Dupl

ISSN 1415-5400

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

62

setembro-outubro de 2006

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 14 n. 62 setembro-outubro de 2006

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, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, 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
Moore Brasil Ltda.
CNPJ 62.004.395/0026-06

Serviço de atendimento ao consumidor:
Tel. 0800-702-2433 (ligação gratuita,
de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

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

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

1º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

1º Secretário
Tatiana Viggiani Bicudo

2º Secretário
Theodomiro Dias Neto

1º Tesoureiro
Roberto Mauricio Genofre

2º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Boletim
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos
Carlos Alberto Pires Mendes

Estudos e Projetos Legislativos
Maria Elizabeth Queijo

Internet
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica
Juliana Sinhorini Nahum

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Renato Sergio de Lima

Comissões Especiais:

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Carmen Silvia de Moraes Barros

História
Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Monografias
Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Coordenadores Estaduais:

Adeildo Nunes (PE), Adelino Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Daniela Carvalho Almeida da Costa (SE), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Avila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Flavio Augusto F. de Lima (PE), Franciele Silva Cardoso (GO), Francisco Sales Neto (CE), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Guilherme Costa Câmara (PB). Marta Saad (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antonio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), Maria de Salete da Costa Maia (AC), Maria Lúcia Karam (RJ), Maurício Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Patrícia de Sá Leitão e Leão (CE), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Pedro Colaneri Abi Eçab (RO), Selma P. de Santana (BA), Themis Maria Pachêco de Carvalho (MA), Vinicius Toledo Piza Peluso (Baixada Santista)-(Regional), Walter B. Bittar (PR).

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

Diretoria da Revista

Coordenadora
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Coordenadores - Adjuntos
Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Juliana Garcia Belloque, Maurides de Melo Ribeiro e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da revista:
Adauto Alonso S. Suanes, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, 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, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Teixeira de Azevedo, Denise Neves Abade, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, 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, Helena Regina Lobo da Costa, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Marina Pinhão Coelho, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, 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 Luisi, 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, Carlos María Romeo-Casabona, 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 e Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 63 – novembro-dezembro – 2006

Tolerancia cero; del olvido a las ventanas rotas

Alfredo Rene Uribe Manríquez

Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil

Fernando Salla e Marcos César Alvarez

"¡Identifíquese!" Apuntes para una historia

del control de las poblaciones

Gabriel Ignacio Anitua

Sumário

1. Direito Penal

Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos 9
André de Carvalho Ramos

Riflessioni su tecnica legislativa e legge penale: il problema della intellegibilità della fattispecie incriminatrice 56
Elio Lo Monte

A prisão pós-disciplinar 79
Gilles Chantraine

Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa 107
Jochen Bung

Evasão de divisas? 134
Ricardo Pieri Nunes

Breves comentários ao crime do art. 10 da Lei 7.347/85 178
Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior

2. Processo Penal

A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal 197
Danielle Souza de Andrade e Silva

Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por *denúncia anônima* no Estado Democrático de Direito 220
Rodrigo Iennaco

3. Crime e Sociedade

Conflitos agrários: resistência a uma nova concepção de justiça 265
Eneida Gonçalves de Macedo Haddad

A judicialização dos conflitos agrários: legalidade, formalidade e política 280
Frederico de Almeida e Jacqueline Sinhoretto

Barrela, análise jurídica e psicanalítica 335
Fábio Belo e Warley Belo

4. O Direito em ação

4.1 Ementário de jurisprudência 363

Roberto Delmanto Junior, Fabio Machado de Almeida Delmanto e Luciana Russo

5. Índice Alfabético Remissivo 379

Normas de publicação 383

1. Direito Penal

Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos

André de Carvalho Ramos

Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional pela USP. Visiting Fellow do Lauterpacht Centre of International Law (Cambridge/UK). Professor Doutor da Universidade Bandeirante de São Paulo. Procurador Regional da República.

Sumário: Introdução: a proposta do artigo – 1. Novos paradigmas da repressão penal como instrumento de proteção de direitos humanos: 1.1 Direitos humanos e direito penal: a proibição do excesso e a proibição da insuficiência; 1.2 Fundamentos da punição penal para proteger os direitos humanos: efeito dissuasório e trato igualitário – 2. O direito internacional dos direitos humanos e suas ordens ao direito penal – 3. Os mandados expressos de criminalização do direito internacional dos direitos humanos: 3.1 Noções gerais; 3.2 Tortura; 3.3 Discriminação racial, xenofobia e intolerância; 3.4 Violência contra a mulher; 3.5 Genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade – 4. Os mandados de criminalização implícitos do direito internacional dos direitos humanos: 4.1 Conceito e justificativa: a proibição da insuficiência; 4.2 Os mandados implícitos de criminalização na visão dos tribunais internacionais de direitos humanos; 4.3 Breve análise das leis de anistia e o dever de punir penalmente os autores de violações de direitos humanos; 4.4 Críticas ao

dever genérico de investigar e punir penalmente – 5. Novo bloco de constitucionalidade após a EC 45/2004: o estatuto constitucional dos mandados internacionais de criminalização – 6. Conclusão: resgatando a vítima das violações de direitos humanos.

Resumo: O direito internacional dos direitos humanos estabeleceu mandados expressos e implícitos de criminalização de condutas violadoras de direitos humanos. Essas ordens aos Estados exigem atividade interna de tipificação e também de investigação e persecução criminal dos autores de violações de direitos humanos. No Brasil, após a EC 45/2004, esses mandados de criminalização internacionais possuem agora dignidade constitucional tendo em vista o novo § 3.º do art. 5.º da CF/88.

Abstract: The International Human Rights Law established duties of criminalization of human rights violations, showing the struggle of the international community against impunity. These States duties entail the adoption of national criminal statutes and the inquiry of these crimes in order to bring perpetrators to justice. In Brazil, after the Constitutional Amendment 45, these international orders of criminalization now have constitutional dignity in view of the new paragraph third of the Constitution fifth article.

Palavras-chave: Mandado de criminalização – Direito internacional – Direitos humanos – Impunidade – Crimes – Tortura – Violência contra a mulher – Discriminação – Genocídio.

Key words: Duty of criminalization – International law – Human rights – Impunity – Crimes – Torture – Violence against women – Discrimination – Genocide.

Introdução: a proposta do artigo

O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela propor-

cionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que *tipifiquem* e *punam* criminalmente os autores de violações de direitos humanos.

De fato, há vários exemplos que afetaram o Brasil em passado recente. O relator especial da ONU contra a Tortura, *Sir* Nigel Rodley, recomendou ao Brasil que combatesse a impunidade dos torturadores agentes policiais e sugeriu diversos aperfeiçoamentos no sistema de investigação e persecução penal brasileiro.[1] A relatora especial da ONU contra execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Asma Jahangir, reforçou tal recomendação no seu relatório.[2] Ainda no plano do direito internacional dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a edição de leis de anistia aos autores de violação de direitos humanos.[3] A Convenção Interamericana pela Eliminação de toda forma de discriminação contra a mulher (Convenção de Belém do Pará) estabeleceu o dever dos Estados de criminalizar a violência doméstica contra a mulher.[4]

Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que *exigem dos Estados* a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um *dever de investigar e punir criminalmente* aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige

1. Ver o Relatório da visita ao Brasil, realizada em agosto e setembro de 2000, em E/CN.4/2001/66/Add.2, documento de 30.03.2001, que se encontra no site www.ohchr.org/english/, acesso 12 jun 2006.

2. Ver o Relatório da visita ao Brasil, realizada em setembro e outubro de 2003, em E/CN.4/2004/7/Add.3, documento de 28.01.2004, que se encontra no site www.ohchr.org/english/, acesso 12 jun 2006.

3. Ver o caso Barrios Alto, que será mencionado adiante.

4. Ver a seguir tópico específico sobre o mandado de criminalização da violência contra a mulher.

também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).

Nasce um novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, de ênfase na proteção da vítima e na punição dos algozes.

O presente artigo visa estudar essa faceta diferenciada do direito internacional dos direitos humanos enfocando, em especial, os mandados de criminalização explícitos e implícitos de condutas ofensivas aos direitos humanos.

Para tanto, estudar-se-á, inicialmente, a relação em movimento do direito penal e o direito internacional dos direitos humanos, que enfatiza, nos dias atuais, o combate à impunidade dos autores de violação de direitos humanos.

Após, será abordado o tema das ordens proferidas pelo direito internacional dos direitos humanos ao direito penal doméstico, como modo de implementação das inúmeras obrigações assumidas por um Estado quando celebra um tratado internacional de direitos humanos.

Em seguida, analisar-se-á o arcabouço normativo do direito internacional dos direitos humanos e seus mandamentos expressos e implícitos de criminalização.

Também será aqui abordado o efeito sobre os tratados internacionais de direitos humanos oriundos do novo § 3.º do art. 5.º da CF/88 (vide a EC 45/2004). O eventual estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos levará ao reconhecimento de novos mandados de criminalização no ordenamento brasileiro, além dos já previstos na Constituição, agora trazidos pelos tratados em comento.

À guisa de conclusão, realçaremos o resgate da dignidade da vítima de violação de direitos humanos. Ela tem o direito de exigir do Estado a tipificação das condutas, a investigação e punição penal dos autores de violações de direitos humanos.

1. Novos paradigmas da repressão penal como instrumento de proteção de direitos humanos

1.1 Direitos humanos e direito penal: a proibição do excesso e a proibição da insuficiência

Inicialmente, há que se adotar uma definição de direitos humanos, que são um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade.[5]

Quanto à terminologia, vê-se que, no Brasil, Sarlet adota a separação terminológica entre "direitos humanos" (matriz internacional) e "direitos fundamentais" (baseados nas Constituições).[6] Para Jorge Miranda, o direito internacional utiliza o termo "direitos humanos" para ficar mais transparente a relação desses direitos com indivíduos e não com Estados ou outros entes internacionais.[7] Assim, o adjetivo "humanos" significa que tais direitos são atribuídos a qualquer indivíduo, sendo assim considerados "direitos de todos". Ou, conforme ensina Nino, a expressão "direitos humanos" demonstra que tais direitos têm como único requisito de aplicabilidade, a condição humana.[8]

Há ainda aqueles que utilizam uma união entre os dois termos vistos acima, "direitos humanos" e "direitos fundamentais", criando-se a terminologia "direitos humanos fundamentais"[9] ou ainda "direitos fundamentais do

5. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 19.

6. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 35.

7. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* v. 4, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 51.

8. Ver NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos:* un ensayo de fundamentación. Barcelona: Ariel, 1989, p. 41.

9. Ver MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 1997; FERREIRA FILHO, Manoel G. *Os direitos humanos fundamentais,* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

homem".[10] Por outro lado, sustenta Comparato que os direitos fundamentais (*Grundrechte*) incluiriam todos os direitos humanos positivados, ou seja, já reconhecidos nos textos nacionais ou internacionais.[11]

Essa "união de termos" mostra que a diferenciação entre "direitos humanos', representando os direitos reconhecidos pelo direito internacional, e os "direitos fundamentais", representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais quando se vê, atualmente, um processo de *aproximação e mútua relação* entre o direito internacional e o direito interno na temática dos direitos humanos.[12] Recentemente, foi editada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que é uma declaração internacional de direitos dos países integrantes da União Européia. Mesmo assim, utilizou-se o termo "direitos fundamentais", ao invés de "direitos humanos". Neste artigo serão utilizadas, de modo indistinto, os termos direitos humanos e direitos fundamentais, reforçando a idéia de que os direitos são *de todos* e que não há diferenciação de origem (norma internacional ou interna).

Por sua vez, a relação entre o direito penal e a proteção de direitos humanos é, *tradicionalmente*, vista pela faceta do conflito. Os direitos dos indivíduos impõem limites materiais e formais ao direito penal e à persecução criminal (investigação, processo e execução penal).

Desde Beccaria o direito penal desenvolve-se sob a atenta observação da proteção dos direitos fundamentais, de modo a impedir o excesso e a sanha vingativa e repressiva da sociedade e do Estado.[13] Assim, consagrou-se, ao longo dos

10. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 174 e 177.

11. Nas palavras de Comparato, os direitos fundamentais são "os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados, quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais". Ver em COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

12. Vide o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo em RAMOS, André de Carvalho, op. cit., p. 106-110.

13. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

séculos, a conformação do direito penal à proteção de direitos humanos, o que redundou em uma adequação constitucional do direito penal.

De fato, as Constituições como palco da proteção de direitos fundamentais, estipularam restrições à aplicação da lei penal (princípio da legalidade estrita, presunção de inocência e o *in dubio pro reo,* irretroatividade da lei gravosa e retroatividade da lei benigna etc.), garantias processuais[14] (princípio do juízo natural, vedação do tribunal de exceção, atenção ao devido processo legal penal, legalidade e legitimidade das provas etc.) e ainda condicionamentos da execução penal (vedação de penas cruéis e desumanas, individualização da pena e direitos do sentenciado etc.).

Além disso, estabeleceram, em nome do estado de direito, vedações implícitas à própria atividade de tipificação em relação a exercícios legítimos de direitos fundamentais. Como exemplo, Feldens assinala que é proibido ao legislador penal "voltar-se contra um determinado comportamento sexual (v.g., punindo o homossexualismo). Em um Estado laico (secularizado), fundado na soberania popular, o Direito Penal não tem como missão "aperfeiçoar" moralmente os cidadãos. Sob os auspícios do Estado Social e Democrático de Direito, comportamento criminoso não se confunde com comportamento pecaminoso".[15]

Contudo, o direito penal não é só conformado e limitado pelas Constituições e seu rol de direitos, mas, em algumas situações ele é invocado como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os direitos humanos e o direito penal.

14. Ver ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório.* O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e COSTA, Paula Bajer Martins da. *Processo penal e cidadania.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

15. O citado autor traz ainda o exemplo da Corte Constitucional italiana que, em face da liberdade religiosa e da igualdade, considerou inconstitucional dispositivo do Código Penal que criminalizava exclusivamente o vilipêndio da religião católica, sem qualquer menção às demais. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal.* A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49.

Surgem os *mandados constitucionais de criminalização,*[16] que são os dispositivos constitucionais que ordenam a tipificação penal de determinada conduta, a imposição de determinada pena, a vedação de determinados benefícios ou até tratamento prisional específico.[17] Como sustentam Streck e Feldens, "(...) mais que um limite, deveremos entender a Constituição como fundamento da pena e do Direito Penal, verificando hipóteses em que a criminalização de determinadas condutas demonstra-se constitucionalmente requerida".[18] A nossa Constituição possui diversos mandados de criminalização expressos, como os previstos nos art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV.[19]

Além dos mandados expressos de criminalização, a doutrina e a jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais do mundo extraíram pela via hermenêutica o chamado mandado implícito de criminalização, que seria a ordem de utilização do direito penal para proteger determinados bens jurídicos, que, sem o instrumento penal, ficariam insuficientemente protegidos.

Ou seja, ao mesmo tempo em que o Estado não pode se exceder no campo penal (proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não pode se omitir

16. Mariângela Gomes utiliza a expressão "obrigação explícita de incriminação". In: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 111.

17. Sobre os mandados expressos de criminalização no direito constitucional brasileiro ver a recente tese de doutorado de GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição de 1988.* Tese de Doutorado, PUC-SP, 2006. Ainda sobre os mandados de criminalização, ver PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal.* Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989 e, recentemente, a obra de FELDENS, Luciano. *A constituição penal...*, cit.

18. STRECK, Lênio e FELDENS, Luciano. *Crime e constituição.* A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34 (nota de rodapé suprimida).

19. *In verbis:* XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*).[20] Assim, o Estado, ao descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais (por exemplo, o direito à vida) agiria contra a Constituição, pois a tutela penal seria considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu efeito dissuasório geral e específico.[21]

No que tange ao direito internacional dos direitos humanos, entendido como o *conjunto de direitos e faculdades que asseguram a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas,*[22] há idêntica conformação do direito penal aos direitos humanos. Basta verificar o extenso rol de direitos aos acusados constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entre outros diplomas internacionais de direitos humanos.

Porém, há uma característica típica do direito internacional dos direitos humanos que hoje contamina os ordenamentos locais: desde sua origem, suas normas preocuparam-se com a punição penal aos autores de violações de direitos humanos.

De fato, os episódios bárbaros dos regimes totalitários na 2.ª Guerra Mundial foram utilizados para mobilizar a sociedade internacional, reunida na então recém-criada Organização das Nações Unidas, em torno dos ideais de proteção dos direitos humanos.[23] Tais episódios motivaram também a criação do

20. Para Virgílio Afonso da Silva foi Canaris o primeiro a utilizar o termo "*Untermassverbot*". In: SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável, *RT* 798/23, em especial p. 27.

21. Registre-se a posição em sentido contrário, não admitindo os mandados implícitos de criminalização de Mariângela Gomes, op. cit., p. 109.

22. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos* – análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25, notas de rodapé do original suprimidas.

23. Conforme ensina Sudre: "Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale et ses atrocités qu'émerge le droit international des droits de l'homme avec la multiplication d'instruments

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que reforçou o desejo de combater a impunidade dos autores de tais condutas odiosas e gerou o chamado "Direito de Nuremberg", que consiste em um conjunto de resoluções da Assembléia Geral da ONU e de tratados internacionais voltados para a punição dos autores de crimes contra a humanidade.[24]

Entre tais resoluções devem ser citadas as Resoluções 3 e 95 da Assembléia Geral da ONU de 1946, nas quais se reconheceu como princípios de direito internacional aqueles afirmados durante o processo de Nuremberg. Os Estados, então, reconheceram expressamente a possibilidade de afastar a tradicional imunidade dos agentes públicos para puni-los com severidade pelos crimes bárbaros e odiosos cometidos. Além disso, a Resolução 3.074 (XXVIII) de 03.12.1973, da Assembléia Geral da ONU, estabeleceu regras internacionais de cooperação na detenção, extradição e punição dos acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade e determinou a persecução criminal no país da detenção do acusado ou sua extradição para países cujas leis permitam a punição (*aut dedere aut judiciare*[25]). O direito internacional previu também a proibição da concessão de asilo a acusados de cometimentos de crimes contra a humanidade,[26] bem como a impossibilidade de caracterização desses crimes como crimes político para fins de concessão da extradição.[27]

internationaux énonçant les droits garantis". Ver in SUDRE, Fréderic. *Droit international et européen des droits de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 13.

24. Ver sobre o Direito de Nuremberg em ASCENSIO Hervé; DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (Orgs.). *Droit international pénal*. Paris: Centre de Droit International de l'Université Paris X: Éditions Pedone, 2000, p. 635 e ss.

25. O princípio do *aut dedere aut judicare* ("extraditar ou julgar") remonta a Grotius e tem como objetivo assegurar punição aos infratores destas normas internacionais de conduta, onde quer que eles se encontrem. Não estariam seguros, na expressão inglesa, *anywhere in the world*. Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, 1999, p. 106-114.

26. Ver o § 7.º da Resolução 3.074 (XXVIII) e também o art. 1.º, § 2.º da Declaração sobre Asilo Territorial da Assembléia Geral da ONU, adotada em 14.12.1967 (Resolução 2.312 (XXII)).

27. Ver, por exemplo, o art. VII da Convenção sobre Genocídio e art. XI da Convenção sobre o *Apartheid*.

Cabe ainda lembrar que a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade (1973) estipulou a inaplicabilidade das chamadas "regras técnicas de extinção de punibilidade", as chamadas "*statutory limitations*", o que acarreta a imprescritibilidade destes crimes, no que foi acompanhada pelo Estatuto de Roma.[28]

Este entrelaçamento entre a proteção de direitos humanos e o direito penal foi consagrado na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993. Tal Conferência foi um marco na proteção de direitos humanos no mundo, uma vez que reuniu mais de 180 Estados, bem como foram credenciadas como observadoras oficiais mais de oitocentas organizações não-governamentais e cerca de duas mil reuniram-se no "Fórum das ONG's". Ao longo de quinze dias, aproximadamente dez mil indivíduos, com experiência na proteção de direitos humanos ou representando seus Estados, dedicaram-se exclusivamente à discussão do tema.[29] O resultado foi a elaboração de uma Declaração e um programa de ação para a promoção e proteção de direitos humanos.[30]

A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os "Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito."[31]

28. Art. 29: Imprescritibilidade. Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

29. Ver mais sobre o processo de negociação que envolveu a Conferência de Viena na excepcional obra de LINDGREN ALVES, José Augusto. *Relações internacionais e temas sociais* – A década das conferências. Brasília: IBRI, 2001.

30. A Declaração contém um preâmbulo de 17 parágrafos e uma parte principal de 39 artigos. O Programa de Ação contém 100 parágrafos com recomendações de condutas.

31. Item 60. Ver o texto completo da Declaração e Programa de Ação de Viena em VILHENA, Oscar V. *Direitos humanos* – normativa internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 177-215.

Assim, ficou consagrada uma nova forma de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal, com foco, em especial, no revigorado desejo do direito internacional dos direitos penais pela repressão penal aos violadores de direitos humanos.

Cabe, a seguir, analisar os fundamentos de tal desejo de utilização do direito penal para a promoção e proteção dos direitos humanos.

1.2 Fundamentos da punição penal para proteger os direitos humanos: efeito dissuasório e trato igualitário

A vontade de punir do direito internacional dos direitos humanos é reflexo de um novo paradigma dos objetivos e dos limites do direito penal em um estado de direito. Esse novo paradigma envolve uma profunda discussão sobre qual são os deveres de proteção do Estado e quais os bens jurídicos devem protegidos pelo direito penal.

O principal marco teórico para esse paradigma é a teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais, que afirma que os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. A dimensão subjetiva consiste na dotação de direitos subjetivos aos beneficiários da proteção; já a dimensão objetiva é aquela que impõe deveres de proteção ao Estado.[32]

Este dever de proteção dos direitos fundamentais exige que o Estado os protejam de forma ativa contra lesões perpetradas quer por agentes do Poder Público, quer por particulares.[33]

Assim, a dimensão objetiva dos direitos humanos acarreta a constatação de que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto

32. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983. Ver também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, em especial p. 152 e ss.

33. SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (Coords.). *Arquivos de direitos humanos n. 4*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 63-102.

de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos.

A dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de *imposição de deveres*, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais. Esses deveres geram a criação de procedimentos e também de entes ou organizações capazes de assegurar, na vida prática, os direitos fundamentais da pessoa humana. À dimensão subjetiva dos direitos humanos, adicionou-se essa dimensão objetiva, que recebeu tal denominação pela sua característica organizacional e procedimental, desvinculada das pretensões individuais.[34]

Todavia, cabe a indagação, essencial para o tema em estudo: quais são os motivos pelos quais a proteção de direitos humanos *não pode* abrir mão da punição dos violadores de direitos humanos, ou seja, por que a proteção jurídico-penal dos direitos fundamentais é essencial e não pode ser substituída por outra qualquer?

Esta pergunta deve ser feita em dois momentos de invocação do direito penal pelo direito internacional dos direitos humanos. O primeiro momento é aquele no qual se pugna pela *criminalização* de determinada conduta violatória de direitos humanos. O segundo momento é justamente o da aplicação da lei penal já existente: por que os movimentos de direitos humanos apóiam e incentivam o Ministério Público *contra o investigado ou acusado,* exigindo punição?

Quanto ao primeiro momento (o da criminalização), observa-se que a tipificação penal é tida como essencial para que se realize o efeito dissuasório ou preventivo contra a conduta atacada.

34. Para Willis Santiago Guerra Filho, "A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar". Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13. Ver também HÄBERLE, Peter. *La libertà fondamentali nello stato costituzionale.* Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1996, p. 115 e 116.

Esta é a visão dos utilitaristas, que acreditam que o medo de uma punição penal faz com que se evite a repetição por parte do autor da conduta (prevenção específica) e ainda se evite sua multiplicação por parte dos demais membros da coletividade (prevenção geral). Hirsch sustenta, nessa linha, que "the risk of unpleasant consequences is a very strong motivational factor for most people in most situations".[35] Assim, diversos autores especializados no direito internacional dos direitos humanos, como Roth-Arriaza, vêem a impunidade como forte estímulo para a repetição das condutas.[36]

Para o grande especialista brasileiro no campo da proteção internacional dos direitos humanos, Cançado Trindade, "o dever dos Estados de investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos encontra-se relacionado com o dever de prover reparações devidas às vítimas de tais violações. É ademais, dotado de caráter preventivo, combatendo a impunidade para evitar a repetição dos atos violatórios dos direitos humanos".[37] Ou seja, é reproduzida a crença no efeito de prevenção (geral e específica) das penas criminais. Esse dever de prevenção consiste, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no conjunto de todos os meios de natureza legal, política, administrativa e cultural que promova a proteção de direitos humanos e assegura que todas as violações sejam consideradas e tratadas como atos ilícitos, os quais, como tais, acarretam punição dos responsáveis e na obrigação de indenizar as vítimas.[38]

35. HIRSCH, Andrew von. *Past or future crimes*. New Brunswick/New Jersey: Rutgers University Press, 1987, p. 6.

36. ROTH-ARRIAZA, Naomi (Edit). *Impunity and human rights in international law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1995. Ver também BASSIOUNI, M. Cherif. Combating Impunity for International Crimes. *University of Colorado Law Review*, 71, Boulder: University of Colorado, (2000), p. 409 e ss.

37. Grifos meus. Ver em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 407.

38. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. *Sentença de Mérito de 29.07.1988, Série C n. 4, parágrafo 175*. Mais comentários sobre esse caso em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 118-145.

Em sentido contrário, há aqueles, como Dimoulis, que criticam o "castigar em nome dos direitos humanos". Para o citado autor, "consideramos que a opção de responder à violência sistematicamente exercida contra os direitos humanos com a violência inerente às sanções penais é totalmente equivocada (...). A sanção penal, além de prejudicar as camadas sociais desfavorecidas, alimenta o círculo vicioso da violência social, tornando-se um instrumento de dominação que não pode nem deseja tutelar efetivamente os bens jurídicos da maioria da população".[39]

De fato, é inegável o uso em várias situações do direito penal como forma de controle social e combate ao "inimigo", em especial na era da expansão do direito penal, de cunho meramente simbólico. Mas o que se discute na proteção jurídico-penal dos direitos humanos é justamente o contrário: para que os direitos humanos sejam emancipatórios e universais é necessário que os autores das violações sejam punidos para que seus exemplos não se propaguem ou para que não repitam a conduta em futuras ocasiões.

Não é vingança ou retribuição, mas sim o desejo de implementação dos direitos humanos como vetor de tolerância e respeito, uma vez que a tutela penal dos direitos humanos aplica-se diretamente no cotidiano de pessoas vulneráveis a inúmeros abusos e violações.

Basta ver os casos de abuso de autoridade, tortura, execução sumária, desaparecimentos forçados, violência de gênero, discriminação e violência racial, entre outros, que, pela gravidade não poderiam ter a tutela penal substituída por outra. O Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha adotou tal entendimento no chamado segundo caso sobre o aborto, de 1993. O TCF reiterou sua aderência ao dever estatal de proteção dos direitos fundamentais por meio da tutela penal e

39. DIMOULIS, Dimitri. O art. 5.º, § 4.º da CF/88: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Orgs.). *Reforma do judiciário:* analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, pp. 107-119, em especial p. 112.

seu apego à tese da proibição da insuficiência. Para o TCF "por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do meio direito penal e do efeito de proteção que dele parte".[40]

Assim, na esteira de ser o direito penal um instrumento de *ultima ratio* invocado para proteger os bens jurídicos essenciais, justifica-se o uso da sanção penal para proteger os direitos fundamentais.

Em relação ao segundo momento (o da aplicação da lei penal) há aqueles que afirmam que o combate à impunidade dos violadores de direitos humanos relaciona-se com a eficiência do Estado e o respeito à universalidade da aplicação da lei. A universalidade e a objetividade do ordenamento jurídico exigem que o Estado aplique a lei para todos, impedindo que alguns escapem da punição.[41]

Por isso a defesa do fim da impunidade dos autores de violações de direitos humanos, como nos casos emblemáticos do Carandiru, Eldorado dos Carajás, Febem de São Paulo (entre outros), transcende o desejo de se impedir repetições da conduta violadora e vincula-se à exigência de tratamento isonômico e respeito ao estado de direito.

Nessa linha, fica patente a existência de uma característica democrática da tutela penal, fraturada pela impunidade seletiva dos autores de violações de direitos humanos. Nesse sentido, sustenta Lima Lopes que "quando os movimentos de defesa dos direitos humanos insistem na punição dos violadores de direitos fundamentais da pessoa humana estão reafirmando o poder do Estado em

40. Bverfge 88, 203, decisão de 28.05.1993. In: MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.* Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 282.

41. Para José Reinaldo de Lima Lopes: "os traços da punição na sociedade democrática seriam sua universalidade e sua objetividade, significando que se estenderia de maneira geral a qualquer um que se encontrasse sob aquele sistema jurídico". LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, v. 15, n. 42, fev. 2000, pp. 77-100, em especial p. 80.

fazer valer universalmente a lei. Isto quer dizer garantir direitos e não privilégios, pois a rigor a lei beneficia a todos."

O citado autor ainda faz menção a uma espécie de "efeito carona" perverso da impunidade: ela aumenta o chamado "fardo da convivência", ou seja, faz com que a vida em sociedade se aproxime da lei da selva, uma vez que o exemplo da impunidade contamina e inspira novos comportamentos deletérios.[42]

Na mesma linha, defende Ambos que "a contemplação passiva por parte do Estado" das graves violações de direitos humanos representa a fratura do direito e incentivo à justiça pelas próprias mãos.[43]

Do ponto de vista do tratamento isonômico, a impunidade dos violadores de direitos humanos é nefasta, pois o afastamento da tutela penal só ocorre para os privilegiados, com acesso a algum filtro da impunidade. Com isso, cria-se um Estado dúbio, no qual a tutela penal ora é ativada, quando os autores são dos grupos marginalizados, ora é impedida, quando os autores são agentes públicos graduados ou membros da elite econômico-social do país.

Devemos, então, reavaliar o papel do direito penal na proteção de direitos humanos. É de interesse recordar que Sarlet indaga ao analisar os mandados de criminalização: "Quais alternativas eficazes o direito penal pode ofertar? Um minimalismo extremado (e progressivamente autista) é a única alternativa? E seria proporcional, ao desconsiderar a necessidade social?"[44]

Como resposta a tal pergunta, eis o libelo de Lima Lopes: "a defesa dos direitos humanos depende em medida importante da redução dos níveis de im-

42. Idem, pp. 77-100, em especial p. 82.

43. AMBOS, Kai. *Direito penal.* Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Trad. e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 23.

44. SARLET, Ingo Wolfang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris,* ano XXXII, v. 98, junho de 2005, Porto Alegre, pp. 105-149, em especial p. 147.

punidade. Do ponto de vista da filosofia do direito, a impunidade não se sustenta nem se justifica; do ponto de vista das condições da vida política de cidadãos livres tampouco, pois seu resultado é perverso".[45]

2. O direito internacional dos direitos humanos e suas ordens ao direito penal

Desde cedo o direito internacional dos direitos humanos, ao buscar promover os direitos de todos os indivíduos, fez menção à necessidade de prevenir as violações de direitos humanos e, no caso de ocorrência destas, de reparar os danos causados às vítimas.

Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos, peça-chave no direito internacional, estabeleceu, em seu art. 8.º, que toda pessoa vítima de violação a sua esfera juridicamente protegida tem direito a um recurso efetivo perante os tribunais nacionais, para a obtenção de reparação.[46]

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU estabelece o mesmo direito, em seu art. 2.º, § 3.º, o que também ocorre na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 6.º). Na Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, todo Estado-parte deve assegurar às vítimas reparação de todo dano sofrido (art. 14, § 1.º).

Com o desenvolvimento legislativo internacional dos direitos humanos, consagrou-se, na década de 90, *o foco na implementação dos direitos protegidos.*[47]

45. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade, cit., pp. 77-100, em especial p. 85.

46. Ver mais em JOYNER, Christopher C. Redressing impunity for human rights violations: the universal declaration and the search for accountability. In: 26 *Denver Journal of International Law & Policy*, Denver: University of Denver College of Law, (1997-1998), p. 591 e ss.

47. Vide, como exemplos, as seguintes Resoluções da Comissão de Direitos Humanos: Resolução 1.994/35 de 04.03.1994, Resolução 1.995/34 de 03.03.1995 e Resolução 1.996/35 de 19.04.1996.

No seio da Organização das Nações Unidas, cite-se o trabalho desenvolvido por Theo Van Boven, relator especial da Comissão de Direitos Humanos para a redação de resolução contendo os princípios básicos do direito à reparação das vítimas de violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário.[48] Finalmente, em dezembro de 2005 foi aprovada a Resolução 60/147 da Assembléia Geral das Nações Unidas referente aos princípios sobre o direito à reparação das vítimas de violações graves de direitos humanos.[49]

Tal resolução, após vários anos de discussão desenvolvida pelo relator Theo Van Boven consagrou o dever de investigar, processar e punir criminalmente os autores de violações de direitos humanos como parte da obrigação genérica dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos.

O art. 3.º da citada Resolução é claro: "a obrigação de respeito, garantir o respeito e implementar o Direito Internacional dos Direitos Humanos como determinado pelos seus respectivos orgãos jurídicos, inclui, *inter alia*, o dever de (...) b) investigar as violações de modo efetivo, pronto, completo e imparcial, e, no caso de ser adequado, propor ação contra aqueles presumidamente responsáveis de acordo com a lei doméstica e o Direito Internacional".[50]

Com isso, vê-se que está consolidado no direito internacional dos direitos humanos o desejo do uso do direito penal como instrumento de repressão aos

48. Texto original E/CN.4/Sub.2/1993/8, denominado Basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of [gross] violations of human rights and international humanitarian law. Texto revisado E/CN.4/1997/104. Cabe salientar que a Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias decidiu, em sua Resolução 1996/28, enviar o texto revisado do projeto de resolução de Theo Van Boven para a Comissão de Direitos Humanos para sua consideração. A Comissão, por seu turno, pediu comentários aos Estados, tendo sido publicado o conjunto dos mesmos no documento E/CN.4/1998/34. Após, o texto foi encaminhado à Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, tendo sido aprovado em 16.12.2005 (Resolução 60/147)

49. Ver Resolução 60/147 de 16.12.2005, intitulada Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law em http://www.ohchr.org/english/law/remedy.htm, acesso 12 jun 2006.

50. Tradução minha. Ver o texto original em inglês em http://www.ohchr.org/english/law/remedy.htm, acesso 12 jun 2006.

autores de violação de direitos humanos. Tal uso é feito por meio do estabelecimento de *mandados expressos ou implícitos de criminalização*. Nesse diapasão, estudaremos a seguir tais mandados expressos (previstos nos tratados de direitos humanos) e os implícitos, que são aqueles extraídos como parte dos deveres genéricos de respeito e garantia dos direitos humanos impostos aos Estados. Para tanto, estudaremos tanto o texto dos tratados (no caso dos mandados expressos) quanto a jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos encarregadas de interpretar o alcance dos deveres genéricos dos Estados (no caso dos mandados implícitos).

3. Os mandados expressos de criminalização do direito internacional dos direitos humanos

3.1 Noções gerais

Cabe salientar que o presente artigo não visa estudar os mandados de criminalização impostos pelo direito internacional penal e que, indiretamente, tutelam direitos humanos, tal como ocorre com os Protocolos à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).[51] De fato, tais protocolos trazem diversos mandados de criminalização, mas são, em essência, tratados típicos do direito internacional penal.

Logo, o presente artigo visa estudar tão-somente os mandados de criminalização em *tratados tradicionais de direitos humanos*, que se diferenciam dos demais porque são voltados à promoção do direito ou direitos neles inseridos.

51. Tanto a Convenção quanto os Protocolos já estão em vigor no plano internacional e no Brasil. Com efeito, no Brasil a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional foi promulgada pelo Dec. 5.015, de 12.03.2004. O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea foi promulgado pelo Dec. 5.016 e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças foi promulgado pelo Dec. 5.017, ambos de 12.03.2004.

Excepcionalmente, abordaremos os mandados de criminalização mencionados em tratados internacionais penais *com vocação precípua* para a defesa dos direitos humanos, como é o caso daqueles que prevêem a criminalização do genocídio (prevista na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio[52]), dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra.[53]

Nesses casos, vê-se que a ampla normatividade internacional sobre o tema protege, por certo, direitos fundamentais (vida, integridade física etc.) e possui inequívoca vocação de proteção de direitos humanos por meio do uso da tutela penal, mesmo que os tratados em questão pertençam ao direito internacional penal ou humanitário.

Por fim, cabe salientar que os mandados expressos abaixo estudados obrigam o Brasil a editar leis que descrevam a conduta como típica penalmente e que a sancionem. Por isso, estudaremos de que modo o Brasil cumpriu o comando internacional de tipificação e punição penal.

3.2 Tortura

A proteção internacional ao direito à integridade física gerou o dever dos Estados em tipificar o crime de tortura. O art. 4.º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes dispõe que cada Estado-parte "assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal (...)".[54] O mesmo aplica-se à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.

52. Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 09.12.1948, e ratificada pelo Brasil. Foi promulgada pelo Dec. 30.822 de 06.05.1952.

53. Todos estes três tipos de crimes também foram mencionados no Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional Permanente. O Brasil ratificou o Estatuto de Roma e já o incorporou internamente por intermédio do Dec. 4.388/2002.

54. Adotada pela Resolução 39/46 da Assembléia geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 e ratificada pelo Brasil em 28.09.1989. Foi promulgada pelo Dec. 40 de 15.02.1990.

Além disso, ficou estabelecido que cada Estado-parte punirá esses crimes com penas adequadas que levem em conta sua gravidade. A jurisdição universal também não foi esquecida pela Convenção e o art. 5.º preconiza que todos os Estados devem estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes, nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não o extradite (*aut dedere aut judicare*).

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985 também dispôs, no seu art. 1.º, que os Estados-partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura.[55]

Já o Comitê estabelecido pela Convenção contra a Tortura, confrontado com as leis internas restringindo a persecução penal ou mesmo extinguindo a punibilidade dessas violações de direitos humanos, decidiu que a Convenção, quando aborda a proteção penal contra a tortura, inclui a necessidade de investigação e punição. Concluiu o citado Comitê que os Estados devem evitar leis de anistia a atos de tortura, pois tais leis violam o dever de investigar e punir o crime de tortura.[56]

Por sua vez, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabeleceu, em seu art. 6.º, que os Estados-partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição, em especial as graves medidas de natureza penal. Assim, os Estados-partes assegurar-se-ão de que "todos os atos de tortura e tentativas de praticar atos desta natureza sejam considerados delitos em seu Direito Penal estabelecendo penas severas para sua punição, que levam em conta sua gravidade."·

55. O Brasil é parte da citada Convenção. Ver o Dec. 98.386/89.

56. De acordo com o Comitê: "The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. Amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future." Conferir in ROHT-ARRIAZA, Naomi. Sources in International treaties of and obligation to investigate and prosecute. *Impunity and human rights in international law and practice*, cit. p. 29.

Os Estados-partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

No Brasil, a Lei 9.455/97 cumpriu esse mandado de criminalização, tendo tipificado várias condutas como sendo tortura (vide art. 1.º da citada lei), ampliando até o conceito previsto em ambas as Convenções vistas acima de ser a tortura um crime próprio de agentes públicos e transformando-a em crime comum, podendo ser cometido por agente público ou por particular.

Parte da doutrina brasileira enxergou ser tal ampliação da subjetividade ativa do crime de tortura inconstitucional.[57] A inconstitucionalidade da citada lei teria ocorrido por ofensa aos tratados internacionais acima mencionados estipulantes dos mandados de criminalização (que teriam estatuto de norma constitucional, *ex vi* o art. 5.º, § 2.º da CF/88[58]), que ordenavam somente a criminalização da tortura realizada por agentes públicos. Por outro lado, é razoável defender que as citadas convenções combatem a proteção insuficiente e não impedem que o Estado contratante, no afã de defender a integridade física e psíquica, também puna os particulares que cometem tais atos, transformando a tortura em crime comum.[59]

3.3 Discriminação racial, xenofobia e intolerância

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial expressamente ordenou a criminalização da discriminação racial.[60] De fato, seu art. 4.º dispõe que os Estados devem declarar, como delitos

57. Ver FRANCO, Alberto Silva. Tortura – breves anotações à Lei 9.455/97 *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 58 e ss.

58. Ver tópico específico neste artigo, sobre o estatuto normativo dos tratados internacionais de direitos humanos e seus mandados de criminalização.

59. Nesse sentido, ver GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes hediondos e tortura*. São Paulo: CPC, 2004, pp. 64-65.

60. Adotada pela Resolução 2.106 A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965 e ratificada pelo Brasil, em 27.03.1968.

puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena também fez menção ao mandado de criminalização da discriminação racial, xenofobia e intolerância ao instar todos os Governos a "tomarem medidas imediatas e desenvolverem políticas vigorosas no sentido de evitar e combater todas as formas de racismo, xenofobia ou manifestação análogas de intolerância, onde seja necessário, promulgando leis adequadas, adotando medidas penais cabíveis *e estabelecendo instituições nacionais para combater fenômenos dessa natureza*".[61]

No Brasil, o chamado crime de preconceito é tipificado pela Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Também cabe lembrar que a Lei 9.459/97 alterou o art. 140 do CP, que trata do crime de injúria, e criou nova forma típica qualificada (§ 3.º) envolvendo valores concernentes a raça (injúria racial), o que aumenta a pena.

Além disso, a Lei 10.741/2003 alterou novamente o art. 140 do CP e inseriu, na figura típica qualificada do seu § 3.º outros valores para protegê-los do preconceito. Assim, é maior a pena da injúria se forem utilizados elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

3.4 Violência contra a mulher

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também chamada de Convenção de Belém do Pará)

61. Item 20, grifo meu.

foi explícita em estabelecer mandados de criminalização de condutas de violência contra a mulher.[62]

Para o art. 7.º, *d* e *e*, da citada Convenção, os Estados-partes devem "*adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas e prevenir*, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em (...) incluir em sua legislação interna normas penais, *civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir*, punir *e erradicar a violência contra a mulher*".[63]

A Convenção de Belém do Pará distinguiu-se da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas,[64] que tão-somente dispôs que os Estados-partes deveriam tomar as *medidas apropriadas* para combater as diversas formas de exploração e discriminação contra a mulher.

De fato, o art. 6.º dessa última Convenção, ao tratar do importante tema do tráfico de mulheres, apenas estabeleceu que os Estados deveriam tomar "medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração de prostituição da mulher". É claro que, entre as "medidas apropriadas", podem os Estados lançar mão da tutela penal, mas não ficou estabelecido um dever expresso de criminalização.

Já a Convenção de Belém do Pará, por seu turno, foi invocada como fundamento para a alteração do Código Penal brasileiro no que tange à violência contra a mulher. Já em 2004, a Lei 10.886/2004 incluiu um tratamento normativo específico no tipo penal da lesão corporal intitulado "Violência Doméstica", inclusive com causa de aumento de pena (novo § 9.º do art. 129). Recentemente, foi editada a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que engendrou um novo tratamento de

62. Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06.06.1994 e ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.

63. Grifo meu.

64. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 18.12.1979 e ratificada pelo Brasil em 01.02.1984.

combate à violência contra a mulher no Brasil, contendo normas cíveis, penais e processuais. De acordo com o artigo primeiro da lei, foram criados mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.Cabe salientar que este novo diploma normativo aumentou a pena ao agressor (vide seu artigo 44) para impedir que fosse o tipo penal da violência doméstica submetido às regras gerais dos crimes de menor potencial ofensivo (lei 9.099/95).

3.5 Genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade

O primeiro mandado de criminalização do direito internacional relativo a um direito fundamental, o direito à vida, foi previsto na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.[65] Esta Convenção dispôs que os Estados "confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir" (art. 1.º). Consequentemente, os Estados assumiram o compromisso de "estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio" (art. 5.º).

Fica claro, pela conjunção dos dois dispositivos da citada Convenção, que a criminalização do genocídio é um mandado ao Estado no plano interno e, ainda, é o genocídio um crime internacional. Posteriormente, o crime de genocídio

65. Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 09.12.1948, e ratificada pelo Brasil em 04.04.1951. Foi promulgada pelo Dec. 30.822 de 06.05.1952.

Ver mais sobre as origens deste crime internacional em DADRIAN, Vahakn N. The historical and legal interconnections between the armenian genocide and the jewish holocaust: from impunity to retributive justice. *Yale Journal of International Law* 23, New Haven: Yale Law School (1998), p. 503 e ss.

foi consagrado como um crime internacional pelo art. 6.º do Estatuto de Roma, que expressamente o lista como sendo um dos crimes internacionais e que impõem a tipificação interna.

Já os crimes de guerra contam com mandado expresso de criminalização estabelecido em cada uma das Convenções de Genebra de 1949. Tais Convenções retomam a noção de jurisdição universal e estipulam que os Estados contratantes estão obrigados a perseguir criminalmente as pessoas acusadas de violações do direito humanitário internacional ou, ao menos, entregar tais pessoas a outro Estado contratante para que seja feita a punição criminal. De acordo com os dispositivos convencionais, as partes contratantes de tais Convenções (o Brasil é parte em todas) estão obrigadas a localizar as pessoas que cometeram graves violações das Convenções, bem como processá-las, não importando a nacionalidade destas, ou então, entregá-las para julgamento em outro Estado contratante. Tal disposição, com diferentes numerações mas com igual conteúdo, consta das quatro Convenções de Genebra de 1949.

Quanto aos crimes contra a humanidade, os horrores da 2.ª Grande Guerra, que justamente motivaram (entre outras causas) o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, também acarretaram a criação de mandados de criminalização dessas condutas. O Estatuto de Roma, no seu art. 7.º, as define como sendo um ato odioso especificado (por exemplo, o homicídio, tortura, perseguição etc.) quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.

Por outro lado, o preâmbulo do Estatuto de Roma realça o vínculo entre o direito penal e a proteção de direitos humanos por meio do combate à impunidade e, conseqüentemente, pela obtenção do efeito de prevenção a novas violações. Com efeito, no preâmbulo, estabeleceu-se que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, pois crimes de tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade. Logo, tais "crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade interna-

cional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional", uma vez que é imperioso "por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes".[66]

No Brasil, cumpriu-se o mandado de criminalização do genocídio por meio da Lei 2.889/56. No caso dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, não foi ainda aprovada a legislação interna de complemento ao Estatuto de Roma.

4. Os mandados de criminalização implícitos do direito internacional dos direitos humanos

4.1 Conceito e justificativa: a proibição da insuficiência

No que tange ao nosso estudo, os mandados implícitos de criminalização consistem em deveres de criminalizar as condutas de violação aos direitos fundamentais fundados tão-somente na menção ao direito protegido em determinado tratado internacional de direitos humanos.

A justificativa para a existência de mandados *implícitos* de criminalização está na chamada teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais, já vista, e também no próprio princípio da proibição da insuficiência, extraído como uma decorrência da existência do princípio da proibição do excesso (conforme visto acima).

A teoria dos mandados implícitos de criminalização recebeu forte incentivo, no plano dos tribunais domésticos, da decisão do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão que declarou inconstitucional dispositivo legal que descriminalizava sem condições o aborto.[67] Na visão do Tribunal "(...) se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra ma-

66. Ver mais sobre o combate à impunidade no Direito Internacional em ROBERTSON, Geoffrey. Ending impunity: how international criminal law can put tyrants on trial. *Cornell International Law Journal* 38, Ithaca, New York: Cornell Law School, (2005), p. 649 e ss.

67. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal*, op. cit., p. 95.

neira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento (...). Não se trata, destarte, de um dever 'absoluto' de penalizar, porém da 'obrigação relativa' de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios".[68]

Continuou o TCF, em verdadeira aula sobre a autorização implícita do uso do direito penal para proteger direitos fundamentais: "não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas".[69]

Fixado o conceito, cabe averiguar, a seguir, de que modo o direito internacional dos direitos humanos reconheceu os mandados implícitos de criminalização.

4.2 Os mandados implícitos de criminalização na visão dos tribunais internacionais de direitos humanos

Os mandados implícitos de criminalização pressupõem a atividade judicial de interpretação de textos normativos. No direito internacional dos direitos humanos, tais mandados foram extraídos de textos convencionais em especial graças à atividade hermenêutica de duas Cortes regionais de direitos humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Européia de Direitos Humanos. Essas Cortes interpretaram respectivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Européia de Direitos Huma-

68. Bverfge 39, I, decisão de 25.02.1975. In: MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, op. cit., p. 271.

69. Idem, p. 271.

nos no sentido de reconhecer a necessidade de punição penal aos autores de violações de direitos humanos.

Como ambas as Convenções não possuem mandados de criminalização expressos, tal dever dos Estados de investigar, perseguir em juízo e punir os autores de tais violações foi decorrência de dois tipos de dispositivos convencionais. O primeiro tipo foi o que estabelecia os deveres genéricos dos Estados de garantia e respeito aos direitos humanos estatuídos nesses textos convencionais (por exemplo, o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos). O segundo tipo de dispositivo foi aquele que contempla o direito à proteção judicial e ao devido processo legal por parte de todos os indivíduos (por exemplo, o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Quanto ao primeiro fundamento, vê-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no célebre caso Velásquez Rodriguez, sustentou que o dever de investigar, processar e punir criminalmente é fruto do disposto no art. 1.1 da Convenção.[70] Tal artigo impõe aos Estados a obrigação de garantia do respeito aos direitos protegidos pela Convenção, o que implica em dizer que cabe aos Estados prevenir a ocorrência de novas violações.

Assim sendo, o direito internacional dos direitos humanos estipulou verdadeiros mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violação de direitos humanos. De fato, para que se puna criminalmente é necessário que o Estado tenha antes tipificado a conduta em tela.

Ou seja, nasceram novas ordens de tipificação penal aos Estados.

70. Art. 1.º, 1: Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Ver também o citado caso em Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velasquez Rodriguez, *Sentença de 29.07.1988, Série C n. 4.*

Esse posicionamento da Corte repetiu-se nos casos seguintes. Cite-se a decisão relativa ao caso Suarez Rosero, na qual novamente a Corte estabeleceu o dever do Estado equatoriano de investigar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos mencionadas na sentença. De acordo com a Corte, "Como consecuencia de lo dicho, la Corte considera que el Ecuador debe ordenar una investigación para identificar y, eventualmente, sancionar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia".[71]

Outro caso importante foi o caso Villagrán Morales y otros (caso dos meninos de rua), no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos processou a Guatemala pela absolvição dos acusados dos homicídios de cinco meninos de rua guatemaltecos. Ficou demonstrada grave violação ao dever de investigar e punir, incluso no dever genérico de garantia de direitos humanos presente na Convenção Americana de Direitos Humanos. Cabe salientar que a Guatemala apresentou, em sede de Exceções Preliminares, a objeção de coisa julgada *pro reo*. A Corte Interamericana de Direitos Humanos não acatou tais pleitos, o que confirma o princípio de que todo ato judicial é sujeito à apreciação internacional no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.[72]

Cabe transcrever parte da decisão da Corte neste caso dos meninos de rua da Guatemala, na qual ficou disposto que "(...) debe la Corte señalar que, del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos".[73]

71. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Suarez Rosero, *Sentença de 12.11.1997, parágrafo 107, p. 31.*

72. Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

73. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Villagrán Morales y Otros, *Sentença de Mérito de 19.11.1999, Série C, n. 63, parágrafo 225.*

Para Jete Jane Fiorati, por seu turno, a Corte demonstrou, assim que "é dever dos Estados prevenir, investigar e punir as violações dos direitos consagrados na Convenção."[74]

Quanto à segunda categoria de fundamento, vê-se que os tribunais internacional de direitos humanos decidiram que o direito de acesso à justiça e o direito ao devido processo legal não cabe somente ao acusado, mas também à vítima das violações e seus acusados.

Assim, a vítima passou a ter, no direito à proteção judicial, a justificativa para exigir punição penal aos autores de violações de direitos humanos. Um notável giro copernicano na interpretação tradicional desse direito.

O caso Genie Lacayo (conhecido como caso da comitiva de Ortega) é paradigmático. Neste caso, a Nicarágua foi acusada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos de delonga injustificada na punição penal contra os responsáveis pelo assassinato de Jean Paul Genie Lacayo, jovem que morreu ao ter seu carro metralhado pelos acompanhantes militares da escolta do General Humberto Ortega. A Corte reconheceu que, além do direito à vida, havia sido violado o direito ao devido processo legal (art. 8.1 da Convenção) e titularizado pelo pai da vítima (Sr. Raymond Genie Peñalba) no campo penal.[75]

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo pouco estudado ainda no Brasil, revelou a existência de um novo papel da vítima no processo penal: o de exigir a punição dos autores das violações de direitos humanos sem qualquer exigência de prova de interesse material ou indenização na esfera cível.

Na mesma toada a Comissão Interamericana publicou o Informe 54/2001, no qual o Brasil foi condenado pela Comissão por violação de direitos humanos causada, basicamente, pela delonga do Tribunal de Justiça do Ceará em aplicar a

74. Ver em FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos, *RT*, v. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1995, p. 20.

75. Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit.

lei penal contra o acusado em prazo razoável.[76] Nessa linha, Denise Abade sustenta a existência de um direito ao devido processo legal penal em prazo razoável quer para o acusado, quer para a acusação.[77]

Com efeito, no chamado caso "Maria da Penha Maia Fernandes", a Comissão considerou que a delonga por mais de 17 anos em prestar justiça e punir o responsável por fatos graves de violência contra a mulher era atribuída ao Brasil, não importando, é claro, terem sido os atos realizados pelo Poder Judiciário de ente federado (no caso, o do Ceará).[78]

Assim, o dever de punição dos autores de violações de direitos humanos está fundamentado no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (direito da vítima e dos parentes das vítimas ao devido processo legal), no art. 25 (direito ao

76. Foi estabelecido, no caso em questão, a omissão injustificável da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Maria da Penha, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano. A tolerância do Estado brasileiro foi estabelecida, uma vez que não houve efetivamente punição do agressor, apesar do transcurso de mais de 17 anos dos fatos. O Tribunal de Justiça do Ceará foi considerado responsável pela excessiva delonga do processo criminal. Outrossim, foi estabelecida a violação dos seguintes artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos: 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial), bem como, em relação aos arts. II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e ainda os arts. 3, 4, a, b, c, d, e, f, g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. Cabe notar que o Estado brasileiro não apresentou defesa, apesar dos repetidos requerimentos da Comissão. Ver Relatório 54/01, referente ao Caso 12.051, de 04.04.2001. Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, *Informe 54/01, caso 12.051,* Maria da Penha Fernandes v. Brasil, www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/ 12051.htm, acesso em: 01.07.2006

77. Vide, ainda, o art. 5.º, LXXVIII da CF/88, que estabelece que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Ver mais em ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório*, cit., p. 199 e ss.

78. De acordo com a Comissão, então: "*Dado que essa violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores, a Comissão considera que não só é violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes. Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade,* para punir esses atos" Ver Relatório 54/01, referente ao Caso 12.051, de 04.04.2001, parágrafo 56. Grifo meu.

acesso à justiça ou proteção judicial) e finalmente no art. 1.1 (obrigação de garantir os direitos humanos, por meio da punição aos autores das violações).

Por seu turno, a Corte Européia de Direitos Humanos interpretou o direito a remédio judicial previsto no art. 13 da Convenção Européia de Direitos Humanos para nele incluir a obrigação do Estado de investigar e punir criminalmente. Cite-se, então, o caso X e Y contra Holanda, no qual questionou-se a legislação criminal holandesa, que previa o direito de queixa penal exclusivamente pela vítima. Como a vítima era incapaz, a persecução penal tornou-se impossível. A Corte considerou que a ação cível (como alegava o governo) não era uma remédio adequado como reparação, após ofensa aos direitos humanos.[79]

Sendo assim, a Corte condenou o Estado holandês, que, de acordo com a sistemática do antigo art. 50 da Convenção Européia de Direitos Humanos, reparou o dano ao modificar o seu Código Penal, possibilitando aos representantes legais de incapaz de representar penalmente contra o ofensor sexual da vítima. Logo, em face da Convenção Européia de Direitos Humanos, uma das conseqüências da violação de direitos humanos é a necessidade da investigação e persecução penal.

Por outro lado, não basta uma declaração vazia de conteúdo do Estado de que "iniciará as investigações".[80] De fato, no caso dos meninos de rua da Guatemala, houve vários assassinatos e torturas constatadas de crianças, sem que os responsáveis fossem punidos, em face da ausência de uma investigação séria por parte do aparato policial-judicial daquele Estado. Nesse sentido, a Corte Interamericana

79. Segundo a Corte Européia, "The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated". Corte Européia de Direitos Humanos, X & Y vs. Netherlands, *Sentença de 26.03.1985, Série A, n. 91, parágrafo 27.*

80. Com assinala Roht-Arriaza, é comum que o Estado requerido esvazie um processo de responsabilidade internacional do Estado através de notas oficias do tipo "estamos investigando esses lamentáveis fatos (*investigating these lamentable occurrences*)." ROHT-ARRIAZA, Naomi (Org.). *Impunity and human rights in international law and practice*, cit., p. 7.

de Direitos Humanos foi direta ao ponto e declarou que "Esta Corte ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad".[81]

Deve-se evitar, então, que o ônus da prova do envolvimento de agentes públicos seja da vítima, pois o Estado deve possuir agentes independentes capazes de auxiliar a busca da verdade. Pelo contrário, deve ser estabelecido, sob pena da responsabilização internacional do Estado, um sistema interno eficiente de investigação, punição e indenização às vítimas.[82] Em resumo, o direito internacional dos direitos humanos exige que o Estado infrator investigue em boa-fé todas as alegações de violação de tratados internacionais de direitos humanos. A perda de cargos públicos e a impossibilidade de reocupar tais funções também devem ser impostas, de modo a impedir novas violações.[83]

À guisa de conclusão, sustenta Flávia Piovesan que "(...), em um Estado Democrático de Direito, a vítima de um crime tem o direito fundamental à proteção judicial, não podendo a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (como prevê a própria Constituição, no art. 5.º, XXXV)."[84]

81. Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Villagrán Morales y Otros, *Sentença de Mérito de 19.11.1999, Série C n. 63, parágrafo 226.*

82. Ver mais sobre impunidade e direitos humanos em JOCHNICK, Chris. Confronting the impunity of non-state actors: new fields for the promotion of human rights. In: 21 *Human Rights Quarterly,* Baltimore: The Johns Hopkins University Press, (1999), p. 56 e ss.

83. Ver RAMCHARAN, B.G. Sanctions for protection: international responsibility for violations of human rights obligations. *The concept and present status of international protection of human rights:* forty years after the universal declaration. Dordrecht: Martius Nijhoff Publishers, 1989, p. 288.

84. Ver PIOVESAN. Flávia. Imunidade parlamentar: prerrogativa ou privilégio. *Folha de S. Paulo,* p. A3, 04.07.2001. Nesse corajoso artigo, a professora Piovesan combate a existência da imunidade processual parlamentar para crime comum, modificada após pela EC 35/2001.

Ensina, com habitual maestria, então, a citada Professora que: "Ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário conjuga-se o dever do Estado de investigar, processar e punir aqueles que cometeram delitos".[85]

Tal dever de investigação, persecução e punição mencionado por Flávia Piovesan deverá ser cumprido internamente, de acordo com os mecanismos constitucionais e processuais existentes.

4.3 Breve análise das leis de anistia e o dever de punir penalmente os autores de violações de direitos humanos

Cabe abordar, nesse ponto do estudo, as leis de anistia em face do dever de punir penalmente os autores de violações de direitos humanos, tendo em vista o interesse do tema para o Brasil.

Na Argentina, a política especial de reparação a vítimas da ditadura militar iniciou-se em 1986 com a edição da Lei 23.466 de 30.10.1986, que estabeleceu pensões para familiares de pessoas desaparecidas de maneira involuntária até o dia 10.12.1983. Novos diplomas normativos foram editados e aumentaram progressivamente o número de beneficiários do programa de reparação, sendo fixadas as bases para o cálculo da reparação.[86]

No caso chileno, a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação propôs ao governo chileno uma série de medidas destinadas a reparação às vítimas e seus familiares de atos violadores de direitos humanos durante a ditadura. Assim, com base nesse trabalho, foi editada a Lei 19.123 de 03.01.1992, que proporcionou uma série de vantagens financeiras às famílias e vítimas de violações, como pensões e indenizações de prestação única, além de auxílio médico e educacional.

85. Idem.

86. Ver as Leis 24.111/94, 24.436/95 e os Dec. 70/91 e 2.151/91. Conferir em PAOLILLO, Felipe H. Derechos Humanos e reparación (con especial referencia al sistema interamericano). *Hector Gros Espiell Amicorum Liber.*, Bruxelles: Bruylant, 1997, pp. 983-1.006.

No caso uruguaio, a Lei 15.848, de dezembro de 1986 estabeleceu a extinção da punibilidade dos autores de crimes contra os direitos humanos durante a ditadura. Essa extinção não afetou o pagamento de indenizações às vítimas e familiares, mas impossibilitou a persecução criminal dos autores dos delitos.

No Brasil, cite-se a Lei 6.683 de 28.08.1979, que concedeu anistia ampla, geral e irrestrita aos que participaram do processo de golpe e manutenção do regime ditatorial e também àqueles acusados de crimes políticos e conexos. Em 1995, foi aprovada a Lei 9.140 que estabeleceu o montante da indenização às vítimas e familiares de pessoas mortas ou desaparecidas por violações de direitos fundamentais por parte do Estado brasileiro.

Entretanto, a obrigação internacional, nascida da violação de direitos humanos, de investigar e punir – cada vez mais clara em tratados de direitos humanos – foi deixada de lado pelas leis de reconciliação nacional.

Essa omissão proposital fez parte de um processo no qual os agentes responsáveis pelas violações de direitos humanos exigiram um tratamento privilegiado em troca do apoio à redemocratização.

Entretanto, não pode o Estado opor sua legislação interna como justificativa para o inadimplemento da obrigação de investigar e perseguir em juízo os agentes responsáveis pelos atos de violação de direitos humanos.

O conflito entre a legislação interna e a internacional torna-se agudo, quando, em alguns casos, a própria população vítima das ditaduras dá o seu apoio, via plebiscito, à solução de reconciliação nacional. Foi o caso do Uruguai.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por seu turno, manteve-se fiel aos princípios da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos e condenou o Estado uruguaio pela edição da lei de reconciliação nacional, que atentaria contra o dever de investigar e punir os responsáveis pelos atos de violações de direitos humanos. Para a Comissão, o Uruguai, ao editar a citada Lei 15.848/86, violou o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (garantia e respeito aos direitos humanos). Logo, tal lei inter-

na é incompatível, segundo a Comissão, com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu recomendando ao Uruguai que adotasse todas as medidas necessárias ao estabelecimento da verdade dos fatos e da identificação dos responsáveis pelas violações.[87]

No caso Loayza Tamayo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou a posição do Estado peruano, que se insurgiu contra o dever de investigar e punir os responsáveis pela ilegal detenção da Sra. Tamayo, alegando anistia geral aos membros das Forças Armadas e Polícias Civil e Militar.[88] A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi enfática ao repudiar a posição do Peru. Para a Corte, os Estados não podem justificar o inadimplemento de suas obrigações internacionais invocando dispositivos internos. Logo, como a Convenção Americana de Direitos Humanos garante que toda pessoa sujeita a jurisdição de um Estado o acesso à justiça para fazer valer seus direitos, impõe-se aos Estados a obrigação de prevenir, investigar, identificar e sancionar os autores das violações de direitos humanos.[89]

Já no caso Barrios Alto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou seu entendimento de que as leis de anistia violam a Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, em passagem extremamente clara, a Corte determinou que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposicio-

87. Ver Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Report n. 29/92 (Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 e 10.375), de 02.10.1992. In: 13 *Human Rights Law Journal,* Kehl am Rhein: N.P. Engel Verlag, (1992), pp. 340-345.

88. O governo Fujimori é o responsável pela aprovação dos Dec.-leis 26.479 e 26.492 (leis de anistia).

89. Segundo a lapidar sentença da Corte: "Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistia expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Peru en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado". Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Loayza Tamayo, *Reparações, Sentença de 27.11.1998, Série C n. 42, parágrafo 168.*

nes de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".[90]

Foi determinado ao Estado peruano, então, que simplesmente investigasse, processasse e punisse os responsáveis pelas violações, até então, "anistiados".[91]

Resta saber qual deve ser a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face da lei de anistia brasileira. Tal assertiva pode parecer surpreendente, pois o Brasil, ao reconhecer a jurisdição da Corte, em dezembro de 1998, inseriu no ato de reconhecimento, a tradicional "claúsula temporal", pela qual somente casos ocorridos após tal data seriam adjudicáveis à Corte.

Contudo, há precedentes na jurisprudência da Corte que reconhecem o caráter permanente de determinadas violações de direitos humanos. Cite-se, por exemplo, o caso Blake, no qual a Guatemala justamente alegou não ter a Corte jurisdição sobre os eventos que ocasionaram o assassinato do jornalista americano Nicholas Blake, que ocorreu em 1985, efetivamenteantes do reconhecimento jurisdição da Corte pelo Estado guatemalteco, o que ocorreu em 1987. A Corte não aceitou tal defesa preliminar, uma vez que a violação analisada não dizia respeito à violação ao direito à vida do Sr. Blake, ocorrida em 1985, mas sim, à violação do art. 1.1, entre outros, uma vez que a Guatemala, até o julgamento do

90. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Barrios Altos, *Sentença de 14.03.2001, Série C n. 75, parágrafo 41.*

91. No original, "4. Declarar que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos. 5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables." Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Barrios Altos, *Sentença de 14.03.2001, Série C n. 75, parágrafos 4.º e 5.º do dispositivo da sentença.*

caso, não havia ainda punido os responsáveis por aqueles atos bárbaros. Logo, a violação a tais artigos eram violações que perduravam no tempo, sendo posteriores ao reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte.[92]

No caso brasileiro, em face do ocorrido na chamada "guerrilha do Araguaia", a situação é similar. Os fatos e a lei da anistia são da década de 70, bem antes do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas os corpos continuam desaparecidos e os responsáveis por eventuais violações de direitos humanos continuam impunes, uma vez que a anistia impediu as possíveis ações penais. Assim, a lógica do *Caso Blake* pode ser perfeitamente aplicada ao Brasil, tornando ineficaz a cláusula temporal inserida no nosso ato internacional de reconhecimento da jurisdição da Corte.

Saliente-se, por fim, que o caso Blake, que nos traz essa interpretação sobre os limites à jurisdição temporal da Corte, foi sentenciado em 24.01.1998, quase um ano antes do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.[93] Ou seja, pelo princípio da boa-fé, o Brasil não poderá alegar que desconhecia ser possível que, casos como o da "guerrilha do Araguaia" ou mesmo a nossa "lei da anistia" pudessem ser apreciados pela Corte.

4.4 Críticas ao dever genérico de investigar e punir penalmente

A obrigação de punir, como conseqüência da garantia genérica de direitos humanos, é questionada por alguns críticos, pois, afirmam que foi distorcido o sistema de proteção de direitos humanos para encobrir a falta de uma Corte Internacional Penal na qual seriam julgados indivíduos.

Logo, segundo essa visão, na ausência de tal Corte e de um tratado próprio instituindo os crimes, utiliza-se os atuais tratados de direitos humanos,

92. Ver mais sobre o caso Blake no capítulo de obra anterior sugestivamente denominado "Os limites à jurisdição temporal da Corte". In: RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit., pp. 283 e ss.

93. Ocorrido em 10.12.1998.

originalmente previstos para serem interpretados em favor do indivíduo e contra o Estado, para justificar, paradoxalmente, a ação do Estado contra indivíduos.

Assim, em relação aos acusados das atrocidades contra os direitos humanos, exige-se que o Estado use os tratados de direitos humanos contra aqueles. Como afirma Rescia, "(...) no es competencia de un tribunal de derechos humanos condenar a personas (...). Ello nos leva a pensar en la necesidad de generar otros mecanismos sustantivos más idóneos de determinación de responsabilidad internacional individual concretamente, en la creación de una Corte Penal Internacional".

De fato, apenas em 2002 entrou em vigor o Estatuto de Roma, que criou, finalmente, o Tribunal Penal Internacional permanente.[94] Contudo, a obrigatoriedade do Estado de investigar e punir os autores de violação de direitos humanos é obrigação gerada a partir do dever de garantir os direitos humanos. Não há análise da responsabilidade subjetiva dos indivíduos autores do ilícito, nem há a fixação de penas criminais correspondentes.[95]

A crítica acima apontada não leva em consideração o papel de desestímulo da obrigação de investigar e punir – essencial para prevenir novas violações de direitos humanos –, o que está em perfeita sintonia com os objetivos dos tratados de direitos humanos.[96]

Desse modo, a investigação de fatos e a persecução criminal dos responsáveis por violações de direitos humanos decorrem da obrigação de assegurar o respeito aos direitos humanos. Tal mandado genérico de criminalização responde à preocupação das Cortes regionais citadas.[97]

Nesse diapasão, a ação penal é considerada um dever fundamental do Estado, especialmente necessário para a prevenção de crimes contra os direitos hu-

94. O Brasil é parte do citado Tratado.

95. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velasquez Rodriguez, *Sentença de 29.07.1988, Série C n. 4, parágrafo 134, p. 51.*

96. Ver RESCIA, Victor Manuel Rodrigues. *La ejecución de sentencias de la corte interamericana de derechos humanos.* San José: Editorial Investigaciones Juridicas, 1997, p. 32.

97. Ver sobre o funcionamento das duas Cortes em RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

manos, na medida em que os violadores de direitos humanos não mais terão a certeza da impunidade.[98]

Por isso é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem, reiteradamente, estipulado a obrigação estatal de combater a impunidade nos processos de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.

Como verdadeiro marco em prol do "dever de propor as ações penais" como dever fundamental do Estado, cite-se passagem de voto do Juiz *ad hoc* Novales Aguirre da Corte Interamericana, na qual se afirmou que "Consciente de que a ação penal obriga o Estado a proteger as pessoas e a seus bens, pelo o que o exercício da ação penal é um dos deveres fundamentais do Estado para que não se transgrida a ordem jurídica, ou então, para sancionar aos que o fizeram, (...) o Estado está obrigado a sancionar os infratores materiais e intelectuais dos delitos para lograr uma sã convivência dos cidadãos".

Nesse mesmo voto, o Juiz Novales Aguirre exortou "o Estado para que investigue exaustivamente, através da instituição do Ministério Público (...), para que se estabeleça a 'verdade real' em relação aos fatos que atingiram os senhores Blake e Davis".[99]

Com efeito, o Estado pode ser também responsabilizado pela omissão em punir, o que caracterizaria a denegação de justiça, com o nascimento da sua responsabilização internacional. A ausência de punição aos agressores geraria, no mínimo, um dano moral à vítima ou a seus familiares.[100] Nesse diapasão, a Corte

98. No sentido do texto, já apontava o mestre Accioly, em clássico estudo da década de 50, a possibilidade da responsabilização internacional do Estado por ausência de diligência na busca pela punição do indivíduo culpado. Segundo o jurista brasileiro, "L'État pourra être responsable aussi du manque de diligence en ce qui concerne la punition de l'individu coulpable". Ver ACCIOLY, Hildebrando. Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence, 96 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye,* Haia: Academia de Direito Internacional de Haia (1959), p. 405.

99. Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Blake, *Sentença de 24.01.1998.* Voto em separado do Juiz Novales Aguirre, p. 2.

100. Ver SPERDUTI, Giuseppe. Responsability of States for activities of private law persons. In BENHARDT, Rudolf (Org.). *Encyclopedia of Public International Law,* v. 10. Amsterdam/New York: North Holland Publishing Co, p. 374.

Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a ausência de investigação por parte das autoridades públicas gera um sentimento de insegurança, frustração e impotência, o que concretiza o dano moral.[101]

É necessário mencionar que a obrigação de investigar e punir é uma obrigação de meio e não de resultado, conforme já reconheceu reiteradamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, provado que o Estado brasileiro desempenhou a contento seu mister, mesmo com o fracasso das investigações, o Estado não será responsabilizado por isso.[102]

5. Novo bloco de constitucionalidade após a EC 45/2004: o estatuto constitucional dos mandados internacionais de criminalização

Devido ao estabelecimento dos mandados de criminalização acima estudados, o Estado não poderá editar leis posteriores que descriminalizem a conduta ofensiva aos direitos humanos protegidos. De fato, viola o mandado de criminalização toda legislação posterior que venha a descriminalizar a conduta analisada.

Por isso, é importante analisar o estatuto normativo dos mandados de criminalização previstos no direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico nacional para que possamos concluir se os tratados internacionais, pelo ponto de vista do Direito interno, prevalecerão no choque contra eventual lei posterior descriminalizadora.

Para tanto é necessário estudar a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, tema que mereceu atenção da doutrina brasileira desde a edição da Constituição em 1988 e que sofreu nova configuração com a redação do novo § 3.º do art. 5.º pela EC 45/2004.

101. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Blake, *Reparações, Sentença de 22.01.1999, Série C, n. 48. parágrafo 57.*

102. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velasquez Rodriguez, *Sentença de 29.07.1988. Série C n. 4, parágrafo 188, p. 77.*

Em geral a hierarquia normativa dos tratados já incorporados internamente é equivalente à mera lei ordinária federal, na visão do Supremo Tribunal Federal.[103] Como conseqüência, não há a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária, já que, para a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de conflito entre essas normas deve ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece) ou pela aplicação do critério da especialidade.[104]

Antes da edição da EC 45/2004, o Supremo Tribunal Federal brasileiro também considerava os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes à lei ordinária federal.[105] Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal manteve o seu entendimento de superioridade da Constituição, mesmo diante da normatividade internacional relativa aos chamados direitos humanos.[106]

103. Com isso, para o Supremo Tribunal Federal "(...) as normas previstas nos atos, tratados, convenções, ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Judiciário e promulgados pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias". Ver ADIn 1.480-3, medida liminar – rel. Min. Celso de Mello, *Informativo do STF*, Brasília, Assessoria do STF, n. 48, 1996, p. 1. Sobre a visão do STF sobre o direito internacional, ver a preciosa obra de MAGALHAES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional:* uma visão crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

104. Na realidade, esta é a posição atual do STF, consolidada após o julgamento do RE 80.004/77. Ver MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Processualística internacional e a Constituição de 1988. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Contratos internacionais e o direito econômico no Mercosul.* São Paulo: LTr, 1996, p. 487. Nesse sentido, sustentou Celso de Mello que "A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade." Ver CR 8.279 – República Argentina. Min. Celso de Mello, Presidente, grifos do original foram retirados.

105. Assim, de acordo com o STF, "Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2.º do art. 5.º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7.º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ('ninguém deve ser detido por dívida' 'este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar') deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5.º, LXVII, da Constituição." STF, 2.ª T, v.u., HC 73.044-2/SP – rel. Maurício Correia, j. 19.03.1996.

106. No caso da prisão civil do depositário infiel, mencione-se o julgamento do HC 72.131/RJ, *leading case* no STF. Concluído o julgamento do *habeas corpus* em que se discutia sobre a subsistência, ou não,

Houve, à época, fortes críticas da doutrina, que via no art. 5.º, § 2.º da CF/88 a chancela para a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.[107] Por fim, o Min. Sepúlveda Pertence adotou ainda a tese da natureza "supralegal" do tratado de direitos humanos, o que impediria que lei posterior revogasse – *rectius,* suspendesse a eficácia – tratado anterior.[108]

Após a edição da EC 45/2004 foi incluído no texto constitucional o novo § 3.º do art. 5.º, que estabelece 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".

Tal dispositivo não eliminou as polêmicas, como se pretendia. Pelo contrário, há já duas correntes que o interpretam de maneira distinta.

Para uma primeira visão, os tratados internacionais de direitos humanos possuem duas espécies no que tange à hierarquia. A primeira categoria engloba os tratados incorporados antes da EC 45/2004 e também aqueles aprovados após, mas sem o rito especial previsto no § 3.º do art. 5.º, sendo que todos terão hierarquia equivalente à lei ordinária federal. A segunda categoria engloba somente os tratados de direitos humanos aprovados após a EC 45/2004 e que tenham sido incorporados internamente de acordo com seu rito especial de aprovação, o que geraria a sua natureza equivalente à emenda constitucional. É o que defende José Afonso da Silva,[109] por exemplo.

em face do art. 5.º, LXVII, da CF/88 ("não haverá prisão civil por dívida, salvo...") e da Convenção de S. José da Costa Rica, da situação jurídica do devedor na alienação fiduciária em garantia e da possibilidade de ser ele preso, caso o bem alienado não seja encontrado ou não se ache na sua posse (Dec.-lei 911/69, art. 4.º), observamos que os Min. Marco Aurélio, relator originário, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram pela concessão da ordem, ou seja, pela prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos; pelo indeferimento, votaram os Ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira, formando-se a maioria. O relator para o acórdão foi o Min. Moreira Alves. Sessão de 23.11.1995.

107. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89.

108. Ver RHC 79.785-RJ, *Informativo do STF 187.*

109. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178-179.

Para uma segunda visão, todos os tratados internacionais de direitos humanos são equivalentes a normas constitucionais. A EC 45/2004 e seu novo rito de aprovação previsto no § 3.º do art. 5.º apenas dotou as normas de tratados aprovados sob tal rito de natureza formalmente constitucional. Assim, todos os tratados internacionais de direitos humanos seriam materialmente constitucionais,[110] com fulcro no art. 5.º, § 2.º, e existiriam alguns que seriam material e formalmente constitucionais, pois aprovados pelo novo rito especial do art. 5.º § 3.º. A diferença entre eles é que o tratado formalmente constitucional não poderia ser suscetível de denúncia.[111]

No caso dos mandados de criminalização implícitos e explícitos dos tratados internacionais de direitos humanos há conseqüência importantes. No caso de vencedora a segunda posição, temos novos mandados de criminalização com estatura constitucional, além dos já mencionados na Constituição.

Forma-se, então, um bloco de constitucionalidade[112] composto pelas normas da Constituição e ainda as normas dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, eventual descriminalização sofreria o crivo de constitucionalidade por ofensa a tratados internacionais de direitos humanos, agora galgados ao patamar constitucional.

Com isso, a proibição da insuficiência ou da tutela deficiente dos direitos humanos no campo penal recebeu reforço normativo considerável.

6. Conclusão: resgatando a vítima das violações de direitos humanos

O artigo pretendeu estudar as novas formas de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal, enfocando a revigorada simpatia do

110. REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

111. PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, pp. 67-82, em especial pp. 74-75.

112. O primeiro a utilizar tal expressão, após a EC 45/2004, foi, salvo engano, José Carlos Francisco. Ver em FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. Idem, p. 99-105.

direito internacional pela repressão penal aos violadores de direitos humanos.

Assim, ficou evidente a existência de mandados expressos de criminalização em alguns tratados internacionais de direitos humanos. Além disso, indiretamente o direito internacional dos direitos humanos estipulou mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e *punir criminalmente* os autores de violação de direitos humanos. De fato, para que se puna criminalmente é necessário que o Estado tenha antes tipificado a conduta em tela.

Por outro lado, deve ficar claro que a investigação e punição penal parte do reconhecimento de sua importância para a prevenção de futuros abusos. Como se sabe, uma sociedade que esquece suas violações presentes e passadas de direitos humanos está fadada a repeti-las.[113] Destarte, na investigação e punição penal aos autores de tais condutas fica consolidado, além do efeito de prevenção já mencionado, o direito à verdade sobre aqueles fatos. Como mencionado no caso Bámaca Velásquez "el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos".[114]

No caso brasileiro, o Estado brasileiro defronta-se com um desafio imenso: combater a impunidade e cumprir os deveres impostos pelo direito internacional dos direitos humanos, rompendo velhos bastiões corporativos e reformando, de modo incisivo, o sistema de justiça criminal brasileiro. Esse é o bom combate: ao assim proceder, o Estado e a sociedade prestam homenagem às inúmeras vítimas de violações de direitos humanos.

113. Ver RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*, cit.

114. Voto concorrente do Juiz e Professor Antonio Augusto Cançado Trindade, sentença do Caso Bámaca Velásquez, Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Série C n. 70, nov 2000.*

Riflessioni su tecnica legislativa e legge penale: il problema della intellegibilità della *fattispecie* incriminatrice*

Elio Lo Monte

Prof. Facoltà di Giurisprudenza
– Università degli Studi di Salerno.

Sumário: 1. Premessa – 2. Alcuni esempi: la legislazione in tema di ordine pubblico: 2.1 La riforma tributaria; 2.2 Le disposizioni di diritto societario; 2.3 La normativa in materia di ambiente – 3. Gli effetti sotto il profilo dommatico: 3.1 Gli effetti sotto il profilo politico-criminale; 3.2 Gli effetti sotto il profilo processuale – 4. Per una razionalizzazione della tecnica legislativa.

Resumo: A recente legislação penal se caracteriza por uma técnica normativa de difícil compreensão, que entra em contraste com os princípios constitucionais em matéria penal. Uma tal normativa esvazia as funções da pena e amplia o papel da jurisprudência: a sanção depende não da abstrata previsão legislativa, mas da sua aplicação no caso concreto, daí possíveis disparidades de tratamento. Normas redigidas com fórmulas técnicas, abertas, indeterminadas, comportam um "deslizamento" do direito penal em direção ao processo penal. O processo se torna o lugar no qual se colhe o real significado da lei penal: paradoxalmente, o indivíduo saberá somente depois do processo qual era o comportamento que deveria adotar. O legislador deve utilizar,

* Reflexões sobre técnica legislativa e lei penal: o problema da inteligibilidade da *fattispecie* incriminadora.

então, fórmulas claras, unívocas, em síntese, a linguagem da gente comum. Evita-se, assim, problemas de difícil prova, decisões contrastantes e a tendência, nos cidadãos, de justificar as violações da lei com a desculpa da obscuridade da norma.

Riassunto: La recente legislazione penale si caratterizza per una tecnica di normazione di difficile comprensibilità che contrasta con i principi costituzionali in materia penale. Una tale normazione vanifica le funzioni della pena e amplia il ruolo della giurisprudenza: la sanzione dipende, non dalla astratta previsione legislativa, ma dalla sua applicazione in concreto; da qui possibili disparità di trattamento. Norme redatte, con formule tecniche, aperte, indeterminate, comportano uno 'slittamento' del diritto penale verso il processo penale. Il processo diviene il luogo in cui si coglie la reale portata della legge penale: paradossalmente, l'individuo saprà solo dopo il processo quale era il comportamento da tenere. Il legislatore deve utilizzare, allora, formule chiare, univoche, in sostanza il linguaggio della gente comune. Si evitano, così, problemi di difficile prova, decisioni contrastanti e la tendenza nei cittadini a giustificare le violazioni di legge dietro la scusa della oscurità della norma.

Parole-chiave: Legislazione penale – Legge penale – Produzione legislativa.

1. Premessa

La recente legislazione penale va sempre più caratterizzandosi per l'utilizzazione di locuzioni specialistiche o formule generiche; si tratta di una tecnica di normazione di difficile comprensibilità che si pone, in tal modo, in aperto contrasto con i principi costituzionali in materia penale e, in particolare, con il principio di legalità. Da questa discutibile tecnica legislativa discendono rilevanti inconvenienti che attengono al piano dommatico e politico-criminale; non meno significativi sono i risvolti di ordine processuale.

Sotto il profilo dommatico a venire in evidenza sono questioni legate alla intellegibilità del messaggio; da un punto di vista politico-criminale vengono in rilievo questioni connesse all'effettività e agli scopi della pena; in ordine al terzo punto vanno rimarcate le questioni inerenti l'accertamento processuale.

Anche ad un sommario esame l'odierna legislazione presenta tutti i ben noti caratteri della frettolosità e, quindi, i difetti della legislazione di tipo emergenziale. Il dato che viene maggiormente in risalto è il completo aggiramento del principio di legalità, e in special modo il corretto funzionamento del principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale.

Si tratta di un processo alquanto diffuso che coinvolge i settori più disparati: dall'ordine pubblico al tributario, dal societario all'ambiente, solo per richiamarne alcuni.

Gli schematici riferimenti, alle norme in tema di ordine pubblico, tributario, societario, ambiente, oltre a dimostrare la fondatezza di quanto appena affermato, appaiono particolarmente utili in una prospettiva di razionalizzazione della tecnica legislativa.

2. Alcuni esempi: la legislazione in tema di ordine pubblico

Per quanto concerne l'ordine pubblico, va evidenziato come in questo settore gli interventi del legislatore, spesso, non appaiono in linea con le indicazioni derivanti dalla Carta costituzionale.

E, infatti, le innovazioni in tema di violenza sessuale, usura, violenza negli stadi sportivi, solo per citare alcuni esempi più recenti, hanno in comune la caratteristica di una carente tecnica di normazione che concerne sia il piano della descrizione dei fatti, e sia l'orientamento politico-criminale ispirato a parametri repressivo-deterrenti.

La nuova figura dell'abuso sessuale di cui al nuovo art. 609-*bis* Codice Penale, come introdotto dalla Legge 66 del 1996, fa riferimento ad un generico concetto di "atto sessuale". La stessa legge presenta, ancora, non pochi limiti di coordinamento tra le varie figure delittuose e le altre norme del codice penale, come si ricava dal rapporto tra atti sessuali violenti commessi dall'ascendente o

dal genitore (art. 609-*ter* Codice Penale dopo la riforma) e il delitto di incesto previsto dall'art. 564 Codice Penale. Lo stesso può dirsi per quanto concerne la violenza sessuale di gruppo di cui al nuovo art. 609-*octies* codice penale, ove non sempre facile è individuare e, quindi, correttamente sanzionare, l'apporto dei singoli concorrenti al fatto delittuoso. Problemi sorgono anche in ordine al regime delle circostanze.

Anche in tema di usura la recente riforma di cui alla Legge n. 108 del 1996, presenta, accanto ad innovazioni certamente apprezzabili – indicazione del tasso usurario, individuazione dello stato di bisogno di colui che ricorre al prestito di denaro, riabilitazione del debitore protestato dopo un anno –, una tecnica di redazione delle fattispecie, pletorica, farraginosa, sovrabbondante e di taglio eminentemente casisitico. Si tratta di una legge che richiede di essere, di volta in volta, integrata da altre norme sparse nell'ordinamento, con conseguente e grave aggiramento del principio della riserva di legge in materia penale costituzionalmente sancito. Qui non si vuole mettere in alcun dubbio l'intervento penale data l'estrema gravità del fenomeno della violenza sessuale, oppure dell'usura o, ancor di più in tema di lotta alla criminalità organizzata dove insiste una legislazione disorganica e frammentata nonché sparsa in un numero molto rilevante di norme; in rapporto a questi settori lo strumento penale è un dato da cui non si può prescindere, ma è altrettanto vero che lo stesso richiede disposizioni chiare e tassative in piena armonia con i principi costituzionali.[1]

Uguale ordine di considerazioni possono essere svolte intorno alla Legge n. 377 del 2001, in tema di violenza negli stadi. Questo provvedimento normativo presenta tutti i caratteri dell'improvvisazione e, pertanto, una tecnica legislativa esclusivamente protesa ad accrescere le possibilità applicative delle fattispecie incriminatrici previste nel nuovo provvedimento normativo, che valorizza l'intervento penale in un'ottica di mera deterrenza.

1. Cfr. MOCCIA. *La perenne emergenza.* Tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli, 1997, p. 113 e ss.

Infatti, questa legge, sotto l'aspetto della carenza di chiarezza, risulta essere un vero e proprio rompicapo per via dei continui rinvii che si rincorrono tra le diverse disposizioni. Ad esempio, si prevede che il Questore possa inibire – e quindi incidere sulla libertà di locomozione e di associazione dell'individuo –, per un periodo fino ad un massimo di tre anni, l'accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive e ai luoghi interessati alla sosta, al transito e al trasporto delle persone che partecipano o assistono alle stesse manifestazioni, a coloro che risultano denunciati o condannati anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni, per una lunga serie di reati distribuita in numerose altre disposizioni. In particolare le misure interdittive del Capo della polizia si indirizzano non solo verso quelle persone che portano fuori dalla loro abitazione armi, mazze ferrate o bastoni ferrati, sfollagente o noccoliere, oppure senza giustificato motivo, portano fuori dalla propria abitazione, bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, bulloni, sfere metalliche, ma anche verso coloro che portano "qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona". E' facile notare come la locuzione utilizzata – specialmente per il riferimento a "qualsiasi altro strumento" – riesce a ricomprendere qualunque oggetto che può arrecare, anche solo astrattamente, nocumento alle persone. La locuzione, appena richiamata, formulata in termini vaghi e generici, finisce per riconoscere all'autorità giudiziaria ampia libertà di manovra e, come tale, si pone in contrasto con le esigenze di tassatività che devono connotare la fattispecie incriminatrice.

2.1 La riforma tributaria

In tema di reati tributari, va detto come il completo fallimento della filosofia sottesa alla Legge 516 del 1982 – nonostante le modifiche apportate dalla Legge 154 del 1991 – ha spinto il legislatore a riformulare il complesso sistema dei reati fiscali.

Il precedente apparato normativo si poneva in termini di completa estraneità ai principi di un diritto penale del fatto, di derivazione costituzionale, anche sotto l'aspetto della chiarezza della norma.

Il *superiore* principio della 'ragion fiscale' – vale a dire l'interesse dello Stato al prelievo fiscale – posto a fondamento dell'ampliamento delle ipotesi di punibilità di comportamenti prodromici all'evasione, faceva passare in secondo piano tutta una serie di violazioni ai principi costituzionali, determinando un affievolimento delle garanzie dell'individuo. Il sistema repressivo delle violazioni tributarie si poneva in stridente contrasto con i principi di tassatività-determinatezza della fattispecie penale, offensività, frammentarietà, proporzionalità della pena, personalità della responsabilità penale.

L'illusione panpenalistica, che caratterizzava la passata esperienza in tema di lotta all'evasione fiscale, mostrava sul campo i vari limiti dell'intervento di tipo simbolico. Essa, secondo uno schema consueto per le emergenze di ogni tipo, ad una caduta delle garanzie abbinava anche gravi profili di inefficienza, evidenziata, nel caso di specie, dalla frantumazione del comparto punitivo in un pletorico complesso di figure criminose – spesso di scarsa o nulla rilevanza evasiva – dall'impronta marcatamente disorganica. Tutto ciò si ripercuoteva sul piano della verifica giudiziaria, determinando un sensibile rallentamento della macchina processuale, che finiva per distogliere gli uffici giudiziari dal perseguimento di notizie criminose di maggiore rilevanza sociale.

Su questa realtà s'inseriva l'azione del legislatore che riscriveva, attraverso il Decreto Legislativo 74 del 2000, il sottosistema dei reati tributari.

Con espresso riferimento alla tecnica di normazione, la riforma tributaria, riproponendo cadenze abituali, non risulta impeccabile. In primo luogo, per la terminologia utilizzata che, nonostante i sicuri progressi rispetto al passato, non appare completamente immune da antichi vizi. Un linguaggio di spiccata derivazione commercialistica, è stato adoperato, ad esempio, per la formulazione dell'art. 7, con il richiamo a "metodi costanti di impostazione contabile"; oppure

per l'utilizzazione di formule tecniche come le "valutazioni estimative", o i "criteri di determinazione dell'esercizio di competenza".

Più specificamente, in ordine alla tecnica legislativa per i riflessi che ha sul principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale, vanno evidenziate vistose aporie della legislazione in materia tributaria.

Il nuovo testo normativo, non va esente da obiezioni di ordine critico. Si prenda, ad esempio, la locuzione "altri documenti", prevista dall'art. 2 Decreto Legislativo 74/2000. La formula "altri documenti" si caratterizza per i marcati margini di genericità, e in quanto tale è in grado di racchiudere qualunque documento idoneo – nelle ipotesi di cui all'art. 2 – a provare nei confronti dell'amministrazione l'avvenuta effettuazione di cessione di beni o prestazioni di servizi. Si tratta, verosimilmente, di documenti affini alla fattura; ma la semplice individuazione dei tanti documenti assimilabili alla fattura, non è operazione estremamente agevole. L'indeterminatezza della locuzione adoperata obbliga il destinatario della disposizione a districarsi tra un nutrito nugolo di norme, perché tra i documenti analoghi alla fattura vengono, solitamente, annoverati le ricevute fiscali, i documenti di trasporto, gli scontrini fiscali, e così via, sparse in tante altre disposizioni

I continui riferimenti e rinvii a nozioni tecnico-commercialistiche, distrubuite all'interno di un quadro normativo parecchio disorganico e frammentato, privano la disposizione incriminatrice delle caratteristiche, di immediata chiarezza e conoscibilità, consentanee al principio di tassatività. Si tratta di una lettura difficile anche per un penalista esperto, che è legittimo affermare, si pone in palese violazione con il principio di determinatezza.

Un altro esempio: si consideri la disposizione di cui all'art. 11 del Decreto Legislativo 74/2000 in tema di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte. Sul piano della tassatività, la formula "altri atti fraudolenti", che caratterizza la fattispecie incriminatrice, può essere fonte di contrastanti interpretazioni e, quindi, di opposte applicazioni, trattandosi di una formula alquanto vaga, capace di

racchiudere qualunque comportamento dell'agente, basta che sia supportato da volontà dolosa. Tutto ciò ha comportato, da un lato, lo svuotamento della funzione garantistica del fatto tipico e, dall'altro, ha favorito la tendenza verso forme di diritto penale dell'atteggiamento interiore, come dimostra l'ampio ricorso a fattispecie a dolo specifico, spesso ritenuto *in re ipsa*.

2.2 Le disposizioni di diritto societario

Anche nel settore del diritto societario, la precedente disciplina si caratterizzava oltre che per una forte anticipazione dell'intervento penale – sanzionando, attraverso la categorie dei reati di pericolo presunto, condotte strumentali o prodromiche ad un dato evento – per la particolare tecnica legislativa.

Il settore è stato recentemente riformulato attraverso il Decreto Legislativo 61/2002; ma sul piano della strutturazione delle norme permangono molte lacune.

Anche in questo settore qualche esempio può bastare. Si rifletta, ad esempio, sul nuovo art. 2637 codice civile, che punisce le ipotesi di aggiotaggio societario

Il 'nuovo' aggiotaggio viene descritto in termini del tutto evanescenti; infatti, si punisce chi pone in essere operazioni simulate o altri artifici "concretamente idonei" a provocare "una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari" ovvero "ad incidere in modo significativo" sull'affidamento che il pubblico ripone "nella stabilità patrimoniale" di banche o gruppi bancari.

Le locuzioni: "concretamente idonei", "alterazione sensibile" incidenza "significativa", "stabilità patrimoniale di banche o gruppi bancari", finiscono per descrivere macro-eventi, di difficile dimostrazione.

Come si fa a stabilire che una data operazione è in grado di porre in pericolo la stabilità di una banca o, addirittura, di un gruppo bancario? E quando le operazioni o gli artifici sono concretamente idonei a provocare un'alterazione del

prezzo degli strumenti finanziari? Quando l'alterazione è sensibile? Il che modo si valuta l'affidamento del pubblico?

Sono solo alcuni dei quesiti che la disposizione solleva e a cui non dà risposte, né, tanto meno, fornisce strumenti in grado di facilitare la sua comprensibilità prima e l'applicazione poi.

La riforma dei reati societari non pare destinata ad apportare rilevanti progressi sul piano della corretta tecnica legislativa.

Le singole fattispecie, di cui al Decreto Legislativo 61/2002, per la palese genericità che le connota, sono destinate all'inapplicabilità senza l'irrinunciabile opera di adeguamento del magistero penale; da qui il rischio di una giurisprudenza oscillante, con ovvie conseguenze sul piano della certezza del diritto.

Del resto, quando il legislatore, come si accennava, utilizza formule onnicomprensive e di chiusura, che nulla hanno che vedere con la soddisfazione di esigenze di rigorosa descrizione della fattispecie determinata – come "gli altri mezzi fraudolenti", oppure, "in qualsiasi forma", di cui all'art. 2.638 Codice Civile – appare inevitabile l'intervento 'creativo' del giudice a cui viene demandato il non facile compito di delineare la reale portata di fattispecie che presentano un pericoloso sfasamento tra condotta ed evento.

2.3 La normativa in materia di ambiente

Proseguendo in questa rapida analisi delle incongruenze della tecnica legislativa, un altro settore che presenta costanti aporie rispetto ai principi costituzionali ed, in special modo, rispetto all'opzione di tassatività/determinatezza dell'illecito penale è quelle dell'ambiente.

Il legislatore in materia di ambiente, ha realizzato una costante violazione del principio di determinatezza sin dal 1966, con l'emanazione della legge a protezione dell'atmosfera.

L'art. 20 della Legge 615/66, fa obbligo ai titolari degli stabilimenti industriali di dotare gli impianti di installazioni o dispositivi in grado di contenere

"entro i più ristretti limiti che il progresso della tecnica consenta" l'emissione di fumi, gas, polveri o esalazioni, in grado di porre in pericolo la salute pubblica o di contribuire all'inquinamento atmosferico. La norma designa una classica fattispecie indeterminata, essendo la locuzione "i più ristretti limiti che il progresso della tecnica consenta" del tutto vaga e, in quanto tale, svincolata da ogni parvenza di tassatività. Non pare sussistano dubbi sulle palesi difficoltà che si incontrano per stabilire l'idoneità delle installazioni o dei dispositivi ad evitare ulteriori pericoli di inquinamento; d'altro canto, come si fa a sostenere che essi erano i migliori conosciuti dal progresso tecnico?

Si prenda, ancora, l'art. 7 della Legge 319 del 1976, che riconosce alle autorità competenti per il controllo qualitativo degli scarichi la possibilità di prescrivere l'installazione di strumenti per il controllo automatico degli "scarichi potenzialmente pericolosi". Quando, però, uno scarico sia 'pericoloso' o 'potenzialmente pericoloso', non è dato sapere. Il tutto è rimesso alla discrezionalità dell'autorità competente.

Problemi non meno rilevanti, sotto il profilo del principio di tassatività-determinatezza del tipo criminoso, solleva la fattispecie di cui all'art. 53-*bis* del Decreto Legislativo 22 del 1997, in tema di traffico illecito di rifiuti, da ultimo modificata dalla Legge 93 del 2001. Le locuzioni utilizzate: "ingenti quantitativi", "alta radioattività", sono di una tale genericità ed evanescenza da rendere indispensabile l'opera di mediazione del giudice, con le ovvie conseguenze sul piano dell'interpretazione e, quindi, dell'applicazione oscillante. Eppure, il duro regime sanzionatorio (reclusione da tre a otto anni più l'applicazione di pene accessorie) avrebbe meritato ben altra attenzione nella redazione della norma.

Allo stesso modo carente appare, sotto il profilo della tassatività, la disposizione di cui all'art. 41 del Decreto Legislativo 277 del 2001, che impone al datore di lavoro di ridurre al minimo i rischi derivante dall'esposizione al rumore, in relazione "alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico".

3. Gli effetti sotto il profilo dommatico

La recente legislazione, come si accennava, si connota per un duplice ordine di carenze: la prima attiene, alla discutibile strutturazione delle norme con il continuo ricorso a locuzioni generiche; la seconda concerne la particolare terminologia adoperata con l'utilizzazione di formule estremamente tecniche. Entrambe generano il rischio di una difficile o nulla comprensibilità da parte del destinatario.

Sotto il primo profilo, una tecnica di normazione che utilizza espressioni indeterminate e generiche finisce per ampliare il ruolo della giurisprudenza al momento della sussunzione del fatto realmente verificatosi nella fattispecie incriminatrice astratta. Compito particolarmente difficile anche perché le formule generiche finiscono spesso per confondere bene giuridico e *ratio* di tutela.

Fattispecie che ipotizzano, ad esempio, un nocumento alla 'stabilità patrimoniale di un gruppo bancario', oppure la 'sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari', o, ancora, il 'corretto funzionamento dell'ordine economico', 'l'affidamento del pubblico' della stabilità di una banca, la 'alterazione sensibile della situazione patrimoniale di un gruppo societario, ecc., finiscono per configurare come beni giuridici delle mere *rationes* di tutela; in questi casi, com'è stato limpidamente sostenuto "all'opacità del bene corrisponde l'inafferrabilità dell'evento", e dunque l'indeterminatezza della fattispecie coinvolge oltre alla condotta anche l'evento,[2] con ovvie ripercussioni sulla prova dell'illecito. In questi casi l'evento si rivela di difficile dimostrazione, proprio perché ci troviamo di fronte ad un'offensività di tipo particolare che si misura non in termini di conseguenze concrete "ma di incompatibilità con le tendenze programmatiche del sistema".[3]

2. Per una valorizzazione della tassatività-determinatezza in rapporto all'evento del reato, cfr. MOCCIA. *La "promessa non mantenuta"*. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano. Napoli, 2001, p. 58.

3. Cfr. PEDRAZZI. Interessi economici e tutela penale. In: AA.VV. *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. A cura di A. M. STILE. Napoli, 1985, p. 304.

Questa tecnica legislativa si pone, come si accennava in aperto contrasto con il principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale.

Senza soffermarsi sulle tante implicazioni che discendono dal principio di tassatività dell'illecito penale,[4] due aspetti vanno segnalati anche in questa sede: il primo è che esso rappresenta una delle acquisizioni fondamentali della cultura dello stato di diritto nel senso che in un sistema codificato la caratteristica essenziale è data proprio dal rispetto della legalità e, quindi, dalla precisione delle sue disposizioni; il secondo scaturisce dalla considerazione che la rilevanza del principio di tassatività/determinatezza scontata in dottrina e sul piano dei principi fondamentali, "non ha trovato adeguato riscontro nella concreta produzione legislativa; sin da quando, con Beccaria e Filangieri, la sua significatività per un sistema penale vicino alle ragioni dell'uomo si rivelò con un'evidenza palmare e fu universalmente riconosciuta, dallo stesso momento è possibile affermare che le sue concrete implicazioni furono in maniera pressoché costante disattese".[5]

Una tecnica di normazione che utilizza espressioni generiche demanda all'elaborazione giurisprudenziale, il compito di colmare le inadeguatezze della legislazione; la prassi è delegata a ritagliare margini di concretezza a fattispecie paralizzate dalla loro evanescenza.

La seconda carenza, a cui si faceva riferimento, concerne la terminologia impiegata; spesso il legislatore utilizza, all'atto della redazione delle singole fattispecie incriminatici, un linguaggio eccessivamente tecnico e specialistico che presenta rilevanti inconvenienti.

Senza voler disconoscere la circostanza per cui alcuni settori – come ad esempio quello tributario oppure quello societario o, ancora, quello dell'ambiente – hanno delle proprie ed irrinunciabili peculiarità, va posto nel giusto risalto, il

4. In generale sul tema cfr. l'ampia analisi di PALAZZO. *Il principio di determinatezza nel diritto penale.* Padova, 1979.

5. Così MOCCIA. *La promessa 'non mantenuta'*, cit., p. 1.

dato secondo cui destinatario primo della proposizione normativa è un soggetto comune e non il tecnico o l'interprete.[6] In altri termini, quando la prescrizione legislativa prevede, per la sua infrazione, come naturale conseguenza una misura limitativa di diritti fondamentali inviolabili, come la libertà personale dell'individuo espressamente protetta dall'art. 13 della Costituzione, sorge l'obbligo, fondamentale, per colui che emette il divieto, quanto meno di redigerlo nel modo più chiaro possibile, evitando il ricorso a concetti strettamente di natura tecnica, estremamente farraginosi e complessi e, quindi, evitando di trasportare sul terreno penalistico la tecnica normativa propria di determinati settori quali possono essere il tributario, l'ambientale, il societario, il medico-epidemiologico.

Del resto un linguaggio strettamente tecnico pone lo stesso giudice in gravi difficoltà. Quando la legge si connota per un tasso di tecnicismo che la rende spesso inaccessibile ai non addetti ai lavori, il giudice si vede costretto, in molti casi, a ricorrere all'indispensabile aiuto di altri soggetti che vantano conoscenze specifiche, dando vita ad una sorta di paradosso, nel senso che si assiste ad una dipendenza del giudice dal perito. In altre parole, nel caso in cui il giudice non possieda adeguate e approfondite conoscenze su determinati aspetti estremamente tecnici, non potrà mai ricostruire, direttamente, i termini della condotta che si vuole incriminare, ma dovrà ricorrere all'indispensabile aiuto di, periti e consulenti. Potrebbe verificarsi, allora, un meccanismo per molti aspetti paradossale: la liceità o l'illiceità penale di una determinata condotta e, pertanto, la sussunzione[7] di quel fatto nella fattispecie incriminatrice astratta, sarà determinata non dal giudice – che, esattamente come l'autore del fatto, non sarà in grado di individuare il contenuto del precetto – ma, in sostanza, dal perito, che, com'è noto, per definizione è

6. In proposito, cfr. MOCCIA. *Il diritto penale tra essere e valore.* Napoli, 1992, p. 279.

7. Sul problema della sussunzione e più in generale sui procedimenti di derivazione dei giudizi giuridici concreti dalla norma giuridica, cfr. le riflessioni svolte da ENGISCH. *Einführung in das juristiche Denken.* Stuttgarrt 1968. Trad it. a cura di A. BARATTA. *Introduzione al pensiero giuridico.* Milano, 1970, p. 59, in part. p. 77 e ss.

chiamato a svolgere compiti ben più limitati. Da qui l'ulteriore rischio di decisioni adottate caso per caso con gravi ricadute sul principio della certezza del diritto[8] posto alla base stessa di una convivenza pacifica, a tacere delle pericolose sperequazioni sul piano sostanziale.

Rispetto a norme inficiate da scarsa chiarezza o da indeterminatezza c'è il rischio, di infliggere una sanzione che dipende non più dalla astratta previsione legislativa – che in quanto tale prevede e richiede identica inflizione – quanto dalla sua applicazione in concreto; mentre, per il diritto penale, è stato sostenuto, che il bisogno di certezza fa premio persino su quello di giustizia.[9]

Inoltre, quando il legislatore, al fine di apprestare una tutela incondizionata a determinati interessi, fa ricorso a fattispecie di carente determinatezza, finisce col demandare alla giurisprudenza il non facile compito di dare concretezza alle norme, e tutto ciò in palese violazione con il fondamentale principio della separazione dei poteri. Infine, in un'ottica squisitamente processuale, la scarsa chiarezza delle norme pone – come si dirà in seguito – enormi problemi in materia di prova.

3.1 Gli effetti sotto il profilo politico-criminale

Una normazione inficiata da limiti tecnici e strutturali si pone in termini contrastanti con le funzioni della pena, sia se a questa vengono riconosciute esclusive funzioni retributive, sia se vengono valorizzati gli aspetti rieducativi (art. 27 commi 1 e 3 Costituzione).

In ogni caso la pena è reazione verso qualcosa che è già accaduto, verso un precetto violato, verso un comando non rispettato. Ciò presuppone come condizione

8. Per una compiuta analisi delle cause della crisi del diritto, tra le quali va annoverata anche l'incertezza, si rinvia ad un "classico" del pensiero giuridico italiano, LOPEZ de ONATE. *La certezza del diritto*. Milano, 1968, p. 40 e s. e passim, laddove sosteneva che "l'incertezza del diritto è il motivo centrale e dominante dell'attuale crisi del diritto".

