecida desde a fase do direito pré-clássico (onde era considerado um ato social sem qualquer significação jurídica) e tendo sofrido modificações importantes nos períodos clássico e pós-clássico, quando a ele se agregou a maioria das características que, na atualidade, lhe são conferidas.

Interessante observar-se que, desde os primórdios, a coisa móvel objeto de entrega deveria ser, necessariamente, infungível, o que inviabilizava seu uso ou fruição pelo depositário (sob pena desse incorrer em delito de *furtum usus*). Todavia, com a evolução das relações econômicas, ensejou-se a necessidade do desenvolvimento da figura do depósito irregular, que tinha por objeto justamente a entrega de coisa fungível, na maioria dos casos, dinheiro.

Também releva anotar que, embora no período arcaico (marcado pela responsabilidade pessoal e corporal) fosse possível ao credor até cortar em pedaços o devedor

26. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 129-133.

(quanto mais prendê-lo), nos períodos clássico e pós-clássico do Direito Romano (em que civilidade e racionalidade já começavam a figurar como traços marcantes), a não restituição, pelo depositário, da coisa dada em depósito, não ensejava mais a sua prisão como meio de constrangimento a adimplir com a obrigação assumida. Tal situação viabilizava, tão-somente, a concessão de uma *actio in duplum*, isto é, da condenação do depositário a pagar ao depositante, em dobro, o valor da coisa objeto de recusa de devolução injustificada. Com o natural avanço do Direito Romano, porém, passou-se a deferir ao credor uma *actio in simplum*, ou seja, o direito à devolução pura e simples do equivalente, em pecúnia, à coisa dada em depósito.

Assim, o contrato de depósito, ao tempo dos direitos clássico e pós-clássico, já se configurava como um contrato real (aperfeiçoava-se com a entrega da coisa, não com o mero acordo de vontades), bilateral imperfeito (gerava obrigações, em princípio, apenas para o depositário, mas poderia, eventualmente, onerar também ao depositante), gratuito (o depositário não fazia jus ao recebimento de qualquer pagamento em virtude da guarda da coisa) e realizado de boa-fé (ou seja, com base na relação de amizade e confiança exigida entre o credor e o devedor). Insta asseverar, por derradeiro, que o caractere da gratuidade viu-se amenizado ao tempo de Justiniano (século VI d.C.), com a possibilidade de definição de uma contraprestação módica a ser paga ao depositário.

Durante o princípio da Idade Média, o Direito Romano perdeu importância diante das manifestações jurídicas dos povos bárbaros que passaram a dominar o território europeu, as quais ocasionaram uma involução no tocante à responsabilidade do devedor – como evidenciado pela Lei Sálica, que previa a possibilidade dele converter-se em servo do credor, por força ou de um contrato (*obnoxatio*, por meio do qual prometia submeter-se ao último caso não pagasse seu débito) ou de condenação judicial, que poderia sujeitá-lo até à morte.[27]

27. Cf. ressalta Thales Estanislau do Amaral Sobrinho. *Inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001, p. 18-20.

Já na Baixa Idade Média, com o enfraquecimento da autoridade central, adveio o feudalismo, sistema no qual a servidão por dívidas voltou a ser aceita, mas abrandada pelo cristianismo e pelo renascimento cultural, em especial pelo movimento de estudo das fontes romanas.

Salienta Thales Estanislau do Amaral Sobrinho[28] ser certo que, na França, a prisão civil perdurou durante todo o Antigo Regime, sendo atenuada, contudo, durante o reinado de Luís XIV, o qual, em sua Ordenança de 1667, somente permitiu a prisão por débitos comerciais e para estrangeiros, o que veio a conferir caráter excepcional a tal medida coercitiva.

No século seguinte, após a Revolução Francesa, teve lugar, em 1793, em um ato (n. 09/03) da época da Convenção, a abolição do arresto pessoal por dívida, em virtude de ser manifestamente contrário à sã moral, aos direitos do homem e aos verdadeiros princípios da liberdade.[29] No entanto, com a virada do século, tal medida coercitiva logo se viu restabelecida, primeiro para dívidas fiscais e, após, para as mais variadas relações privadas.

No cenário luso-brasileiro, tem-se que as Ordenações Afonsinas (1446) já estatuíam a possibilidade da detenção do condenado por dívida civil até a quitação do débito, previsão essa que se viu repetida, no século seguinte, pelas Ordenações Manuelinas.

No entanto, a maior expressão ainda estava por vir. Nas Ordenações Filipinas (1603) – que tiveram aplicação, no Brasil, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916 –, houve um melhor delineamento de diversas hipóteses onde seria possível a prisão do devedor, as quais, com o desenrolar do tempo, viram-se paulatinamente restringidas até o início do século XX, quando se admitiram, apenas, as duas possibilidades ainda hoje consagradas pelo texto constitucional.[30]

28. Op. cit., p. 20-23.

29. No entanto, observa Thales Estanislau do Amaral Sobrinho (op. cit., p. 23 e 24) que nem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), muito menos as Constituições do Ano I (1793) e do Ano III (1795), demonstraram preocupação para com a prisão civil por dívidas.

30. Cf. AMARAL SOBRINHO, Thales Estanislau do, op. cit., p. 24-29.

4.1.2 O atual regramento jurídico-material do depósito no Brasil

As linhas mestras da atual disciplina do depósito encontram-se consubstanciadas no Código Civil[31] e no Código de Processo Civil.[32]

Reconhece-se, portanto, a existência de dois tipos de depósito:[33] o *Voluntário*[34] – previsto na Seção I do referido capítulo, que é conceituado como o acordo de vontades mediante o qual recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame (art. 627 do CC/2002) – e o *Necessário*[35] – aquele em que o depositante, não podendo selecionar a pessoa do depositário, é forçado ao depósito com pessoas cujas virtudes desconhece.

Na atual disciplina do depósito, permanece imposta, como principal obrigação do depositário, a devolução do bem ao depositante. Caso tal pretensão não seja atendida – ou seja, na hipótese de o depositário não mais honrar o elo de fidelidade havido entre ele e o credor (em outras palavras, tornar-se infiel) –, surge o interesse para o depositante ingressar em Juízo, pleiteando que o Poder Judiciário, no exercício típico da função jurisdicional, venha a substituir a vontade do depositário inadimplente, compelindo-o a cumprir com sua prestação.

31. Versa sobre o contrato de depósito, no Capítulo IX (Do Depósito) do Título VI (Das Várias Espécies de Contrato) do Livro I (Do Direito das Obrigações) da Parte Especial.

32. Cuida da ação de depósito, no Capítulo II (Da Ação de Depósito) do Título I (Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa) de seu Livro IV (Dos Procedimentos Especiais).

33. Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 272 e 273.

34. Tal contrato possui as seguintes características: é real, ordinariamente gratuito (possibilitando-se, porém, a forma onerosa), celebrado *intuitu personae* (existe relação anterior de confiança entre as pessoas do depositário e do depositante), unilateral (ultimado o contrato, sobrevém obrigações somente para o depositário) e temporário (o período de guarda deverá ter um termo *ad quem*, muito embora se possa precisá-lo).

35. Segundo o art. 647 do CC/2002, duas são as suas hipóteses: I – o que se faz em desempenho de obrigação legal; e II – O que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque.

E, dentre os meios coercitivos de que se pode valer o magistrado para assegurar a efetividade do direito do credor, está prevista a prisão do depositário infiel.

4.1.3 O atual regramento jurídico-processual do depósito no Brasil: a prisão do depositário infiel e o Pacto de São José da Costa Rica

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5.º, LXVII, dando continuidade à tradição inaugurada na Carta Magna de 1934,[36] previu, como regra, a impossibilidade de decretação da prisão em virtude de dívidas civis, aceitando, contudo, duas exceções, quais sejam:

1. do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; e

2. do depositário infiel.

O diploma processual civil, por sua vez, complementando a previsão excepcional instituída na Carta Política, estabelece que o depositante cuja pretensão de restituição da *res* viu-se frustrada, pode requerer ao Juízo, quando do aforamento de sua peça vestibular, a prisão do depositário inadimplente, por período não superior a um ano, a qual será decretada na forma do art. 904 do mesmo texto legislativo (art. 902, § 1.º, CPC).

36. O art. 113, n. 30, da Constituição de 1934, estatuía que "não haverá prisão por dívidas, multas ou custas". Importa ressaltar que tal dispositivo, deveras peremptório, não se encontrava àquela época inserido dentre os princípios referentes aos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual a jurisprudência, vislumbrando a existência de situações-limite no trato social que ensejariam maior rigor por parte do Judiciário a fim de assegurar o estrito cumprimento de suas decisões referentes a bens juridicamente relevantes, passou a admitir a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel. Somente com o advento da Carta Magna de 1946, houve expressa referência no sentido de autorizar-se a prisão civil, nas duas hipóteses excepcionais anteriormente admitidas, de forma pacífica, pela jurisprudência (art. 141, § 32, da Constituição de 1946: "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo ocaso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, *na forma da lei*"). Todavia, abria-se espaço para que a legislação infraconstitucional pudesse regulamentar tal uso excepcional do cerceamento à liberdade ambulatorial do indivíduo. Por derradeiro, insta salientar que o dispositivo em comento foi reproduzido posteriormente, com pequenas modificações, nas Constituição de 1967 e na EC 1/69, mantendo-se, no entanto, a remição final à atividade regulamentadora posterior da legislação infraconstitucional. Curioso observar que a atual Carta da República suprimiu tal expressão.

Até este momento, parece lógico o encaminhamento da questão no sentido da viabilidade jurídica da prisão do depositário infiel.

No entanto, em 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica) e, por conseguinte, trouxe para seu ordenamento jurídico as normas dela constantes. E, dentre esses dispositivos, figura o art. 7, n. 7,[37] que, ao estabelecer como princípio a vedação da prisão civil por dívidas, somente abriu exceção ao inadimplemento de obrigação alimentar.

Uma celeuma instaurou-se acerca da persistência (ou não) da possibilidade de decretação da medida coercitiva de prisão em relação ao depositário infiel. Na doutrina e na jurisprudência houve intenso embate de idéias, existindo, de um lado, aqueles que sustentaram a natureza materialmente constitucional das normas humanitárias do Pacto de São José da Costa Rica, por força do art. 5.º, § 2.º, da Carta da República, e, de outro, os que defendiam o *status* infraconstitucional da matéria, tendo em vista que o procedimento de internalização da regra internacional se assemelhava ao procedimento legislativo da lei ordinária.

E tal dissídio, ainda na década de 1990, chegou ao Supremo Tribunal Federal, através do HC 72.131/RJ.

4.2 O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal[38]

A discussão em torno da subsistência (ou não) da possibilidade de decretação da prisão do depositário infiel bateu às portas do Pretório Excelso de forma

37. Diz a Convenção Americana de Direitos Humanos: "Art. 7.º. Ninguém deve ser detido por dívida. (...) n. 7. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

38. Diante da existência de posições diversas no Pretório Excelso a respeito do tema (como bem frisado por Flávia Piovesan, *Reforma do judiciário* cit., p. 69, nota 3), impossível falar-se em pacificação da matéria; contudo, pode-se dizer que houve definição de um posicionamento jurisprudencial majoritário naquela Corte.

incidental e transversa, mediante um *writ* (HC 72.131/RJ) em que se pretendia fosse reconhecida a impossibilidade do legislador ordinário estender o conceito de depositário infiel a outras espécies contratuais, *in casu*, ao contrato de alienação fiduciária em garantia.

Ocorre que o art. 4.º de Dec.-lei 911/69, ao prever que "Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a *conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito*, na forma prevista no Título XII, do Livro IV, do Código de Processo Civil" (grifos nossos), praticamente estendeu ao instituto da alienação fiduciária em garantia[39] uma forma extraordinária de coerção, admitida, em caráter excepcional, pela Carta Magna, tão-somente para os contratos de depósito e para a hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar.

Da escorreita leitura do extenso acórdão prolatado, apura-se não apenas a profundidade do debate travado, mas também a riqueza dos argumentos esposados pelas duas posições que se manifestaram, com claros contornos políticos.[40]

Os vencidos, liderados pelo relator, Min. Marco Aurélio, entendiam ser defesa ao legislador infraconstitucional a extensão desse meio coercitivo excepcional mediante uma artimanha lingüística de equiparação. Declarou o ilustre Ministro Relator que "não é concebível enfoque que implique transmudar garantia constitucional, no que excepcionada, em verdadeira carta branca outorgada ao legislador ordinário, bastando, para tanto, que atue com destreza no campo da engenhosidade, dando ênfase ao aspecto formal, em detrimento da organicidade própria ao Direito. (...) Envolvendo o dispositivo exceção à regra proibitiva de prisão por dívida civil, o termo depositário infiel, ao definir-lhe o alcance, há de merecer interpretação

39. Instituto inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelos arts. 66 e ss. da Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/65).

40. Interessante anotar que na atuação cada vez mais política da Corte Suprema Nacional – dentre as quais se destaca, sem sombra de dúvidas, este "precedente" –, tem-se constatado a veracidade da exposição de Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 09-12), no sentido de alertar aos intérpretes e aplicadores do Direito sobre a correta compreensão da natureza eminentemente política do Texto Maior.

técnica e estrita, apegada ao instituto de direito civil que lhe dá causa, e este não está voltado à proteção deste ou daquele credor, mas do detentor do domínio de certo bem entregue em depósito, sempre a sugerir, em algum tempo e necessariamente, a devolução pelo depositário, o que não se verifica considerado o objeto da alienação fiduciária. O sistema de equiparações mostra-se de todo incabível. Acaba por afastar o caráter excepcionador da norma constitucional, fazendo-se em campo no qual o procedimento é inadmissível, isto é, no das exceções, estando em jogo a liberdade do cidadão assegurada constitucionalmente."

Tal conclusão viu-se igualmente respaldada pelos Ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso[41] e Sepúlveda Pertence.[42] Interessante observar que todos estes julgadores manifestaram-se no sentido de ressaltar as diferenças estruturais e conceituais existentes entre os institutos do depósito e da alienação fiduciária, de modo a deixar transparente que, no plano infraconstitucional, o recurso analógico

41. Importa destacar que o Ministro Carlos Velloso foi o único julgador a debruçar-se sobre o papel e a posição que as normas de Direitos Humanos (no caso, oriundas do Pacto de São José da Costa Rica) vêm a ocupar no cenário jurídico pátrio, independentemente da questão relativa à "hierarquia formal" atribuída à norma internacional quando de sua incorporação. Esclareceu o Ministro que "(...) São três as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (CF/88, art. 5.º, § 2.º). (...) Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais (...), não é menos certo, entretanto, que, no caso, estamos diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art. 7.º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição" (HC 72.131/RJ, fls. 8.719-8.720).

42. Chegou a consignar em seu voto que "o legislador não pode, mediante ficções ou equiparações, ampliar arbitrariamente o texto constitucional, além da opção constituinte nele trazida. (...) A admissibilidade, segundo a Constituição, da prisão por dívida de alimentos e da prisão do depositário infiel não é cheque em branco passado ao legislador ordinário. Assim como não lhe será lícito, até com uma aparente base constitucional no art. 100, autorizar a prisão do governante que atrase a satisfação de débitos de natureza alimentar da Fazenda Pública, não creio que se possa estender, além da marca que há de ser buscada dentro da própria Constituição, o âmbito conceitual de depósito. (...) O mesmo, a meu ver, sucede, *mutatis mutandis*, com as normas do Dec.-lei 911, que atribui ao devedor inadimplente de operação de crédito garantida pela alienação fiduciária as responsabilidades do depositário."

a um desses institutos, para suprir eventuais lacunas existentes no regramento do outro, seria logicamente inviável.[43]

Entretanto, o argumento vencedor foi trazido pelo Ministro Moreira Alves, que, valendo-se de seus vastos conhecimentos adquiridos no estudo específico do instituto em questão, concluiu pela intuitiva possibilidade de o legislador infraconstitucional vir a estender, conceitualmente, o tratamento dispensado ao "depositário infiel", na justa medida em que, embora tivesse sido afastada do texto constitucional em comento a expressão "*na forma da lei*" existente nas Cartas Magnas que lhe antecederam, compete a ele, legislador, definir o que se entende, naquela sociedade, por depósito ensejador da prisão civil. Apoiaram tal entendimento os Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Celso de Mello.

Mister ressaltar-se que, de forma incidental, houve referência ao texto do Pacto de São José da Costa Rica (art. 7.º, n. 7). Contudo, a decisão da Suprema Corte, neste ponto, foi muito clara ao assentar que a Convenção Americana de Direitos Humanos ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em nível infraconstitucional, mais especificamente no patamar da lei ordinária,[44] de sorte que não se haveria de falar em sua aplicação neste ponto específico, uma vez que tal cláusula não se viu admitida pelo Direito Pátrio, ressalva feita ao entendimento do Min. Carlos Velloso.[45]

Ou seja: pela decisão do Colendo Pretório Excelso, claramente lastreada no dualismo nacionalista, "prestigiou-se" a soberania nacional diante de uma norma oriunda do estrangeiro.

43. Conclusão a que também chega Thales Estanislau do Amaral Sobrinho (op. cit., p. 36-46), para quem "(...) na verdade, a equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não passou de um ato de força, consubstanciado em construção jurídica cuja única finalidade foi outorgar maiores garantias às instituições financeiras, que sempre poderão reaver o seu crédito sob a ameaça externa do decreto de prisão."

44. Uma vez que, segundo entendimento doutrinário amplamente difundido desde muito, o decreto legislativo – veículo introdutor da norma internacional no país – é uma "lei ordinária sem veto nem sanção".

45. Já explicitado na nota n. 41, *supra*.

4.3 Dos meios hábeis à alteração desse posicionamento

Durante a discussão do tema nas aulas expositivas e de seminário do curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP),[46] cogitou-se de *três possíveis saídas* para reversão do quadro vigente desde a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada na década de 1990.

A *primeira* consiste em uma alternativa que podemos conceituar como de cunho administrativo.

Ocorre que, desde 1995 (ano em que se decidiu o *habeas corpus* suso comentado), houve significativa alteração do quadro de Ministros integrantes daquele Sodalício, tendo em vista a concessão de aposentadoria compulsória a sete deles: Octávio Gallotti, Néri da Silveira, Moreira Alves, Sydney Sanches, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Carlos Velloso.[47]

Com isso, vislumbra-se possível, a princípio, que os novos Ministros, caso sejam instados a se manifestar sobre o tema, venham a modificar o entendimento da Corte.[48]

46. Na disciplina *As garantias processuais em face da Convenção Americana de Direitos Humanos*, ministrada, no primeiro semestre de 2005, pelos Professores Titulares Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes e pela Professora Doutora Maria Thereza Rocha de Assis Moura.

47. Mister anotar-se que, no ano passado (2006) e neste ano (2007), houve a vacância de outros dois postos no Pretório Excelso, em decorrência das aposentadorias voluntárias dos Ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

48. Aliás, pelo julgamento dos RE 466.343/SP e 349.703/SP, o Pretório Excelso está revendo seu entendimento quanto à possibilidade de prisão do devedor fiduciário, firmado ao ensejo do julgamento do HC 72.131/RJ (referido no item 4.2., *supra*).

Segundo o voto do Min. rel. (Cezar Peluso), afeiçoa-se inidônea a equiparação entre o depositário infiel e o devedor fiduciário, operada pelo art. 1.º do Dec. 911/69 (que alterou o art. 66 da Lei 4.728/65 – Lei do Mercado de Capitais), visto cuidarem-se de instituições jurídicas diversas. Imperioso frisar que tal perspectiva fora defendida, ao ensejo do julgamento do HC 72.131/RJ (isto é, na década de 1990), pelos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Até o presente momento, um grande número de Ministros (seis – Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio) aderiu à tese apresentada pelo Ministro Cezar Peluso, o que permite vislumbrar que, dentro em breve, será alterada a posição da Corte Excelsa quanto ao tema.

Como *segunda hipótese*, suscitou-se a possibilidade de consulta à Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do tema da integração das normas de direitos humanos aos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos signatários do Pacto de São José da Costa Rica, notadamente da Constituição Brasileira. No entanto, ainda que o resultado dessa consulta seja contrário ao entendimento atual de nossa Suprema Corte, em função da evidente ausência de impositividade dessa manifestação jurídica, seu efeito poderá ser inócuo.

A *terceira e mais interessante* opção reside na provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Mediante a atuação de tal órgão, poder-se-ia levar, de forma contenciosa, a discussão no plenário da Corte Interamericana, de sorte que, caso a solução tida como correta seja adversa à ora vigente, o Estado Brasileiro estaria obrigado a acatá-la, uma vez que aceitou a competência daquele Tribunal Internacional.

A última parece ser o meio jurídico mais apto a ensejar a efetiva revisão do entendimento adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na década de 1990.

5. A EC 45/2004 e a integração das normas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro

A recente onda de críticas, nem sempre fundadas, ao funcionamento do Poder Judiciário Brasileiro, culminou na edição, ao final do ano de 2004, da EC 45, difundida, pelo próprio Governo Federal, como a primeira parte de uma ampla Reforma do Poder Judiciário, a qual será apta a solucionar, de uma vez por todas, a morosidade da atuação jurisdicional.

Como sói acontecer no Brasil, ao invés de se proceder, previamente, a um estudo específico dos problemas existentes no mecanismo estatal de solução dos

Insta observar que ambos os recursos extraordinários encontram-se com sua tramitação embargada desde a sessão de julgamento de 22.11.2006, tendo em vista o pedido de vista então formulado pelo Ministro Celso de Mello.

conflitos para, depois, conjecturar e analisar os meios e efeitos de uma reestruturação séria de um dos tripés sobre os quais se assenta a democracia estatal, preferiu-se realizar, direta e assodadamente,[49] uma reforma do texto constitucional, a fim de alterar-se a estrutura judiciária nacional, sob os auspícios do falacioso argumento de que tal reforma já estaria sendo alvo de estudos e avaliações, pelo Poder Legislativo da União, havia mais de uma década (quando, ao que evidentemente se sabe, tal projeto ficou "engavetado" por praticamente todo esse período).[50]

E, como não poderia deixar de ser em uma terra onde política e "politicagem", infelizmente, são termos empregados como sinônimos, aproveitou-se do ensejo para inserir, na "eficaz e oportuna" reforma, questões em nada atinentes ao objeto alvo de mudança (qual seja, a Reforma de um dos Três Poderes do Estado), tal como os novos §§ 3.º e 4.º adicionados ao art. 5.º da Carta Magna.

Pelo novel § 3.º, estabeleceu-se que: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Já o § 4.º prescreve que "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

Tendo em vista o ponto central da discussão posta neste trabalho – integração ao Direito Pátrio de uma Convenção Internacional de Direitos Humanos –, concentraremos nosso foco, neste capítulo, na análise do novo § 3.º inserido ao art. 5.º da CF/88.

49. A mais recente e evidente demonstração desse descuido legislativo foi a celeuma havida em diversas Cortes Estaduais brasileiras ao término do ano de 2006, em torno da viabilidade (ou não) da compatibilização do recesso judiciário de final de ano (entre Natal e Ano Novo) com o inciso XII do art. 93 da CF/88, inserido pela Emenda Constitucional ora em comento.

50. Olvidou-se, contudo, que a principal reclamação da sociedade em relação ao Judiciário tem por cerne a questão da morosidade, a qual demanda, principalmente, uma revisão dos diplomas processuais existentes, de forma a tornar o processo um instrumento mais eficaz à aplicação da justiça e menos sujeito às chicanas procedimentais rotineiramente averiguadas no quotidiano forense (praticadas por aplicadores do Direito sem escrúpulos que ocasionam um prejuízo social irreparável quando de sua imoral e antiética atuação).

5.1 A redação do § 3.º

Inicialmente, mister tecer breves críticas acerca da redação do novel dispositivo.

Parece-nos que, ao dispor sobre o procedimento passível de aplicação em caso de integração de tratado ou convenção internacional relativo a direitos humanos, o Constituinte Derivado manifestamente visou pacificar a discussão que se prolonga na doutrina e, em menor medida, na jurisprudência, ressaltando a natureza infraconstitucional (em princípio) das normas congêneres, de procedência transnacional, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro até a EC 45/2004.[51]

Não obstante a questionável constitucionalidade de tal dispositivo (que será discutida no tópico seguinte), tem-se que o Congresso Nacional não se houve bem na execução de seu desiderato.

A uma, porque, caso se adote tal interpretação, ainda persistirá a aparente incongruência semântica existente entre os §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da CF/88, a qual deu margem à divisão da doutrina e da jurisprudência nas posições mencionadas nos itens 3.2 e 3.3 do presente estudo. Melhor seria, como bem ressalta Valerio de Oliveira Mazzuoli,[52] que se tivesse procedido a uma reforma dos dispositivos dos dois parágrafos, afastando o vício de linguagem neles contido.[53]

A duas, pois tal texto cuidou de dizer que os tratados integrados pelo novo procedimento "(...) *serão equivalentes às emendas constitucionais*". Essa equiparação

51. A semelhante conclusão chegam Flávia Piovesan (*Reforma do Judiciário* cit., p. 71) e Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari (*Tratados Internacionais na Emenda Constitucional n. 45*. In: TAVARES, André Ramos et al. *Reforma do judiciário* – analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 89).

52. Reforma do judiciário e direitos humanos. *Tribuna do Direito*, ano 12, n. 142, São Paulo, fevereiro de 2005, p. 12.

53. Interessante observar que, já em 2001, Thales Estanislau do Amaral Sobrinho (op. cit., p. 55-61), em visão muito lúcida, já propunha tal solução de redimensionamento dos dispositivos dos §§ 1.º e 2.º da CF/88, a exemplo do que fizera na década de 1990 a Argentina, que passou a conferir patamar constitucional aos tratados internacionais de cunho humanitário.

torna mais do que evidente a desnecessidade de recurso à repetição do *quorum* e do rito procedimental exigido para as emendas constitucionais (já prevista no art. 60 da CF/88).

5.2 *A constitucionalidade (ou não) do novel § 3.º*

Inicialmente, insta frisar não ser recente o reconhecimento, pela doutrina (primeiro na Alemanha[54] e, dali, para vários países, dentre os quais está o Brasil), da possibilidade de que o Poder Constituinte Derivado Reformador, no exercício abusivo de sua competência,[55] venha a ingressar, de forma ilícita, no âmbito que lhe foi proscrito pelo próprio Poder Constituinte Originário, quando este alçou certos pontos da Constituição à condição de cláusulas pétreas ou de cerne fixo, ou no campo do Direito supralegal[56] (ou supraconstitucional).

Tais limitações são, basicamente, de duas ordens: *expressas* (previstas no art. 60, § 4.º, da CF/88)[57] e *implícitas* (tais como a impossibilidade de se alterar o processo legislativo da emenda constitucional ou a titularidade de exercício dessa prerrogativa pelo Poder Constituinte Derivado Reformador).[58]

54. Especial relevo deve ser dado ao trabalho de Otto Bachof (*Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida, 1977).

55. Qual seja, promover as reformas da Constituição que se fizerem necessárias ante a evolução do corpo social a que se refere e das instituições direta ou indiretamente previstas por ela.

56. Denominação atribuída ao Direito Natural, "ressuscitado" após a constatação das limitações inerentes ao positivismo jurídico.

Otto Bachof (*Normas constitucionais...* cit., p. 38-70) diferencia o direito supralegal positivado na Constituição daquele que, embora válido e de observância obrigatória, não se encontra escrito na Carta Magna. Nessa medida, observa o autor que o eventual reconhecimento normativo de direito supralegal até então não escrito operará efeito declaratório (e não constitutivo, como sustenta grande parte dos doutrinadores constitucionalistas).

57. Imperioso frisar-se ser reconhecido pelo Pretório Excelso que tais marcos estanques expressamente impostos pelo Constituinte Originário não se encontram incluídos apenas no rol do art. 5.º, sendo prova disso o princípio da anterioridade tributária (previsto no art. 150, III, *b*, da CF/88 – ADIn 939-7/DF).

58. Cf. MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 528-532.

Dentro desse cenário, mostra-se plenamente possível a declaração da existência de contrariedade entre os textos da emenda constitucional e o da Constituição posta pelo Poder Constituinte Originário e/ou dos direitos supraconstitucionais (inconstitucionalidade material), bem como entre o procedimento previsto na Carta Magna e o efetivamente adotado quando da elaboração do ato normativo tendente a sua alteração (inconstitucionalidade formal).

Nesses casos, reconhecida a contradição pelos meios judiciais previstos, quebra-se a expectativa da presunção de constitucionalidade que reveste o ato normativo, sendo mister observar-se que seus efeitos serão cassados, em princípio, *ex tunc*.[59]

Mas no que tais considerações importam quando da análise do novo parágrafo inserido ao art. 5.º da CF/88?

Aparenta-se-nos flagrantemente eivado de inconstitucionalidade tal dispositivo legal, por dois motivos.

Novamente em uma perspectiva mais garantista (do *status* ao menos materialmente constitucional dos direitos e garantias fundamentais oriundos de tratados e convenções internacionais integrados ao ordenamento pátrio – em face da interpretação conjunta dos §§ 1.ºe 2.º do art. 5.º da CF/88), tem-se, em primeiro lugar, que o novo § 3.º, ao dificultar o procedimento de internalização das normas internacionais relativas a direitos humanos (que são, por definição, prerrogativas inerentes aos indivíduos e grupos humanos), colide, de forma angular, com a cláusula de cerne fixo prevista no art. 60, § 4.º, IV, da CF/88, inquinando-se, dessarte, de insanável invalidade, que o configura como natimorto.

Em segundo lugar, ainda se vislumbra flagrante contradição entre o texto inserido pela EC 45/2004 e o princípio previsto no art. 4.º, II, da CF/88 – que compele o País, em suas aparições internacionais, a agir em prol dos direitos hu-

59. Ressalvada a possibilidade do Colendo Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, por motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por votação de 2/3 (dois terços) de seus componentes, modular a produção de efeitos da norma julgada incompatível com a Carta Magna (art. 27 da Lei 9.868/99).

manos. Isso porque se o Brasil está obrigado a atuar, em suas relações exteriores, visando à proteção aos direitos humanos, o que se dirá na atuação doméstica (ou interna), mormente quando da atividade de interpretação de um fragmento de texto constitucional? Deverá, por óbvio, primar pela máxima efetividade dessa modalidade de direitos e garantias fundamentais.

E ainda que restem superados os argumentos anteriormente aduzidos (ou seja, caso se repute compatível com a Carta Magna o dispositivo em comento), intuitivo concluir que o texto do novel parágrafo seria substancialmente inócuo, na medida em que se limitaria a especificar, em uma das hipóteses possíveis, que qualquer matéria que se pretenda alçar ao patamar constitucional precisaria, apenas, ser veiculada em emenda constitucional, circunstância essa já sabida por qualquer leitor mais atento do repertório constitucional que já tenha passado seus olhos sobre o art. 60 da CF/88. Portanto, incorrer-se-ia em violação a um dos mais basilares princípios da hermenêutica constitucional, que diz com a inexistência, no texto régio, de palavras inúteis; ter-se-ia, então, nesse ponto, um parágrafo inteiro inútil.[60-61]

Entretanto, as perspectivas sobre o tema não são das mais agradáveis para aqueles que advogam a posição mais garantista dos direitos humanos.

60. Interessante observar que, caso reconhecida a constitucionalidade do dispositivo em comento, poder-se-ia induzir em erro os intérpretes da Constituição, passando-se a impressão de que somente as normas oriundas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos poderiam ser levantadas ao patamar constitucional mediante o procedimento da Emenda à Constituição, sendo, assim, vedada tal prática para os demais conteúdos tratadistas ou convencionais.

61. Neste ponto, ousa-se divergir do artigo publicado por Valério de Oliveira Mazzuoli (*Reforma do judiciário*... cit., p. 12), que, sustentando o caráter materialmente constitucional das normas de direitos humanos incorporadas anteriormente à EC 45/2004, consegue enxergar a constitucionalidade desta sob o prisma de que ela estaria a indicar que haveriam normas que, pelo procedimento do novo § 3.º, poderiam ser integrados ao Texto Maior. Tem-se que tal posição não escapa da crítica de que o art. 60 da Carta Magna, previsto desde a manifestação do Poder Constituinte Originário, já possibilitava tal posicionamento, de sorte que a inocuidade da recente alteração não se consegue afastar mediante tal exegese.

Contudo, concorda-se com tal autor quando ele sugere que, por nova emenda constitucional, viesse a ser aclarado o conteúdo do art. 5.º, § 2.º, da CF/88, tornando patente o *status* constitucional dos textos normativos oriundos de pactos internacionais de direitos humanos.

Tendo em vista que, em nosso sistema judiciário, tal questão somente será resolvida, na prática, mediante apreciação pelo Guardião da Constituição (em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade), e vislumbrando-se que tal Tribunal já adotava, com larga margem de votos, na década de 1990, a posição dualista nacionalista, é muito grande a probabilidade de reconhecimento da constitucionalidade desse dispositivo.

5.3 *A situação da Convenção Americana de Direitos Humanos no cenário brasileiro posterior à EC 45/2004*

Uma vez que, de acordo com a própria Carta Magna, a lei não retroagirá de modo a ferir o ato jurídico perfeito (art. 5.º, XXXVI), tem-se que a alteração promovida no texto constitucional efeito algum poderá produzir sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois já definitivamente incorporada ao ordenamento pátrio, exceto assentar, ainda mais, o entendimento em favor do *status* infraconstitucional dos textos oriundos da atuação externa do País, qualquer que seja seu objeto – isso caso seja considerado constitucional o § 3.º do art. 5.º.

Contudo, ainda que se admita esse efeito negativo, tal circunstância não terá o condão de inviabilizar possível proposta de emenda constitucional tendente a alçar, ao patamar Magno, os preceitos de direito humanitário contidos no Pacto de São José da Costa Rica ou de qualquer outra Convenção Internacional de direitos humanos que o Brasil venha a ratificar, exigindo-se, para tanto, como já se possibilitava antes da mudança recentemente operada, tão-somente a adoção do procedimento destinado às emendas à Constituição.

No entanto, como ainda é incerta a interpretação jurídica que se dará a respeito de tal dispositivo (quando de seu confronto com a Carta da República), esperemos que o Colendo Pretório Excelso, Bastião da Ordem Constitucional, possa avaliar o contexto internacional atual em que se insere o País, adotando a posição mais lúcida e contextualizada a respeito do tema, qual seja, a do fortale-

cimento do papel dos direitos humanos sobre os demais regramentos de índole estatal, prestigiando, não mais o Estado (somente pelo que ele representa e pela soberania que exerce), mas o ser humano, como sujeito do Direito que é e em respeito a sua dignidade.

6. Conclusões

1. Como conseqüência do contínuo processo histórico de integração entre os povos, tornou-se necessário o desenvolvimento de normas jurídicas que tivessem uma atuação não mais restrita apenas ao espaço territorial do Estado, mas passíveis de aplicação e observância em ordenamentos jurídicos das mais diversas localidades. Dentre essas, começaram a ganhar grande vulto, principalmente a partir das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, as regras de direitos humanos.

2. Para expressar sua vontade no contexto internacional, a fim de contrair obrigações e reclamar direitos, os Estados (notadamente em seu ramo constitucional) desenvolveram mecanismos diferenciados, e, especificamente no caso brasileiro, chegou-se a uma fórmula que preconiza a atuação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, pois a composição de ambos se dá mediante votação popular.

3. Os cultores do Direito, preocupados com a escorreita compreensão do tema da relação entre os Direitos Interno e Internacional, estabeleceram duas correntes jus-filosóficas: a *Monista* e a *Dualista*, ambas divididas em vertentes *nacionalista* e *internacionalista*. Com a evolução dos estudos nessa área do conhecimento jurídico, passou-se a vislumbrar, mais recentemente, a superação daquela relação paradigmática de antagonismo e, por conseguinte, assentou-se a existência de quatro posições bem delineadas acerca do tema, a saber: a) *da hierarquia supraconstitucional dos tratados*; b) *da hierarquia constitucional*; c) *da hierarquia infraconstitucional, mas supralegal*; e d) *da paridade hierárquica entre tratado e lei federal.*

4. No Brasil, a Carta da República, seguindo tradição histórica, regulou, de forma lacônica e contraditória, o procedimento de integração das normas oriundas do cenário externo, o que gerou uma interminável controvérsia, na doutrina e na jurisprudência, acerca da real opção do Constituinte Originário.

5. O instituto jurídico do depósito teve sua gênese em Roma, evoluiu e involuiu na Europa medieval e, na Idade Moderna, por meio das Ordenações (Manuelinas e Filipinas), chegou ao Brasil, consolidando-se no Código Civil de 1916. Durante seu processo de desenvolvimento, revezaram-se épocas de cabal ojeriza à prisão do depositário infiel (como medida garantidora do adimplemento da obrigação de restituir) e períodos de pacífica aceitação, tendo a atual Constituição Federal optado pelo seu acolhimento (art. 5.º, LXVII).

6. A Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao Direito Brasileiro em 1992, em seu art. 7, n. 7, definiu, como princípio, a vedação da prisão civil por dívidas, excepcionando, apenas, o inadimplemento de obrigação alimentar. Instaurou-se, então, uma celeuma acerca da persistência (ou não) da possibilidade de decretação da medida coercitiva de prisão em relação ao depositário infiel – tendo por "pano de fundo" a discussão acerca da hierarquia normativa do tratado ou convenção internacional integrado.

7. O Colendo Supremo Tribunal Federal, instado a respeito do tema da constitucionalidade da prisão do devedor fiduciário (equiparado, *ex vi legis*, ao depositário infiel) na década de 1990, em julgamento manifestamente político, por ampla maioria, acabou por adotar a posição mais nacionalista, isto é, da equiparação da norma incorporada relativa a direitos ou garantias fundamentais ao patamar legislativo ordinário, entendimento esse que, como não poderia deixar de ser, tornou-se hegemônico na jurisprudência nacional.

8. Com a aceitação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afigura-se possível a provocação desse Sodalício, pelas vias consultiva e/ou contenciosa, a se manifestar acerca de qual o patamar hierárquico de ingresso

das normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

9. Ainda há, como opção interna de alteração desse entendimento consolidado na década de 1990, a possibilidade de superveniência de nova manifestação do Pretório Excelso, tendo em vista que seu quadro de Ministros foi bastante alterado desde então.

10. A EC 45/2004, ao inserir o novel § 3.º ao já problemático texto do art. 5.º, somente veio a conturbar o cenário anterior, causando espécie aos intérpretes do Direito, em virtude de sua precária redação, e suscitando o reavivamento das antigas discussões acerca da integração das normas internacionais de direitos humanos ao ordenamento pátrio, o que lhe tem valido críticas a respeito de sua inconstitucionalidade, que se nos afeiçoa patente por dois motivos: a) *pela restrição que impõe ao procedimento de integração das normas de direitos humanos oriundas de pactos internacionais assinados e ratificados pelo Brasil (previsto no art. 5.º, § 2.º, da CF/88)*, e b) *por desrespeito ao princípio da máxima efetividade dos direitos humanos (imposto, originalmente, para a condução da política externa do País e que, por óbvio, deve ser observado internamente).*

7. Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

AMARAL SOBRINHO, Thales Estanislau. *Inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida, 1977.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais.* São Paulo: Saraiva, 2003;

_____. Tratados internacionais na Emenda Constitucional n. 45. In: TAVARES, André Ramos et al. *Reforma do judiciário* – analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim IBCCrim*, edição especial, n. 42, junho de 1996.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais.* Campinas: Agá Juris, 2000.

_____. Reforma do judiciário e direitos humanos. *Tribuna do Direito*, ano 12, n. 142, São Paulo, fev. de 2005.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional.* São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.* In: GOMES, Luiz Flavio e PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: RT, 2000.

_____. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos et al. *Reforma do judiciário* – analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

PUIG, Juan Carlos. *Estudios de derecho y política internacional.* Buenos Aires: De Palma, 1970.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva. 1989.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

STRENGER, Irineu. *Relações internacionais*. São Paulo: LTr, 1998.

3. Crime e Sociedade

Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI

Salo de Carvalho
Professor titular de Direito Penal (graduação)
e Criminologia (Mestrado em Ciências Criminais) da PUC-RS.
Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Advogado.

Sumário: 1. As expectativas e os ruídos no ensino das ciências criminais – 2. A fragmentação do ensino das ciências criminais: direito penal e criminologia – 3. O local do saber criminológico oficial – 4. A "outra" criminologia – 5. A fragmentação da criminologia e o ensino formal – 6. Os domínios e as fronteiras dos saberes penal e criminológico – 7. A fragmentação do ensino das ciências criminais – 8. As possibilidades de reconstrução das ciências criminais – 9. O equívoco entre interdisciplinaridade e auxiliaridade nas ciências criminais – 10. O obsoleto ensino do Direito Penal – 11. O obsoleto ensino do direito processual penal: a captura pelo direito penal e a persistência da teoria geral do processo – 12. A construção artificial do caso penal – 13. O fetiche pela jurisprudência – 14. A vocação das ciências e das políticas criminais – 15. Teoria criminológica problematizadora: os rumos da criminologia pós-crítica – 16. Bibliografia.

Resumo: O artigo analisa as expectativas, os ruídos e a fragmentação do ensino e do aprendizado das Ciências Criminais, destacando as relações entre Criminologia, Política Criminal, Direito Penal e Direito Processual Penal. Aponta problemas prático-teóricos dos modelos dogmático e positivista na construção dos saberes criminais e propõe sua reconstrução a partir de teoria problematizadora.

Palavras-chave: Ciências criminais – Modelo integrado – Criminologia Contemporânea – Ensino jurídico – Interdisciplinaridade.

Abstract: The article analyses expectations, rumors and fragments of teaching and learning in the field of Criminal Sciences, highlighting the relation among Criminology, Criminal Politics, Criminal Law and Criminal Process Law. It points out practical and theoretical problems of dogmatic and positivist models in Criminal Education and presents proposals for a reconstruction based on problem-posing theory.

Keywords: Criminal science – Integrated model – Problem-posing criminology – Education – Inter-discipline.

Área do direito: Penal

"O Direito Penal é o primeiro amor dos grandes estudantes,
fascinados pelo conteúdo humano, pela palpitação social,
pela intensidade dos dramas, pela glória das legendas.
O Direito Penal fornece a emulsão vivificante
ao berçário das vocações jurídicas". (Roberto Lyra)

1. As expectativas e os ruídos no ensino das ciências criminais[1]

A paixão pelas ciências criminais, que pode ser identificada nos olhos dos alunos nos primeiros dias de aula na Faculdade de Direito, invariavelmente é explicada, na esteira da epígrafe de Roberto Lyra, pelo pulsante conteúdo das investigações, pelo envolvimento da matéria com o trágico do humano.

Durante o longo período do aluno na graduação, além do direito penal, talvez apenas o direito de família apresente problemas tão fortes desde o ponto de vista dos afetos, problemas que envolvem enormes cargas de emotividade e que ultrapassam a discussão entre as partes em conflito, transferindo-se aos operadores do direito. Rompidos estes limites, o profissional submerge no caldo cultural que o

1. As conclusões expressas no artigo são frutos da pesquisa intitulada *Mal-estar na cultura punitiva*, realizada junto ao Mestrado em Ciências Criminais da PUC-RS (instituição financiadora).

constitui e nota que a pureza do direito é limitada apenas aos que renegam a vida e a condição humana do humano.

O interesse pelas ciências criminais surge na maioria das vezes em decorrência destas situações-limite trazidas à discussão no palco processual e acadêmico. Não invariavelmente os casos penais dão visibilidade às violências que negam a idéia Moderna de civilização, defrontando o homem com o bárbaro que nele habita em silêncio, pronto para, a qualquer momento, irromper. São situações caracterizadas pela violência, pelo abuso da força e pelos excessos de poder que geram fascínio nos jovens estudantes de Direito.

No entanto a experiência docente tem demonstrado que no decorrer da Faculdade os alunos vão abandonando o entusiasmo pelas ciências criminais – quando não abandonam o próprio curso de Direito – e, em casos específicos e traumáticos, nada de paixão resta, apenas mágoa e decepção.

Muitos autores referiram, e atualmente é consenso no meio acadêmico, a necessidade de o ensino e a pesquisa jurídica adequarem-se ao novo milênio. Novas pedagogias e novas metodologias de ensino surgem a todo o momento, no ritmo acelerado característico da era da informática e da comunicação em tempo real.

No entanto, para além do debate sobre as técnicas pedagógicas e disciplinares, entende-se fundamental investigar o ruído existente na comunicação entre os corpos docente e discente, ou seja, tentar compreender qual a dificuldade (ou inabilidade) do professor contemporâneo em fazer-se entender, em demonstrar interesse, em entusiasmar seu aluno. A questão torna-se importante no campo das ciências criminais em face de a matéria ser, por si só, apaixonante. Assim, a interrogação que persiste é sobre o motivo pelo qual a estrutura de ensino, ao invés de acolher, repele o aluno.

Inúmeros pontos de reflexão podem ser apontados, desde a questão epistemológica ao conteúdo programático das matérias. Alguns serão debatidos com objetivo de apontar saídas ou caminhos alternativos à crise do ensino das ciências criminais, pensando, acima de tudo, em facilitar a comunicação entre professor e aluno no alvorecer do século XXI.

2. A fragmentação do ensino das ciências criminais: direito penal e criminologia

O marco referencial das ciências criminais da Modernidade é, inegavelmente, a obra *Dos delitos e das penas*, de Beccaria, que não apenas delineia a principiologia humanista do direito penal e processual penal, mas realiza sua adequação com a filosofia política do contratualismo. Legalidade dos delitos, proporcionalidade das penas, jurisdicionalização dos conflitos a partir do devido processo legal e da presunção de inocência são temas reiterados na tentativa de aniquilar a base inquisitória do direito penal e processual penal pouco harmônica com os ideais das luzes.

Após o desenvolvimento das disciplinas penal e processual no século XVIII, com o fomento da técnica realizado pela Escola da Exegese francesa à formulação de Ihering no *Espírito do direito romano*, nasce, no plano geral do direito, a Ciência Dogmática identificada como modelo cognitivo cuja tarefa seria sistematizar conceitualmente a interpretação das normas estatais (objeto de pesquisa e trabalho). Todavia, diferentemente dos demais ramos do direito que se desenvolveram sob a perspectiva dogmática, as ciências criminais, no final do século XIX, foram colonizadas pela nascente criminologia, a qual, desde o marco do positivismo etiológico, reivindicou para si o estatuto científico do estudo do crime e da criminalidade.

Na disputa pelo estatuto teórico das ciências criminais, direito penal e criminologia provocaram a primeira ruptura do projeto integrado proposto pelos penalistas do Iluminismo. Com a entrada em cena do *homo criminalis* e o decorrente deslocamento do estudo abstrato das leis penais para os processos causais que determinaram o delito, a criminologia é autonomizada. Assim como o direito, no âmbito das humanidades, a partir da construção dogmática, a criminologia, com a proposição lombrosiana adequada ao empirismo das ciências naturais, reivindicavam o *status* de ciência.

O confronto no âmbito das epistemologias induziu a readequação do quadro geral das ciências criminais. Todavia a euforia dos resultados e a expectativa decorrente da criação da ciência criminológica não foram compatíveis com o local que lhe foi reservado no rol das enciclopédias penais.

A (re)organização disciplinar das ciências criminais encontrou em dois modelos estrutura adequada que permitiu ao direito penal atingir o grau de cientificidade alcançado pelos demais ramos do direito, notadamente o direito civil. Franz Von Liszt e Arturo Rocco serão os responsáveis pela sistematização e integração das matérias penal, criminológica e político-criminal. A prolusão de Sássari (Rocco) e a proposição da ciência penal conjunta (Liszt) apontam para sistematização eminentemente jurídica das matérias através do pensamento de Ihering, com algumas concessões ao pensamento criminológico.

Com o objetivo explícito de estabelecer as condições de aplicabilidade judicial do direito, a dogmática penal – organizada a partir da tripartição teoria da lei, teoria do delito e teoria da pena –, elaborada e conduzida por intérpretes privilegiados (dogmática superior), harmonizaria o material legislativo de forma a propiciar ao operador do direito (dogmática inferior)[2] critérios seguros de aplicabilidade. Desta forma, caberia à doutrina penal, através dos instrumentos interpretativos fornecidos pelas teorias das fontes, (a) diagnosticar lacunas e antinomias e (b) proporcionar critérios de integração e colmatação, assegurando estabilidade ao cotidiano forense (segurança jurídica). Apontadas as falhas do sistema jurídico penal pela dogmática (crítica de *lege lata*), a política criminal estaria responsável pelo aprimoramento do material legislativo, projetando o novo direito penal (crítica de *lege ferenda*).

A investigação criminológica neste modelo foi reduzida à intervenção punitiva. Localizado nos cárceres, o laboratório criminológico sustentado pela matriz determi-

2. Os termos "dogmática superior" e "dogmática inferior" são apropriações livres dos conceitos de Ihering e correspondem, na tradição européia, à idéia de "jurisprudência maior" e "jurisprudência menor".

nista forneceria elementos acerca do grau de periculosidade dos réus e dos condenados, elaborando a pedagogia de reforma e adaptação do *homo criminalis* à sociedade.

A ciência penal integrada, portanto, na versão de Liszt ou de Rocco, privilegiou o saber dogmático e formal, relegando ao posto de ciência auxiliar qualquer saber diverso que ousasse investigar o fenômeno crime.

3. O local do saber criminológico oficial

O saber criminológico, derivado do positivismo naturalista e etiológico da escola italiana de Lombroso, Ferri e Garófalo, será recepcionado pelos modelos integrais na qualidade de ciência coadjuvante. Assim, o local de fala da criminologia é o de auxiliar a ciência principal (direito penal), fornecendo elementos de sustentação e legitimação.

Não por outro motivo esta criminologia oficial será fixada no âmbito da atuação dos órgãos de administração do sistema punitivo, ganhando, neste espaço, alta funcionalidade e redimensionando seu poder. Neste aspecto, a tese de Foucault, no sentido de que o perito criminólogo substitui a atuação do magistrado, condicionando a decisão judicial aos seus postulados, é absolutamente pertinente.[3] As premissas da criminologia etiológica atuarão, nos sistemas de interpretação e valoração das provas nos processos de execução – e em determinados casos nos processos de cognição (*v.g.* exames de periculosidade nos incidentes de insanidade mental) –, como valorações hierarquicamente superiores, vivificando os sistemas inquisitórios das provas legais tarifadas.

O laboratório criminológico, portanto, definirá as regras e os critérios que conduzirão o processo pedagógico de regeneração do criminoso submetido às penas prisionais (imputável), às medidas de segurança (inimputável psíquico) ou às medidas educativas (inimputável etário).

3. Neste sentido, conferir FOUCAULT, *Vigiar e punir*, pp. 164-172; e FOUCAULT, *Os anormais*, pp. 03-68; 137-210.

Em termos teóricos, esta criminologia administrativa altamente impregnada e comprometida com os fins estabelecidos pelas agências de punitividade (instrumentalidade institucional), será fortalecida pelas teorias de Defesa Social (Filippo Gramatica) e de Nova Defesa Social (Marc Ancel). Paradoxalmente, apesar de sustentarem o positivismo criminológico, as teorias defensivistas são apresentadas ao público consumidor do sistema penal como teorias humanizadoras, de oposição aos modelos ilustrados retributivistas. Nesta condição, configurarão as reformas dos principais ordenamentos jurídico-penais e das agências punitivas ocidentais do pós-Guerra.

4. A "outra" criminologia

Paralelo ao desenvolvimento da criminologia institucional fortemente marcada pelo processo de colonização das ciências criminais pelos saberes psiquiátrico e psicológico comportamental, o discurso sobre o crime e a criminalidade realiza percursos alternativos. Nota-se, assim, que a unidade do pensamento criminológico nunca existiu, pois logo após seu surgimento inúmeras e diferenciadas correntes foram desenvolvidas.

Desta forma, importante pontuar que, diferentemente das disciplinas dogmáticas atreladas ao formalismo (dogmatismo), não houve (sequer há) padronização, ou seja, inexiste 'a' criminologia. Há criminologias, entendidas como pluralidade de discursos sobre o crime, o criminoso, a vítima, a criminalidade, os processos de criminalização e as violências institucionais produzidas pelo sistema penal. A premissa permite, inclusive, sustentar a fragilidade epistemológica de qualquer discurso criminológico que se pretenda científico, visto não ser factível a visualização dos pressupostos mínimos que possam auferir esta qualificação – *v.g.* unidade e coerência metodológica, definição de objeto, delimitação de horizontes de pesquisa, direcionamento teleológico das investigações.

A conclusão é possível pois se as primeiras décadas do século XX assistem à redefinição do determinismo etiológico e a (re)colocação da criminologia no

patamar da auxiliaridade, fenômeno eminentemente europeu, ao mesmo tempo, nos Estados Unidos, este período é surpreendido pelo que se convencionou denominar *ruptura criminológica* (Rosa del Olmo), fenômeno que evidencia as *feridas narcísicas do direito penal.*

A partir da enunciação de Durkheim em 1895 (*As regras do método sociológico*) de ser o crime experiência normal no convívio social – "el crimen es normal porque una sociedad sin el es completamente imposible"[4] –, são criadas condições de possibilidade ao giro criminológico (*criminological turn*).

Baratta sustenta com precisão que, com a teoria estrutural-funcionalista de Durkheim, e a partir dele Merton, ocorre a virada sociológica da criminologia contemporânea, constituindo "(...) a primeira alternativa clássica à concepção dos caracteres diferenciais biopsicológicos do delinqüente e, por conseqüência, à variante positivista do bem e do mal."[5]

Associado à idéia de serem o crime e o desvio condutas normais em qualquer estrutura social, inexistindo organização isenta de tais fenômenos ("o delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social", sendo negativo apenas quando ultrapassados determinados limites),[6] Durkheim e Merton possibilitam radical crítica ao modelo etiológico. A negação da pesquisa das causas do desvio nos fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça), ou em determinadas situações patológicas da estrutura social, abre espaço para o nascimento de novos discursos, desvinculados das concepções causal-deterministas e, conseqüentemente, dos seus efeitos deletérios aos sujeitos criminalizados.

Ocorre que se é possível criticar a criminologia positivista-etiológica por (a) estar demarcada pelos saberes sanitaristas psiquiátricos e psicológicos, (b) ter adquirido feição essencialmente institucional; (c) reproduzir concepção patológica

4. DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, p. 86.
5. BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 59.
6. BARATTA, *Criminologia...*, p. 60.

do crime e do criminoso e, em decorrência, (d) operar sua demonização; parte do discurso crítico derivado do giro criminológico padecerá por (a) estar colonizado pela sociologia, (b) não ter rompido com a institucionalização do saber, visto que seu local acadêmico é igualmente institucional, (c) reproduzir igualmente perspectivas causal-deterministas – não individuais como o modelo etiológico (microcriminologia) mas estruturais como os econômicos – e, em conseqüência, (d) realizar a romantização do criminoso.[7]

Ademais, importante perceber que a ruptura criminológica proporcionada pela teoria do etiquetamento não produziu, como desejado, a superação do positivismo etiológico. Possível sustentar, inclusive, como ingênua a crença de serem irreversíveis e indiscutíveis as conclusões advindas do novo paradigma. Tais assertivas são funcionais apenas para a legitimação do saber-fazer da criminologia crítica. Contudo não possibilitam verificar que o espaço criminológico crítico restou limitado à academia, e a criminologia tradicional, ao ser relocada ao interior das instituições operacionais do sistema punitivo (instituições policiais, prisionais e manicomiais), apesar de implicar perda de *status*, conquistou privilegiados espaços de poder. Poder que produz e reproduz efeitos na vida forense.

5. A fragmentação da criminologia e o ensino formal

A inexistência de um único saber criminológico, desde sua origem desenvolvido, estabilizado, criticado, superado e novamente compartilhado pelos membros da comunidade científica (de criminólogos) – hipótese das revoluções científicas modernas trabalhada por Thomas Khun[8] – gerou, no ensino acadêmico (formal) da criminologia, problemas de difícil superação.

7. Sobre o tema do idealismo e do romantismo, bem como em relação à crítica à inversão dos postulados positivistas, conferir LARRAURI, *La herencia de la criminologia crítica*, pp. 156-191.

8. KHUN, *A estrutura das revoluções científicas*, pp. 219-224.

Os primeiros problemas derivam do percurso apresentado como história oficial da criminologia. Ao pressupor o avanço linear da técnica criminológica, concebido a partir da idéia de que novas teorias sucedem padrões de investigação defasados e que os novos modelos são necessariamente mais avançados em termos científicos, restou esquecido o fato de que as teorias e os inúmeros processos de conhecimento (inclusive não científicos) acerca de determinados temas coabitam, coexistem simultaneamente e são compartilhados no fluxo histórico. Ademais, mesmo quando há efetivamente superação de sistemas e de estruturas de pensamento, as novas "estruturas emergem lentamente", para utilizar a terminologia de Cordero, ao referir o processo de edificação do sistema inquisitório medieval a partir do Concílio de Verona, em 1184.[9]

Nítido, pois, que não é possível sustentar, visto não ser factível, a superação e a substituição dos modelos deterministas de análise do indivíduo que cometeu o delito (paradigma etiológico) pelas concepções críticas de avaliação dos processos de criminalização (paradigma da reação social). E isto inclusive no âmbito acadêmico.

Na atualidade se constata a coexistência de inúmeras tendências derivadas do pensamento crítico, que intentam superar a crise deflagrada na década de 90, com o que se poderia denominar neurocriminologias, concepções etiológicas derivadas das neurociências que adquirem cada vez mais espaço e força nas instituições.

Contudo a história oficial do pensamento criminológico reproduzida nos manuais e nos programas de ensino acaba por limitar o avanço das investigações à superação da etiologia.

O segundo problema é relativo à limitação do ensino da criminologia a este percurso, ou seja, invariavelmente o conteúdo transmitido é o da gradual superação de modelos por escolas e teorias criminológicas. Em outros termos, o ensino da criminologia é restringido à cansativa descrição da história da criminologia ou das

9. Cordero, *Guida alla procedura penale*, p. 46.

teorias criminológicas, não conquistando espaço como recurso interpretativo dos sintomas (individuais, sociais, institucionais) contemporâneos.

A conseqüência, para além da manutenção das idéias deterministas, é a debilidade das instituições de ensino em formar e desenvolver pensamento criminológico com capacidade de crítica nos seguintes planos: (a) *crítica interna ao modelo integrado*, voltada aos saberes dogmáticos que sustentam o direito penal e o direito processual penal; (b) *crítica externa do modelo integrado*, direcionada à atuação das instituições punitivas (agências policiais, judiciais e carcerárias) e à política criminal que legitima este agir; (c) *crítica externa ao modelo integrado*, apontada ao saberes não criminais que legitimam os saberes criminais (discursos político-econômicos, agenda dos meios de comunicação, manifestações literárias e expressões artísticas em geral, eruditas e populares); (d) *autocrítica*, dirigida aos próprios saberes que se desenvolvem no âmbito das inúmeras criminologias.

Não obstante qualquer pretensão cartesiana de propor métodos de ensino das ciências criminais, importante assinalar a necessidade de suscitar o pensamento criminológico na condição de ferramenta de leitura da realidade. A criminologia, portanto, enunciada como recurso interpretativo dos sintomas contemporâneos e não como método ou técnica para estudo dos seus objetos referenciais (crime, criminoso, vítima, sistema criminalizador) ou como objeto mesmo de estudo, confundindo-se a história da criminologia com a criminologia mesma. Necessário, pois, avançar no sentido de pensar *com* a criminologia e não restar limitado à sua descrição histórica e/ou ao desenvolvimento de suas principais teorias.

6. Os domínios e as fronteiras dos saberes penal e criminológico

O estudo do delito como ente jurídico e a limitação das hipóteses criminalizadoras exclusivamente à lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta*) – a maior conquista do direito penal da Modernidade em

termos de garantias individuais, apesar do caráter meramente retórico assegurado pelo princípio da legalidade[10] –, consolidaram-se, após o ataque do positivismo criminológico, como epicentro dos estudos e das investigações da dogmática penal. A partir da legalidade foram estabelecidos os critérios e os requisitos que justificariam apontar a responsabilidade criminal e, em conseqüência, sancionar o autor do fato criminoso.

Desta forma, por mais sofisticada que seja a dogmática do direito penal contemporânea, as fronteiras do seu saber são rígidas e limitadas à estrutura da teoria da lei penal (precondição da existência do crime), da teoria do delito (delimitação dos requisitos de atribuição de responsabilidade penal) e da teoria da pena (aplicação e execução da conseqüência jurídica do delito). E no universo da estrutura tripartida da dogmática penal, as principais investigações do século XX ocorreram na teoria do delito, acontecimento natural em face de a teoria da tipicidade englobar o estudo da legalidade e de a teoria da pena estar vinculada ao juízo de culpabilidade.

Assim, o horizonte de análise do direito penal não transpassa o estudo do crime entendido como conduta (comissiva ou omissiva) típica, ilícita e culpável, cuja conseqüência é a imposição da sanção. E por mais díspares que sejam as perspectivas dos teóricos do direito penal ao estabelecer distintos critérios de interpretação, bem como por mais diferenciados que sejam os efeitos político-criminais destas interpretações em matéria de aumento ou diminuição da criminalização e da punibilidade, em sua integralidade operam na estrutura rígida das teorias do delito e da pena. A evolução da teoria da conduta com superação do causalismo pelo finalismo de Welzel e as projeções realizadas atualmente pelos distintos modelos funcionalistas, p. ex., por mais que alterem a forma de conceber os requisitos de auferição da responsabilidade penal, não ultrapassam os rígidos limites das categorias conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

10. Neste sentido, conferir as importantes lições de CUNHA, *O caráter retórico do princípio da legalidade*, pp. 59-132; WARAT, *Introdução geral ao direito I*, pp. 169-230.

É possível afirmar, portanto, que a dogmática penal adestrou seu objeto de estudo, adquirindo ao longo do século XX pleno domínio sobre a sua estrutura e o seu conteúdo.

A criminologia, porém, em decorrência da fragmentação interna e do desenvolvimento de inúmeros discursos com matrizes epistemológicas distintas (*v.g.* antropologia, sociologia, psicologia, psiquiatria, psicanálise), diferentemente do direito penal, não logrou delimitar unidade de investigação. A pluralidade de discursos criminológicos, com a conseqüente diversidade de objetos e de técnicas de pesquisa, tornou ilimitadas as possibilidades de exploração, podendo voltar sua atenção ao criminoso, à vítima, à criminalidade, à criminalização, à atuação das agências de punitividade, aos desvios não criminalizados e, inclusive, ao delito e ao próprio discurso dogmático.

Singela experiência de laboratório pode auxiliar a anamnese.

Freud, em dois momentos esplêndidos de sua obra, desenvolve a teoria do *criminoso por sentimento de culpa*, exposta nos textos *Vários tipos de caráter descobertos na prática analítica* (1916) e *Dostoyevski e o parricídio* (1927). Centra sua análise na possibilidade de o autor do crime buscar, com a prática do ilícito, sanção penal redentora, alívio psíquico. A hipótese freudiana é a de que o sujeito sofre pesaroso sentimento de culpa, de origem desconhecida (inconsciente), precedente ao crime, e que "(...) una vez cometida una falta concreta sentia mitigada la presión del mismo. El sentimiento de culpabilidad quedaba así, por lo menos, adherido a algo tangible."[11]

A criação freudiana possibilitou a interdisciplinaridade nos estudos sobre o crime e fomentou produção teórica de importantes autores das ciências criminais. Veja-se, por exemplo, a título de importante registro histórico, as pesquisas no Brasil de Porto-Carrero – *Criminologia e Psychanalyse*, 1932 – e, na Espanha, de Jiménez de Asúa – *Valor de la psicología profunda (psicoanálisis y psicología individual)*

11. FREUD, Varios tipos de caracter descubiertos en la labor analitica, p. 2.227.

en Ciencias Penales, 1935. Ademais, abriu espaço para explorações posteriores nas diferentes áreas da psicanálise – *v.g.*, pela importância na história da psicanálise, Lacan, *Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia* e *premissas a todo desenvolvimento possível da criminologia*, ambos de 1950.

A pluralidade de discursos e a ausência de fronteiras do saber criminológico permitem perfeitamente o diálogo com a psicanálise e a incorporação de suas críticas na análise dos fenômenos criminais. No âmbito da criminologia a interface é perfeitamente lícita e os resultados obtidos permitem o desenvolvimento comum de ambos os saberes. Contudo a inserção da categoria psicanalítica *inconsciente* no direito penal, sobretudo na teoria do delito, desencadearia processo que poderia levar a dogmática penal ao esfacelamento.

Em decorrência de a teoria do delito, independentemente do modelo teórico de eleição, trabalhar como pressuposto da responsabilidade penal a conduta humana consciente[12] – mesmo no crime culposo (culpa consciente ou inconsciente) ou nas hipóteses de erro há pelo sujeito definição finalística, embora não necessariamente delitiva, do seu agir –, a inserção da possibilidade de o autor do crime agir sob influência, impulso ou causa inconsciente geraria a inadmissível hipótese, desde o domínio da teoria penal, da ilegitimidade da intervenção penal punitiva. Ao ser inadmissível a atribuição da sanção desprovida do qualificativo *consciência* – escolha livre e consciente da ação e, por conseqüência, adesão ao resultado jurídico da conduta –, o diálogo com a psicanálise resta obstaculizado. À dogmática penal,

12. Cirino dos Santos, ao expor as hipóteses de ampliação da responsabilidade penal para pessoas jurídicas, permite verificar que em todos os modelos teóricos o comportamento humano é qualificado pela consciência e pela vontade: "o conceito de ação, como fundamento psicossomático do crime, ou substantivo qualificado pelos adjetivos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, representa fenômeno exclusivamente humano (...), segundo qualquer teoria: a) para o modelo causal, a ação seria comportamento humano voluntário (Mezger); b) para o modelo final, a ação é acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim (Maurach/Zipf e Welzel); c) para o modelo social, a ação representa comportamento humano de relevância social dominado ou dominável pela vontade (Jescheck/Weigend); d) para o modelo pessoal, a ação constitui manifestação da personalidade (Roxin) etc." (SANTOS, *Direito penal*, p. 433-434).

presa aos domínios da razão e da consciência, é inacessível o saber psicanalítico. A abertura interdisciplinar neste nível colocaria o saber penal na crítica situação de confissão da inconsistência dos seus pressupostos.

Não se quer afirmar, porém, com a experiência de laboratório realizada, a absoluta inviabilidade do diálogo entre direito penal e psicanálise, ou ainda a maior ou menor qualidade científica do saber penal ou criminológico. O objetivo é apenas apontar as diferenças do proceder exploratório criminológico e penal e as possibilidades e os níveis de abertura interdisciplinar.

7. A fragmentação do ensino das ciências criminais

Se for possível direcionar a lente investigativa à invenção do discurso criminal da Modernidade, procurando não incorrer no tradicional apego romântico ao projeto liberal, constata-se que mesmo projetos com distintas bases políticas e filosóficas de sustentação apresentam, em suas propostas originárias, concepção conjugada de ciências criminais. Direito penal e direito processual penal, em aperfeiçoamento, e criminologia e política criminal, de forma prototípica, encontraram-se no mesmo espaço de saber, possibilitando sofisticada interlocução e crítica recíproca.

Note-se, de forma exemplificativa, que os diversos projetos político-criminais expostos na Ilustração – Beccaria (*Dos delitos e das penas*, Itália, 1765), Marat (*Plano de legislação Criminal*, França, 1780) e Feuerbach (*Tratado de direito penal comum vigente na Alemanha*, Alemanha, 1801) –, integravam à determinada concepção sobre o agir delitivo respectivo modelo de resposta penal e de instrumentalização processual. Assim, antes de Liszt ou de Rocco, privilegiando as disciplinas dogmáticas, ou de Gramatica e de Ancel, privilegiando a criminologia, a integração harmônica dos saberes está proposta na constituição da Modernidade penal.

A (re)construção da criminologia a partir do método causal-explicativo com a transposição das premissas das ciências naturais para o estudo atomizado

do *homo criminalis* (objeto), aliada à pretensão científica do direito e do processo penal com os avanços da dogmática desde Ihering, produziu, no final do oitocentos, fissura no projeto Ilustrado. Criminologia e dogmática penal são autonomizadas e os caminhos das disciplinas seguem trajetos distintos.

Contudo o discurso dogmático-penal, desde o local privilegiado de fala sobre o fenômeno crime entendido como ente jurídico, captura a matriz criminológica de orientação etiológica e, na composição dos novos modelos integrados, impõem-lhes o signo da auxiliaridade. Não por outro motivo Liszt e Rocco propõem prontamente plano reativo – *v.g.* que em Rocco o projeto é denominado *reação tecnicista* – para a (re)unificação das matérias. Cabe, portanto, a este saber criminológico a atuação institucional no âmbito dos cárceres e manicômios para o estabelecimento de diagnósticos e prognósticos sobre a delinqüência individual. Na condição de ciência menor (auxiliar), é definida a meta de, ao individualizar penas e medidas de segurança, justificar a estrutura do direito penal, sobretudo dos fins estabelecidos às penas. No caso, fornecer elementos concretos para a profilaxia criminal proposta pelas teorias de prevenção geral positiva.

Por outro lado, distante da lógica psiquiatrizante da criminologia institucional e da descaracterizadora subordinação ao direito penal, os demais discursos criminológicos encontrarão nas ciências sociais importantes instrumentos de análise do fenômeno crime. Alheio aos limites impostos pela dogmática penal, o próprio objeto de investigação será ampliado, englobando não apenas o delito enquanto ente jurídico subordinado à legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine legem*), mas as condutas desviantes em geral e, posteriormente, com a consolidação do saber criminológico crítico, os processos de criminalização e a atuação das agências de punitividade.