9. Sul punto cfr. PEDRAZZI. *Problemi di tecnica legislativa*. In: AA.VV. *Comportamenti economici e legislazione penale*. Milano, 1979, p. 25.

essenziale che il comando imposto dal legislatore sia comprensibile da parte del destinatario. Non si può 'retribuire' un soggetto se non lo si pone nella condizione di conoscere in termini chiari e univoci il comportamento che doveva tenere; allo stesso modo non può svilupparsi alcuna azione risocializzante se la persona non comprende dove ha 'sbagliato'. Del resto, parlare di risocializzazione significa affermare che l'individuo conosceva, in tutti i suoi risvolti, il precetto della legge, così da 'ritornare' nella legalità.

Più in particolare, è sul piano della prevenzione che si possono cogliere gli effetti della tecnica legislativa: la prevenzione viene, generalmente, distinta in prevenzione speciale e prevenzione generale; entrambe evidenziano un aspetto negativo e un aspetto positivo.

La prevenzione speciale negativa consiste nell'intimidazione individuale dell'autore o, limite estremo, nella sua neutralizzazione.

La prevenzione speciale positiva è data dal recupero sociale del soggetto che ha delinquito; recupero da attuarsi attraverso una terapia emancipante liberamente scelta o, per coloro che sono già risocializzati (generalmente si fa riferimento ai cosiddetti white collar) la pena deve essere non desocializzante.

La prevenzione generale sotto l'aspetto negativo richiama l'adozione di strumenti volti al raggiungimento di risultati di tipo intimidativo-deterrente.

La prevenzione generale positiva è legata al cosiddetto effetto criminal-pedagogico del *Tatbestand* e consiste nel mantenimento o nel rafforzamento della fiducia dei consociati nell'ordinamento giuridico.

Le componenti positive della prevenzione speciale e della prevenzione generale vengono ricompresse in un concetto di genere chiamato 'integrazione sociale'.[10]

Ora se la pena persegue finalità di prevenzione speciale e generale, richiede che il fatto illecito, nelle sue componenti di disvalore della condotta e di disvalore di evento, sia facilmente comprensibile dal destinatario.

10. Sul punto per tutti cfr. MOCCIA. Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'illecito. *Beni e tecniche della tutela penale.* Milano, 1985, p. 101 e ss.

Appare chiaro come una fattispecie incriminatrice redatta attraverso l'utilizzazione di formule tecniche, locuzioni generiche e/o strutturata in modo complesso, difficilmente potrà perseguire le finalità normative della pena. Del resto, se il destinatario non riesce a conoscere con facilità *cosa* è permesso e *cosa* è vietato, non si possono addebitare allo stesso le conseguenze di un dato comportamento. Anzi, in questi casi la sanzione penale finisce per avere effetti criminogeni, perché il destinatario si vede inflitta una sanzione limitativa della libertà senza comprenderne le ragioni. Anche sul piano della prevenzione generale una norma incomprensibile potrebbe avere effetti negativi, nella misura in cui la collettività non riesce a delineare con certezza quali sono i valori di riferimento e, pertanto, la norma finisce per avere effetti disaggreganti. Del resto, l'inflizione di una pena in assenza di idonei presupposti di conoscibilità del precetto, difficilmente potrà svolgere quella funzione rieducativa costituzionalmente disciplinata (art. 27 comma 3 Costituzione). Per alcuni aspetti, l'inflizione di una sanzione restrittiva della libertà individuale a fronte di un comando incomprensibile, potrebbe spingere il destinatario a tenere un comportamento vietato poiché le conseguenze cui deve sottostare sono le stesse.

E, ancora, in tema di finalismo rieducativo della pena, il suo corretto funzionamento richiede, almeno l'attribuibilità psicologica di un fatto alla volontà antidoverosa dell'agente. Ma tutto ciò presuppone che l'agente conosca quale sia il comportamento vietato e quale quello permesso.

In conclusione: leggi chiare e comprensibili farebbero recuperare, al precetto penale quella funzione tipica di prevenzione generale positiva e di orientamento culturale di cui è stata ribadita recentemente la significatività.[11] Il divieto statuale, cioè, quando è formulato in termini chiari, tassativi, e, pertanto, comprensibili è in grado di influenzare il complesso modo di sentire e di pensare

11. Cfr. per tutti ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, München, 1994, 2. ed., p. 47 e ss., in particolare p. 99.

degli uomini, indirizzandolo verso condotte di vita conformi alla leggi. Si tratta di un significato socialpedagogico proprio della norma statuale che prescinde dalle conseguenze di volta in volta minacciate per il reato.[12]

Ma anche quando alla sanzione penale vengono riconosciute stravolte funzioni di mera deterrenza, essa per poter svolgere il suo scopo, richiede un lessico capace di univoca forza espressiva. Sotto l'aspetto delle ricerca di mere finalità deterrenti va anche evidenziato il dato secondo cui i principi costituzionali, in tema di finalismo rieducativo della pena (art. 27 comma 3) così come quelli relativi alla personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1), alla ragionevolezza (art. 3) alla tutela della dignità umana, impediscono che nell'attuale ordinamento l'effetto di intimidazione possa andare al di là di quello che è naturalmente connesso alla posizione di una norma penale ed alla semplice inflizione di una pena.[13] In altri termini, il riferimento all'intimidazione è pertinente solo se inteso come risultato naturale che si verifica sul piano generale ogni volta che la norma prevede per la sua infrazione una sanzione penale.[14]

Il disposto costituzionale secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, mal si concilia, allora, con previsioni sanzionatorie tese ad esaltare prospettive di mera deterrenza e che, oltre a violare il principio dell'integrazione sociale e quindi del libero sviluppo della personalità, risultano particolarmente lesive in rapporto alla tutela della dignità dell'uomo. Il reo diverrebbe esclusivo strumento per l'intimidazione altrui[15] e l'entità del provvedimento dipenderebbe in larga misura da considerazioni attinenti al pericolo di fatti illeciti perpetrati da

12. Cfr. EXNER. *Die Theorie der Sicherungsmittel.* Berlin, 1914, p. 11.

13. In tal senso cfr. MOCCIA. *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 98.

14. In proposito cfr. ROXIN. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. In: *JuS*, 1966, ora in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme.* Berlin/New York, 1973, p. 12.

15. Per una decisa presa di posizione contro la strumentalizzazione dell'individuo, recentemente, cfr. STILE. Prospettive di riforma della commisurazione della pena. In: AA.VV. *Verso un nuovo codice penale.* Itinerari – problemi – prospettive. Milano, 1993, p. 310 e ss., in particolare p. 319.

altri soggetti; in contrasto, quindi, anche, con il principio di personalità della responsabilità penale. Dai principi costituzionali appena richiamati e segnatamente dalla norma di cui all'art. 13 – che configura un valore del tutto preminente alla libertà personale si fa discendere il fatto che la sanzione penale deve essere inflitta come *extrema ratio*; in questo senso la filosofia politica dell'illuminismo trasposta nel diritto penale con l'opera di Beccaria coglie la legittimità e l'efficacia della pena esclusivamente nelle sue conseguenze utili per l'uomo: "la pena è posta al servizio di scopi umani; questi scopi sono mondani, terreni, razionali".[16]

3.2 Gli effetti sotto il profilo processuale

Una legislazione chiara e lineare, senza punti oscuri o incomprensibili oltre a presentare il rilevante pregio dell'immediata conoscibilità da parte dei consociati, evita i rischi di un difficile collegamento tra le varie disposizioni, con conseguenti casi dubbi e interpretazioni diverse, rimettendo alla discrezionalità del giudice il non facile compito di cogliere l'effettiva portata di una data condotta illecita. All'opposto, una legislazione infarcita di formule tecniche e generiche produce conseguenze negative anche sul piano processuale.

Fattispecie incriminatici di difficile comprensibilità determinano uno spostamento nei rapporti tra diritto penale e processo penale, a tutto vantaggio di quest'ultimo. Infatti, una tecnica di normazione poco chiara comporta un ridimensionamento della rilevanza del fatto di reato nell'ambito del processo con conseguente ampliamento dei poteri del giudice che, a fronte di norme indeterminate, può modellare il fatto realmente accaduto sulla fattispecie incriminatrice astratta secondo esigenze contingenti.

In altri termini, una fattispecie che contenga formule del tipo "altri atti fraudolenti", lascia il giudice libero di cogliere nella condotta dell'agente qualunque

16. Cfr. NAUCKE. Prevenzione generale e diritti fondamentali. In: AA.VV. *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati.* A cura di M. ROMANO – F. STELLA. Bologna, 1980, p. 52.

aspetto che ritiene rilevante ai fini della configurabilità del fatto di reato, con conseguente ampliamento della discrezionalità giudiziaria.

Tutto ciò comporta uno 'slittamento' del diritto penale verso il processo penale, nel senso che il processo penale diviene il luogo in cui si coglie la reale portata della fattispecie incriminatrice. Si determina, in tal modo, un capovolgimento del normale funzionamento del sistema peocessualpenalistico: l'individuo saprà solo dopo la celebrazione del processo quale era il comportamento da tenere. Viceversa, esigenze di razionalità ma, prima ancora, di giustizia sostanziale, impongono che solo dopo aver posto l'agente nella possibilità di conoscere con estrema semplicità il comportamento dovuto o quello vietato è possibile muovere allo stesso un rimprovero per la sua condotta.

Una legislazione che ricorre a locuzioni generiche e indeterminate genera, ancora, altre conseguenze sul piano del corretto funzionamento del sistema penale. Il giudice rispetto a formule incomprensibili non si limita ad applicare il diritto, ma diventa egli stesso un 'creatore' di diritto, nel senso che il suo compito finisce non per correggere – secondo una giustificata metodologia che attiene all'interpretazione e alla concretizzazione della norma penale – aspetti marginali di una determinata disposizione normativa, quanto 'ricostruisce' il comando giuridico ricercando il 'senso' della legge, con il conseguente rischio di conferire ad essa una diversa *ratio*.[17]

Il rischio che viene in evidenza è che il giudice ricerchi – seppur mosso dai migliori propositi – lo 'spirito della legge'; in proposito valgono, ancora, le lucide considerazioni svolte da Cesare Beccaria: "Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni (...). Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana

17. Per questi aspetti cfr. VOLK. Strafrecht und Wirtschaft. *Sistema penale e criminalità economica*. Napoli, 1998, p. 201 e ss.

digestione; dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice con l'offeso, e da tutte quelle minute forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo".[18]

Si amplia, per altri versi quel fenomeno noto con il nome di supplenza giudiziaria, nel senso che la giurisprudenza, spesso, si deve far carico di colmare eventuali lacune della norma. Un tale meccanismo, però, reca con sé il rischio di interpretazioni e, quindi, applicazioni ai limiti delle opzioni fondamentali poste a base del funzionamento del sistema, in quanto non può escludersi il verificarsi di decisioni contrastanti o, addirittura, contraddittorie, proprio per la mancanza di precise disposizioni in grado di porsi con caratteristiche di inderogabilità e di cogenza. Un rischio, questo, assai frequente poiché "la supplenza giudiziaria non è più una stagione storica, ma una categoria dello spirito legislativo".[19]

4. Per una razionalizzazione della tecnica legislativa

Alla luce delle, seppur brevi, riflessioni sin qui svolte, si può cercare di prospettare alcuni parametri che devono guidare il legislatore al momento della creazione della norma. Non pare sussistano dubbi che il futuro di una 'buona' legislazione vada rinvenuto nel passato. E, infatti, basta che il legislatore segua le indicazioni illuministiche svolte da Filangieri[20] quando metteva in guardia sui rischi di una legislazione poco chiara: "La legislazione, non altrimenti che tutte le altre facoltà, deve avere le sue regole; e i suoi errori sono sempre i più gravi flagelli delle nazioni"; e ancora, "un errore di legislazione può produrre l'infelicità di un secolo, e può preparare quella dei secoli avvenire".

18. Cfr. BECCARIA. *De' delitti e delle pene.* A cura di G.D. PISAPIA. Milano, 1973, p. 18.

19. Cfr. PADOVANI. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 425.

20. Per quanto concerne il linguaggio utilizzato dal legislatore, restano fondamentali le riflessioni svolte da FILANGIERI, nel Libro I "Delle regole generali della scienza legislativa" che apre *La scienza della legislazione* (1780-1788), rist. Roma, 1984, pp. 51-52.

Nella stessa ottica, conservano intatta attualità, le lucide considerazioni di Cesare Beccaria, espresse nel capitolo XLI "Come si prevengono i delitti": "Volete prevenire i delitti? fate che le leggi siano chiare, semplici, e che tutta la forza della nazione sia condensata a difenderle, e nessuna parte di essa sia impiegata a distruggerle".[21]

Ed allora, è opportuno che il legislatore utilizzi, – nella descrizione del tipo criminoso – formule legislative chiare, univoche ed immediatamente comprensibili; prive di oscillazioni tra estremi tecnicismi ed ingenuità lessicali, come previsto dal principio di tassatività/determinatezza della fattispecie. Tutto ciò implica una rinuncia a metodologie di tipo casistico, con ovvie implicazioni di ordine interpretativo-applicativo.

Come accennato in precedenza, la precisa e pronta conoscibilità del comportamento vietato è presupposto irrinunciabile per il perseguimento delle finalità della pena costituzionalmente previste. Un precetto formulato con caratteristiche di chiarezza e semplicità, oltre a salvaguardare le esigenze di certezza del diritto, unitamente a quelle sottese al principio di stretta legalità e di uguaglianza, evita che tra i cittadini si diffondino tendenze tese a giustificare le violazioni di legge dietro la pretestuosa considerazione della impenetrabile oscurità della norma.

Inoltre, è noto, il pieno rispetto del canone della tassatività/determinatezza si ripercuote, positivamente, anche, sulla certezza del diritto, in quanto limita – attraverso la restrizione dei margini di discrezionalità giudiziaria[22] – il rischio di decisioni contrastanti o, addirittura, contraddittorie.

Del resto, è già stato limpidamente sostenuto, la norma penale, qualunque essa sia, "tradisce la propria vocazione quando non riesce a rendersi leggibile dai

21. C. BECCARIA. *De' delitti e delle pene.*, cit., p. 128.

22. In proposito, cfr. ROXIN. *Politica criminale e sistema del diritto penale.* (2. ed. Berlin/New York, 1973). Trad. it., Napoli, 1986, p. 40 e s.; Id., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bad. I, 2. ed. München, 1994.

suoi destinatari".[23] Ciò implica, dunque, l'uso di una terminologia spiccatamente penalistica, che è poi il linguaggio del senso comune rispetto a formule estremamente tecniche,[24] tutto ciò giova al prestigio della norma indipendentemente dalla sua collocazione nel codice o nella legislazione speciale.

Il rispetto del principio di tassatività-determinatezza e, quindi, il ripudio di locuzioni vaghe e generiche, così come formule incomprensibili, si pone come momento essenziale nella strutturazione dell'illecito e interagisce con tutte le categorie dommatiche del reato.

Com'è stato puntualmente evidenziato,[25] i fondamentali principi dello stato di diritto implicano necessariamente un modello di incriminazione con la definizione di regole di condotta che, facilmente comprensibili dai consociati, siano al tempo stesso facili oggetto di prova sul piano della verifica giudiziaria.[26] Si tratta, cioè, di dare concretezza all'impostazione feuerbachiana – di estrema attualità nonostante i quasi due secoli trascorsi – secondo cui il legislatore non può sottoporre a pena ciò che nella realtà non può essere completamente provato.[27]

L'utilizzazione di locuzioni generiche o indeterminate se, per il legislatore appare giustificabile nella misura in cui amplia le possibilità applicative della norma e, quindi, consente un maggior ambito di azione, presenta il grave inconveniente di demandare alla giurisprudenza il non facile compito di delineare la reale portata di fattispecie che presentano un pericoloso sfasamento tra condotta ed evento.

A mio avviso, le condivisibili esigenze di contrastare il fenomeno della criminalità, non possono essere perseguite attraverso aggiramenti dei principi

23. Cfr. PEDRAZZI. *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 25.

24. In proposito cfr. MOCCIA. *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 282.

25. Cfr. MOCCIA. *La promessa*, cit. p. 52 e ss.

26. Sul tema, fondamentale VOLK. *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*. Konstanz, 1980, p. 29 e ss.

27. Cfr. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts, I Teil*, Erfurt, 1799, p. 12 e ss.

fondamentali, che permeano il diritto penale del fatto in uno stato di diritto. In altri termini, l'intervento penale, avulso dai criteri del diritto penale di derivazione costituzionale, seppur attivato per assicurare una più accentuata tutela agli interessi ordinamentali dello Stato, si rivela alla lunga un rimedio peggiore del male.

Le eventuali difficoltà, derivanti dalle peculiarità di alcuni settori – economico, ambientale, tributario, ordine pubblico – non possono essere superate ricorrendo a restrizioni del principio di legalità del reato e delle pene. Costruire le leggi secondo peculiari modulazioni, che si spingono a confinare in ambiti più o meno ristretti la portata dei principi costituzionali ha sempre dato vita ad un rischio che l'unitarietà del sistema non può correre.

La previsione normativa, in linea con i principi costituzionali, deve essere redatta in modo tale che sia facilmente conoscibile dai consociati; in questo senso essa riesce a far convivere esigenze di effettività e principi costituzionali. Come è stato già sostenuto, con la solita, mirabile, lucidità, da un insigne Maestro, non si vince la battaglia contro le organizzazioni criminose – il riferimento era espressamente dedicato alla mafia, ma l'affermazione, può essere, a mio avviso, estesa alla questione criminale, in genere – "se non con una fedeltà intransigente alla legalità costituzionale".[28]

28. Cfr. BARATTA. Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale. *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali.* A cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998, p. 113.

A prisão pós-disciplinar*

Gilles Chantraine
Pesquisador do CESDIP-CNRS (França).

Sumário: 1. Introdução – 2. Os direitos dos detentos e o paradoxo da legitimidade da instituição – 3. Segurança ativa, liderança e ordem comunicacional – 4. Risco(s): classificação dos estabelecimentos e conhecimento técnico psicosocial – 5. O "sistema bombom" ou a instrumentalização intensificada das relações sociais em detenção – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

Resumo: Este artigo, que se baseia em pesquisa de campo realizada junto a três penitenciárias canadenses, analisa os laços que unem quatro dimensões principais da economia relacional na detenção: a promoção dos direitos dos detentos, a trilogia segurança ativa – liderança – ordem comunicacional, os usos do fator "risco" na detenção, e o sistema de privilégios. A coerência estratégica dessas diferentes dimensões é reconstituída com o auxílio do conceito de governamentalização da instituição, permitindo que se compreenda a reconfiguração dos modos de exercício de poder no ambiente de detenção, que se segue ao processo denominado "destotalitarização" das prisões. Essa perspectiva coloca em evidência um modo de gestão carcerária "pós-disciplinar", o qual, ao mesmo passo em que representa uma significativa inflexão do projeto punitivo descrito por Michel Foucault em *Vigiar e Punir*, também mostra a acuidade das primeiras inspirações do

* Tradução de Celso Eduardo Faria Coracini, mestre (Universidade de São Paulo) e doutorando (Universidade de Viena). O autor e o tradutor agradecem calorosamente Mariana Possas e José Roberto Xavier pela revisão crítica da presente tradução. O presente texto foi publicado em francês: La prison post-disciplinaire. *Déviance et société*, n. 3, 2006.

filósofo: a prisão permanece o espelho da liberdade moderna e das sujeições que se realizam em seu nome.

Abstract: This article is based on a qualitative empirical research conduced in three Canadian penitentiaries. Four significant dimensions of the relational economy in detention are analysed: the promotion of prisoners' rights, the interrelation between active security, leadership and communicational order, the uses of "risk" in detention, and the prison's privileges system. The coherence between these different dimensions rests on the concept of governmentalization. This concept allows us to capture the reconfiguration of power resulting from the "de-totalitarization" of prison. Such an approach sheds light on a "post-disciplinary" prison model that constitutes a significant shift in the punishment project described by Michel Foucault in *Discipline and Punish*. The post-disciplinary prison model nevertheless shows the perspicacity and soundness of the philosopher's initial inspirations: prison endures as the mirror of the subjectification performed in the name of modern freedom.

Palavras-chave: Prisão – Governamentalidade – Disciplina – Poder – Relações carcerárias – Liderança – Riscos.

Key words: Prison – Governmentality – Discipline – Power – Carceral relationships – Leadership – Risk.

> *To be free [during the nineteenth and early twentieth centuries], in this modern sense, is to be attached to a polity where certain civilized modes of conducting one's existence are identified as normal, and simultaneously to be bound to those "engineers of the human soul" who will define the norm and tutor individuals as to the ways of living that will accomplish normality (...) [Now], freedom is seen as autonomy, the capacity to realise one's desires in one's secular life, to fulfil one's potential through one's own endeavours, to determine the course of one's existence through acts of choice* – N. Rose, 1999, p. 76-84.

1. Introdução

Os observadores do sistema penal já muito buscaram descrever e interpretar a pesada inércia histórica das instituições carcerárias. Tratava-se de mostrar como as reformas carcerárias permanecem encerradas, retomando a expressão de A. Pires, no "vidro de moscas" de uma *racionalidade penal moderna* capturada como um sistema de pensamento fechado, cuja base se construiu no fim do século XVIII, e que possui a capacidade de naturalizar a estrutura normativa das leis penais e suas práticas institucionais.[1] A revelação desse sistema de pensamento permite prolongar, com Foucault, a decifração do regime de penalidade moderna e elucidar em um nível de análise mais amplo o paradoxo segundo o qual as reformas carcerárias participam de modo paradoxal da reprodução do sistema, porque elas partilham implícita ou explicitamente a racionalidade e os "impensados".

Pesquisadores ilustres não hesitaram em opor a essa "visão da inércia" uma visão de mudança e ruptura. Os discursos e práticas penais hodiernas traduziriam o progressivo surgimento de uma nova penologia não mais orientada para os indivíduos e sua transformação (a qual caracterizava a "velha penologia" correcionalista), e sim para a gestão eficaz de populações. Esta nova penologia estaria menos interessada na responsabilidade, na falta moral, no diagnóstico, na intervenção e no tratamento do delinqüente, e mais em sua identificação, classificação, categorização e gestão, na medida em que esse delinqüente é designado como pertencente a um grupo perigoso ou indesejável: "de risco" (Feeley, Simon, 1992). A prisão constituiria assim o último elo de um circuito de exclusão determinado por uma justiça atuarial [NT1] de gestão de riscos, voltada para aqueles que não mais se procura reintegrar nos *circuitos de inclusão*. Por caminhos paralelos, Z.

1. V. Pires, 1998.

NT1 A justiça dita atuarial é aquela que se equipa, ao mesmo tempo nos âmbitos da prevenção, do prognóstico e do tratamento do crime, de métodos estatísticos de cálculo dos riscos, importados dos campos das finanças e do seguro.

Bauman considera que nós já estamos dentro de uma era carcerária pós-correcionalista (Bauman, 2000). A utopia penitenciária, anuncia Bauman, não seria mais o *Panóptico*, lugar de visibilidade, transparência e vigilância que tanto inspirou M. Foucault, mas antes *Pelican Bay* (Califórnia), prisão quase inteiramente automatizada, concebida para reduzir ao máximo os contatos entre detentos e as aberturas para o exterior, sem atividade ou distração; um puro instrumento de neutralização.

Se essas considerações abriram o espaço de reflexão de maneira notável, sabe-se agora que não somente as técnicas atuariais não constituíram a única alternativa à penologia correcionalista, mas que a própria mutação foi amplamente superestimada (O'Malley, 2004, cap. VII). Deslocar o cursor teórico é uma coisa, fazê-lo girar 180 graus é outra. Por outro lado, se Pelican Bay, e de modo geral o conjunto de estabelecimentos de segurança super-máxima (os "*supermax*"), encarnam certamente os aspectos mais regressivos[2] dessa racionalidade e podem efetivamente ser erigidos em ideais-tipo de uma governamentalidade carcerária específica, esse ideal-tipo não permite que se observe com a agudeza necessária as transformações contemporâneas mais maciças e talvez mais significativas de numerosos sistemas carcerários contemporâneos.

A descrição do modelo que escolhi chamar "pós-disciplinar" busca amenizar ao menos parcialmente essa lacuna. A varredura analítica que proporei se situa empiricamente e se baseia na observação de penitenciárias federais canadenses de nível de segurança considerada "média". Entretanto, a extensão desse modelo – e, em conseqüência, o interesse sociológico de sua descrição – ultrapassa o quadro canadense: numerosos novos estabelecimentos[3] e diversas reformas ou projetos de reformas penitenciárias[4] tendem potencialmente a esse tipo de gestão; em outros termos, o modelo pós-disciplinar de certas penitenciárias canadenses oferece ao observador o espelho de um futuro possível para as prisões européias.

2. Sobre a "regressão" como tipo específico de mudança evolutiva no seio do sistema penal, v. Cauchie, 2005.

3. V. Robinson; Robinson, 2004, p. 589.

4. V., por exemplo, a recente adoção das novas regras penitenciárias pelo Conselho da Europa.

Esse modelo deve ser compreendido como uma configuração histórica específica e contingente, mas ainda assim pregnante, das instituições carcerárias modernas. Ele é produto, no âmbito de uma racionalidade penal específica, do entrelaçamento profundamente enraizado de uma linha histórica – uma dialética correção-segurança, nomeadamente o afastamento dinâmico entre o projeto punitivo e a realização concreta da internação – e de linhas de força emergentes, de que é sem dúvida mais prudente, mais modesto e mais verdadeiro afirmar nossa incapacidade atual de predizer se elas prefiguram um dispositivo penitenciário cuja coerência estratégica acabará por suplantar o modelo disciplinar. Enquanto se aguarda o distanciamento histórico necessário para a redução das incertezas, duas coisas parecem desde logo adquiridas: o projeto disciplinar está longe de estar esgotado ou ultrapassado, mas certas evoluções atuais não podem mais ser diretamente pensadas em sua filiação estrita. É essa dupla aquisição e essas incertezas que me fazem reter a expressão de prisão pós-disciplinar, a exemplo de R. Castel em outro contexto (Castel, 1981).

O enraizamento da análise em uma perspectiva teórica governamentalista deve permitir enriquecer a análise de um processo abordado até aqui de modo demasiado parcial nos termos da "des-totalitarização" da instituição, colocando em evidência a reconfiguração e a maior complexidade dos modos de exercício do poder – *i.e.* de orientação de comportamentos – que acompanhou (e que de certa maneira *caracteriza*) essa des-totalitarização. O desafio constituirá, com efeito, em descrever como, na detenção, as relações de soberania (partilha do legal e do proibido, capacidade de infligir autoritariamente sanções, quadro de segurança *stricto sensu* do estabelecimento) e de disciplina (técnicas de vigilância e de normalização: *uma boa disciplina é o que lhe diz, a cada instante, o que deve fazer* (Foucault, 2994 [1978], 48)) são re-problematizadas e sua complexidade aprofundada por um conjunto polimorfo de táticas "governamentais".[5]

5. V. também Frigon Sylvie, Robert Dominique. La santé comme mirage des transformations carcérales *Déviance et société*, n. 3, 2006.

Tomando como ponto de partida esse enraizamento, procuro desse modo reguarnecer uma reflexão hoje mergulhada na incerteza crítica: descarregada progressivamente e parcialmente de um de seus alvos tradicionais (o poder soberano da instituição sobre os sujeitos reclusos), ela experimenta as maiores dificuldades para caracterizar de um ponto de vista sociopolítico as transformações "progressistas" *e* neoliberais das instituições carcerárias, nas quais ela identifica inúmeros efeitos perversos sem nem por isso em nada desaprovar a configuração precedente. É no quadro dessa urgência sociopolítica e nesse contexto de lutas e reformas que me pareceu oportuno esboçar um quadro analítico muito geral dessa configuração, e decidir desenvolver apenas ulteriormente cada um dos aspectos que estruturam essa configuração, arrimando-os ainda mais aos relatos de práticas e experiências individuais.[6]

A apresentação dos objetivos, normas de comportamento e concepções da segurança dos estabelecimentos, próprios aos três estabelecimentos de segurança considerada "média" estudados, oferece uma boa introdução para se apreender a complexidade dessa governamentalidade penitenciária pós-disciplinar:

– Objetivos: *Os estabelecimentos de segurança média* i) *devem assegurar a custódia dos detentos que representem um risco para a coletividade, em um ambiente que favoreça e que coloque à prova comportamentos responsáveis e aceitáveis em sociedade, limitando de maneira moderada a liberdade de movimento, as possibilidades de associação e os privilégios desfrutados pelos detentos;* ii) *devem favorecer a execução de uma série de atividades e programas concebidos para encorajar os detentos a manter um comportamento responsável dentro dos limites de um ambiente controlado.*

– Normas de comportamento: *Os detentos de nível de segurança média deveriam* i) *demonstrar que têm a vontade e a capacidade de manter relações eficazes com*

6. Além dos documentos oficiais analisados, esta reflexão resulta efetivamente de um trabalho de campo realizado em três penitenciárias federais canadenses de nível de segurança média. Esse material empírico se constitui de 23 entrevistas semi-dirigidas realizadas com os "líderes" detentos, assim como de um conjunto de discussões formais e informais conduzidas com os funcionários do serviço penitenciário, inserindo-se em um trabalho de observação *in situ*.

outros, individualmente e em grupos moderadamente estruturados, submetendo-se ao mesmo passo a uma vigilância periódica e freqüentemente direta; ii) *deixar transparecer seu interesse e sua participação ativa em um programa concebido em função de suas necessidades individuais, e sobretudo tomando parte em atividades que poderiam conduzi-los à colocação em um ambiente menos estruturado e, ao final, à reinserção na coletividade.*

– Segurança: *O perímetro de um estabelecimento de segurança média é bem definido, seguro e controlado. Os deslocamentos e as possibilidades de associação dos detentos são regulamentados e, em geral, vigiados. Ainda que armas possam ser guardadas no estabelecimento, elas não devem ser normalmente exibidas no interior do perímetro.*[7]

Manter indivíduos que oferecem riscos, pôr à prova seus comportamentos, responsabilizá-los e torná-los aceitáveis, permitir que se associem moderadamente, motivá-los, vigiá-los, fazê-los participar ativamente, responder às suas necessidades, reinseri-los, garantir sua segurança, controlá-los... Esse simples esquema descritivo objetivos-normas-segurança já permite que se entreveja a densidade sociológica do *estilo governamental* que hoje caracteriza esse tipo de estabelecimento. Para analisar tal estilo, não será o caso de apreender esse estabelecimento intermediário como um estabelecimento de finalidades contraditórias, cuja estrutura seria esquartejada entre uma missão de reinserção e de reabilitação de um lado, e uma missão voltada à segurança de outro, mas, ao contrário, será preciso buscar compreender como esse aparente "esquartejamento" se reveste de uma relativa coerência estratégica e se inscreve de maneira específica no *continuum* securitário – estabelecimentos de segurança mínima, média, máxima, unidades especiais de detenção – que caracteriza a classificação dos estabelecimentos pelos serviços correcionais canadenses, baseada em um sistema de gestão dos "riscos" e da "periculosidade". Do mesmo modo, se os indivíduos reclusos nesse tipo de estabelecimento são simultaneamente tomados como indivíduos "perigosos", "em perigo", "carentes", "de risco", a serem "incitados" e "responsabilizados", não se-

7. Serviço correcional do Canadá, « Classification des établissements », 2004, http://www.csc-scc.gc.ca/text/plcy/cdshtm/006-cde_f.shtml.

rão as contradições dessas facetas múltiplas a serem indicadas, mas ao contrário sua construção inicial em um processo de sujeição – de constituição de um sujeito – específico no âmbito de uma governamentalidade particular.

Sublinhemos, por outro lado, que falar em "configuração" e em "montagem" significa que certos aspectos da configuração podem muito bem ser encontrados em outros tipos de organização – é o caso, para tomar apenas um exemplo, da importância da comunicação em detenção no modelo geral de gestão chamada "participativa" –, e que é portanto antes de mais nada o conjunto de *laços* específicos a unir esses diferentes aspectos que constitui a singularidade da configuração descrita. Guardando isso em mente, proponho organizar a descrição dessa configuração ao redor de quatro temas: i) os direitos dos detentos e o paradoxo da legitimidade da instituição; ii) a segurança ativa, a liderança e a ordem comunicacional; iii) os usos do "risco": classificação dos estabelecimentos e conhecimento técnico psicosocial; enfim, iv) o sistema dos privilégios, denominado no jargão penitenciário quebequense, o "sistema *bombom*", ou a instrumentalização intensificada das relações sociais em detenção.

2. Os direitos dos detentos e o paradoxo da legitimidade da instituição

A emergência do modelo pós-disciplinar no Canadá seguiu-se à onda crítica que se abateu sobre os serviços correcionais durante os anos 1970. A promoção dos direitos dos detentos, discurso fundado não na melhoria das condições de detenção mas nos "direitos dos detentos enquanto cidadãos", constitui um motor importante desse processo.[8]

Esse processo constitui uma história de duas faces: a de "colocar à prova" a prisão pela sociedade civil, para retomar a expressão de G. Salle; e a outra, de

8. Esse reconhecimento foi plenamente concretizado na Lei sobre o sistema correcional e a liberdade condicional *(Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition)*, em vigor desde 1992.

uma atividade de refundação ativa de sua legitimidade por meio da adaptação e da incorporação da crítica ao funcionamento da instituição (Salle, 2004). Por um lado, a denúncia da ilegalidade da detenção volta contra o Estado o instrumento jurídico que compõe sua própria substância: um enquadramento público da mobilização, em termos do respeito aos direitos e do controle jurídico imposto à ação do Estado, revela esta última como sendo opaca e arbitrária.[9] Por outro lado, o dispositivo de internamento vê-se, então, obrigado a incluir a crítica jurídica em seu próprio funcionamento. O impulso exercido pelos direitos e, sobretudo, a abertura de canais para reclamações externas e o reforço de instâncias externas de controle constituem progressivamente uma ferramenta de proteção contra os abusos de poder por parte de uma administração doravante menos soberana. Eis aí uma real novidade. Em contrapartida, esse impulso constitui o meio de a instituição integrar, domesticar e sobreviver a essa atividade democrática de contestação.

Em poucas palavras, a ascensão dos direitos dos detentos é o produto da atividade militante de atores que mobilizaram uma retórica que vai parcialmente contra a racionalidade dominante do sistema (o detento-enquanto-cidadão que entra em conluio com a oposição entre o "criminoso" e as "pessoas honestas", *prática divisora*[10] típica dessa racionalidade), mas esse conluio discursivo operou-se no próprio interior de um espaço de ataque-defesa, configuração encarnada dessa mesma racionalidade. N. Fisher, em contexto similar, terá encontrado a expressão: a manuseabilidade dos corpos associa-se doravante com a garantia dos direitos (Fisher, 2004).

Além disso, essa garantia permanece relativa: amplos leques de direitos promovidos no interior desse quadro carcerário-securitário permanecem ainda

9. Apóio-me, por analogia, nos recursos teóricos mobilisados por Fisher (2004) para captar as transformações da zona de retenção de Arenc na França (N.T.: em que pessoas em trânsito ficam detidas em caso de imigração ilegal, ou enquanto aguardam resposta a solicitações de asilo). A abordagem de Lemonde e Landreville (2002) permite reconstituir, para o caso canadense, as etapas dessa avaliação empírica.

10. Foucault, 2001 [1982], p. 1042.

submetidos e condicionados a esse quadro de segurança, constituindo assim um *recurso* para a antecipação, a orientação e o controle das condutas. Tomemos, por exemplo, o caso das visitas familiares íntimas, colocadas em prática em 1980. Anunciando a idéia de que o detento deve manter o conjunto de seus direitos exceto o de ir-e-vir, as visitas familiares íntimas são fruto direto do movimento de promoção dos direitos dos detentos. A análise de seu funcionamento deixa transparecer a existência de "vales"[11] que permitem constituir esse direito em instrumento de governo e integrá-lo ao arsenal tático necessário para a produção da ordem. Com efeito, para além das desigualdades inerentes ao dispositivo, o acesso às visitas íntimas está condicionado ao bom comportamento institucional. Uma medida disciplinar, tal como condenação a um período de isolamento disciplinar ou transferência a outro estabelecimento, suprime automaticamente o acesso concreto ao programa de visitas íntimas (Vacheret, 2005). O direito de visita constitui assim o privilégio daqueles que foram julgados pelos membros dos serviços correcionais como inofensivos para a segurança do estabelecimento. O "vale-direito" permite assim reintegrar a visita familiar privada ao jogo das negociações quotidianas que caracterizam a detenção: privilégios concedidos aos detentos-líderes produtores de ordem,[12] jogo de penas e recompensas que caracteriza o "sistema bombom" – fenômenos descritos adiante neste artigo.

De modo mais global, se estamos realmente na quarta fase evolutiva das prisões descrita por Stastny e Tyrnauer, caracterizada por uma nova diversidade e um pluralismo indubitável (detentos, vigias, educadores, agentes de liberdade condicional, pesquisadores, meios de comunicação, associações militantes pelo respeito dos direitos humanos, representantes das comunidades autóctones, advogados, psicólogos, médicos, investigador correcional etc.), é precisamente essa

11. No sentido atribuído por Lascoumes, Le Bouhris, 1996.

12. Para um exame caricatural, v. o *Rapport du comité d'enquête sur l'examen de certaines politiques internes et pratiques de gestion à l'établissement Leclerc, Service correctionnel du Canada*, bem como sua denúncia por Bernheim, 2003, p. 70.

adaptação a seu ambiente e essa governamentalização da instituição que lhe permitiram conservar intacto seu princípio estrutural de segurança e sua vocação primeira: encerrar pessoas. A emergência do modelo pós-disciplinar é assim correlata de um movimento de abertura, de aumento de complexidade da vida social e da multiplicação relativa dos atores sobre a cena carcerária através do qual a administração penitenciária *teve de ceder um pouco no exercício de sua força, sem deixar de assegurar para si um relativo domínio da intervenção desses atores* (Fisher, 2004), e logrou integrar a crítica de que foi objeto em um modelo de gestão carcerária renovado.

3. Segurança ativa, liderança e ordem comunicacional

As "conversações", ditas "inacabadas", de R. Wiebe,[13] antigo diretor de prisão e ator ativo das reformas que conduziram à emergência da organização pós-disciplinar, formam uma boa introdução para apreender o papel estratégico de uma liderança institucionalizada, na construção do que chamarei uma "ordem comunicacional". De modo mais global, elas evidenciam a emergência de uma nova modalidade de orientação de condutas na detenção, que vêm amenizar a falta de eficácia de um regime disciplinar que além disso implicava o emprego de métodos doravante ilegítimos no contexto da promoção dos direitos dos detentos. A emergência desse modelo é descrita por Wiebe menos como produto da vontade de democratizar o espaço carcerário do que como uma adaptação necessária da instituição – responder à crescente complexidade – e uma vontade de reformar eficazmente um modelo disciplinar cujos limites estão testados, tanto *intra muros* (rebeliões) como *extra muros* (taxa de criminalidade). Assim, o trecho abaixo oferece uma ilustração surpreendente da ascensão de um novo modelo carcerário intrinsecamente ligado ao reforço de uma forma específica de exercício do poder que Wiebe define como "a capacidade de influenciar" – utilizando assim, sem dúvida inconscientemente, um vocabulário muito próximo das conceitualizações

13. Serviço correcional do Canadá, http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/ronweibe/ronweibe_f.pdf.

foucaultianas – que se apóia em dois pilares mais tradicionais na prisão: a liderança e a comunicação.

"Parece que, durantes esses anos [desde o início da década de 1960], atrelava-se muita importância à profissionalização da função pública e à necessidade de afastá-la do modelo semi-militar que a havia caracterizado até então. (...) O sistema tinha natureza punitiva e, mesmo se algumas atividades podiam ser consideradas como programas, elas não exerciam uma grande importância no trabalho dos funcionários. (...) Tenho em minha posse a última correia utilizada na penitenciária da Columbia Britânica para aplicar reprimendas aos detentos. (...) O que as pessoas parecem esquecer é que esse gênero de tratamentos não reduzia sensivelmente a taxa de criminalidade. Havia muitas rebeliões e tomadas de reféns durante essa época – não era raro que houvesse a cada semana uma rebelião em um ou outro dos estabelecimentos (...).

Nosso comportamento e nossos métodos de trabalho mudaram consideravelmente. As organizações passaram de um modelo da autoridade a um modelo do poder. *Por "modelo da autoridade", entendo que a organização define quem possui o controle e quem possui a autoridade de fazer essa ou aquela coisa.* As pessoas agiam nos limites dessa autoridade, fazendo pouco caso das repercussões de suas decisões ou da influência que elas teriam. Mas à medida em que as organizações se tornavam bem mais complexas, *o modelo da autoridade perdia eficácia, e passamos a um modelo de poder. Entendo por "poder" a capacidade de influenciar.* Acredita-se muito pouco, para a gestão das organizações, no valor da autoridade como modo de mudar, organizar, modificar e influenciar os comportamentos para favorecer a realização dos objetivos organizacionais. O que se visa hoje é a credibilidade e a responsabilidade, que permitem influenciar a mudança na organização. Uma das conseqüências de tudo isso é o interesse que se demonstra atualmente na questão da liderança. (...) *A liderança é a capacidade de dirigir utilizando antes influência que autoridade.* O sistema de justiça penal teve dificuldades em modificar seus modos de gestão e de liderança porque o modelo da autoridade estava fortemen-

te implantado no sistema. Uma segunda mudança precisou conciliar interesses opostos, cessar de visar um único objetivo para gerir um conjunto complexo de interesses, freqüentemente opostos, tentar alcançar um equilíbrio e resolver os conflitos. (...) *Nos antigos modelos baseados na estrutura da autoridade, os conflitos eram habitualmente gerados pelas pessoas que se opunham à autoridade, qualquer que seja a razão. Era necessário impor toda sorte de medidas disciplinares para que as pessoas obedecessem à autoridade. Hoje, para gerir os conflitos é preciso reunir as pessoas de maneira que elas possam discutir, entrarem em acordo e chegarem a uma base comum.*"

(Wiebe, 2000, pp. 13-14 e pp. 35-36, grifos do autor).

A comunicação, já tomada como um "equivalente funcional do poder" e um suplemento de força necessário para a manutenção de um sistema estável de autoridade em 1960 por McCleery (1960), está, na organização pós-disciplinar, intrinsecamente ligada ao princípio da "segurança ativa". A segurança ativa tem por objetivo, com efeito, *otimizar a segurança do estabelecimento, dos funcionários, dos delinqüentes e do público partindo-se do ponto de vista das relações entre os funcionários e os delinqüentes, assim como pelas trocas de informações entres os funcionários.* Para tanto, *incumbe aos funcionários que trabalhem diretamente com os detentos sempre aprofundar seus conhecimentos sobre os delinqüentes por meio do estabelecimento de relações eficazes com eles, e assim reduzir a probabilidade de comportamentos inesperados da parte desses delinqüentes. A fim de assegurar uma compreensão bem embasada dos casos individuais, os funcionários devem trocar com seus colegas informações ou observações que lhes possam interessar sobre o comportamento dos delinqüentes.*[14] Essa segurança ativa distingue-se assim da abordagem não relacional da segurança estática, encarnada pelo dispositivo e pela organização paramilitares do estabelecimento, e não coincide de modo estrito com os princípios de vigilância que forjam os mecanismos disciplinares. Ela surge como um modo de produção da ordem sustentada mais pela vontade de influenciar, pela persuasão e pela comuni-

14. Serviço correcional do Canadá. La sécurité active, directive du commissaire, http://www.csc-scc.gc.ca/text/plcy/cdshtm/560-cde_f.shtml.

cação dos tipos de comportamentos conformes aos objetivos da instituição, do que pela vontade de impô-los pela força ou por medidas disciplinares. A novidade disso reside portanto no fato de que o que em outras configurações é fruto de uma negociação pragmática e informal da ordem – imbricação das relações de comunicação e das relações de poder – encontra-se hoje formalmente integrada a uma estratégia de governo por meio dos princípios de segurança ativa.

Esse processo de formalização caracteriza igualmente o funcionamento da liderança na prisão. Com efeito, oficializada em 1976 por uma diretiva do comissário das penitenciárias, a criação de comitês de detentos almejava constituir um meio de comunicação entre os detentos e os funcionários, a fim de melhorar o funcionamento dos programas e das atividades, e de estabelecer relações "harmoniosas" entre as diferentes partes. Ainda que cada penitenciária disponha de diretivas internas próprias quanto ao funcionamento desses comitês, uma trama comum as caracteriza. Lideranças institucionalizadas encarregadas de se colocar como intermediárias entre os prisioneiros e a administração, os comitês de detentos representam diferentes grupos de detentos (os "presos perpétuos", os grupos representativos de diferentes minorias culturais...); um comitê "população em geral" representa, por sua vez, o conjunto dos detentos. Representantes são eleitos no seio de cada grupo; em seguida, a administração verifica a "conformidade" dos eleitos tendo em vista os objetivos de segurança da instituição, antes da validação.

Os representantes dos comitês organizam atividades recreativas, como pequenos torneios esportivos ou "festas comunitárias" que permitem reunir as famílias em visita. Eles defendem os interesses de seus grupos e procuram resolver problemas individuais: aquele que quer trocar de cela, aquele estigmatizado por rumores, aquele que se encontra deprimido, aquele que, endividado, corre o risco de *não mais ser aceito na detenção* e de sofrer represálias que o obrigariam a solicitar transferência a outra prisão etc. Eles transmitem à administração informações sobre tensões na detenção, aos detentos as instruções da administração sobre os limites de tolerância a não serem transpostos, comunicados referentes

aos pequenos arranjos necessários à vida cotidiana. Na condição de intermediários, esses representantes participam da resolução dos conflitos entre detentos, bem como entre detentos e vigias. Assim, os "bons líderes" são descritos (tanto por membros da administração como por detentos, sejam líderes ou não) como um dos alicerces essenciais da estabilidade de um estabelecimento (*se eles têm o poder, é porque nós temos o controle, nós sabemos disso, eles também*). O bom líder é aquele que possui experiência, reputação, redes de relações sociais, um *background*, que respeita os outros na interação, que sabe escutar, mostra boa oratória, aconselha-se com os "mais antigos". Nem tanto "pró-detento", nem tanto "pró-administração", o bom líder é um equilibrista cuja arte é primeiramente uma arte comunicacional. Sob pena de perder seu *status*, ele deve fornecer informações à administração sem passar por "delator", assim como deve transmitir as instruções da administração sem que os detentos tenham a sensação ou dêem a impressão de trair uma cultura carcerária "anti-administração" ao seguir essas instruções. Em poucas palavras, os comitês de detentos, intermediários essenciais entre a administração penitenciária e a população reclusa, constituem um verdadeiro motor da ordem comunicacional e da concretização dos princípios de segurança ativa.

Os comitês de detentos são, portanto, atores centrais de uma prisão governamentalizada: encarregados de pacificar o estabelecimento, de evitar o confronto esvaziando potenciais conflitos, deslizes, transbordamentos, eles mantêm a prisão governável. Descrever tal realidade nesses termos não significa negar a multiplicidade das lutas por influência nem a heterogeneidade das resistências que compõem a complexidade da vida em detenção; ao contrário, eles permitem observar com maior acuidade as conseqüências do quadro formalista que estrutura doravante os papéis e os *status* de cada um; o exercício concreto dos contra-poderes, notadamente por meio da negociação hábil e da concessão de privilégios coletivos – negociação que pode se apoiar, quando a configuração tática lhe é propícia, na ameaça de queixa e na reivindicação de "respeitos pelos direitos" –, não constitui limite ao exercício do poder governamental, sendo a ele condição

imanente; tanto o poder governamental como os contra-poderes (formais e informais, múltiplos, heterogêneos e fragmentados) são caracterizados por um efeito de desencadeamento recíproco.[15]

4. Risco(s): classificação dos estabelecimentos e conhecimento técnico psicosocial

A prisão se apresenta estruturalmente como uma fortaleza que, ao invés de ser construída nas fronteiras e destinada a defender-se de um inimigo oriundo do exterior, está entranhada no tecido sociopolítico assim como no espaço, e visa "o inimigo do interior", encerrado entre muros de onde não deve sair enquanto a justiça não haja decidido de outra maneira (Chauvenet, 1998). No plano interno, a esse dispositivo de ataque-defesa se soma, como vimos há pouco, em uma segurança "ativa" com modalidades específicas.

Esse dispositivo é igualmente completado por outra forma de trazer segurança que não mais caracteriza um estabelecimento particular, mas o *continuum* de segurança das penitenciárias federais canadenses. Esse *continuum* é sustentado pela produção de saberes individualizados sobre os "riscos" que cada membro de uma população carcerária representa, produção que deve assegurar uma circulação fluida e controlada dos detentos de um tipo de estabelecimento a outro. Com efeito, nesse sistema os detentos, reclusos em uma unidade especial de detenção, deverão, *por seu comportamento, demonstrar capacidade e vontade de seguir um plano de um programa concebido para conduzir sua colocação em ambiente de segurança máxima*; os detentos em estabelecimento de segurança máxima deverão, *por sua participação, demonstrar sua aceitação do plano de um programa concebido para responder a suas necessidades pessoais, e particularmente de atividades que poderiam conduzi-los a uma colocação em ambiente menos estruturado*, e assim

15. V. as preciosas reflexões de Foucault (2001 [1982]) sobre a imanência recíproca do poder governamental e das formas de lutas e de resistências.

por diante.[16] (...) O papel e o poder dos psicoespecialistas que operam no seio dos serviços correcionais são absolutamente primordiais: a avaliação dos riscos de reincidência dos detentos por especialistas determina o estabelecimento em que o detento começará a cumprir sua pena, e a participação "ativa" em programas terapêuticos condiciona, de um lado, o acesso a um estabelecimento de nível de segurança inferior, assim como a concessão de liberdades condicionais.[17]

Analisando os saberes e as intervenções voltadas para combater o "risco de reincidência" no seio das penitenciárias canadenses, os trabalhos de K. Hannah-Moffat (2005) colocam em evidência a fluidez e a flexibilidade dos saberes-riscos, capazes de inscrever-se em uma multiplicidade de estratégias penais e correcionais. Assim, o autor descreve um modelo correcionalista neoliberal que se apóia sobre um conjunto de concepções técnico-científicas acerca do risco propício às intervenções psicoterápicas determinadas.

Com efeito, Hannah-Moffat descreve como o alinhamento do "risco" de reincidência com as "necessidades" dos prisioneiros que requerem uma intervenção psicosocial, contribui na formação de um "sujeito de risco evolutivo" (*transformative risk subject*): a contenção assegurada dos riscos apóia-se agora em uma avaliação "eficaz e racional" das "necessidades". A hibridação dos riscos e das necessidades opera-se por um processo tríplice. Primeiramente, apenas as necessidades associadas aos atributos dinâmicos individuais, suscetíveis de modificar a probabilidade e o risco de reincidência são tomadas em conta. As necessidades "não-criminógenas" ou exteriores ao indivíduo (tais como, por exemplo, os mecanismos estruturais de produção da pobreza...) são portanto consideradas como de menor prioridade ou tão simplesmente fora do campo de intervenção. Em seguida, essas necessidades são definidas em função da oferta institucional de programas dirigidos já existentes (luta contra as dependências, a violência, o

16. Serviço correcional do Canadá. Classification des établissements, 2004, http://www.csc-scc.gc.ca/text/plcy/cdshtm/006-cde_f.shtml.

17. V. Vacheret, Cousinneau, 2005.

reforço da auto-estima etc.). Os detentos são então excluídos do processo de definição de suas próprias necessidades, para tornar-se tão somente destinatários de programas predefinidos e dirigidos, que deixam escapar todo um conjunto de dados avaliados como não pertinentes para a intervenção. Enfim, as técnicas correcionais para a definição de risco, antes de mais nada, são autorizadas e legitimadas pela ciência, no sentido de que elas derivam de um saber estatístico sobre variáveis próprias a uma população. Deste modo, uma necessidade propícia à intervenção não é forçosamente uma necessidade percebida enquanto tal pela pessoa interessada, mas antes a característica que um indivíduo partilha com uma população que foi identificada como estatisticamente associada à reincidência.[18] Em outros termos, a mobilização maciça da ferramenta-risco no domínio do conhecimento técnico psicosocial dos detentos se efetua por meio de um entrelaçamento dos saberes clínicos "clássicos" com um conjunto de saberes e técnicas especializadas de avaliação e gestão dos riscos criminógenos *no seio dos quais os indivíduos concretos são decompostos segundo este ou aquele objetivo definido no quadro de uma programação administrativa, e recompostos em fluxos de população abstratos* (Castel, 1981, 202).

Os programas psicosociais baseados na hibridação dos riscos e necessidades inscrevem-se, assim, em uma configuração que não mais partilha, estritamente, do projeto disciplinar. Um importante aspecto desses saberes e técnicas consiste, com efeito, no fato de que esses programas dirigidos e "adaptados" às "necessidades" do preso propõem-se sempre à criação de um sujeito normativamente disciplinado, mas sobretudo que essa disciplina implica doravante a construção de um gestor prudente de seus riscos/necessidades, responsável e capaz de identificar suas fontes de riscos, seus recursos e as situações que podem produzir um comportamento criminoso (O'Malley, 1992). O processo de responsabilização que assim se opera não se fundamenta prioritariamente nas noções de causa ou de culpa. Situa-se, antes, no pólo "motivacional", um pólo que se baseia em valores

18. Ver também Cliquenois Gaëtan. Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises?, *Déviance et Société*, n. 3, 2006.

psicológicos individuais: a iniciativa pessoal, a implicação individual (Digneffe *et al.*, 2002, p. 123; Cauchie, Chantraine, 2005). Em suma, o meio (*medium*) da disciplina já não é mais tanto, como havia escrito Foucault, uma anatomia política do corpo, mas cada vez mais (a injunção de) a autonomia, concebida como o eixo a partir do qual o preso passaria a compartilhar os objetivos dos programas e dos especialistas técnicos. O poder do especialista não se exerce de maneira negativa e repressiva, mas de maneira incitativa, e a grande força dessa modalidade de exercício do poder deve-se ao fato de que seu caráter arbitrário é muito mais difícil de ser estabelecido, já que ele se auto-institui e se auto-legitima não mais sobre o imperativo da ordem, mas sobre um saber validado "cientificamente".