O cenário das disciplinas criminais a partir das primeiras décadas do século XX apresenta, portanto, distinta configuração daquela originalmente elaborada pelos pensadores da Ilustração penal. Não por outro motivo lembra Munõz Conde que "desde que, hace casí un siglo, Franz Von Liszt propugnara

lo que él llamó gesamte Strafrechtswissenschaft que abarcara todos los aspectos científicos relativos al delito y sus consecuencias, poco se ha avanzado realmente en la construcción de este modelo concebido más como aspiración ideal que como algo realizable en la práxis."[13]

Perceptível, portanto, que o *direito penal*, fortalecido pela matriz epistemológica dogmática das ciências jurídicas em geral, desenvolve saber autônomo e próprio, altamente sofisticado, sobretudo na teoria do delito. Desde a teoria do crime serão estabelecidos os critérios e os pressupostos da responsabilidade penal, a partir da tipicidade, categoria predeterminada pela legalidade. As teorias da pena, por sua vez, fornecem legitimidade ao justificar a intervenção penal, sendo a execução o ponto de convergência e abertura à auxiliaridade criminológica. Nota-se, pois, o isolamento da dogmática das demais ciências, gerando saber auto-referencial, circunscrito a si mesmo – "todo lo que está más allá de las previsiones jurídicas, es soslayado, cuando no olímpicamente despreciado, como irrelevante o carente de interés."[14]

A *criminologia*, fragmentada em criminologia institucional e criminologia da reação social (*labelling theory*), desenvolve duas linguagens distintas, adequadas ao estudo de fenômenos diferenciados. A *criminologia positivista*, vinculada ao direito penal dogmático, estabelecerá critérios de classificação tipológica e de definição dos meios adequados para correção do criminoso; a *criminologia da reação social* (anticorrecionalista), em harmonia com as teorias sociológicas – fundamentalmente a partir das teorias sociológicas do desvio norte-americanas –, desenvolverá investigações que fornecerão condições de possibilidade à criminologia crítica, entendida como discurso macro-criminológico de análise do funcionamento (seletivo e estigmatizante) das agências de punibilidade.

O desenvolvimento de distintos discursos criminológicos, com diversa adequação disciplinar e diferentes finalidades, gerou perspectivas díspares na

13. MUÑOZ CONDE, Prólogo, p. XVI.
14. MUÑOZ CONDE, Prólogo, p. XVI.

área *política criminal*. A dependência da política criminal à instrumentalidade criminológica e/ou jurídico-penal produziu movimentos conflitantes que são refletidos nos discursos cotidianos relativos à aderência ou ao desprendimento dos processos de criminalização. Logicamente esta dependência acaba sendo reivindicada pelos discursos criminológicos e penais, visto que na realidade concreta das tendências (des)criminalizadoras contemporâneas, sobretudo em países periféricos como o Brasil, a política criminal, face ao filtro realizado pelo processo político, é autônoma e guarda pouca coerência com as pautas elaboradas pelas disciplinas científicas.

Outrossim, o *processo penal*, em decorrência do desenvolvimento da teoria geral do processo, foi integrado e remetido a outra esfera de saber, alheia à discussão penal, criminológica ou político-criminal. Desgarrado do seu campo de origem, foi reformatado no que tange aos seus fins e aos seus limites, perdendo a dimensão epistemológica das ciências criminais. Não por outro motivo o discurso totalizante da teoria geral do processo, assim como procedeu a dogmática penal em relação à criminologia institucional, reduziu o processo penal a um saber menor, desqualificado, dependente da matriz e das bases fornecidas pelo direito processual civil.

8. As possibilidades de reconstrução das ciências criminais

A desagregação das disciplinas que compõem as ciências criminais gerou incapacidade de diálogo e de desenvolvimento simétrico de institutos. Ademais, inviabilizou a diluição da crítica criminológica no interior das disciplinas dogmáticas, reforçando na criminologia institucional e no direito penal a perspectiva correcionalista.

Portanto, para além das disciplinas dogmáticas (direito penal e direito processual penal), o processo de fragmentação impossibilitou a consolidação da criminologia enquanto ciência face à pluralidade de discursos que sustenta (dos

discursos criminológicos de ruptura aos discursos de legitimação do sistema penal). Motivo pelo qual, na atualidade, constitui campo de pesquisa interdisciplinar no qual deságuam os mais diversos saberes, científicos ou não.

Natural, neste quadro, os efeitos deletérios produzidos no ensino e no aprendizado das ciências criminais. A fragmentação das disciplinas obstaculizou a compreensão global dos saberes criminais, fato que gera, no atuar cotidiano dos operadores do direito – e dos demais atores que participam da investigação do fenômeno criminal –, incapacidade de compreensão das violências inerentes ao sistema penal e de criação de instrumentos para minimizá-las.

Contudo na atualidade é possível perceber, de forma embrionária, projetos que procuram reconstruir as ciências criminais, auferindo-lhes mínimo de unidade e de coerência capaz de harmonizar, desde concepções criminológicas e político-criminais problematizadoras, o direito e o processo penal. Três obras, a partir de perspectivas críticas distintas, são exemplares nesta (re)construção: *Fundamentos do direito penal* (Hassemer), *Direito e razão* (Ferrajoli) e *Direito penal brasileiro* (Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar).

Hassemer, em *Fundamentos do direito penal*, inicia a investigação a partir de exposição de caso concreto e sua conexão com a lei penal, produzindo interpretações criminológicas dos protagonistas da cena criminal (autor do delito e vítima), com o objetivo de situar os sujeitos implicados no conflito. Somente depois desta análise passa à produção do caso desde os elementos fornecidos pela teoria do direito penal e processual, de forma a criar condições sustentáveis à decisão judicial condenatória (sentença criminal), cuja conclusão subsiste pelo gradual cumprimento dos requisitos impostos pela teoria do delito. Por fim, apresenta as hipóteses de solução do caso fornecidas pelo direito penal, avaliando os efeitos das teorias da pena na estrutura da execução penitenciária.[15]

15. Conforme verifica Muñoz Conde, na obra Hassemer "expone los fundamentos no solo de la Dogmática juridicopenal, sino también de la Criminología, de la Política Criminal, del Derecho Procesal penal y del Derecho penitenciario, en una feliz síntesis premonitória de

Direito e razão, de Luigi Ferrajoli, ancorado na tradição filosófica Iluminista, estabelece como fio condutor da análise criminológica e político-criminal, penal e processual penal o princípio da secularização. Assim, a radical separação entre direito e moral estabeleceria limites à criminalização das condutas, à valoração judicial do réu e às formas de execução penal delineadas pelas teorias da pena. O ponto de partida que dá sustentação às teorias da lei penal, do delito e da pena, no âmbito da dogmática penal, e às teorias da ação, da jurisdição e do processo, no campo processual penal, é o utilitarismo reformado, teoria da pena que agrega à máxima utilitarista clássica ("maior felicidade") elemento de constrição da punibilidade ("mínimo sofrimento"), conformando o aforisma "máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante". Este pressuposto político-criminal minimalista de redução do sofrimento imposto pelos castigos, fornece a resposta à questão "*por que punir?*" é a chave de interpretação que delineia a elaboração prático-teórica do "*quando?*" e "*como?*" proibir, julgar e punir.

Em *Direito penal brasileiro*, Nilo Batista traduz e introduz na problemática nacional a obra porteña de Zaffaroni, Alagia e Slokar. A densa avaliação do sistema punitivo e das agências de punitividade é realizada desde o local específico: a circunscrição latinoamericana. E, desta forma, permite compreender as distintas formas de manifestações do *potestas puniendi*, sobretudo nos eixos centro-periferia ou norte-sul, e o equívoco das ciências criminais da América Latina em consumir e validar modelos repressivos alienígenas. No texto, os autores analisam a incidência e a projeção do direito penal, descrevendo de forma crítica os métodos, as características, as fontes e os limites impostos pela política criminal, sem olvidar as relações interdisciplinares do direito penal com as disciplinas criminais que conformam os modelos integrados de atuação (saberes secantes) e destas com os demais saberes

lo que puede ser en el futuro un modelo de Ciencia integral del derecho penal" (MUÑOZ CONDE, Prólogo, p. XIX).

jurídicos (tangentes). Contudo, apesar de em primeira análise a obra abordar de forma sutil a questão processual penal, na elaboração da dinâmica histórica da legislação e na genealogia do pensamento penal, os autores recuperam a análise dos instrumentos de persecução que movimentam o direito penal e apontam a *inquisitio* como tipo ideal de repressão pela coação direta. Não por outro motivo nominam o *Malleus Maleficarum* como obra teórica fundacional do discurso legitimador do poder punitivo, consolidando, de forma inédita, o primeiro sistema integrado de criminologia e criminalística com direito penal e processual penal.

As três obras permitem pensar a (re)construção, desde perspectiva problematizadora, do modelo integrado de ciências criminais. Suas estruturas trazem, inclusive, elementos que podem servir de base e de inspiração para as necessárias alterações curriculares dos programas de criminologia, direito penal e direito processual penal, os quais ainda sofrem os efeitos da desagregação que dominou o século XX.

9. O equívoco entre interdisciplinaridade e auxiliaridade nas ciências criminais

A condição mínima para que se possam realizar investigações interdisciplinares é dotar os sujeitos interlocutores de condições similares de fala, ou seja, abdicar da idéia de estar um saber a serviço de outro. Significa, sobretudo, respeito às diferenças inerentes aos saberes.

A especialização do conhecimento, projeto da ciência Moderna instigado pelo cartesianismo, pressupõe que o estudo infinitesimal dos objetos de pesquisa possibilitaria, na sua recomposição, a captura da sua totalidade, o atingimento pleno da sua verdade. Não por outro motivo a busca cartesiana do verdadeiro método para a conquista do conhecimento sobre todas as coisas é fundado em quatro preceitos: (1.º) nunca aceitar algo como verdadeiro se o conhecimento não for claro; (2.º) repartir cada uma das dificuldades em tantas parcelas possíveis e

necessárias a fim de melhor solucioná-las; (3.º) iniciar a análise dos objetos pelos mais simples e mais fáceis para, galgando degraus, alcançar o conhecimento pleno (verdadeiro); e (4.º) realizar enumerações e revisões dos procedimentos para ter certeza de nada omitir.[16]

Ocorre que a necessidade de especialização infinitesimal do conhecimento fomentou a hierarquização entre os saberes e, em conseqüência, a pressuposição de que determinadas áreas são ferramentas de auxílio aos saberes mais sofisticados, superiores.

Nas ciências criminais, torna-se evidente a sujeição ao direito penal de todas as disciplinas alienígenas que investigam o crime, a vítima, o criminoso, a criminalidade, os processos de criminalização e a atuação das agências de controle social formal. Todavia este modelo arquitetônico de saber, no qual o direito penal encontra-se em posição privilegiada, impossibilita a interdisciplinaridade, pois para que esta possa ser atingida prescinde que todas as disciplinas estejam abertas para críticas advindas do exterior. A incorporação das críticas exógenas oxigena a área de conhecimento, permite autocrítica e fomenta seu desenvolvimento.

No entanto o modelo oficial das ciências criminais vislumbra os demais saberes como servis, permitindo apenas que forneçam subsídios para a disciplina mestra do direito penal. A arrogância do direito penal, aliada à subserviência das áreas de conhecimento que são submetidas e se submetem a este modelo, obtém como resultados o reforço do dogmatismo, o isolamento científico e o natural distanciamento dos reais problemas da vida.

É interessante perceber, ainda, no caso brasileiro contemporâneo, que a demanda/imposição de interdisciplinaridade pelos órgãos oficiais de fomento produziu, em inúmeros casos, a disciplinarização da interdisciplinaridade. Para além da tensão entre direito penal e criminologia exposta ao longo do texto, alguns

16. DESCARTES, *O discurso do método*, pp. 49-50.

exemplos da área do direito podem elucidar a confusão entre interdisciplinaridade e auxiliaridade nas ciências.

As disciplinas propedêuticas de economia, sociologia, filosofia e, mais recentemente, psicologia, tornadas obrigatórias por força de lei, inegavelmente em muito podem contribuir ao estudo do direito. A questão é que estas matérias constituem campos científicos que não podem ser apreendidos na qualidade de disciplinas unitárias, isto é, na pretensão de realizar interdisciplinaridade forja-se estrutura curricular na qual são reduzidas, quando não anuladas, as possibilidades de interdisciplinaridade. Lédio Andrade, analisando as condições de possibilidade do estudo da psicologia no direito brasileiro, lembra que o enfoque restrito aos laudos periciais que se incluiu quando da alteração das estruturas curriculares, "tolhe o alcance da interdisciplinaridade". Sustenta, em sentido similar ao proposto, que "o potencial de análise psicológica jurídica [deve ocorrer] não só nas perícias (quando a autonomia do Direito se mantém e o conhecimento psicológico é apenas auxiliar), mas, acima de tudo, na compreensão do próprio fenômeno jurídico."[17]

O problema é idêntico quando, em cursos não-jurídicos, se pretende realizar diálogo com o direito criando a matéria de *instituições de direito público e privado*. Se na atualidade sequer na área específica das ciências criminais é possível encontrar unidade mínima para elaboração de modelo integrado, menor ainda as possibilidades de reduzir à unidade as especificidades do universo jurídico, visto impossível, p. ex., comparar as estruturas do direito civil, do direito penal, do direito do trabalho ou do direito tributário.

A dogmatização disciplinar da interdisciplinaridade acaba por anular o diálogo entre as ciências e fomentar, nos casulos autônomos dos saberes burocráticos, a hierarquização do conhecimento com o desenvolvimento da auxiliaridade das matérias científicas.

17. ANDRADE, Aproximando a psicologia do direito, p. 173.

Se é necessário que a formação discente seja interdisciplinar – e na atualidade esta premissa parece ser evidente –, é fundamental se pensar na abertura da Universidade, com o fomento da livre circulação dos saberes. A estrutura (mínima) curricular dos cursos seria integrada pela possibilidade da livre escolha das áreas de interesse para formação pessoal. Do contrário, a riqueza da interdisciplinaridade redunda na pobreza e na mediocrização do conhecimento através da auxiliaridade, produzindo-se as patologias que atualmente são verificadas nos cursos de graduação e o gradual desestímulo dos corpos docentes e discentes para proceder investigações inovadoras.

10. O obsoleto ensino do Direito Penal

Os estudos realizados sobre o ensino do direito têm demonstrado, à exaustão, a inominável defasagem em termos pedagógicos e a profunda distância entre o saber jurídico e a realidade social. No entanto, se é dado irrefutável que a formação do jurista está dissociada das demandas sociais contemporâneas, é fundamental dizer que este mesmo modelo está desconectado da própria realidade legislativa que lhe é referente e lhe dá sustentação.

O direito em geral, e o direito penal em particular, padecem do que Ferrajoli denominou como *paleopositivismo* (positivismo dogmático), orientação teórica que ignora o conceito de validade constitucional das leis, atribuindo legitimidade ao ordenamento jurídico pelo simples preenchimento dos requisitos formais de elaboração legislativa. Ao contrário, a perspectiva crítica refletiria sobre o modo de conceber o trabalho do jurista, colocando em questionamento dois dogmas positivistas: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e não-valorativa do jurista na tutela do direito positivo vigente. Caberia ao jurista crítico, portanto, desde o *locus* constitucional, não apenas sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento vigente, auferindo-lhes a completude e a coerência que efetivamente não possuem, mas "(...) esplicarne l'incoerenza e l'incompletezza

mediante giudizi d'invalidità su quelle inferiori e correlativamente d'ineffettività su quelle superiori."[18]

Assumir postura semelhante implicaria profunda revisão da programação do ensino do direito, exposta nos currículos acadêmicos e praticamente na totalidade dos compêndios doutrinários.

Análise superficial de quase a totalidade dos currículos e dos livros didáticos de direito penal utilizados no Brasil revela situação absolutamente preocupante. Os programas de ensino, e em decorrência a doutrina que lhes dá sustentação, estão pensados e estruturados a partir da disposição dos temas e dos institutos apresentados pelo Código Penal. A codificação penal, portanto, determina, inclusive de forma seqüencial e estabelecendo pré-requisitos, o conteúdo programático do direito penal. No ensino do direito penal, portanto, o Código Penal atua como programa didático.

A primeira questão a ser colocada é a da ausência de elaboração do pensamento jurídico-penal a partir da Constituição. Diferentemente da seqüência dada pelo Código, a exploração do direito penal inegavelmente deveria ocorrer através da garimpagem dos dispositivos constitucionais diretamente implicados na matéria penal, e daqueles que, de alguma forma, lhe são influentes.

À guisa de exemplificação, impossível não se iniciar o estudo dogmático do direito penal pela radical alteração que a Constituição produziu na classificação das condutas ilícitas. Se antes da Constituição de 1988 era possível trabalhar com duas classes de condutas penalmente relevantes (crime e contravenção), atualmente a matéria foi complexificada, não apenas pela criação de novas categorias, como a de infrações de menor potencial ofensivo, mas também pela adjetivação de determinados delitos (*v.g.* crimes hediondos). E para cada novo qualificativo foram determinados efeitos penais, processuais penais e executórios distintos. Ademais, com a criação das infrações de menor potencial ofensivo caberia inclusive

18. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, p. 921.

o questionamento da recepção da Lei de Contravenções Penais pela Constituição. Perceba-se que os efeitos de discussão aparentemente simples são desencadeados para toda a estrutura do direito penal e do direito processual penal.

O segundo problema que o modelo em vigência apresenta é o de não distinguir o papel do legislador e o do professor de direito penal, pressupondo que o produto do trabalho daquele é pensado para a atuação deste. Não há, nem poderia haver, exigência ao legislador no sentido de que as leis apresentassem coerente orientação pedagógica, harmonia didática e lógica expositiva. Aos doutrinadores e aos professores é que cabe a tarefa de sistematizar o material legislativo de forma a apresentar aos acadêmicos a relação e o desenvolvimento dos institutos penais.

Todavia o modelo exegético de interpretação das leis, em grande parte das academias de direito de tradição romano-germânica, é apegado ao fetichismo legalista que pressupõe ser o Código estrutura curricular. Os problemas derivados deste vício dogmático são indescritíveis, não apenas no que tange ao encobrimento do texto Constitucional (problema principal), mas no aprendizado da mecânica do próprio Código Penal.

Para problematização elege-se o estudo da teoria da pena.

Os dispositivos do Código Penal relativos às conseqüências jurídicas do crime, reproduzidos nos currículos das Faculdades de Direito e nos livros didáticos, são estruturados a partir da enunciação dos fundamentos do *ius puniendi*, procurando estabelecer a opção normativa estatal ao interrogante *por que punir?* No entanto, diferentemente da eleição legislativa da Reforma Penal de 1984, com a elaboração do Código Penal e da Lei de Execução Penal, a Constituição não projeta nenhuma finalidade à pena, somente enuncia sanções em espécie, vedando expressamente qualquer tipo de penas desumanas ou cruéis. Em termos de teoria da pena, portanto, nota-se o não-reconhecimento constitucional das tradicionais respostas ao *ius puniendi* (teorias retributivas e preventivas, em especial o modelo ideal da prevenção especial positiva assumido por grande parte das legislações penais e penitenciárias do século XX). É possível dizer, inclusive,

que a Constituição de 1988 assumiu teoria agnóstica da pena, direcionada à redução dos danos produzidos pelo *potestas puniendi*. Perceptível, assim, nas fundações da penalogia contemporânea, a dissociação do modelo oficial com a formatação constitucional.

Outrossim, se for verificada a estrutura das penas no Código Penal, indiscutível haver descompasso com o que se poderia esperar de programas didático-pedagógicos dotados de lógica mínima. Após o Código Penal enunciar, nos incisos do art. 32, as espécies de pena cabíveis, passa a regrar as formas de execução das penas privativas de liberdade – reclusão e detenção, regimes prisionais e suas regras, progressão de regime, regime especial para mulheres, direitos do preso, trabalho prisional, superveniência de doença mental e detração (art. 33 ao art. 42) –, das penas restritivas de direito – espécies de restrição, requisitos e cabimento, regras da prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana (art. 43 ao art. 48) – e da pena de multa – pagamento, suspensão, conversão e revogação (art. 49 ao art. 52). Somente a partir do art. 53 define os critérios de cominação e de aplicação quantitativa das penas – critérios judiciais de quantificação, atenuantes e agravantes, causas especiais de aumento e diminuição de penas, concurso de crimes e limite das penas –, definição de regime inicial e substituição da privação de liberdade (art. 53 ao art. 76).

A ordem exposta, por si só, demonstra a inadequação de utilizar o Código Penal como fonte inspiradora dos programas das disciplinas. Torna-se evidente que o ensino da aplicação da pena deve preceder o da sua execução. No entanto o fetichismo legalista atingiu níveis patológicos nos quais questões simples como estas não são percebidas.

O apego irrestrito à codificação penal gera, ainda, terceiro problema. Desde a década de 70 do século passado percebe-se a gradual descodificação do Direito Penal brasileiro. O marco neste processo foi a Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/2006, que definiu os crimes de tráfico e porte de entorpecentes para consumo. Todavia, a partir de 1988, quantidade inominável de leis foi criada, fruto do

dirigismo constitucional, notadamente em matéria penal. Assim, na atualidade, o cotidiano forense em matéria penal é em grande parte regrado por leis especiais e extraordinárias, especialmente no que tange às hipóteses criminalizadoras de bens jurídicos coletivos e transindividuais. De forma exemplificativa, apenas durante a década de 90, com conteúdo total ou parcialmente penal, destacam-se: Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária), Lei 8.176/91 (Crimes contra a Ordem Econômica), Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), Lei 9.296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas), Lei 9.455/97 (Lei de Tortura), Lei 9.503/97 (Código Brasileiro de Trânsito), Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), Lei 9.609/98 (Lei de Propriedade Intelectual de Programas de Computador), Lei 9.613/98 (Lei da Lavagem de Capitais).

Todavia os currículos ainda prevêem disciplinas semestrais ou anuais exclusivas sobre a parte especial do Código Penal, ignorando totalmente a nova realidade jurídica. Em determinados casos, a parte especial redigida na década de 40 tornou-se absolutamente obsoleta face ao processo de descriminalização judicial e/ou de fato. A questão, porém, parece desconhecida, e o direito penal é ministrado como se inexistisse descodificação, fenômeno que vem modificando o perfil do direito penal no século XXI.

11. O obsoleto ensino do direito processual penal: a captura pelo direito penal e a persistência da teoria geral do processo

A primeira grande batalha enfrentada pelo direito processual penal foi a de desvincular-se do direito penal. A própria idéia de direito penal subjetivo (penal) e adjetivo (processual penal), presente no pensamento penal do início do século passado, revelava a dependência deste em relação àquele.

Carnelutti, em 1946, apontava com satisfação a separação de ambas as disciplinas no ensino acadêmico. Contudo chamava atenção para o fato de que, em relação ao direito penal, "(...) ciertamiente hay una inferioridad cuyos signos o símbolos, podríamos decir, son variados y manifiestos."[19] A inferioridade era diagnosticada desde a quantidade de tempo de ensino universitário dedicado às disciplinas (carga horária) ao esquecimento da estrutura processual na execução da pena.

Acontece que, se o processo penal logrou conquistar sua independência junto ao direito penal, constituindo-se como ciência autônoma, por força do ingresso e da universalização do discurso da teoria geral do processo nas ciências jurídicas retomou a posição de inferioridade e de dependência. Carnelutti advoga que "contra esta situación infeliz llegará, antes o después, el momento de reaccionar".[20]

A pretensão científica totalizadora da teoria geral do processo capacita seu conteúdo desde o processo civil, inferiorizando as diversidades das esferas processuais. O direito processual penal, portanto, passa a ser interpretado a partir das categorias do processo civil. Assim, conforme leciona Jacinto Coutinho, a teoria geral do processo civil, encoberta pela nominada teoria geral do processo, "penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral."[21]

As conseqüências do processo científico totalizador são perceptíveis no irrepreensível alerta de Adauto Suannes: "a unificação do processo, defendida por tantos autores, pode levar, porém, a um tipo de raciocínio equivocado, de conseqüências desastrosas."[22-23]

19. CARNELUTTI, La cenicienta, p. 16.

20. CARNELUTTI, La cenicienta, p. 18.

21. COUTINHO, *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 118-119.

22. SUANNES, *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, p. 136. Sobre o tema, conferir BAETHGEN, Contra a idéia de uma teoria geral do processo, pp. 35-70 e TUCCI, Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo, p. 85-127.

23. Ao partilhar da crítica, Aury Lopes Jr. enumera inúmeras circunstâncias que, dado ao aprisionamento do processo penal pelo processo civil, os direitos e garantias individuais são lesados: "o

É que apesar de a natureza pública ser comum às distintas áreas processuais – notadamente pela disciplina constitucional da garantia do juiz natural (art. 5.º, LIII), do devido processo (art. 5.º, LIV), do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição (art. 5.º, LV), da inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5.º, LVI), da publicidade dos atos processuais (art. 5.º, LX) e da fundamentação das decisões (art. 93, IX) –, a instrumentalidade é definida pela estrutura do direito material que lhe dá subsistência. O processo civil instrumentaliza, fundamentalmente, interesses privados (patrimoniais), das partes envolvidas no conflito. Difere, portanto, substancialmente do processo penal cujo objeto é *limitar o poder punitivo do Estado* e garantir os direitos do pólo débil da situação processual penal que é o réu (processo de cognição) e o condenado (processo de execução).

Em decorrência da diferença dos interesses em jogo, Bettiol demonstra que "el conflicto entre el ius puniendi y el ius libertatis no puede ser concebido del mismo modo que un litigio privado donde se discute sobre un bien econômico."[24] Em síntese, conforme Jacinto Coutinho, "(...) teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais (...). Inadmissível, isso sim, é usar no processo penal o mesmo discurso, como se o referencial semântico fosse igual (e, portanto, desprezando-o), tudo em nome de uma pseudo-coerência sistêmica que, no final das contas, é sintática e acaba legitimando o *status quo*, nem que seja fruto da mais terrível das ditaduras".[25]

problema é grave, mais grave ainda quando assistimos a imensa parte da doutrina (e, por conseqüência do ciclo vicioso (senão incestuoso), também da jurisprudência) falando em *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para as prisões cautelares; defendendo que o objeto do processo penal é a pretensão punitiva (erro histórico de Binding); invocando o pomposo (mas absolutamente inadequado para o processo penal) pás nulittè sans grief para tratar das nulidades, bem como fazer inadequadas relativizações; negando 'efeito suspensivo' ao Recurso Especial e Extraordinário (por culpa de uma famigerada Lei 8.038 pensada para o processo civil); relativizando a competência (esquecendo que no processo penal o juiz natural é garantia fundante); atribuindo poderes instrutórios ao juiz (ativismo judicial); lecionando que as condições da ação processual penal são as mesmas do processo civil (...)" (LOPES Jr., *Direito processual penal e sua conformação constitucional*, p. 34).

24. BETTIOL, *Instituiciones de derecho penal y procesal*, p. 207.

25. COUTINHO, *A lide...*, p. 119.

12. A construção artificial do caso penal

Os estudos advindos da sociologia jurídica e da área sociológica da criminologia apontam que a dogmática jurídica, particularmente a penal e a processual penal, não fornece instrumentos suficientes para minimizar a lacuna existente entre normatividade e realidade social.

O hiato existente entre o universo jurídico e as expectativas da sociedade, sobretudo das pessoas envolvidas nos conflitos judicializados, é potencializado pela construção despótica, fragmentária e fictícia do processo. O caso em julgamento, portanto, muitas vezes é totalmente outro daquele que foi experimentado/vivenciado pelos sujeitos concretos – "o Direito trata não com o fato acontecido, mas com uma hipótese de como ele aconteceu. Esta hipótese é repleta de subjetividade, de valores, todos construídos a partir dos envolvidos no processo judicial (...)", portanto "seu início sempre é uma hipótese já construída a partir da interferência (objetiva ou subjetiva) de pessoas não envolvidas no fato em si."[26] Assim, é perceptível que "(...) la distancia entre conflicto real y conflicto procesal, es notoriamente aumentada en el procedimiento penal (...)".[27]

Lembra Baratta[28] que no laboratório do direito o comportamento individual se apresenta como variável independente, limitando-se o processo penal à construção abstrata que separa o conflito do contexto, empobrecendo-o, pois sua fragmentação ocorre pelo recorte arbitrário da realidade.

No entanto este efeito perverso da dogmática, revelador de parte de sua extensa crise, não pode legitimar atitude cética que levaria inexoravelmente a abdicar do direito. Neste sentido, o estudo do direito penal, do processo penal e da criminologia, a partir de casos específicos, com possibilidade de experimentação – por mais infiel que possa ser o relato –, permitiria a aproxi-

26. ANDRADE, Aproximando..., p. 173.
27. BARATTA, La vida y el laboratório del derecho, p. 278.
28. BARATTA, La vida..., p. 279.

mação dos operadores com a vida concreta e a compreensão dos ricos e plurais elementos de sua cultura.

13. O fetiche pela jurisprudência

Se desde o ponto de vista externo (social e político) a descontextualização do direito com a realidade social é diagnóstico consensual, do ponto de vista interno à dogmática jurídica a desconstitucionalização das normas penais e processuais penais e a jurisprudencialização da Constituição potencializam sobremaneira a crise.

A estrutura do saber jurídico-penal, segundo Luís Roberto Barroso, padece de patologia denominada interpretação retrospectiva. Segundo o autor, "(...) as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo".[29] Neste sentido, lembra Lenio Streck que "há certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se 'adaptar' a Constituição às leis ordinárias".[30]

O trabalho da crítica jurídica, portanto, será o de desconstruir este modelo de interpretação que a doutrina e a jurisprudência têm cotidianamente aplicado, negando, por conseqüência, a efetividade da Constituição. Assim, o direito (penal e processual penal), capacitado desde o *locus* constitucional, otimizaria mecanismos de frenagem ao excesso punitivo do Estado, à coação direta própria da gestão dos aparatos penais reduzindo os danos produzidos aos direitos e garantias fundamentais.

A postura comprometida com os direitos e as garantias das pessoas pressupõe, inexoravelmente, a desconfiança do agir dos aparatos punitivos, visto a

29. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 70-71.
30. STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 30-31.

tendência, sempre presente e real, do abuso do poder pelo atores que o detêm. Significa ter presente que a constituição do poder repressivo penal é fundada no inquisitorialismo, de maior ou menor intensidade conforme a maior ou menor adequação constitucional da estrutura do processo penal, e que "inquisição é a conversão de todo o poder punitivo em coerção direta."[31]

A ruptura com o fetichismo aos julgados e a crítica à sua retroalimentação pela doutrina parecem ser importantes fatores para que se possam projetar mudanças na forma de ensino/aprendizado das ciências criminais e de atuação transformadora dos operadores do direito, reduzindo os níveis de inquisitorialidade sempre presentes.

14. A vocação das ciências e das políticas criminais

Em *Ciência e política: duas vocações*, Max Weber converge sua teoria das ciências às doutrinas positivistas ao adotar o postulado da neutralidade axiológica das ciências sociais.

Ao indagar sobre a contribuição positiva da ciência para a vida prática, sustenta que os métodos de pensamento fornecidos colocariam "(...) à disposição certo número de conhecimentos que nos permitem dominar tecnicamente a vida por meio da previsão, tanto no que se refere à esfera das coisas exteriores como ao campo da atividade dos homens."[32] Neste sentido, os cientistas deveriam, a partir da especialização disciplinar, expor objetivamente o conhecimento alcançado sobre as coisas. A decorrência da concepção científica axiologicamente neutra, ou seja, livre de juízos de valor, é a de que o investigador deve estar orientado pela ética de responsabilidade, diferentemente do político que operaria desde a ética da convicção.[33]

31. ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, *Direito penal brasileiro I*, p. 105.

32. WEBER, *Ciência e política*, p. 45.

33. Sobre as distintas conseqüências do agir sob as éticas da convicção e da responsabilidade, conferir WEBER, *Ciência...*, p. 113-120.

As tentativas epistemológicas de purificar o pensamento científico dos juízos de valor – e não por outro motivo a base do pensamento jurídico do século XX é construída por Hans Kelsen em *Teoria pura do direito* – foram fortemente atacadas, sobretudo a partir da década de sessenta, constituindo-se, na contemporaneidade, axioma insustentável. A metáfora utilizada por Michel Löwy é reveladora: "liberar-se por um 'esforço de objetividade' das pressuposições éticas, sociais ou políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Münchhausen, este herói picaresco que consegue, através de um golpe genial, escapar do pântano onde ele e seu cavalo estavam sendo tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são simplesmente aqueles nos quais as pressuposições estão mais profundamente enraizadas."[34]

As ciências criminais, contudo, seguindo a lógica epistemológica do positivismo, seguem cedendo à tentação da neutralidade e à idéia de ser possível produzir conhecimentos distintos a partir de duas éticas contrapostas (de responsabilidade e de convicção). Perceptível que a questão no campo criminal fica agudizada em face de fazer parte do modelo integrado de ciências a política criminal, cuja função seria a de, a partir dos diagnósticos realizados pela dogmática penal e pela criminologia, produzir discurso de inserção no âmbito da política. A política criminal, portanto, seria a produção de convicção a partir dos julgamentos objetivos (ética da responsabilidade) das ciências criminais.

No entanto, conforme ensina Löwy, para que o investigador fique livre dos preconceitos seria necessário, antes de tudo, reconhecê-los como tais. E esta postura é adversa ao positivismo, pois os pressupostos axiológicos do pesquisador "(...) não são considerados como tais, mas como verdades evidentes, incontestáveis, indiscutíveis. Ou melhor, em geral eles não são sequer formulados,

34. LÖWY, *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*, p. 32.

e permanecem implícitos, subjacentes à investigação científica, às vezes ocultos ao próprio pesquisador."[35]

Na teoria penal latino-americana contemporânea exemplo parece elucidativo: o fácil consumo da doutrina (científica) de Jakobs e a negativa, ao menos explícita, de sua proposição político-criminal (direito penal do inimigo). Embora alguns autores realizem aproximações entre a base humanitária do direito e do processo penal com a vertente dogmática do pensamento de Jakobs – notadamente suas proposições no campo da teoria do delito, visualizando pontos de contato entre a perspectiva garantista e esta vertente do funcionalismo penal –, visíveis as incompatibilidades (que refutam tais possibilidades). Acontece que se efetivamente inconciliáveis as projeções de criminalização no âmbito político-criminal entre minimalismo (teoria garantista) e maximalismo (direito penal do inimigo), inexoravelmente os antagonismos serão projetados na esfera científica, isto é, na estrutura da teoria geral de interpretação da lei penal, do delito e da pena, por mais que possam estar ocultados por discurso suavizador.