5. O "sistema bombom" ou a instrumentalização intensificada das relações sociais em detenção

Historiadores e sociólogos insistiram muito na defasagem entre o "programa" disciplinar moderno decifrado por Foucault e a organização concreta da vida cotidiana na prisão. Longe de ser organizado ao redor de um único princípio disciplinar e igualmente longe do exercício de uma violência física liberada de qualquer objeção, o imperativo de segurança impõe à administração penitenciária e a seus agentes uma gestão pragmática da vida cotidiana: *no dia-a-dia ela negocia, reprime, privilegia, instrumentaliza, oprime, sanciona, e recompensa os detentos, a fim de minimizar a desordem em detenção* (Chantraine, 2004). A ordem carcerária surge, assim, como um equilíbrio instável em perpétua reconfiguração, produto de uma dupla necessidade: para os vigias, de realizar sua missão de guarda limitando os problemas, sendo que a melhor solução normalmente consiste em "oferecer lastro" sob a forma de tolerâncias informais; e, para os detentos, de melhorar seu cotidiano e de modo mais geral de organizar uma vida social a partir das lacunas do regulamento, de acordo com um *continuum* clandestinidade-tolerância com relação aos vigias. É a partir dessa dupla necessidade que se pode observar

um sistema complexo de privilégios, que serve ao mesmo tempo como ferramenta de pacificação e de estabilização das relações no âmbito da prisão, condição *sine qua non* para a cooperação dos detentos e para sua participação em sua própria sujeição, e fonte de desigualdades significativas entre detentos. O "sistema *bombom*", termo quebequense empregado para caracterizar esse sistema de privilégios individuais e coletivos, prolonga essa modalidade tradicional de produção da ordem, mas reveste, entretanto, algumas particularidades que o ligam especificamente aos outros aspectos da configuração pós-disciplinar.

Primeiramente, ele funciona mais para as recompensas que para as penas (*no lugar de funcionar sempre por penitência, se concede cada vez mais privilégios, deixa-se as coisas correrem, dá-se sempre mais*, explica-me um agente penitenciário); nesse sentido, ainda que o sistema bombom possua suas particularidades, sua análise ganha ao fazer-se um paralelo com as transformações das políticas de emulação e formas neoliberais de governo por meio das recompensas no "mundo livre".[19] Além disso, ele se baseia na concessão de um conforto relativo, antes que em privações estritas (*é preciso dar-lhes muito para que eles tenham muito a perder*), e igualmente na instrumentalização das margens de autonomia dos detentos, produtores de uma parte de seus próprios "bombons". Sujeitos às sugestões de tomadas de iniciativa, os comitês de detentos criam livremente atividades (festas comunitárias, noites de esporte na televisão, projetos diversos implicando intervenientes externos etc.) que lhes serão retiradas em caso de perturbação da ordem interna.

Esses privilégios coletivos encontram-se na base de um controle explícito de uns sobre outros (*a gente diz para eles se acalmarem, não queremos perder nossos privilégios!*, explica um "preso perpétuo"). Em conseqüência, toda atividade suscetível de colocar em questão as conquistas tende a ser regulada e/ou reprimida pelos próprios detentos, e mais especificamente pelos líderes, que se auto-descrevem como a *polícia da penitenciária*. Essa regulação pelos líderes é ainda mais

19. V., por exemplo, Ihl e Kaluszynski (2006), para uma análise das políticas de emulação dos altos-funcionários, notadamente no Canadá e Estados-Unidos.

motivada na medida em que o líder busca proteger e desenvolver seus próprios privilégios: privilégios legais (tais como salário e a mobilidade em detenção ligada a sua função), privilégios informais específicos (superação das cotas de material autorizado nas celas, por exemplo) e privilégios específicos no âmbito dos privilégios coletivos (escolha dos cardápios, prioridades diversas etc.). Nesse quadro, a produção institucional do controle repousa cada vez menos no arbitrário e na força física precisamente porque esse exercício específico de poder passa a ser exercido pelos próprios líderes: o exercício do poder é *delegado*. Assim, os líderes fazem o jogo da administração penitenciária, sem deixar de estar guiados em sua ação por um objetivo racional e racionalizado, como o de melhora do cotidiano.[20]

O sistema bombom é portanto, primeiramente, um encaixe: quanto mais os representantes dos comitês conseguem policiar as relações sociais (esforço de redução das tensões inerentes à coabitação e à promiscuidade forçadas), mais os detentos recebem "bombons" coletivos, ou seja, margens de manobra que lhes permitirão escolher e organizar suas atividades recreativas, e ainda mais o líder tem reforçada sua posição de líder em relação à administração e em relação aos detentos, o que lhe permite, em retorno, beneficiar-se de privilégios individuais.

Enfim, e eis aí um ponto essencial, mesmo que as autoridades institucionais resistem em reconhecê-lo, um *continuum* perverso une intimamente a gestão da pena e a organização da vida cotidiana. Um ponto de partida em estabelecimento de segurança mínima, a obtenção de liberdade condicional, a obtenção de direito de visita, são descritos pelos detentos como sendo plenamente parte do sistema bombom. Essa imbricação bastante concreta (*eles dizem: 'taí, é que se você não faz esse programa aí, você não recebe a visita íntima, entende, ameaças'*) chega ao ponto de questionar a idéia de que os guardas sejam os pilares da produção da ordem, enquanto ela indica o reforço da posição do especialista técnico no equilí-

20. Em retorno, a administração vê e descreve as lideranças ao mesmo tempo como aliados indispensáveis *e* inimigos potenciais, havendo sempre a ameaça de que o "bom líder" se torne "mau líder" que abusa da força física e governa antes pelo medo do que pelo temor e respeito.

brio de segurança do estabelecimento. Deste modo, a chantagem para participar dos programas (*'Você não escolhe se vai, a gente tem um revólver atrás da nuca!'*), e a utilização de relatórios técnicos nos processos de liberdade condicional são objeto de uma crítica virulenta e maciça.[21]

A partir da reintegração da gestão da pena às negociações tradicionais dos privilégios, o sistema bombom é descrito como partícipe de uma individualização das estratégias de adaptação e de uma fragmentação das esperanças individuais sem precedente, assim como de uma instrumentalização intensificada das relações sociais (*o sistema bombom, isso foi uma escolha, foi "dividir para melhor reinar"; foi muito eficaz*, resume um agente). Tal funcionamento é, deste modo, objeto de uma ambivalência subjetiva insolúvel para os detentos. De um lado, por permitir que alguns se engajem em projetos e por apoiar-se na concessão de condições materiais de vida relativamente corretas, o sistema bombom é descrito pelos detentos como *algo que permite cumprir a pena em melhores condições*. De outro lado, seu funcionamento leva-os a dizer, não sem amargura, que *o sistema bombom apodreceu o ambiente* e que *agora, com o sistema bombom, é cada um por si*.

Assim se fecha o ciclo. De acordo com um primeiro movimento, o modelo pós-disciplinar parece guiado por uma utopia carcerária na qual o *sujeito culpável* se anularia progressivamente em favor do projeto de um *sujeito confesso e capaz de consentir, participar, negociar, construir e executar um plano de detenção* (Kaminski, 2005). De acordo com um segundo movimento, o "sistema bombom", incluindo a gestão da pena e as condições de vida cotidianas, vem pragmaticamente preencher a distância para a utopia: o projeto de um governo já não mais disciplinar, mas "incitador" e orientado pela implicação pessoal do detento, redobra-se de uma instrumentalização eficaz das relações sociais que vem atenuar as falhas de consentimento dos detentos, necessário à realização desse desejo. A análise desse "sistema bombom" é, portanto, necessária para compreender plenamente como a

21. V. Chantraine, Vacheret, 2005 para uma análise de críticas, e uma descrição das estratégias de resistência e de adaptação dos detentos diante dessa chantagem institucional.

autonomia relativa dos detentos se reforçou de modo real e considerável, e igualmente como a instituição foi dotada de meios eficazes para orientar os comportamentos e as escolhas racionais dos detentos, em conformidade com o cumprimento de sua missão.

6. Conclusão

Uma prisão pós-disciplinar – ou governamental – consumada é aquela em que, ao mesmo tempo, os direitos são mais respeitados, os riscos hiperavaliados, a comunicação de segurança reforçada, a influência das lideranças dominada, os detentos emulados, sua autonomia controlada, seus privilégios dosados, suas esperanças fragmentadas e sua solidariedade diluída.

Sem transformar a racionalidade penal que lhe fornece sua maneira de pensar, esse modelo de gestão carcerária não deixa de constituir uma inflexão do projeto punitivo descrito por Foulcault em *Vigiar e Punir*. Trata-se de uma prisão pós-disciplinar no sentido evocado por R. Castel, de uma ordem pós-disciplinar para questionar as transformações do campo médico-psicológico. Essa ordem mistura inextricavelmente um pólo "hiper-racional" baseado sobre um modo científico positivista de gestão de riscos e um pólo "subjetivo" que se apóia sobre a responsabilização, a injunção à autonomia e o reforço das motivações individuais:

"Esse contraste entre um pólo hiper-racionalizado e controlado e um pólo em que pode florescer uma liberdade bem qualificada, sob a condição de que seja cuidadosamente enquadrada – no extremo, um par funcional informatização-psicologização – distingue-se de formas melhor analisadas e mais frequentemente criticadas do exercício do poder pelas quais uma autoridade se impõe de cima, de modo a reduzir os alvéolos de liberdade que tentam resistir-lhe (...). Um outro modelo regulatório se desenvolve: a incitação para colaborar, de seu lugar e de acordo com suas necessidades, na gestão das coerções no quadro de uma divisão de trabalho entre as instâncias de dominação e aqueles que a elas estão submeti-

dos (...). Tal seria a ordem pós-disciplinar que não mais passaria pela imposição de coerções, mas pelo arranjo e administração do fator humano em função das novas figuras sob as quais se apresenta a necessidade social" (Castel, 1981, p. 208-210).

Apresentemos, ao termo desta análise, uma dupla constatação. Em primeiro lugar, o processo de emergência do modelo pós-disciplinar a toda evidência se atualiza, encarna, opera por meio e no próprio interior do sistema penal: novidades que derivam por vezes de lutas e reivindicações contestadoras externas imbricam-se a um sistema porque esse sistema logra traduzir essas novidades nos termos de sua racionalidade própria, que deste modo é pouco questionada (aliás, uma lição política assim reaparece: a reintegração de uma reivindicação política em uma estratégia de governo sempre corre o risco de reduzir, e mesmo de trair, o alcance potencial dessa reivindicação). Em segundo lugar, esses elementos da nova gestão não se inscrevem em um vazio histórico; eles dependem em grande parte das mutações do ambiente do sistema penal. A análise deve, por conseqüência, evitar qualquer pensamento penal-cêntrico, e focar-se com toda a acuidade necessária nessas evoluções mais gerais, indo bem além (ou aquém) da crítica marxista de acordo com a qual a prisão viria atenuar os danos colaterais de transformações macro-econômicas.

Com efeito, e eis o essencial, o mecanismo, através do qual a incitação à autonomia surge para modular, inflectir e por vezes reforçar os mecanismos disciplinares, não possui nada de específico do mundo carcerário: ele é hoje suficientemente conhecido pelos sociólogos da individualidade contemporânea, e mais ainda pelos sociólogos do trabalho contemporâneo.[22] Desde então, a análise não pode abstrair o fato de que as novidades do sistema são modeladas pelas formas de exercício do poder transversais a diferentes sistemas sociais, e que uma crítica das prisões contemporâneas seria amputada de seus elementos mais fundamentais caso ela não buscasse estabelecer conexões pertinentes com as análises amplas e concretas das transformações do liberalismo. Se as prisões contemporâneas operam cada vez menos sob o modelo disciplinar, esse estado de

22. V., por exemplo, Le Blanc, 2004, p. 99-100.

coisas reforça paradoxalmente a atualidade gritante de *Vigiar e punir*: desde a ascensão das grandes disciplinas sociais até as formas de governo "através do social" e os recentes postulados neoliberais de diferenciação dos indivíduos, de autonomia, de auto-realização no trabalho (Rose, 1999), a prisão permanece o espelho da liberdade moderna e das sujeições que se efetuam em seu nome.

Longe de aniquilar a reflexão e a ação política, a análise busca reabrir espaço para uma sociologia da inovação penal, continuando a exploração das aporias das reformas carcerárias dentro de um quadro de segurança e de combate. Deslocando-se o cursor teórico a partir da análise dos processos de despersonalização e de mortificação (Goffman) para a análise dos processos de individualização e subjetivação na detenção, renova-se a constatação da persistência do problema fundamental da primazia dos princípios de segurança sobre a organização e as capacidades de ação dos detentos. Ela sugere que a inovação – ou seja, uma reforma *significativa* – não pode emergir de uma simples crítica do poder soberano e do totalitarismo da instituição. Ela mostra que a denúncia do caráter totalitário da instituição e a promoção dos direitos humanos na prisão permanecem à toda evidência indispensáveis (e sempre de uma atualidade gritante na maior parte dos sistemas), mas são insuficientes para explorar as condições ou a impossibilidade de uma prisão democrática.

Simultaneamente, sem esperar uma reforma de alcance geral, que tomaria em consideração a aporia fundamental (contradição entre exigência democrática e racionalidade penal moderna), a análise da reconfiguração governamental da prisão abre novos campos de luta: ela transforma em problemas políticos concretos o que permanece hoje confinado ao estado dos saberes e experiências individuais: instrumentalização intensificada das relações sociais, fragmentação das estratégias de adaptação apesar da criação de um direito de reivindicação coletiva, poder intolerável do especialista técnico psicosocial etc. Será possível promover um reforço da autonomia que não seja submetida aos mecanismos de segurança do estabelecimento? Como podem a comunicação e a expressão coletiva, portadoras de reciprocidade e de fabricação de sentido, ser desconectadas dos meios de coação institucionais? Po-

dem as relações terapêuticas ser pensadas para proteger a integridade das pessoas reclusas e não integradas a esse "treinamento intensivo para a liberdade" que caracteriza o correcionalismo neoliberal contemporâneo? Persistindo na interrogação sociopolítica da perduração do excesso do poder soberano na detenção, essa perspectiva busca, assim, abalar os pilares sobre os quais a instituição criou para si novos e respeitáveis trajes.

7. Bibliografia

BAUMAN Z. Social Uses of Law and Order. In: GARLAND D., SPARKS R., (Eds.), *Criminology and social theory.* Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 23-46.

BERNHEIM, J.-C. Un "modèle" surfait au Canadá. *Manière de voir. Obsessions sécuritaires*, out.-nov., 2003, pp. 69-71.

CASTEL R. *La gestion des risques: de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse.* Paris: Minuit, 1981.

CAUCHIE J.-F. Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges. *Déviance et société*, n. 4, 2005, pp. 399-423.

CHANTRAINE G. *Par-delà les murs. Expériences et trajectoires en maison d'arrêt*, Paris, PUF/Le Monde, 2004.

CHANTRAINE G., VACHERET M. Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens, *Questions pénales*, vol. XVIII, n. 4, set., 2005.

CHAUVENET A., 1998, Guerre et paix en prison, *Les cahiers de la sécurité intérieure*, no. 31, pp. 91-100.

DIGNEFFE F., NACHI M., PÉRILLEUX T. Des contrôles sans fin(s), ou le passage de la vérification à l'autocontrôle permanent. *Recherches sociologiques*, n. 33, 1, 2002, pp. 109-126.

FEELEY, M., SIMON J. The New Penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, n. 30, 1992, pp. 449-474.

FISHER N. Foucault et le droit, de l'hypothèse répressive à l'instrument de gouvernement: le cas de la rétention administrative dans la France contemporaine, *communication au colloque "La politique vue avec Foucault"*. Paris: Sciences-Po, CIR, 2004.

FOUCAULT M. Le sujet et le pouvoir. *Dits et écrits II, 1976-1988.* Paris: Gallimard, Quarto, 2001 [1982], pp. 1.041-1.062.

_____. *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978.* Paris: Gallimard/Seuil, Hautes Études, 2004.

_____. *Surveiller et punir.* Paris: Gallimard, 1975.

GOFFMAN E. *Asiles, Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus.* Paris: Minuit, Le Sens Commun, 1968.

HANNAH-MOFFAT K. Criminogenic Need and the Transformative risk subject: The hybridization of risk and need in penality. *Punishment and Society*, 2005.

IHL O., KALUSZYNSKI M. La peine et la récompense, entre gouvernementalité et sciences de gouvernement. *Communication au colloque "La politique vue avec Foucault"*. Paris: Sciences-Po, CIR, 2004.

KAMINSKI D. Un nouveau sujet de droit pénal. In: Vários autores (Ed.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale.* Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2005.

LASCOUMES P.; LE BOUHRIS J.-P. Des "passes-droit" aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique. *Droit et société*, n. 32, 1996, pp. 51-73.

LE BLANC G. *Les maladies de l'homme ordinaire.* Paris: Éditions du Passant, 2004.

LEMONDE L.; LANDREVILLE P. La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées: l'expérience canadienne. In: DE SCHUTTER O.; KAMINSKI D. (Eds.). *L'institution du droit pénitentiaire.* Paris: LGDJ/La pensée juridique, 2002, pp. 69-87.

McCLEERY R. Communications patterns as bases of systems of authority and power. In: CLOWARD R. A. *et al.*, (Eds.). *Theoretical studies in social organization of the prison*, 1960, pp. 49-77.

O'MALLEY, P. *Risk, uncertainty and government.* London: GlassHouse Press, 2004.

PIRES, A. P. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. In: DEBUYST Ch.; DIGNEFFE F.; PIRES, A. P. (Eds.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. 2/ La rationalité pénale et la naissance de la criminologie* Montréal: DeBoeck Université, 1998, pp. 3-52.

ROBINSON D. N.; ROBINSON D. M. Medium security. In: BOSWORTH M., (Ed.). *Encyclopedia of prisons and correctional facilities.* Thousand Oakes: Sage, 2004, pp. 588-589.

ROSE N. *Powers of freedom: reframing political thought.* Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SALLE G. Mettre la prison à l'épreuve. Le GIP en guerre contre l'"Intolérable", *Cultures et conflits*, n. 55, 2004, pp. 71-96.

STASTNY G.; TYRNAUER G. *Who rules the joint?* Toronto: Lexington Books, 1982.

SYKES G. M. *The society of captives. A study of a maximum security prison.* Princeton: Princeton University Press, 1999 [1958].

VACHERET M. Les visites privées au Canada, entre réinsertion et contrôle accru: portrait d'un système. Champ pénal/Penal Field, 2005, http://champpenal.revues.org/document74.html.

_____; COUSINEAU M.-M. "L'évaluation du risque de récidive au sein du système correctionnel canadien: regards sur les limites d'un système", *Déviance et société*, n. 29, 4, 2005, pp. 379-398.

WIEBE R. *L'héritage visionnaire de Ron Wiebe: une conversation inachevée.* Service correctionnel du Canada, 2000, http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/ronweibe/ronweibe_f.pdf.

Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa[1]

Jochen Bung
Doutor em Direito e assistente
pela Universidade de Frankfurt a. M.

Sumário: Introdução – 1. Fundamentação alternativa para a criminalização antecipada: normas em vez de bens jurídicos – 2. Expectativa normativa e garantia cognitiva mínima – 3. Hobbes e Kant como juristas precursores do direito penal do inimigo? – 4. Direito penal do inimigo como direito penal do medo – 5. Bibliografia.

Resumo: O artigo busca analisar a concepção do direito penal do inimigo à luz da teoria de Günther Jakobs da vigência da norma e de sua teoria sobre o *status* da pessoa. Para tanto, estuda a crítica feita por Jakobs à proteção penal de bens jurídicos, demonstrando que ela acaba por levar a uma confusão entre direito penal do inimigo e do cidadão. A seguir, averigua as referências a Hobbes e Kant feitas por Jakobs e, ao final, relaciona o conceito de direito penal do inimigo ao de medo.

Abstract: This paper aims to analyze the conception of "enemy's criminal law" developed by Günther Jakobs. In this regard, it investigates the arguments used by Jakobs to distinguish in law between citizens and those considered

1. Trad. Helena Regina Lobo da Costa, do original Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person. *HRRS* – Höchrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht. Hamburg, ano 7, fasc. 2, fev. 2006, p. 63-71. Este artigo foi também publicado, com ligeiras alterações na forma, em: UWER, Thomas (Org.). *Bitte bewahren Sie Ruhe*: Leben im Feindstrafrecht. Berlin: Vereinigung Berliner Strafverteidiger, 2006. A tradutora agradece a Heloísa Estellita o auxílio e as sugestões.

"enemies", concluding that these arguments only confuse both of them. Moreover, it examines the references to Hobbes and Kant made by Jakobs and finishes it by relating the conception of "enemy's criminal law" with that of fear.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo – Günther Jakobs.

Key words: Enemy's criminal law – Günther Jakobs.

Introdução

Onde há direito há, ao mesmo tempo e justamente por isso, o que está fora do direito (*Außerrechtliches*). Para expressar esta situação de forma apropriada não são necessários termos tão exigentes como "sistema" e "meio ambiente"; pode-se continuar com os conceitos usuais. Dificilmente se pode imaginar uma discussão interessante sobre o direito em que não se cuide, em um ou outro sentido, de o relacionar com o que está fora do direito. Exemplo notável é, na filosofia do direito, o debate entre direito natural e positivismo (apesar de já um pouco empoierado). O direito natural é, em geral, *direito* ou a equivocação[2] nos engana acerca de diferenças fundamentais ou mesmo categoriais? A discussão acerca da assim chamada tese da separação (*Trennungsthese*),[3] mostra-se, com efeito, improdutiva quando se percebe que, também no caso do positivismo, não se tratava de negar a relevância do que está fora do direito, mas, sim, de recepcionar a moral, o *ethos* e a política como medidas valorativas para o direito.[4] Separações conceituais apresentam a vantagem de possibilitarem enxergar o separado, como tal, de forma mais apurada – e desta maneira, sob certas circunstâncias, possibilita novamente o inter-relacionar com o outro, em um sentido novo e elucidativo.

As tentativas de Günther Jakobs de conceituar um denominado direito penal do inimigo têm como base uma tese da separação, no sentido supra esclareci-

2. N.T.: Equivocação é um tipo de falácia consistente no uso de uma palavra ou expressão que pode ser entendida de duas ou mais formas diferentes, isto é, um sentido pode ser tomado pelo outro.

3. R. Alexy. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: München, 1992, p. 15.

4. H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien 1960, p. 68.

do. O conceito de direito penal do inimigo deve justamente servir para que sejam apreendidos os contornos do direito penal "normal", do cidadão e característico do Estado de Direito, visto que as contaminações já teriam, veladamente, ocorrido e se disseminado de modo descontrolado.[5] Além disso, a tese da separação de Jakobs reestabelece a ligação entre a ciência penal e a filosofia do direito, pois também na discussão sobre o direito penal do inimigo surge a pergunta acerca da relação entre o direito e o que está fora do direito. Se a sanção do direito penal do inimigo é violência exercida com base no poder (*Machtstrafe*),[6] e o poder é – sem dúvida, *per se* – algo fora do direto, pergunta-se: o direito penal do inimigo é, em geral, direito ou a equivocação nos engana acerca de diferenças fundamentais ou mesmo categoriais? "O direito penal do inimigo", escreve Jakobs, "segue outras regras do que aquelas do direito penal interno do Estado de Direito e ainda não há certeza de que ele se comprove como direito, ao final da análise".[7] E mesmo quando ele se comprove como tal, com isso nada se disse sobre se o direito penal do inimigo é direito *penal* ou se a equivocação, ao menos nisso, nos engana acerca de diferenças fundamentais ou mesmo categoriais. De todo modo, o jurista espanhol Manuel Cancio Meliá há pouco caracterizou o conceito de direito penal do inimigo como *contradictio in adjecto*.[8]

Com estas observações introdutórias e parcialmente antecipatórias pretende-se indicar que aqui será desenvolvida uma discussão pragmática e inteiramente não-polêmica com relação à posição de Jakobs, apesar de eu considerar, em grande parte, que os projetos sobre uma concepção de direito penal do inimigo, até o momento desenvolvidos, estão não só normativamente errados, como são pouco consistentes conceitualmente em pontos decisivos. É indiscutível, con-

5. Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *HRRS* 2004, p. 93 e s.; Idem. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck. Org. pela Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften. Paderborn 2004, p. 45 e s.

6. Jakobs. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen den Gegenwart, Kommentar. In: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Rückbesinnung und Ausblick: München 2000, p. 56.

7. Ibidem, p. 51.

8. Cancio Meliá. Feind "strafrecht"? *ZStW* 117 (2005), p. 268.

tudo, e deve ser considerado como um grande ganho, que a discussão sobre o direito penal do inimigo tenha relembrado a ciência penal de sua profunda dimensão jurisfilosófica e de filosofia do Estado, que havia caído no esquecimento no meio acadêmico. A idéia de um direito penal extraordinário, especialmente, se desenvolve no contexto de uma parte muito bem elaborada da teoria de vigência da norma, que se deve ter em vista para saber, de modo geral, de qual discurso se trata. É evidente que o discurso polarizador sobre o inimigo é passível de fazer surgirem temores de uma cumplicidade intelectual com o conceito de Carl Schmitt do político ou mesmo outras associações negativas.[9] Há, efetivamente, passagens nos diversos artigos de Jakobs que tornam difícil reprimir o envolvimento afetivo do leitor, mas eu decidi, conscientemente, lidar de modo extremamente módico com a citação de tais trechos. A pergunta sempre recorrente acerca de se tratar de uma abordagem normativa ou descritiva[10] não me interessa, na medida em que isto se relaciona com o modo de pensar pessoal do Sr. Jakobs. Argumentos são construídos, cujo sentido preferencialmente não deve ser buscado em um sentido *ad hominen*.

No centro das minhas reflexões se coloca a pergunta sobre se o conceito de um direito penal do inimigo deriva da teoria jakobsiana da vigência da norma, que ao mesmo tempo é uma teoria sobre o *status* da pessoa. Eu creio que ele *não* deriva daí e isto está ligado essencialmente – como gostaria de mostrar – ao critério obscuro de garantia mínima cognitiva (Parte II). Antes, porém, quero mostrar que já no remoto artigo de Jakobs da *ZStW* de 1985[11] a este respeito, a prote-

9. H. Prantl. Diabolische Potenz. *SZ* v. 5, 06.03.2005, p. 17; L. Schulz, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende", Tagungsbericht, *ZStW* 112 (2000), p. 659; em geral, sobre o direito penal do inimigo como "metáfora que leva ao erro". B. Schünemann. Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, *GA* 2001, p. 212, vide também R. Hamm. Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Freundstrafrecht. In: Rode u.a. (Hg.). *Neue Lust auf Strafen*, v. 27 da Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, 2005.

10. Cancio Meliá (cit na nota 8), p. 279.

11. N.T.: O autor se refere ao seguinte artigo: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin; New York, ano 35, v. 97, p. 751-785, 1985.

ção penal de bens jurídicos experimentou uma reiterpretação teórico-normativa que – nisso contrariando a intenção crítica original do ensaio – confunde a fronteira entre o direito penal do inimigo e o do cidadão (Parte I). Além disso, interessam-me as referências da filosofia do Estado feitas por Jakobs, especialmente suas referências a Hobbes e Kant (Parte III). Finalmente, pretendo relacionar a concepção de direito penal do inimigo a um conceito decididamente fora do direito, com o que acredito permitir uma percepção exata desta concepção, nomeadamente o conceito de medo (Parte IV).

1. Fundamentação alternativa para a criminalização antecipada: normas em vez de bens jurídicos

Jakobs introduz o conceito de direito penal do inimigo, como se sabe, em seu ensaio publicado na *ZStW*, há mais de vinte anos, sobre Criminalização antecipada à lesão do bem jurídico.[12] Este ensaio apresenta uma ambivalência particular, razão pela qual eu gostaria de o fazer objeto de uma consideração separada e pormenorizada. Apesar de o discurso sobre o direito penal do inimigo, num primeiro momento, dar a impressão de que se trata essencialmente de uma crítica a uma forma específica de criação de normas penais, que deve ser objeto de reflexão em um Estado de Direito (crítica que se expressa especialmente na criminalização antecipada dirigida ao "âmbito interno" do prospectivo autor), entremostram-se, já nesta proposta remota, os elementos intelectuais que solapam o sentido metodológico e normativo de uma separação entre direito penal do inimigo e direito penal do cidadão.

Jakobs inicia suas reflexões com uma vigorosa crítica à ausência de princípios na discussão da dogmática penal atual. Exemplificativamente, isso se mos-

12. *ZStW* 97 (1985), p. 751-785; compare também C. Prittwitz. "Feindstrafrecht" – zu einem (untauglichen) Versuch gemanagter Kriminalitätsbekämpfung durch Diabolisierung des Kriminellen. In: A. Pilgram und C. Prittwitz (Org.). *Kriminologie* – Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung. Baden-Baden 2005, p. 225, bem como A. Aponte. *Krieg und Feindstrafrecht* – Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien. Baden-Baden 2004, p. 126 e ss.

traria na seguinte contradição evidente: enquanto a delimitação do âmbito da tentativa punível seria largamente vista como um postulado de primeiro grau do Estado de Direito, esta delimitação não atuaria especificamente de forma a que "à legitimação de criminalizações *anteriores* ao início da tentativa, como por exemplo atos preparatórios por meio de tentativa de participação nos termos do § 30[13] do Código Penal alemão, fossem dedicados mais do que algumas meras menções obrigatórias".[14] Deve-se, efetivamente, concordar com esta conclusão. Em face de uma regra como a do § 30, par. 2,[15] do Código Penal alemão, os longos tratados sobre a delimitação da tentativa punível e os atos preparatórios não puníveis se tornam supérfluos – apenas ninguém havia tido coragem de o dizer abertamente. Jakobs considera responsável, dentre outros, por esta notável ausência de consciência do problema a doutrina dos *bens jurídicos*, cujo princípio levaria à ilimitação, pois sob o conceito amorfo de bem jurídico tudo poderia ser acolhido e, assim, tornar-se suspeito de lesão social, em desrespeito à esfera de liberdade do destinatário do direito, garantida pelo princípio do Estado de Direito liberal. Jakobs escreve: "O autor é definido em razão de poder ser perigoso ao bem jurídico, em relação ao qual o início do perigo se deixa antecipar potencialmente, sem limites. O autor não tem esfera privada, nem um âmbito de comportamento não ainda relevante socialmente, pelo contrário: é apenas uma fonte de perigo ou, com outras palavras, inimigo do bem jurídico."[16] Ainda Jakobs: "À definição do autor

13. N.T.: "§ 30. Tentativa de participação. (1) Aquele que tentar motivar outrem à prática de um crime, ou o induzir à motivação de tal prática, será punido de acordo com as regras relativas à tentativa do crime. Todavia, a pena deve ser atenuada, segundo o § 49, alínea 1. O § 23, alínea 3, é aplicável no que couber.

(2) Igualmente é punível aquele que se declara pronto a cometer um crime, ou a incitar a sua prática, aquele que aceita a solicitação de outrem para a prática ou incitação à prática de um crime, ou aquele que ajusta com outrem a prática ou a instigação à prática de um crime."

14. Jakobs (cit. na nota 12), p. 752.

15. N.T.: vide nota 13.

16. Ibidem, p. 753.

como inimigo do bem jurídico (...) deve ser contraposta aqui a definição de autor como cidadão. O autor deve, neste caso, não apenas ser percebido enquanto possa ser perigoso para os bens da vítima, como, também, deve ser, desde o princípio, definido por meio de seu direito a uma esfera livre de controle".[17] Assim, trata Jakobs não somente da esfera das *cogitationes* ou de uma redução naturalística da liberdade do cidadão a uma "esfera interna por trás da pele",[18] mas também – como classicamente típico em um Estado de liberdade – de cada uso dessa liberdade, na medida em que o sujeito não moleste o uso legítimo da liberdade de outro. O ajuste para a prática de crimes segundo o § 30, par. 2, do Código Penal alemão não causa dano ou perturba nada nem ninguém, portanto nega aos participantes, na sua trilha de criminalização, o *status* de cidadãos, já que suas esferas internas de liberdade lhes são subtraídas para fins de "proteção de bens jurídicos" e, com isto, são tratados como inimigos. Jakobs: "Uma tal diminuição do sujeito pertence a um tipo de direito penal que deve ser claramente diferenciado do direito penal do cidadão. O direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal do cidadão otimiza esferas de liberdade".[19] Jakobs se refere ainda – como outros exemplos jurídico-materiais de uma prática de criminalização típica de um direito penal do inimigo –, aos delitos no âmbito da proteção do Estado, os §§ 129,[20] 129 a[21] do Código Penal alemão (hoje complementados, evidente-

17. Ibidem.

18. Ibidem, p. 754.

19. Ibidem, p. 756.

20. N.T.: "§ 129 Formação de associações criminosas. (1) Quem forma uma associação cujos fins ou atividade estejam voltados para a prática de condutas puníveis, ou quem toma parte como membro de uma dessas associações, dela faz propaganda ou a apóia, é punido com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com pena pecuniária. [...]"

21. N.T.: "§ 129a Formação de associações terroristas. (1) É punido com pena privativa de liberdade de um a dez anos, quem fundar ou se filiar a uma associação, cujos fins ou atividade sejam voltados para a prática:

1. de homicídio qualificado, homicídio simples ou genocídio (§§ 211, 212, ou 220a),

2. de condutas puníveis contra a liberdade pessoal, nos casos do § 239a ou do § 239b, ou

mente, pelo § 129 b[22] do Código Penal alemão), bem como aos de falsificação de documentos, nas variantes de produção e de obtenção. Poder-se-iam nomear outros delitos, com destaque, por exemplo, para o do § 265[23] do Código Penal alemão, no qual já o *nomen juris* "abuso de seguro" parece sugerir a existência de algum tipo de abuso em todas as variantes típicas (ou em uma utilização abusiva do segurador), quando, na verdade, o agente permanece dentro dos limites de sua autonomia privada até então caracterizada por seu direito de propriedade. Sempre se trabalha em tais casos, segundo observação correta de Jakobs, com o argumento de que tais (questionáveis) normas serviriam ao melhoramento da proteção de bens jurídicos tutelados, quando, na verdade, não está nada claro qual é o respectivo bem jurídico. Com relação ao § 265 do Código Penal alemão pergunta-se: é o patrimônio do segurador individual ou, em verdade (ou além disso), a capacidade funcional do mercado de seguros ou, ainda, o patrimônio público como um todo?[24]

Para Jakobs, uma tal criminalização "antecipada" não é compatível com as premissas do direito penal liberal: a "consideração da esfera interna das *cogitationes* degrada o cidadão a inimigo".[25] Para o direito penal de um Estado liberal, existe uma máxima clara na relação entre tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva. A tipicidade subjetiva serve à interpretação do comportamento visível e de modo al-

3. de condutas puníveis previstas no § 305a, ou condutas puníveis de perigo comum nos casos dos §§ 306 até 308, 310b, alínea 1, do § 311, alínea 1, do § 311a, alínea 1, dos §§ 312, 315, alínea 1, do § 316b, alínea 1, do § 316c, alínea 1 ou do § 319. [...]"

22. N.T.: "§ 129b Associações criminosas e terroristas no exterior; prescrição prolongada e confisco. Os §§ 129 e 129a se aplicam também a associações no exterior. [...]"

23. N.T.: "§ 265. Abuso de seguro. (1) Quem danifica, destrói, prejudica a utilidade, a elimina ou cede a outrém, coisa assegurada contra naufrágio, danos, prejuízo da utilidade, perda ou subtração, com o fim de obter prêmio do seguro, é apenado com pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa [...]."

24. M. Papamoschou e J. Bung. § 265 StGB: Eine legislative Entgleisung. In: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (Org.). *Irrwege der Strafgesetzgebung*. Frankfurt am Main u.a. 1999, p. 250 e ss.

25. Jakobs (cit. na nota 12), p. 761.

gum pode ser o ponto de partida de uma genuína criminalização. Apenas um "comportamento externo, que perturbe, autoriza a pergunta pelo contexto interno".[26]

Jakobs procura concretizar sua fórmula da importância secundária do âmbito interno em dois importantes exemplos. O primeiro se refere à regra do §22[27] do Código Penal alemão, que de uma forma claramente perigosa assenta a delimitação do início da tentativa tão-somente na figura da idealização do agente. O segundo, à discussão sobre até que ponto uma criminalização no sentido de uma criação dos chamados tipos de perigo abstrato é legítima sob as condições de um direito penal liberal. Aqui, não é possível adentrar na argumentação em detalhes. A mim incumbe mostrar que, especialmente na discussão de Jakobs sobre a questão da legitimidade dos delitos de perigo abstrato, se faz notar uma tendência: a de negar a intenção crítica primitiva da investigação, nomeadamente, a crítica à potencial ilimitação do conceito de bem jurídico. Por exemplo, Jakobs expressa repentinamente sua disposição de, em vez de considerar apenas um dano manifesto a uma coisa como dano, ampliar este conceito para abarcar também "a dúvida quanto à sua utilidade", considerando-a "idêntica a dano". Ele escreve: "na medida em que bens só são úteis quando se está certo de que seu estado biológico, físico ou químico não se alteraram, a perturbação desta certeza já é perturbação da utilidade e por isso causação de dano".[28] Esta abordagem solapa a própria fórmula de Jakobs acerca da relação entre externo e interno, porque a fundamentação da dignidade de pena de um fato, embora não seja buscada no interno do autor, acaba sendo buscada no interno de uma suposta vítima (isto é, sua dúvida acerca da integridade dos bens). Com isto manifesta-se uma teoria que provoca os mesmos receios de ilimitação da doutrina do bem jurídico já que, ao final, pode

26. Ibidem.

27. N.T.: "§ 22. Definição [da tentativa]. Tenta uma conduta penal aquele que, segundo sua idealização da conduta, se põe a realizar o tipo penal de forma imediata."

28. Ibidem, p. 768, nota 22.

servir à criminalização de tudo e de todos à luz do conceito de uma "lesão à validade da norma".[29]

Jakobs desenvolve estas teses no segundo tópico de seu artigo. Aqui se trata, para ele, da questão "sobre se um comportamento, que em sua propriedade como ato preparatório da lesão de determinados bens jurídicos não possa ser legitimamente criticado, exatamente porque a lesão de bens jurídicos flanqueadores ou antepostos merece criminalização".[30] Pois bem, exatamente esta era a pedra de toque para a crescente crítica de Jakobs à falta de definição do conceito de bem jurídico: que a ele se pode tudo relacionar, que se pode, por exemplo, quando um determinado bem jurídico primário não for ou não parecer suficiente para a fundamentação da dignidade de pena, num abrir e fechar de olhos fazer surgir por encanto um bem jurídico antecipado ou "flanqueador". Por que Jakobs se volta, então, para esta linha de pensamento? Isto não é imediatamente evidente, especialmente tomando em consideração sua original crítica à falta de princípios da dogmática penal. Contudo, na seqüência de sua investigação, ele traça um esboço de uma capacidade de justificação geral da criminalização antecipada, que, apesar de abdicar da idéia de bem jurídico, apresenta um repertório conceitual para tanto, o qual, em sua falta de contornos, não só nada fica a dever à doutrina do bem jurídico, como, inclusive, a ultrapassa, com ampla vantagem. Com isto, efetivamente, o limite entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, tida pelo próprio Jakobs como tão importante, confunde-se novamente.

O ponto de partida das reflexões de Jakobs é a possibilidade da determinação do "ilícito parcial": "pode-se decompor o ilícito do estágio de lesão em diversos ilícitos parciais e, renunciando a uma coleção completa de todos os ilícitos parciais, definir o ilícito por meio de alguns estilhaços de ilícito anteriormente

29. Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 91.

30. Jakobs (cit. na nota 12), p. 773.

realizados ou, até, por meio de um só estilhaço".[31] Criminalização de estilhaço de ilícito? Isto não soa, sem dúvida, como um direito penal que se recua em face da esfera de liberdade do cidadão, mas, sim – quando se abstrai o caráter contingente ou fragmentário dos aspectos, que é sugerido por meio da metáfora do estilhaço –, muito mais como um direito penal potencialmente sem lacunas, totalitário, com relação ao qual Jakobs pretendia contrapor ao "antigo liberal".[32] Ora, ele desenvolve uma teoria da norma flanqueadora, que, em suas conseqüências na fundamentação da punibilidade, definitivamente não passa uma impressão de "antiga liberalidade" e recai exatamente naquele positivismo esquecido de princípios, o qual Jakobs, no início de seu ensaio, imputou à dogmática penal dominante. A argumentação é, nomeadamente, tautológica em seu núcleo: "nos delitos com ilícito meramente parcial não são desrespeitadas normas principais (as normas dos delitos de lesão), mas sim normas flanquadoras, cuja tarefa é garantir as condições de validez da norma principal".[33] Isto não diz nada além do seguinte: *que nos delitos com ilícito apenas parcial são lesionadas estas normas acessórias*. A teoria da norma flanqueadora é assentada em um pomposo contexto de fundamentação de uma teoria geral da vigência da norma, porém, como justificação do direito penal, não consegue ir além da tautologia.

Não se pode contrariar Jakobs quando ele destaca não ser suficiente conceituar a norma penal apenas na sua relação com o potencial agente, pois a relação com os potenciais atingidos pela lesão normativa também faz parte da norma, evidentemente. A validez da norma é uma relação triangular entre o violador da norma, o atingido pela violação da norma e a própria norma. Analiticamente, resulta da mencionada triangulação que a expectativa de que a violação da norma continue limitada a casos isolados também pertence à própria validez

31. Ibidem, p. 774.
32. Ibidem, p. 783.
33. Ibidem, p. 775.

da norma. Disso resulta para Jakobs "que a validez da norma pode ser lesionada não apenas pela violação da norma, como também genericamente por meio de cada lesão da confiança do atingido na norma, não importa por quais vias isto ocorra".[34] Este argumento é teórico-normativamente bastante correto – mas para as exigências de um direito penal de um Estado de Direito, contudo, altamente perigoso. E isso ocorre exatamente quando se conecta a representação da confiança na norma, constitutiva de validade, com a teoria da norma penal flanqueadora. Relacionado ao pensamento de uma confiança normativa constitutiva de validade, a teoria da norma penal flanqueadora gera potencialmente um direito penal sem limite, porque a confiança normativa (como o próprio Jakobs diz) pode ser abalada por todas as vias possíveis e a tarefa da proteção da confiança, neste sentido, levaria a que se a persiga por todas as vias possíveis. De forma não inesperada, a teoria do ilícito parcial desemboca deste modo, se assim se quiser, na idéia de um ilícito parcial geral da *perturbação da paz jurídica*. O tipo penal da norma flanqueadora tem a forma geral "quem causar dano à confiança normativa ou empreender-se para a causação do dano será apenado".

O fato de o núcleo totalitário da teoria da norma flanqueadora não ser visualizado abertamente resulta de que Jakobs se esforça, na continuação da investigação, a justificar porque sob as premissas de sua teoria normativa delitos como o § 241 (ameaça) ou o § 126 (perturbação da paz pública por meio de ameaça da prática de delitos) ambos do Código Penal alemão seriam admissíveis, todavia uma norma como a do §140[35] do mesmo diploma, não. O gesto aparentemente liberal é, no entanto, repetidamente contrariado por afirmações que mostram quão longe Jakobs concebe, afinal, a idéia de proteção da confiança normativa no direito penal: "Caso (...) alguém se refira ao passado, mas deixe evidente que é ao

34. Ibidem.

35. N.T.: O §140 se refere às condutas de recompensar ou aprovar, publicamente, a prática de um crime.

futuro a que se remete, não é então necessário qualquer tipo de recompensa ou consentimento, porque já a instigação, em geral participação psíquica, e a provocação pública à prática de crime (§§ 26 e ss., 111 do Código Penal alemão) abrangem tais comportamentos".[36]

Eu não gostaria aqui, com efeito, de me referir à "discussão parcial" de tipos penais específicos, mas sim assentar que a teoria da validez da norma relacionada com o pensamento da norma penal flanqueadora faz exatamente incrementar a dificuldade em delimitar o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Suspeito, e por isso me ocupei tão detalhadamente com este antigo artigo, de que nesta ambigüidade (sobre a ambigüidade de Jakobs, vide também Aponte[37]) deve ser buscado o motivo pelo qual a posição do próprio Jakobs quanto ao direito penal do inimigo é tão vaga. Na sua tentativa de oferecer uma alternativa teórica, baseada na validez da norma, à criminalização antecipada orientada a um bem jurídico é reconhecível, porém, e a olho nu, aquela falta de limites que permite ao Estado "punidor" transformar seus cidadãos em inimigos. Isto torna necessária uma análise mais pormenorizada da teoria da vigência da norma, o que farei no próximo tópico.

2. Expectativa normativa e garantia cognitiva mínima

A vigência de uma norma não se deixa determinar exclusivamente na relação com o potencial agente violador, mas sim em uma relação triangular, que contém a possível violação da norma e a expectativa ou confiança de que tal violação ocorreria apenas excepcionalmente. Esta triangulação é a razão pela qual a prevenção geral negativa, como finalidade da pena, representa uma redução de perspectiva. A maioria não precisa ser intimidada, mas quer ter confirmadas ou fortalecidas suas expectativas de que sua confiança na vigência da norma é funda-

36. Ibidem, p. 781.

37. Aponte (cit. na nota 12), p. 131 e ss.

mentada. Quando se pune, tal ocorre também e sobretudo para a confirmação desta expectativa. Esta é, essencialmente, a teoria da prevenção geral positiva, em relação à qual não preciso, aqui, me aprofundar.[38]

A teoria da vigência da norma de Jakobs (e a teoria da pessoa, com ela estreitamente relacionada, sobre a qual falarei em breve) se baseia, substancialmente, em dois conceitos: o da expectativa normativa e o do alicerçamento cognitivo desta expectativa. Isto significa que a vigência da norma só existe onde também há confiança na sua vigência, e a confiança na vigência da norma, apenas onde a expectativa de que a norma vige não é sistematicamente frustrada. Esta interdependência não deve ser negada. Com o exemplo de Jakobs: "Ninguém se tranqüiliza em uma caminhada noturna num parque da cidade apenas porque não *deva* ser roubado ou mesmo assassinado. Pelo contrário: parte-se do pressuposto de que, fazendo a caminhada, muito provavelmente não se *será* maltratado".[39] "Sem suficiente segurança cognitiva", argumenta Jakobs em outro local, "a vigência da norma sofre erosão e se torna uma promessa vazia".[40] Aqui fica claro o que Jakobs pensa quando ele entende a relação entre vigência da norma, violação da norma e sanção da violação da norma como ocorrência comunicativa,[41] como "entendimento normativo".[42] A violação da norma, por meio do crime, por exemplo, tem o significado de uma *afirmação*, nomeadamente uma afirmação cujo conteúdo é o de que a norma não obriga ou, em todo caso, de que sua força obrigatória pode ser frustrada pelo agente atual, no sentido de uma derrogação individual. Contra este agente deve a sociedade, quando quiser resgatar a promessa corporificada na norma, contestar esta afirmação. Isto ocorre no processo penal, correntemente,

38. Compare Jakobs. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 5), p. 31 e ss.

39. Ibidem, p. 29.

40. Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 91.

41. Idem. Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung. In: U. Neumann und L. Schulz, *Verantwortung in Recht und Moral*. ARSP-Beiheft 74 (2000), p. 59.

42. Fundamentalmente: Jakobs. *Norm, Person, Gesellschaft*. 2. Aufl. Berlin 1999, p. 63 e ss.

por meio da declaração de culpa. Porque, além da declaração de culpa é necessário ainda infligir ao agente uma dor (execução da pena), não é uma questão de todo evidente e se consubstancia em um problema infelizmente ainda muito pouco tratado na ciência penal.[43] A resposta de Jakobs não convence totalmente. Segundo ele, a pena serve, sem mais, à segurança cognitiva da vigência da norma.[44] Isto me soa um pouco como "quem não escuta, tem de apanhar". Por que a clara contestação contra a lesão à norma, ou seja, a declaração de culpa, não é suficiente para o alicerçamento cognitivo da confiança na vigência da norma? Pode estar claro que não podemos ou queremos sancionar o homicídio apenas de forma comunicativa; mas até que ponto se pode substituir a execução real da pena por "sanções internas"[45] (ou seja, aquelas que podem ser modeladas de forma linguístico-pragmática) é ainda um problema em aberto, que também deixarei em aberto aqui.

Jakobs diferencia, em todo caso, *significado da pena* e *finalidade da pena.*[46] O significado da pena seria a contestação da contestação à norma. A finalidade seria a pena como reforço (alicerçamento cognitivo) desta contestação. Permaneçamos por um momento na "teoria do significado" da pena. Ela menciona como problema o fato de que só se pode falar de significado quando existe um destinatário que *compreende* o significado. Aqui ocorre a passagem da teoria da vigência normativa para a teoria da *pessoa*. Esta teoria é de especial importância quando se pretende compreender o discurso provocativo de Jakobs sobre as não-

43. Vide Jakobs. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 5), p. 26, bem como K. Günther. Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. In: C. Prittwitz et al. (Org.). *FS für K. Lüderssen.* Baden-Baden 2002, p. 219; Idem. Kritik der Strafe I, WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung 1/2004, p. 121 e s.; compare especialmente a monografia de S. Schork. *Ausgesprochen schuldig.* Dogmatische und metadogmatische Untersuchungen zum Schuldspruch. Frankfurt am Main u.a. 2005.

44. Jakobs. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 5), p. 29.

45. R.B. Brandom. *Expressive Vernunft*. Frankfurt am Main, 2000, p. 91.

46. Jakobs. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 5), p. 29 e s.

pessoas (*Unperson*[47]) ou sobre as condutas despersonalizadas ou pontualmente despersonalizadas.[48-49] Uma pessoa é, segundo Jakobs, além de seu *status* como indivíduo,[50] um ser para quem a ocorrência significativa normativa diz algo, um ser que compreende o conteúdo implícito alegado de uma contestação à norma e compreende o que é feito atualmente contra esta alegação, quando se declara a pena. Pessoas, escreve Jakobs, são "portadoras de obrigações e direitos"[51] ou "destinos de direitos e obrigações construídos comunicativamente".[52] A pessoa é, em contrariedade ao mero indivíduo (que Jakobs concebe em analogia ao *homo phaenomenon* de Kant[53]), um destinatário de expectativas normativas,[54] expectativas de que a pessoa irá se comportar de modo suficientemente leal ao direito:[55] "Uma pessoa", argumenta Jakobs "é responsável por uma lealdade suficiente ao direito".[56] Evidentemente esta expectativa orientada à pessoa e constitutiva para o *status* de pessoa precisa também do alicerçamento cognitivo. Quem não exerce sua competência para a confiança na norma de forma suficiente tem seu *status* como pessoa colocado em dúvida. A sociedade deve refletir se deve lidar com essa pessoa de outra forma ou a tratar de outra forma – como alguém que não com-

47. Idem. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. Kommentar (cit. na nota 6), p. 53; compare sobre o tema Prittwitz (cit. na nota 12), p. 225 e s.

48. Jakobs. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 4), p. 43.

49. A despersonalização pontual me parece, com efeito, conceitualmente errônea, já que uma pessoa é completa ou não é nada. Abstraindo-se disto, ficaria com o uso comum da linguagem e falaria que se retira de uma pessoa determinados direitos.

50. Sobre a diferenciação entre indivíduo e pessoa, veja Jakobs. Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. *ZStW* 117 (2005), p. 247-266.

51. Ibidem, p. 257.

52. Ibidem, p. 266.

53. Ibidem, p. 256.

54. Ibidem, p. 257.

55. Ibidem, p. 259.

56. Ibidem, p. 263.

preende (porque não quer ou não pode compreender) realmente o que se passa normativamente na sociedade. O pensamento que serve de base para a proposta de um tratamento despersonalizado por meio do direito penal do inimigo é o de que a sociedade, a partir de uma determinada medida de falta de merecimento de confiança, não tenha outra escolha a não ser reagir desse modo. Inimigo não é aquele que apenas "não apresenta totalmente o mesmo rendimento da pessoa-medida do bom cidadão".[57] Como tal ele não atenta contra a norma fundamental descrita por Jakobs como básica: "continue no papel de um membro da sociedade".[58] Inimigo se torna apenas aquele que não realiza o que Jakobs denomina de a garantia mínima cognitiva de comportamento pessoal.[59] O que se quer, porém, dizer com isso? Na medida em que a fórmula da garantia cognitiva mínima deve decidir se um indivíduo delinqüente é tratado como cidadão ou como inimigo, tudo depende da precisão conceitual e da plausibilidade desta fórmula.

Aqui se deve evidentemente atestar uma moderação dificilmente compreensível por parte de Jakobs. Sua argumentação se retrai simplesmente a uma fórmula abstrata, que, como tal, não permite o reconhecimento de qualquer critério real (A. Aponte chega mesmo a qualificá-la como "a formulação de Jakobs que mais causa problemas"[60]), ou ele escolhe formulações que, já à primeira vista, deixam levantar sérias dúvidas sobre qual possa ser seu *status* argumentativo. Assim, por exemplo, escreve: "Quem se comporta constantemente como o satã não pode ser, ao menos neste ponto, tratado como pessoa de direito (*Rechtsperson*), como se se tratasse da confiança de que ele iria cumprir suas obrigações, porque

57. Jakobs. Strafrechtliche Zurechung und die Bedingungen der Normgeltung (cit. na nota 41), p. 68.

58. Ibidem, p. 69.

59. Vide Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 92; bem como Idem. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. Kommentar (cit. na nota 6), p. 52.