Se a perspectiva do direito penal do inimigo, na esfera da política criminal, forja a reconstrução teórica do discurso do direito penal do autor, demasiado ingênuo pensar que o mesmo não ocorra no nível científico (dogmática penal). Qualquer aproximação, portanto, será contaminada, visto serem os horizontes políticos de (não)intervenção absolutamente incompatíveis e influenciadores do plano teórico-dogmático. Neste aspecto Alejandro Aponte lembra importante detalhe na apresentação da primeira versão do direito penal do inimigo, apresentada por Jakobs em 1985, no Congresso de Direito Penal de Frankfurt: a construção do modelo político-criminal acontece "(...) en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la 'criminalización en el estadio previo a una lesión' del bien jurídico",[36] ou seja, a projeção política ocorre no âmbito da discussão aparentemente neutra da dogmática do delito relativa à reformulação da doutrina da tentativa e consumação.

35. LÖWY, *As aventuras...*, p. 32.
36. APONTE, Derecho penal del enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano, p. 12-13.

15. Teoria criminológica problematizadora: os rumos da criminologia pós-crítica

Os movimentos e as escolas criminológica, desde a constituição das ciências penais na Modernidade, estiveram centradas no binômio *criminalidade* e *criminalização*. A primeira perspectiva, de tradição determinista, conglobou distintas teorias explicativas da criminalidade, modelos micro ou macrocriminológicos – centrados no *homo criminalis* ou na estrutura socioeconômica, respectivamente –, os quais, por mais dicotômicos desde a orientação ideológica, mantiveram a mesma metodologia e a mesma finalidade: realizar o diagnóstico da causa da delinqüência e sugerir o prognóstico para sua contenção.

Interessante notar que este modelo de conceber a técnica criminológica abrange desde as tendências etiológicas da criminologia positivista, centradas na patologia do indivíduo delinqüente, às correntes críticas, cuja explicação da criminalidade é reduzida à questão econômica. É possível afirmar, portanto, que a tendência causal, independente do motivo da justificação do crime, segue determinado padrão de proceder ciência.

Neste quadro, é possível sustentar com Elena Larrauri que até a década de 60 a integralidade das teorias exploratórias eram causais, pois "si analizamos la evolución teórica del concepto de causa, veremos que en un inicio todas las teorías criminológicas podían ser acusadas de deterministas. En efecto, todo análisis causal que resalta un factor puede ser acusado de 'determinista', y en este sentido también la criminología crítica."[37]

O câmbio paradigmático é realizado com a teoria do etiquetamento (*labelling theory*), no deslocamento da indagação causal para a avaliação dos processos de criminalização e do funcionamento das agências de punitividade.

37. LARRAURI, Una defensa de la herencia de la criminología crítica, p. 264.

A ruptura criminológica proporcionada pela teoria do etiquetamento possibilitou inclusive a qualificação de inúmeras tendências da criminologia crítica que, ao incorporarem as ferramentas de análise dos mecanismos de criminalização primária (seletividade) e de criminalização secundária (etiquetamento/estigmatização), redirecionaram suas investigações. Atualmente, porém, é possível sustentar que "(...) el vocabulo 'causa' es excesivamente exigente, fuerte o rígido para entender los complejos factores que influyen en el comportamiento delictivo."[38]

A análise dos fatores de risco e da vulnerabilidade ao delito, no que tange aos autores do crime e às vítimas, redefine as pesquisas criminológicas empíricas, de forma a verificar a simplificação dos modelos etiológicos. Outrossim, problematiza de forma qualificada o estudo das distintas formas de manifestação do crime nas sociedades complexas, indicando a impossibilidade de modelo teórico universal que forneça respostas adequadas. Se a teoria do etiquetamento demonstrou inexistir 'o' crime como realidade natural, impossível conceber instrumento de análise empírico ou teórico totalizador. Assim, questionável a defesa de fórmulas unitárias para diagnóstico ou prognóstico frente à pluralidade dos eventos ilícitos.

Importante verificar, igualmente, como estas conclusões atingem não apenas a criminologia, mas o direito penal e processual penal. Se inexiste 'o' delito, inviável pensar dogmática una, alheia aos problemas concretos e aos fatores de risco que caracterizam situações distintas. Neste sentido, imprescindível a abertura da dogmática, iniciando-se pela aproximação com a realidade da vida, pois as peculiaridades das circunstâncias em casos envolvendo drogas, violência de gênero, meio ambiente, sistema financeiro, crimes patrimoniais, p. ex., exigem sofisticação das estruturas do direito e do processo penal, sem que isto represente ruptura com o sistema de garantias. Problemas de fundo como

38. LARRAURI, Una defensa..., p. 264.

a medicalização do direito penal das drogas, o sexismo na abordagem das questões de gênero, o impacto socioeconômico nos crimes patrimoniais, a escassa vulnerabilidade nos crimes societários, a ausência de consciência ambiental nos ilícitos contra a natureza, não podem restar alheios de especificações nas teorias penais e processuais penais. Inconcebível, portanto, na complexidade da vida contemporânea, ensinar e aprender direito e processo penal sem análise dos problemas específicos que envolvem as distintas condutas que conformam o universo de ilicitude.

E se as conclusões advindas da teoria do etiquetamento produziram radical viragem no foco da criminologia, inclusive da criminologia crítica, o direito e o processo penal não podem ficar isentos desta contaminação, sob pena de a lacuna entre normatividade e realidade social atingir nível patológico.

Portanto possibilidade de minimizar a crise das ciências criminais no século XXI, iniciando pela sua propedêutica, é o desenvolvimento do pensamento criminológico problematizador, no qual a criminologia atuaria no campo das investigações empíricas dos fatores de risco, da vulnerabilidade individual e social ao delito, e dos danos produzidos pela atuação das agências de punitividade, propiciando, por outro lado, mecanismos sofisticados, pois ancorados na realidade, de interpretação dogmática. O campo de investigação da criminologia pós-crítica estaria voltado ao estudo do crime e do funcionamento do sistema de justiça penal, conectando-se à dogmática penal com a finalidade de possibilitar chaves de interpretação das variáveis inerentes a cada espécie de conflito.

A criminologia pós-crítica, na configuração do novo modelo integrado de ciências criminais, atuaria como problematizadora da dogmática e facilitadora da política criminal, apontando alternativas à redução dos danos causados pelas violências privadas (delito) e públicas (abuso dos poderes penais). Alternativas que logicamente devem extrapolar o universo da exclusividade da resposta

penal, visto necessário afirmar como meta a ruptura com o narcisismo penal, projetando sua abolição.

16. Bibliografia

ANCEL, Marc. *A nova defesa social.* Rio de Janeiro: Forense, s/d.

ANDRADE, Lédio Rosa. Aproximando a psicologia do direito. In: CERQUEIRA, Daniel Torres & FRAGALE FILHO, Roberto. *O ensino jurídico em debate.* Campinas: Millennium, 2007.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 51, São Paulo, 2004.

ASÚA, Luis Jiménez. *Psicoanálisis criminal.* 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997.

_____. *La vida y el laboratório del derecho*: a propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal, v. 5. Alicante: Doxa, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAETHGEN, Walter Eduardo. Contra a idéia de uma teoria geral do processo. *Revista da Consultoria Geral do Estado*, v. 19, Porto Alegre, 1977.

BECCARIA, Cesare de Bonesana, Marquês de. *Dos delitos e das penas.* 6. ed. São Paulo: Atena, 1959.

BETTIOL, Giuseppe & BETTIOL, Rodolfo. *Instituiciones de derecho penal y procesal.* 6. ed. Padova: CEDAM, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. *Cuestiones sobre el processo penal.* Buenos Aires: EJEA, 1961.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale.* Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal.* Curitiba: Juruá, 1989.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade.* Porto Alegre: Síntese, 1979.

DESCARTES, René. *O discurso do método.* São Paulo: Nova Cultural, s/d.

DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico.* Madrid: Akal, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

_____. *Os anormais.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREUD, Sigmund. Varios tipos de caracter descubiertos en la labor analitica. *Obras completas.* t. III. Madrid: Biblioteca Nueva, 1996.

GRAMATICA, Filippo. *Princípios de defensa social.* Madrid: Montecorvo, 1974.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1984.

IHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano.* Rio de Janeiro: Alba, 1943.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LACAN, Jacques. Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia. *Escritos.* Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. Premissas a todo desenvolvimento possível da criminologia. *Outros escritos.* Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica.* Madrid: Siglo Ventiuno, 1991.

_____. Una defensa de la herencia de la criminología crítica. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 17, Alicante, 2006.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Madri: Instituto Editorial Reus, s/d, t. I.

_____. *La idea de fin en derecho penal*. México: Unam, 1994.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

MARAT, Jean Paul. *Disegno di legislazione criminale*. Milano: Cisalpino, 1971.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. In: HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

OLMO, Rosa del. *Ruptura criminológica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979.

PORTO-CARRERO, J. P. *Criminologia e psychanalyse*. Rio de Janeiro: Flores & Mano, 1932.

ROCCO, Arturo. *El problema del método de la ciencia del derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1982.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2007.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. In: PIERANGELI, J. H. (Coord.). *Direito criminal III*. Belo Horizonte. Del Rey, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*: interpretação da lei e temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. São Paulo: Cultrix, s/d.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 4. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. & SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

3.1 Sistema Prisional

Penas alternativas x prisão: a construção de um *outro* paradigma?

Alessandra Teixeira
Mestre em Sociologia na USP. Advogada.

Fernanda Emy Matsuda
Mestranda em Sociologia na USP. Advogada.

Sumário: Apresentação – 1. Alguns apontamentos críticos – 2. Procedimentos metodológicos: 2.1 Objeto; 2.2 Metodologia de coleta e análise de dados: 2.2.1 Estudo quantitativo; 2.2.2 Estudo qualitativo – 3. Resultados: 3.1 Dados sobre as varas e os serviços; 3.2 Dados de perfil socioeconômico; 3.3 Dados sobre a trajetória no sistema penal; 3.4 Dados referentes ao cumprimento da prestação de serviços à comunidade – 4. Lendo os dados, reinterpretando a realidade: 4.1 Pena alternativa *versus* pena de prisão; 4.2 Perfil dos apenados a penas alternativas; 4.3 Prestação de serviços à comunidade; 4.4 Aspectos estruturais da execução da pena alternativa: 4.4.1 Importância da existência de varas especializadas e a auto-sustentabilidade do serviço de apoio técnico; 4.4.2 Imprescindibilidade da existência e da atuação permanente de membros da Defensoria Pública nas varas; 4.5 Execução e fiscalização das penas alternativas; 4.6 Descumprimento e conversões – 5. Para finalizar – 6. Bibliografia.

Resumo: Este artigo apresenta parte dos resultados de uma pesquisa nacional sobre execução de penas alternativas, realizada nos anos de 2004 e 2005, nas varas e serviços especializados em dez capitais. Ao buscar conhecer o estágio de implementação e de consolidação de uma política pública de alternativas à prisão no país, pôde-se também refletir sobre em que dimensão ocorrem as maiores di-

ficuldades para sua ampliação e efetivação, se nas deficiências físicas e estruturais que o sistema penal prolonga, nos impedimentos legais ou ainda na ordem de representações e resistências dos atores envolvidos na aplicação e execução dessas espécies penais no país.

Palavras-chave: Penas alternativas – Prisão – Execução penal – Sistema de justiça – Política pública – Punição.

Abstract: This article is devoted to presenting part of the results of a national research on alternative sanctions execution, which took place in 2004 and 2005 at the courts of law and specialized services in ten capital cities. Aiming to reach the stage of implementation and consolidation of a public policy concerning the alternatives to prison in Brazil, it was also possible to reflect on where the greater difficulties to their enlargement and their achievement lie – on the structural deficiencies that penal system prolongs, on the legal impediments or on the collection of representations and resistances animated by actors involved in the application and execution processes of these penal sanctions in Brazil.

Keywords: Alternative sanctions – Prison – Penal execution – System of justice – Public policy – Punishment.

Área do direito: Penal; Processo penal

Apresentação

O artigo pretende apresentar os principais resultados da pesquisa *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas,*[1] realizada entre dezembro de 2004 e dezembro de 2005 pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD/Brasil), em virtude de convênio celebrado com o Departamento Penitenciário Nacional

1. As autoras foram responsáveis pela coordenação técnica do projeto e integraram a equipe de pesquisa de São Paulo, da qual também fez parte o pesquisador Messias Basques. Sobre outros pesquisadores envolvidos no projeto, vide nota.

(DEPEN/MJ).[2] A proposta da investigação foi produzir um retrato dos sistemas de execução das penas alternativas a partir de um estudo quantitativo[3] e qualitativo em nove capitais brasileiras – Belém, Belo Horizonte, Campo Grande, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo – e no Distrito Federal.

Para o diagnóstico da realidade da execução das penas alternativas foram coletadas informações a respeito do perfil do indivíduo apenado por essa modalidade de sanção, da identificação dos crimes mais comuns e que realmente resultam na substituição à prisão e do cumprimento dessas penas, em especial a prestação de serviços à comunidade, bem como as formas de monitoramento e fiscalização e o fluxo de sua execução. Outro objetivo da pesquisa foi conhecer o grau de implementação dos serviços de apoio técnico – responsáveis pelo atendimento psicossocial –, o desenvolvimento da rede social e as estratégias de monitoramento e de fiscalização, sobretudo em relação à pena de prestação de serviços à comunidade. Destaca-se, ademais, que é a existência desse serviço de monitoramento e fiscalização que torna possível a execução desse tipo de pena alternativa, sem o que não há como se avaliar seu cumprimento e sua efetividade.

Apenas após a criação, em 2000, da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), órgão vinculado ao DEPEN/MJ, e sua política de fomento à criação desses serviços junto às Varas de Execução nas principais comarcas do país, foi possível dar contornos a uma política nacional de execução de penas alternativas. O que equivale a dizer que,

2. Partes dos resultados dessa pesquisa e, portanto, dos dados ora apresentados neste artigo podem ser encontrados no site www.mj.gov.br/depen (acessar o link "Penas alternativas" e o link "Pesquisa Ilanud"). Este artigo também se remete aos dados e conclusões apresentados na Mesa de Estudos e Debates *Pesquisa de Penas Alternativas* em 28.09.2006 no IBCCRIM.

3. Foram responsáveis pelo tratamento quantitativo dos dados a estatística Eliana Bordini (responsável também pela seleção da amostra) e as processadoras Lílian Lyie Konishi e Patrícia Tavares de Freitas.

antes desse momento, as penas alternativas, quando executadas, eram-no sem que houvesse um sistema propriamente dito,[4] registrando-se nesse período resistências à aplicação em razão da carência de mecanismos de fiscalização. A política levada a cabo pela CENAPA resultou na instalação de algumas varas especializadas e centrais nos Estados por meio de investimentos para a criação de uma estrutura que possibilitasse a existência dos serviços de apoio técnico. Os recursos, conforme se constatou, foram distribuídos de forma variada nos diferentes locais e cobriram gastos tanto com material quanto com pessoal.

Não obstante a criação de varas especializadas na execução de penas alternativas ter consistido numa prioridade para o Ministério da Justiça, até 2005, momento em que o relatório de pesquisa foi concluído, apenas as cidades de Fortaleza (1998), Recife (2001), Porto Alegre (2001), Salvador (2001), Belém (2002), Curitiba (2004) e Aracajú (2005) contavam com varas especializadas na execução de penas e medidas alternativas. Além dessas varas, existiam 39 centrais e 56 núcleos em outras localidades. São Paulo, que concentra mais de 30% das penas alternativas em execução, de acordo com o levantamento feito pela pesquisa, não contava, até meados de 2007, com uma vara especializada para sua execução, que ficava a cargo da Vara de Execuções Criminais da Capital[5] enquanto o monitoramento técnico remanescia à esfera do Poder Executivo que conta com uma central de acompanhamento de penas e medidas alternativas. Atualmente, a condução da política pública voltada para a promoção de penas alternativas está sob a responsabilidade da Coordenação-Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas (CPMA) e, além das varas especializadas mencionadas, foram criadas varas em Manaus e em Vitória.

4. Exceção seja feita à Vara de Execução de Penas Alternativas de Fortaleza, criada em 1998, e à experiência do programa de Porto Alegre, que remonta a 1987, muito embora a vara só tenha sido ali instalada em 2001.

5. Em junho de 2007 o Tribunal de Justiça criou mais três varas de execuções criminais na capital, uma delas destinada a "liberados" o que incluirá, entre outros condenados, os apenados por penas alternativas. Até o momento, contudo, os serviços técnicos de monitoramento e avaliação continuam a cargo da Secretaria de Administração Penitenciária.

Neste artigo serão apresentados os dados quantitativos referentes a três capitais estudadas: São Paulo, Porto Alegre e Fortaleza,[6] *procurando-se atender nessa escolha critérios de maior representatividade em termos numéricos (São Paulo), antigüidade das varas e consolidação dos serviços (Porto Alegre e Fortaleza) e consistência dos dados coletados, que alcançaram nessas capitais maior grau de confiabilidade estatística.*

1. Alguns apontamentos críticos

Discutir o atual estágio de implementação das penas alternativas em nosso país é tarefa que impõe uma reflexão de fundo. Não há como diagnosticar sucessos e insucessos de determinada política criminal, ou ainda de determinado aspecto dessa política, sem voltarmos às suas bases de legitimação.

Em termos de antecedentes históricos, não é de hoje que se constatam penas diversas da privação de liberdade. Como demonstra Foucault (2001), é somente a partir do século XVIII que a prisão passa a ser a resposta penal por excelência, prevalecendo sobre as demais modalidades de sanção até então em vigor e alastrando sua natureza a todas as instituições da vida social. O advento da pena de prisão está, portanto, inserido no contexto de tentativa de racionalização das práticas punitivas, fruto do pensamento liberal. Entretanto, como aponta o mesmo autor, "permanece (...) um fundo 'supliciante' nos modernos mecanismos da justiça criminal – fundo que não está inteiramente sob controle, mas envolvido, cada vez mais amplamente, por uma penalidade do incorporal" (p. 18). Ou seja, embora exista uma mudança na finalidade da pena – da vingança à disciplina dos corpos – persiste o sofrimento produzido pela sanção, que vem a ser alvo de críticas.

6. Em Porto Alegre, a equipe de pesquisa foi composta pelo pesquisador responsável Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e pelos assistentes de pesquisa Eduardo Pazinato da Cunha e Consuelo da Rosa e Garcia. Em Fortaleza, a equipe contou com o pesquisador responsável Geovani de Oliveira Tavares e os assistentes de pesquisa Luiz Fabio da Silva Paiva e Beatriz Mascarenhas Silva.

Diferentemente de outras nações que foram influenciadas pelas concepções burguesas, as instituições brasileiras não foram fulcralmente afetadas. Consoante Salla (1997), "enquanto nos Estados Unidos e na Europa a pena de prisão passa a ser empregada simultaneamente à ampliação dos direitos do indivíduo como cidadão, esta mesma pena começou a ser utilizada no Brasil quando ainda conservava uma estrutura social cindida pelo escravismo e pelas diferenças e distâncias no acesso dos indivíduos à lei" (p. 12).

Os estudos sobre o funcionamento da justiça criminal brasileira, produzidos de modo mais sistemático a partir da década de 70, acabam por atestar a longeva tradição de tratamento desigual daqueles que atravessam o sistema penal e enfrentam sua seletividade, assim como as atrocidades de um sistema punitivo que produz e banaliza formas de violência cotidiana como as torturas nos estabelecimentos de custódia e detenção.

No que se refere às concepções sobre a punição e as finalidades atribuídas à prisão, é certo que, no plano internacional, num plano mais geral, é sobretudo a partir do pós-guerra que começa a se identificar um deslocamento do paradigma informador do campo de repressão ao delito, introduzindo-se pressupostos mais humanizadores ao cumprimento da pena e a idéia de ressocialização do indivíduo encarcerado. O marco desse novo tratamento da questão da punição pode ser demarcado com a aprovação das *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* em 1955, pelas Nações Unidas, que dá início àquilo que Garland (2001) denomina *bem-estar penal*, ou seja, um complexo de experiências que passaram a definir uma política criminal de matriz progressista e garantista, centrada no caráter reintegrador da prisão, que teria vigorado até meados da década de 70 nos países que igualmente experimentaram o estado de bem-estar social.

Embora não tenha havido uma mudança substancial nos mecanismos punitivos, que apenas ajustaram-se a um novo projeto, o propósito declarado da pena não mais se apresentava como o de retribuir o mal causado e, sim, o de reabilitar

o indivíduo que cometeu o crime. Gradualmente, adotaram-se modalidades de sanção penal que estivessem em harmonia com essa tendência mundial. Azevedo (2005) retrata esse processo, oferecendo como exemplo a adoção, em 1948, da prisão de fim de semana e, em 1972, do trabalho comunitário na Inglaterra,[7] tendo sido essa medida seguida por outros países europeus como Portugal, França, Alemanha e Espanha.

No Brasil, a recepção de uma filosofia desprisionalizadora ocorreu de modo bastante tardio em relação a outros países de capitalismo avançado, tendo sido recepcionada pelo ordenamento nacional quando já se encontravam em declínio das sociedades de capitalismo avançado (Teixeira, 2006). No país, embora algumas iniciativas pontuais lograssem implantar alternativas ao encarceramento desde os anos 60 – como foi o caso do instituto da prisão-albergue idealizado por Manoel Pedro Pimentel e executado primeiramente pelos provimentos XVI/65 e XXV/66, expedidos pelo Conselho Superior da Magistratura, e depois pela Lei 6.416/77 (Pimentel, 1978) – a idéia de um sistema de penas efetivamente alternativo à prisão permaneceu estranha ao ordenamento jurídico até a redemocratização.

A transição do modelo autoritário de Estado para a democracia constituiu a conjuntura sob a qual transcorreram a reforma da Parte Geral do Código Penal e a edição da Lei de Execução Penal, ambas de 1984, e a promulgação de uma nova Constituição, em 1988. No bojo das novas circunstâncias que se impunham, as transformações legislativas foram determinantes para que todo um

7. Embora haja autores (Bittencourt, 1993, Dotti, 1998 e Azevedo, 2005) que destaquem a inserção da prestação de serviços à comunidade no Código Penal soviético em 1926 como um antecedente das alternativas penais, é impossível falar em ideal ressocializador sob um Estado autoritário, especialmente o stalinista, em que houve o recrudescimento da aplicação do mesmo código. A perspectiva aqui assumida é a de que as alternativas à prisão, da maneira como devem hoje ser entendidas, refletem a mudança de um paradigma. Caso contrário, seria possível dizer que toda e qualquer pena diversa da prisão – inclusive a pena de morte – é alternativa, o que não é procedente.

ordenamento condizente fosse desenhado e, no que toca às penas alternativas, para que se consolidasse um edifício jurídico sobre o qual o sistema de aplicação e execução – a partir de então sistematicamente jurisdicionalizada – passasse a se desenvolver. A Carta Constitucional de 1988 reafirmou os dispositivos consagrados pela reforma da Parte Geral do Código Penal e pelo texto da LEP[8] e avançou em muitos outros aspectos.

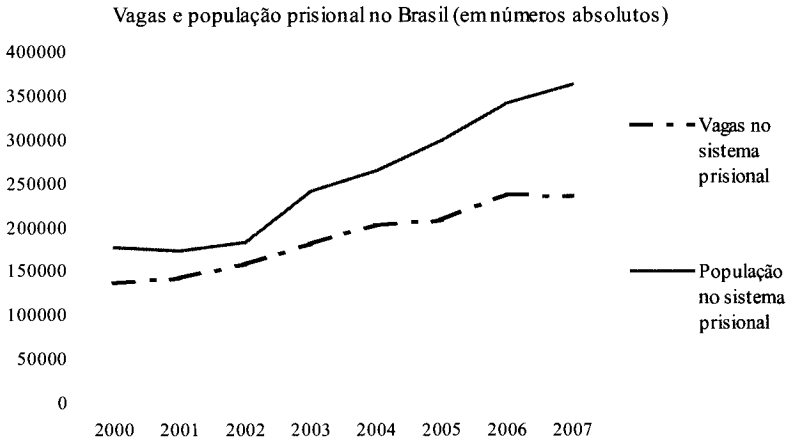
Como aponta Martins (2004), a inauguração do sistema de substitutivos penais em 1984 objetivava ao mesmo tempo não banalizar a intervenção penal e não permitir seu esvaziamento. No mesmo sentido, pondera o autor, esse novo sistema pôde, de certo modo, impor maior rigor penal ao introduzir o cumprimento efetivo de penas em detrimento de modalidades ditas inoperantes como o *sursis*, sem com isso se traduzir em maior aprisionamento.

Apesar da maior oferta de alternativas penais, a experiência nacional e internacional tem demonstrado que, ao contrário do que se pensa, as penas alternativas não lograram substituir a prisão de forma efetiva. O que se verifica, ao contrário, é um crescimento cada vez acelerado da população prisional. Entre 2000 e junho de 2007 o número de vagas em unidades prisionais do país passou de 135.710 para 233.907, um aumento de 72,36%.[9] A população prisional, no mesmo período, aumentou 106,21%. O incremento punitivo – efeito inverso ao esperado quando do surgimento das penas alternativas – é patente: dados de 2006 revelam que 71,1% da população prisional cumpriam pena em regime fechado, 22,3% com penas de até 4 anos de duração, 29,1% com penas entre 4 e 8 anos e 22,1% com penas entre 8 e 15 anos.[10] No que se refere aos direitos previstos na Lei de Execução Penal, tem-se que apenas 22,7% dos presos trabalhavam.

8. Especialmente no que tange às garantias penais e aos tipos de sanção, previstos no inciso XLVI do art. 5.º da CF/88.

9. Infopen.

10. Infopen.



Fonte dos dados: Infopen (de 2000 a junho de 2007)

A hipótese da ampliação da rede de controle social ou, ainda, de ampliação dos dispositivos punitivos do Estado, deve ser cuidadosamente considerada no delineamento de uma política dos substitutivos penais. É o que demonstra Cohen (1979) ao concluir que as alternativas à prisão não acarretam a diminuição da população prisional e instauram um sistema de controle social formal mais difuso e, em última instância, insidioso, ao aumentar o alcance dos dispositivos penais e ao tornar mais porosos os filtros do sistema (*widenning the net and thinning the mesh*).

Não obstante, é pertinente a crítica de Azevedo (2005) no que concerne ao fato de terem sido os substitutivos penais idealizados no bojo do paradigma positivista, a despeito das teorias do *labelling approach* e da criminologia crítica, que se remetem, simplificadamente, ao enfoque não no crime e no criminoso ontologicamente considerados, mas nos processos sociais que levam à definição do crime e do criminoso, relativizando o objeto e a função do direito penal. Desse modo, não houve uma transformação dos mecanismos penais, que não se deixaram reformar de acordo com uma nova concepção efetivamente *alternativa*

– tanto é que as próprias penas alternativas foram inseridas na legislação pátria de modo a pender inescapavelmente sobre o condenado a ameaça da privação de liberdade.

O descompasso está instalado na própria dimensão normativa da Lei 9.714/98, uma vez que se desenha um sistema de substituição em que a pena principal é a prisão, afastando as possibilidades para os que cometem os chamados delitos violentos, para os reincidentes e, além disso, estabelecendo o que não deixa de ser um juízo de periculosidade, pois, se a análise dos requisitos objetivos antecede os subjetivos, parece evidente que, ao fim, funcionam como critérios subjetivos fundados nas condições pessoais do condenado para não conceder a substituição: se um condenado não preenche os requisitos objetivos não terá sua pena substituída; porém, se os preenche, ainda assim o juízo de suficiência baseado em tais elementos subjetivos poderá não recomendar a substituição.[11]

Pode-se afirmar que o empreendimento que resultou na Lei 9.714/98 está em harmonia com a lógica da retribuição, pois objetiva, ainda, infligir algum sofrimento equivalente ao injustamente produzido. Assim, a concepção de que é necessário restringir o uso da prisão acaba por ser substituída pela proliferação dos mecanismos alternativos à privação de liberdade, que não se identifica com iniciativas despenalizadoras ou, ainda, descriminalizadoras.

Na perspectiva de Martins (2004), a Lei 9.714/98 teria ainda atacado a arquitetura legal desenhada pela Lei 7.209/84, ao inflacionar as espécies penais não operantes – como as ditas negativas, como a proibição de freqüentar determinados lugares, que é, diga-se, inconstitucional, já que fere o princípio da estrita legalidade na visão do autor e de boa parte da jurisprudência – e também se mostrando ineficaz pela ausência de normatividade quanto à sua execução. Desse modo, conclui o autor que a Lei 9.714/98, ao invés de ser um meio de ampliação e fortalecimento das

11. Segundo Miguel Reale Júnior (2004), "a periculosidade adentra no sistema pela porta de trás (...) ao permitir que poderá haver a substituição da pena privativa por restritiva de direitos se a medida for socialmente recomendável".

medidas alternativas ao encarceramento, prestou-se puramente ao fortalecimento do papel simbólico da repressão penal, alastrando penas cosméticas e propiciando a banalização da intervenção penal na vida social.

No caso brasileiro, mesmo que se propague um discurso tático de demonização da privação de liberdade, o sistema revela uma profunda ambigüidade, expressa no caso dos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça. A partir dessa divisão singela entre crimes violentos e não violentos, passam a conviver, sob a mesma política criminal, dois subsistemas penais com regras e procedimentos distintos para duas clientelas de estratos sociais igualmente distintos (Zaffaroni, 2005). Frise-se a leitura de Jackson de Azevedo (1999) das penas alternativas como complemento à prisão, "para abranger uma clientela que nunca foi a da prisão".

Também em relação ao Brasil, é conveniente destacar a persistência do positivismo penal permeado pela tradição paternalista do Estado, herança do passado colonial não superado, que se outorga a tarefa de permitir o acesso do cidadão aos serviços públicos através do exercício do direito de punir. É recorrente a convicção de que a pena tem a função de melhorar o indivíduo e na seara das alternativas penais posições nesse sentido foram identificadas com freqüência.

A Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, também contribuiu para a ampliação da rede de controle social, como aponta Karam (1999), ao instituir uma modalidade de punição antecipada. Porém, o elemento mais grave em relação às penas e às medidas alternativas é que ambas vêm sendo executadas indistintamente. Não só a pena alternativa é encarada, ao longo da execução, como um *benefício*, como também a medida alternativa é vista, pelos órgãos responsáveis pela fiscalização, como uma *condenação*.

Um outro problema a ser apontado é a desarmonia do sistema de penas alternativas em face dos JECrims, pois as medidas podem ser aplicadas nos casos de crimes cometidos com grave ameaça ou violência à pessoa. Há, ainda, uma so-

breposição na aplicação, especialmente depois da Lei 10.259/2001, que alterou a definição de crimes de menor potencial ofensivo ao aumentar o *quantum* da pena, hoje absolutamente pacificado pela Lei 11.313/2006.

É justamente sobre toda essa dimensão da política criminal de penas alternativas que a pesquisa procurou deter-se, aferindo suas características e seu grau de estruturação para a execução, fiscalização e, conseqüentemente, obtenção de suas finalidades declaradas.

Do ponto de vista sociológico, as normas são eficazes quando as condições socioeconômicas, políticas, culturais e ideológicas favorecem seu reconhecimento e aceitação por seus destinatários. Essa dimensão substantiva possibilita uma dupla análise: a visão crítica dos objetivos previstos pelas normas, e seu resultado em determinado contexto sociopolítico, e a avaliação histórica da efetiva aplicação material das normas diante de valores culturais enraizados entre os diferentes destinatários das leis em um determinado sistema social (Faria, 1993).

Entretanto, como ensina Garland (2002), "regimes politicamente fortes não têm nenhuma necessidade de se apoiar em sanções especialmente punitivas. A repressão pode ser símbolo de força, mas pode também ser interpretada como sintoma de falta de autoridade e como inadequada". É imprescindível assumir o papel subsidiário do direito penal na vida social, elegendo situações determinadas – e determinantes – em que se deve dar sua incidência. O que se observa, contudo, é que a mínima intervenção, que diz respeito a não utilização do sistema penal para todos os casos, tem sido equivocadamente interpretada como a intervenção mínima, que leva a uma medida que, embora dotada de baixo teor repressivo, é tomada em todo e qualquer caso.

É assim, justamente sobre toda essa dimensão da política criminal de penas alternativas que a pesquisa procurou deter-se, aferindo suas características e seu grau de estruturação para a execução, fiscalização e, conseqüentemente, obtenção de suas finalidades declaradas.

2. Procedimentos metodológicos

2.1 Objeto

Por razões de ordem metodológica, foi importante definir o objeto de tratamento levando-se em conta a distinção ontológica entre as penas alternativas propriamente ditas – compreendendo as substitutivas previstas na normativa instituída pela reforma de 1984 do Código Penal, as originárias previstas nas legislações especiais e a pena de multa – e as medidas alternativas. As medidas alternativas, em verdade, não correspondem a penas propriamente ditas, mas a institutos destinados a evitar a aplicação ou a execução de uma pena, previstos pela Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais.

As penas alternativas resultam de uma sentença condenatória transitada em julgado, que atribui, em caráter substitutivo ou originário, uma das modalidades das penas restritivas de direito[12] previstas no Código Penal – prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana – ao passo que as medidas resultam de procedimentos em princípio "despenalizadores" e diversos do processo penal tradicional. São eles: a composição, a transação e a suspensão condicional do processo.

A confusão ocorre porque as medidas se expressam através das mesmas espécies previstas como penas restritivas de direito pelos incisos do art. 43 do CP, sem, contudo, representarem e terem os efeitos de uma pena. Dessa maneira, no caso de descumprimento de uma medida não pode ocorrer a conversão para uma

12. O Código Penal brasileiro adota a terminologia *penas restritivas de direito*, que além de mais técnico, tem um caráter mais restrito do que penas alternativas. Em princípio sob a denominação *penas alternativas* incluir-se-ia toda sanção alternativa diversa da prisão, englobando, além das espécies previstas no art. 43 do CP, a multa, as penas previstas na Lei Ambiental, no Código de Trânsito e na antiga Lei de Falências, em caráter originário.

pena mais gravosa como a privativa de liberdade, e, sim, a retomada do procedimento nos JECrims a partir do ponto em que foi suspenso.

Tal diferenciação, que não se dá apenas no âmbito conceitual, mas que se reflete em dinâmicas de cumprimento absolutamente distintas, impôs que se delimitasse o objeto da pesquisa a uma ou a outra modalidade. Tendo em vista a natureza dos dados a serem pesquisados e a necessidade de buscá-los nos processos judiciais – diante do modelo jurisdicionalizado de execução penal em nosso ordenamento –, foi imprescindível buscar informações dentro de uma razoável série histórica e considerando os serviços instalados há tempo suficiente para sua avaliação.

Muito embora só a partir de 2000 tenha sido possível delinear-se uma política pública nacional para a execução de penas alternativas, é verdade que, ainda que em caráter não sistemático e com sérias limitações quanto ao monitoramento e a fiscalização, as penas restritivas de direito já vinham sendo executadas pelas Varas de Execução Criminal no país desde 1984 quando passaram então a serem previstas no ordenamento jurídico penal. Do mesmo modo, após a política de fomento empreendida pela CENAPA a partir de 2000, foram também essas penas as primeiras a serem contempladas pelo sistema que estimularia a criação de serviços e a formação da rede social necessária para o acompanhamento e a fiscalização dessas espécies penais.

Só mais recentemente, o acompanhamento – e não a execução, por não se tratar de penas – das medidas alternativas, oriundas dos procedimentos previstos na Lei 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Criminais, passou a ser também contemplado por essa política de fomento, de modo que algumas varas e serviços já instalados passaram a estender sua competência para o monitoramento também de medidas alternativas.

Desse modo, a opção por trabalhar com penas alternativas em estreita correspondência com o que a teoria define, tal como acima exposto, se justifica por ser aquela que apresentou maior viabilidade e confiabilidade em termos dos

objetivos estabelecidos. Assim, definiu-se como objeto as penas restritivas de direito, aplicadas em caráter originário ou substitutivo.

O objeto da pesquisa pode ser descrito como as penas restritivas de direito, nas espécies previstas pelo art. 43 do CP – prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana – aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade ou em caráter originário, por varas criminais das Capitais selecionadas, em âmbito estadual. Não foram incluídos, desse modo, a pena de multa, o *sursis* e as medidas alternativas.

2.2 Metodologia de coleta e análise de dados

2.2.1 Estudo quantitativo

O universo de investigação constituiu-se dos processos de penas restritas de direitos em andamento nas varas de execução nas capitais estudadas, no momento da coleta de dados (abril de 2005), a partir das listagens (impressas ou arquivo eletrônico) fornecidas pelos cartórios de cada vara. Em São Paulo, não tendo sido possível obter uma listagem, uma vez que não há um sistema de informações que proceda a esse levantamento, a seleção da amostra ocorreu de modo físico, tendo em vista que o cartório apenas executa as espécies penais objeto dessa pesquisa.

Na construção das amostras foi definido o parâmetro P como a proporção de processos que apresentam determinada característica. Admitiu-se uma margem de erro K = 5% na proporção estimada P e um nível de significância $\alpha = 5\%$. Optou-se, por razões de ordem metodológica, em trabalhar com coeficientes de variação não superiores a 20%. Tal escolha garantiu uma menor margem de erro e maior confiabilidade aos dados produzidos. Em muitos momentos, pelo baixo percentual de incidência apresentado, as categorias acabaram por superar tal coeficiente de variação, de modo que, nesses casos, o dado não pôde ser divulgado.

Abaixo o universo de processos, as amostras planejadas e obtidas e a margem de erro nas capitais selecionadas neste artigo:

Capital selecionada	*Universo de processos*	*Amostra planejada*	*Amostra obtida*	*Margem de erro*
Fortaleza	804	267	267	5,0%
Porto Alegre	687	253	264	4,8%
São Paulo	5.963	375	408	4,7%

2.2.2 Estudo qualitativo

Paralelamente à coleta de dados quantitativos, realizou-se um levantamento de informações a respeito dos programas de execução de penas alternativas, com o propósito de delinear não só sua estrutura física e pessoal, mas, também, pensamentos e convicções que interferem em seu funcionamento cotidiano e acabam por definir a dinâmica de trabalho. Para a consecução da pesquisa, adotaram-se como estratégias para a coleta de dados o estudo exploratório, a observação direta, a entrevista semi-estruturada e a pesquisa documental.

O estudo exploratório exigiu a elaboração de um roteiro que guiasse os pesquisadores para a aferição inicial da possibilidade de realização da pesquisa em cada capital. O roteiro teve, portanto, importância tanto para a averiguação preliminar do volume de trabalho e da organização do cartório, item essencial para a pesquisa quantitativa, quanto para a apreensão preliminar de algumas características peculiares a cada capital.

Tendo em vista a intenção do trabalho de constatar de que maneira ocorre a execução em vários âmbitos, retratando as particularidades de cada unidade federativa sob análise, fez-se a opção pela observação direta, que tem lugar privilegiado na antropologia e que se mostrou fundamental para a pesquisa. Procurou-se aferir a qualidade da estrutura física das varas e dos cartórios e a interação de todos os atores, tanto no dia-a-dia quanto em momentos considerados cruciais, como o

atendimento pelos funcionários, a audiência admonitória, a audiência de advertência, a entrevista pela equipe técnica etc. A partir desse panorama, pretendeu-se buscar elementos que possibilitassem a formulação de padrões de funcionamento e, eventualmente, a identificação de boas práticas que pudessem ser reproduzidas em outros lugares. A observação direta foi fundamental para a pesquisa, pois, aliada aos dados quantitativos, contemplou os significados mediadores entre as estruturas sociais e a ação humana, de modo a oferecer subsídios para reflexão e reconstrução da análise pelo pesquisador.

Um outro instrumento de investigação que serviu à pesquisa foi a entrevista semi-estruturada, que se deu por meio da aplicação de um pequeno número de perguntas abertas. A entrevista realizada pode ser considerada documentária (Thiollent, 1987) na medida em que visava à coleta de informações sobre fatos exteriores, sobretudo a respeito do histórico de criação e de instalação dos serviços de execução de penas alternativas.

Além desses instrumentos empregados, lançou-se mão da pesquisa documental, que incidiu sobre jornais, periódicos variados, material de divulgação das varas, entre outros, que ora foi útil para suprir lacunas na trajetória de cada programa, ora para oferecer outras informações importantes sobre a execução das alternativas penais na capital examinada.

3. Resultados

3.1 Dados sobre as varas e os serviços

Os precedentes da instalação de um programa coordenado para a execução de penas alternativas em Porto Alegre remontam ao período de 1985 a 1987, quando houve os primeiros encaminhamentos de prestadores de serviços a entidades. Contudo, a experiência foi considerada negativa por não estar à disposição uma estrutura adequada ao acompanhamento do cumprimento da pena. Por conseguinte, implantou-se um projeto-piloto de prestação de serviços à comunidade aplicada nos casos de pena restritiva de

direitos e suspensão condicional da pena. Por meio de convênio firmado entre a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, a Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre e o Departamento Penitenciário Nacional, teve início, em setembro de 1987, a implantação do projeto. Os recursos foram utilizados para a contratação de profissionais de serviço social e estagiários de direito que realizaram o cadastramento das instituições que receberiam os prestadores de serviço. Essas instituições passaram a contar com o trabalho dos prestadores de serviço à comunidade a partir de junho de 1988. Um ano depois, o projeto foi institucionalizado, com a incorporação de assistentes sociais concursados, em desvio de função. A equipe técnica passou a desenvolver, então, um trabalho com as instituições assistenciais de Porto Alegre, cadastrando-as, providenciando a assinatura de convênio e realizando a análise dos processos, selecionando aqueles compatíveis com o projeto. Considerando os resultados positivos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assumiu a responsabilidade pela contratação da equipe técnica e pela fiscalização de seu trabalho, incorporando-a a seus quadros. Foi desse modo que se deu a mais antiga experiência de implementação de um serviço de monitoramento e fiscalização para execução de penas alternativas no Brasil, ainda que sem a dotação de uma vara especializada, o que ocorreu muitos anos depois.

Desde a implantação dos Juizados Especiais Criminais, em 1996, a execução das medidas alternativas passou a ser atribuição do que na época era um juizado dentro da Vara de Execuções Criminais. Em 2001, houve o desmembramento da Vara de Execuções Criminais (VEC) e a criação da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas (VEPMA). Uma particularidade pôde ser constatada em Porto Alegre: a equipe técnica é responsável apenas pela prestação de serviços à comunidade, estando as outras penas sujeitas à fiscalização da outra parcela da equipe da vara. A Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas é responsável pelo acompanhamento de todas as penas e medidas alternativas aplicadas na comarca. Com relação à equipe técnica, dadas a consolidação do serviço e sua autonomia, pôde-se constatar que em muitos momentos as posições do juízo e dos técnicos nem sempre eram harmônicas, uma vez que, diferentemente de outras capitais

pesquisadas, na VEPMA de Porto Alegre não há uma centralização dos trabalhos na figura do juiz ou da equipe técnica, havendo uma distribuição de atribuições e poderes, absolutamente saudável para o serviço, muito embora sujeita à existência de conflitos. A Defensoria Pública se faz presente por meio de defensores designados para atuarem na VEC e na VEPMA, havendo uma demanda superior à oferta, como se observou em todas as capitais estudadas. Todos os funcionários são concursados, tanto os que atuam no cartório da VEPMA quanto os que atuam no setor de atendimento psicossocial. O setor de atendimento psicossocial da VEPMA conta hoje com profissionais para o acompanhamento da prestação de serviços à comunidade e para o acompanhamento da liberdade condicional.

Observa-se, assim, que do ponto de vista da auto-sustentabilidade a VEPMA de Porto Alegre foi a única estudada que preencheu seus requisitos, pois a criação de cargos e a autonomia de recursos repassados pelo Tribunal de Justiça não têm qualquer dependência de convênios com outras instâncias do Poder Judiciário ou com entidades privadas. Esse quadro pode ser atribuído em parte à própria antiguidade do serviço e, sobretudo, ao fato de se ter estruturado ao longo dos anos a partir da mobilização do ator que deve ser central nesse processo, qual seja, o Poder Judiciário.

Notou-se que há, por parte dos serventuários, preocupação em esclarecer as diferenças entre os cumpridores de pena e de medida, especialmente no atendimento dado no balcão. Registrou-se, ainda, que nessa mesma ocasião as informações, tanto sobre as penas quanto sobre as medidas, eram transmitidas sob a concepção de que se tratava da outorga de benefícios que poderiam ser revogados no caso de descumprimento. Novamente a idéia do apenado como beneficiário é desenhada e sempre atrelada a uma advertência quanto ao não cumprimento. O monitoramento de penas e medidas de modo conjunto, notadamente no que se refere ao trabalho da equipe técnica, provoca reações e posturas que, embora advenham de profissionais que lidam de modo qualificado com o tema, refletem representações presentes no imaginário social e no senso comum a respeito do

crime e dos criminosos. Observou-se que há uma preocupação por parte dos técnicos em relação ao monitoramento conjunto e uma percepção de que há uma iniqüidade intrínseca no sistema que dispensa o mesmo tratamento a apenados, especialmente os condenados por tráfico e roubo tentado, e a pessoas submetidas às medidas previstas no procedimento dos Juizados Especiais Criminais. Tal percepção se funda em outra, que estabelece um par de representações dicotômicas atribuídas a essas duas categorias de indivíduos: os criminosos perigosos e "de carreira", de um lado, para se referir aos apenados, e pessoas vivenciando conflitos interpessoais e sem envolvimento criminal, de outro, em referência à clientela dos JECrims.

Muito embora tenha-se notado em Porto Alegre uma valorização da cultura das alternativas à prisão, questiona-se em que medida essa cultura está consolidada a partir de princípios propostos para sua efetivação, arriscando comprometer o que parece mais essencial nessas medidas: a participação da sociedade no processo de reinserção social.

A Vara de Execução de Penas Alternativas de Fortaleza foi criada em novembro de 1998 pela Lei Estadual 12.862, que transformou a 2a Vara das Execuções Criminais, Corregedoria de Presídios, *habeas corpus* e Cumprimento de Precatórias da Comarca de Fortaleza em Vara de Execução de Penas Alternativas. As competências do juiz da VEPA foram definidas pelo mesmo instrumento legal, resumindo-se, essencialmente, na execução e fiscalização das penas restritivas de direitos de apenados residentes na comarca de Fortaleza.

Por meio de provimento do Tribunal de Justiça do Estado, foi estendida a competência da VEPA ao monitoramento e à fiscalização das medidas aplicadas em razão de transações penais, oriundas dos Juizados Especiais Criminais da capital. Nessas hipóteses, compete à VEPA o monitoramento e a fiscalização das medidas previstas na Lei 9.099/95, mas não decisões de caráter jurisdicional, como conversão e extinção da pena, havendo remessa dos autos, em tais casos, ao JECrim de origem para a decisão. Evitam-se, com tais procedimentos,

distorções no acompanhamento de medidas alternativas e o perigo de equiparálas em sua dinâmica de cumprimento às penas alternativas, não obstante o tratamento dispensado nos atendimentos pelo corpo técnico e pelo pessoal do Judiciário seja o mesmo.

A cidade de São Paulo apresenta uma peculiaridade no que se refere à execução e ao acompanhamento de penas e medidas alternativas relativa à divisão de competências e de atribuições. Diferentemente das demais capitais estudadas – à exceção de Salvador –, em São Paulo, bem como em todo o Estado, a execução das alternativas penais, no que tange ao aspecto jurisdicional e à titularidade, é de competência da vara de execuções criminais. O monitoramento e a fiscalização, contudo, estão a cargo do Poder Executivo, mais propriamente da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado, por meio das centrais de penas alternativas criadas para essa finalidade.

A Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo (VEC), embora executasse penas restritivas de direito desde 1984, somente estabeleceu bases para a instalação de um sistema de monitoramento e fiscalização a partir de 1997. Antes disso, relata-se a existência de convênios com órgãos da prefeitura e de algumas Secretarias de Estado, mas sem um caráter contínuo que viabilizasse um sistema como o que viria a se formar a partir de então.

Por meio da Portaria 8/97 da Corregedoria de Presídios do Estado de São Paulo, o então juiz da VEC credenciou a Divisão do Serviço Social da Coordenadoria dos Estabelecimentos Carcerários, a extinta COESPE, "como órgão público apto a administrar a prestação de serviços gratuitos voltados à comunidade, por parte de condenados a esta modalidade de pena restritiva de direitos".[13] Com esse ato, o Poder Judiciário transferiu ao Executivo todo o procedimento de monito-

13. Em 1999, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, através do Provimento CG 43/99, credenciou a SAP também como órgão público auxiliar apto a administrar a PSC decorrente da transação criminal oriunda dos JECrims e do JECrimFam na capital. Desse modo, a central passou a se denominar Central de Penas e Medidas Alternativas, monitorando ambas as espécies.

ramento e fiscalização das penas alternativas – captação de entidades, avaliação do apenado, seu encaminhamento à entidade e a fiscalização do cumprimento da pena –, remanescendo à VEC as questões decisórias a respeito da conversão, manutenção da pena e extinção da punibilidade; enfim, tudo o que diz respeito, em última análise, ao próprio caráter jurisdicional da execução penal garantido pelo ordenamento jurídico nacional. Essa bipartição, muito embora tenha criado um sistema de monitoramento até então inexistente, apresenta inconvenientes para a execução, exatamente por estar disposta em dois órgãos institucionais que realizam um serviço que exigiria uma unidade. Nesse sentido, as dificuldades são várias e abrangem desde o deslocamento de apenados a instâncias diversas até a perda de informações.

Verifica-se, ainda, a existência de uma parceria com a Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), vinculada à Secretaria Estadual de Educação do Estado de São Paulo. A FDE é credenciada para o monitoramento das penas restritivas de direito desde 1989. Hoje, atende a cerca de 20% dos encaminhamentos para a prestação de serviços à comunidade feitos pela VEC.

3.2 Dados de perfil socioeconômico

Ainda que as mulheres sejam menos numerosas no sistema penal, os dados de perfil demonstram que a quantidade de mulheres que cumprem penas alternativas é consideravelmente maior em comparação com as que cumprem pena de prisão. Nas cidades de São Paulo, Porto Alegre e Fortaleza, os dados coletados a partir dos processos de execução de penas alternativas revelam que as mulheres perfazem, respectivamente, 8,1%, 15,9% e 11,6% da quantidade total de pessoas que cumprem pena alternativa. Tomando-se para comparação os dados relativos ao sistema penitenciário,[14] tem-se uma diminuição bastante significativa, pois no

14. Dados do Infopen relativos a junho de 2007.

Rio Grande do Sul são apenas 2,2% de mulheres e no Ceará, 2,6%. No estado de São Paulo a diferença é mais sutil, sendo 6,8% a porcentagem de mulheres na população prisional, que pode ser considerada alta em face dos índices de encarceramento feminino dos demais estados.

Considerando as pessoas que cumprem pena alternativa na capital paulista, o número de brancos é aparentemente superior (60%) ao de pardos (27,9%) e ao de negros (9,1%).[15] No entanto, quando se cotejam esses resultados com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[16] referentes à distribuição da população por raça em São Paulo, obtêm-se 70,7% de brancos, 22,9% de pardos e 4,4% de negros.

Em Porto Alegre, quanto à categoria raça ou cor, houve um número importante de casos (21,6%) em que não houve registro. Essa informação é, em tese, colhida na polícia e copiada na carta de guia pelo cartório da vara criminal, mas, como se averiguou, sem uma estrita sistematicidade. Os dados coletados indicam que o percentual de brancos é significativamente superior (58,3%), seguido por negros (11%) e pardos (9,1%). Apesar de esses dados terem sido preenchidos pelos policiais, e não auto-atribuídos como a coleta do IBGE,[17] é importante considerá-los em conjunto com a distribuição da população do Rio Grande do Sul por cor e raça: 86% de brancos, 7,48% de pardos e 5% de negros.

Nota-se que nos dois estados há uma sobre-representação de negros e pardos em detrimento de uma menor representação de brancos. Essa "promoção diferencial" é marcante na lógica de funcionamento do sistema de justiça e o é ainda mais no sistema carcerário. Os dados relativos à população penitenciária do estado de São Paulo apontam a existência de 47,1% de brancos, 35,5% de pardos e

15. A fonte dos dados foram os autos dos processos de execução de penas alternativas.
16. Dados de 2000 do Censo IBGE, para o meio urbano.
17. Dados de 2000 do Censo IBGE.

de 17% de negros,[18] enquanto no Rio Grande do Sul a distribuição da população carcerária de 67,7% brancos, 19,5% pardos e 12,3% negros.

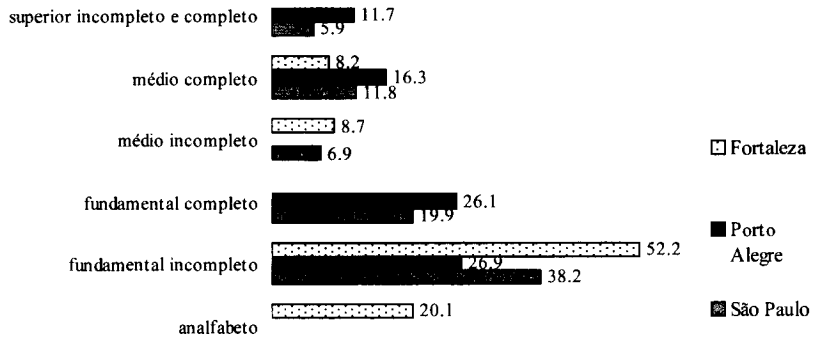
Em Fortaleza, a informação referente à cor ou raça da pessoa que cumpre pena alternativa não aparece nos autos dos processos de execução, nem nos relatórios da entrevista psicossocial realizada pela equipe técnica, razão pela qual não houve a produção do dado.

A escolaridade das pessoas que cumprem pena alternativa também é um dado que deve ser analisado à luz dos dados relativos à população prisional, especialmente para verificar em que medida os perfis se afastam ou se aproximam e, por conseguinte, qual a abrangência do espectro da intervenção penal.

Os mais baixos índices de escolaridade entre as capitais estudadas foram registrados em Fortaleza: 52,2% com fundamental incompleto e 20,1% de não alfabetizados, sendo que em São Paulo e em Porto Alegre o número de analfabetos não atingiu um número significativo. Em Porto Alegre, a exemplo da população carcerária gaúcha, há uma concentração maior de indivíduos nas faixas de ensino fundamental completo e incompleto, que chegam a representar quase 60% dos casos. No entanto, tomando para fins de comparação as demais capitais estudadas e a população penitenciária, os dados de Porto Alegre apontam para uma concentração menor nas faixas de escolaridade mais baixa, pois há uma distribuição significativa de apenados com ensino médio (16,7%) e com ensino superior (11,7%). Em São Paulo, há um predomínio dos indivíduos que cumprem penas alternativas nos níveis fundamental completo e incompleto (58,1%), o que reproduz em algum grau o que ocorre no sistema penitenciário, cujos dados revelam que 37,5% da população têm o ensino fundamental incompleto e 14%, ensino fundamental completo.[19]

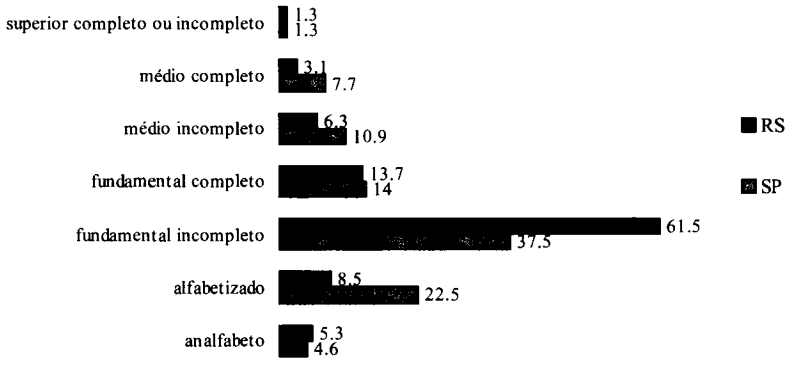
18. Infopen, dados de junho de 2007.
19. Infopen, dados de junho de 2007.

Escolaridade das pessoas que cumprem pena alternativa (em %)



Fontes: Poderes Judiciários dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Ceará.

Escolaridade da população penitenciária (em %)



Fonte: Infopen, dados de junho de 2007 (DEPEN/MJ).[20]

20. Os dados relativos ao estado do Ceará não foram apresentados por apresentarem baixa confiabilidade, tendo em vista que 89% dos estabelecimentos penitenciários não responderam à questão no Infopen.

Os dados de estratificação ocupacional[21] estão em consonância com a distribuição nos níveis de escolaridade, havendo uma concentração de indivíduos desempenhando as funções de mais baixa qualificação e menores rendimentos, fato que se coaduna com a baixa escolaridade apresentada. Assim, os estratos baixo superior, que corresponde a trabalhadores urbanos não qualificados, e médio inferior, que diz respeito aos trabalhadores qualificados e semiqualificados, alcançaram números altos em São Paulo (27,1% e 37,4%), Porto Alegre (44,8% e 25,1%) e em Fortaleza (39,7% e 23,4%). A quantidade de pessoas no estrato alto, que abrange os profissionais de nível superior, foi significativo em Porto Alegre (10,8%), número que se aproxima da quantidade de pessoas com ensino superior completo ou incompleto (11,7%).

As informações atinentes à situação ocupacional, à condição de trabalho e à renda mensal familiar foram colhidas a partir dos relatórios elaborados pela equipe técnica dos serviços de apoio à execução de penas alternativas, que

21. Com o intuito de dar maior inteligibilidade às informações referentes à ocupação dos apenados condenados ao cumprimento de penas alternativas, optou-se pela utilização de um modelo de estratificação ocupacional. O modelo escolhido, elaborado por José Pastore e Nelson Valle Silva, enfatiza, no agrupamento ocupacional, a hierarquia de rendimentos e a escolaridade ligadas às ocupações, e não características intrínsecas às próprias ocupações. Essa forma de análise pareceu mais apropriada para os objetivos propostos do que outros modelos baseados exclusivamente nas relações entre o tipo de atividade desenvolvida (gerência, administração, manual etc.) e os ramos de atividade produtiva, pois, além de não se ter dados muito precisos sobre a ocupação dos apenados, o universo estudado, nesse sentido, é bastante homogêneo (trabalhadores pouco qualificados) e tal classificação apenas reiteraria essa homogeneidade. A classificação é feita de acordo com os seguintes estratos: baixo inferior: trabalhadores rurais não qualificados (exemplos: lavradores, atividades extrativas); baixo superior: trabalhadores urbanos não qualificados (exemplos: vendedores ambulantes, domésticas, serventes, auxiliares na construção civil e trabalhadores braçais em geral); médio inferior: trabalhadores qualificados e semiqualificados (exemplos: motoristas, mestres de obras, mecânicos, eletricistas); médio médio: trabalhadores não manuais de rotina, profissionais de nível baixo e pequenos proprietários (exemplos: gerentes e administradores rurais, auxiliares de escritório em geral, baixos escalões das Forças Armadas); médio superior: profissionais de nível médio e médios proprietários (exemplos: criadores de gado bovino, diretores e chefes no serviço público, administradores e gerentes na indústria e no comércio); alto: profissionais de nível superior e grandes proprietários (exemplos: empresários, gerentes de empresas financeiras, engenheiros, médicos, advogados e demais carreiras de nível universitário); não se aplica: aposentados, donas de casa e estudantes (Pastore e Valle Silva, 2000).

realiza entrevistas com os apenados. Em São Paulo, 86,5% dos entrevistados afirmaram que trabalhavam e dos que trabalhavam, 61,2% o faziam como autônomos. Na capital gaúcha, 78,3% dos entrevistados afirmaram que trabalhavam, dos quais 49,1% como autônomos e 33,3%[22] com vínculo empregatício (assalariado com carteira de trabalho e previdência social). Em Fortaleza, 58,7% trabalhavam, sendo que 22,8% como autônomos e 14,7%[23] com carteira. Um índice bastante elevado de indivíduos afirmou estar trabalhando à época da entrevista psicossocial (86,5%). Nas três capitais, a situação ocupacional mais registrada foi a de autônomo, que atingiu percentuais que são sintoma de uma realidade de precarização das relações de trabalho em âmbito nacional, e não de um segmento populacional específico, embora seja sempre indicativo de maior vulnerabilidade social.

Em São Paulo, com relação à renda mensal familiar, o maior percentual encontra-se na faixa de até três salários mínimos (51%), o que também ocorre em Porto Alegre (62%) e em Fortaleza (44%), onde também se registrou um número elevado (13%) de pessoas que alegaram não ter renda, fatores que indicam o pertencimento desses indivíduos às classes mais baixas.

Os dados socioeconômicos mais favoráveis de apenados que se encontram em Porto Alegre devem ser cotejados levando em conta os índices e indicadores sociais de sua população. Desse modo, é importante registrar que a cidade de Porto Alegre está na sexta posição no *ranking* das cidades brasileiras em termos de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH),[24] sendo o mais elevado entre as capitais estudadas.

22. O fato da soma dessas duas categorias *(carteira assinada* e *autônomo)* não corresponder a 100% decorre da existência de outras categorias informadas e não informadas, que não alcançaram, contudo, de modo isolado, percentual estatisticamente seguro para sua apresentação. Ou seja, ultrapassaram o coeficiente de variação de 20%, eleito para este estudo.

23. Idem.

24. A região metropolitana de Porto Alegre encontra-se em 6.º lugar na classificação do IDH, segundo dados do Censo de 2000 do IBGE (*Atlas de IDH por município e regiões metropolitanas*, disponível no site http://www.pnud.org.br/atlas/tabelas).

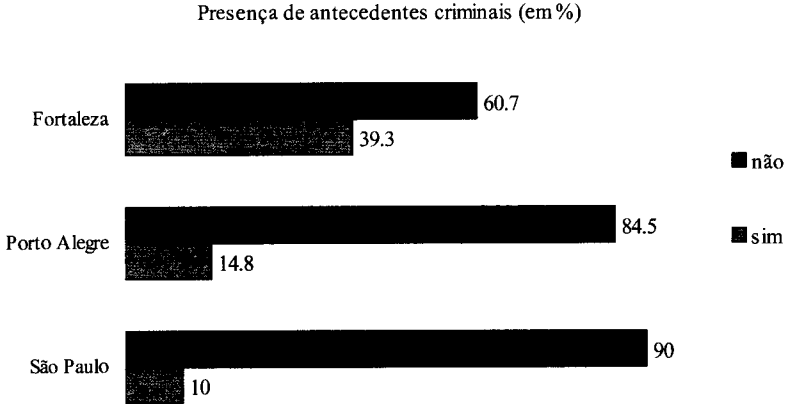
Contrariamente, o conjunto de dados relativos à Fortaleza harmoniza-se com a má colocação no *ranking*, 29.º lugar, uma das últimas posições, sendo ainda o pior índice apresentado entre as capitais onde se realizou o levantamento. Diferentemente das outras capitais estudadas, não é possível estabelecer uma relação direta entre o perfil socioeconômico e o IDH da capital paulista, porque a região metropolitana de São Paulo registra o 7.º IDH nacional[25] e é a segunda capital com o mais alto índice do levantamento feito. É certo, no entanto, que São Paulo apresenta péssima distribuição de renda e uma conseqüente e drástica desigualdade social, fato que, sem dúvida, auxilia a compreensão do perfil socioeconômico dos apenados e, mais ainda, indica a seletividade do sistema penal nessa capital com mais clareza.

3.3 Dados sobre a trajetória no sistema penal

Nas capitais estudadas, a maior parte das pessoas que cumprem penas alternativas não tinha condenação anterior. Em São Paulo, os primários são 96,8%, em Porto Alegre, 92% e em Fortaleza, 93,6%. Chama-se atenção para o dado em razão da restrição expressa na lei à substituição por pena alternativa para reincidentes específicos, o que revela arranjos judiciais no sentido de ampliar as possibilidades de aplicação dessas penas como medida de política criminal efetiva na contenção do incremento da pena de prisão. Registraram-se percentuais importantes de indivíduos com antecedentes que foram contemplados com a substituição pela pena alternativa. Esse fato é relevante, uma vez que, embora não exista vedação legal à substituição nesses casos, há restrições indiretas pela remissão ao art. 59 do CP.[26]

25. Segundo o censo de 2000 do IBGE (Atlas de IDH por município e regiões metropolitanas disponível no site http://www.pnud.org.br/atlas/tabelas).

26. Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...) IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.



Fontes: Poderes Judiciários dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Ceará.

O furto é o crime que isoladamente mais ensejou a condenação e é também significativo o número de condenações por porte de arma, lembrando que no momento da realização da coleta de dados constatou-se a incidência da antiga lei de armas, e não do Estatuto do Desarmamento, como se poderia pensar.

Em Porto Alegre, o furto, os crimes de trânsito e o porte de arma são os tipos que mais expressivamente levaram à condenação. É grande o índice de condenados por tráfico de entorpecentes (5,7%), o que demonstra uma posição de vanguarda da jurisprudência do Rio Grande do Sul, ao possibilitar a substituição pela pena restritiva de direitos nos casos de crimes de tráfico de entorpecentes diante da ausência de vedação legal. Contudo, após a entrada em vigor da nova lei de entorpecentes, foi imposta uma restrição à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.[27]

27. Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar

Já em São Paulo, a quantidade de condenações por porte de entorpecentes que acarretaram a pena alternativa é muito pequena e em sua configuração individual não alcançou a representatividade necessária para a divulgação do dado. Em relação ao tráfico de entorpecentes, na capital paulista não houve o registro desses casos.

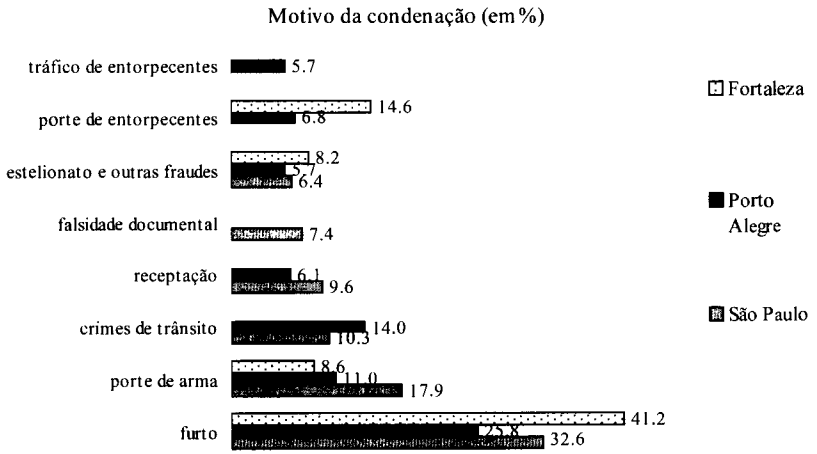
Há uma prevalência dos crimes patrimoniais nas três capitais sob exame: em São Paulo e Fortaleza essa categoria corresponde a quase metade das condenações e em Porto Alegre, a mais de 40%.

Ainda que não tenha sido selecionada para exame neste artigo, vale salientar uma especificidade identificada na capital paranaense. Em Curitiba, verificou-se o percentual mais significativo de roubos (20,6%, sendo 12,9% de tentados e 7,7% de consumados), não obstante a vedação legal da aplicação da pena alternativa a essa espécie de crime. Sua incidência se deve não pelo procedimento da substituição prevista no art. 44 do CP, mas pela aplicação da pena privativa de liberdade em regime aberto com condição especial de prestação de serviços à comunidade. Esse procedimento não encontra previsão legal e os casos em que houve aplicação da pena privativa de liberdade em regime aberto com a prestação de serviços à comunidade como condição especial corresponderam a 25,8% da amostra de 310 processos. A exemplo do que ocorre em outras capitais estudadas, o crime de furto aparece em primeiro lugar, correspondendo a 36,7% da amostra. O percentual de furtos tentados é de 14,8% e de consumados, 21,9%.

a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

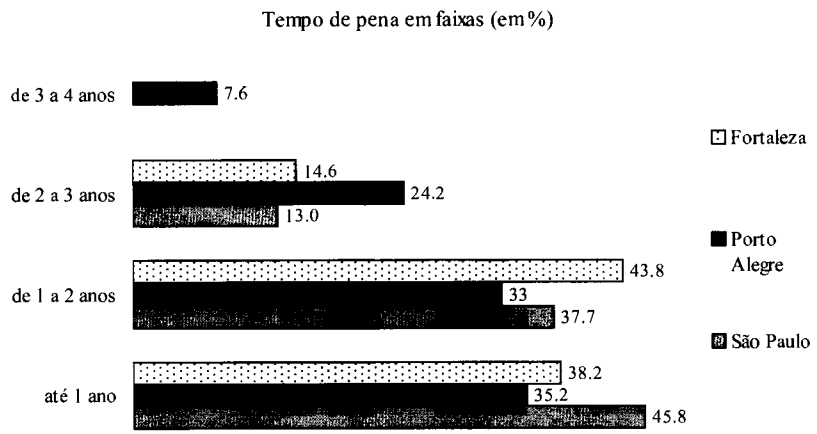
Pena – *reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos* e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)

§ 4.º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1.º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, *vedada a conversão em penas restritivas de direitos*, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (g.n.)



Fontes: Poderes Judiciários dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Ceará.

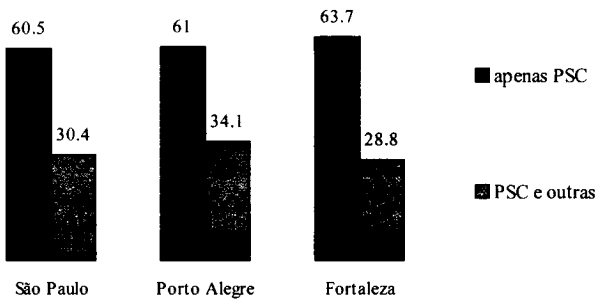
No que diz respeito à duração da pena privativa de liberdade que foi convertida em restritiva de direitos tem-se que, embora haja previsão legal de possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos para casos de condenação a até quatro anos, há concentração nas faixas de penas até um ano e de um a dois anos.



Fontes: Poderes Judiciários dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Ceará.