60. Aponte (cit. na nota 12), p. 132.

para tanto falta o alicerçamento cognitivo".[61] Muito bem, mas quem se comporta constantemente como o satã? Sequer de criminosos horríveis ou assassinos em série se poderá falar tal coisa. Kant sabia disso quando argumentava que – para ficar na metáfora diabólica – o problema da fundação do Estado precisaria ser solucionável também para um *povo de diabos*.[62] Especialmente no caso de um indivíduo diabólico é facilmente imaginável que ele não se comporte permanentemente como o satã, mas, sim, que vive em geral como um cidadão fiel ao direito, pague por seu pãozinho no domingo e limpe o corredor de sua casa. Em quem pensa Jakobs, pois, ou quem tem em mira, quando fala de um "comportamento recorrentemente anômico"?[63] Porventura o terrorista, que durante anos compra seu pãozinho aos domingos de forma discreta, limpa o corredor de sua casa e então um belo dia se explode no metrô? Quem se comporta constantemente como o satã, quem se comporta recorrentemente de modo anômico é muito provavelmente doente e merece ajuda, mas não que se lhe pendure uma etiqueta de inimigo, por causa do não atingimento da garantia mínima cognitiva. E quem imagina modificar fundamentalmente todo o Estado e toda a sociedade tem talvez pensamentos satânicos, mas só poderá ser criminalizado pagando-se o preço de uma intervenção ilimitada no "*internun*", contra o que o próprio Jakobs, em seu antigo estudo, apresentou bons argumentos.

A fórmula da garantia cognitiva mínima funciona, o que é indiscutível, na forma de um argumento contra ceticismos: muitas coisas, na maioria das vezes, precisam ser estáveis, precisam ser de tal forma que se possa confiar que dúvidas ou ceticismos não sejam possíveis. Isto vale igualmente para pessoas e seus artefatos. Eu confio que o padeiro vai abrir sua loja quando eu vou buscar meu pão no domingo e eu confio que no caminho para a padaria eu não serei roubado ou assassinado. Se eu não pudesse confiar nisso, eu não deixaria meu apartamento. Nada,

61. Jakobs. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 5), p. 41.

62. Kant. Zum ewigen Frieden [1795]. In: Werke Bd. VI. Org. por W. Weischedel. Darmstadt 1983, p. 224.

63. Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 92.

porém, justifica a suposição de que comportamentos precipuamente anômicos possam ser interpretados consistentemente como falta de merecimento de confiança normativa. Formulado de outro modo: quem não toma parte no ocorrido normativo (o jogo de palavras da imputação de responsabilidade) ainda entende, via de regra, o que lá ocorre e pode se comportar como tal. Quem não toma parte, porque não pode tomar parte, não pode fazer nada contra isto.

Provavelmente, o próprio Jakobs pressente a fragilidade de seu esboço no que tange à garantia cognitiva mínima, quando escreve: "bem, não se deve duvidar que também um terrorista, que assassina e faz outras coisas mais, pode ser apresentado por um direito penal de qualquer Estado que reconheça como crime tais atividades como um criminoso a ser apenado. Crimes continuam sendo crimes quando são cometidos com intenções radicais e em grande estilo. Mas se pode perfeitamente perguntar se, por meio da fixação estrita apenas à categoria do crime, o Estado não se impõe uma ligação – a necessidade de respeitar o agente como pessoa – que, em face de um terrorista, o qual não justifica a expectativa geral de um comportamento pessoal, é simplemente desproporcional."[64]

Aqui, parece-me, mingua o conteúdo argumentativo no gesto retórico da sugestiva questão. Naturalmente pode-se perguntar, com a garantia da livre expressão do pensamento (e também de o manifestar com ampla publicidade), se nós efetivamente não somos gentis demais com os terroristas. Esta pergunta, todavia, fala por si e, após o que foi visto até aqui, não se reconhece como ela possa se relacionar convincentemente com as premissas da teoria da vigência normativa e da pessoa.

3. Hobbes e Kant como juristas precursores do direito penal do inimigo?

Ao conceito de direito penal do inimigo falta não apenas um critério claro acerca de quem deva ser, em geral, o inimigo; ele mostra uma largueza associativa

64. Ibidem.

que, como *terminus technicus*, não é recomendável na discussão científica.[65] Às vezes – especialmente sob a impressão do discurso sobre "guerra"[66] – gostar-se-ia de aceitar que se trata de extermínio e extinção – neste ponto provavelmente no sentido do conceito de inimigo de Schmitt, segundo o qual o inimigo é, em última instância e agravamento, sempre o inimigo de morte (*Todfeind*) ("negação da medida do ser a um outro ser"[67]). Outras passagens e exemplos sugerem que se trata, com a contraposição entre direito penal do inimigo e direito penal do cidadão, de expressar a amplamente conhecida situação de dupla via de nosso sistema de sanções: "No lugar da pessoa em si competente, a quem é contraposta a pena, surge (...) o indivíduo perigoso, contra quem (...) se luta de modo efetivo".[68] Embora seja correto que "verdades antigas às vezes precisam ser ditas novamente"[69] (o que Jakobs, em outro contexto, admite aos pesquisadores da mente), ao menos na medida em que com o termo direito penal do inimigo se queira dizer um direito de medida de segurança, ligado ao ponto de vista da periculosidade, o julgamento de Jakobs não é exato no sentido de que além disso não se deixa encontrar nada na atual discussão científica penal.[70] Sobre a problemática da dupla via, compare-se, por exemplo, os ainda insuperados esclarecimentos de Wolfgang Naucke.[71]

Jakobs está, contudo, claramente insatisfeito com o estado da atual discussão, o que se expressa em um julgamento na verdade um tanto confuso:

65. Ao menos parcialmente. Prittwitz (cit. na nota 12), p. 228

66. Jakobs. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. Kommentar (cit. na nota 6), p. 53; Idem. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 90; Idem. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 4), p. 44.

67. C. Schmitt. *Der Begriff des Politischen*. Texto de 1932 com prefácio e três corolários. 3. impressão da edição de 1963. Berlin, 1991, p. 33.

68. Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 89.

69. Idem. Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechung und die Ergebnisse der modernen Hirnforschung (cit. na nota 50), p. 248.

70. Vide: Idem. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 89.

71. Naucke. *Strafrecht. Eine Einführung*. 10. Aufl., Neuwied, Kriftel. Berlin 2002, p. 91 e ss.

"Daqueles que procuram o direito em toda parte, ao mesmo tempo se asseguram de o ter imediatamente e que o anunciam com um tom sempre aristocrático, em vez de se impor o trabalho de exercitar sua subjetividade por meio de uma comprovação daquilo que é ou pode ser, nada pode ser deles esperado".[72] A mim não está bem claro quem Jakobs compreende aqui, tampouco como funciona esta específica força de expressão da idéia de uma construção da subjetividade por meio da comprovação do que "ela é ou pode ser". Jakobs aproveita, em todo caso, este estado da discussão atual – para ele insatisfatório – como oportunidade para um recurso a clássicos da filosofia do Estado e do direito dos tempos modernos, especialmente a Hobbes e Kant.

Este recurso não está livre de problemas. Sobretudo a nota de rodapé de Jakobs relacionada ao trabalho de Kant "A paz perpétua" me parece ter sido "sobreinterpretada" por Jakobs no sentido de sua própria concepção. O que deve resultar da afirmação de Kant no sentido de que eu possa constranger a pessoa, "em mero estado natural", que me ameaça constantemente, a "ou entrar comigo em um estado comunitário-legislativo ou a retroceder da minha vizinhança"?[73] Jakobs extrai desta passagem um argumento para um direito penal como direito de exclusão: "Quem não participa deve capitular, o que significa que ele será expulso (ou será colocado em custódia de segurança)".[74] Esta interpretação vai claramente longe demais. O pressuposto para que alguém possa ser expulso é que, anteriormente, ele tivesse sido incluído, e quem sequer caminhou para um estado de cidadão legal não pode, quanto a isto, ser excluído. O dever de capitular, de que Kant fala, não significa de forma alguma o ser excluído ou ser incluído, que Jakobs tem em mente. Em geral, também o exemplo da custódia de segurança é remoto, pois simplesmente não pode o discurso de Kant versar sobre um tal

72. Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 89.

73. Kant. *Zum ewigen Frieden* (cit. na nota 62), p. 203.

74. Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 90.

instituto, no estado pré-constitucional, do qual Kant parte. Neste "Estado da injustiça"[75] não pode se tratar de Justiça, a qual Kant fixa em outros trechos, reconhecidamente, como absoluta.

Se o direito penal do inimigo não deve ser uma *contradictio in adjecto*,[76] ou seja, deve exprimir algo mais do que a arbitrariedade estatal da causação do mal, então parece também o recurso a Hobbes é ao menos duvidoso, pois Hobbes exprime bastante claramente que "não se pode denominar de pena o que se aplica aos inimigos, pois inimigos não são cidadãos".[77] Evidentemente, deve-se admitir que Hobbes parte efetivamente da possibilidade de que uma definição "dentro do Estado" de inimigo faz da pessoa atingida um objeto do arbítrio do poder (o que em Kant já seria inadmissível em razão dos direitos inatos de personalidade): "Se um cidadão quiser, com ciência e vontade, se recusar a obedecer a alguma forma de representante do Estado, assim ele o pode, não importa qual a pena esteja prevista para crimes de lesa-majestade na lei. Entretanto, em razão de ele ter, assim, se declarado inimigo do Estado, como tal será, com razão, apenado arbitrariamente".[78] A arbitrariedade vai, em Hobbes, tão longe a ponto de que o tratamento extraordinário se estende não apenas ao inimigo do Estado, pessoalmente, mas também "pode ser ampliada aos seus filhos até a terceira e quarta gerações, que ainda não nasceram e por tanto não participaram dos crimes de seu pai".[79] Que de todo modo não se pode querer dizer isto com o atual direito penal do inimigo deve ser admitido com benevolência. Nem a *praxis* do direito penal, nem outras sanções de um Estado democrático de direito deveriam po-

75. Kant. *Metaphysik der Sitten*. Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre [1797]. In: Werke. Bd. IV. Org. por W. Weischedel. Darmstadt 1983, p. 474.

76. Cancio Meliá (cit. na nota 8), p. 268.

77. Hobbes. *Leviathan* [1651]. Erster und zweiter Teil. Trad. por J.P. Mayer, com posfácio de P. Diesselhorst, Stuttgart 2002, p. 261.

78. Ibidem, p. 261 f.

79. Ibidem, p. 264.

der ser razoavelmente enriquecidas com essa proposta do século XVII (ou outras receitas parecidas).[80]

4. Direito penal do inimigo como direito penal do medo

A observação um tanto depreciativa de Jakobs sobre os que "procuram o direito em toda parte"[81] foi desenvolvida em uma recensão científica sobre o amplo trabalho *O direito penal do estado de necessidade*[82] de Matthias Jahns, como objeção de que tais argumentações seriam tautológicas.[83] Àquele que meticulosamente tudo desenvolve a partir do conceito de Estado de Direito, parece-lhe que tudo aquilo que não corresponde a esta norma é um déficit do Estado de Direito. A sugestão feita por Jakobs diante disso, de se "procurar em um nível mais profundo",[84] não esclarece, com efeito, qualquer coisa. Ao "olhar para aquilo que o conflito concreto exige",[85] conforme por ele cobrado, se deve contrapor a questão acerca de quem é o olhar que decide sobre a questão de se o Estado de Direito deve sujar suas mãos. Afinal é possível que tal olhar não seja o que se tem diante de uma visão clara das coisas, mas sim o olhar turvado, especialmente o turvado pelo *medo* ou *receio*. Quem censura a esterilidade de argumentações jurídico-tautológicas deve admitir que suas próprias argumentações, aliás na fronteira

80. Deve-se admitir, apesar disso, que Hobbes – não obstante tais passagens obscuras – tem um senso conceitual refinado no que se refere ao que pode ser descrito como pena e ao que não pode. Especialmente sua formulação do princípio da legalidade, segundo a qual "trata-se de um ato de hostilidade, e não de uma pena, quando em razão de uma conduta ainda não proibida pela lei se inflige um mal." (Hobbes, loc. cit. p. 261), mostra um nível de reflexão que o desenvolvimento jurídico atual se distancia progressivamente (vide P.-A. Albrecht. *Die vergessene Freiheit* – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Berlin 2003, p. 56 e ss.).

81. Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (cit. na nota 5), p. 89; Idem. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 5), p. 45.

82. Jahn. *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*. Frankfurt am Main, 2004.

83. Jakobs, *ZStW* 117 (2005), p. 425.

84. Ibidem.

85. Ibidem.

da dissimulada concepção fora do direito, relacionam-se a um ponto de vista decididamente fora do direito.[86]

Isto se acentua na medida em que o ponto de vista do medo aparece não apenas indiretamente no exemplo predileto de Jakobs do passeio noturno no parque da cidade, durante o qual pode-se ser roubado ou morto,[87] ou seja, se assim se quiser, um topos clássico do medo da criminalidade. Jakobs se refere diretamente ao tema quando argumenta pela necessidade de um alicerçamento cognitivo da confiança na vigência da norma na sociedade juridicamente cunhada, "porque nela não apenas pessoas heróicas confirmam sua identidade, mas também indivíduos medrosos querem encontrar um meio de vida".[88] Ora, no cotidiano – mesmo sob a condição do terrorismo global – até agora foi exigido pouco heroísmo, o que pode ser percebido pelo fato de que ataques terroristas recentemente não parecem aptos nem sequer a prejudicar o turismo nas regiões afetadas.

Para mim não se trata aqui de incluir o amplo debate sobre a transformação do Estado de Direito para o Estado de segurança;[89] eu gostaria apenas de ponderar que a "lógica de segurança"[90] – que também obedece à concepção de um direito penal que degrada uma pessoa obstinadamente dissidente a uma não-pessoa e é socialmente excludente – tem o defeito decisivo de ser delineada pelo medo. O medo é não apenas um conselheiro ruim, ele também prejudica, como Franz

86. Compare A. Eser, contra a objeção de Jakobs, "não tinha ouvido falar até então que 'o medo é uma categoria jurídica'". (Eser. Schlussbetrachtungen. In: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende.* Rückbesinnung und Ausblick. München 2000, p. 445, nota 4).

87. Jakobs. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck (cit. na nota 5), p. 29.

88. Idem. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar (cit. na nota 6), p. 51.

89. Veja E. Denninger. Freiheit durch Sicherheit? In: H.-J. Koch (Org.). *Terrorismus* – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, Baden-Baden 2002 e B. Haffke. Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat? *Kritische Justiz* 1/2005, p. 17-35.

90. Vgl. Haffke (cit. na nota 89), p. 31.

Neumann acentuou, a liberdade de escolha,[91] que é na verdade o que faz essencialmente de nós, em nossa autocompreensão, pessoas.

5. Bibliografia

ALBRECHT, P.-A. *Die vergessene Freiheit* – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Berlin, 2003.

ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: München, 1992.

APONTE, A. *Krieg und Feindstrafrecht* – Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien. Baden-Baden, 2004.

BRANDOM, R. B. *Expressive Vernunft*. Frankfurt am Main, 2000.

CANCIO MELIÁ. Feind "strafrecht"? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* n. 117 (2005), p. 267-289.

DENNINGER, E. Freiheit durch Sicherheit? In: KOCH, H.-J. (Org.), *Terrorismus* – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, Baden-Baden, 2002.

ESER. Schlussbetrachtungen. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (Org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Rückbesinnung und Ausblick, München, 2000.

FRANKENBERG, G. Angst im Rechtsstaat. *Kritische Justiz* 1977.

GÜNTHER, K. Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. In: PRITTWITZ, C. et al. (Org.). *FS für K. Lüderssen*. Baden-Baden, 2002, p. 205-219.

GÜNTHER, K. *Kritik der Strafe I*. WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung 1/2004.

HAFFKE, B. Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat? *Kritische Justiz* 1/2005, p. 17-35.

91. F.L. Neumann. *Angst und Politik*. Tübingen 1954, p. 7; vide também G. Frankenberg. Angst im Rechtsstaat. *Kritische Justiz* 1977, p. 353 e ss.

HAMM, R. Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Freundstrafrecht. In: RODE et al. (Org.). *Neue Lust auf Strafen*, v. 27 da Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, 2005.

HOBBES. *Leviathan* [1651]. Erster und zweiter Teil. Trad. por J. P. Mayer, com posfácio de P. Diesselhorst. Stuttgart, 2002.

JAHN. *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*. Frankfurt am Main, 2004.

JAKOBS. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Höchrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 2004*.

_____. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen den Gegenwart, Kommentar. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (Org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Rückbesinnung und Ausblick: München, 2000.

_____. Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* n. 117 (2005), p. 247-266.

_____. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* n. 97 (1985), p. 751-785.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft*. 2. ed. Berlin, 1999.

_____. *Staatliche Strafe*: Bedeutung und Zweck. Org. pela Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften. Paderborn, 2004.

_____. Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung. In: NEUMANN, U.; SCHULZ, L. *Verantwortung in Recht und Moral*. ARSP-Beiheft 74 (2000).

KANT. *Metaphysik der Sitten*. Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre [1797]. In: Werke, Bd. IV. Org. por W. Weischedel. Darmstadt, 1983.

_____. *Zum ewigen Frieden* [1795]. In: Werke Bd. VI. Org. por W. Weischedel. Darmstadt, 1983.

KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien, 1960.

NAUCKE. *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., Neuwied, Kriftel. Berlin, 2002.

NEUMANN, F.L. *Angst und Politik*. Tübingen, 1954.

PAPAMOSCHOU, M.; BUNG, J. § 265 StGB: Eine legislative Entgleisung. In: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (Org.). *Irrwege der Strafgesetzgebung*. Frankfurt am Main u.a., 1999.

PRANTL, H. Diabolische Potenz. *SZ* v. 5./6.3.2005, p. 17.

PRITTWITZ, C. "Feindstrafrecht" – zu einem (untauglichen) Versuch gemanagter Kriminalitätsbekämpfung durch Diabolisierung des Kriminellen. In: PILGRAM, A.; PRITTWITZ, C. (Org.). *Kriminologie* – Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung. Baden-Baden, 2005.

SCHMITT, C. *Der Begriff des Politischen*. Texto de 1932 com prefácio e três corolários. 3. impressão da edição de 1963. Berlin, 1991.

SCHORK, S. *Ausgesprochen schuldig*. Dogmatische und metadogmatische Untersuchungen zum Schuldspruch. Frankfurt am Main u.a., 2005.

SCHULZ, L. "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende", Tagungsbericht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* n. 112 (2000).

SCHÜNEMANN, B. Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2001.

Evasão de divisas?

Ricardo Pieri Nunes
Advogado no Rio de Janeiro.[1]

Sumário: 1. Proposta de crítica – 2. Braço armado de uma política econômica – 3. Nova realidade cambial – 4. Direito Europeu: 4.1 Portugal; 4.2 Espanha – 5. Evasão de divisas? – 6. A questão da autorização – 7. Conclusões – 8. Bibliografia.

Resumo: Afigura-se ilegítima e ofensiva ao caráter fragmentário do direito penal a eleição da política governamental de proteção às reservas de câmbio do país como objetividade jurídica no campo da *ultima ratio;* o âmago da evasão de divisas repousa na transferência da titularidade de posição em moeda de um residente para um não residente no país, de molde que as transações cambiais clandestinas entre residentes no Brasil, com vistas a disponibilizar recursos no exterior, malgrado ilícitas na esfera administrativa, situam-se à margem do campo de tutela do art. 22 da Lei 7.492/86; no mercado de câmbio manual, não há que se cogitar da saída não autorizada de divisas do país em virtude da ausência de declaração pelo viajante do porte, em espécie, de moeda estrangeira em patamares superiores ao equivalente a dez mil reais; por sua vez, no mercado de câmbio sacado a atipicidade administrativa da operação cambial consubstancia pressuposto da tipicidade penal. Destarte, estando a operação de câmbio regulamentada nos atos normativos vigentes, é despicienda autorização do Banco Central do Brasil para que possa ter curso.

1. A presente monografia é fruto de reflexões e pesquisas em torno da revolucionária abordagem, inédita no Brasil, do nosso mestre e colega de escritório, Professor José Carlos Tórtima, acerca das repercussões penais de operações financeiras cursadas no mercado de câmbio.

Abstract: The paper proposes a debate addressing *foreign currency evasion,* still considered an offense under Brazil's legislation, and a new perspective on it, calling in question the legitimacy of the criminal law intervention in the field of foreign exchange operations control, as a governmental economic policy. Further, an exposition on the new set of rules enhanced to give the legal framework more flexibility, a better understanding and more uptoday means to interact with today's economy. Afterwards, a brief comparative study between the Brazilian scenario and European Legislation on the subject, specially considering the descriminalizing effects derived from Comunitary Law. At last, an analisys about the crime as decribed at its bill, demonstrating the exegetical mistake that courts and law professors have been repeting over the years about two of aspects of its structure: the moment when the foreign currency actually flows abroad and the need of legal authorization for the operations with this purpose.

Palavras-chave: Evasão – Divisas – Câmbio – Moeda – Autorização.

Key Words: Evasion – Foreign – Currency – Exchange – Authorization.

1. Proposta de crítica

Ilegitimidade da *ratio* legislativa. Tipos penais mal construídos. Visão ultrapassada sobre os conceitos econômicos subjacentes aos elementos integrantes das normas penais incriminadoras. Anacronismo vigente. São estas as palavras de ordem em torno do arcabouço normativo tocante à repressão penal em matéria de operações de câmbio no Brasil, especialmente no que diz respeito à conduta objeto desta monografia, batizada sob o signo *evasão de divisas.* Tudo a justificar a interrogação que acompanha seu título, indicadora da perplexidade que sua análise suscita, como bem registrou o professor Arnaldo Malheiros na aula "Necessária reforma da legislação brasileira de crimes financeiros e tributários", que ministrou no auditório da APAMAGIS,

cidade de São Paulo, no dia 05.08.2004, no âmbito do curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu promovido pelo IBCCRIM em parceria com a Universidade de Coimbra.

A figura típica da evasão de divisas, com efeito, tem assento no art. 22 da Lei 7.492 de 16.06.1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências, nos seguintes termos:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

De fato, o que se afirmou acima, sobretudo quanto ao anacronismo, resulta naturalmente do próprio decurso do tempo entre a promulgação da norma e os dias que correm – cerca de 18 anos –, a criar um hiato empírico quase que intransponível dada a dinâmica amalgamada à matéria, de forma a situar a tutela penal a que se propôs *ab initio* completamente à margem do paradigma macro-econômico atual, tanto brasileiro como europeu.

Assim, num primeiro momento, o presente trabalho abordará o contexto em que ganhou vida o tipo de evasão de divisas, objetivando questionar a própria legitimidade da tutela penal nesta seara, bem como seu absoluto descompasso com o regime cambial hoje em vigor. Em seguida, será levada a efeito sucinta análise do direito comparado, nomeadamente de países europeus que, como nós, abraçam sistemas jurídicos à moldura da tradição romano-germânica. O momento seguinte, por sua vez, destinar-se-á ao estudo da conduta de evasão de divisas tal como posta no ordenamento pátrio, com ênfase ao retumbante equívoco da visão que predomina a seu respeito entre os operadores do direito de uma forma geral, para, à guisa de remate, aferir se ainda existe campo para sua aplicação, através do cotejo crítico dos seus contornos fundamentais.

2. Braço armado de uma política econômica

O ano de 1986, quando foi promulgada a Lei 7.492, logo apelidada de *Lei do Colarinho Branco,* dificilmente será esquecido pelos brasileiros. Adotava-se então um regime cambial de cunho eminentemente intervencionista, seguindo uma lógica que remontava ao início do século XX, em virtude das reiteradas crises de divisas originadas pelas oscilações da receita com as exportações de café. Neste regime, de câmbio fixo, "o mercado de divisas passa a ser controlado pelas autoridades monetárias e os negócios com moedas estrangeiras são feitos através de bancos oficiais ou autorizados, sempre sob a fiscalização de um órgão central competente, coligado a esse sistema com o da emissão de papel moeda, com estreita ligação à política de importação e exportação (...)".[2] Demais,"qualquer pagamento internacional só pode ser feito mediante análise das prioridades do Banco Central. Apesar de os bancos que operam no setor externo poderem continuar suas operações através de suas próprias filiais externas e/ou de seus bancos correspondentes no exterior, todas as operações são sujeitas à fila de espera antes da autorização do pagamento e todas as sobras de divisas são passíveis de serem recolhidas ao Banco Central. O principal efeito da centralização cambial é que todos os pagamentos externos ficam sujeitos à programação de desembolsos por parte do Banco Central. Trata-se, portanto, de um regime de racionamento de divisas".[3]

Tal panorama encontrava-se em muito agravado pela crise da dívida externa de 1983, quando o Brasil pela primeira vez decretou moratória, decorrente,

2. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 167.

3. ZINI JR., Álvaro Antonio. *Taxa de câmbio e política cambial no Brasil.* São Paulo: Edusp/ BM&F, 1995, p. 18. Neste mesmo passo, o ex-presidente do Banco Central do Brasil Gustavo Franco recorda que "era uma época onde a 'divisa' era escassa e estratégica, de tal sorte que os gastos cambiais permitidos eram apenas aqueles de 'interesse nacional', o que parecia estar fora do alcance do cidadão comum, pois nenhuma de suas demandas parecia enquadrar-se nesse protocolo". (O oficial e o paralelo São Paulo: Revista *Veja,* abril, 23.07.2003).

em caráter preponderante, dos perniciosos efeitos do segundo choque do petróleo, em 1979, e da negativa de socorro por parte do Fundo Monetário Internacional. Foi quando, em fevereiro de 1986, com vistas a colocar rédeas na desenfreada inflação em curso, anunciou-se a primeira tentativa efetivamente heterodoxa de combate a este fenômeno, através do denominado Plano Cruzado, que substituiu a moeda Cruzeiro pelo Cruzado, valorizando este nominalmente em mil vezes. Determinou-se, ainda, o tabelamento e o congelamento de todos os preços e salários existentes, *freezer* do qual não escapou a taxa de câmbio.[4]

Poucas semanas após ser posto em prática, o fulgurante fracasso do Plano Cruzado já se anunciava aos olhos de quem quisesse ver. A inflação medida "encontrava-se muito aquém do real crescimento dos preços, visto que era baseada em tabelas oficiais, que jamais combinaram com a realidade das ruas, onde a crescente escassez de produtos criava mercados negros em que os preços eram maiores do que tabelados, constituindo um *overprice* chamado ágio. (...) o congelamento do câmbio, aliado à existência de inflação interna, reduziu o poder de competição das exportações brasileiras e deteriorou a relação câmbio salários."[5]

4. GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio, ouro e dívida externa* – de Figueiredo a FHC. São Paulo: Saraiva/BM&F, 2002, p. 175. Interessante destacar a observação do professor GAROFALO no sentido de que "além de congelados, os preços foram tabelados, uma das várias incongruências do Plano Cruzado. Assim, uma Coca-Cola retirada das prateleiras de um supermercado tinha o mesmo preço que a mesma Coca-Cola, agora gelada, servida por um garçom em copo de cristal, sobre uma mesa com toalhas de linho, em ambiente com ar condicionado e música ao vivo, no mais caro restaurante. Assim, não só o congelamento como também o tabelamento mereceram repúdio de vários empresários, ainda que fizessem, no início, a alegria do povo. A cerveja tinha, ou deveria ter, o mesmo preço no melhor restaurante do Rio de Janeiro, quente no supermercado e na barraquinha da praia". (Ob. cit., p. 175)

5. GAROFALO FILHO, Emílio, ob. cit., p. 176. Sobre o fenômeno inflacionário, explica o professor Bruno Ratti que "a diminuição do poder aquisitivo da moeda nacional irá provocar um aumento das importações e uma diminuição das exportações, caso a taxa cambial não seja periodicamente reajustada. Teremos, assim, déficits na balança comercial que, se não forem contrabalançados por receitas na balança de serviços por entrada de capitais, acarretarão déficits no balanço de pagamentos. (...) Com tudo isso vamos chegar a ver o desaparecimento da moeda nacional. As trocas passam a fazer-se em mercadorias ou em moeda estrangeira. Outros vão procurar depositar seus haveres no exterior". (*Comércio internacional e câmbio*. 10. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 56-57).

Ante o recrudescimento desta problemática, rendendo ensejo ao alargamento do mercado paralelo de câmbio – o *black*[6] – e à redução acelerada das reservas cambiais do país, corolário da substanciosa queda das exportações, veio o Estado, próprio artífice da situação, tentar evitar o caos valendo-se do seu braço jurídico armado: a via do direito penal. Aprovou-se, desta forma, não coincidentemente em junho de 1986 – ou seja, quatro meses após a entrada em vigor do Plano Cruzado –, a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, com sua grande vedete: a incriminação da evasão de divisas, trazendo-se, por tal arte, para o âmbito da *ultima ratio,* o controle sobre a saída de moeda do país, função que, focada pelos meios de comunicação de massa, sempre ávidos pela exploração do estigma do crime, logo se acomodou na consciência popular como imprescindível mecanismo de proteção da pátria brasileira.

Tudo em vão, se levado em conta o objetivo de remediar a crise que se desenhava, pois as reservas de divisas continuaram a sofrer vertiginosa redução, culminando com a desastrosa e – por que não dizer? – atrapalhada segunda suspensão do pagamento dos serviços da dívida externa, logo no início do ano de 1987. Inequívoco, por tal arte, o visceral desprezo dispensado pelo legislador ao princípio da idoneidade, norte primeiro da sua atividade na seara penal, que lhe

6. O Plano Cruzado, é bem de ver, apenas ajudou a consolidar ainda mais este segmento, vez que já se encontrava ele então estabelecido, ao ponto de ter suas taxas divulgadas diariamente pelos meios de comunicação correntes. De acordo com o professor Álvaro Antonio Zini Jr., "a necessidade de recorrer a medidas de racionamento explícitas, na década de 80, desgastou o sistema pela diversidade de regulamentações em suas diversas mudanças. A instabilidade e arbitrariedade de muitas dessas regras fez aumentar a busca de mecanismos alternativos, levando, conforme apontado, ao crescimento do mercado paralelo". (Ob. cit., p. 24) A figura do doleiro – "empresário" deste mercado – popularizou-se então em decorrência da severa conjuntura vigente, como narra Gustavo Franco: "Nesse quadro de monástica rigidez, o doleiro se tornava parte da 'casa', pois era o 'jeitinho', a ferramenta para que pudessem ser atendidas as necessidades legítimas, que as leis e regulamentos ignoravam. E assim, uma vez na 'sala de visitas', o doleiro ganhava liberdade para conduzir suas outras atividades sem que ninguém o incomodasse. O ágio do paralelo com relação ao oficial era uma espécie de medida da nossa hipocrisia, uma indicação de quanto o Brasil oficial era menor que o informal, o da rua. Ao final da década de 80, o ágio chegou a 150%, e nessas condições é certo que nenhuma transação cambial cursada no câmbio 'oficial' era 'o que estava escrito'. O 'jeitinho' havia se tornado a regra".(artigo citado)

impõe a prévia realização de investigações empíricas em torno da utilidade e eficácia da incriminação para atingir os objetivos primordiais a que se propõe.[7]

A norma, em verdade, afigurava-se ilegítima em sua origem, considerando a *ratio* que inspirou sua edição. A própria doutrina que a antecedeu, malgrado com certa dose de razão criticando a omissão do legislador penal no âmbito do sistema financeiro, reconhecia que o objeto da tutela na hipótese deveria direcionar-se à "correta execução da política cambiária do Estado, visando a coibir as condutas que contra ela ofendam os direitos privativamente atribuídos ao Banco Central, no campo específico das suas prerrogativas de fazer funcionar regularmente o mercado cambial, bem como o normal processamento das exportações e importações".[8]

O direito penal, todavia, *rogata venia*, não se presta a tais desideratos.

Políticas de governo, sejam elas econômicas, sociais ou culturais, emergenciais ou não, jamais podem ser implementadas pela via penal, ao menos num Estado que pretenda autodenominar-se democrático e de direito. O emprego do direito penal como meio – ou seria muleta? – de execução de políticas de governo pode soar, apenas soar, legítimo em cenários como a Alemanha nazista, o Camboja de Pol Pot ou a República Dominicana de Trujillo, sempre ornamentados com falaciosos discursos sobre a grandeza da pátria e os superiores interesses da nação.

Por óbvio, não se quer aqui dizer que tais exemplos se aplicam nestas mesmas proporções, visivelmente extremas, ao caso da incriminação da evasão de divisas. O princípio, no entanto, é a rigor o mesmo: o Estado, buscando fazer valer sua política cambial nada ortodoxa, cujo colapso se avizinha, socorre-se do direito penal em esforço para evitá-lo, criando um novo núcleo de merecedores do anátema criminal.

Numa democracia jovem como a brasileira, que virou a última página dos *anos de chumbo* há pouco mais de quinze anos, implantada numa socieda-

7. TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 0. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 82-83.

8. PIMENTEL, Manoel Pedro, ob. cit., p. 170.

de que padece de uma gangrena social propícia à incorporação do discurso do direito penal do inimigo, o perigo em aceitar semelhantes propostas afigura-se evidente.[9]

Daí porque a Carta Magna de 1988, em seu art. 62, § 1.º, com a redação que lhe outorgou a EC 32/2001, veda a edição de medida provisória – via legislativa colocada à disposição do Poder Executivo – sobre matéria relativa a direito penal, sinalizando, pois, que políticas de governo e direito penal encerram linhas paralelas, que jamais devem se encontrar.[10] Até mesmo porque políticas de governo tendem a ser fugazes, variando ao sabor de circunstâncias estranhas ao direito, máxime em matéria tão dinâmica como operações de câmbio, sempre exposta a crises internacionais cíclicas, em moldes incompatíveis com a estabilidade acentuada que a norma penal deve ostentar, projetando-se no futuro com vistas à proteção de um bem jurídico, perene em essência.

Como leciona o douto professor Luiz Regis Prado, "o bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). (...) Isto porque o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podendo ser de modo algum a criação ou elaboração jurídica mas se impõe a ela".[11] No mesmo diapasão, o notável juspenalista Juarez Tavares ensina que "se tomarmos a ordem jurídica sob o pressuposto de garantia, a incriminação de uma conduta

9. De acordo com a doutrina do inimigo, "un individuo que no admite ser obligado a entrar en um estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. (...) Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde há de someterse a esa determinación." (JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 40-41).

10. Embora a Carta de 1988 imponha o requisito da urgência para justificar a edição de medida provisória pelo Chefe do Poder Executivo, em boa parte dos casos, senão na maioria deles, esta exigência não é cumprida, sendo empregada para dispor sobre todo tipo de matéria de interesse do governo, postura que vem recebendo acerbas e constantes críticas dos membros do Congresso Nacional.

11. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35.

só deve ter por objeto jurídico o que possa decorrer de um ente real estável – a pessoa humana – e não de uma função, sendo inválidas as normas que assim o tratem. (...) o bem jurídico não pode perder, direta ou indiretamente, sua referência a um dado do ser, isto é, sua existência como tal deve preceder suas características normativas. Por exemplo, a vida humana tem existência real, independentemente de sua consideração normativa".[12]

O que jamais se verificou quanto à evasão de divisas, cuja objetividade se resume à função de controle do fluxo de capitais, desprovida de dignidade por si só, ganhando-a, bem ao contrário, apenas através da via normativa, que poderia conduzi-la na melhor das hipóteses ao âmbito do direito administrativo, mas jamais ter o condão de atribuir-lhe relevância penal. E, por sua existência estar escorada somente em seus contornos normativos, que inauguraram à força sua carga ética, a invocada razão de ser da tutela penal em exame acabou por se esvair em curto lapso temporal, deixando, todavia, marcas que até hoje insistem em permanecer acesas, num retrógrado brilho verde e amarelo, nas mentes dos operadores do direito brasileiros.[13]

3. Nova realidade cambial

"O Brasil tem uma longa história de restrições sobre operações de câmbio. Durante muitos anos convivemos com os mais variados obstáculos à movimentação de moeda estrangeira e, em função disso, desenvolvemos alguns pre-

12. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 212-220.

13. O caráter circunstancial da objetividade jurídica perseguida, aliás, revela-se, na erudita dicção de Figueiredo Dias e Costa Andrade, característica marcante do direito penal econômico, que "dum modo geral, alimenta-se das seqüelas das crises econômicas ou dos afrontamentos bélicos. Deve mais à urgência duma mobilização para a guerra, para a reconstrução dos escombros, que à serena reflexão dos juristas. Até dentro das mesmas fronteiras o que acontece é que a teorização dos estudiosos se situa no tempo face a realidades jurídico-económicas profundamente diversas, não conseguindo a dogmática lavar-se duas vezes na mesma água." (Problemática geral das infracções contra a economia nacional. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. v. 1. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, p. 322).

conceitos, o principal dos quais a idéia de que qualquer saída de moeda estrangeira, a 'evasão de divisas', era considerada crime de lesa-pátria e, na melhor das hipóteses, uma transgressão justificada pela excessiva rigidez dos regulamentos. Nos últimos anos, contudo, neste domínio, muita coisa mudou, e com muita rapidez".

As aspas denunciam: as palavras não são nossas. Tampouco são novas. Pertencem à máxima autoridade monetária brasileira, o Banco Central, que as fez publicar em novembro de 1993, em livreto intitulado *O regime cambial brasileiro* – evolução recente e perspectivas, amplamente divulgado pelo seu Departamento de Câmbio por diversos canais, como forma de "conferir a maior transparência possível às atividades do Banco, levando ao conhecimento da sociedade, em linguagem simples e objetiva, temas e problemas normalmente restritos a círculos especializados". Isto notadamente porque, anos antes, em dezembro de 1988, visando submeter ao efetivo controle governamental as operações realizadas no próspero *black* que se desenvolvia largamente aos olhos de todos,[14] o Conselho Monetário Nacional, órgão do Ministério da Fazenda, através da Resolução 1.552/98, criara o Segmento de Câmbio de Taxas Flutuantes, trazendo fundas modificações no regime de câmbio fixo até então em vigor, flexibilizando-o para deixá-lo com a seguinte feição: a) a taxa de câmbio passaria a variar conforme a oferta e demanda pelas moedas, sem intervenção do Banco Central, com operações registradas diariamente no Sistema de Informações do Banco Central, todas realizadas por instituições credenciadas;[15] b)

14. Chega a causar perplexidade, conquanto retrate de forma fidedigna a realidade, a franqueza da autoridade monetária brasileira no referido livreto quando indaga: "quem não teve a experiência de, ao viajar para o exterior, ter de recorrer ao paralelo para adquirir moeda estrangeira além do limite de US$ 1.000,00 estabelecido pelo Banco Central? Quem quisesse comprar divisas, legalmente, além desse limite, tinha de fazer um pedido ao Banco Central que, em épocas passadas, sistematicamente negava."

15. "O Sisbacen – Sistema de Informações do Banco Central é um sistema eletrônico de coleta, armazenagem e troca de informações que liga o Banco Central aos agentes do sistema financeiro nacional. Visto ser obrigatório o registro de todas as operações de câmbio realizadas no País, o Sisbacen é o principal elemento de que dispõe o Banco Central para monitorar e fiscalizar o mercado". (*O que é câmbio.* Disponível em www.bacen.gov.br/pre/bc_atende/port/cambio.asp à época da elaboração da presente monografia (segundo semestre de 2004). No endereço, atualmente (setembro de 2006), consta a mensagem "conteúdo em revisão").

necessidade de identificação do residente no Brasil quando comprasse moeda estrangeira, dispensada a identificação do vendedor, fosse ele brasileiro ou estrangeiro.

Inicialmente restrito à satisfação das necessidades de moeda estrangeira em viagens internacionais – daí ter sido logo alcunhado de "dólar-turismo" – o mercado de taxas flutuantes foi ampliado em março de 1990 para tornar-se a regra, através da Resolução 1.690/1998 do Conselho Monetário Nacional, que permitiu às instituições financeiras credenciadas pelo Banco Central a contratação de quaisquer operações de câmbio a taxas livremente pactuadas, eliminando limites para posições de compra e venda de moeda estrangeira. Trata-se de sistema caracterizado como de "flutuação suja", "no sentido de que o mercado é livre para determinar a relação de troca entre o cruzeiro e o dólar, mas sofre intervenções do Banco Central para suavizar essas oscilações ou estabelecer o preço do dólar".[16]

Destarte, de um cenário onde o Banco Central atuava diariamente para determinar a taxa de câmbio, autorizando toda e qualquer operação de compra de moeda estrangeira, evoluiu-se para um panorama onde os agentes do mercado podem adquiri-la a seu livre talante, no montante que bem entenderem, cabendo à autoridade monetária intervir no mercado tão-somente quando necessário para manter a níveis desejados as reservas internacionais.

Nos anos subseqüentes à criação deste novo segmento, o Banco Central viu-se sensivelmente aliviado em sua posição de caixa, agora oxigenada pelos dólares que antes circulavam pelo *black*[17] e por uma política que soube dar, com maior freqüência, respostas práticas corretas aos movimentos de mercado,[18] de

16. ZINI JR., Álvaro Antonio, ob. cit., p. 18.

17. De acordo com as estatísticas apresentadas pelo professor ZINI JR., "o item Viagens Internacionais no Balanço de Pagamentos passou de um déficit de US$ 600 milhões em 1988 para um superávit de US$ 474 milhões em 1989 e um pequeno déficit de US$ 122 milhões em 1990". (Ob. cit. p. 23).

18. Interessante exemplo do ora afirmado, versando sobre fato ocorrido logo após a adoção do regime de taxas flutuantes, foi registrado pelo professor Garofalo Filho: "O Banco Central perce-

forma a escancarar que o caminho para equacionar a crise cambial que se desenhava anos antes residia na adoção de providências administrativas de controle, mesmo que estas, como foi o caso do câmbio flutuante, facilitassem a saída de moeda do país, em rota de colisão com a *ratio* da repressão penal,"numa aparente contradição e condição *sine qua non* para estimular o ingresso e manutenção de capitais".[19]

De lá para cá o regime cambial do país seguiu este mesmo viés de liberalização, extinguindo-se quase que por completo a necessidade de autorização pontual para a aquisição de divisas em transferências internacionais de capital, eliminando-se, demais, limites quantitativos em inúmeras modalidades de operações desta natureza, de sorte a situar o Banco Central cada vez como uma espécie de "guarda noturno" do mercado de câmbio, mero expectador do jogo, que intervêm apenas quando estritamente imprescindível para assegurar o poder aquisitivo da moeda nacional, sua missão precípua.

Dentro deste contexto, radicalmente diverso do quadro de severo racionamento de divisas outrora vigente, a figura típica *sub examen* ganha uma feição não apenas ilegítima, por ter eleito como objeto de proteção uma mera função estatal, desprovida de densidade axiológica pré-normativa, mas efetivamente despicienda à luz do caráter fragmentário do direito penal. Isto porque providências outras, atreladas às políticas econômicas que se sucederam ao longo dos anos – merecendo destaque o Plano Real, que criou a moeda homônima hoje consolida-

beu ser impossível manter-se fora do mercado, (...) mas tinha um conflito mesmo ético: os bancos que montaram as posições compradas, apostando contra a política do Banco Central, em caso de desvalorização seriam os grandes beneficiados. Além disso, era muito cedo para destruir o discurso de taxas livres e posições livres compradas e vendidas. Impasse! (...) Surgiu uma idéia (...): as posições, compradas e vendidas, permaneceriam livres, porém, tudo que excedesse a US$ 2 milhões deveria ser objeto de depósito no próprio Banco Central. Em suma, se os bancos acumulassem dólares esperando sua valorização seriam obrigados a estocá-los no próprio Banco Central que assim disporia de um volume razoável de divisas para vender ao próprio mercado que apostava contra a política. Simples, antipático e eficiente. A partir daí, ajudado pelo desânimo dos bancos que rapidamente desmontaram suas posições compradas, o Banco Central operou com tranqüilidade no mercado, mantendo o cruzeiro sobrevalorizado (...)." (Ob. cit., p. 306-307).

19. GAROFALO FILHO, Emilio, ob. cit., p. 425.

da, estável há aproximadamente dez anos –, vêm se mostrando *quantum satis* eficazes para assegurar a higidez das reservas cambiais e o poder aquisitivo da moeda brasileira, permitindo-lhes atravessar, ainda que com alguns arranhões, mais ou menos graves, as crises internacionais de mercado que se materializam em ciclos.[20]

Diante desta insofismável realidade, em 1994 um seleto grupo formado pelos maiores especialistas em câmbio do país, num esforço modernizador, reuniu-se em dois seminários promovidos nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, patrocinados por diversas instituições do mercado financeiro,[21] ao fim do qual a Fundação Getúlio Vargas, levando em conta as teses esgrimidas e consolidadas, confeccionou um projeto de lei, ofertando-o ao Poder Legislativo, com vistas a disciplinar "as operações de câmbio, o cadastramento e o tratamento dispensado ao capital estrangeiro no Brasil".

De acordo com o art. 1.º deste projeto, "o fluxo de divisas e moedas entre residentes e não residentes é livre, não sendo objeto de restrições de qualquer espécie, além dos casos previstos nos artigos 3.º e 4.º desta lei." Estes dispositivos, por sua vez, estabelecem a hipótese em que o Conselho Monetário Nacional poderia impor, por tempo limitado, restrições ao fluxo de capitais entre residentes e não residentes, vale dizer, caso as Reservas Internacionais do Banco Central viessem a cair a nível correspondente ao valor de quatro meses de importações correntes, ou ante a iminência de tal situação. Nos termos da exposição de motivos do projeto de lei, "assistimos até agora a um processo de flexibilização cambial, com dualidade de mercados (*rectius*: o de taxas flutuantes e o paralelo), o que

20. A título de exemplo da diametral mudança de panorama à qual se refere, merece destaque notícia publicada no periódico *O Globo* do dia 25.11.2004, p. 27, seção de economia, acerca da quebra de recorde superavitário das contas externas do país no mês de outubro, considerando o saldo consolidado em transações correntes (soma de comércio exterior, pagamento de juros, viagens internacionais, remessa de lucros e dividendos) no valor de US$ 1 bilhão, o maior desde o início da série histórica, em 1947.

21. Nomeadamente a Bolsa de Valores de São Paulo, a Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, a Bolsa de Mercados e Futuros, a Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro, a Associação Nacional do Ouro e a Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos.

a experiência de outros países demonstra não ser recomendável. Assim, propõe-se uma liberalização do câmbio, uma descriminalização total das operações de compra e venda de moeda estrangeira, enfim, uma mudança de paradigma."[22]

A presente investigação, a toda evidência, não tem por escopo defender o acerto ou o equívoco da proposta de liberação irrestrita do câmbio, debate afeto aos economistas. Mas resta claro, de qualquer forma, que o tipo penal de evasão de divisas, por seu patente anacronismo, consubstancia, hoje, uma nota dissonante agredindo a sintonia do regime cambial adotado. E que, de mais a mais, não tem lugar dentro dos processos de integração econômica *inter nationes* que se desenvolvem ao redor do mundo, pois, como bem observado pelo eminente jurista e professor José de Faria Costa, "se todo comportamento, quer individual, quer colectivo, está inexoravelmente determinado pelo fenómeno da globalização, então, os comportamentos criminais, também eles não podem deixar de ser determinados por essa mesma realidade."[23]

Nesta ordem de idéias, é interessante antever, numa visão otimista, que o Mercado Comum do Cone Sul – Mercosul –, embora ainda esteja em sua primeira fase de implementação, destinada à criação de uma zona de livre comércio,[24] naturalmente caminhará para o próximo estágio em médio prazo, com a formação de uma união aduaneira, caracterizada pela comunhão dos direitos de li-

22. Todas as informações acerca deste projeto de lei, cuja tramitação não logramos identificar nos sítios de internet da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, foram obtidas em Garofalo Filho, ob. cit., p. 386-393.

23. O fenómeno da globalização e o direito penal ecnonómico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, abr.-jun. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11. Sublinhe-se, em vivas cores, que não estamos aqui a hastear incondicionalmente a flâmula da globalização, cujos perniciosos efeitos são hoje objeto de inúmeros e acertados estudos, mas apenas a sustentar que, à vista de seu contexto econômico, trazer para o campo do direito penal operações de câmbio no mercado financeiro internacional, um dos pilares do desenvolvimento de qualquer país, afigura-se anacrônico e desnecessário.

24. NASCIMENTO SILVA, Luciano. O Mercosul e o direito penal econômico. *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, n. 2, 2001, p. 93. Segundo o autor, os estágios seguintes para consolidação do Bloco residem na criação de um mercado comum e na consagração das uniões econômica e monetária.

vre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais, de molde a ensejar, inexoravelmente, a *abolitio criminis* conduta de evasão de divisas.[25] Tal como se verifica atualmente na União Européia, onde figuras típicas assemelhadas ou análogas à evasão de divisas brasileira se tornaram peças de museu, desprovidas de importância na agenda do legislador na seara criminal.

4. Direito Europeu

O processo de integração entre os países europeus, há décadas em andamento, tendo ultrapassado a esfera comercial para alcançar o extremo da comunhão monetária, conduziu o Velho Mundo a uma posição de vanguarda jurídica no Globo, permitindo-lhe a concretização efetiva de um direito comunitário, partilhado por todos os Estados-membros do Bloco, hoje unificado sob a égide do Tratado da União Européia (Maastricht, 1992).

Como não poderia ser diferente, este processo de integração, em seu ângulo jurídico, trouxe importantes conseqüências para as legislações dos países agregados ao Bloco, produzindo fenômenos inéditos que vêm constantemente ocupando os juristas europeus, aqui nos interessando, em especial, o denominado efeito despenalizador do direito comunitário.

O direito comunitário, com efeito, ostenta supremacia em face do direito interno dos Estados-membros, rendendo ensejo, na esfera penal, "a lo que la doctrina denomina ius puniendi en sentido negativo de las Comunidades", particularmente em dois tipos de situações: "en primer lugar, cuando el derecho comunitario genera un derecho o una libertad a favor de los ciudadanos, cuyo legítimo derecho actuaría como una causa de justificación frente a la norma penal

25. Em abono desta visão otimista, enquanto escrevemos foi publicada no Jornal *O Globo* de 11.12.2004, p. 40, seção de economia, notícia acerca da proximidade do ingresso de um novo sócio do Mercosul, o Equador, a ser concretizado na próxima reunião de Cúpula do Bloco em Ouro Preto, Minas Gerais, passando então, com isso, a figurar ao lado de Brasil, Bolívia, Chile, Peru e Venezuela.

nacional; en segundo término, cuando es la propia conducta prevista en la legislación nacional la que resulta incompatible con la norma comunitaria, en cuyo caso no se podría continuar aplicando dicha norma penal".[26] Por conseguinte, surge a obrigação de que "los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros interpreten el Derecho Nacional conforme al Derecho comunitario ya desarrollarlo a la luz del mismo."[27]

O presente tópico, como já resta claro, tem por objetivo analisar, em breves linhas, o impacto das disposições legislativas comunitárias relacionadas com o fluxo de capitais entre os Estados-membros sobre tipos penais que incriminavam operações de câmbio de remessa de valores para o estrangeiro, tendo como norte os ordenamentos jurídicos de Portugal e de Espanha, que, como nós, seguem o paradigma romano-germânico da *civil law*.

4.1 Portugal

O crime de câmbio ilegal, tal como chamado pela doutrina portuguesa, tinha assento no Dec.-lei 630/76, cujo art. 1.º descrevia as seguintes condutas:

São punidos com prisão, sem prejuízo de sanção mais grave que resulte da lei geral, aqueles que promovam ou executem, com inobservância dos condicionamentos legais:

a) A importação, exportação, reexportação de capitais entre residentes no território nacional e residentes no estrangeiro;

b) Todas as operações de liquidação das transacções referidas na alínea antecedente, incluindo as de compensação;

c) Qualquer operação expressa em moeda estrangeira ou a esta relativa;

26. TEJADO LLORENTE, Maria Luisa. Las relaciones entre el derecho comunitario e el derecho penal. *Actualidad penal*, n. 3, Madrid, 19 al 25 de enero de 1998, p. 51-52.

27. DANNECKER, Gerhard. *Evolución del derecho penal y sancionador comunitario europeo*. Trad. Carmen Bascón Granados. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 65.

d) A compra e venda de notas estrangeiras, ouro, prata, metais e pedras preciosas e ainda toda a operação que envolva a aquisição ou alienação de meios de pagamento sobre o estrangeiro;

e) A exportação ou a saída, para o estrangeiro, de ouro, notas, moedas metálicas e quaisquer meios de pagamento, metais e pedras preciosas, objectos destes materiais, títulos de crédito e de quaisquer outros que possam implicar entregas ou pagamentos em escudos a não residentes ou a favor destes.[28]

Dentre os condicionamentos legais aos quais se refere o *caput* do art. 1.º, vamos encontrar, nos termos do Dec.-lei 44.699/62, a necessidade de se submeter ao crivo do Banco de Portugal quaisquer operações de compra e venda de ouro e moeda estrangeira, ou qualquer operação que envolvesse aquisição ou alienação de meios de pagamento sobre o estrangeiro.

O crime de câmbio ilegal, à símile da evasão de divisas brasileira, também veio à tona num contexto emergencial, levando em conta que Portugal "vivera, no ano de 1975, uma situação de forte crise econômica, que impunha uma gestão conjuntural da economia portuguesa. Tendo em conta o facto de se viver um período de relativa estabilidade política, procurou atingir-se igualmente a estabilização econômica, em particular, pela via do controlo de câmbios, tentando-se suster a fuga de capitais do país, preocupação visível no diploma objecto de análise neste Capítulo."[29]

O primeiro passo para a descriminalização das condutas em foco foi dado com o Tratado de Adesão às Comunidades Européias, assinado em junho de 1985

28. O preceito secundário encontrava-se alinhado no art. 2.º do mesmo diploma, preconizando o seguinte: 1. A pena estabelecida no artigo anterior tem o limite máximo de um ano, quando o valor do acto ou operação não exceda 20.000 $ e o limite máximo de dezoito meses, quando o mencionado valor seja superior a 100.000 $; 2. Quando houver mera negligência, a pena de prisão não pode exceder seis meses. A profunda diferença entre a dosimetria penal portuguesa e brasileira, como se vê, dá bem a medida do truculento clima de terror que se buscou implantar com a incriminação da evasão de divisas entre nós.

29. REIS FONSECA, Miguel José. Efeitos positivos do direito comunitário no ordenamento penal português: o crime de câmbio ilegal e a moeda única. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Diretor: Professor Jorge de Figueiredo Dias, ano 10, fasc. 1, jan.-mar. 2000, p. 232.

por Portugal, que passou então a ficar vinculado ao Tratado da Comunidade Econômica Européia (Roma, 1957). Este, com efeito, previa a eliminação das limitações existentes quanto à circulação, entre os Estados-membros, de mercadorias, pessoas e capitais, ressalvando, no entanto, que tais medidas seriam promovidas "na medida em que tal fosse necessário ao bom funcionamento do mercado comum". Deste modo, apenas com o advento, em junho 1988, da Diretiva 88/361,[30] editada pelo Conselho da Comunidade Econômica Européia (CEE), foram de fato suprimidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre residentes na comunidade, medida cuja vigência, em Portugal, teve início a partir de 01.01.1993. Ampliando ainda mais estes horizontes, o art. 73-B do Tratado da União Européia vedou qualquer tipo de restrição aos movimentos de capitais não somente entre os Estados-membros, mas também entre estes e países terceiros, a partir de 01.01.1994, conquanto tenha o art. 73-F deste mesmo Diploma reservado a possibilidade de aplicação de medidas de salvaguarda, por período limitado, em face de circunstâncias excepcionais, quanto ao fluxo de capitais provenientes ou com destino a países estranhos à União Européia.

Diante desta contundente modificação de cenário, o ilustre professor Miguel José Reis Fonseca arremata, com razão, seguro nos denominados efeitos negativos do direito comunitário, que "no seio da Comunidade Européia, não são mais aplicáveis as disposições penais internas analisadas na 1.ª parte, referentes às transacções de moeda estrangeira. Assim, não são puníveis as operações cambiais entre países membros que sejam efectuadas em contravenção da regulamentação contida em diplomas como os Decretos-Leis 44.698 e 44.699 (já referidos no Capítulo I) e em geral de toda a regulamentação tornada inaplicável com o Direito Comunitário."[31]

30. As Diretivas, segundo Rogelio Gómez Guillamón, consubstanciam "la expresión más significativa del llamado Derecho derivado, constituido por las normas emanadas de las instituciones comunitarias, em oposición al Derecho primario, formado por los tratados constitutivos de las Comunidades", revestindo-se de caráter vinculante para os Estados-membros. (Delitos monetários. La sentencia del TJCEE de 23 de febrero de 1995. *Revista Del Ministério Fiscal*, n. 2, Madrid, jul.-dec. 1995, p. 294).

31. Ob. cit., p. 239-240.

4.2 Espanha

O direito criminal espanhol contempla uma categoria de delitos denominados monetários, outrora alocados no art. 6.º da Lei 40/79, diploma que veio a ser alterado pela Lei Orgânica 10/83, muito embora sem trazer modificações quanto ao esquema das condutas penalmente típicas, que se encontravam assim descritas:

Cometen delito monetario los que contravinieren el sistema legal de control de cambios mediante cualquiera de los actos u omisiones siguientes, siempre que su cuantía excede de 2.000.000 pesetas:

A) Los que sin haber obtenido la preceptiva autorización previa o habiéndola obtenido mediante la comisión de un delito:

1.º. Exportaren moneda metálica o billetes de Banco españoles o extranjeros, o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro de crédito, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera;

2.º. Importaren moneda metálica española o billetes del Banco de España, o cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito cifrados en pesetas;

3.º. Los residentes que a título oneroso adquieran bienes muebles sitos en el extranjero o títulos mobiliarios emitidos en el exterior y los residentes que aceptaran préstamos o créditos de no residentes o se lo otorgaran, o garantizasen obligaciones de no residentes;

4.º. Los que en territorio español aceptasen cualquier pago, entrega o cesión de pesetas de un no residente, o por su cuenta, o los realizaren en su favor o por su cuenta.

B) Los residentes que no pusieren a la venta, a través del mercado español autorizado, y dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad, las divisas que posean.

C) El que obtuviere divisas mediante alegación de causa falsa o por cualquier otra forma ilícita.

D) El que destinare divisas lícitamente adquiridas a fin distinto del autorizado.

O culto profesor Manuel Cobo del Rosal aduz severa crítica à incriminação em exame, ao argumento, tangente àqueles consignados no tópico 2 supra, de que "cuando lo que se eleva a la condición de objeto protegido penalmente es la infracción de meros intereses administrativos (ausencia de autorización), el ataque a los mismos carece de la necesaria lesividad social, requisito ineludible, en puros principios, para constituir el desvalor penal, dando lugar, a lo sumo, a un mero injusto administrativo, perseguible, en su caso, por esa vía y no por la penal."[32]

De toda sorte, uma elementar inserta no *caput* da norma penal incriminadora – a ofensa ao sistema de controle de câmbios, integrada pelo Real Decreto 2.402/80, onde se previa a necessidade de autorização prévia para várias das operações elencadas no art. 6.º da Lei 40/79 –, foi duramente alvejada pelo Real Decreto 1.816/91, que, sob o influxo direto da já referida Diretiva 88/361/CEE,[33] estabeleceu:"son libres los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos entre residentes y no residentes, o transferencias al o del exterior, a que se refieren los artículos 1 y 2 de la Ley 40/79 (...), sin más excepciones que las que se deriven de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 del presente Real Decreto (...)". Dentro desta ressalva, rezava o artigo 4.º:"la salida del territorio nacional de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, es libre. No obstante lo anterior, dicha salida estará sometida a declaración cuando su importe sea superior a 5.000.000 de pesetas por persona y viaje." O art. 10 do Real Decreto 1.816/91, a seu turno, preconizava que o descumprimento desta obrigação de declaração, com este novo parâmetro de valor, sujeitaria os infratores aos rigores da Lei 40/79.

Instado a se manifestar sobre a matéria em fevereiro de 1995, na forma do art. 177 do Tratado de Roma, em decorrência de questão prejudicial suscitada no

32. Los llamados "delitos monetarios"en la actualidad. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 47, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, p. 342.

33. A Espanha aderiu ao Tratado da Comunidade Econômica Européia em junho de 1986.

curso de processo criminal que tramitava perante juízo espanhol, versando sobre a prática de exportação ilegal de dinheiro, no sentido de questionar se a adequação típica da conduta seria compatível com a Diretiva 88/361/CEE, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, "el único órgano competente para resolver las cuestiones que se susciten sobre la interpretación del ordenamineto comunitario",[34] consagrou o entendimento de que "los artículos 1 y 4 de la Directiva 88/361/CEE (...) se oponen a que la exportación de monedas, billetes de banco o cheques al portador se supedite a una autorización previa, pero, por el contrario, no se oponen a que dicha operación se supedite a una declaración previa". Destarte, "se ha despenalizado el delito monetario definido en el articulo 6.A), 1.º e 2.º da Ley Organica 10/83, sobre régimen legal de control de cambios, consistente en la exportación o importación sin autorización previa de moneda metálica o billetes de Banco españoles o extranjeros."[35]

Não obstante, em junho de 1995, o Tribunal Supremo Espanhol decidiu que subsistiria o delito monetário de exportação clandestina de capitais em quantias superiores a 5 milhões de pesetas, ao fundamento de que, por força do Real Decreto 1.816/91, o requisito normativo da falta de autorização administrativa teria agora sido substituído por outro, a ausência de declaração do agente.[36]

Contra este posicionamento, o professor Cobo del Rosal esgrima argumentos irrespondíveis, em especial de que se estaria a criar um novo tipo penal por via oblíqua, em franca ofensa ao princípio basilar da legalidade, já que "la materia penal solo puede regularse mediante una Ley (orgânica) no permitiéndose al reglamento 'una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley".[37]

34. CALDERON CEREZO, Angel. Delitos monetarios: ¿Punto final? *Actualidad PENAL*, n. 18, Madrid, 28 abril/5 mayo 1996, p. 316.

35. GUILLAMÓN, Rogelio Gómez, ob. cit., p. 287. Endosando a tese, COBO DEL ROSAL, ob. cit., p. 346.

36. CALDERÓN CEREZO, ob. cit., p. 315.

37. Ob. cit., p. 340.

É que o art. 81.1 da Constituição Espanhola prevê a reserva absoluta de Lei Orgânica para dispor sobre matéria relacionada a direitos fundamentais, razão pela qual um mero Real Decreto não poderia ser prestar à criação de tipos penais, com o estabelecimento de penas privativas de liberdade.

De outra parte, segundo o professor, não se justifica, em termos de proporcionalidade, que, enquanto se tenha descriminalizado todo e qualquer tipo de transação e transferência para o exterior, pouco importando a quantia envolvida, se mantenha a tutela penal, de forma absolutamente casuística, para a exportação física de moeda, sem declaração perante a autoridade competente, em valor superior a 5 milhões de pesetas.[38] De sorte que "la no obtención de declaración constituiría infracción administrativa, sin responsabilidad penal aun cuando se trate de desplazamientos superiores a los cinco millones de pesetas por haber desaparecido el requisito de la autorización previa, integrador de la norma penal en branco".[39]

A celeuma acabou por provocar a Consulta 1/96 dirigida a *Fiscalía General del Estado*, que se posicionou no sentido de que "no se debía perseguir por la vía penal los actos de exportación de capital sin declaración, tanto sean inferiores como superiores a 5.000.000 de pesestas, (...) sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a las autoridades administrativas a los efectos legales procedentes y por si en ámbito legal fuera aplicable alguna sanción".[40]

5. Evasão de divisas?

Dissecada a ilegitimidade da *ratio* fundante do tipo penal de evasão de divisas, mera função de controle cuja carga ética foi fincada pela norma, exposto

38. Ob. cit., p. 341.

39. CALDERON CEREZO, ob. cit., p. 317.

40. BAJO, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 2001, p. 361.

seu descompasso com o regime cambial atualmente em vigor no Brasil, que revela sua desnecessidade à vista do caráter fragmentário do direito penal, e demonstrado seu anacronismo em contraste com o atual estágio de evolução da ciência jurídica européia, melhor ajustada aos processos de integração econômica entre as nações, cumpre analisá-lo amiúde tal como posto entre nós, já que aí se encontra há cerca de 18 anos em plena vigência, importando-nos especialmente, neste primeiro momento, contestar, com o vigor que o encargo exige, uma visão equivocada a seu respeito que costuma ser aceita sem maiores questionamentos entre os operadores do direito no Brasil.

Com efeito, encontra-se enraizado no país um ângulo de visão sobre a conduta de evasão de divisas que, a grosso modo, mas sem exageros, pode ser esquematizado através do seguinte silogismo: Premissa maior – o agente é titular de valores no estrangeiro; Premissa menor – estes valores não foram transferidos para o estrangeiro pelas vias oficiais; Conclusão – Houve evasão de divisas.

Esta perspectiva está imbricada à idéia de que o momento consumativo do delito se dá com a transposição da moeda para além dos limites do território nacional, pois, com isso, estaria efetivada a promoção da sua saída para o estrangeiro, proporcionando, por conseguinte, a redução das reservas cambiais do país, cuja preservação, a fim de atender à política governamental, reflete o objeto da tutela penal segundo a doutrina.[41] O ilustre Procurador da República Rodolfo Tigre Maia, neste passo, afirma que o *iter* do injusto se encerra "quando são ultrapassadas as fronteiras do território nacional".[42] Da mesma forma, o culto advogado Nilo Batista sustenta que "não há dúvida de que só com a real 'saída de moeda ou divisas' do território brasileiro estará o delito consumado",[43] ao passo que o

41. Por todos, TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 135.

42. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 137.

43. Consumação e tentativa no crime de evasão de divisas. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. Org. Sérgio Salomão Shecaria. São Paulo: Método, 2001, p. 255.

douto Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, sem destoar, assevera que "na lavagem de dinheiro, a moeda tem de sair do território nacional, momento em que tipifica a evasão de divisas".[44]

No entanto, *data venia*, a supervalorização deste aspecto denota um desvio de perspectiva, que tem o condão de eclipsar o ponto nevrálgico da problemática.

A evasão de moeda do país, em verdade, não deve ser associada à transposição das suas fronteiras físicas. Pois, a se adotar semelhante raciocínio, força seria reconhecer que o próprio Banco Central do Brasil seria o principal agente da saída de divisas do território nacional, considerando as robustas posições em moeda estrangeira que mantém em diversas instituições financeiras no exterior para honrar os compromissos do país no mercado internacional. As reservas do Banco Central não estão alocadas num gigantesco cofre repleto de notas de dólar em Brasília, semelhante àquele pertencente ao famoso personagem de *Walt Disney*. Suas posições em moeda estrangeira encontram-se escrituradas no exterior, fora dos limites do território nacional, mas sob a sua própria titularidade, aqui residindo, precisamente, o aspecto merecedor de realce.

O que caracteriza a saída de moeda do país, de fato, é a transferência da titularidade de posição em moeda de um residente para um não residente no país. Somente quando isto se verifica as reservas de divisas do país sofrem efetiva redução. Caso um residente no Brasil transfira determinado valor para a conta no exterior de um outro cidadão também residente no Brasil, não se pode de forma alguma cogitar da ocorrência de evasão de divisas, pois aquela quantia permanece integrando as reservas cambiais brasileiras, que, deste modo, não sofrem qualquer prejuízo. Este conceito veio a ser inclusive positivado pelo próprio Banco Central do Brasil através do art. 7.º da Cir-

44. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, ano 21, n. 70. No Brasil, os crimes contra o sistema financeiro nacional, dentre os quais a evasão de divisas, encontram-se insertos no rol de delitos antecedentes da lavagem de dinheiro, nos termos do art. 1.º da Lei 9.613/98.

cular 2.677/96,[45] ainda que com o tradicional hermetismo característico dos atos normativos da entidade, nos seguintes termos: "para fins e efeitos desta Circular, caracterizam: (...) II – saída de recursos do país os créditos efetuados pelo banco depositário em contas tituladas por domiciliados no exterior, exceto quando os recursos provierem de venda de moeda estrangeira ou diretamente de outra conta da espécie."

De maior apuro técnico foi a legislação portuguesa, que inseriu expressamente este elemento no tipo penal de câmbio ilegal, ao descrever, à época da sua criação, conforme visto no tópico 4.1 *supra*, "a importação, exportação, reexportação de capitais entre residentes no território nacional e residentes no estrangeiro", em inobservância aos condicionamentos legais. O projeto de lei brasileiro versando sobre matéria cambial elaborado pela Fundação Getúlio Vargas (cf. tópico 3 supra), com base nas propostas dos mais autorizados técnicos em câmbio do país, também pôs em relevo este ponto nodal ao proclamar que "o fluxo de divisas e moedas entre residentes e não residentes é livre, não sendo objeto de restrições de qualquer espécie (...)".[46]

45. Estabelece procedimentos e condições para abertura, movimentação e cadastramento no SISBACEN de contas em moeda nacional tituladas por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no exterior e dispõe sobre as transferências internacionais em reais.

46. "O conceito de Residência (...) baseia-se no critério de centro de interesse econômico de pessoas ou entes nas transações de balanço de pagamentos e independe de critérios jurídicos e de nacionalidade, conforme definição adotada internacionalmente. Assim, uma entidade, pessoa física ou jurídica, é residente de um país quando seu centro de interesse econômico se localiza no território econômico desse país. O conceito de residente compreende, por conseguinte, o governo em todas suas esferas, as pessoas físicas e as instituições privadas em geral, os quais se definem em função do vínculo com a economia do país. De modo mais operacional, são residentes as pessoas jurídicas com sede no país, assim como as pessoas físicas aí domiciliadas, ou que tenham a intenção de assim permanecer, por um período superior a um ano. Desse modo, incluem-se, nessa definição, funcionários de representações estrangeiras, estabelecimentos militares e outras unidades de governo estrangeiro, mas excluem-se tais representações como pessoas jurídicas." (*Estatísticas Bancárias Internacinais: definições de conceitos e procedimentos de apuração*, disponível em www.bcb.gov.br/htms/normativ/NotaTecnicaCCirc2967.pdf) Em Portugal foram trazidos para o campo do direito positivo diversos conceitos econômicos relevantes para a melhor compreensão do tema, a exemplo de operações econômicas e financeiras com o exterior, operações cambiais e a definição de residentes e não residentes, tudo nos termos do Dec.-lei 295/2003. O mesmo foi feito pelo ordenamento espanhol, por meio da Lei 19/2003, que dispôs sobre o *régimen jurídico de los movimientos de capitales de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.*

Em sendo este o cerne da caracterização da evasão de divisas – a transferência de titularidade de valores entre um residente e um não residente –, encerrando o especial fim de agir descrito na cabeça do art. 22 da Lei 7.492/86 e a própria conduta alinhada na primeira parte do parágrafo único deste mesmo dispositivo, é se observar que um conhecido personagem das páginas policiais dos periódicos brasileiros, o denominado *doleiro*, agente do *black*, por mais que se insista em afirmar o contrário, não comete esta modalidade de injusto quando realiza as vulgarmente chamadas *operações cabo*.

Nas operações cabo, que recebem este nome pelo fato de serem efetuadas por telefone – ou ao menos assim eram feitas à época em que surgiram –, o doleiro recebe do interessado dinheiro no Brasil em moeda corrente, em nome próprio ou de "laranjas", para em contrapartida providenciar, com recursos alocados em contas que mantém no exterior em nome próprio ou de terceiros, desconhecidas das autoridades pátrias, o depósito da quantia correspondente convertida para a moeda do país estrangeiro eleito pelo beneficiário da transação, que então alimenta conta que ali já mantinha ou passa a manter. Como esclarece Bruno Ratti, "essas transações são realizadas na base da pura confiança, pois nenhum comprovante é fornecido ao interessado que, deste modo, nada poderá reclamar em caso de falhas ou má-fé por parte dos 'banqueiros' ".[47]

Trata-se de operações clandestinas, ilícitas? Sem sombra de dúvidas, considerando que o art. 65 da Lei 9.069/95 determina que "o ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário". A *ratio* do comando legal reside em que "o regime cambial do Brasil, como já se apontou, é de monopólio do câmbio. Isto significa que os residentes no país, incluindo aí o sistema financeiro

47. Ob. cit., p. 133.

internacional, são obrigados a submeterem todas as suas transações em moeda estrangeira do crivo do Banco Central".[48]

Mas o fato incontroverso de serem tais operações clandestinas, ilícitas, permite a conclusão de que implicam, necessariamente, na prática do crime de evasão de divisas?

Seguramente não.

Isto porque na operação cabo não há saída de divisas do Brasil. Nenhum centavo de real é transferido de um residente no país para um residente no estrangeiro. Bem ao contrário, a quantia contratada permanece em poder do *doleiro*, expressa em reais, literalmente em território nacional, ao passo que ele, o *doleiro*, por meio de conta clandestina que mantém no estrangeiro, disponibiliza fora do Brasil recursos em favor do contratante da operação, no país por este indicado.

O cliente do doleiro deveria ter engendrado esta operação através do Sistema de Informações do Banco Central (SISBACEN), mas não fez, deixando de adquirir moeda estrangeira pelas vias oficiais, perante uma instituição autorizada a operar com câmbio. Por esta ponta da operação, portanto, nenhuma redução das reservas do país foi levada a efeito.

Já o doleiro, a seu turno, um brasileiro residente, por ter adquirido no exterior a moeda estrangeira pertencente às reservas de um outro país, empregada para alimentar as contas dos seus clientes ao redor do mundo, deveria ter submetido tais compras ao crivo do Banco Central, a fim de que se computasse o respectivo incremento das reservas cambiais do Brasil.[49]

Porém, o fato de com sua conduta, de natureza essencialmente omissiva, não ter permitido o ingresso de moeda no estoque de divisas brasileiro não pode

48. ZINI JR., ob. cit., p. 20. O professor, entretanto, adverte que "a determinação do preço da divisa estrangeira (a taxa de câmbio), por sua vez, não deve ser confundida com esta noção de monopólio cambial. A taxa de câmbio é estabelecida pelas forças de mercado e pelas intervenções do Banco Central". (Ob. cit., p. 17-18).

49. Caso o doleiro seja estrangeiro, não residente no Brasil, evidentemente não há de se cogitar de obrigação de submeter as transferências internacionais de dinheiro que promove ao crivo das autoridades brasileiras.

ser interpretado como se fosse a rigor idêntico, sem qualquer distinção, à promoção da saída de divisas do país. Em primeiro porque, como leciona o culto professor e advogado José Carlos Tórtima, "o crime está em promover a saída de recursos para o exterior, fórmula que não pode ser ampliada para assimilar a hipótese de frustrar o ingresso de divisas no País. Fazê-lo seria admitir-se a aplicação analógica em prejuízo do acusado, o que vulnera o já referido princípio da vedação da analogia nessas circunstâncias, inafastável corolário do próprio dogma da reserva legal".[50] Verificar-se-ia na hipótese, eventualmente, adequação a algum tipo de ilícito administrativo, a exemplo daquele previsto no art. 1.º do Dec. 23.258/33, mas não crime de evasão de divisas.[51]

Para que a operação cabo, por si só, pudesse se revestir de adequação típica penal, seria mister previsão legal que dispusesse algo como *suprimir divisas através da omissão de informações às autoridades monetárias*, em termos praticamente idênticos ao crime de sonegação fiscal do art. 1.º, I da Lei 8.137/90? O que não se pode de forma alguma é admitir-se a exegese de que um verbo tão carregado de significado ativo, como é o caso de *promover*, alocado tanto na cabeça como no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86, seja conduzido ao diametral extremo da equiparação à ausência de comunicação do agente.

Sequer nos parece correto falar, como usualmente se fala, em *remessas para o exterior* na espécie de operação em foco, pois esta expressão transmite a idéia, falaciosa, de que divisas pertencentes às reservas nacionais foram destacadas e enviadas para fora do país, quando o que a rigor ocorre é a *disponibilização* de recursos no exterior, feita por um residente no Brasil (o doleiro) em benefício de outro (o cliente), valendo-se ambos de moeda estrangeira integrante do esto-

50. TÓRTIMA, José Carlos. Subfaturamento nas exportações e a conduta típica do art. 22, parágrafo único da Lei n. 7.492/86. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, n. 118, set. 2002, p. 8-9.

51. Art. 1.º do Dec. 23.258/33: São consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas, domiciliadas ou estabelecidas no país, com quaisquer entidades do exterior, quando tais operações não transitem pelos bancos habilitados a operar em câmbio, mediante prévia autorização da fiscalização bancária a cargo do Banco do Brasil.

que de divisas de uma outra nação, que deixa de ser contabilizada no estoque de divisas do Banco Central em decorrência da clandestinidade da via por onde a transação teve curso.

Numa palavra: não havendo transferência de titularidade de moeda entre um residente e um não residente, não há que se cogitar de evasão, fuga ou saída de divisas do país, de sorte que as transações cambiais clandestinas entre residentes no Brasil, visando a disponibilização de recursos no exterior, malgrado eventualmente ilícitas, não possuem o condão de provocar baixas nas reservas do Banco Central. Até mesmo porque, conforme o magistério de Álvaro Zini Jr., Doutor em matéria cambial pela Universidade de Cornell, "o mercado paralelo, por suas características, não é contabilizado para os propósitos do balanço de pagamentos e não implica responsabilidade sobre a posição de reservas internacionais das autoridades monetárias", verificando-se, portanto, que mesmo para os técnicos, em seus cálculos macro-econômicos, as *operações cabo* mostram-se irrelevantes para fins de cômputo das posições em moeda estrangeira do Banco Central do Brasil.[52]

Os arautos da direita penal, hipercriminalizadores por excelência, possivelmente incomodados a esta altura, dirão que estamos a defender a impunidade dos doleiros. Um passar de olhos mais acurado sobre a questão, todavia, basta para derrubar o sofisma.

Como bem observa Nilo Batista, "o delito de evasão de divisas tende a desaparecer, perante os interesses do capitalismo financeiro transnacional que hoje dá as cartas, sendo substituído pela nova estrela da pauta das políticas criminais do empreendimento econômico internacionalmente dominante: a lavagem de dinheiro".[53] De fato, dependendo do perfil do cliente do doleiro e, sobretudo, das circunstâncias do caso concreto, estará ele a assumir o risco de figurar como partícipe ou mesmo co-autor do crime de branqueamento de capitais, na medida

52. Ob. cit., p. 22.

53. Ob. cit., p. 255.

em que, ao disponibilizar no exterior para um residente no Brasil quantias em moeda estrangeira, com a discrição que somente uma conta clandestina é capaz de proporcionar, poderá contribuir para a ocultação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores oriundos de um dos delitos enumerados no art. 1.º da Lei 9.613/98.

Não sendo assim, ou seja, caso os valores recebidos pelo doleiro no Brasil em moeda corrente como contrapartida da operação cabo não sejam provenientes de um dos crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, estará ele, por outro lado, colaborando para a omissão de informações à Receita Federal com o fim de suprimir lançamento de tributo, crime capitulado no art. 1.º, I da Lei 8.137/90, já aludido, uma vez que os referidos valores, oriundos em sua maioria do "caixa dois" de empresas, deveriam ter sido ofertados à tributação mas não o foram, disponibilizando-se-os no estrangeiro, ao invés disso, em contas desconhecidas das autoridades fazendárias brasileiras.[54]

Em síntese, o doleiro continuará sujeito ao peso da *ultima ratio,* mas sob o manto de outros tipos penais que não o da evasão de divisas, numa perspectiva melhor adequada ao contexto jurídico global de repressão à criminalidade econômica. Os periódicos seriam os únicos a sair perdendo com este avanço, visto que teriam de excluir dos seus arquivos de "boas manchetes" a expressão, geralmente talhada em letras garrafais, crime de evasão de divisas.

De resto, antes de encerrar este tópico, não podemos deixar de fazer coro à crítica, consignada pelo professor Arnaldo Malheiros na aula mencionada no tópico 1 supra, quanto à imprecisão do legislador nacional ao importar para a seara jurídico-penal conceito econômico assaz complexo, qual seja, o de divisas, assim,

54. O concurso aparente de normas entre os crimes de manutenção de depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente (art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/86), de ocultação de bens oriundos da prática de delitos antecedentes da lavagem de dinheiro (art. 1.º da Lei 9.613/98) e de supressão de tributo através da omissão de informações às autoridades fazendárias (art. 1.º, I da Lei 8.137/90 ??, reveste-se, em nosso entender, de complexidade suficiente para merecer estudo à parte, a ser engendrado noutra oportunidade com mais vagar.

pura e simplesmente, sem maiores esclarecimentos, de molde a aumentar ainda mais a insegurança e incerteza quanto aos contornos das condutas cuja adequação típica reclama sua presença. Restaria ao cidadão mais informado recorrer, v.g., ao estudo do ordenamento português, onde o legislador enumerou exaustivamente, de forma até repetitiva, mas salutar, os objetos materiais do crime, fazendo menção a capitais, moeda estrangeira, ouro, prata, metais, pedras preciosas, objetos feitos destes materiais, títulos de crédito e quaisquer outros que possam implicar entregas ou pagamentos em escudos a não residentes ou a favor destes.[55] Outra opção seria buscar luzes nos léxicos da economia, por assim dizer, que traduzem o conceito de divisas em "letras, cheques, ordens de pagamento etc. que sejam conversíveis em moedas estrangeiras, e as próprias moedas estrangeiras de que uma nação dispõe, em poder de suas entidades públicas ou privadas".[56]

Tal desprezo pela boa técnica legislativa não chega a causar espécie vindo do responsável pela descrição de condutas como a de gestão temerária, que, a símile da evasão de divisas, de tão imprecisa, deveria instar no exegeta repulsa à sua aplicação, ao invés conduzi-lo, a um viés salvacionista, como costuma ocorrer no Brasil, em possível reflexo da formação acadêmica positivista que impregna as Faculdades de Direito do país.[57]

6. A questão da autorização

Tanto o *caput* como o parágrafo único da Lei 7.492/86 exigem o elemento *autorização* para a configuração da conduta penalmente relevante. Na cabeça do

55. Art. 1.º do Dec.-lei 630/76. Cf. tópico 4.1 supra.

56. SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 14. ed. São Paulo: Best Seller, 2004, p. 181.

57. Na bem lançada advertência de Faria Costa e Costa Andrade, "a utilização de cláusulas gerais na definição da norma incriminadora é uma técnica extraordinariamente perigosa no campo do direito penal já que este é, por excelência, o ramo do Direito que joga com a liberdade das pessoas. Neste sentido, o emprego de uma cláusula geral parece-nos ser de rejeitar liminarmente, porque violador do princípio da tipicidade." (Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. v. 1. Problemas gerais, p. 355).

dispositivo legal pune-se a operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas, ao passo que no parágrafo único o alvo da tutela descansa em coibir a promoção, sem autorização legal, da saída de moeda ou divisa para o exterior. A perfeita compreensão do espectro de abrangência da incriminação, outrossim, passa necessariamente pela análise das situações em que seria, ou não, autorizada a saída de moeda do país.

Nos parece evidente que se está a cuidar de norma penal em branco, a rigor própria, já que, predominantemente, os fios condutores da política cambial – malsinado objeto de proteção eleito –, dentre os quais se inclui a enumeração de operações de câmbio condicionadas à autorização, são fixados por meio de atos administrativos normativos a cargo das autoridades monetárias. Numa perspectiva comparativa, revela-se pertinente a análise dos ensinamentos doutrinários em torno dos tipos penais equivalentes à evasão de divisas nos ordenamentos de Portugal e Espanha, haja vista os pontos de interseção que possuem com a figura típica brasileira, todos a exigir elementos estranhos à norma penal para sua integração, como a ausência de autorização prévia e a inobservância aos condicionamentos legais impostos.[58]

Na mesma ordem de idéias ora em defesa, Manuel Reis Fonseca sustenta, com arrimo em parecer da lavra do mestre Figueiredo Dias, que "o legislador penal optou pela técnica da chamada norma penal em branco, 'deixando assim a uma entidade diversa a fundamentação constitutiva da punibilidade'".[59] Cobo del Rosal, a seu turno, afirma que "estamos, de esa forma, pues, ante uma Ley penal en blanco que, como ha señalado la doctrina científica, tanto permite una situación real de total libertad, como de plena restricción, habida cuenta de las omnímodas y censurables facultades reglamentarias que convede al Gobierno", relembrando, ainda, as ácidas críticas que os doutos dispensam a este tipo de técnica legislativa,

58. Cf. tópicos 4.1 e 4.2 supra.

59. Ob. cit., p. 230.

acoimando-a de inconstitucional por infringir o princípio da reserva legal.[60] Entre nós, perfilha este entendimento o festejado professor Manoel Pedro Pimentel, segundo o qual "tanto na cabeça do artigo, como no seu parágrafo único, encontramos normas penais em branco, do tipo lei incompleta, uma vez que o legislador coloca elementos normativos que carecem de interpretação dependente de outras normas, emanados do mesmo legislador, indicados com as expressões não autorizadas e sem autorização legal".[61]

Afigura-se equivocado, por outro lado, com todas as vênias, o entendimento do insigne Procurador da República Tigre Maia, para quem "não se trata aqui de norma penal em branco, que demande legislação integrativa que fixe os limites autorizados para a exportação de moedas e divisas. A lei tornou, desde logo, ilícita tal conduta; as causas permissivas, se editadas, serão apenas causas de exclusão de tal antijuridicidade ('exercício regular de direito'), mas a aplicação do tipo independe de tais normas".[62] A seguir-se semelhante linha de raciocínio, forçosa seria conclusão de que todo empresário brasileiro residente que importa produtos de outro país estaria a praticar a conduta penalmente típica, já que, ao efetuar pagamentos pela via oficial aos seus fornecedores, transfere a titularidade de moeda integrante do estoque de divisas nacional para uma pessoa, física ou jurídica, domiciliada no exterior. Da mesma forma, ao tomar um copo de um bom vinho português numa viagem de férias, todo brasileiro residente estaria enquadrado à moldura do tipo, já que, para tanto, teria de entregar euros que lhe pertencem, adquiridos no Brasil, para o dono do estabelecimento na Europa.

60. Ob. cit., p. 335-336.

61. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 157-158. Não nos parece correto, entretanto, fixar o caráter exclusivamente impróprio deste exemplo de norma penal em branco, pese embora também possa ostentá-lo, eis que a regulamentação de matéria cambial se dá, predominantemente, como já afirmado, através de atos administrativos normativos, editados em instância legislativa de grau inferior, a exemplo de Resoluções do Conselho Monetário Nacional e Circulares do Banco Central do Brasil.

62. Ob. cit., p. 136-137.

Por demais óbvio, estes dois prosaicos exemplos, que se repetem na prática inúmeras vezes ao longo de um único dia, versando sobre rotinas econômicas regulares e básicas de qualquer país, não encerram hipóteses permissivas, que afastam a ilicitude da conduta. Caso desejasse de fato tornar ilícita como regra a saída de moeda do país, o legislador teria descrito a conduta *promover a evasão de divisas,* sem qualquer menção à falta de autorização legal. Tal como fez em relação ao delito de homicídio, descrito no art. 121, *caput* do CP como *matar alguém,* e não *matar, sem autorização legal, alguém.* Ao criar um espaço de incriminação, o legislador não necessita frisar que o comportamento descrito não é autorizado, pois a vedação à sua prática é da própria essência desta espécie de norma penal. Se o faz, isso significa que está remetendo o intérprete a uma outra norma, de cunho auxiliar, onde o espectro de abrangência da tutela será fixado.[63]

Além disso, a proposta de se reputar proibida, porquanto ilícita, como regra, toda e qualquer promoção de saída de divisas do país, e o que é pior, sob o anátema do direito penal, traz "cobertura para uma perigosa modelação ou direcção da vida económica que contraria o princípio da liberdade de exercício de actividades económicas, essencial ao sentido da economia de mercado. Seguindo-o, ir-se-ia esfacelar a força dinamizadora da livre iniciativa, negando a finalidade do lucro que largamente promove o desenvolvimento e o progresso económicos".[64]

Estamos diante de norma penal em branco.

63. De acordo com o magistério de Luiz Regis Prado, "a lei penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação. Isso vale dizer: a hipótese legal ou prótase é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatada/determinada por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal. Utiliza-se assim do chamado procedimento de remissão ou de reenvio a outra espécie normativa, sempre em obediência à estrita necessidade". (*Curso de direito penal brasileiro:* parte geral. v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-146).

64. CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. v. 1. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 297. O mestre aqui dirige sua crítica ao direito penal econômico como um todo.

Cumpre, outrossim, buscar os elementos que a integram, sendo oportuno, para tanto, fazer análise em apartado das situações referentes aos mercados de câmbio manual e de câmbio sacado.

O mercado de câmbio manual "nada mais é do que o comércio de dinheiro em espécie quando pelo menos uma das moedas transacionadas for de país estrangeiro. São transacionadas não apenas as cédulas bancárias, como também moedas metálicas em circulação. O câmbio manual, porém, é muito limitado; é utilizado praticamente por viajantes que se dirigem para o exterior e que, assim, adquirem os recursos para atender às despesas pessoais fora do país, bem como por viajantes que procedem do exterior e que necessitem adquirir moeda nacional".[65] O § 1.º [vide MedProv 320/2006, manter texto original. A nota de rodapé adiante inserida dará conta da alteração legislativa] do art. 65 da Lei 9.069/95, analisado no tópico 5 *surpa*, excepciona a obrigatoriedade da saída de divisas do país pela via bancária para permitir o porte, em espécie, de quantia equivalente a no máximo dez mil reais (incisos I e II). Para valores acima deste patamar, é necessária que a saída seja comprovada na forma prevista na regulamentação pertinente (inciso III).[66] Esta, por sua vez, veio através da Instrução Normativa 120/1998 (a informação sobre a alteração constará da NR seguinte) da Secretaria da Receita Federal, que instituiu a Declaração de Porte de Valores, a ser preenchida pelo viajante quando em posse de recursos em moeda nacional ou estrangeira em montante superior a dez mil reais ou seu equivalente em outra moeda.[67] Assim, como

65. RATTI, Bruno, ob. cit., p. 129-130.

66. Posteriormente à apresentação da presente monografia (segundo semestre de 2004), sobreveio alteração legislativa sobre o dispositivo em questão, notadamente por meio da MedProv 320, de 24 de agosto de 2006, que, acrescentando parágrafos ao artigo 65 da Lei 9.069/95, suprimiu aquele limite de dez mil reais, transferindo ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixá-lo, mantendo a permissão ao viajante para o porte em espécie de valores que o excedam, desde que comprovada sua saída na forma prevista na regulamentação pertinente.

67. Em fevereiro de 2006, com o advento da Instrução Normativa 619 da Secretaria da Receita Federal, a Declaração de Porte de Valores (DPV) foi substituída pela Declaração Eletrônica de Porte de Valores (e-DPV), a ser apresentada via internet no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br/DPV,

bem anota Tórtima, "desde que preenchida a Declaração de Porte de Valores (DPV), (...) não está mais o viajante sujeito aos antigos (e irreais) limites para o transporte de numerário ao embarcar para o exterior".[68]

Resta então saber se a falta de preenchimento da DPV poderia ser interpretada como equivalente à saída não autorizada de divisas do país. Mais uma vez, a análise do direito europeu mostra-se pertinente ao esclarecimento da controvérsia.

No tópico 4.2 supra, tivemos a oportunidade de observar que o Supremo Tribunal Espanhol sufragou o entendimento de que o Real Decreto 1.816/91 extinguiu o requisito da autorização administrativa em relação ao crime de exportação clandestina de capitais em quantias superiores a 5 milhões de pesetas, substituindo-o, não obstante, pela a necessidade de declaração do porte dos valo-

sempre que o viajante deixe o país ou nele ingresse portando valores em espécie, cheques ou cheques de viagem em quantia superior a dez mil reais ou o equivalente. Como a MedProv 320, de 24.08.2006 suprimiu o limite de dez mil reais anteriormente previsto no art. 65 da Lei 9.069/95, parece-nos que revogou esta Instrução Normativa neste ponto, já que consubstancia diploma posterior e hierarquicamente superior. Seria necessária, portanto, para reestabelecer o limite ou fixar outro, a edição de novo ato normativo disciplinando a matéria, seja pelo Conselho Monetário Nacional ou pela Secretaria da Receita Federal, com fulcro na delegação de competência que lhe outorga o art. 7.º da Resolução 2.524/98 daquele primeiro órgão. Como esta providência não foi implementada até o presente momento (setembro de 2006), entendemos que, ao menos por enquanto, desde 24.08.2006, qualquer pessoa poderia sair do país na posse de quantias em espécie em qualquer limite, sem que seja necessária a declaração do seu porte à Secretaria da Receita Federal. Embora a intenção do legislador neste particular, ao editar a MedProv 320/2006, não tenha sido essa, mas, ao que tudo indica, apenas retirar o tema do gesso inerente ao formato de lei ordinária, permitindo sua disciplina por meio de atos normativos administrativos, mais flexíveis, de forma a viabilizar o maior dinamismo que o trato da matéria exige, não há como, tecnicamente, à luz do princípio da legalidade, reconhecer-se a vigência da Instrução Normativa 619 da Secretaria da Receita Federal no que diz resperito ao limite de dez mil reais, a partir do qual seria necessária a declaração do porte. Optamos, não obstante, por manter daqui em diante o texto da presente monografia tal como escrito originalmente, no segundo semestre de 2004, levando em conta o limite anteriormente estabelecido, seja porque a regra em questão, na prática, certamente continuará a ser seguida pelas autoridades aduaneiras, seja porque, caso a controvérsia ora agitada venha a ganhar corpo, muito possivelmente a norma será editada novamente, reestabelecendo aquele limite ou fixando outro, a partir do qual a declaração do porte pelo viajante seria obrigatório. Não se pode descartar por completo, além disso, a possibilidade de a MedProv 320/2006 não ser convertida em lei, de modo a restaurar a redação original do art. 65 da Lei 9.069/95 e, por conseguinte, da Instrução Normativa 619 da Secretaria da Receita Federal acerca do ponto *sub examen*.

68. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 140.

res à autoridade competente. O que permite a conclusão lógica de que jamais se havia cogitado, antes daquela inovação, da configuração do delito em virtude da falta de declaração do agente, ao contrário do que se encontra difundido entre nós. Basta, para ilustrar esta realidade, a notória prisão em flagrante do cidadão chinês naturalizado brasileiro Chan Kim Chang, quando, em agosto de 2003, tentava embarcar no Aeroporto Internacional Tom Jobim do Rio de Janeiro para os Estados Unidos com cerca de trinta mil dólares, não declarados, resultado da venda de uma pastelaria que lhe pertencia. O fato tornou-se notório pois, conduzido ao Presídio Ary Franco, Chang foi espancado até a morte por policiais federais brasileiros.

Duas boas razões desautorizam este posicionamento. Em primeiro, inexiste qualquer previsão de que a saída de moeda em espécie do país estaria condicionada à autorização prévia de quem quer que seja. O próprio nome do documento a ser preenchido pelo viajante – Declaração de Porte de Valores – dá bem a medida de que não se trata de um ato sujeito à aprovação ou deferimento da Administração Pública. Diante da declaração do porte, a autoridade está condicionada a permitir que o cidadão siga rumo ao estrangeiro, até mesmo a Carta de 1988, em seu art. 5.º, XV, lhe assegura, com o *status* de direito fundamental, a liberdade de saída do país na posse dos seus bens.[69] De outra parte, não se afigura proporcional, prender Chang, por exemplo, por tentar sair do país com seus trinta mil dólares não declarados e, em seguida, franquear com tapete vermelho a saída do país de um outro cidadão na posse de três milhões de dólares apenas porque declarou o porte da quantia. A absoluta casuística, inadmissível na esfera criminal, fulmina o conteúdo axiológico da repreensão, evidenciando que está a se tutelar mera função de controle, à míngua de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.[70]

A seu turno, no mercado de câmbio sacado são realizadas operações cambiais pelas instituições bancárias credenciadas pelo Banco Central, negociando-se "divisas estrangeiras representadas por depósitos, letras de câmbio, cheques, ordens de paga-

69. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 139.

70. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 211-212.

mento, valores mobiliários etc. Ocorre a concretização destas operações mediante movimentação nas contas de depósitos que os bancos mantêm junto a seus correspondentes no exterior".[71] Aqui, a rigor, quaisquer pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira podem ser realizados sem restrições. "Grande parte dessas operações não necessita de autorização prévia do Banco Central do Brasil para sua realização, pois já está descrita e especificada nos regulamentos e normas vigentes. Basta procurar uma instituição autorizada a operar em câmbio. As operações não regulamentadas dependem de manifestação prévia do Banco Central".[72] Esta regra deriva do princípio da legalidade em seu aspecto administrativo, segundo o qual "a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite", diferentemente do que ocorre no âmbito das relações entre particulares, onde "o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe".[73] Uma vez autorizadas a praticar operações de câmbio pelo Banco Central do Brasil, na forma do art. 10, X, *d* da Lei 4.595/64 [renumerado pela Lei 7.730/89, ok!], as instituições financeiras privadas, devendo atuar em conformação ao interesse público, passam a ter a obrigação de respeitar o princípio da legalidade em seu aspecto administrativo, vedando-se-lhes, pois, efetuar modalidades de operação ainda não devidamente identificadas e disciplinadas nos atos normativos vigentes.[74]

71. GALLAGHER, Lilian. *Estrutura do sistema financeiro nacional.* Apostila de apoio a curso realizado pela ANDIMA na cidade do Rio de Janeiro entre os dias 25 e 29 de agosto de 2003, p. 54.

72. *O que é câmbio?* Disponível em www.bacen.gov.br/pre/bc_atende/port/cambio.asp, à época da elaboração da presente monografia (segundo semestre de 2004). No endereço, atualmente (setembro de 2006), consta a mensagem "conteúdo em revisão").

73. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 68.

74. A realização de operações de câmbio por instituições financeiras privadas enquadra-se na categoria de serviços públicos impróprios, que se encontram sujeitas ao regime de direito público, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "E serviços públicos impróprios são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores (*rectius*: os serviços públicos próprios), não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados; (...) Na realidade, essa categoria de atividade denominada de serviço público impróprio não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua, ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta

Esta é a regra de ouro para a análise dos reflexos penais de operações cambiais no mercado financeiro internacional: a tipicidade penal pressupõe a atipicidade administrativa. Se a operação de câmbio visando a transferência de titularidade de divisas entre um residente e um não residente no Brasil não for regulamentada, vale dizer, se for atípica do ângulo administrativo, dependerá de autorização do Banco Central. Do contrário, em sendo regulamentada, seu curso é livre, desde que atendidas as exigências documentais impostas pela autoridade monetária.

Por esta razão, temos que mesmo quando uma operação de câmbio destinada à saída de divisas do país, típica em sentido administrativo, vem a ser concretizada com fulcro em documentos falsos, ou é feita através de interposta pessoa – o *laranja* –, não há que se falar em evasão de divisas, ao contrário do que tem entendido a jurisprudência.[75] É que a saída de moeda do país no mercado de câmbio sacado, caso se enquadre em rubrica de operação regulamentada, não depende de autorização do Banco Central. Mesmo tendo sido engendrada diante de uma falsa representação da realidade, a operação em si, em abstrato, permanece autorizada, pese embora seu induvidoso caráter fraudulento. Se uma pessoa celebra a compra e venda de um bem que não lhe pertence, o negócio jurídico compra e venda, enquanto instituto, não se torna vedado, não autorizado. O que ocorre é que, malgrado permitido, foi executado de forma a induzir uma das partes em erro. O caso, portanto, é de adequação a outros tipos penais, a exemplo daqueles previstos nos arts. 171, § 3.º ou 299 do CP, mas não ao de evasão de divisas.

Atualmente, é bem de ver à guisa de remate, inexistem limites quantitativos para a constituição de depósitos bancários no estrangeiro por qualquer bra-

a sua relevância. Exemplos: os serviços prestados por instituições financeiras e os de seguro e previdência privada (art. 192, I e II, da Constituição)". (*Direito administrativo*, p. 102)

75. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sumo intérprete da legislação federal: "1. A operação de câmbio submetida ao Bacen, e que foi autorizada, nunca existiu. Os documentos apresentados para ilustrar uma pretensa transação comercial de importação era falsos. 2. Por outro lado, concretizou-se, sim, uma transferência de divisas para fora do país (quase quatro milhões de dólares americanos), completamente desprovida de legalidade, porquanto não estava vinculada a qualquer operação de câmbio regularmente autorizada. Incidência do art. 22 da Lei 7.492/86". (REsp 411.522-SP, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 09.03.2004, v.u.)

sileiro residente, o que pode ser feito sob a rubrica *disponibilidades no exterior*, de forma absolutamente regular, independentemente de autorização do Banco Central, através das operações denominadas transferências internacionais de reais (TIR), bastando, para tanto, a apresentação da documentação exigida na forma da Circular 2.677/96 do Banco Central do Brasil.[76]

7. Conclusões

De todo o exposto, nos parece possível sintetizar as idéias ventiladas na presente investigação por meio dos seguintes enunciados:

1) Merece repulsa, porquanto ilegítima e ofensiva ao caráter fragmentário do direito penal, a eleição da política governamental de proteção às reservas de câmbio do país como objetividade jurídica no campo da *ultima ratio*, tendo em vista que, para além refletir mera função de controle estatal, destituída de conteúdo ético preexistente à norma, medidas de outras espécies, inerentes à condução da política monetária pelo Estado, tem se mostrado mais do que suficientes para estancar o panorama de severo racionamento de divisas outrora vigente. Na dicção de Schiller, citado pelo mestre Eduardo Correia, "desconfiai, nobres senhor, não julgueis alguma coisa só porque é útil ao Estado".[77]

2) Operações de câmbio devem afastadas das garras estigmatizantes do direito penal, vez que representam peça fundamental na engrenagem do desenvolvimento econômico de todo e qualquer país, mormente no contexto de integração supranacional que se expande ao redor do Globo, com liberdades cada vez mais acentuadas no que diz respeito ao fluxo de capitais entre as nações. "Não

76. TÓRTIMA, além disso, dá notícia sobre a supressão de limites para o envio de moeda para o exterior nas operações alinhavadas na Circular 2.494/94 do Banco Central, quais sejam: I – turismo; II – fins educacionais, científicos e culturais; III – tratamento de saúde; IV – transferência de patrimônio; V – heranças; VI – aposentadorias e pensões; VII – contribuições a entidades de classe; VIII – contribuições a entidades previdenciárias; IX – manutenção de pessoas físicas; X – aquisição de *software*; XI – vencimentos e ordenados; XII – serviços de imprensa e XIII – cartões de crédito internacionais. (*Crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 139)

77. Ob. cit., p. 301.

se deve confundir o veículo com a carga. Se um indivíduo assalta um banco e foge de motocicleta, não se deve, por isso, proibir as motocicletas".[78]

3) O âmago da saída, fuga ou evasão de divisas repousa na transferência da titularidade de posição em moeda de um residente para um não residente no país, de molde que as transações cambiais clandestinas entre residentes no Brasil, com vistas a disponibilizar recursos no exterior, malgrado ilícitas na esfera administrativa, não se revestem de idoneidade para provocar a diminuição das reservas do Banco Central, situando-se, portanto, à margem do campo de tutela do art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei 7.492/86.

4) No mercado de câmbio manual, não há que se cogitar da saída não autorizada de divisas do país em virtude da ausência de declaração pelo viajante do porte, em espécie, de moeda estrangeira em patamares superiores ao equivalente a dez mil reais.[79] Em primeiro, considerando não ser necessária autorização de quem quer que seja para que o cidadão possa fazê-lo, impondo-se-lhe apenas o dever de declaração do porte, cujo descumprimento não pode ser interpretado de forma ampla para fins de adequação típica penal; em segundo, pois afronta o princípio da proporcionalidade nada fazer quanto ao viajante que deixa o país na posse de considerável quantidade de moeda estrangeira, cumprindo o dever de declará-la, e, de outra parte, punir criminalmente aquele que porta valor bem inferior, mas não o faz; em terceiro, visto que a Constituição da República outorga ao cidadão o direito fundamental de sair do país na posse dos seus bens, liberdade incompatível com a necessidade de autorização prévia da autoridade adunaneira.

5) Por sua vez, no mercado de câmbio sacado a atipicidade administrativa da operação cambial consubstancia pressuposto da tipicidade penal. Destarte, estando a operação de câmbio regulamentada nos atos normativos vigentes, é despicienda autorização do Banco Central do Brasil para que possa ter curso. Em não estando ainda disciplinada, a autorização faz-se necessária.

78. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *O regime cambial brasileiro* – evolução recente e perspectivas.

79. Confiram-se as notas de rodapé n. 66 e 67 *supra*.

Todo o esforço de argumentação esgrimido tem por escopo demonstrar que a política governamental de proteção às reservas cambiais do país não merece mais – ou, como entendemos, jamais deveria ter merecido –, a atenção do operador do direito penal, a quem cabe sepultar em definitivo esta vetusta ótica de crime de lesa-pátria em relação à evasão de divisas, para ocupar-se de investigações em torno de outras questões mais candentes relativas à repressão penal econômica, sempre mantendo em primeiro plano a visão de que o fenômeno criminógeno por um lado é positivo, pois funciona como termômetro do bom funcionamento das instituições e da saúde do corpo social, permitindo ainda, em última análise, que o Homem desça do pedestal de arrogância onde se auto colocou, absoluto mestre da tecnologia, e questione as linhas mestras que, já há tempo em excesso, vem informando sua maneira de pensar e seus objetivos enquanto espécie dominante.

8. Bibliografia

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico.* Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *O regime cambial brasileiro* – evolução recente e perspectivas. Texto explicativo divulgado em 1993.

_____. *O que é câmbio?* Disponível em www.bacen.gov.br/pre/bc_atende/port/cambio.asp.

BATISTA, Nilo. Consumação e tentativa no crime de evasão de divisas. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva* (criminalista do século). Org. Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Método, 2001, p. 255.

CALDERON CEREZO, Angel. Delitos monetarios: ¿Punto final? *Actualidad penal*, n. 18, Madrid, 28 abril/5 mayo 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

COBO DEL ROSAL, Manuel. Los llamados "delitos monetarios"en la actualidad. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 47. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. v. 1. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DANNECKER, Gerhard. *Evolución del derecho penal y sancionador comunitario europeo*. Trad. Carmen Bascón Granados. Madrid: Marcial Pons, 2001.

DA ROSA, Fábio Bittencourt. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, ano 21, n. 70.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FARIA COSTA, José de. O fenómeno da globalização e o direito penal ecnonómico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2001.

_____. COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. v. 1. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. v. 1. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora.

FRANCO, Gustavo. O oficial e o paralelo. Revista *Veja*. São Paulo: Editora Abril, 23. jul 2003.

GALLAGHER, Lilian. *Estrutura do sistema financeiro nacional*. Apostila de apoio a curso organizado pela ANDIMA na cidade do Rio de Janeiro entre os dias 25 a 29 de agosto de 2003.

GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio, ouro e dívida externa* – de Figueiredo a FHC. São Paulo: Saraiva/BM&F, 2002.