A pena alternativa mais aplicada é a prestação de serviços à comunidade (PSC), quer isoladamente, quer acompanhada por uma outra pena alternativa. Em São Paulo a prestação de serviços à comunidade está presente em 90,9% dos casos, em Porto Alegre, em 95,1% dos casos e em Fortaleza, em 92,5%. Nas ocasiões em que a aplicação da prestação de serviços à comunidade se dá em conjunto com uma outra pena alternativa, na maior parte dos processos estudados verificou-se que a pena mais comum é a prestação pecuniária: em São Paulo são 56,5% dos casos, em Porto Alegre, 76,4% e em Fortaleza, 63,6%. Em se tratando da fiscalização do cumprimento da prestação pecuniária, o expediente adotado é a informação ao juízo por meio de comprovantes de pagamento. Também se observou que a limitação de final de semana acompanha, em menor medida, a prestação de serviços à comunidade – em Porto Alegre isso acontece em 17,9% dos casos e em Fortaleza, em 31,8%. O percentual atingido pela limitação de final de semana em Fortaleza é considerável e se deve ao fato de que o cumprimento dessa modalidade de sanção ocorre nas entidades para as quais os apenados são encaminhados, a exemplo do que ocorre com a prestação de serviços à comunidade, tornando mais confiável o monitoramento, que segue as mesmas regras da fiscalização da PSC, com a realização de visitas e a elaboração de relatórios de freqüência. O dado de que a prestação de serviços à comunidade é a pena que mais freqüentemente substitui a privação de liberdade contraria o discurso comum, quando se faz menção às penas alternativas, de que o pagamento de cestas básicas é corriqueiro.

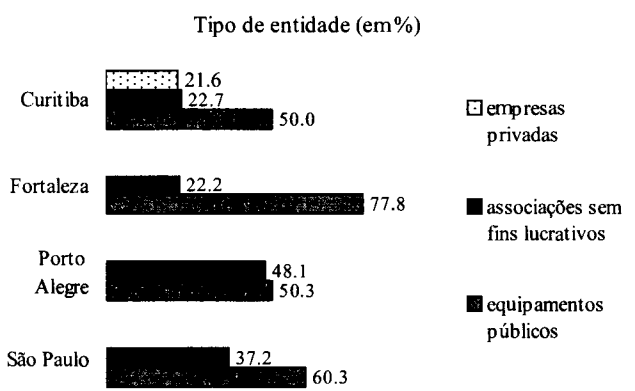
Tipo de pena alternativa aplicada (em %)



Fontes: Poderes Judiciários dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Ceará.

3.4 Dados referentes ao cumprimento da prestação de serviços à comunidade

A condenação à PSC enseja a condução do apenado a uma entidade para o cumprimento da pena. Na maior parte dos casos, a entidade para a qual há o encaminhamento é um equipamento público – escolas, hospitais, repartições públicas, cemitérios. Em menor medida o encaminhamento do prestador de serviços pode ser para uma associação sem fins lucrativos, dentre as quais são bastante representativas as casas de cultura e de assistência social. Uma vez mais vale lembrar uma particularidade que caracteriza o procedimento de execução da prestação de serviços à comunidade em Curitiba, capital em que se registrou um número significativo (21,6%) de situações em que o prestador de serviços é conduzido a uma empresa privada, o que pode ser indicativo de uma distorção nas finalidades da pena ou, ainda, da inexistência de uma rede social de entidades bem construída. Porto Alegre, por seu turno, apresenta um equilíbrio entre equipamentos públicos e associações sem fins lucrativos, fato que pode ser apontado como uma evidência da consolidação da rede social, especialmente quando se leva em conta a antigüidade dos serviços.



Fontes: Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, Fundação para o Desenvolvimento da Educação e Poderes Judiciários dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Ceará.

As atividades que são mais comumente desempenhadas pelos prestadores de serviço são a de auxiliar de serviços gerais e de auxiliar administrativo, em decorrência, segundo se verificou, de uma associação entre o perfil profissional da maioria dos apenados, que exercem atividades que exigem pouca qualificação, e da própria inexistência de oferta de vagas que fujam dessas categorias. A distribuição entre auxiliares de serviços gerais e auxiliares administrativos se dá da seguinte forma: em São Paulo, são 64,1% e 15,4%, em Porto Alegre, 59,9% e 31,6%, em Fortaleza, 67,8% e 21,6%, respectivamente.

A fiscalização do cumprimento da prestação de serviços à comunidade baseia-se no preenchimento de relatórios de freqüência em grande parte das capitais estudadas, como em São Paulo (79,5% dos casos) e em Porto Alegre (95,7% dos casos). Em Fortaleza, registrou-se uma exceção, pois nessa localidade, para a fiscalização da execução da pena, lança-se mão não só de relatórios de freqüência (34,5% dos casos), mas também de relatórios de freqüência associados à realização de visitas por membros da equipe técnica (53,8% dos casos), o que viabiliza um trabalho de mais qualidade, já que o acompanhamento é feito de forma mais próxima ao apenado e à entidade que o recebe.

Na tentativa de compreender com mais clareza o trâmite adotado pelas varas e pelos serviços de apoio à execução de penas alternativas, sobretudo no que atine à prestação de serviços à comunidade, procedeu-se à reconstrução do procedimento, tomando como universo a totalidade das execuções por prestação de serviço à comunidade, desde o momento da formação do processo de execução. Dessa forma, é possível ter a dimensão dos grandes afunilamentos no cumprimento e de suas causas, ainda que os processos de execução estivessem em andamento quando da coleta dos dados para a pesquisa.

Em relação a Porto Alegre e a Fortaleza, observaram-se percentuais altos de mandados cumpridos, 92% e 82,5%, respectivamente. Em São Paulo, apenas 56,5% dos mandados foram efetivamente cumpridos, havendo uma "perda" significativa ao longo do procedimento de execução em razão da não localização do

apenado (15,5% dos casos), fato que pode ser atribuído às dificuldades impostas pela grande dimensão da metrópole. É importante salientar, contudo, que uma vez intimados para comparecerem em cartório – o que ocorre em São Paulo e em Porto Alegre – ou à audiência – que acontece em Fortaleza –, são poucos os apenados que não o fazem. O comparecimento do apenado em Fortaleza e em Porto Alegre enseja, salvo casos como a incapacidade para prestar serviços, o encaminhamento para uma entidade e destaque-se que os prestadores de serviços comparecem à entidade quase em sua totalidade para iniciarem o cumprimento da pena. Em São Paulo, em razão da bipartição de atribuições entre o Judiciário e o Executivo, após o comparecimento em cartório o apenado é encaminhado para a Secretaria de Administração Penitenciária ou para a Fundação para o Desenvolvimento da Educação, para ser posteriormente encaminhado à entidade onde realizará o cumprimento da pena. Se houvesse um serviço especializado atuante na vara de execuções, que se encarregasse de encaminhar o apenado diretamente para a entidade, sem ter que passar por uma outra instância, seria maior o número de pessoas que cumpririam a pena, pois concluiu-se que a série de idas e vindas do apenado a diversos lugares até que inicie a prestação de serviços à comunidade é um fator de desestímulo, especialmente porque ele mesmo tem que arcar com o custeio do transporte.

Após o início da execução da pena de prestação de serviços à comunidade, tanto em São Paulo quanto em Porto Alegre, foi possível verificar a partir dos casos examinados que o cumprimento regular ocorre em aproximadamente dois terços dos casos, e que o descumprimento nem sempre significa a conversão da pena alternativa em privativa de liberdade – em São Paulo a conversão acontece em metade dos casos de descumprimento e em Porto Alegre, foram raras as ocasiões em que essa decisão foi tomada. Da mesma forma, em Fortaleza, apesar de se configurar descumprimento em quase metade dos casos em que a prestação de serviço foi iniciada, é bastante baixo o número de situações em que o descumprimento acarreta a conversão para a privação de liberdade. Assim, os dados permitem dizer que mesmo

quando há descumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, há em Porto Alegre e em Fortaleza uma propensão do juízo a manter a pena alternativa, ao passo que em São Paulo o número de ocorrências de conversão demonstra que há, em comparação com as outras duas capitais mencionadas, menor tendência a manter a pena alternativa em face do descumprimento.

4. Lendo os dados, reinterpretando a realidade

4.1 Pena alternativa versus *pena de prisão*

A pena alternativa, tal como é prevista no ordenamento brasileiro e aplicada pelo sistema de justiça, não cumpre a função de "esvaziar as prisões", já que o perfil do indivíduo apenado por pena restritiva de direito, especialmente quanto ao delito cometido, não se identifica com o da população carcerária. Esse fato é decorrência da destinação das penas alternativas a delitos patrimoniais de repercussão mais reduzida – o que pode ser demonstrado pelo fato de, em todas as capitais estudadas, o furto ser a modalidade penal que mais freqüentemente enseja a aplicação da pena alternativa. É preciso destacar ainda que, embora a criminalidade dita econômica se enquadre nas possibilidades de substituição previstas no Código Penal, essa categoria de delitos, que tradicionalmente segue imune ao controle penal, corresponde a percentuais bastante baixos em quase todas as localidades estudadas.

Considerando-se esses elementos, conclui-se que os indivíduos que são condenados à pena privativa de liberdade e que têm realmente sua pena substituída pela pena restritiva de direitos em verdade não seriam apenados com a prisão, dada a pré-existência de outros institutos, como o *sursis*, que evitariam sua prisão.

A Lei 9.714/98, promulgada com vistas à ampliação das possibilidades de aplicação das penas alternativas, ao prever o aumento para quatro anos do *quantum* de pena passível de substituição, em verdade se mostrou absolutamente

ineficiente para essa finalidade. Os resultados da pesquisa indicam que os juízes, na maior parte dos casos, decidem pela substituição de penas com duração de até um ano, alcançando percentuais significativos tão-somente até dois anos, tempo de pena que não se enquadra nas modalidades penais de maior incidência no sistema penal.

Nesse mesmo sentido, a restrição introduzida pela referida lei aos delitos cometidos com ameaça e violência também afastou as possibilidades de aplicação das penas alternativas aos condenados pelo delito de roubo, ainda quando é compatível o tempo de pena. Tendo em vista a imensa proporção de indivíduos condenados no sistema carcerário por esse crime[28] e por outros delitos também excluídos das possibilidades legais de substituição, chega-se à conclusão de que é reduzido o impacto das penas alternativas para diminuição do contingente prisional.

Outro aspecto digno de nota é o registro absolutamente inexpressivo de apenados por crimes econômicos, comumente denominados do "colarinho branco", apesar de o teor e as condições impostas pela Lei 9.714/98 beneficiarem especialmente os autores destas modalidades criminosas, o que leva a concluir que esse perfil de criminalidade permanece imune também às penas alternativas e denota que sua imunidade é ao sistema penal como um todo, em que pese o fato de a pesquisa não ter se voltado à esfera federal.

Ainda no que se refere às restrições quanto aos delitos beneficiados pelas penas alternativas, é certo que há exemplos diferenciados quanto à aplicação mais extensiva desse instituto, como em Porto Alegre, onde se verificou a incidência significativa de penas alternativas nos processos de tráfico de entorpecentes. Quanto ao tráfico de entorpecentes, a possibilidade de substituição por pena restritiva de direito decorria do próprio teor da Lei 9.714/98, que não

28. Já em 1994 o roubo era a primeira causa de condenação, segundo o Censo Penitenciário Nacional, respondendo por 32,9% das condenações. Em 2002, a SAP do Estado de São Paulo realizou um censo penitenciário estadual revelando que 46,5% da população carcerária tinha como causa de condenação o roubo.

apresentava vedação ao tráfico, uma vez que esse tipo penal não se pratica com violência, e desde que apenado até quatro anos, havendo inclusive posicionamento do Superior Tribunal Federal nesse sentido.[29] *É verdade, contudo, que a capital gaúcha apresentava uma jurisprudência que constituía uma exceção, já que havia no sistema de justiça brasileiro uma grande resistência em operar a substituição pela pena alternativa aos condenados por tráfico, mesmo ausente a vedação legal, que a Lei 11.343/2006 acabou instituindo.*

Lembre-se o caso de Curitiba, local em que se constatou um percentual importante de aplicações de alternativas penais em crimes de roubo, inclusive consumado. A medida adotada nesses casos para a aplicação da pena alternativa diante do impedimento legal foi estabelecer uma condenação à pena de prisão no regime aberto, determinando a prestação de serviços à comunidade como condição do cumprimento da pena. É certo, contudo, que a legalidade desse procedimento está afetada diante da proibição constitucional às penas de caráter indeterminado[30] *– o que eiva de inconstitucionalidade a* condição, *não prevista em lei, ao cumprimento de um dado regime prisional.*

O princípio da legalidade, consagrado no inciso XXXIX do art. 5.º do texto constitucional e no art. 1.º do CP, desdobra-se em três aspectos, quais sejam, o da anterioridade da lei, o da reserva legal e o da taxatividade. A contrariedade ao princípio constitucional da legalidade na hipótese sob exame reside no desrespeito à taxatividade, que exige que as normas penais sejam estritas no que diz respeito ao sentido empregado, sem que dêem margem à imprecisão. Assim, a vagueza que permeia as penas indeterminadas, bem como as condições igualmente indeterminadas para o cumprimento das penas, são incongruentes com a imprescindibilidade da observância da taxatividade.

29. Em 27.09.2005 a 1ª T. do STF proferiu um julgado no *habeas corpus* 84.928-8/MG reconhecendo a possibilidade substituição por pena restritiva de direitos nas condenações por tráfico de entorpecentes. O relator foi o Min. Cezar Peluso.

30. Não obstante a própria Lei 9.714/98 tenha criado uma modalidade penal de caráter indeterminado (proibição de freqüentar *determinados* lugares).

Embora a motivação desse procedimento seja a maior efetividade das alternativas penais, sendo inconteste a legitimidade desse propósito, tal arranjo não resulta na resposta ideal, pois nasce e se sustenta de modo precário e extralegal.

4.2 Perfil dos apenados a penas alternativas

Se com relação ao crime cometido, o perfil dos apenados por penas alternativas e o dos encarcerados se diferencia, no que toca aos dados socioeconômicos, seus perfis se assemelham estreitamente. Dados como cor ou raça, escolaridade, idade, estratificação ocupacional e renda indicam que a seleção promovida pelo sistema penal não se distingue em um ou outro caso, demonstrando que o controle exercido por meio das penas alternativas também incide mais intensamente sobre o homem jovem, pardo ou negro, com baixa escolaridade, proveniente de estratos sociais mais baixos, no desempenho de atividades que demandam pouca qualificação e são mal remuneradas e em situação de trabalho vulnerável. Esse perfil está inclusive em consonância com a representação de uma criminalidade patrimonial de menor impacto, o que é demonstrado pela incidência predominante do furto entre os apenados.

Acredita-se que esse perfil seja diferenciado no caso de indivíduos que cumprem medidas alternativas decorrentes dos procedimentos dos juizados especiais criminais, hipótese que foi levantada a partir de depoimentos de algumas fontes e de observação de campo, mas que careceria de um estudo comparativo para ser confirmada.

Nesse sentido, acredita-se que, diante da vulnerabilidade e da similitude dos perfis do apenado e do preso, o esforço exigido por parte dos atores envolvidos na aplicação e execução das alternativas penais para estabelecer um outro paradigma punitivo, que é em essência um fim precípuo da pena alternativa, deva ser ainda maior. Isso porque esse outro paradigma de ação deve dizer respeito à transformação de práticas e padrões de atuação que já estão consolidados por esses agentes numa cultura tradicional de intervenção penal.

A mudança precisa se consolidar em cada ato dessa dinâmica, desde a construção das identidades (apenado/beneficiário, sujeito de direito/beneficiado) dos significados da sanção alternativa (pena/benefício), até a relação estabelecida entre os operadores e os apenados.

É preciso chamar a atenção para a necessidade de transformação dessas práticas, que dizem respeito a todos os agentes, não apenas aos que compõem o sistema de justiça, mas a todo o corpo de profissionais responsáveis pelo monitoramento e pela execução. Identificou-se, em muitas capitais, que os profissionais constroem o quadro de referências para sua atuação a partir do modelo de um direito penal conservador e de uma mentalidade ultra-punitiva. Foram registradas, em alguns momentos, manifestações dos membros das equipes técnicas que expressavam resistência ao monitoramento de indivíduos que receberam penas alternativas, atribuindo-lhes a pecha de criminosos, em oposição, por exemplo, aos que foram submetidos a medidas alternativas, que, segundo essa representação, não se identificariam com um tipo de criminalidade tachada de perigosa, como a patrimonial.

Acredita-se que o processo de permanente formação de todos os atores envolvidos na execução das alternativas penais esteja além da promoção de capacitações e treinamentos – procedimentos que, embora absolutamente necessários, não dão conta do esforço que deve ser empreendido para o estabelecimento de uma outra cultura de punição, que leve em conta os princípios que norteiam a intervenção penal mais qualificada na qual deve se constituir a execução das penas alternativas.

4.3 Prestação de serviços à comunidade

A modalidade de pena alternativa prestação de serviços à comunidade é a que apresenta maior incidência de aplicação em todas as capitais estudadas e em praticamente todas elas com percentuais bastante superiores à segunda espécie mais aplicada, a prestação pecuniária. Esse é sem dúvida um importante e positivo resultado da pesquisa, uma vez que é a PSC a espécie mais adequada às finalidades

pretendidas pelas alternativas penais, sobretudo pelo aspecto da aproximação e participação da comunidade no processo reintegrador do indivíduo apenado. Acredita-se que tal resultado seja um reflexo direto da política que vem sendo empreendida ao longo dos últimos anos e sua maior divulgação tem um papel essencial para o fortalecimento, a efetivação e a credibilidade da aplicação e da execução das penas alternativas no país.

4.4 Aspectos estruturais da execução da pena alternativa

4.4.1 Importância da existência de varas especializadas e a auto-sustentabilidade do serviço de apoio técnico

Constatou-se que a existência de uma vara especializada na execução das penas alternativas, distinta da vara de execuções criminais e não vinculada a ela, é uma condição central para a efetivação dessas modalidades penais. O levantamento realizado fez emergir a necessidade de existência de um juízo especializado na execução de penas alternativas e, por conseqüência, de todo um corpo de operadores e técnicos que forneçam respaldo para a atuação desse juízo.

Um dos resultados da pesquisa assinala que nas capitais onde a vara especializada não se havia constituído, não obstante em muitas delas haver um serviço de apoio técnico atuando exclusivamente na execução de penas alternativas, registravam-se prejuízos em diversos aspectos da dinâmica de execução dessas penas. Isso decorre do fato de o modelo eleito para a execução penal em nosso ordenamento ser o jurisdicionalizado, estando em torno dessa concepção de sistema de justiça – que é mais amplo do que atuação do juiz, compreendendo todos os mecanismos de acesso à justiça e à ampla defesa – o centro mesmo da idéia de execução penal.

Nessa linha de análise, crítica é a cisão de competências entre os Poderes Judiciário e Executivo no monitoramento dessas penas observada em São Paulo,

cujos dados foram aqui apresentados, e em Salvador. Os resultados indicaram que esse modelo provoca problemas para o cumprimento da pena, seja porque exige um múltiplo deslocamento do apenado (cartório-central-entidade), seja porque gera uma distância entre os atores do sistema de justiça e a execução da pena.

Sem dúvida, sempre competiu ao Judiciário, pelo menos desde 1984, quando a reforma do Código Penal instituiu as penas alternativas no ordenamento jurídico, prover e organizar o funcionamento das varas e seus respectivos serviços de apoio técnico, sendo conhecidas, entretanto, as resistências e deficiências desse poder em criar condições para seu cumprimento e sua efetivação. A política empreendida de modo mais sistemático desde 2000, traduziu-se em um esforço para mobilização dessas instâncias no nível estadual para que estabelecessem mecanismos de fiscalização e monitoramento para a execução das penas alternativas.

A realização de convênios entre as varas e secretarias estaduais com o Ministério da Justiça pode ter a finalidade de assegurar, apenas num primeiro momento, a criação dos serviços de monitoramento, principalmente através da contratação de técnicos. No entanto, essa situação é precária, podendo tão-somente impulsionar a criação do serviço, mas não assegurar sua existência. Para tanto, competem aos Tribunais de Justiça a criação e o provimento dos cargos respectivos. Pelo que se pôde constatar, esse tem sido um grande entrave na execução das penas alternativas diante de uma resistência por parte do Judiciário, talvez por razões de prioridades orçamentárias, na previsão e criação desses cargos e funções.

Dentre as varas estudadas, apenas Curitiba, Porto Alegre e Recife contam com uma equipe de técnicos concursados pelo Tribunal de Justiça para seus cargos. Em outros, há arranjos traduzidos em alocação de técnicos judiciários atuando em desvio de função, convênios com outras instâncias públicas ou contratação temporária de profissionais.

Os inconvenientes desses arranjos relacionam-se não apenas à incerteza e à precariedade do serviço. Estão em jogo nessa frágil construção a autonomia e a independência do trabalho desenvolvido pela equipe técnica. Desse modo, é

imprescindível que o Poder Judiciário constituído nas unidades federativas assuma o papel que lhe foi conferido em 1984 no que diz respeito à titularidade da execução das penas alternativas, criando e provendo cargos para que o monitoramento e a fiscalização dessas modalidades penais possam de fato se efetivar.

4.4.2 Imprescindibilidade da existência e da atuação permanente de membros da Defensoria Pública nas varas

Em praticamente todas as Capitais estudadas, foi verificada a deficiência no exercício de direitos como o acesso à justiça, a ampla defesa e o contraditório, em função da ausência ou da precariedade de atuação da Defensoria Pública. É certo que a instituição da Defensoria Pública apresenta-se ainda bastante incipiente em grande parte dos Estados brasileiros, registrando que apenas a partir da Constituição Federal de 1988, passou-se a prever sua existência e criação. É certo que, até hoje, alguns Estados não a constituíram ou estão em fase de constituí-la.

Nesse sentido, o próprio texto da Lei de Execução Penal de 1984 foi bastante omisso quanto à imprescindibilidade da presença de defensor nos atos do processo de execução, reservando-lhe um papel subsidiário. A LEP, contudo, deve ser compreendida a partir do contexto histórico e político de sua edição, bem como na esteira de uma tradição anterior que conferia à execução penal um caráter puramente administrativo. É a LEP, portanto, que inaugura a jurisdicionalização na execução penal. Porém, apesar de inovar em diversos aspectos, falha ou se omite em outros, sobretudo na questão da ampla defesa.

A Carta Constitucional promulgada quatro anos depois afasta de modo efetivo qualquer dúvida quanto à exigência de garantir o direito à ampla defesa e o acesso à justiça a todos os indivíduos submetidos ao devido processo legal, incluindo-se obviamente o processo de execução penal. Transcorridos quase vinte anos, é

alarmante constatar que esse direito não vem sendo assegurado minimamente no que toca ao processo de execução de penas alternativas em diversas capitais do país.

Das capitais estudadas, Porto Alegre, São Paulo,[31] Belo Horizonte, Campo Grande, Distrito Federal e Recife contavam com defensores públicos designados para atuação nas varas. Entretanto, essa atuação não contemplava, na maioria dos casos, todos os atos da execução, havendo sérias deficiências, por exemplo, quanto à defesa técnica em caso de descumprimento ou à presença do defensor em audiências admonitórias e de advertência. Em Belém e Curitiba, dada a inexistência de defensores designados, não se constatou qualquer mecanismo para assegurar o direito de defesa dos apenados, em clara omissão e afronta à Constituição Federal. Em Fortaleza, por iniciativa do juízo, um advogado, que em verdade desempenha assessoria técnica na vara, cumula a atuação de defensoria em alguns feitos, o que representa um arranjo deficiente na tentativa de suprir a ausência de um defensor público que desempenhe suas atribuições constitucionais.

Chama-se a atenção para a questão da garantia dos direitos relativos à ampla defesa do apenado, pois se acredita que ela está na base de qualquer ação que vise a efetivar institutos e instrumentos legais como as penas alternativas. Nesse sentido, é preciso identificar as carências estruturais de exercício de direitos, como o acesso à justiça, como um fator a ser considerado para uma política pública de fomento e implementação das alternativas penais. Acredita-se que, sem o diagnóstico dessa ausência e uma intervenção que vise a saná-las, as atuações planejadas correm o risco de produzir um efeito excessivamente reduzido em razão de seu caráter acessório e decorrente.

4.5 Execução e fiscalização das penas alternativas

Ainda que não haja previsão legal, averiguou-se que a audiência admonitória é fundamental para o cumprimento da pena alternativa, não apenas pelo

31. Lembre-se que na ocasião da realização da pesquisa a assistência judiciária ainda estava a cargo da Procuradoria Geral do Estado, através da subseção Procuradoria de Assistência Judiciária.

caráter informativo – o apenado, na maioria das vezes, comparece à vara sem ter dimensão e compreensão da pena que lhe foi imputada –, como pela aproximação que esse ato promove entre o juízo e o indivíduo apenado e, em última análise, entre a justiça e o jurisdicionado. Para contornar a falta de designação de audiência admonitória, observou-se que os programas estudados ora atribuem essa tarefa aos funcionários do cartório (em São Paulo, por exemplo), ora aos membros da equipe técnica (como em Porto Alegre). Esse procedimento, que procura suprir a não realização de audiência admonitória, está longe de ser ideal. Ainda que inexista previsão legal, o contato direto entre o apenado e a figura do juiz é recomendável, na medida em que, além de revestir o ato da oficialidade já nele imbuída, pode ser determinante para o cumprimento regular da pena. No curso da pesquisa foram registrados momentos em que o apenado dirigia-se ao cartorário ou ao técnico afirmando não ter interesse na execução da pena alternativa e que preferia cumprir a pena privativa de liberdade, especialmente nos casos de regime aberto. Ao funcionário restava responder que esse tipo de decisão não estava a seu alcance e, dada a fraca atuação da defesa pelos motivos explicitados, a comunicação entre juízo e condenado não se realiza efetivamente.

Na execução das penas alternativas, a mencionada transformação de paradigma de ação é essencial, sobretudo no que diz respeito aos profissionais responsáveis pela captação de vagas e convênio de entidades. É de suma importância que os técnicos estejam em consonância com as finalidades da pena alternativa, em especial no que se refere à superação de práticas estigmatizantes cultivadas pela comunidade, por exemplo, na tentativa de elidir ao máximo as restrições das entidades quanto aos apenados recebidos para prestação de serviços.

Constatou-se em todas as capitais estudadas que as entidades estabelecem restrições – principalmente quanto a delitos que envolvam drogas – para receber apenados. Acredita-se que essas restrições e a diferenciação que se promove entre os apenados, quer pelo crime cometido, quer pelo perfil socioeconômico, podem comprometer o processo de reintegração e participação da sociedade no cumpri-

mento da pena de prestação de serviços à comunidade. Nesse sentido, compete aos profissionais encarregados desse processo a missão de trabalhar de modo contínuo na superação das restrições e estigmas, sensibilizando as entidades parceiras.

4.6 Descumprimento e conversões

A partir dos resultados obtidos, percebeu-se que, embora na maioria das capitais o percentual de descumprimentos das penas não seja desprezível, sua retomada é do mesmo modo significativa. O emprego sistemático de mecanismos visando a evitar a medida mais drástica da conversão à prisão, dado o descumprimento, é a explicação para esse fato.

Desse modo, a ocorrência de descumprimento enseja uma série de intervenções feitas pela equipe técnica – como as visitas domiciliares verificadas em algumas capitais –, para só posteriormente recorrer à manifestação judicial, quase sempre precedida da apresentação de justificativas pelo apenado, mesmo que se identifique a corriqueira ausência de defesa técnica. Registrou-se na maior parte das localidades estudadas um baixo percentual de conversões à pena privativa de liberdade, o que não deixa de apontar um positivo resultado da pesquisa no que toca à execução das penas alternativas. Além disso, há o emprego de arranjos que possibilitam a manutenção da pena alternativa, como a substituição de uma modalidade por outra no curso da execução e o encaminhamento para entidade diversa da previamente determinada para o cumprimento da PSC caso haja algum incidente ou o prestador não se adapte ao local.

Desponta dessa constatação um conjunto de valores e percepções que pautam a atividade dos juízes responsáveis pela execução, pois as penas alternativas apresentam finalidades peculiares em comparação com a pena de prisão, especialmente no que concerne à perspectiva ressocializadora, e por essa razão devem ser mais intensamente perseguidas.

5. Para finalizar

A aposta nas penas alternativas como mecanismo de racionalização da política criminal contemporânea, como a grande e esperada tábua de salvação para o eminente colapso dos sistemas penitenciários, mobiliza um poderoso – porém *aparente* – consenso em torno de sua importância e funcionalidade. De administradores públicos a chefes de estado, de parlamentares a operadores da justiça, dos especialistas ao senso comum, de conservadores a liberais (em matéria de política criminal) – todos são unânimes quanto às benesses que trazidas por formas alternativas à prisão na repressão ao crime, sobretudo no que concerne ao aclamado menor custo – econômico, mas também social – e na propagada, mas dificilmente aferida, baixa reincidência.

O problema é o que extravasa esse campo aparente de consenso e o que de fato vem concorrer para o fracasso dessa aposta e a dificuldade de sua concreção. Para além do fato de que é na esfera legal que se encontram os óbices normativos para que as alternativas à prisão se ampliem a ponto de configurarem de fato uma política pública concebida e gerida como tal, é no âmbito mesmo das representações dos atores envolvidos e da própria sociedade de maneira geral, que persistem as resistências para que um outro paradigma seja realmente sobreposto à prisão. Essa mudança de paradigma implicaria, de forma inevitável, em expectativas culturais por menor punitividade e em diferentes sentidos conferidos à idéia de punição, distantes e em flagrante oposição às tendências mais repressivas que têm sido vivenciadas no campo do controle e da repressão do delito durante as últimas décadas.

Desse modo, a despeito da existência desse consenso que aqui se imputa como aparente, o que a pesquisa pôde identificar, a partir dos resultados quantitativos e, em especial, por meio do estudo qualitativo feito nas capitais selecionadas é que a cultura de valorização das alternativas penais tende a traduzir-se sobretudo em uma valorização seletiva de indivíduos e crimes passíveis de serem beneficiados com sua aplicação.

Acredita-se que para que uma política de alternativas à prisão tenha êxito é preciso que, afora a concessão de meios para que um programa possa satisfatoriamente acompanhar sua execução, seja tomado como referência um paradigma que não esteja centrado na prisão – como ocorre atualmente – e que se ofereça verdadeiramente como uma alternativa. Se a dicotomia pena de prisão *versus* pena alternativa sempre está presente no debate, é preciso que ela realmente se concretize: que a complementaridade dê lugar à oposição e um novo paradigma possa ser efetivamente construído.

6. Bibliografia

AZEVEDO, Mônica Louise de. *Penas alternativas à prisão*: os substitutivos penais no sistema brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COHEN, Stanley. The punitive city: notes on the dispersal of social control. *Contemporary crises*, Amsterdam, 3(4), 1979.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. O nascimento da prisão. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GARLAND, David. *The culture of control*: crime and social order in contemporary society. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

_____. As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico. *Discursos sediciosos*, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais*: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Sérgio Mazina. Execução penal. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial.* Org. Alberto Silva Franco e Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASTORE, José e VALLE SILVA, Nelson do. *Mobilidade social no Brasil.* São Paulo: Makron Books, 2000.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Prisões fechadas, prisões abertas.* São Paulo: Cortez e Moraes, 1978.

REALE JÚNIOR, Miguel. Tentativa de eliminação do critério da periculosidade. *Boletim do IBCCrim*, ano 12, n. 140. São Paulo, julho de 2004.

SALLA, Fernando Afonso. *O encarceramento em São Paulo*: das enxovias à Penitenciária do Estado. Tese de Doutorado em Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, 1997.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao estado de exceção*: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. Dissertação de mestrado em Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, 2006.

THIOLLENT, Michel. *Crítica metodológica, investigação social e enquete operária.* São Paulo: Pólis, 1987.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

4. O Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

Processo penal. Câmara formada majoritariamente por juízes de primeiro grau convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Nulidade.

Ementa: Processual penal. Habeas corpus. *Câmara formada majoritariamente por juízes de primeiro grau convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Ocorrência. Recurso em sentido estrito. Julgamento. Falta de intimação pessoal do defensor público. Nulidade. Ocorrência. Ordem concedida – "Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau, por violação ao princípio do juiz natural e aos arts. 93, III, 94 e 98, I, da CF. É nulo o julgamento do recurso em sentido estrito em que não houve a intimação pessoal do defensor público. Ordem concedida para anular o julgamento".*

RELATÓRIO – "Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Defensor Público Daniel Smolentzov, em favor de D.L.S., impugnando acórdão da 1ª Câm. A da Seção Criminal do TJSP, que deu provimento a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que impronunciara o réu.

O paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2.º, I, do CP por ter, supostamente, desferido disparos de arma de fogo contra a vítima porque esta o teria 'entregado' à polícia.

O corpo da vítima foi encontrado nas imediações da estação de trem Itaquera, e como não portava documento, não teve sua identidade confirmada, até que chegou ao conhecimento da autoridade policial que, na lavratura de um flagrante, sem referência com o caso em questão, o menor AAA referiu-se a D. como o autor do homicídio investigado, afirmando conhecer a vítima como BBB. Chamado a reconhecer o cadáver, afirmou conhecer a vítima, que, segundo ele, era chamada pelo nome de BBB, e que tinha por volta de 14 anos, não sabendo indicar outros dados qualificadores. Em depoimento perante a autoridade policial, reconheceu fotograficamente o paciente, afirmando ser este o autor do crime.

Após a instrução penal, o paciente foi impronunciado, sob os seguintes fundamentos:

'Reconheço a materialidade do crime, consubstanciada no laudo de f., que descreve o evento morte em razão de traumatismo craniano e hemorragia traumática provocados por disparos de arma de fogo.

Não obstante a prova da materialidade, não há prova indiciária que nos termos do art. 408 do CPP autorize a pronúncia.

Com efeito, não há prova pericial que vincule o réu ao crime em apuração e a prova oral de valor judicial é nenhuma neste sentido.

Cogitou-se da autoria em razão do depoimento de AAA na fase de inquérito, mas nada confirmou-se na fase judicial por ocasião do depoimento da mesma testemunha.

Diante deste quadro, mera cogitação não autoriza a pronúncia.

Com fundamento no art. 409 do CPP, impronuncio D.L.S., dado como incurso nas penas do art. 121, § 2.º, I do CP' (f.).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito visando a reforma da decisão acima transcrita, que foi provido, dando origem ao acórdão ora guerreado, do qual ressaltam os seguintes trechos:

'A f. foi ouvida a testemunha V., policial militar, que informou que recebeu denúncia sobre *cobrança de pedágio* por adolescentes na região, oportunidade em

que foi informado por populares que um dos adolescentes era conhecido como AAA. Que dirigiu-se à residência de AAA, nada encontrando de interesse policial. No entanto, AAA, em troca de sua liberdade disse ao depoente que indicaria a residência de um traficante da região e que este havia matado um garoto na linha do trem, pois a vítima o teria *cagüetado*.

A f., foi ouvida a testemunha CCC, genitor da testemunha presencial AAA, informando que seu filho estava sendo ameaçado *por parte de D.*

Quanto à retratação da testemunha AAA, em seu depoimento judicial, não se pode olvidar que naquele depoimento prestado a f., o depoente encontrava-se na companhia de seu genitor, a testemunha CCC.

Também, não se pode perder de vista que a testemunha CCC informou que a testemunha AAA estava sofrendo ameaças do acusado.

Destarte, dá-se provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público para que o réu D.L.S. seja levado ao E. Tribunal do Júri como incurso no art. 121, § 2.º, I, do CP.

Como o réu respondeu ao processo em liberdade, não se justifica, neste momento, a decretação da prisão cautelar, ressalvado o decreto de prisão preventiva pelo MM. Juiz *a quo*, caso presentes motivos que justifiquem a medida (f.)'.

Insurge-se o impetrante contra o referido acórdão, suscitando, de início, a sua nulidade absoluta, pela violação ao princípio do juiz natural, tendo em vista que todos os juízes que compuseram o julgamento pela 1ª Câm. A da Seção Criminal, os Drs. Alex Zilenovski, Zorki Rocha e Pedro Aguirre Menin, são juízes estaduais convocados, sendo desembargador apenas o presidente da Câmara. Assevera que é proibida a constituição de tribunais de exceção e que a idéia da garantia do duplo grau de jurisdição é possibilitar o reexame das decisões judiciais por juízes mais experientes. Aduz, ainda, que nos casos em que a Constituição quis permitir a composição de órgãos colegiados por juízes de primeira instância, ela o fez expressamente, como no caso das turmas recursais dos juizados especiais, no art. 98, I. Aponta precedentes.

Por fim, registra o impetrante a falta de intimação pessoal do defensor público acerca da data do julgamento do recurso em sentido estrito, para que pudesse acompanhá-lo, sustentando oralmente. Pugna, assim, pela anulação do acórdão, diante da disposição expressa do art.5.º, § 5.º da Lei 1.060/50.

Liminarmente, requer a anulação do julgamento, diante da possibilidade de ocorrer o julgamento pelo Tribunal do Júri com a demora no julgamento do processo. No mérito, requer a sua concessão em caráter definitivo.

Sendo período de férias forenses, a liminar não foi apreciada pela Presidência desta Corte, nos termos da decisão do Min. Barros Monteiro à f.

As informações foram prestadas às f. pela autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público opinou pela concessão da ordem às f., em parecer assim ementado:

'*Habeas corpus*. I – Órgão julgador composto, na maioria, por juízes convocados. LC paulista 646/90. Sistema diferenciado de substituição conforme à Constituição Federal. Precedentes. Crítica ao abuso. II – Ausência de intimação pessoal de defensor público. Procuradoria do Estado. Art. 5.º, § 5.º da Lei 1.060/50. Promoção pela concessão da ordem'.

Após consulta via telefone ao juízo de origem, confirmou-se a fase atual do processo, que aguarda a designação de data para a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri.

É o relatório".

VOTO DA MINISTRA RELATORA – O primeiro argumento trazido pelo presente *writ* é complexo e, porque não dizer, polêmico. Refere-se ao questionamento acerca da nulidade de julgamento proferido por Câmara composta majoritariamente por juízes convocados de primeira instância.

O sistema de substituição por parte de juízes convocados de 1.º grau para a composição de Câmaras no TJSP é questão delicada e merece reflexão.

Em São Paulo, o sistema de substituição foi criado e regulado pela LC Estadual 646, de 08.01.1990, que assim dispõe:

"Art. 2.º – Por designação do Presidente do Tribunal de Justiça, os Juízes de Direito Substitutos em segundo grau substituirão membros dos Tribunais ou nele auxiliarão, quando o acúmulo de feitos evidenciar a necessidade de sua atuação.

Par. ún. – A designação para substituir ou auxiliar nos Tribunais de Alçada será realizada mediante solicitação das respectivas presidências.

Art. 3.º – O Juiz de Direito Substituto em segundo grau, durante a substituição, terá a mesma competência atribuída ao substituído, exceto em relação às matérias administrativas".

Existe também a Res. 204/05 do TJSP, que trata a matéria da seguinte forma, no que interessa:

"Art. 3.º – O acervo de processos ainda pendente de distribuição será distribuído a todos os Desembargadores Substitutos em segundo grau.

§ 1.º – Quando da promoção, o Juiz Substituto em segundo grau se desvincula dos processos em seu poder, não haja lançado visto, assumindo o eventual acervo da vaga do Desembargador para a qual se promoveu.

Art. 4.º – O Juiz Substituto em segundo grau oficiará como relator, revisor ou vogal".

Analisando detidamente o tema, verifica-se que o STF já adotou o entendimento, de forma relativamente tranqüila, quanto à constitucionalidade do sistema de substituição, admitindo a possibilidade de que o Estado de São Paulo crie cargos de juiz substituto por meio de lei complementar:

"Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Nulidade do acórdão. Advogado. Recursos especial e extraordinário. Pretensão de aguardar em liberdade o julgamento. Impossibilidade. Alegação de irregularidade na composição do Tribunal de Justiça. Sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo – '(...) IV – O STF firmou jurisprudência no sentido de

que o sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo não é ofensivo à Constituição (LC Estadual 646/90)'".

Mesmo assim, a matéria ainda causa perplexidade, sendo que o Conselho Nacional de Justiça foi recentemente consultado sobre a questão pelo Conselho Nacional do Ministério Público. O pedido foi arquivado no dia 17.04.2007, por entender-se que não havia providências a serem tomadas, diante da jurisprudência pacífica do STF.

Todavia, apesar de se reconhecer a constitucionalidade do sistema de substituição em segundo grau em São Paulo, nova discussão se põe. Trata-se justamente de saber se a *quantia numérica* de juízes substitutos compondo a Câmara viola ou não algum princípio ou regra constitucional.

No STF, o Min. Nelson Jobim, quando do julgamento do HC 81.347/SP pela 2ª T., alertou ser necessário distinguir entre duas situações diversas: a constitucionalidade do sistema paulista de convocação e a composição de Câmaras compostas majoritariamente por juízes convocados. Afirmou, neste sentido, que o argumento da nulidade do julgamento realizado por maioria de juízes convocados de primeiro grau impressiona, e que é estritamente por questões de hierarquia que os tribunais se opõem ao aumento do número de seus desembargadores, permanecendo sem resolver o problema, que vai se perpetuando pela formação de câmara extraordinárias com juízes substitutos.

Posta a questão, não foi ela, todavia, enfrentada naquele julgamento, tendo em vista que o Min. Nelson Jobim, após pedir vista, concluiu que a impetração não questionava a quantidade de membros convocados participando do julgamento, mas a própria forma de composição pelo sistema de substituição.

Mais recentemente, no julgamento do HC 84.414-6, o Min. Marco Aurélio suscitou a questão, agora no âmbito da 1ª T., opinando pela anulação do julgamento por Câmara composta majoritariamente por juízes convocados, por entender que estes, atuando como relator e revisor, tiveram um papel preponderante para o convencimento da Câmara. Importa, para a análise concreta ora sob exame, ressaltar os seguintes trechos de seu voto:

"(...)

A visão encontra-se robustecida. Em primeiro lugar, em vista do princípio do juiz natural. É sabida a atuação, nos órgãos fracionados dos Tribunais de Justiça, encarregados de apreciarem o recurso de apelação, de três desembargadores. Pois bem, no caso presente, atuaram um desembargador e dois juízes de primeira instância, sendo que estes funcionaram como relator e revisor, ou seja, forma justamente os que tiveram acesso necessário ao processo, examinando-o e formando convencimento, prolatando os dois primeiros votos. A Constituição Federal prevê promoção de entrância para entrância, dispondo, no inc. III do art. 93, que o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça.

(...)

Então, há de concluir-se que, tendo sido a apelação julgada por Colegiado composto de um desembargador e dois juízes de primeira instância, funcionando estes como relator e revisor, procede o insurgimento do paciente. Penso que a situação é singular, ante o fato de os convocados haverem desempenhado papel preponderante".

Embora vencida, na ocasião, a tese do Ministro-relator, a discussão suscitou interessante embate, tendo o Min. Carlos Ayres Brito salientado que há um risco de se fugir da tendência do tribunal quando a Turma julgadora é composta majoritariamente por juízes convocados. Acabou-se, ali, por admitir o julgamento realizado nestas condições, diante do argumento de que haveria uma incongruência em se admitir a convocação, mas restringir a atuação destes juízes.

Trago estes precedentes para mostrar que, no âmbito do STF, a matéria ainda não encontrou solução tranqüila.

Neste STJ, encontrei um único precedente a respeito do problema da composição numérica nos tribunais estaduais, tendo ali sido concedida a ordem para anular o julgamento por Câmara composta majoritariamente por juízes convocados de primeiro grau:

"Penal. *Habeas corpus*. Tribunal de Justiça. Órgão fracionário insuficientemente composto. Nulidade. Embargos infringentes. Apelação – 'Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Turma composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau. Ordem concedida'" (STJ, 6ª T., rel. p/ o acórdão Min. William Patterson, HC 9.405/SP, *DJ* 18.06.2001, p. 189).

Em suma, o que se tem, portanto, a respeito da questão é um único precedente desta Corte, reconhecendo a nulidade de julgamento proferido por turma composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau, e um único julgado do STF não reconhecendo tal nulidade, e mesmo assim após expressivo debate e divergência de votos.

Por ora, os argumentos contrários à tese da nulidade invocam a eventual incongruência que existiria em se admitir a legalidade do sistema de convocação, mas limitar a participação dos juízes substitutos. De acordo com este raciocínio, o juiz convocado equipara-se completamente ao desembargador, não podendo haver qualquer restrição relativa à composição da Câmara, ainda que numérica.

Os argumentos favoráveis à anulação baseiam-se no princípio do juiz natural, especialmente na intenção da Constituição Federal em reservar apenas aos Juizados Especiais o julgamento de recursos por turma composta por juízes de primeiro grau.

E, com efeito, a meu ver, a criação de turmas julgadoras compostas integralmente por juízes de primeira instância foi reservada pela Constituição da República apenas aos casos de infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 98, I:

"A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e *infrações penais de menor potencial ofensivo*, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, *permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau*".

A intenção do constituinte de 1988 foi, claramente, a de permitir que os juízes de primeira instância possam julgar casos de menor complexidade, compondo, sozinhos, uma turma de julgamento de recursos. Tal raciocínio conduz à conclusão, *a contrario sensu*, de que os casos de maior complexidade devem ser julgados por Turmas compostas por juízes de segunda instância.

Neste sentido é o voto do Min. Fontes de Alencar no já citado HC 9.405/SP, de relatoria do Min. William Pattterson:

"(...) Por outro lado, a Constituição – precisamente no art. 98, ao tratar dos Juizados Especiais –, quando quis criar um órgão apreciador de recursos integrado por Juízes de primeiro grau o fez, dizendo que os recursos seriam para Turmas Recursais, ou seja, Juízes de primeiro grau compondo Turmas Recursais.

Dessarte, se o Tribunal de Justiça permite que um dos seus órgãos fracionários tenha na sua composição majoritária Juízes de primeiro grau, na verdade está admitindo a formação de Turma Recursal de primeiro grau, o que inviabilizaria, por eventual recurso, o segundo grau.

E é por causa desse raciocínio, na busca do que me parece mais lógico, que concedo o *habeas corpus*, em resguardo ao princípio do juiz natural e da existência concreta, em alguns aspectos, da supremacia do Tribunal de Justiça em relação aos Tribunais de Alçada e em respeito à Constituição que, quando quis criar Turma Recursal formada por Juízes de primeiro grau, o fez de forma expressa.

Em razão de tudo isto concedo o *habeas corpus* para anular as decisões do Tribunal de Justiça e que outra decisão, em grau de apelação, seja promovida, adotada como for de direito, pelos seus integrantes, observada, pelo menos, a composição majoritária por desembargadores" (STJ, 6ª T., HC 9.405/SP, rel. p/ o acórdão Min. William Patterson, j. 11.04.2000, *DJ* 18.06.2001, p. 189).

Mesmo que se admita a convocação de juízes de primeiro grau para atuar em segunda instância, nos termos do disposto na LC estadual 646/90, a atuação destes, não se pode olvidar, é voltada à *substituição* e ao *auxílio* dos desembargadores. Isto significa que: I) ou os juízes convocados deverão atuar no lugar deixado pelos

desembargadores substituídos, ocupando o lugar deixado por estes na Turma, mesclando-se, portanto aos demais desembargadores; II) ou os juízes convocados deverão auxiliar os desembargadores, para evitar o acúmulo de serviço.

O que não pode ser aceito, entendo, é a criação de Câmaras apenas presididas por um desembargador, e, no mais, compostas exclusivamente por juízes convocados.

Com maior razão no caso em análise, em que *todos* os que participaram do julgamento como relator, 2.º juiz, e 3.º juiz, eram juízes estaduais convocados. Formou-se, em verdade, uma turma julgadora equiparada à turma recursal dos juizados especiais criminais, exclusivamente por juízes de primeira instância.

Penso que, quando a Res. 204/05 do TJSP dispôs que o juiz substituto em segundo grau poderia oficiar como relator, revisor ou vogal, não quis dizer que eles poderiam sê-lo todos a um só tempo, formando uma única câmara.

Da mesma forma, entendo que a norma que estabelece a igualdade de competência entre o juiz substituto e o substituído diz respeito à competência *ratione materiae*, e não à quantidade de juízes que poderiam atuar em cada uma das Câmaras.

O ilustre Procurador Regional da República, em seu parecer, apesar de entender que é possível a previsão, pelos Estados-membros, de sistema de convocação de juízes para substituição eventual dos desembargadores pelo regimento interno dos tribunais,consigna, todavia, que:

"*Data venia*, o instituto não pode ser invocado para perpetuar uma inconstitucionalidade. É intuitivo ao próprio conceito de substituição o seu caráter precário e eventual: juízes convocados não podem prover, definitivamente, ausências de desembargadores, nem devem constituir alternativa mais econômica à necessária promoção.

Casos como o ocorrido no TJSP subvertem – malgrado sua disciplina em lei complementar – o quanto prevê a Constituição, seja em razão dos critérios constitucionais de promoção (art. 93, III) ou das exigências relativas à sua composição, especialmente quanto à proporção do quinto constitucional (art. 94)".

Assim, entendo ser o caso de anulação do julgamento, para que venha a ser realizado por Câmara composta, majoritariamente, por desembargadores titulares.

Por fim, no que concerne à falta de intimação pessoal do defensor público quanto à data da realização do julgamento do recurso em sentido estrito, é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que ela conduz à nulidade absoluta, diante da previsão expressa do art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50 e do princípio da ampla defesa. Confiram-se a respeito:

"Criminal. *Hábeas corpus*. Tráfico de entorpecentes e porte de arma de fogo. Nulidade. Falta de intimação da defensora da sessão de julgamento da apelação. Procuradora do Estado. Cargo equivalente ao de Defensor Público. Intimação pessoal obrigatória. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa configurado. Pleito de aguardar em liberdade o julgamento. Questão não analisada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Progressão de regime. Inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90 declarada *incidenter tantum* pelo Plenário do STF. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida – 'I. A teor do art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50, acrescentado pela Lei 7.871, de 08.11.1989, é obrigatória a intimação pessoal do defensor público ou de quem exerça cargo equivalente de todos os atos do processo, caso dos Procuradores da Assistência Judiciária do Estado. II. Não realizada a intimação pessoal da Procuradora da Assistência Judiciária do Estado do São Paulo, a qual possuía atribuições de Defensora Pública, para o julgamento da apelação criminal, evidencia-se a ocorrência de nulidade absoluta na decisão. Precedentes. III. Apesar da Defensora Pública ter sido pessoalmente intimada do acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, restam configurados prejuízos à ampla defesa, uma vez que impedidas a apresentação de memoriais, bem como a sustentação oral no feito, justificando a anulação do julgamento do apelo. IV. Hipótese em que o acusado foi preso em flagrante, tendo permanecido sob custódia durante toda a instrução processual, não havendo notícia de impugnação do ato por parte da defesa, sendo certo que a sentença vedou o apelo em

liberdade e o réu interpôs o recurso sem questionar sua segregação. V. Se o pedido de reconhecimento do direito do paciente de apelar em liberdade não foi objeto de debate e decisão por Órgão Colegiado do Tribunal *a quo*, sobressai a incompetência desta Corte para o exame da questão, sob pena de indevida supressão de instância. VI. O pleno do STF, por maioria de votos, em sessão realizada em 23.02.2006, deferiu o pedido formulado no HC 82.959/SP e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, que trata da obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os condenados pela prática de crime hediondo. VII. Deve ser anulado o julgamento da apelação criminal interposta pela defesa, para que outro acórdão seja proferido com a observância da prévia intimação pessoal do Defensor Público, devendo ainda ser afastado o óbice à progressão de regime prisional em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos em lei. VIII. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida, nos termos do voto do relator'" (STJ, 5ª T., HC 66.989/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 19.03.2007, p. 375).

"Processo penal. *Habeas corpus*. Art. 12 da Lei 6.368/76. Apelação. Defensor dativo. Ausência de intimação pessoal da data designada para o julgamento. Cerceamento de defesa. Nulidade. Rito da Lei 10.409/2002. Não aplicação. Laudo pericial. Material periciado que não corresponderia àquele apreendido. Necessidade de incursão em matéria fático-probatória – 'I – A teor dos arts. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50 e 370, § 4.º, do CPP, a intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. A falta dessa intimação enseja a realização de novo julgamento (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)'" (STJ, 5ª T., HC 58.012/PR, rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 12.03.2007, p. 274).

"*Habeas corpus*. Direito processual penal. Roubo circunstanciado. Apelação. Defensor Público. Ausência de intimação pessoal da pauta de sessão de julgamento. Nulidade. Excesso de prazo. Instrução criminal encerrada. Súm. 52/STJ. Ordem

parcialmente concedida – '1. É prerrogativa do defensor dativo e do defensor público, ou de quem exerça cargo equivalente, a intimação pessoal de todos os atos e termos do processo, pena de nulidade (art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.871/89 e art. 370, § 4.º, do CPP, acrescentado pela Lei 9.271, de 17.04.1996). 2. *Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.* (Súm. do STJ, Enunciado 52). 3. Ordem parcialmente concedida'" (STJ, 6ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, HC 54.058/SP, *DJ* 05.02.2007, p. 394).

O prejuízo à defesa, aqui, é evidente, pois não foi assegurado ao defensor público a oportunidade de sustentar oralmente as contra-razões ao recurso, conforme informação prestada pela autoridade apontada como coatora. Ademais, com o seu provimento, foi o paciente pronunciado, devendo ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Ante o exposto, *concedo a ordem* para anular o julgamento do recurso em sentido estrito, determinando-se o seu julgamento por Câmara composta majoritariamente por desembargadores titulares, e após ter sido assegurada a intimação pessoal do defensor público da data de sua realização.

É como voto.

VOTO-VISTA DO MIN. HAMILTON CARVALHIDO – *Habeas corpus* contra a 3ª Câm. A da Seção Criminal do TJSP que, dando provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet* Estadual, pronunciou-o no processo da ação penal a que responde como incurso nas sanções do delito tipificado no art. 121, § 2.º, I, do CP, preservando-lhe a liberdade, eis que respondeu solto ao processo.

A nulidade do acórdão que pronunciou o paciente, por ter sido a Turma Julgadora composta por juízes convocados, e pela ausência de intimação pessoal do Defensor Público para a sessão de julgamento, funda a impetração.

Alega o impetrante que a decisão colegiada que pronunciou o ora paciente foi "(...) proferida por três juízes estaduais, de primeira instância e não por De-

sembargadores, de carreira, com a experiência e o tempo necessários à revisão do julgado de primeiro grau e, em respeito aos mandamentos constitucionais" (f.).

Sustenta, por outro lado, que "(...) para o julgamento do recurso em sentido estrito em questão, o Procurador do Estado, exercendo suas funções da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, não foi intimado pessoalmente para que pudesse presenciar o julgamento feito pela 1ª Câm. do TJSP" (f.) e que "tal proceder é fundamental primeiro porque a teor do art. 5.º da Lei 1.060/50, é obrigatória a intimação pessoal do defensor público. Ademais, tal intimação tem a finalidade de propiciar ao defensor a possibilidade de proceder à sustentação oral" (f.).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, reconhecendo-se "as nulidades absolutas suscitadas, determinando-se a feitura de novo julgamento do recurso em sentido estrito em tela, por Câmara composta exclusivamente por Desembargadores, além do que, seja o Defensor Público intimado pessoalmente para tal julgamento" (f.).

Liminar indeferida pelo Ministro-presidente (f.).

As informações foram prestadas às f. dos autos, dando conta de que foi "intimada a defensora da pauta da sessão de julgamento *por publicação na Imprensa Oficial do Estado*, datada de 05.12.2005" e que "o julgamento do recurso em sentido estrito, o qual fora presidido pelo Des. Samuel Alves de Melo Júnior, fizeram parte da sessão os Juízes Pedro Luiz Aguirre Menin, Alex Tadeu Monteiro Zilenovski, integrantes da 3ª Câm. Crim. A".

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado:

"*Habeas corpus*. Órgão julgador composto, na maioria, por juízes convocados. LC paulista 646/90. Sistema diferenciado de substituição conforme à Constituição Federal. Precedentes. Crítica ao abuso.

II – Ausência de intimação pessoal de defensor público. Procuradoria do Estado. Art. 5.º, § 5.º da Lei 1.060/50.

Promoção pela concessão da ordem." (f.)

Pedi vista dos autos para melhor exame da espécie.

Acompanho o voto da ilustre Ministra-relatora.

Esta, a letra do art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.871/89, *verbis*:

"Nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos."

E também, a do art. 370, § 4.º, do CPP, acrescentado pela Lei 9.271, de 17.04.1996:

"A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal."

Tem-se, assim, que tanto ao defensor público ou a quem exerça cargo equivalente, quanto ao defensor dativo, nos termos do art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.871/89 e do art. 370, § 4.º, do CPP, acrescentado pela Lei 9.271, de 17.04.1996, está assegurada, pena de nulidade, a intimação pessoal de todos os atos do processo e em ambas as instâncias.

Por certo, alcança a disciplina legal que dá consecução à garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5.º, LX), a intimação para a sessão de julgamento de recursos interpostos pela acusação e pelo réu.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Federal Superior:

"*Habeas corpus*. Processual penal. Crimes contra a vida. Sentença de impronúncia Interposição de recurso em sentido pela acusação. Paciente pronunciado, tendo sido, ainda, determinado pelo acórdão impugnado a expedição de mandado de prisão em seu desfavor. Cerceamento de defesa. Ausência de intimação pessoal do Procurador do Estado, no exercício das funções de Defensor Público, da inclusão, em pauta de julgamento, do Recurso em sentido estrito. Nulidade absoluta. Precedentes do STJ – '1. A intimação do Procurador do Estado, no exercício das funções de defensor público, deve ser feita pessoalmente, pois, após o advento da Lei 7.871/89, que acrescentou o § 5.º, ao art. 5.º, da Lei 1.060/50, a intimação

pessoal do defensor público, ou de quem exerça cargo equivalente, passou a ser obrigatória. 2. A falta de intimação pessoal do defensor público da data do julgamento do recurso em sentido estrito – que resultou na pronúncia do paciente pela prática, em tese, dos crimes contra a vida –, consubstancia-se em nulidade processual que mitiga o exercício do direito de ampla defesa do réu, pelo que se faz necessária a anulação do julgamento. 3. Tendo sido ordenada a expedição da mandado de prisão, no bojo do acórdão impugnado, deve ser também revogada a custódia cautelar do paciente, a teor do disposto no art. 573, § 1.º, do CPP, garantindo-lhe o direito de aguardar em liberdade o novo julgamento do recurso em sentido estrito, salvo se por outro motivo não estiver preso. 4. Precedentes do STJ. 5. Ordem concedida para anular o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, em sede de recurso em sentido estrito, por falta da intimação pessoal do Procurador do Estado, na função de defensor público, de sua inclusão em pauta de julgamento. Por conseqüência, determinado que outro julgamento seja realizado com a prévia intimação pessoal da defensoria pública, garantindo ao paciente o direito de aguardar, o novo julgamento, em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.'" (HC 50.875/SP, rela. Min. Laurita Vaz, *DJ* 06.08.2007).

"*Habeas corpus*. Recurso em sentido estrito. Defensor Público. Intimação pessoal. Pauta de julgamento. Cerceamento de defesa configurado – 'Segundo reiterada orientação desta Corte, configura-se cerceamento de defesa, sujeito à nulidade do acórdão, a ausência de intimação pessoal do defensor público da pauta de julgamento do recurso aviado em favor do paciente. A tão-só intimação via imprensa oficial não supre o vício intimatório. Ordem concedida para anular o julgamento do recurso em sentido estrito e demais atos posteriores, permitindo-se a realização de nova sessão, uma vez intimado pessoalmente e com antecedência a defensoria pública.'" (HC 72.942/SP, rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 29.06.2007).

"Criminal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Tentativa. Nulidade. Falta de intimação do defensor dativo da sessão de julgamento do recurso em sentido

estrito. Intimação pessoal obrigatória. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa configurado. Ordem concedida – 'I. A teor do art. 370, § 4.º, do CPP, modificado pela Lei 9.271/96, é obrigatória a intimação pessoal do Ministério Público e do defensor nomeado ao réu, caso dos defensores dativos. II. Não realizada a intimação pessoal do defensor nomeado ao acusado para o julgamento do recurso em sentido estrito, evidencia-se a ocorrência de nulidade absoluta na decisão. Precedentes. III. Impedida a apresentação de memoriais, bem como a sustentação oral no feito, restam configurados prejuízos à ampla defesa. IV. Deve ser anulado o julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, para que outro acórdão seja proferido, com a observância da prévia intimação pessoal do defensor dativo nomeado ao paciente. V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.'" (HC 57.252/SP, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 16.10.2006).

In casu, não foi a defensora dativa intimada pessoalmente para a sessão de julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo réu, como se vê das informações prestadas pela Corte de Justiça Estadual (f.).

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que não há falar em nulidade em razão da convocação de magistrados de primeiro grau para atuarem temporariamente em julgamentos de segunda instância, uma vez observadas as normas legais pertinentes (cf. AgRgAg 380.801/SP, da minha relatoria, *DJ* 02.08.2004; HC 61.999/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 06.08.2007 e REsp 275.882/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 08.11.2004).

A questão posta nos autos, contudo, como gizou a Ministra-relatora do presente *writ*, está na *composição de Câmaras compostas majoritariamente por juízes convocados*, tal como ocorreu na espécie, em que a 1ª Câm. A da Seção Criminal do TJSP julgou o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, pronunciando o réu, tendo como Desembargador titular apenas o presidente da sessão.

Em casos tais, é de se afirmar ofensa ao princípio constitucional do juiz natural, bem como das normas dos arts. 93, III, 94 e 98, I, da CF, que possuem o seguinte teor:

"Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do STF, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

III. o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;"

"Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes."

"Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;"

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

"Penal. *Habeas corpus*. Tribunal de Justiça. Órgão fracionário insuficientemente composto. Nulidade. Embargos infringentes. Apelação – 'Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Turma composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau. Ordem concedida.'" (HC 9.405/SP, rel. p/ o acórdão Min. William Patterson, *DJ* 18.06.2001).

Pelo exposto, acompanhando o voto da Ministra-relatora, concedo a ordem de *habeas corpus*, para declarar a nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, a ser renovado pelo E. TJSP, com a prévia intimação pessoal do defensor.

É o voto.

RESULTADO – "Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Min. Hamilton Carvalhido acompanhando a Relatoria, a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra-relatora." (STJ, 6ª T., HC 72.941/SP, rela. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11.09.2007, pendente de publicação).

4.2 Ementário de Jurisprudência

André Adriano do Nascimento da Silva
Pós-graduando em Direito Penal Econômico Internacional pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu, da Universidade de Coimbra e pelo IBCCRIM e em Direito Penal pela Escola Superior da Advocacia da OAB-SP. Advogado.

Lucas Clemente Guimarães Diaz
Pós-graduando em Direito Penal Econômico Internacional pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu, da Universidade de Coimbra e pelo IBCCRIM. Advogado.

Índice

1. Direito penal

1.1 Aplicação analógica de agravante. Inadmissibilidade.

1.2 Aplicação retroativa do art. 90 da Lei 9.099/95. Interpretação conforme a Constituição.

1.3 Atenuação da pena em razão do perfil social do acusado.

1.4 Co-autoria após a consumação do crime. Inadmissibilidade.

1.5 Confissão espontânea extrajudicial. Incidência como atenuante.

1.6 Crime contra a previdência social. *Tempus regit actum.*

1.7 Denunciação caluniosa. Requisitos para configuração.

1.8 Fuga de preso. Crime de dano. Não configuração.

1.9 Livramento condicional. Revogação após o término do período de prova. Impossibilidade.

1.10 Obtenção de vantagem ilícita através da internet. Estelionato caracterizado.

1.11 Prescrição etária (art. 115 do CP). Interpretação extensiva.

1.12 Regime de cumprimento de pena. Fixação.

1.13 Substituição da pena por prestação pecuniária. Necessidade de fundamentação do *quantum*.

2. Processo penal

2.1 Cabimento de *habeas corpus* após o transito em julgado para desclassificar o crime.

2.2 Crime contra a ordem tributária. Constituição definitiva do crédito tributário. Condição objetiva de punibilidade. Impossibilidade de instauração de inquérito policial.

2.3 Crime contra a ordem tributária. Pendência de recurso administrativo-fiscal.

2.4 Competência. Fraude eletrônica na internet.

2.5 Competência. Porte de entorpecentes para uso próprio.

2.6 Competência. Prevenção em razão de quebra de sigilo telefônico e busca e apreensão na fase investigativa.

2.7 Conflito de competência entre Tribunal de Justiça e Turma Recursal. Crime ambiental.

2.8 Denúncia genérica. Violação de princípios constitucionais.

2.9 Interrogatório por vídeo conferência. Nulidade.

2.10 Intimação para início de cumprimento de pena substitutiva. Necessidade de esgotarem-se os meios razoáveis de localização antes de converter-se a pena em privativa de liberdade.

2.11 Julgamento de recurso sem razões recursais. Nulidade. Lesão ao princípio constitucional da ampla defesa.

2.12 Mandado de segurança visando a atribuição de efeito suspensivo a agravo em execução. Impossibilidade.

2.13 Novo julgamento pelo Júri. Impossibilidade de imposição de prisão automática.

2.14 Possibilidade de utilização de *habeas corpus* quando previsto agravo em execução.

2.15 Prisão para apelar. Fuga do apelante ou ausência de recolhimento ao cárcere após a interposição de recurso. Inocorrência de deserção.

2.16 Prisão para apelar. Necessidade de fundamentação concreta nas hipóteses do art. 312 do CPP.

2.17 Prisão preventiva. Agente que não tem domicílio no *distrito da culpa*. Desnecessidade.

2.18 Prisão preventiva. Gravidade genérica do delito. Motivação inidônea.

2.19 Reconhecimento de nulidade não suscitada pelo Ministério Público. Impossibilidade.

3. Execução penal

3.1 Limitação do número de presos em presídio.

3.2 Progressão de regime. Estrangeiro. Possibilidade mesmo que sujeito à expulsão.

4. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)

4.1 Aplicação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Ementas

1. Direito penal

1.1 Aplicação analógica de agravante. Inadmissibilidade.

Criminal. Furto qualificado. Concurso de agentes. Aplicação analógica da majorante. Inadmissibilidade. Inexistência de lacuna da lei. Reincidência. Causa obrigatória de aumento de pena. Recurso especial conhecido e provido – "Não cabe ao Julgador aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição a outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou; não se pode, por analogia, criar sanção que o sistema legal não haja determinado, sob pena de violação do princípio da reserva legal. Ante a previsão expressa do § 4.º do art. 155 do CP, deve ser afastada a aplicação analógica da majorante do crime de roubo ao crime de furto qualificado." (STJ, 5ª T., REsp 956.876-RS, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.08.2007, *DJU* 10.09.2007, p. 307).

1.2 Aplicação retroativa do art. 90 da Lei 9.099/95. Interpretação conforme a Constituição.

Penal e processo penal. Juizados Especiais. Art. 90 da Lei 9.099/95. Aplicabilidade. Interpretação conforme para excluir as normas de Direito Penal mais favoráveis ao réu – "O art. 90 da Lei 9.099/95 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2.º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5.º, XL, da CF/88. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/95 para

excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei." (STF, Pleno, ADIn 1.719-9, rel. Joaquim Barbosa, j. 18.06.2007, *DJU* 03.08.2007, p. 29).

1.3 Atenuação da pena em razão do perfil social do acusado.

"É de se reconhecer a circunstância atenuante inominada, descrita no art. 66 do CP, quando comprovado o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni, espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito." (TJMG, 5ª Câm. Crim., Ap 1.0702.06.296608-1/001, rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 27.03.2007, *DJ* 14.04.2007).

1.4 Co-autoria após a consumação do crime. Inadmissibilidade.

Penal e processual penal. Habeas corpus. *Trânsito em julgado. Desclassificação. Tese jurídica. Possibilidade. Reconhecimento de co-autoria após a consumação do crime. Impossibilidade. Ajuste prévio. Não comprovação. Paciente que participa do exaurimento do crime. Crime de favorecimento real. Ocorrência. Ordem concedida. Prescrição reconhecida* – "Não é admissível a co-autoria após a consumação do crime, salvo se comprovada a existência de ajuste prévio. A pessoa que participa apenas no momento do exaurimento do crime, comete crime de favorecimento real, se sabe prestar auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime." (STJ, 6ª T., HC 39.732-RJ, rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26.06.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 225).

1.5 Confissão espontânea extrajudicial. Incidência como atenuante.

Penal. Habeas corpus. *Art. 157, § 2.º, I e II, do CP. (...) Confissão espontânea extrajudicial. Retratação em juízo. Incidência como atenuante* – "Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, *d*, do CP (Precedentes)." (STJ, 5ª T., HC 76.000-MS, rel. Felix Fischer, j. 22.05.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 202).

1.6 Crime contra a previdência social. Tempus regit actum.

Penal. Processual penal. Crime contra a previdência social. Lei 8.212/91, art. 95, d. *Ausência do recolhimento de contribuições descontadas dos empregados. Lei 9.983/2000. Aparente conflito de normas. Aplicabilidade da Lei 8.212/91. Princípio do* tempus regit actum. *Autoria e materialidade delitivas amplamente comprovadas. Dificuldades financeiras demonstradas. Inexigibilidade de conduta diversa caracterizada. Absolvição. Apelo do Ministério Público a que se nega provimento* – "Embora o art. 3.º da Lei 9.983/2000 traga em sua redação a revogação expressa do art. 95 e alíneas da Lei 8.212/91, há que se ter em mente que esta lei, que vigia ao tempo do delito, é mais benéfica para os réus. Diante do advento de lei posterior mais gravosa, incumbe ao magistrado aplicar lei anterior, eis que sob seu império deu-se o fato criminoso. Aplicabilidade do princípio *tempus regit actum*. No caso em apreço, deve ser aplicado o art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, para os delitos cometidos até 14.07.2000, e o art. 168-A do CP, para os delitos cometidos após essa data." (TRF 3ª R., 5ª T., ApCrím 2003.61.06.00135-7/SP, rel. Ramza Tartuce, j. 04.06.2007, *DJU* 21.08.2007, p. 620).