GUILLAMÓN, Rogelio Gómez. Delitos monetários. La Sentencia del TJCEE de 23 de Febrero de 1995. *Revista Del Ministério Fiscal*, n. 2, Madrid, jul.-dec. 1995.

JAKOBS, Gunther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* Madrid: Thomson Civitas, 2003.

NASCIMENTO SILVA, Luciano. O Mercosul e o direito penal econômico. *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, n. 2, Porto Alegre, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Curso de direito penal brasileiro.* Parte geral. v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RATTI, Bruno. *Comércio internacional e câmbio.* 10. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

REIS FONSECA, Miguel José. "Efeitos positivos" do direito comunitário no ordenamento penal português: o crime de câmbio ilegal e a moeda única. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, fasc. 1, jan.-mar. 2000.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia.* 14. ed. São Paulo: Best Seller, 2004, p. 181.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *RT*, número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEJADO LLORENTE, Maria Luisa. Las relaciones entre el derecho comunitario e el derecho penal. *Actualidad penal*, n. 3, Madrid 19 al 25 de enero de 1998.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional.* São Paulo: Malheiros, 1999.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

_____. Subfaturamento nas exportações e a conduta típica do art. 22, parágrafo único da Lei n. 7.492/86. *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 118, São Paulo, set. 2002.

ZINI JR., Álvaro Antonio. *Taxa de câmbio e política cambial no Brasil.* São Paulo: Edusp/BM&F, 1995.

Breves comentários ao crime do art. 10 da Lei 7.347/85

Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).
Procurador da República.

Sumário: 1. Introdução – 2. Objetividade jurídica – 3. Sujeitos – 4. Conduta – 5. Concurso de crimes – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

Resumo: o artigo analisa o crime previsto no art. 10 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que trata da desobediência à requisição emanada pelo Ministério Público. Discorre sobre os elementos típicos necessários à configuração do tipo penal.

Abstract: the text analyses the crime of the article 10 of the law 7.347/1985 (civil public action law), which concerns about the conduct of disobey orders from prosecutors. Also analyses what is necessary to practice the referred crime.

Palavras-chave: Ação Civil Pública – Função do Ministério Público.

Key Words: Civil Public Action Law – Function of the Prosecuting Counsel.

1. Introdução

A Constituição de 1988, em seu art. 5.º, XXXV, previu o acesso à justiça como direito fundamental. A temática referente ao acesso à justiça compreende diversos aspectos. Um deles diz respeito à possibilidade de se levar a juízo os cha-

mados direitos metaindividuais. Deveras, a ampla judiciabilidade dos direitos metaindividuais, no Brasil, é fenômeno relativamente recente, que somente emergiu depois da conscientização de que o acesso à justiça, para ser amplo e efetivo, teria de abranger, também, tais espécies de direitos.

Muito pouco significaria a ampliação do conceito de acesso à justiça para alcançar os direitos metaindividuais se aos legitimados a postular em juízo sua tutela não fossem assegurados todos os meios necessários à efetiva comprovação das lesões ou ameaças de lesões aos direitos metaindividuais, bem como todos os meios hábeis a que se verifique a melhor forma de prevenção ou reparação destas lesões.

É nesse contexto que se enquadra o inquérito civil, previsto no art. 129, III, primeira parte, da Constituição da República, e regrado infraconstitucionalmente pelos arts. 8.º, § 1.º, e 9.º, da Lei 7.347/85.[1] O inquérito civil objetiva, sinteticamente, munir o Ministério Público, que é um dos legitimados a defesa dos direitos metaindividuais, de elementos probatórios que servirão para que firme seu convencimento sobre a necessidade ou não de instauração da ação coletiva, sendo que, eventualmente, tais provas também poderão servir de base às decisões judiciais.

O art. 10 da Lei 7.347/85, como abaixo se mostrará, prevê como crime a sonegação de dados técnicos indispensáveis ao ajuizamento da ação civil, quando tais dados tiverem sido requisitados pelo Ministério Público. Trata-se dispositivo que almeja proteger penalmente a autoridade do Ministério Público, na qualidade de único ente legitimado diretamente pela Constituição à promoção da ação civil pública (art. 129, III), e a boa instrução da ação civil pública, punindo aquele que desobedece a requisição do Ministério Público, sonegando dados técnicos indispensáveis a sua propositura.

O presente estudo consiste em uma primeira leitura de alguns aspectos jurídicos concernentes ao crime do art. 10 da Lei 7.347/85. Não se trata de exame

1. Há outros dispositivos de leis específicas que igualmente cuidam do inquérito civil. Cite-se, apenas como exemplo, o art. 6.º da Lei 7.853/89, 223 da Lei 8.069/90, 90 da Lei 8.078/90, 6.º, VII e 7.º, I, da LC 75/93, 10, IX, *d*, 25, IV, 26 e 80 da Lei 8.625/93 e 92 da Lei 10.741/2003.

definitivo sobre o assunto, mas de artigo que, assumidamente, tende a ser novamente analisado no futuro, para cotejo de seu conteúdo com idéias que porventura surjam na doutrina e/ou na prática dos operadores do direito a respeito do tema.

2. Objetividade jurídica

O tipo penal do art. 10 da Lei 7.347/85 diz constituir crime "(...) a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público".

O crime em análise tem como objeto jurídico a administração da justiça e a autoridade das requisições ministeriais. Em razão de sua relevância e da dimensão que o chamado direito processual coletivo legitimamente adquiriu, tutela-se também a eficácia, a eficiência e a celeridade da ação coletiva prevista na Lei 7.347/85, meio processual para defesa dos direitos metaindividuais. Isso porque sem que o Ministério Público tenha acesso aos dados técnicos indispensáveis, a propositura da ação civil pública pode restar prejudicada ou, mesmo se ajuizada, pode ser ineficaz ou ineficiente precisamente por força da ausência dos dados sonegados. Pode, ainda, deixar de ser célere, se tiverem de ser buscados, em juízo, os dados sonegados ao Ministério Público ou se se tiver que proceder à instrução probatória bem mais complexa para se conseguir provar, total ou parcialmente, aquilo que os dados sonegados bem comprovariam.

O crime guarda sintonia com a particular importância do Ministério Público na defesa dos direitos metaindividuais e no prestígio dado à instituição para este fim, o que se apreende não só da Constituição (arts. 127, *caput*, e 129, III, p. ex.) como também de vários dispositivos legais (p. ex.: arts. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81; 5.º, *caput* e §§ 1.º e 3.º, 6.º e 7.º, da Lei 7.347/85; 3.º, *caput*, e 5.º, da Lei 7.853/89; 1.º da Lei 7.913/89; 201, V, 210, I, 220, 221 da Lei 8.069/90; 82, I, 91 e 92 da Lei 8.078/90; 17, *caput* e § 4.º, da Lei 8.429/92; 5.º e 6.º da LC 75/93, 25, IV, e 80, da Lei 8.625/93 e 81, I e § 1.º, 84, parágrafo único, 87, 89 e 90 da Lei 10.741/2003).

3. Sujeitos

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime do art. 10 da Lei 7.347/85, quer sejam os dados públicos ou privados (§ 1.º do art. 8.º da Lei 7.347/85), desde que detenha as informações técnicas requisitadas ou possa influir de alguma forma no processo de sua entrega ao Ministério Público (crime comum).[2] Sujeito passivo é o Estado, por ser o titular do princípio da autoridade e que é representado, neste crime, pelo Ministério Público, instituição da qual provém a requisição que enseja a recusa, o retardamento ou a omissão dos dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil coletiva e cuja autoridade é contestada com a desobediência à requisição. Indiretamente, também podem ser tidos como sujeito passivo o representante do Ministério Público que requisita os dados e a coletividade que eventualmente seria beneficiada com a ação civil a ser instruída com os dados requisitados.

2. Rodolfo de Camargo Mancuso tem entendimento conforme o qual no caso do "retardamento" previsto como crime pelo art. 10 da Lei 7.347/85, o crime é próprio, somente podendo ser praticado por funcionário público. O autor faz remissão ao núcleo "retardar", previsto no crime de prevaricação (art. 319 do CP), que é crime praticado por funcionário público contra a administração em geral, e conclui que também o retardamento previsto no art. 10 da Lei 7.347/85 apenas pode ser praticado por funcionário público (*Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 518 e 526).

Como o crime do art. 10 da Lei 7.347/85 – e, de igual maneira, os crimes dos arts. 8.º, VI, da Lei 7.853/89 e 100, V, da Lei 10.741/2003, que têm conteúdo normativo idêntico, apesar da redação ligeiramente diferenciada – não exigiu qualquer qualidade especial do sujeito ativo (diversamente do que fez o Código Penal em relação ao crime do art. 319, que expressamente só pode ser praticado por funcionário público, por estar incluído no Capítulo I do Título XI do Código Penal) nem contém em sua redação a expressão "ato de ofício" (referida também no crime de prevaricação – art. 319 do CP), ato que, este sim, só pode ser praticado por funcionário público, não há motivo para se exigir a qualidade de funcionário público do sujeito ativo deste crime, notadamente porque particulares podem retardar o envio de dados requisitados pelo Ministério Público. Se podem se recusar a enviar tais dados ou mesmo omiti-los, por idêntica razão também podem retardar sua remessa. Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 429) e Nelson Nery Junior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.339, comentário 2 ao art. 10 da Lei 7.347/85) também defendem tratar-se de crime comum.

4. Conduta

O tipo objetivo consiste em recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil. Recusar é rejeitar, não dar, não fornecer. Retardar significa demorar, adiar, atrasar. Omitir é sonegar, silenciar a respeito, calar-se.

A recusa pode ser expressa, assumida, realizada através de uma ação, ou velada, praticada por meio de uma omissão, como, p.ex., quando não há a resposta no prazo ordenado. O crime, assim, é de forma livre. Para este núcleo do tipo, o crime é de mera conduta, isto é, o agente recusa, e aí o crime estará consumado, ou não o faz, e não haverá que se falar em crime, sequer tentado.

No caso do retardamento o crime também é de forma livre, isto é, o sujeito ativo pode atrasar o envio dos dados requisitados em razão de uma inação sua (omissão) como também praticando atos inúteis (ação), apenas para postergar o envio. Aqui o crime é material, somente se consumando quando o sujeito ativo concretamente retarda o envio dos dados técnicos indispensáveis requisitados pelo Ministério Público. Relativamente ao núcleo retardar, a tentativa será admissível nos casos em que a conduta for realizada por ação (p.ex., alguém esconde os documentos em que estão contidos os dados técnicos requisitados pelo Ministério Público, no intuito de adiar o atendimento da requisição formulada, mas terceiro os encontra e atende, no prazo, à requisição ministerial).

Já o núcleo omitir consubstancia uma conduta negativa, praticável exclusivamente por omissão (crime omissivo próprio). Ocorre, p.ex., quando o sujeito ativo tem pleno conhecimento da informação requisitada pelo Ministério Público mas a sonega, ou informa os dados técnicos de maneira lacunosa, omitindo-os parcialmente. Não é cabível a tentativa. Nenhuma das condutas previstas no art. 10 da Lei 7.347/85 é punível a título de culpa (art. 18, parágrafo único, do CP).

A recusa, o retardamento ou a omissão tem de dizer respeito a dados "requisitados pelo Ministério Público". Requisição é a exigência formal de algo, sem

que exista a possibilidade de sua recusa. Trata-se, na verdade, de uma ordem, de uma determinação.[3] A requisição ministerial tem de ser individualizada, vale dizer, dirigida diretamente a alguém, que deve comprovadamente ter recebido a requisição. A comunicação da requisição ao sujeito ativo pode se dar por diversas maneiras (por escrito, verbalmente, através de terceira pessoa). É preciso que inequivocamente se trate de requisição, e não mero pedido ou solicitação, que podem ser recusados. Exige-se, também, que o sujeito ativo efetivamente saiba que a requisição provém do Ministério Público. A requisição há de ter por objeto dados concernentes a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Se a requisição cuidar de dados para a defesa não de direitos metaindividuais mas de outra espécie de direitos, seu não atendimento poderá configurar o crime de prevaricação ou o de desobediência (arts. 319 e 330 do CP, respectivamente). P. ex., se a requisição almejar dados para o ajuizamento de ação de interdição (CC, arts. 1.768, III, e 1.769; CPC, arts. 1.177, III, e 1.178) ou para o ajuizamento de ação civil *ex delicto* (CPP, art. 68).

A requisição tem de se referir a "dados técnicos indispensáveis", devendo tal elemento do tipo estar devidamente comprovada. Dados são informações, esclarecimentos. Técnicos são os dados dos quais o membro do Ministério Público não pode ter pleno conhecimento senão através de informações e esclarecimentos prestados por terceiro, destinatário da requisição.[4] Indispensáveis são aqueles dados sem os quais a ação civil não pode ser proposta ou o arquivamento do inquérito civil não

3. "Requisitar é o poder jurídico de exigir uma prestação, de determinar que algo se faça. Quem requisita determina, exige, não pede. É poder sem intermediários para seu exercício, vinculando diretamente o expedidor ao destinatário, tendo por objeto uma atividade deste. Possui o atributo da auto-executoriedade" (Luis Roberto Proença. *Inquérito civil* – atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65).

4. A expressão "dados técnicos", para o Superior Tribunal de Justiça, refere-se "a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão" (RO em HC 12.359/MG, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, v.u., j. 28.05.2002, *DJ* 01.07.2002, p. 355).

pode ser feito (art. 9.º da Lei 7.347/85), tudo de forma fundamentada (arts. 129, VIII, última parte, da CF/88, 43, III, da Lei 8.625/93 e 9.º, *caput*, última parte, da Lei 7.347/85). Exige-se do Ministério Público responsabilidade tanto no ajuizamento de ação civil pública quanto no arquivamento do inquérito civil que pode lhe servir de base, de modo que são considerados indispensáveis aqueles dados sem os quais o Ministério Público não pode decidir – pelo menos não de forma fundamentada e criteriosa – pelo ajuizamento da ação ou pelo arquivamento do inquérito civil (ou do procedimento administrativo que lhe faça as vezes).

Ao falar em dados técnicos indispensáveis à *propositura* da ação civil, o art. 10 da Lei 7.347/85 não descura dos dados imprescindíveis ao arquivamento do inquérito civil, na medida em que o arquivamento é precisamente o outro lado da propositura da ação civil. Se esta não tiver sido proposta é porque o arquivamento foi realizado. Se os dados são realmente indispensáveis é porque sem eles o Ministério Público não tem como saber se é caso de propositura de ação coletiva ou se é caso de arquivamento, de modo que as duas possibilidades estão contempladas pelo crime do art. 10 da Lei 7.347/85. Se a convicção do Ministério Público já estiver formada em um ou em outro sentido é porque os dados não são indispensáveis, cabendo ao representante do Ministério Público arquivar o inquérito civil ou propor a ação coletiva. Neste último caso (propositura da ação), os dados dispensáveis ainda podem ser requisitados pelo Ministério Público – hipótese em que a desobediência à requisição configuraria, em tese, não o crime do art. 10 da Lei 7.347/85, mas sim o tipo do art. 319 ou o do art. 330, ambos do CP – ou podem ser pedidos em juízo, porquanto os dados tidos por dispensáveis à propositura da ação não necessariamente também são dispensáveis para o julgamento da causa.

Não obstante as considerações acima, afigura-se perfeitamente possível situação em que o Ministério Público requisita determinados dados técnicos realmente indispensáveis à propositura da ação civil, a requisição não é atendida por recusa, retardamento ou omissão no envio dos dados e mesmo assim, apesar do contido no art. 283 do CPC, a ação civil é proposta. É que, em razão não só do prin-

cípio da obrigatoriedade, que impõe ao Ministério Público a defesa responsável dos direitos metaindividuais, desde que presentes elementos fáticos e jurídicos mínimos que demonstrem sua agressão,[5] como igualmente em atenção à relevância do direito material envolvido (que, no caso da ação civil em análise, concerne a direitos metaindividuais), o Ministério Público pode entender cabível a propositura da ação mesmo sem os dados indispensáveis, podendo fazer referência à requisição desobedecida na petição inicial e pedir em juízo seja tentada a obtenção dos dados. Como já foi dito, se os dados são realmente indispensáveis é porque sem eles o Ministério Público não tem como saber se é caso de propositura de ação coletiva ou se é caso de arquivamento e o representante do Ministério Público, mesmo sem sua convicção plenamente formada por causa da desobediência à requisição, pode preferir submeter o caso ao Poder Judiciário, com os devidos esclarecimentos.[6]

Em tal hipótese, apesar de a ação civil ter sido proposta, não se pode negar a ocorrência do crime do art. 10 da Lei 7.347/85. O caráter indispensável dos dados não se mostra apenas pela total impossibilidade no ajuizamento da ação. Pode se apresentar, de acordo com o caso concreto, também com a propositura de ação incompleta ou imperfeita, ou seja, a propositura da ação, por si só, não é suficiente para afastar a indispensabilidade dos dados requisitados. Não seria razoável se entender que em todos os casos nos quais alguém desobedeça a requisição do Ministério Público relativamente a dados indispensáveis o direito material deixe de ser protegido. Há casos em que a ação poderá ser proposta, ainda que com lacunas ou defeituosa, sem que seja irresponsável, e a indispensabilidade dos dados

5. "Por força da legitimidade ativa, a nosso ver, o Ministério Público tem o dever de propor a ação civil pública todas as vezes que essa se coloque como possível e plausível. É direito indisponível do Ministério Público, pois que a competência deve ser exercitada. Toda competência é dever, relembramos" (Lucia Valle Figueiredo. Ação civil pública – gizamento constitucional, In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública* – Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 484-502).

6. É o caso de se aplicar, por semelhança, o § 2.º do art. 8.º da Lei 7.347/85.

técnicos seguirá presente, podendo mesmo restar até mais evidente. Vale dizer: os dados técnicos continuam sendo indispensáveis à propositura da ação civil. Esta é que foi proposta sem tais dados.[7]

De acordo com a jurisprudência, não se podem considerar indispensáveis dados que poderiam, sem recusa, ser facilmente obtidos em outro órgão.[8] Não há crime se a pessoa a quem incumbia o envio dos dados requisitados os envia mesmo depois de ultrapassado o prazo concedido, justificando a impossibilidade do encaminhamento dos documentos requisitados no prazo estipulado pelo Ministério Público,[9] ou se deixa de enviar os dados requisitados, justificando a impossibilidade do envio.[10] Em princípio, também não é crime enviar resposta ao Ministério Público solicitando, fundamentadamente, um maior prazo para o atendimento da requisição, desde que tal pedido não tenha a finalidade de retardar o envio dos dados, hipótese esta em que o crime estaria configurado.

É mister que o sujeito ativo tenha conhecimento de que os dados requisitados são indispensáveis à propositura da ação civil pública prevista na Lei 7.347/85, devendo, ao requisitar os dados, fazer o representante do Ministério Público expressa menção a essa circunstância. Sem o comprovado conhecimento de tal

7. Com esse entendimento, Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 431. O Superior Tribunal de Justiça, apreciando hipótese na qual a ação civil pública foi proposta apesar de omissão na prestação de dados técnicos requisitados pelo Ministério Público, decidiu que "o documento requisitado pelo *Parquet* não se mostrou indispensável à propositura da ação civil pública, eis que referida ação foi ajuizada" (HC 14.927/RN, 5.ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u., j. 18.12.2001, *DJ* 02.09.2002, p. 210). Lendo-se o inteiro teor do acórdão, porém, vê-se que, no caso concreto, os dados requisitados pelo Ministério Público não eram mesmo indispensáveis e a ação civil pública foi ajuizada normalmente. Na denúncia pelo crime do art. 10 da Lei 7.347/85, a indispensabilidade dos dados não restou evidenciada. O precedente, contudo, não serve para desautorizar a tese aqui perfilhada, porquanto segue sendo possível caso em que a imprescindibilidade dos dados fique comprovada mesmo com a propositura da ação.

8. STJ, HC 15.951/DF, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. 27.11.2001, *DJ* 25.02.2002, p. 412.

9. TRF da 1.ª R., HC 01000715467/TO, 3.ª T., rel. Juiz Candido Ribeiro, v.u., j. 07.12.1999, *DJ* 04.02.2000, p. 240.

10. TRF da 1.ª R., HC 01000715453/TO, 3.ª T., rel. Juiz Candido Ribeiro, v.u., j. em 09.11.1999, *DJ* 04.02.2000, p. 239.

circunstância pelo destinatário da requisição não se pode entender presente o crime do art. 10 da Lei 7.347/85, embora a obrigatoriedade do atendimento à requisição permaneça. Na requisição, para que o destinatário saiba que espécie de dados lhe estão sendo requisitados, o representante do Ministério Público deve se referir a sua indispensabilidade. Não é necessário, porém, que já a requisição fundamente tal indispensabilidade. Nela basta a alusão.[11] Em eventual denúncia pelo crime do art. 10 da Lei 7.347/85, diversamente, é imperiosa a comprovação da imprescindibilidade dos dados.

Apesar do conteúdo dos arts. 8.º, § 2.º, da LC 75/93, 26, § 2.º, e 80, da Lei 8.625/93, que têm lastro no inciso VI do art. 129 da CF/88, a jurisprudência predominante tem entendido que o Ministério Público não pode requisitar diretamente dados bancários.[12] Neste passo, não pratica o crime sob comentário aquele que se nega a cumprir requisição que determina o envio de dados protegidos pelo sigilo bancário, já que o poder de requisição do Ministério Público não abrangeria tais dados.

Como se vê dos arts. 129, VI, da CF/88, 8.º, II a IV e §§ 1.º a 3.º, da LC 75/93, 26, I, *b*, II e §§ 2.º e 3.º, e 80, da Lei 8.625/93, a regra é a inexistência de sigilo oponível ao Ministério Público. Por força desta premissa, se houver dúvida sobre serem ou não sigilosos os dados desejados pelo Ministério Público na requisição, deve seu destinatário atendê-la. Se não o fizer, o crime do art. 10 da Lei 7.347/85 pode se configurar, já que ele é praticável também por dolo eventual (art. 18, I, última parte, do CP). Se o destinatário da requisição deixa de atendê-la sabendo que os dados podem não ser sigilosos, assume o risco de eles realmente não serem e, conseqüentemente, assume o risco de praticar o crime.

11. O art. 8.º, *caput*, da Lei 7.347/85 preconiza que é ao interessado na petição inicial, e não ao destinatário da requisição, que compete o julgamento daquilo que é necessário para sua instrução.

12. Neste sentido, no STF, RE 215.301/CE, 2.ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.04.1999, v.u., *DJ* 28.05.1999, p. 24. No STJ, HC 2.019/RJ, 5.ª T., rel. Min. Flaquer Scartezzini, v.u., j. 13.04.1994, *DJ* 09.05.1994, p. 10.881.

A requisição tem de ser ministerial, ou seja, proveniente de representante do Ministério Público regularmente investido no cargo. Igualmente tem a requisição de ser emanada em razão do ofício ministerial (*propter officium*), ou seja, se representante do Ministério Público requisita dados em situação divorciada de sua função ministerial, não há requisição hábil para a configuração do crime em análise.

Só é válida a requisição se emanada de representante do Ministério Público no exercício regular de suas atribuições, não sendo crime a desobediência à requisição expedida por quem não possui atribuição. Sem atribuição o Ministério Público não pode requisitar, salvo delegação de atribuição formal e expressa, possível dentro de um mesmo ramo do Ministério Público ou entre seus diversos ramos. Assim, p.ex., para investigação sobre possíveis desvios de recursos do patrimônio da União que se destinavam à construção, pelo Governo Federal, de obras para a recomposição de uma área de preservação ambiental gerida pela União, o Ministério Público Federal é que detém atribuição para requisitar dados. Para instruir um inquérito civil cujo objeto é apurar eventuais omissões de um Município em relação à conservação do patrimônio histórico municipal, a atribuição para requisições é do Ministério Público Estadual. Se empresa pratica condutas discriminatórias contra seus empregados, o Ministério Público do Trabalho possui atribuição e poderá requisitar dados para apurar os fatos e sua autoria.

É possível, como anteriormente afirmado, a delegação de atribuições, como se dá, p.ex., quando representante do Ministério Público Federal solicita a membro do Ministério Público Estadual a realização de determinados atos para instruir inquérito civil (p.ex., por questões geográficas: inexistência de sede do Ministério Público Federal na localidade onde os atos de instrução devem ser realizados). Se para essa instrução delegada pelo representante do Ministério Público Federal ao membro do Ministério Público Estadual é necessária a expedição de alguma requisição por parte deste, esta requisição é lícita, apesar do objeto do procedimento não dizer respeito ao Ministério Público Estadual. A recíproca é

verdadeira para todos os ramos do Ministério Público. Para instruir um inquérito civil cujo objeto está restrito a determinado Estado-membro, pode se mostrar necessária a prática de atos de instrução em outro Estado, sendo legítima a solicitação da realização de tais atos por um membro do Ministério Público de um Estado ao membro do outro.

Há casos de falta de atribuição dentro de um mesmo ramo do Ministério Público. Se for em determinado Município que está acontecendo malversação das verbas destinadas às políticas públicas voltadas para a habitação da população carente, o membro do Ministério Público Estadual que atue em outro Município não tem atribuições para requisitar informações referentes a tais fatos (ressalvada, sempre, a possibilidade de tais fatos dizerem respeito de alguma forma a outros para cuja apuração tenha atribuição). Os arts. 8.º, § 4.º, da LC 75/93 e 26, § 1.º, da Lei 8.625/93, determinam que *o encaminhamento* das requisições destinadas às autoridades que mencionam são de atribuição exclusiva do Procurador-Geral da República e do Procurador-Geral de Justiça. Em razão destes dispositivos, somente quem detém atribuição para encaminhar requisições para as autoridades neles mencionadas são os Procuradores-Gerais. Se a requisição for proveniente de quem não detém atribuição para expedi-la ou se não for ela encaminhada como determina a lei, sua desobediência não configura o crime previsto no art. 10 da Lei 7.347/85.[13]

Registre-se que a atribuição é aferida não pelos dados requisitados nem pelo destinatário da requisição, mas sim pelo objeto da investigação. O Ministério Público Estadual pode requisitar dados de entes federais, bem como o Ministério Público da União pode destinar requisição a entes estaduais e municipais.[14]

13. Diz Hugo Nigro Mazzilli, quanto aos inquéritos civis, que eles "devem ser instaurados pelo Ministério Público Federal ou Estadual conforme seja a respectiva distribuição de atribuições para propor a correspondente ação civil pública" e que "a instauração e a presidência do inquérito civil competem ao membro do Ministério Público que tenha em tese atribuições para a propositura da ação civil pública correspondente" (*O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 90).

14. "Destinatária da requisição pode ser qualquer autoridade municipal, estadual ou federal, ainda que o requisitante seja membro do Ministério Público Estadual. Da mesma forma, o Ministério

Se houver dúvida sobre a existência de atribuição do representante do Ministério Público autor da requisição, deve seu destinatário atendê-la. Se não o fizer, o crime do art. 10 da Lei 7.347/85 pode se configurar, já que ele é praticável também por dolo eventual (art. 18, I, última parte, do CP). Se o destinatário da requisição deixa de atendê-la sabendo que o representante do Ministério Público pode deter atribuição para expedi-la, assume o risco de ele realmente ser autoridade com atribuição e, conseqüentemente, assume o risco de praticar o crime.

O art. 8.º, § 1.º, da Lei 7.347/85 estatui que a requisição do Ministério Público pode ter como destinatário "qualquer organismo público ou particular". Em razão disso, a requisição pode ter como destinatário qualquer ente particular ou público, independendo, neste caso, de se tratar de ente do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário ou mesmo do próprio Ministério Público, de qualquer esfera política (federal, estadual ou municipal).[15] Nem poderia ser diferente, tendo-se em conta que a Constituição de 1988 impõe ao Ministério Público a função ins-

Público Federal pode expedir requisições não só destinando-as a autoridades federais, como também a autoridades municipais ou estaduais; não estará havendo violação ao princípio federativo, desde que o presidente do inquérito civil esteja investigando fatos de sua alçada funcional: este, sim, é o limite para a atuação ministerial, não a natureza federal ou estadual da autoridade investigada" (*O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 213). No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.332-1.333, comentário 9 ao art. 8.º da Lei 7.347/85). Ver, ainda, a nota 15, abaixo.

15. O art. 26, I, *b*, e seus §§ 1.º e 3.º, da Lei 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, é explícito ao permitir a requisição a "qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". O art. 8.º, § 1.º, da Lei 7.347/85, ao falar em "qualquer pessoa, *organismo* público ou particular" (g.n.), também prevê a possibilidade de requisição a qualquer dos poderes e mesmo ao Ministério Público. De igual maneira, o § 4.º do art. 8.º da LC 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, ao mencionar autoridades de todos os Poderes da República. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que o Ministério Público pode requisitar dados de qualquer dos Poderes da República, sem que isso signifique agressão ao princípio da separação dos poderes. Assim o RO em HC 12.359/MG, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, v.u., j. 28.05.2002, *DJ* 01.07.2002, p. 355 e o RO em HC 11.888/MG, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, v.u., j. 18.10.2001, *DJ* 19.11.2001, p. 291. Ver, ainda, a nota 14, acima. Em sentido contrário, sem abordar os pontos aqui suscitados, Geraldo Ataliba. Relações entre poderes – Ministério Público – inquérito civil. *Revista de Processo*, v. 17, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1992, p. 199-212.

titucional de fazer com que todos os Poderes Públicos efetivamente respeitem os direitos nela assegurados, promovendo todas as medidas, judiciais ou não, para a garantia de tais direitos e para seu efetivo respeito pelos Poderes Públicos (art. 129, II, da CF/88).

Do que até aqui foi mostrado, conclui-se que a denúncia pelo crime do art. 10 da Lei 7.347/85, para atender as exigências do art. 41 do CPP pertinentes à exposição do fato apontado como criminoso, deve evidenciar que: a) a requisição tinha por objeto dados concernentes a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;[16] b) ela proveio de representante do Ministério Público no exercício regular de suas atribuições;[17] c) efetivamente chegou ao conhecimento do destinatário; d) este sabia tratar-se de dados indispensáveis; e e) especificar em que consiste a indispensabilidade dos dados e porque sem eles o Ministério Público não pôde decidir, de maneira fundamentada e criteriosa, pelo ajuizamento da ação ou pelo arquivamento do inquérito civil.[18]

5. Concurso de crimes

Quando a requisição disser respeito à ação civil de que cuida a Lei 7.853/89, a qual trata dos direitos metaindividuais das pessoas portadoras de deficiência, pode haver, em tese, o crime do art. 8.º, VI, da Lei 7.853/89.

Já se a requisição concernir a direito difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual indisponível dos idosos, o crime poderá ser o do art. 100, V, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Relativamente a este crime, percebe-se uma ampliação na abrangência do tipo penal. O inciso V do art. 100 do Estatuto do

16. STJ, REsp 66.854/DF, 6.ª T., rel. Min. Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 17.09.1996, *DJ* 16.12.1996, p. 50.960.

17. STJ, RO em HC 11.367/PE, 5.ª T., rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 02.04.2002, *DJ* 29.04.2002, p. 259.

18. STJ, HC 14.927/RN, 5.ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u., j. 18.12.2001, *DJ* 02.09.2002, p. 210.

Idoso trata da ação civil prevista na da Lei 10.741/2003. Esta, por sua vez, no *caput* de seu art. 81, expressamente consignou que a ação civil de que ela cuida abarca, também, os direitos individuais indisponíveis das pessoas idosas, diversamente do que se dá na Lei 7.347/85, que não alcança tais espécies de direitos, ficando restrita aos direitos metaindividuais propriamente ditos (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

O art. 8.º, VI, da Lei 7.853/89 apresenta pena mais severa que o crime do art. 10 da Lei 7.347/85. Já o art. 100, V, da Lei 10.741/2003, por sua vez, comina pena ainda mais branda (reclusão, de seis meses a um ano, e multa). Verifica-se, aí, uma incoerência legislativa, já que as ações civis coletivas envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas idosas, bem como as ações civis em defesa dos direitos individuais indisponíveis dos idosos carecem, como regra, de maior celeridade, eficácia e eficiência, sendo que, por isso, a recusa, o retardamento ou a omissão dos dados requisitados pelo Ministério Público guardam maior relevância, de modo que a pena deveria ser pelo menos igual à prevista no art. 10 da Lei 7.345/85 (um a três anos de reclusão, e multa), que ainda é menor que a do art. 8.º, VI, da Lei 7.853/89 (um a quatro anos de reclusão, e multa).

Ainda sobre a Lei 10.741/2003, observa-se que ela, através dos arts. 74, V, VI e VII, deixou inequivocamente expressos, embora não de forma exaustiva, os meios de que o Ministério Público pode lançar mão na investigação diretamente realizada pela instituição para apurar os crimes em que o sujeito passivo seja idoso. Assim, uma crítica que pode se lançar ao crime do art. 100, V, da Lei 10.741/2003 é ter ficado restrito à recusa infundada de dados destinados à "ação civil", quando as requisições ministeriais referentes à ação penal podem ser tão ou mais importantes que aqueles voltados à ação civil. Fica a proposta para que, *de lege ferenda*, seja feita a alteração ampliativa.

Se o não fornecimento de dados ao Ministério Público se dá por meio de conduta que não seja recusa, retardamento ou omissão, se os dados não são indis-

pensáveis à ação civil (se forem apenas úteis, auxiliares ou complementares p.ex.), se não são concernentes a direitos metaindividuais de nenhuma espécie ou se dizem eles respeito à ação penal, o crime pode ser, em tese, o do art. 319 ou o do art. 330, os dois do CP que apresentam apenamento bem mais brando (respectivamente, detenção, de três meses a um ano, e multa, e detenção, de quinze dias a seis meses, e multa).

Relativamente ao crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP e que guarda alguma semelhança com o crime do art. 10 da Lei 7.347/85, discute-se se o funcionário público pode ser seu sujeito ativo ou se só o particular tem tais condições para tanto. O motivo da controvérsia reside em que o art. 330 do CP está elencado entre os crimes praticados por particular contra a administração pública e não entre os crimes praticados por funcionário público. A maioria doutrinária entende que o funcionário público pode ser o sujeito ativo do crime de desobediência, desde que não realize a conduta no exercício das funções ou em razão delas.[19] Assim também é o entendimento jurisprudencial, que acresce os argumentos de que o funcionário público pratica o crime de desobediência quando descumpre qualquer determinação que não seja ordem administrativa *interna corporis* porque aí estaria agindo como qualquer outro cidadão e que o Código Penal, ao se referir a crimes praticados por particular contra a administração, apenas indica que tais crimes são comuns, e não próprios, passíveis de serem praticados, inclusive, por funcionários públicos.[20] E.

19. Guilherme de Souza Nucci. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 889; Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 657; Damásio Evangelista de Jesus. *Código Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 947; e Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*. v. 3, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 366.

20. No STJ: RO em HC 12.780/MS, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. 27.05.2003, *DJ* 30.06.2003, p. 266; HC 12.008/CE, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. 06.03.2001, *DJ* 02.04.2001, p. 313; RO em HC 7.990/MG, 6.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 29.10.1998, *DJ* 30.11.1998, p. 209; e RO em HC 7.844/PA, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. 06.10.1998, *DJ* 03.11.1998, p. 182. No TRF da 1.ª R.: HC 01000352779/MG, 4.ª T., rel. Juiz Carlos Olavo, v.u., j. 16.03.2004, *DJ* 02.08.2004, p. 79.

Magalhães Noronha, comentando os crimes do Capítulo II (dos crimes praticados por particular contra a administração em geral) do Título XI do Código Penal, no qual está inserido o crime de desobediência (art. 330 do CP), esclarece que os crimes previstos nesse capítulo são crimes comuns, em contraposição aos crimes previstos no Capítulo I do mesmo título, que são crimes próprios e só podem ser praticados por funcionários públicos. Conclui dizendo que os crimes do Capítulo II também podem ser praticados por funcionários públicos.[21]

A discussão não tem cabimento no caso do crime do art. 10 da Lei 7.347/85, porque o tipo penal não faz qualquer exigência quanto a quem seja capaz de praticá-lo, podendo qualquer pessoa, inclusive o funcionário público que pratica a conduta no exercício das funções ou em razão delas, ser sujeito ativo. Como afirmado no item 3, o crime é comum.

6. Conclusão

O crime do art. 10 da Lei 7.347/85, assim como aqueles previstos nos arts. 8.º, VI, da Lei 7.853/89 e 100, V, da Lei 10.741/2003, que lhe são semelhantes, possui, ainda que indiretamente, berço constitucional, na medida em que significa a tutela penal da ação coletiva a ser manejada pelo Ministério Público em defesa de direitos metaindividuais e tal defesa, como visto, representa importante faceta do acesso à justiça contemplado pelo inciso XXXV do art. 5.º da CF/88.

Seu estudo, assim, adquire significativo relevo porque, embora sua aplicação na prática não seja desejada (o ideal seria que o Ministério Público não encontrasse qualquer embaraço em sua atuação), o tipo penal em comentário protege um direito fundamental e, por isso, deve ser aplicado com apuro e técnica.

21. *Direito penal*. v. 4, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 298 e 308.

7. Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. Relações entre poderes – Ministério Público – inquérito civil. *Revista de Processo*, v. 17, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1992, p. 199-212.

CAMPOS, Wanderley. Requisição do Ministério Público – reflexos penais de seu indeferimento. *Justitia*, v. 52, n. 152, out.-dez. 1990, p. 58-60.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida; DELMANTO, Roberto; e DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação civil pública – gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública* – Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 484-502.

FREITAS, Gilberto Passos de e FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MESTIERI, João. Aspecto penal da Lei 7.853/89. In: TEPERINO, Maria Paula (Coord.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 209-223.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* v. 3, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* v. 4, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil* – atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SICA, Ana Paula Zomer e SICA, Leonardo. Comentários ao estatuto do idoso – arts. 100 a 109. In: GOMES, Luiz Flávio e VANZOLINI, Maria Patricia. *Reforma criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152-171.

A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal

Danielle Souza de Andrade e Silva
Juíza Federal em Pernambuco. Mestre em Direito Público pela UFPE.
Doutoranda em Direito Processual pela USP.

Sumário: 1. Intróito – 2. Prolegômenos de um processo penal cautelar – 3. O princípio da razoável duração do processo e a sua extensão à prisão cautelar – 4. Proposta de limitação temporal da custódia preventiva – 5. Bibliografia.

Resumo: O texto expõe uma proposta de balizamentos temporais específicos para a custódia preventiva, a ser inserida na legislação processual penal brasileira, com o fito de realçar o caráter de excepcionalidade e temporalidade da referida prisão, além de servir de técnica para a concretização do princípio constitucional da razoabilidade da duração do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF/88), minimizando os ônus do tempo sobre o acusado e, outrossim, contribuindo à efetividade na apuração e punição de ilícitos penais.

Abstract: This article presents a proposal of inserting into the Brazilian Penal Procedural Law a mandated, limited duration of preventive custody, with the

purpose of enhancing the reasonableness of such type of imprisonment. It also serves as a technique to concretize the constitutional principle of the reasonable duration of the process (art. 5.º, LXXVIII, CR/88), preventing the detrimental effect to a defendant of an extended detention and, furthermore, contributing to the effectiveness of the investigation and punishment of those persons found to have violated the law.

Keywords: Preventive custody – Preventive measures – Individual guarantees – Right to a speedy trial – Proportionality – Effectiveness.

Palavras-chave: Prisão preventiva – Medidas cautelares – Garantias individuais – Razoável duração do processo – Proporcionalidade – Efetividade.

1. Intróito

O impulso à elaboração deste artigo partiu das atividades da Comissão de Processo Penal da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe, criada em 30.08.2005 com o escopo de analisar os projetos de lei que trazem reformas ao CPP vigente,[1] debater e propor sugestões que exprimissem a visão dos magistrados federais brasileiros, já que tal entidade associativa congrega quase que a totalidade deles. Trata-se, é bem verdade, de uma segunda investida da Ajufe nesse terreno, não se podendo olvidar os laboriosos esforços empreendidos pela anterior comissão, reunida em 2001 sob a presidência do Desembargador Federal Abel Fernandes Gomes (TRF-2.ª Região), e que forneceram importante subsídio aos atuais.

1. Trata-se dos Projetos de Lei do Executivo 4.203, 4.205, 4.206, 4.207, 4.208 e 4.209, de 2001, elaborados por uma comissão instituída pela Portaria 61/2000, do Ministério da Justiça, e integrada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover (presidente), Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, Sidnei Agostinho Benetti e Rui Stoco, este último vindo a substituir René Ariel Dotti. O PL 4.204, igualmente produto dessa comissão, foi, em sua substância, absorvido pela Lei 10.792/2003, embora esta seja originária, mais diretamente, de outro projeto: o PL 5.073/2001.

Sucede que, passados quatro anos, apenas um dos sete projetos foi transformado em lei e, antevendo-se a iminência de aprovação dos demais, tornou-se relevante passá-los em revista, aberta que foi a possibilidade de entrega formal das sugestões ao Ministério da Justiça.

O trabalho de revisão crítica dos projetos é lento e minucioso e assemelha-se ao de um artífice que produz peças as mais delicadas, com todo cuidado para que não haja desarmonia entre as partes do todo – a opção política foi pelas reformas pontuais, justificada, no dizer de Ada Pellegrini Grinover (2000:66), mercê da lentidão inerente à tramitação legislativa de um código inteiramente novo –, sob pena de abrir vazão a desastres em termos de interpretação e de aplicação da lei processual penal.

Entre os projetos em liça, coube à subcomissão da 5.ª Região (que envolve os estados do Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas e Sergipe) o estudo e a condensação das sugestões ao texto que versa sobre prisão, medidas cautelares e liberdade (PL 4.208/2001). A temática que ora nos ocupa colhe-se de uma emenda aditiva da comissão da Ajufe (o art. 315-A, adiante transcrito), a nosso ver de profunda relevância, referente ao estabelecimento de um prazo para a duração do encarceramento preventivo.

2. Prolegômenos de um processo penal cautelar

O direito processual reclama ser estudado, antes de mais, em uma perspectiva unitária, sistemática, a permitir uma visão ampla de todos os seus fenômenos. Na teoria geral do processo, o processo cautelar implica, como sabido, um direito autônomo de ação, malgrado a sua instrumentalidade com relação à causa principal, característica salientada pela doutrina processualística civil, sem olvidar a presença, embora infreqüente, de medidas cautelares satisfativas.[2]

2. De que é exemplo, no processo penal, a ação cautelar de *habeas corpus* preventivo. No mesmo sentido: Machado (2005:66). Contra, entendendo que o *habeas corpus* preventivo é verdadeira ação de conhecimento: Tucci, 2003:238; Jardim, 2001:247.

Conquanto não existam, em nosso Código de Processo Penal, disposições gerais que sistematizem a matéria,[3] é possível visualizar a persistência de várias providências acautelatórias, quer do *jus puniendi*, quer da liberdade do investigado/acusado, quer da aquisição das provas, assentadas (sobretudo as de cunho pessoal) no binômio *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*,[4] pressupostos cuja demonstração é imperiosa, em decisão judicial fundamentada.

Quando inseridas na fase antecedente à ação principal (aqui, necessariamente de conhecimento), essas medidas rendem vez a procedimentos de jurisdicionalização no bojo da etapa administrativa da persecução, reclamando, em face do princípio acusatório (de certo modo valorizado com as propostas em andamento), a iniciativa dos encarregados da investigação ou do titular do direito de ação.[5] Quando incidentes a um processo em curso (cognitivo ou executivo), têm genuína função instrumental de preservar situações, assegurar a consecução integral do escopo daquele processo já instaurado.[6]

Essas diversas medidas acautelatórias (não nos deteremos sobre o estudo de cada uma) fornecem substrato hábil à identificação de um processo penal cautelar, em que pese a resistência da maioria dos processualistas em assim concluir.[7] Não se

3. Fato é que as atenções da doutrina ou do legislador sempre se voltaram, precipuamente, ao processo penal de conhecimento (sobretudo o condenatório), daí decorrendo, no dizer de Afrânio Silva Jardim (2001:245), a lentidão na sistematização científica dessas outras espécies de processo penal.

4. Exceção à prisão temporária, para cuja decretação não se adentra, necessariamente, na análise desses requisitos.

5. Postura pessoal da autora, vencida, porém, na comissão da Ajufe. Ressalvam-se os casos da tutela da liberdade, em que legítima e imperiosa a determinação, de ofício, da liberdade provisória, decorrência dos princípios do *favor rei* e da inocência presumida, em harmonia com a função garantística do princípio acusatório.

6. Sob o prisma teleológico, vale referir a lição de Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato, para quem os pressupostos da cautelar penal não se voltam à garantia da condenação do acusado, mas à garantia da sentença legítima e justa, proferida após o devido processo legal, apta assim a elidir a presunção de inocência (2005:93-4).

7. Assim, v.g., Rogério Lauria Tucci (2003:107), que entende exaurida a classificação das ações penais em cognitivas e executivas. Para o autor, existem apenas *medidas cautelares* desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, não porém afetas a uma ação ou a um processo penal

está aqui a propagar o exagero formalista de enclausurar as medidas cautelares penais em processos autônomos e distintos. Tampouco se procura transpor cegamente ao campo penal os regramentos do processo cautelar cível. Não. Há singularidades, e muitas, que conferem à cautelar criminal feição peculiar. Ela é medida, é processo e, antes de tudo, é função. Função permanente e que, embora de natureza distinta, a todo instante se mescla aos fins e aos meios do processo dito "principal", ao garantir o devido processo legal e prover de segurança o seu resultado justo.

O fato de prescindirem, em regra (a exceção está nas medidas de natureza real, assecuratórias do dano emergente da prática de uma infração penal), de processo autônomo, não afasta, pensamos, a conveniência de um tratamento sistemático das medidas, que de tão tipificadas na legislação acabaram por fazer realçar, sob o prisma doutrinário, a espécie em detrimento do gênero.[8]

Em destaque à importância do processo ou das medidas cautelares (o debate aqui instigado, de sabor meramente teórico, fica reservado a outro momento), Afrânio Silva Jardim (2001:246-7) aponta-lhes as seguintes notas características: a) assessoriedade; b) preventividade; c) instrumentalidade hipotética (expressão emprestada de Calamandrei, a significar que o beneficiado da cautelar

cautelar, que só teriam lugar à vista de um procedimento formalmente estabelecido em lei. A opinião é comungada por Vicente Greco Filho (1999:115), por se ressentir da instauração de um processo cautelar diferente do processo de conhecimento, a seu ver o único a que corresponderia um direito de ação. Objetamos, com a devida vênia, a tais argumentos, porquanto a identidade da ação (ou da pretensão) cautelar não está necessariamente ligada a um processo distinto, apartado do principal (o que, aliás, também ocorre, hodiernamente, no processo civil, *ex vi* do art. 273, § 7.º, do CPC). Demais, a ausência de normas legais comuns a todos os provimentos cautelares penais não empeça a construção de uma doutrina em seu derredor, máxime se existem traços básicos comuns a todas essas medidas.

8. A preocupação com a ausência de um tratamento mais nítido da ação cautelar no âmbito penal é também expressada por Kai Ambos e Fauzi H. Choukr (2001:168-70), sobretudo no que tange à legitimação ativa difusa das medidas. Já Antônio Alberto Machado (2005:66) prefere nomear de "tutela cautelar penal" essa atividade, com pressupostos e peculiaridades inerentes à tutela cautelar geral, muito embora admita que "quando a providência cautelar em matéria penal é requerida pela parte interessada (...), em que há verdadeira provocação do órgão jurisdicional, aí sim, tem-se ação e processo cautelares autênticos."

nem sempre tem reconhecido, ao cabo do processo principal, o direito alegado) e d) provisoriedade.

Nessa última nota reside o objeto de nossa exposição, em que se procura extrair da custódia preventiva uma provisoriedade não apenas genérica (que de resto apresentam todas as cautelares,[9] senão quando a sua manutenção entrelaça-se à subsistência dos motivos que as ensejaram), mas a necessidade de uma duração temporal específica, delimitada, previamente conhecida, apta a tornar eficaz aquela marca abstrata – que, de quando em vez, parece desnaturar-se por prisões que se prolongam demasiadamente, sem que haja a conclusão do processo a que servem.

Referimo-nos apenas a essa espécie de custódia cautelar (a prisão preventiva), como que tomando a espécie pelo gênero, pois a chamada "prisão" em flagrante, que não passa pelo prévio crivo jurisdicional, melhor se enquadra como uma forma de "detenção", de caráter assaz precário e sujeita a perecer se não transmudada em preventiva, por decisão judicial em que demonstrada causa suficiente para tanto. De resto, para a prisão dita "temporária", existem já os delineamentos temporais expressos em diplomas legais específicos.[10]

3. O princípio da razoável duração do processo e a sua extensão à prisão cautelar

Em nosso sistema, como em todos que se pretendem fundados em bases democráticas, a prisão processual é exceção. E exceção o é (i) porque se trata de uma providência cautelar e, como tal, tendo vez apenas quando estiver ameaçada a eficácia do (devido) processo penal cognitivo ou executivo, e (ii) porque representa a mais drástica forma de limitação à liberdade do indivíduo, cabendo sempre de forma subsidiária, quando não for o caso de aplicar-se uma outra medida acautelatória. Aliás, da leitura dos dispositivos do Código Penal brasileiro refe-

9. Salvo as auto-satisfativas, como a busca e apreensão, a interceptação telefônica etc.

10. Assim: Lei 7.960/89 (art. 2.º) e Lei 8.072/90 (art. 2.º, § 3.º).

rentes à matéria, conclui-se que também a aplicação da prisão definitiva (pena) é excepcional, porquanto cabível apenas se não afigurar-se possível a sua substituição por uma pena restritiva de direitos.

Nesse toar, a Comissão da Ajufe, para destacar o atributo da indispensabilidade ínsito à prisão cautelar, houve por bem sugerir o acréscimo do § 6.º ao art. 282 do CPP (na redação do PL 4.208/2001), com o seguinte conteúdo: "A prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)."[11]

Como medida cautelar, a prisão preventiva é interina, destinada a expirar tão-logo cessem os seus pressupostos ou venha a termo o processo principal. A sua provisoriedade e excepcionalidade interligam-se ainda à garantia de presunção de inocência de que gozam todos os suspeitos e acusados (art. 5.º, LVII, da CF/88). Eis aqui o encontro daquele duplo escopo em constante tensão no processo criminal: o direito do indivíduo a não ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, no qual exerça ampla defesa, e o direito da sociedade a um instrumento eficaz de combate à criminalidade.[12]

A ausência, contudo, de uma disciplina sobre o tempo do encarceramento preventivo (tempo que é, na verdade, o maior ônus a recair sobre o preso), reflete negativamente, a uma só vez, sobre as garantias individuais do investigado/acusado e a imperiosa necessidade de uma resposta penal célere do Estado-juiz, como pilares da segurança jurídica e da confiabilidade do sistema judiciário.

11. Sobre o princípio da proporcionalidade na ponderação de valores em conflito em situações de urgência ou de risco, no processo penal, Fábio Ramazzini Bechara (2005:126-7) explica: "O juízo de valor que reconhece a existência de uma situação de risco que possa comprometer os fins do processo deve pautar-se pela observância de um juízo de adequação e proporcionalidade, ou seja, ao mesmo tempo em que a prevalência de um valor sobre o outro deve mostrar-se indispensável, fundamental se apresenta que o julgador opte, dentre as soluções possíveis – caso assim o seja –, por aquela que menor gravame acarrete, da mesma forma, a partir da escolha eleita, a dosagem na sua aplicação deve corresponder à intensidade da situação de risco constatada."

12. Em suma, a conhecida equação *segurança X liberdade*, cujo equilíbrio deve ser a todo tempo buscado, no que Fauzi Hassan Choukr denomina de "dilema fundamental do processo penal" (1995:20).

Calha advertir, porém, como faz Roberto Delmanto Junior (2001:236), que a celeridade assim perseguida não se confunde com precipitação, sob o risco de comprometer-se a colheita de provas e de prejudicar-se o exercício da ampla defesa e do contraditório.

A celeridade, diga-se, não é anseio externado apenas pela Comissão de reforma do CPP.[13] Trata-se de garantia prevista em documentos internacionais[14] e recentemente incorporada ao texto constitucional brasileiro, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, por via da EC 45/2004.[15]

Perceba-se que o conceito de razoável duração do processo é aberto, sobre ele corriqueiramente se debruçando a jurisprudência criminal, que, valendo-se

13. Lê-se, na exposição de motivos dos anteprojetos: "A transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal. Algum mecanismo de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência. Tudo, ainda, marcado pela globalidade da reforma, que envolve aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal e do pessoal de apoio, bem como o necessário instrumental técnico, imprescindíveis para a operacionalidade do sistema."

14. A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), integrada ao direito brasileiro pelo Dec. 678/92, estabelece: "Art. 7.º – Direito à liberdade pessoal (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo." Interessante citar também a *Convenção Européia dos Direitos do Homem*, assinada em 1950 por quinze países europeus, impondo aos Estados criar mecanismos institucionais para assegurar o respeito pelos direitos nela consagrados, com implicações particulares nos sistemas judiciário, prisional e de funcionamento das forças de segurança. Têm particular incidência no sistema judiciário as disposições dos arts. 5.º, relativa à privação da liberdade, e 6.º, sobre o direito a um julgamento eqüitativo e realizado dentro de um prazo razoável. Podemos retroagir ainda mais, lembrando que a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 1776, já expressava os fundamentos do regime democrático, firmando, na cláusula VIII, o mandamento de que, "em todo processo criminal, incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado (...)." (Textos colhidos na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em 02 nov 2005).