1.7 Denunciação caluniosa. Requisitos para configuração.

Habeas corpus. *Direito penal e processual penal. Denunciação caluniosa. Denúncia genérica. Inépcia. Ausência de demonstração de que os fatos citados pelo paciente fossem falsos, bem como de seu conhecimento sobre essa falsidade. Pedido de envio de peças ao Ministério Público para apuração de eventuais irregularidades. Ausência de* animus caluniandi. *Condutas descritas no requerimento feito pelo paciente que, à evidência, não constitui crime. Atipicidade da conduta. Trancamento da ação penal. Ordem concedida* – "O delito de denunciação caluniosa exige que a acusação seja objetiva e subjetivamente falsa, vale dizer, que esteja em contradição com a verdade dos fatos e que haja por parte do agente a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática criminosa. O dolo é a vontade de provocar investigação policial ou processo judicial (HC 25.593-MT, rel. Jorge Scartezzini, *DJU* 03.05.2004). A denúncia deve demonstrar, por meio de fatos concretos, que as alegações feitas pelo paciente eram falsas e que ele tinha conhecimento dessa falsidade, com a finalidade de caracterizar o elemento subjetivo, indispensável à configuração do crime de denunciação caluniosa. Simples pedido de apuração de irregularidades, sem a descrição de qualquer fato que corresponda a uma figura típica, não caracteriza, por si só, o delito de denunciação caluniosa, por restar evidente que as condutas narradas não constituem crimes, ensejando o trancamento da Ação Penal, por atipicidade da conduta." (STJ, 5ª T., HC 58.961-ES, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.08.2007, *DJU* 27.08.2007, p. 278).

1.8 Fuga de preso. Crime de dano. Não configuração.

Penal. Recurso Especial. Dano. Fuga de preso – "Na linha de precedentes desta Corte, não configura crime de dano se a ação do preso foi realizada exclusivamente para a consecução de fuga. A evasão por parte de preso só está prevista como crime na hipótese de violência contra a pessoa (art. 352 do CP). A evasão,

com ou sem danos materiais, ganha relevância, basicamente, em sede de execução da pena." (STJ, 5ª T., REsp 867.353-PR, rel. Felix Fischer, j. 22.05.2007, *DJU* 27.08.2007, p. 286).

1.9 Livramento condicional. Revogação após o término do período de prova. Impossibilidade.

Recurso em habeas corpus. *Livramento condicional. Revogação após o término do período de prova. Inexistência de suspensão cautelar. Impossibilidade. Recurso provido* – "Não tendo sido suspenso, por medida cautelar, o livramento condicional durante o período de prova, impunha-se a declaração de extinção da pena imposta, não se mostrando possível a revogação do benefício, a teor do que disciplinam os arts. 90 do CP e 145 da Lei de Execuções Penais. A circunstância de ter o recorrente sido preso em flagrante não suspende automaticamente o benefício, tendo em conta a inexistência de expressa previsão legal, além do que cumpre ao Estado aparelhar seu sistema de execução de penas, objetivando em tempo hábil a suspensão do benefício, sempre se valendo do mecanismo do art. 732 do CPP." (STJ, 6ª T., RHC 16.965-RJ, rel. Hamilton Carvalhido, j. 06.02.2007, *DJU* 20.08.2007, p. 306).

1.10 Obtenção de vantagem ilícita através da internet. Estelionato caracterizado.

Apelação criminal. Estelionato. Rede mundial de computadores. Golpe pela internet. Promessa de emprego. Autoria. Depósito bancário na conta bancária do agente. Prova pericial e testemunhal. Condenação mantida – "Tratando-se de estelionato cometido via internet, provado o uso de *home page* grátis com o nome de fantasia de determinada empresa sem a sua autorização, induzindo pessoas em erro, mediante falsa promessa de emprego no exterior, com a indicação, inclusive por *e-mail* enviado a terceiro, de conta bancária da titularidade do agente, em cujo nome restou provada a efetivação de depósito pela vítima, deve ser mantida a condenação

aplicada em 1ª instância." (TJ-MG, 5ª Câm. Crim., AC 1.0024.02.875258-2/001, rel. William Silvestrini, j. 07.03.2007, *DJ* 21.03.2007).

1.11 Prescrição etária (art. 115 do CP). Interpretação extensiva.

Penal. Embargos declaratórios em agravo de instrumento. Art. 115 do CP. Recorrente contava com 70 anos de idade na data do acórdão que confirmou a sentença condenatória. Ocorrência da prescrição retroativa. Extinção da punibilidade – "Esta Corte já decidiu que o art. 115 do CP não deve ser interpretado de forma restrita, reduzindo-se de metade o prazo prescricional também quando o réu tiver completado setenta anos na data do acórdão que confirma a sentença que o condenou." (STJ, 6ª T., EDcl no AgIn 701.669-RJ, rel. Paulo Gallotti, j. 09.08.2007, *DJU* 16.08.2007, p. 665).

1.12 Regime de cumprimento de pena. Fixação.

Agravo regimental. Habeas corpus. *Roubo qualificado. Pena-base fixada no mínimo legal. Réu primário. Regime mais rigoroso. Inadmissibilidade* – "Em compreensão hoje pacificada no Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada." (STJ, 6ª T., AgRg no HC 53.171-SP, rel. Paulo Gallotti, j. 28.06.2007, *DJU* 20.08.2007, p. 307).

1.13 Substituição da pena por prestação pecuniária. Necessidade de fundamentação do quantum.

Pena substitutiva. Prestação pecuniária. Valor fixado sem qualquer fundamentação. Réu pobre no sentido legal. Ordem concedida – "Exige-se fundamentação na escolha da pena pecuniária e também na imposição de sua quantidade em atendimento ao prin-

cípio constitucional de individualização da pena e na determinação de que todas as decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas. A quantidade da prestação pecuniária deve ser estabelecida de tal modo que possibilite ao apenado satisfazê-la." (STJ, 5ª T., HC 57.909-RS, rel. Jane Silva, j. 07.08.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 194).

2. Processo penal

2.1 Cabimento de habeas corpus após o transito em julgado para desclassificar o crime.

Penal e processual penal. Habeas corpus. *Trânsito em julgado. Desclassificação. Tese jurídica. Possibilidade. Reconhecimento de co-autoria após a consumação do crime. Impossibilidade. Ajuste prévio. Não comprovação. Paciente que participa do exaurimento do crime. Crime de favorecimento real. Ocorrência. Ordem concedida. Prescrição reconhecida* – "É possível o conhecimento de *habeas corpus* após o trânsito em julgado em que se requer a desclassificação do delito se se tratar apenas de tese jurídica, analisável a partir do que restou consignado na sentença, sem a necessidade de extensão probatória." (STJ, 6ª T., HC 39.732-RJ, rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26.06.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 225).

2.2 Crime contra a ordem tributária. Constituição definitiva do crédito tributário. Condição objetiva de punibilidade. Impossibilidade de instauração de inquérito policial.

Penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. *Crime contra a ordem tributária. Denúncia recebida antes da constituição definitiva do crédito tributário que consubstancia uma condição objetiva de punibilidade. Impossibilidade* – "O Plenário do Pretório Excelso ao julgar o HC 81.611-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 13.05.2005, firmou o entendimento, que posteriormente veio

a ser seguido também nesta Corte, de que nos crimes contra a ordem tributária a constituição definitiva do crédito tributário e conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade (*an debeatur*) e valor devido (*quantum debeatur*) configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, se apresenta como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte). Dessarte, o início da *persecutio criminis in iudicio*, ou até mesmo a instauração de inquérito policial somente se justificam após a constituição definitiva do crédito tributário, sendo flagrante o constrangimento ilegal decorrente da inobservância deste dado objetivo." (STJ, 5ª T., RHC 20.102-MG, rel. Felix Fischer, j. 10.05.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 191).

2.3 *Crime contra a ordem tributária. Pendência de recurso administrativo-fiscal.*

Processo penal. Processo administrativo. Pendência. Ação penal. Propositura. Inadmissibilidade – "O art. 1.º, I, da Lei 8.137/90, fala em 'suprimir ou reduzir' tributo, o que só se pode afirmar a partir do momento em que o lançamento se torna imutável em sede administrativa. Antes, pendendo de julgamento recurso administrativo-fiscal, sequer é exigível o tributo, de forma que não se mostra juridicamente possível falar em materialidade delitiva." (TRF 3ª R., 5ª T., *HC* 2007.03.00.064573-8/SP, rel. Higino Cinacchi, j. 06.08.2007, DJU 21.08.2007, p. 615).

2.4 *Competência. Fraude eletrônica na internet.*

Conflito negativo de competência. Fraude eletrônica na internet. Transferência de valores mantidos em conta corrente sob a guarda da Caixa Econômica Federal. Furto qualificado. Consumação no local de subtração do bem – "Configura crime de furto qualificado a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência bancária fraudulenta, sem o consentimento do correntista. Precedentes. É competente o Juízo do local da consumação do delito de furto, qual seja, que se dá onde o bem é subtraído

da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade." (STJ, 3ª S., CComp 72.738-RS, rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08.08.2007, *DJU* 20.08.2007, p. 237).

2.5 Competência. Porte de entorpecentes para uso próprio.

Processual penal. Habeas corpus. *Porte de entorpecentes para uso próprio. Infração de menor potencial ofensivo. Competência do Juizado Especial Criminal. Lei 11.343/2006* – "Com o advento da Lei 11.313/2006, que modificou a redação do art. 61 da Lei 9.099/95 e consolidou entendimento já firmado nesta Corte, '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 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa', independentemente de a infração possuir rito especial. Assim, o delito de porte de entorpecente para uso próprio, embora possua rito especial, está abarcado pela competência do Juizado Especial Criminal (Precedentes)." (STJ, 5ª T., HC 73.453-MG, rel. Felix Fischer, j. 14.06.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 200).

2.6 Competência. Prevenção em razão de quebra de sigilo telefônico e busca e apreensão na fase investigativa.

Penal. Processo penal. Conflito negativo de competência. Tráfico internacional de entorpecentes e associação. Arts. 33 e 35, c/c o art. 40, I e VII da Lei 11.343/2006. Crimes permanentes. Prevenção. Decretação de quebra de sigilo telefônico e busca e apreensão na fase investigativa. Medidas judiciais antecedentes. Art. 71, c/c o art. 83, ambos do CPP – "Fica prevento o Juízo que decreta a quebra de sigilo telefônico e determina a busca e apreensão domiciliar, concede sucessivas prorrogações da interceptação telefônica e acompanha todo o desenrolar das investigações na sede do Inquérito Policial que culminaram com o desbaratamento de quadrilha de tráfico de cocaína para a Europa liderada por africanos residentes em São Paulo. A posterior prisão de membros da quadrilha transportando drogas para o exterior

em município sujeito à jurisdição de outra Subseção Judiciária não tem o condão de deslocar a competência para foro diverso daquele onde têm curso as investigações, considerando o caráter permanente do delito de tráfico de entorpecentes e, principalmente, da associação criminosa formada para tal fim." (TRF 3ª R., 1ª S., CComp 2006.03.00.116065-5/SP, rel. Henrique Herkenhoff, j. 18.07.2007, *DJU* 16.08.2007, p. 255).

2.7 Conflito de competência entre Tribunal de Justiça e Turma Recursal. Crime ambiental.

Conflito de competência. Tribunal de Justiça e Turma Recursal. Competência do STJ. Crime ambiental julgado em primeiro grau pelo juízo comum. Recurso em sentido estrito. Advento da Lei 10.259/2001. Ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Irrelevância, in casu. *Precedentes do STJ e STF. Competência do Tribunal de Justiça* – "Compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito entre Turma Recursal de Juizado Especial e Tribunal de Justiça, porquanto as decisões da Turma Recursal não estão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Estaduais. Inteligência do art. 105, I, *d*, da CF/88. Precedentes do STJ. Se a ação por crime ambiental foi julgada pelo Juízo Comum, eventual alteração legislativa posterior, ampliando o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, não implica deslocamento da competência recursal. O recurso contra a sentença proferida em processo que tramitou no Juízo Comum de Vara Estadual deve ser julgado pelo Tribunal hierarquicamente superior. Precedentes do STF e STJ." (STJ, 3ª S., CComp 85.947-SC, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 08.08.2007, *DJU* 20.08.2007, p. 237).

2.8 Denúncia genérica. Violação de princípios constitucionais.

Penal e processual penal. Habeas corpus *substitutivo de recurso ordinário. Art. 168-A do CP. Inépcia da denúncia. Ocorrência. Paciente denunciado pelo simples fato de figurar, à*

época dos fatos descritos, como sócio gerente da sociedade empresária apontada na proemial. Denúncia genérica. Violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da dignidade da pessoa humana. Inversão do ônus da prova – "A despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente nos crimes societários, isso não significa que o *Parquet* possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e o fato a ele imputado. O simples fato de o paciente ser, à época dos fatos, sócio da sociedade empresária não autoriza a *persecutio criminis in iudicio* por crimes praticados em sua gestão se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da instrução criminal, o mínimo vínculo entre as imputações e a sua atuação na qualidade se sócio (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). A denúncia que não descreve de modo adequado e suficiente a conduta de cada um dos denunciados, em que com isso se exija a descrição de minúcias, viola os princípios do devido processo legal (CF/88, art. 5.º, LIV), da ampla defesa, do contraditório (CF/88, art. 5.º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1.º, III) (STF: HC 89.105-5, 2ª T., rel. Gilmar Mendes, *DJU* 06.11.2006). A denúncia genérica acaba por inverter o ônus da prova, pois a inobservância por parte do órgão acusador do ônus da descrição mínima da conduta imputada na exordial, com a demonstração da potencial participação do denunciado nos fatos narrados, em última análise implica na incumbência do denunciado em demonstrar a sua não participação nos fatos (STJ, 6ª T., HC 34.364-MG, rel. Hamilton Carvalhido, *DJU* 11.09.2006)." (STJ, 5ª T., HC 69.240-MS, rel. Felix Fischer, j. 14.06.2007, *DJU* 10.09.2007, p. 261).

2.9 Interrogatório por vídeoconferência. Nulidade.

Ação penal. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante vídeoconferência. (...) Nulidade processual caracterizada (...) – "O direito de ser ouvido pelo magistrado, que o julgará, constitui conseqüência linear do direito à informação acerca da acusação. (...) É preciso, pois, conceber e tratar o interrogatório como meio de defesa, e não, em aberto retrocesso histórico, como resíduo inquisitorial ou mera técnica

de se obter confissão. (...) Não existe, em nosso ordenamento, previsão legal para realização de interrogatório por videoconferência. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto. (...) Ainda que preso, deve, pois, o acusado comparecer *perante* a autoridade judiciária, seu juiz natural, para ser interrogado. (...) Na impossibilidade de o réu ser conduzido ao fórum, por razões de segurança, é o magistrado quem deve deslocar-se até ao local onde aquele se encontre, para o interrogar. (...) Eivado de nulidade, pois, o interrogatório do paciente, que, ainda sob a vigência do art. 185, na redação anterior à reforma de 2003, se realizou por teleaudiência, porque agride o direito de, no ato, estar o acusado perante o juiz." (STF, 2ª T., HC 88.914-SP, rel. Cezar Peluso, j. 14.08.2007, *DJU* 05.10.2007, p. 37).

2.10 Intimação para início de cumprimento de pena substitutiva. Necessidade de esgotarem-se os meios razoáveis de localização antes de converter-se a pena em privativa de liberdade.

Processual penal. Habeas corpus. *Intimação. Início do cumprimento da pena substitutiva. Condenado não encontrado. Conversão em pena privativa de liberdade. Mandado de prisão expedido. Nulidade* – "Em respeito ao princípio da ampla defesa, é dever do Estado-Juiz esgotar todos os meios razoáveis de localização do condenado, ocorrendo nulidade se não veio a ser procurado no endereço no qual já recebeu intimação da sentença condenatória (Precedentes)." (STJ, 5ª T., HC 73.354-RS, rel. Felix Fischer, j. 22.05.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 200).

2.11 Julgamento de recurso sem razões recursais. Nulidade. Lesão ao princípio constitucional da ampla defesa.

Julgamento de recurso sem razões recursais. Lesão ao princípio da ampla defesa. Nulidade. Ordem concedida para anular o julgamento e restituir o prazo ao defensor

para oferecimento de razões – "O princípio da ampla defesa, no aspecto da defesa técnica, exige que sejam apresentadas as razões recursais em recurso interposto pela defesa. É nulo o julgamento realizado sem que tenham sido apresentadas as razões recursais da defesa. Se o Tribunal constatar que o apelo não se fez acompanhar das razões recursais, deve transformar o julgamento em diligência para que na comarca de origem elas sejam apresentadas pelo defensor e, caso este não o faça, nem seja indicado pelo réu outro advogado, deve ser nomeado um defensor público para fazê-lo, visando resguardar o princípio da ampla e efetiva defesa. Ordem concedida para anular o julgamento e determinar a restituição do prazo para oferecimento de razões recursais." (STJ, 5ª T., HC 44.994-RO, rel. Jane Silva, j. 07.08.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 193).

2.12 Mandado de segurança visando a atribuição de efeito suspensivo a agravo em execução. Impossibilidade.

Habeas corpus. *Execução penal. Mandado de segurança. Atribuição de efeito suspensivo a agravo em execução. Incabimento. Ordem concedida* – "O princípio da constitucionalidade e o da legalidade estrita do poder de resposta penal do Estado excluem, salvo o caso de teratologia, ilegalidade manifesta ou abuso do poder, o cabimento do mandado de segurança impetrado pela acusação para atribuir efeito suspensivo a recurso dele desprovido." (STJ, 6ª T., HC 52.342-SP, rel. Hamilton Carvalhido, j. 25.04.2006, *DJU* 03.09.2007, p. 227).

2.13 Novo julgamento pelo Júri. Impossibilidade de imposição de prisão automática.

Habeas corpus. *Homicídio. Determinação de novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Expedição de mandado de prisão. Impossibilidade. Falta de fundamentação* – "Conforme entendimento desta Corte, o provimento da apelação do *parquet* determinando a realização de novo júri não produz o efeito automático de impor a

prisão ao paciente, que, como constrição cautelar, providência processual de caráter excepcional, só deve ser decretada quando presentes os motivos que autorizam sua adoção, que devem restar claramente demonstrados, em consonância com o disposto no art. 312 do CPP, por decisão devidamente fundamentada." (STJ, 6ª T., HC 46.375-PE, rel. Paulo Gallotti, j. 24.04.2007, *DJU* 20.08.2007, p. 306).

2.14 Possibilidade de utilização de habeas corpus *quando previsto agravo em execução.*

Penal. Habeas corpus *substitutivo de recurso ordinário. Progressão de regime.* Writ *não conhecido na Corte de origem. Art. 197 da LEP. Possibilidade de utilização de* Habeas Corpus – "Esta Corte tem se posicionado no sentido de que, não obstante a previsão de recurso específico para o caso em tela, qual seja, o agravo em execução (art. 197 da Lei de Execuções Penais), é admissível a utilização do *mandamus* na espécie, dada a possibilidade de lesão ao direito de locomoção do paciente (Precedentes)." (STJ, 5ª T., HC 74.024-SP, rel. Felix Fischer, j. 21.06.2007, *DJU* 10.09.2007, p. 267).

2.15 Prisão para apelar. Fuga do apelante ou ausência de recolhimento ao cárcere após a interposição de recurso. Inocorrência de deserção.

Apelação. Furto qualificado. Preliminar. Deserção. Fuga do réu. Inocorrência. Absolvição. Possibilidade. Palavra da vítima isolada nos autos. Incidência do princípio in dubio pro reo – "Atribuindo releitura constitucional ao contido nos arts. 594 e 595 do CPP, tomando por base os princípios garantistas da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, embora havendo fuga do sentenciado ou ausência de recolhimento deste ao cárcere após a interposição de recurso, não há que se falar em deserção." (TJ-MG, 5ª Câm. Crim., AC 1.0629.04.017463-9/002, rel. Vieira de Brito, j. 27.02.2007, *DJ* 10.03.2007).

2.16 *Prisão para apelar. Necessidade de fundamentação concreta nas hipóteses do art. 312 do CPP.*

Processual penal. Habeas corpus *substitutivo de recurso ordinário. Art. 171,* caput *e art. 171,* caput *c/c art. 14, II, todos do CP. Direito de apelar em liberdade. Réu que respondeu solto ao processo. Falta de demonstração das hipóteses do art. 312 do CPP* – "Tendo o réu respondido ao processo em liberdade, o seu direito de apelar nesta condição somente lhe pode ser denegado se evidenciadas quaisquer hipóteses previstas no art. 312 do CPP, quando da prolação da sentença (Precedentes). Na linha de precedentes desta Corte, reincidência e maus antecedentes, por si só, não justificam a imposição da prisão para apelar (Precedentes)." (STJ, 5ª T., HC 74.309-SP, rel. Felix Fischer, j. 21.06.2007, *DJU* 10.09.2007, p. 268).

2.17 *Prisão preventiva. Agente que não tem domicílio no distrito da culpa. Desnecessidade.*

Processo penal. Recurso em sentido estrito. Pedido de reforma da decisão que revogou prisão preventiva. Alegação de necessidade da prisão do recorrido. Garantia da aplicação da lei penal e preservação da ordem pública. Recurso improvido – "O fato do recorrido não ter domicílio no *distrito da culpa*, (...) não pode servir de justificativa para a constrição cautelar de sua liberdade." (TRF 3ª R., 5ª T., RSE 2005.61.15.001706-5, rel. Helio Nogueira, j. 16.07.2007, *DJU* 14.08.2007, p. 503).

2.18 *Prisão preventiva. Gravidade genérica do delito. Motivação inidônea.*

Processual Penal. Habeas Corpus. *Roubo. Prisão Preventiva. Ausência dos requisitos autorizadores da constrição cautelar. Gravidade do delito. Motivação inidônea. Ordem concedida* – "Segundo o magistério jurisprudencial desta Corte, a motivação apresentada não é idônea para manter a constrição cautelar do paciente,

porquanto se ampara apenas na gravidade genérica do delito, não demonstrando, com base em dados concretos extraídos dos autos, a necessidade de segregação antecipada do acusado." (STJ, 5ª T., HC 63.611-SE, rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.06.2007, *DJU* 13.08.2007, p. 392).

2.19 Reconhecimento de nulidade não suscitada pelo Ministério Público. Impossibilidade.

Processo penal. Habeas corpus. *Júri. Apelação. Súmula 160 do Pretório Excelso. Acolhimento pelo Tribunal de nulidade fundada em motivos estranhos aos sustentados pelo* Parquet *nas razões do recurso de apelação. Impossibilidade* – "Em se tratando de nulidade, a qual não foi objeto de impugnação pelo órgão acusador, é de se reconhecer a preclusão, não cabendo ao e. Tribunal *a quo* se pronunciar de ofício, sob pena de infringência ao princípio da *non reformatio in pejus* (Súmula 160 do Pretório Excelso). A vedação imposta pela Súmula 160 do Pretório Excelso, da mesma forma, alcança a hipótese na qual é acolhida nulidade diversa da sustentada pelo *Parquet* no recurso de apelação, muito embora referente ao mesmo quesito impugnado nas razões da irresignação (Precedente do STF)." (STJ, 5ª T., HC 65.507-RS, rel. Felix Fischer, j. 21.06.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 196).

3. Execução penal

3.1 Limitação do número de presos em presídio.

Ação civil pública. Limitação a presos em presídio. Lei de Execuções Penais. Cabimento. Multa diária. Princípio da razoabilidade–"É de incumbência do agente público o efetivo cumprimento da Lei de Execuções Penais, descabendo argüição de infringência ao princípio da tripartição dos Poderes para não fazê-lo. Em decorrência incumbe a Administração adequar-se orçamentária e administrativamente

para prestar suficientemente o serviço de Segurança Pública. Cabível aplicação de multa, por descumprimento de ordem judicial, observada a razoabilidade. Recurso provido em parte."

"Vistos.

Ministério Público Estadual propôs ação civil pública contra o Estado de São Paulo, perante o Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Franca, objetivando que o réu se abstenha de receber na Cadeia Pública de Franca, presos oriundos de quaisquer outras cidades, enquanto estiver excedida sua capacidade de 216 presos provisórios, que promova imediata remoção dos presos com sentença transitada em julgado, para estabelecimentos apropriados, promova a remoção de todos os presos excedentes a 216 presos provisórios, sob pena de multa diária.

Liminar deferida em parte (fls. 209/212), suspensa por ato da Presidência do Tribunal de Justiça (287).

A r. sentença de fls. 480/487, julgou improcedente a ação.

O Ministério Público apelou a fls. 493, recebido a fls. 521, discorrendo sobre os termos do pedido, citando jurisprudência, argumentando sobre a situação do presídio e aspectos legais, pedindo o provimento do recurso.

Contra-razões a fls. 524.

A Procuradoria de Justiça opinou a fls. 538/547 pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Esta Câmara já decidiu caso análogo, embora em incidente recursal, abordando a questão de recolhimento de presos, com a seguinte posição:

'Com efeito, ninguém contesta o desvirtuamento das unidades estatais da Secretaria da Segurança Pública, destinadas ao exercício da polícia judiciária e transformados indevidamente em presídios impróprios para recolhimento de presos em qualquer situação processual, constituindo focos de freqüentes rebeliões e motins de trágicas conseqüências, em grande parte determinados pelo excesso de população carcerária.

Entretanto, a precariedade desse estágio vivenciado pelos citados estabelecimentos policiais, não poderá ser dirimido de inopino pelo Poder Judiciário, impondo as restrições consignadas na decisão recorrida, data venia, da nobreza do entendimento do nobre magistrado de primeiro grau' (AgIn 84.557.5, rel. Des. Demóstenes Braga, que serviu de respaldo ao agravo em apenso).

Em que pese à bem elaborada r. sentença, existe aspectos legais que não podem ser superados, em especial à Lei de Execuções Penais, em seus arts. 84, *caput*, 88, 102 e 104 (Lei 7.210/84).

As argumentações atreladas ao princípio da tripartição de poderes – art. 2.º, CF/88 –, da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, do contexto de necessidade de comprovação orçamentária, não se esgota neste debate, já que sujeita a outros aspectos de direito e princípios, inclusive constitucionais, que induzem interpretação mais ampla do que mera negativa de conduta a qual resulta deixar como está.

É sabido que a segurança pública é direito de todos e dever do Estado, o qual deve exercer a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, CF/88), daí, o recurso à doutrina de Álvaro Lazzarini, no conceito de *ordem pública*, no sentido de que significa 'um mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente, formando-lhe o fundamento à segurança dos bens e das pessoas, à salubridade e à tranqüilidade, revestindo, finalmente, aspectos econômicos (luta contra monopólios, açambarcamento e a carestia), e, ainda, estéticos (proteção de lugares e monumentos)' (in *Estudos de direito administrativo*, RT, p. 53).

Também deve ser considerado o tópico ressalvado do acórdão constante da ApCív 164.495.5 – voto do Des. Laerte Sampaio –, no sentido de que: 'Assim, se existem previsões constitucionais (art. 5.º, III, XLVIII, XLIV, L), garantindo a adequação dos estabelecimentos prisionais e o respeito à integralidade física e moral dos presos mediante normas ordinárias (arts. 41, 85, 88, 103 e 103 [sic] da

Lei de Execuções Penais), elas também se situam no âmbito de segurança pública. Pode-se, pois, afirmar que, diante da existência de uma cadeia pública em determinado local, coexistem dois tipos de direitos: a) os dos custodiados, tendo em vista as normas específicas de respeito à sua integridade corporal e moral, b) os dos que residem e trabalham nas imediações, definidas pela preservação da ordem pública como garantia de suas incolumidades corpóreas e bens, para não se falar em qualidade de vida (sossego, tranqüilidade, etc.) Se a cadeia pública não atende aos preceitos legais, gerando constantes rebeliões, tentativas de fugas e mesmo escapadas dos presos, inegável que é atingido os direitos dos que residem trabalham nas proximidades'.

É certo que ao Estado incumbe o encargo do preso, mas também lhe compete o cumprimento da Lei de Execuções Penais, como lucidamente foi decidido: 'a Administração não está obrigada a proceder reforma do prédio, nem mesmo por decisão judicial. Mas, se optar por mantê-lo como cadeia pública, estará obrigada a atender os padrões mínimos estabelecidos pelas normas de segurança e salubridade. Ao Estado cabe cumprir a legislação pertinente' (ApCív 42.502.5/7, rel. Des. Paulo Travam).

Assim, observadas determinadas posições, não há violação ao art. 2.º da CF/88, bem como é relativa a assertiva de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, quando exige legislação específica que direciona conduta do agente público, como é o caso da Lei de Execuções Penais, cujo efetivo cumprimento deve estar pautado pela reserva orçamentária, cuja providência deve estar prevista pelo agente de Estado correspondente, sob o risco de descumprimento de lei e conseqüente dano ao erário por omissão.

Sobre este contexto é relevante a colocação do D. Procurador da Justiça oficiante nos autos:

'no caso, não socorre a decisão atacada o princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo, visto que aqui se impõe o princípio da eficiência da Administração Pública (CF/88, art. 37).

Ademais, não se pode falar em discricionariedade do governante diante de tantos preceitos constitucionais e legais impondo a política a ser implementada no sistema prisional, muito menos quando o Estado brasileiro, depois de 1988, reduziu bastante e acertadamente o campo de discricionariedade do agente público, impondo-lhe rigorosa observância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência (CF/88, art. 37), sob pena de responder por improbidade administrativa, com indisponibilidade de bens, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, além de outros efeitos (CF/88, art. 37, §4.º e Lei 8.429/92, art. 11).

Até mesmo no campo orçamentário, já não há mais discricionariedade do chefe do Poder Executivo, que deve observar letra por letra o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Anual do Orçamento (CF/88, arts. 165-169) Não está mais o agente público acima da lei como sempre na história pensou estar. Está, agora, o Executivo onde sempre deveria estar, cumprindo o seu papel de gerir o dinheiro público nos termos e só nos termos da lei.

De fato, hoje a liberdade de agir do administrador público reside onde a lei expressamente permite. E a lei (Código Sanitário e a Lei de Execuções Penais), como demonstrou a d. Procuradoria de Justiça autora, não vem sendo e deve passar a ser cumprida pelo Estado rigorosamente.

Não se cuida, pois, de indevida intromissão de uma em outro Poder, se o Judiciário se limita a determinar a observância da legalidade, a que toda a administração pública (direta e indireta de qualquer dos Poderes), está sujeita (CF/88, art. 37).

Como se vê, ao contrário do que anotou a Fazenda do Estado, não está o Judiciário escolhendo prioridades na atividade do Executivo, mas impondo ao Executivo o dever de escolher a conveniência e a oportunidade de seus atos apenas no campo em que a lei permite a discricionariedade.

E aqui não se cuida de ato administrativo discricionário, mas de atividade pública vinculada ao que impõe a lei. Muito mais grave, ainda, porque envolve medida privativa da liberdade de pessoas processadas criminalmente, incluindo aquelas sem condenação definitiva. De que adianta o rigor constitucional ao se referir às liberdades individuais, se a lei não fosse cumprida em relação à execução da pena ou da medida provisória restritiva de liberdade, se as condições de humanidade não são observadas nos presídios?'

Em decorrência do analisado, verifica-se da plausibilidade da pretensão e da legitimidade e interesse inerente ao Ministério Público, que demonstrou pleno atendimento aos princípios expressados do *caput* do art. 37 da CF/88 e direcionou pleito evitando lesão grave à ordem pública, como tem ocorrido com as rebeliões de presídios, além de exigir que a Administração atenda aos seus encargos quanto à efetiva segurança e disposições orçamentárias, aspectos estes que não podem ficar ausentes do conhecimento do Judiciário, uma vez que estaria a admitir o inadequado serviço quanto à Segurança.

O único item a merecer reparo quanto aos termos do pedido é o do valor da multa diária, uma vez que deve a mesma ser pautada pelo princípio da razoabilidade, até porque não é cabível o agravamento das finanças públicas, o que enseja a fixação da pena pecuniária em R$ 2.000,00, em caso de não cumprimento da ordem judicial.

Com isto, dá-se parcial provimento ao recurso." (TJSP, 1ª Câm. Direito Público, ApCív c/ Rev 577.697.5/1-00, rel. Danilo Panizza, j. 31.07.2007, *DJ* 30.08.2007).

3.2 Progressão de regime. Estrangeiro. Possibilidade mesmo que sujeito à expulsão.

Recurso de agravo em execução. Crime hediondo. Progressão de regime. Presença dos requisitos objetivos e subjetivos. Estrangeiro. Decreto de expulsão. Viabilidade do benefício. Princípios da individualização da pena, da isonomia e da dignidade

humana. Progressão per saltum. *Descabimento. Recurso parcialmente provido* – "O advento da Lei 11.464/2007, além de pacificar a discussão sobre a possibilidade de progressão de regime para crimes hediondos, pelo fato de ser mais favorável ao agente demanda aplicação retroativa, mesmo em hipóteses envoltas pela eficácia da coisa julgada. Art. 2.º, parágrafo único, do CP. É cabível a progressão de regime ao estrangeiro detentor dos requisitos objetivos e subjetivos, ainda que sujeito à expulsão, eis que tal procedimento administrativo está condicionado ao cumprimento da pena pelo delito cometido em território nacional. Negar-lhe o benefício, por conta de decreto de expulsão que somente se efetivará ao término da expiação, é atestar a incapacidade do Estado de controlar a execução penal, além de injustificável atentado aos princípios da individualização da pena, da isonomia e da dignidade humana. A progressão de regime *per saltum* desnatura o próprio fim da execução da pena, eis que não observa o gradativo processo de restabelecimento do *status libertatis* do agente, nem lhe assegura a possibilidade de reintegração social." (TJPR, 5ª Câm. Crim., Ag 405.521-2, rel. Jorge Wagih Massad, j. 19.07.2007, *DJ* 03.08.2007).

4. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)

4.1 Aplicação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Habeas corpus *substitutivo de recurso ordinário. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado a porte ilegal de arma. Confissão. Desistência de produção de outras provas. Aplicação da medida de internação. Violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa* – "A ampla defesa, um dos corolários do devido processo legal, é garantia processual aplicável também ao procedimento previsto na Lei 8.069/90, não sendo admissível o seu

afastamento por iniciativa do defensor e do membro do Ministério Público (Precedentes). A aplicação de medida sócio-educativa de semiliberdade a adolescente, sem a devida instrução probatória, constitui constrangimento ilegal passível de reforma pela via do *writ*." (STJ, 5ª T., HC 76.662-SP, rel. Felix Fischer, j. 14.06.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 204).