15. Art. 5.º (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, procura, senão construir tais limites, reconhecer em determinados casos a extrapolação do admissível em termos de segregação cautelar. No terreno doutrinário, a diretiva é a mesma, como nos mostra José Carlos Mascari Bonilha (2002:197-8):

"O princípio da razoabilidade, segundo o qual não é a mera soma aritmética que deve imperar para a aferição do excesso de prazos, fornece balizas que devem ser observadas em primeira instância (hoje, nada obstante este princípio, entende-se que deve, a prova acusatória, ultimar-se no prazo de setenta e seis e oitenta e um dias, nas hipóteses de tráfico de drogas). Há, igualmente, previsão legal de desaforamento, para os casos em que, decorrido um ano, a contar do libelo acusatório, não tenha sido realizada a sessão de julgamento pelo júri popular. Mas, a celeridade processual deve, à semelhança, incidir na segunda instância e nos Tribunais Superiores da União, o que contribuiria para a efetiva garantia constitucional, estando em conformidade com a Convenção Americana dos Direitos Humanos."

À falta de um parâmetro objetivo para a duração da prisão, mas sem perder de vista a inextricável ligação entre o tempo da custódia e o do processo em si (afinal, aquela é instrumento a serviço deste), proliferam pedidos de liberdade provisória fundados em excesso de prazo quando superado, na instrução criminal, o limite de 81 (oitenta e um) dias – obtido pelo somatório dos prazos gerais estabelecidos no CPP para a prática dos sucessivos atos nos procedimentos comuns dos crimes punidos com reclusão –, levando os Tribunais a por vezes flexibilizarem tal elastério, admitindo a sua prorrogação, se justificada no caso concreto.

Aliás, na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal vigente, item VIII, paira já um aceno no sentido de serem os prazos balizados pela efetividade do processo: "A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados." E em várias oportunidades a 5.ª Turma do E. STJ decidiu pela relatividade do aludido prazo:

"Criminal. HC. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Réu foragido. Necessidade da custódia para assegurar a aplicação da lei penal. Constrangimento ilegal não demonstrado. Excesso de prazo. Expedição de cartas precatórias. Demora justificada. Princípio da razoabilidade. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Ordem denegada. Liminar cassada.

"I. Hipótese em que o réu permaneceu foragido por mais de cinco anos após a suposta prática do crime e dois anos após a decretação de sua custódia cautelar.

II. Não se vislumbra ilegalidade no decreto de prisão preventiva, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, tendo em vista que procedido em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

III. A fuga do réu pode ser suficiente para motivar a segregação provisória a fim de garantir a aplicação da lei penal. Precedentes.

IV. Trata-se de processo criminal que tramita regularmente, tendo sido retardado, apenas em parte, em decorrência da fuga do réu do distrito da culpa, da necessidade de expedição de carta precatória e da observância às formalidades legais.

V. Por aplicação do Princípio da Razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

VI. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto.

VII. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

VIII. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida."[16]

Portanto, na prática, as peculiaridades inerentes à realidade processual – que pode tornar-se complexa, em virtude da pluralidade de réus, de advogados e de testemunhas, ou da necessidade de expedição de cartas para cumprimento de

16. HC 42.480-MT, rel. Min. Gilson Dipp, v.u., *DJ* 01.08.2005. Da mesma 5.ª T., por exemplo, os seguintes precedentes: HC 37.733-RJ, 39.029-PR, 40.129-RS e 40.880-BA.

diligências –, a vastidão territorial do nosso país (testemunhas ou vítimas de delitos com violência costumam afastar-se do local do crime), a escassez de recursos policiais e judiciais e a carência de um efetivo serviço de proteção às testemunhas demonstram que o parâmetro de 81 (oitenta e um) dias não se presta, com raras exceções, a balizar o encarceramento preventivo, ficando defasado mesmo no que diz respeito ao controle do tempo do processo, já que a realidade judiciária e a complexidade delitiva dos tempos atuais distanciam-se do panorama vislumbrado pelo elaborador do Código de 1941.

Por outro lado, se parâmetro legislativo há (tímido, que seja) para o prazo do procedimento comum ordinário, assim também para os feitos relativos aos crimes previstos na Lei de Tóxicos, o que permite estancar-se eventual constrangimento ilegal pela via do *habeas corpus*, tais mecanismos, entretanto, prestam-se a regular apenas o trajeto do processo em primeiro grau de jurisdição, não existindo, como alerta Fauzi Hassan Choukr (1999:128), controle algum quanto à duração da cautela em relação ao trâmite recursal, de forma que os tribunais quedam livres de amarras em suas atividades ainda que o acusado esteja preso.

4. Proposta de limitação temporal da custódia preventiva

Mesmo nos países que adotam barreiras temporais expressas para a prisão processual (o que parece ser uma tendência global), o interregno não se apresenta tão curto. O ressalte se faz importante eis que não são poucos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional com o escopo de estabelecer um prazo máximo de 81 (oitenta e um) dias para a duração da prisão preventiva,[17] a denotar a oportunidade e a relevância da reflexão sobre o tema. Digno de destaque é o anteprojeto elaborado por Roberto Delmanto Junior (2000:356), no qual são relacionados diversos prazos a serem cumpridos no trâmite da persecução penal, sob pena de imediata soltura do indiciado ou acusado preso. O trabalho traz uma sepa-

17. Exemplo é o PL 3.748/2004, que dá nova redação ao art. 311 do Dec.-lei 3.689/41.

ração de prazos entre diversos marcos da caminhada processual, até o julgamento de recurso extraordinário no STF.

Nos Estados Unidos da América, o aumento da população carcerária e os altos custos financeiros da prisão levaram à reformulação paulatina do regime da custódia, sobretudo a pré-processual. A Suprema Corte há muito se vale do princípio da razoabilidade para decidir questões relativas ao tempo da detenção.[18] No campo da persecução judicial, vários Estados formularam normas próprias fixando prazos máximos para a conclusão do processo com o acusado preso, sob pena de ser ele liberto, ao cumprimento de específicas condições. Estados como Arizona, Illinois, Michigan e Utah estabelecem o processamento do réu preso em trinta, sessenta ou noventa dias, enquanto alguns estatutos autorizam detenções mais longas. Em Rhode Island, é previsto que o acusado não-afiançado seja solto se em seis meses não for julgado nem prestar fiança (Frankowski e Luepke, 1992:61 e 74).

Na França, o art. 145 do CPP estabelece a duração da prisão preventiva, variável conforme a natureza da infração: para os mais graves, a medida pode ser ordenada por um ano e prolongada uma vez pelo mesmo período; para os menos graves, a prisão pode ser decretada por quatro meses e prolongada por mais dois meses, ou quatro, para alguns reincidentes.[19]

Em Portugal, a prisão preventiva é a medida mais gravosa do processo penal[20] e pode ser aplicada até um máximo de três anos sem trânsito em julgado da decisão condenatória (findas todas as instâncias de recurso) em cada processo,

18. Emblemático é o caso *City of Riverside x McLaughkin* (14.05.1991), citado em Frankowski e Luepke (1992:61), decidido por um placar ajustado (5 x 4), no qual a Corte decidiu que a reunião de indícios delituosos e a realização de outros procedimentos pré-processuais, como a presença oficial do detido perante o tribunal, deve dar-se com a rapidez razoavelmente possível, mas não ultrapassar 48 horas de custódia, salvo em circunstâncias excepcionais, demonstradas pela autoridade. Trata-se, é certo, de caso de detenção realizada sem ordem judicial (flagrante delito), porém bem ilustra a importância da razoabilidade na fixação dos parâmetros temporais.

19. A informação é de Delmas-Marty, 1995:275.

20. Releva observar que, como medida de constrição alternativa à prisão preventiva, a reforçar o caráter subsidiário desta, Portugal prevê também a prisão domiciliar em regime de vigilância eletrônica, em vigor desde o ano de 2000.

podendo atingir os quatro anos em caso de excepcional complexidade. Os arts. 215 e 216 do CPP português traçam, de forma detalhada, prazos de duração para a preventiva, desde a etapa investigatória até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória:

"Art. 215.º *Prazos de duração máxima da prisão preventiva*

1 – A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:

a) 6 meses sem que tenha sido deduzida acusação;

b) 10 meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;

c) 18 meses sem que tenha havido condenação em 1.ª instância;

d) 2 anos sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

2 – Os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para 8 meses, 1 ano, 2 anos e 30 meses, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a oito anos, ou por crime:

a) Previsto nos arts. 299.º, 312.º, n.º 1, 315.º, n.º 2, 318.º, n.º 1, 319.º, 326.º, 331.º ou 333.º, n.º 1, do Código Penal;

b) De furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos;

c) De falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem;

d) De burla, insolvência dolosa, administração danosa do sector público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação económica em negócio;

e) De branqueamento de capitais, bens ou produtos provenientes do crime;

f) De fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;

g) Abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.

3 – Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respectivamente, para 12 meses, 16 meses, 3 anos e 4 anos, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

4 – Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do n.º 1, bem como os correspondentemente referidos nos n.os 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial.

Art. 216.º *Suspensão do decurso dos prazos de duração máxima da prisão preventiva*

1 – O decurso dos prazos previstos no artigo anterior suspende-se:

a) Quando tiver sido ordenada perícia cujo resultado possa ser determinante para a decisão de acusação, de pronúncia ou final, desde o momento da ordem de efectivação da perícia até ao da apresentação do relatório; ou

b) Em caso de doença do arguido que imponha internamento hospitalar, se a presença daquele for indispensável à continuação das investigações.

2 – A suspensão a que se refere a alínea a) do número anterior não pode, em caso algum, ser superior a três meses."

Em contrapeso aos largos interregnos estatuídos (não imunes a críticas[21]), a legislação portuguesa prevê ainda uma espécie de prazo de regulação do an-

21. Francisca Van Dunem retrata, em sucinto trabalho, o relatório elaborado pelo Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, em 2003, sobre o cumprimento, por Portugal, dos compromissos assumidos em instrumentos internacionais. Quanto à duração dos processos, observou-se que o número de processos pendentes duplicara desde 1992, apesar da diminuição dos processos ajuizados anualmente, sendo que os processos cíveis teriam sido os principais responsáveis pela elevação, já que os penais e laborais mantiveram tempo médio constante. Em que pese o alto percentual de presos preventivos em Portugal, ultrapassando a média européia, atribuiu-se tal resultado ao fato de que o conceito de preso preventivo, naquele país, inclui os já condenados em primeira instância, sem trânsito em julgado. O relatório alerta, todavia, ao tempo excessivo de duração da preventiva, considerando a sua elevação no período, apesar da constância do número de acusados. (O tempo de duração dos processos e a prisão

damento processual, tendo por finalidade não arrastar no tempo a prisão preventiva sem uma reapreciação periódica dos seus fundamentos. Assim, o art. 213 do CPP consagra a revisibilidade trimestral dos pressupostos da medida de coação.[22] A sua violação, todavia, ao contrário dos prazos dos arts. 215 e 216, constitui mera irregularidade processual, sanável oficialmente ou a requerimento do interessado, dando lugar, quando muito, a um pedido de aceleração processual (art. 108 do CPP).

Na Itália, o tratamento é semelhante ao dado em Portugal, inclusive no que se refere à previsão de causas de suspensão e de prorrogação do tempo da prisão cautelar. Observe-se o que dispõe o CPP italiano:

"Art. 303. *Termini di durata massima della custodia cautelare*

1. La custodia cautelare perde efficacia quando:

a) dall'inizio della sua esecuzione sono decorsi i seguenti termini senza che sia stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio ovvero senza che sia stata pronunciata una delle sentenze previste dagli articoli 442, 448 comma 1, 561 e 563:

1) tre mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni;

2) sei mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a sei anni, salvo quanto previsto dal numero 3);

3) un anno, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione non inferiore nel massimo a venti anni ovvero per uno dei delitti indicati nell'articolo 407 comma 2, lettera a),

preventiva: comentários face ao relatório sobre os direitos humanos do Conselho da Europa. [Página eletrônica da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa]. Lisboa: 27 fev 2004. Seção Textos. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl. Acesso em 31 out 2005.).

22. O item 1 do indigitado artigo preceitua: "Durante a execução da prisão preventiva o juiz procede oficiosamente, de três em três meses, ao reexame da subsistência dos pressupostos daquela, decidindo se ela é de manter ou deve ser substituída ou revogada."

sempre che per lo stesso la legge preveda la pena della reclusione superiore nel massimo a sei anni;

b) dall'emissione del provvedimento che dispone il giudizio o dalla sopravvenuta esecuzione della custodia sono decorsi i seguenti termini senza che sia stata pronunciata sentenza di condanna di primo grado:

1) sei mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni;

2) un anno, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni, salvo quanto previsto dal numero 1);

3) un anno e sei mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione superiore nel massimo a venti anni;

c) dalla pronuncia della sentenza di condanna di primo grado o dalla sopravvenuta esecuzione della custodia sono decorsi i seguenti termini senza che sia stata pronunciata sentenza di condanna in grado di appello:

1) nove mesi, se vi è stata condanna alla pena della reclusione non superiore a tre anni;

2) un anno, se vi è stata condanna alla pena della reclusione non superiore a dieci anni;

3) un anno e sei mesi, se vi è stata condanna alla pena dell'ergastolo o della reclusione superiore a dieci anni;

d) dalla pronuncia della sentenza di condanna in grado di appello o dalla sopravvenuta esecuzione della custodia sono decorsi gli stessi termini previsti dalla lettera c) senza che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna. Tuttavia, se vi è stata condanna in primo grado, ovvero se la impugnazione è stata proposta esclusivamente dal pubblico ministero, si applica soltanto la disposizione del comma 4.

2. Nel caso in cui, a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione o per altra causa, il procedimento regredisca a una fase o a un grado

di giudizio diversi ovvero sia rinviato ad altro giudice, dalla data del provvedimento che dispone il regresso o il rinvio ovvero dalla sopravvenuta esecuzione della custodia cautelare decorrono di nuovo i termini previsti dal comma 1 relativamente a ciascuno stato e grado del procedimento.

3. Nel caso di evasione dell'imputato sottoposto a custodia cautelare, i termini previsti dal comma 1 decorrono di nuovo, relativamente a ciascuno stato e grado del procedimento, dal momento in cui venga ripristinata la custodia cautelare.

4. La durata complessiva della custodia cautelare, considerate anche le proroghe previste dall'articolo 305, non può superare i seguenti termini:

a) due anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni;

b) quattro anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni, salvo quanto previsto dalla lettera a);

c) sei anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a venti anni (1).

(1) Articolo modificato dall'art. 3, D.L. 1.° marzo 1991, n. 60, e successivamente così modificato dall'art. 2, comma 1, D.L. 9 settembre 1991, n. 292.

Art. 304. *Sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare*

1. I termini previsti dall'articolo 303 sono sospesi, con ordinanza appellabile a norma dell'articolo 310, nei seguenti casi:

a) nella fase del giudizio, durante il tempo in cui il dibattimento è sospeso o rinviato per impedimento dell'imputato o del suo difensore ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore, sempre che la sospensione o il rinvio non siano stati disposti per esigenze di acquisizione della prova o a seguito di concessione di termini per la difesa;

b) nella fase del giudizio, durante il tempo in cui il dibattimento è sospeso o rinviato a causa della mancata presentazione, dell'allontanamento

o della mancata partecipazione di uno o più difensori che rendano privo di assistenza uno o più imputati;

c) nella fase del giudizio, durante la pendenza dei termini previsti dall'articolo 544 commi 2 e 3.

2. I termini previsti dall'articolo 303 possono altresì essere sospesi, nella fase del giudizio, quando si tratta dei reati indicati dall'articolo 407 comma 2 lettera a), nel caso di dibattimenti particolarmente complessi, durante il tempo in cui sono tenute le udienze o si delibera la sentenza nel giudizio di primo grado o nel giudizio sulle impugnazioni.

3. Nei casi previsti dal comma 2, la sospensione è disposta dal giudice, su richiesta del pubblico ministero, con ordinanza appellabile a norma dell'articolo 310.

4. I termini previsti dall'articolo 303, comma 1, lettera a), sono sospesi, con ordinanza appellabile a norma dell'articolo 310, se l'udienza preliminare è sospesa o rinviata per taluno dei casi indicati nel comma 1, lettere a) e b), del presente articolo.

5. Le disposizioni di cui alle lettere a) e b) del comma 1 e di cui al comma 4 non si applicano ai coimputati ai quali i casi di sospensione non si riferiscono e che chiedono che si proceda nei loro confronti previa separazione dei processi.

6. La durata della custodia cautelare non può comunque superare il doppio dei termini previsti dall'articolo 303, commi 1, 2 e 3 e i termini aumentati della metà previsti dall'articolo 303, comma 4 ovvero, se più favorevole, i due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza. A tal fine la pena dell'ergastolo è equiparata alla pena massima temporanea.

7. Nel computo dei termini di cui al comma 6, salvo che per il limite relativo alla durata complessiva della custodia cautelare, non si tiene conto dei periodi di sospensione di cui al comma 1, lettera b) (1).

(1) Articolo così sostituito dall'art. 15, L. 8 agosto 1995, n. 332.

Art. 305. *Proroga della custodia cautelare*

1. In ogni stato e grado del procedimento di merito, quando è disposta perizia sullo stato di mente dell'imputato, i termini di custodia cautelare sono prorogati per il periodo di tempo assegnato per l'espletamento della perizia. La proroga è disposta con ordinanza dal giudice, su richiesta del pubblico ministero, sentito il difensore. L'ordinanza è soggetta a ricorso per cassazione nelle forme previste dall'articolo 311.

2. Nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero può altresì chiedere la proroga dei termini di custodia cautelare che siano prossimi a scadere, quando sussistono gravi esigenze cautelari che, in rapporto ad accertamenti particolarmente complessi, rendano indispensabile il protrarsi della custodia. Il giudice, sentiti il pubblico ministero e il difensore, provvede con ordinanza appellabile a norma dell'articolo 310.

La proroga è rinnovabile una sola volta. I termini previsti dall'articolo 303 comma 1 non possono essere comunque superati di oltre la metà."

No âmbito das causas extintivas das medidas cautelares, assume particular relevo, segundo relata Delfino Siracusano, o decurso dos termos de duração máxima da custódia cautelar como instrumento direto de atuação da garantia imposta pelo art. 13 da Constituição italiana, de fixar um limite insuperável além do qual as razões de liberdade do imputado prevaleçam sobre exigências do processo. Trata-se, para o autor, de uma garantia-limite, uma regra de dissuasão que somente deveria deflagrar-se quando todos os mecanismos de controle das condições legitimadoras da medida restritiva de liberdade pessoal não produzirem os frutos esperados (2001:433-4).

Para atingir o objetivo de estabelecer a "caducidade automática" do título de custódia cautelar são preordenadas as disposições dos arts. 303 e ss. do CPP, que definem um articulado e complexo sistema de limites, suspensão e prorrogação. A caducidade da prisão cautelar não prejudica, evidentemente, o exercício dos poderes que a lei reserva às autoridades judiciais quanto à aplicação de penas acessórias ou de outras medidas cautelares.

Note-se que Itália e Portugal, embora países de distâncias geográficas internas mais reduzidas que as nossas, trazem prazos bem superiores ao aventado

em nosso sistema e, embora não se pretenda simplesmente "importar" modelos alienígenas para o direito positivo pátrio, parece-nos que os critérios expressos nos dispositivos acima transcritos são adequados ao menos a servir como orientação para a reforma.

Dessarte, tomando de exemplo tais sistemas comparados, ao menos no que diz com a técnica de balizamento temporal da prisão (estágios processuais, tipos penais, circunstâncias da prova), a comissão da Ajufe inseriu proposta de acréscimo, através do PL 4.208/2001, do seguinte artigo ao CPP:

"Art. 315-A. A custódia em virtude da prisão preventiva extingue-se quando tiverem decorrido:

I – três meses, sem que tenha sido oferecida a denúncia;

II – doze meses, sem que tenha havido condenação em primeiro grau;

III – dois anos, sem que tenha havido condenação transitada em julgado.

§ 1.º. Os prazos referidos nos incisos I, II e III serão elevados, respectivamente, para seis meses, dezoito meses e três anos, em casos de genocídio, terrorismo ou crime organizado, ou quando a pena máxima cominada ao delito for superior a oito anos, ou por crime:

a) de homicídio doloso (art. 121, *caput* e § 2.º);

b) de seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput* e §§ 1.º e 2.º);

c) de roubo (art. 157, *caput* e §§ 1.º, 2.º e 3.º);

d) de extorsão (art. 158, *caput* e §§ 1.º e 2.º);

e) de extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput* e §§ 1.º, 2.º e 3.º);

f) de estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

g) de atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

h) de quadrilha ou bando (art. 288), todos do CP;

i) de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343, de 23.08.2006);

j) de lavagem de dinheiro (Lei 9.613, de 03.03.1998);

l) contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986).

§ 2.º. Os prazos referidos nos incisos I, II e III serão elevados, respectivamente, para doze meses, dois anos e quatro anos, quando o processo for por um dos crimes referidos no parágrafo anterior e revelar excepcional complexidade, devido ao número de acusados ou de manifesta dificuldade para a produção da prova.

§ 3.º. Os prazos referidos nos incisos I, II e III serão acrescentados de seis meses se houver recurso para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça."

Com a proposição em relevo, intenta-se avançar na remodelagem do processo penal infraconstitucional, permitindo-se adequá-lo o quanto possível aos ditames básicos da Lei Maior, cumprindo-se a missão do legislador, que é, afinal, traçada por aquela. Isso sem privar o aplicador da norma (vale dizer, o Poder Judiciário) da valiosa ferramenta da razoabilidade, aliada sempre ao motivado exame sobre a persistência dos fundamentos da preventiva (dispostos no art. 312 do CPP). Ademais, poder-se-á suprir a incômoda lacuna[23] da falta de contornos objetivos aos motivos de prorrogação da prisão preventiva, através de uma combinação de limites tidos por cruciais na determinação do tempo da persecução criminal, a começar pela prática de atos processuais (oferecimento da acusação, sentença condenatória, julgamento em segundo grau).

Concluímos, portanto, ser preciso fixar, no rastro de tendência mundial, prazos máximos para a custódia preventiva, levando-se em consideração, como principais fatores, a pena cominada em abstrato para o delito (já que a gravidade em abstrato da pena determina o momento da prescrição, instituto que constitui,

23. Irresignação demonstrada por Machado (2005:191): "[É] curioso notar que a jurisprudência, ao arrepio da lei, tem admitido o excesso de prazo na formação da culpa quando o crime é grave e o agente apresenta alguma periculosidade. Nesses casos, tem-se mantido a prisão cautelar como exigência de ordem pública, ao simples argumento de que a realização da instrução e a eficácia de eventual condenação justificam a manutenção da prisão cautelar para além do prazo da instrução. Fala-se numa espécie de "juízo de razoabilidade", pelo qual seria absolutamente justificável o excesso de prazo no encerramento da formação da culpa nos casos de crime grave ou periculosidade de seu autor.

a nosso ver, uma espécie de "sanção" à sociedade e ao Estado pela tardia prestação jurisdicional e pela ineficácia na apuração do ilícito criminal) e as dificuldades para a produção da prova.

É bem verdade que o esforço pela eficácia do processo penal brasileiro, como pela maior adaptação entre a legislação processual e o arcabouço constitucional, não passa apenas por iniciativas como a de limitação temporal da prisão preventiva; abrange, sem dúvida, um contexto amplo de medidas, tendentes, por exemplo, a desburocratizar procedimentos, simplificar as vias recursais e racionalizar a investigação criminal.

Nada obstante, temos que o estabelecimento de um prazo máximo para a custódia preventiva, se abraçado pelo legislador, virá em boa hora, atendendo ao mesmo tempo à dupla finalidade que constitui razão de ser do processo penal: a garantia de liberdade do acusado, corolário do seu estado presuntivo de inocência, e a resposta estatal à violação do ordenamento com a ocorrência do fato criminoso, que deve ser efetiva e, pois, célere.

5. Bibliografia

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONILHA, José Carlos Mascari. Prisão cautelar. In CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Edicamp, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Anteprojeto de lei com vistas a impor celeridade ao processo penal, regulamentando o prazo da prisão provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, out.-dez. 2000, p. 355-366.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Paris: Press Universitaires, 1995.

FRANKOWSKI, Stanislaw; LUEPKE, Henry. Pre-trial detention in the U.S. *Preventive detention*: a comparative and international law perspective. FRANKOWSKI, Stanislaw; SHELTON, Dinah (ed). Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992, p. 53-111.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, jul.-set. 2000, p. 65-74.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Alberto Antônio. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SIRACUSANO, D. et al. *Diritto processuale penale*. v. 1, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VAN DUNEM, Francisca. O tempo de duração dos processos e a prisão preventiva: comentários face ao relatório sobre os direitos humanos do Conselho da Europa. [Página eletrônica da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa.]. Lisboa, 27 fev 2004. Seção Textos. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl. Acesso 31 out 2005.

Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por *denúncia anônima* no Estado Democrático de Direito

Rodrigo Iennaco

Promotor de Justiça em Minas Gerais.
Mestre em Ciências Penais pela UFMG.
Professor convidado do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da UFJF e do Curso de Direito do Unileste/MG.

Sumário: 1. Investigação criminal e estado de direito: início do procedimento investigatório: 1.1 A notícia de crime: variações; 1.2 Notícia de crime, delação ou denúncia anônimas: indefinições terminológicas na teoria e na *praxis* – 2. Ponderação de bens jurídicos em conflito: divergência doutrinária e jurisprudencial: 2.1 A denúncia anônima e a vedação constitucional ao anonimato – 3. A denúncia anônima e a vedação constitucional à obtenção ilícita de provas: 3.1 Obtenção ilícita de provas e nulidade derivada – 4. Critérios de validade das investigações originadas de denúncia anônima: 4.1 Necessidade de registro e controle da notícia anônima pelos órgãos de defesa social: anonimato ou sigilo?; 4.2 Necessidade de verificação de procedência das informações; 4.3 Denúncia anônima como fundamento de busca e apreensão domiciliar, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de dados bancários ou fiscais e medidas assecuratórias; 4.4 Denúncia anônima e prisão provisória: 4.4.1 Denúncia anônima e prisão em flagrante; 4.4.2 Denúncia anônima e prisão preventiva; 4.4.3 Denúncia anônima e prisão temporária; 4.4.4 Denúncia anônima e prisão decorrente de condenação recorrível ou de pronúncia; 4.5 Valor probatório da denúncia anônima – 5. Conclusões – 6. Bibliografia.

Validade do procedimento de persecução criminal

Resumo: A investigação criminal, para que sirva de legítima fundamentação ao exercício da ação penal, deve submeter-se aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes. A Constituição brasileira assegura a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato (art. 5.º, IV, CF/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, prevendo indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5.º, X, CF/88). O presente trabalho pretende aprofundar o debate em torno da validade constitucional do procedimento criminal deflagrado por denúncia anônima, buscando estabelecer critérios a partir da sistematização e da abordagem jurisprudencial da matéria.

Abstract: The Brazilian Constitution assures the free manifestation of the thought, however prohibition the anonymity. Is anonymous denunciation of crime constitutional? This article intends to debate the parameters of constitutional validity of the criminal proceeding derivated of anonymous denunciation and to establish concepts for the Brazilian Supreme Court's jurisprudence of the subject.

Palavras-chave: "Denúncia" anônima – Legalidade e legitimidade – Teoria da prova ilícita por derivação – Princípio da proporcionalidade.

Key-words: Anonymous denunciation – Legality and legitimacy – Theory of the fruits of the poisonous tree – Principle of the proportionality.

1. Investigação criminal e estado de direito: início do procedimento investigatório

A característica principal do estado de direito é a submissão do poder público às suas próprias normas, instituídas na estruturação do Estado, como expressão do princípio da legalidade. São normas constitucionais estabelecidas como autêntica garantia e limitação ao poder, de acordo com a divisão de competências institucionais que funciona num sistema de *freios e contrapesos*. As noções de governo republicano e regime democrático se complementam, instrumentalmente, na consagração do processo como conjunto de princípios e garantias que

disciplinam a resolução judicial de conflitos. Em matéria de responsabilidade criminal, ninguém será privado de seus direitos sem a observância do devido processo penal,[1] aí referenciados seus corolários: o contraditório e a ampla defesa.

Na persecução penal que se desenvolve no estado de direito democrático, a dignidade da pessoa humana expressa seu valor fundamental. Todas as regras que se referem à investigação preparatória, à ação penal e ao procedimento judicial devem ser interpretadas nessa ótica garantista,[2] em que o respeito à Constituição não representa interesse individual em face do interesse público violado com o crime, mas interesse coletivo de respeito à democracia, à humanidade e à cidadania.[3]

A investigação criminal, assim, como fase preparatória ao exercício da ação penal, está submetida, como condicionante de sua legitimidade, aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes.

A investigação das infrações penais é atribuição, em regra, das polícias judiciárias, consubstanciada no inquérito policial. A outras autoridades a Constituição remete, outrossim, o poder investigatório, sobretudo relacionado às respectivas funções administrativas (parlamentar, fiscal, previdenciária, tributária, disciplinar etc.), cujos fatos tenham repercussão também na esfera penal, sem prejuízo da atuação da polícia judiciária (art. 4.º, CPP).

Igualmente tem assento constitucional a legitimação do Ministério Público (art. 129, VI e VIII, CF/88; arts. 7.º, 8.º e 38, LC 75/93; Lei 8.625/93) e da Magistratura (art. 33, parágrafo único, LC 35/79) para a investigação de infrações penais.

A presidência do inquérito policial é atribuição da autoridade policial. Por outro lado, a Polícia Judiciária não detém, nem de longe, o monopólio do poder investigatório

1. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) et alii. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, p. 269-271; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 42.

2. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione:* teoria del garantismo penale.

3. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 13-14.

do Estado. O inquérito policial, no regime jurídico-constitucional inaugurado em 1988, é apenas uma das várias espécies de procedimentos administrativos investigatórios.

O Ministério Público, como titular do direito de ação penal pública condenatória, está legitimado para proceder a investigações administrativas, no âmbito do inquérito civil público (inclusive quanto a fatos que tenham repercussão na responsabilidade civil, administrativa e criminal), bem assim para instaurar, em caráter excepcional, procedimentos administrativos investigatórios criminais, disciplinados, no Estado de Minas Gerais, pela Resolução Conjunta PGJ CGMP 2, de 14.09.2004.[4] Até porque o inquérito policial não é expediente imprescindível à propositura da ação penal.[5]

Em se tratando de crimes de ação penal de iniciativa pública (incondicionada), tanto o inquérito policial quanto o procedimento administrativo investigatório ministerial devem ser instaurados de ofício. Com efeito, as autoridades públicas incumbidas da persecução penal devem agir de ofício, sem necessidade de provocação formal ou de assentimento de outrem (princípio da *oficiosidade* ou *oficialidade*)[6] – art. 5.º, I, CPP.

Ciente da prática de um crime, a autoridade policial tem o poder-dever de instaurar o inquérito policial ou confeccionar procedimento correlato nas infrações de pequeno potencial ofensivo (TCO); na mesma medida, o órgão de execução do Ministério Público está obrigado a requisitar a instauração de inquérito

4. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 248-257; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 37-43.

5. Conforme entendimento pacífico no STF, a instauração de inquérito policial é prescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção (HC 70.991, Min. Moreira Alves; RE 233.072, Min. Nelson Jobim). Da mesma forma, não há impedimento para que o Ministério Público efetue colheita de depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merece ser elucidado (HC 83.463/RS, j. 16.03.2004, 2.ª T.). No mesmo sentido o entendimento do pleno do STF (Inquérito 1.957-7/PR, j. 11.05.2005).

6. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 22; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 201; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 50.

policial ou, se as circunstâncias o recomendarem, instaurar o competente procedimento administrativo investigatório criminal.

Nesse caso, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência da infração penal poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (art. 5.º, § 3.º, CPP).

Embora noticiar o crime seja mera faculdade conferida ao cidadão interessado em colaborar com a atividade repressiva do Estado,[7] toda pessoa pode (e deve) ser testemunha, embora, em determinadas circunstâncias, algumas possam apresentar recusa (art. 206, CPP), estejam proibidas (art. 207, CPP) ou impedidas de depor (arts. 252, II, 258 e 564, I, CPP e art. 405, § 2.º, CPC). Há lei prevendo regras para organização e manutenção de programas especiais de proteção a testemunhas ameaçadas (Lei 9.807/99, regulamentada, no plano federal, pelo Dec. 3.518/2000). A testemunha, dado o valor probatório de seu depoimento (título VII do Livro I do CPP), deve ser identificada (art. 205, CPP), constituindo a recusa de fornecimento dos dados pessoais contravenção penal (art. 68, LCP). Aquele que, sendo testemunha, não diz o que sabe, omitindo-se ("negar ou calar a verdade"), pratica o crime de falso testemunho (art. 342, CP). Ademais, quem dá causa à instauração de investigação contra pessoa sabidamente inocente, imputando-lhe crime, incide nas sanções do art. 339 do CP.

Por outro lado, a mesma Constituição Federal que assegura a livre manifestação do pensamento, *veda o anonimato* (art. 5.º, IV, CF/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito indenizatório decorrente de dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5.º, X, CF/88).

Do confronto entre o dever legal de servir como testemunha, a todos imposto (salvo exceções), e a inviolabilidade da vida privada, surge a indagação so-

7. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 217-218; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 78.

bre a validade e legitimidade, perante a ordem jurídico-constitucional, da notícia anônima de crime.

De um lado, a Constituição veda expressamente o anonimato, limitando a livre manifestação do pensamento individual. No mesmo passo, a legislação infraconstitucional impõe o dever de testemunhar e identificar-se como testemunha. De outro, a autoridade que recebe notícia de crime de ação penal de iniciativa pública tem o dever de verificar a procedência das informações e, confirmada esta, de instaurar procedimento investigatório.

Aquilo que a Constituição parece vedar é estimulado pelas instituições oficiais de defesa social, sobretudo as vinculadas à segurança pública: a "denúncia" anônima.

A notícia anônima de crime é constitucional? Pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório? Pode servir de base à representação pela determinação judicial de medidas assecuratórias (seqüestro e hipoteca legal de bens, arts. 125 e 134, CPP), de busca e apreensão domiciliar (art. 240, § 1.º, CPP c/c art. 5.º, XI, CF/88) ou de quebra de sigilo de dados (fiscais, bancários etc.) ou comunicações (Leis 6.538/78 e 9.296/96 c/c art. 5.º, XII, CF/88)?

O presente trabalho pretende aprofundar o debate em torno dessas questões, buscando estabelecer critérios a partir da sistematização e da abordagem jurisprudencial da matéria.

1.1 A notícia de crime: variações

Já vimos que a legitimação para a ação penal influi, também, no procedimento a ser adotado pelos órgãos oficiais incumbidos da fase pré-processual da persecução penal. No caso de notícia de crime em que se procede mediante ação penal pública incondicionada, a investigação deve ser iniciada de ofício, desde que a autoridade competente tome ciência da ocorrência da infração, por co-

nhecimento próprio e direto, ou mediante comunicação de qualquer do povo, independentemente de representação de eventual ofendido ou representante seu. Se for caso de ação pública condicionada à *representação* (do ofendido) ou *requisição* (do Ministro da Justiça), a investigação somente poderá ser formalizada a partir da satisfação da condição de procedibilidade (pelo ofendido, seu representante ou Ministro da Justiça, conforme o caso). O mesmo sucede nos casos de ação penal de iniciativa privada, em que o procedimento investigatório somente pode ser iniciado se houver requerimento de instauração por parte do legitimado (art. 5.º, § 5.º, CPP).[8]

Em todas as situações, desde que satisfeitas as condições nos casos cabíveis (crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada), tem-se indisponível poder-dever da autoridade em providenciar a apuração mediante o instrumento investigatório adequado (inquérito policial, a cargo da Polícia Civil, ou procedimento administrativo investigatório criminal, no caso de investigação capitaneada pelo Ministério Público).

A instauração do inquérito policial, nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, pode se dar de ofício ou por provocação consubstanciada em *notícia de crime*. Neste caso, a *notitia criminis* pode se revestir de: a) requisição do Ministério Público;[9] b) representação ou requerimento[10] do

8. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 26-27.

9. A possibilidade de instauração de inquérito policial a partir de requisição do juiz de direito (art. 5.º, II, CPP), com o advento da CF/88, tornou-se controvertida. Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 220; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 27-28.

10. A doutrina costuma reservar o termo *representação* exclusivamente para os casos de crimes cuja ação penal depende de representação, utilizando-se requerimento para as hipóteses em que o ofendido pleiteia a instauração de procedimento para apuração de crimes de ação penal privada ou pública incondicionada (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 80-81; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 221) Em essência, não há distinção formal ou substancial, pois há crimes em que a lei condiciona a adoção de providências da autoridade à representação do ofendido, o que não significa que, nos casos em que não há exigência de tal condição (crimes de ação penal pública incondicionada), não possa ela (a representação) ser oferecida.

ofendido ou seu representante legal; c) delação por terceiro, qualquer do povo (*delatio criminis*).[11]

Do ponto de vista formal, a doutrina costuma apontar como peças inaugurais do inquérito policial: a) portaria (no caso de instauração de ofício); b) auto de prisão em flagrante; c) requerimento ou representação do ofendido; d) requisição do Ministério Público; e) requisição do Ministro da Justiça.[12] No Estado de Minas Gerais, o art. 8.º da Instrução Normativa 01/95, do Conselho Superior de Polícia, determina que os inquéritos policiais sejam iniciados por auto de prisão em flagrante ou, nos demais casos, por Portaria. Na Portaria, quando não se tratar de instauração *ex officio*, a autoridade policial fará constar que se trata de requisição do Ministério Público, do Ministro da Justiça etc.

1.2 Notícia de crime, delação ou denúncia anônimas: indefinições terminológicas na teoria e na praxis

A terminologia adotada nos temas que cercam o presente estudo nem sempre é clara, do ponto de vista técnico-jurídico. Alguns conceitos necessitam de maior atenção.

Notícia de crime é o conhecimento de um fato criminoso pela autoridade, de maneira espontânea ou provocada.[13] A *notitia criminis* pode ser: a) de cogni-

11. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 220-222. A delação, quando apresentada por terceiro ou qualquer do povo, é espécie de *notitia criminis*, podendo converter-se em prova se o seu signatário for arrolado e ouvido como testemunha. No caso de delação de autoria apresentada por co-réu durante a fase pré-processual ou na instrução do feito, após a instauração de inquérito baseado em autêntica *notitia criminis*, para que a delação tenha força probatória, imprescindível a incidência do contraditório ao interrogatório do co-réu delator. Não se pode admitir conteúdo probatório a manifestação de vontade que permaneça incólume ao princípio da bilateralidade, ainda que diferida e incidente *a posteriori*.

12. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 80-81; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 221.

13. FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*, p. 132; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 207; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito*

ção imediata (art. 5.º, I, CPP); b) de cognição mediata, por expediente escrito (art. 5.º, II, CPP); c) de cognição coercitiva, por condução do preso em flagrante (art. 302, CPP).

Delatio criminis, por seu turno, é espécie do gênero *notitia criminis*. O que caracteriza a delação é a comunicação por terceiro, qualquer do povo, excluído o ofendido ou seu representante legal (art. 5.º, § 3.º, CPP).[14] A delação (*delatio criminis*), assim, tanto pode ser de cognição imediata quanto mediata, conforme se trate de fato comunicado diretamente à autoridade, no exercício rotineiro de suas atividades, ou mediante documento produzido por escrito e a ela encaminhado.[15]

No contexto e nos limites do presente estudo, podemos estabelecer a seguinte definição: denúncia anônima é a *delatio criminis* formulada por qualquer do povo, sem identificação, mediante expediente apócrifo de cognição mediata (telefonema, e-mail, carta etc.).[16]

Deve-se frisar que o termo *denúncia anônima* deveria ser evitado, por causar perplexidade técnica no cotejo do instituto da denúncia (propriamente dita), usado como indicativo da petição inicial nos crimes de ação penal pública, apre-

processual penal, p. 221; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 26; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 86; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 76.

14. Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 222. Fernando Capez, ao contrário, inclui no conceito de *delatio criminis* a comunicação feita pela vítima. Para o professor paulista, a delação simples ocorre quando há mero aviso da ocorrência de um crime, sem qualquer solicitação; a delação postulatória se dá com a comunicação do fato, acompanhada de requerimento de instauração da persecução penal (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 78; no mesmo sentido: VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo penal completo*, p. 124). Na classificação adotada por Capez, são expressões sinônimas indicativas da *notitia criminis* de cognição imediata: cognição direta, espontânea ou "inqualificada". E de cognição mediata: indireta, provocada ou qualificada. (ob. cit. p. 76). No mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 18.

15. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 86; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 221-222.

16. A doutrina se limita, sem maiores considerações, a reproduzir a lição de José Frederico Marques, que a classifica como *notitia criminis* inqualificada. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 87; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*, p. 222; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 78.

sentada pelo Ministério Público em juízo, nos termos do art. 41, do CPP. Teríamos, tecnicamente, *delação anônima*.

Com efeito, a *denúncia anônima* "não é uma denúncia no significado jurídico do termo", como advertem Aloisi e Mortara, citados por Tourinho Filho.[17] Porém, a teoria deve, nesse caso, buscar a conciliação com a *praxis*. Em fenômeno semelhante ao que ocorre com a "queixa", já se consagrou, no senso comum, a figura da "denúncia anônima", propalada por instituições oficiais de segurança pública e defesa social como mecanismo de fomento à participação da comunidade na elucidação dos crimes, sem necessidade de identificação ou sob promessa de sigilo.

Portanto, na técnica processual penal brasileira, denúncia (*stricto sensu*) "significa a peça inaugural da ação penal, promovida pelo Ministério Público."[18] Porém, o próprio Código Penal utiliza o termo denúncia em sentido lato, para designar a comunicação de fato criminoso à autoridade, conforme se vê na rubrica do tipo de injusto capitulado no art. 339 do CP, em que se adjetiva de caluniosa a "denunciação". *Denunciação* como expressão do ato de denunciar, noticiar fato criminoso à autoridade, dar causa a instauração de procedimento oficial. Quando se fala em denúncia anônima, então, tem-se a expressão tomada *lato sensu*.[19] Denúncia anônima não é denúncia propriamente dita, mas modalidade de *notitia criminis*.

17. Apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 218.

18. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 365.

19. A denúncia, *stricto sensu*, quando apócrifa, é ato processual inexistente, por ausência de imputação válida pelo órgão de execução ministerial que não assina a peça inicial veiculadora da pretensão punitiva estatal. Denúncia apócrifa, nesse sentido, equipara-se a denúncia assinada por quem não é Promotor (ou Procurador, conforme o caso) de Justiça, embora se admita o suprimento da irregularidade, com a ratificação dos termos da denúncia oferecida pelo *Parquet* e, por descuido, não assinada. A denúncia anônima, *lato sensu*, é o expediente utilizado por qualquer do povo, que intencionalmente não se identifica, para levar ao conhecimento da autoridade notícia da prática de crime: *delatio criminis* anônima, cuja validade jurídica é objeto de discussão deste trabalho. Com entendimento semelhante, porém evitando falar em "denúncia" fora da hipótese de petição inicial: VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo penal completo*, p. 124, nota 66.

2. Ponderação de bens jurídicos em conflito: divergência doutrinária e jurisprudencial

Por um lado, a Constituição Federal veda o anonimato – e o faz ao consagrar a liberdade de manifestação do pensamento. Por outro, há o interesse coletivo e o dever das autoridades estatais no sentido de que os crimes sejam apurados e seus autores punidos. A denúncia anônima traz em si, portanto, aparente colisão de princípios constitucionais.

A denúncia anônima, ao transmitir à autoridade imputação de prática criminosa, instaura uma tensão dialética entre valores constitucionalmente agasalhados. Surge, com a apresentação da *delatio criminis* anônima, estado de colisão de direitos, confrontando-se liberdades revestidas de envergadura jurídica equivalente. Necessário, pois, definir a primazia de uma delas, sem que a outra seja completamente esvaziada. A superação do conflito entre direitos essenciais, cujos titulares são sujeitos diversos, deve-se basear em critérios que afastem o aparente antagonismo, com a utilização do método da ponderação proporcional de bens, em atenção a cada caso concreto, sem que isso importe no esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.[20]

Lá, há a norma que veda o anonimato (art. 5.º, IV, CF/88), buscando preservar, na liberdade de expressão, a incolumidade dos direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade). Aqui, postulados básicos, igualmente consagrados constitucionalmente, buscando conferir efetividade à exigência de que os comportamentos sociais se ajustem à lei, dentro de determinados padrões ético-jurídicos agasalhados pelo próprio sistema constitucional, donde se extrai o dever de atuação das instâncias formais de controle da criminalidade.

Na exegese constitucional, tendente à superação do conflito axiológico – adverte Alexandre de Moraes, citando Canotilho –, deve-se buscar a concordân-

20. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 661; BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*, p. 363-366; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 193-203.

cia prática (ou harmonização) dos interesses colidentes, coordenando-se e combinando-se os bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.[21]

Sobre o tema, os Tribunais estão divididos.

A 5.ª Turma do STJ já decidiu, por unanimidade, que não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela, sobretudo quando a investigação e o inquérito sejam conduzidos sob sigilo.[22] No voto do relator, Min. Gilson Dipp, consignou-se que se tratava de investigação da Polícia Federal ("Operação Albatroz"), deflagrada por denúncia anônima que deu origem a inquérito policial. Instaurado o procedimento, foram determinadas diversas diligências (entre elas a quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico), que, renovadas, fundamentaram a prisão temporária dos investigados e busca e apreensão (domiciliar e nos locais de trabalho). Para fundamentar a constitucionalidade do procedimento instaurado a partir da delação anônima, o Min. Gilson Dipp entendeu que a base para a instauração do inquérito não teria sido simplesmente a "denúncia anônima", mas sim o resultado das investigações conduzidas sob sigilo pela Polícia Federal a partir daquela. Afirmou o relator, por fim, que "a referida carta anônima não contaminou o restante do acervo probatório", relativizando o alcance da *teoria dos frutos da árvore venenosa.*

Já em outro feito, a Corte Especial do próprio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entendeu que uma carta anônima não pode movimentar polícia e justiça sem afrontar a norma constitucional do art. 5.º, IV. Cuidava-se, nesse caso, de inquérito policial instaurado com base em delação anônima de

21. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 42.

22. HC 38.093/AM (2004/0126445-4); *DJ* 17.12.2004. No mesmo sentido: RO em HC 7.329/GO; rel. Min. Fernando Gonçalves; *DJ* 04.05.1998.

supostos crimes praticados por Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Seguindo o voto do relator, Min. Ari Pargendler, determinou-se o arquivamento dos autos do inquérito policial.[23]

No julgamento de ação penal de sua competência originária, o Supremo Tribunal Federal admitiu, por maioria, a legitimidade de procedimento investigatório e ulterior processo penal inaugurados por delação anônima, observados alguns parâmetros em cada caso concreto. Ao suscitar questão de ordem no julgamento do Inquérito 1.957-7/PR, o Min. Marco Aurélio se posicionou radicalmente contrário à validade do procedimento assim deflagrado, invocando, ao lado da vedação constitucional, o disposto nas Leis 8.112/90 e 8.429/92 (art. 14) e art. 4.º, II da Resolução 290/2004 que dispõe sobre os procedimentos da Ouvidoria do STF, diplomas que também vedam a instauração de procedimentos a partir de delação anônima. Para Marco Aurélio, o denunciante que se esconde sob o anonimato não exerce um direito inerente à cidadania e deixa de assumir responsabilidade que possa, em um passo seguinte, improcedente a imputação, desaguar na denunciação caluniosa. A carta anônima, como defeito inicial, contaminaria toda a persecução a partir do inquérito.

Assim, a questão de ordem levantada pelo Min. Marco Aurélio, que acabou sendo rejeitada por maioria, discutia a viabilidade da seqüência do próprio inquérito, em que o elemento básico desencadeador da apuração de certos dados iniciais é uma carta anônima:

"Vivemos em um Estado Democrático de Direito e, no caso, a Carta da República só prevê o sigilo quando ele é inerente à própria atividade profissional desenvolvida. Não podemos imaginar a inauguração de uma época que se faça a partir do denuncismo irresponsável. Não podemos imaginar uma verdadeira época de terror em que, a partir de uma postura condenável, chegue-se à persecução criminal."

23. AgRg no Inquérito 355/RJ (2002/0132706-7); *DJ* 17.05.2004.

No mencionado julgado, o Min. Marco Aurélio diferenciava *notícia de materialidade* de *imputação*. Por exemplo, se há um telefonema anônimo comunicando à polícia que, em tal lugar, há um cadáver ou está sendo praticado tráfico de drogas, evidentemente a polícia teria de verificar a procedência da informação, indo ao local (notícia anônima de materialidade). Por outro lado, se há uma carta anônima atribuindo atos criminosos a determinada pessoa (imputação anônima de autoria), haveria o prejuízo de tudo mais que fosse levantado a partir dela, não podendo a *delatio criminis* gerar efeitos jurídicos válidos, tal como fundamentar a instauração de inquérito para apuração dos fatos.

Acompanhando o entendimento, o Min. Eros Grau execrou a validade de delação anônima.

Raciocínio análogo foi encampado pelo Min. Cezar Peluso, para quem seria inadmissível a abertura de procedimento investigatório a respeito de um fato típico baseado em documento ilícito, que não deveria gerar nenhuma conseqüência jurídica. Uma denúncia anônima não poderia ganhar forma como figura de juízo para dar início a uma investigação de caráter formal, pois assim se proclamaria a irresponsabilidade civil e penal do delator, que não responderia por acusação falsa. Sua conclusão é que o ordenamento abomina e excomunga o anonimato, considerando-o um desvalor jurídico que, como tal, não poderia ser considerado para nenhum efeito. E cita o próprio Código Penal, que mostraria reprovabilidade máxima ao anonimato ao agravar a pena da denunciação caluniosa em tal circunstância. No exemplo citado, se o cadáver é encontrado, começaria investigação válida. Abrir, porém, inquérito baseado em carta anônima seria conferir valor jurídico a um objeto que nem documento pode ser considerado.

O Min. Gilmar Mendes, embora concordando com o Min. Cezar Peluso no sentido de restringir-se a eficácia da denúncia anônima, defendeu que a situação deveria ser analisada em cada caso concreto. Noutro exemplo: há um contrato administrativo; se se informa à autoridade, em carta anônima, a existência de irregularidades em procedimentos licitatórios, a informação, em suma, é da exis-

tência de contrato publicado no Diário Oficial. Lembra o ministro que a lei de licitação determina que haja a publicação da síntese ou extrato do convênio ou contrato, que poderá, a qualquer tempo, ser objeto de investigação ou questionamento, inclusive mediante ação popular. Nesse caso, não se poderia concluir pela ilegalidade das investigações deflagradas por delação anônima. É que, no caso, o inquérito instaurado prescinde da carta anônima, haja vista que os atos (objeto de investigação) são públicos.

Já o ex-Min. Nelson Jobim defendeu que não se formulasse, sobre o tema, tese *in abstracto*, decidindo-se caso a caso, em atenção às particularidades de cada situação concreta. Para Jobim, a denúncia anônima pode desencadear atividades de investigação. O que não se admite é que seja autuada como documento lícito capaz de, ao gerar conseqüências jurídicas, originar um procedimento formal de investigação. Ou seja, não admite a abertura de inquérito com base em carta anônima.

Para o Min. Carlos Britto, pode haver investigação a partir de denúncia anônima; embora não se possa admitir uma denúncia, peça inicial do processo penal, exclusivamente baseada numa *notitia criminis* anônima – admitindo que a cidadania, como ponto de partida, pode manifestar-se anonimamente, em colaboração para com o Poder Público no desvendamento de atos ilícitos, devendo-se analisar em cada caso concreto.

O Min. Sepúlveda Pertence, a seu turno, formulou indagação sobre a ação que se espera da polícia diante de telefonema anônimo em que se comunique haver um cadáver ou ocorrência de seqüestro em determinado lugar. Estaria a polícia impedida de verificar a informação? Partindo de tal questionamento, demonstra que o princípio da vedação do anonimato, posto que nobilíssimo, não pode ser levado às últimas conseqüências. Se uma carta anônima informa a existência de contratos administrativos celebrados sem licitação, é como se dissesse que há um cadáver em determinado lugar. A materialidade do crime seria, em tese, a documentação dos contratos. Embora não se possa intimar o delator anônimo, pode-

se verificar se existe o fato material noticiado, cujo resumo é de publicação obrigatória no órgão oficial de imprensa. Para Pertence, a delação anônima não tem validade nem como prova, nem como elemento de informação da persecução penal, caso contrário haveria violação aos princípios constitucionais do processo. Por outro lado, defende que a delação anônima não isenta a autoridade que a tenha em mãos dos cuidados para apurar sua verossimilhança e, a partir daí, instaurar o procedimento formal. Até porque – argumenta – se o art. 339, § 1.º, do CP prevê causa de aumento de pena para o denunciante que se vale do anonimato, é que a delação anônima pode, sim, dar margem à deflagração da investigação – embora não seja prova nem informação confiável por si só.

Carlos Velloso, para ilustrar seu ponto de vista, reproduz exemplo dado, noutra oportunidade, por Sydney Sanches: mediante interceptação telefônica não-autorizada, descobre-se um cadáver de mulher, que estava desaparecida; numa das mãos há cabelos; a mulher morrera lutando; faz-se exame de DNA e localiza-se o assassino. As investigações poderiam prosseguir? Para o ex-Min. Carlos Velloso sim, por aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É o que ocorreria, *mutatis mutandis*, nos casos de denúncia anônima contra criminosos perigosos, narcotraficantes etc. A notícia do crime seria inicialmente tratada sob sigilo, propiciando investigações válidas, com a observância do princípio da proporcionalidade.

O voto do Min. Celso de Mello merece maior atenção e destaque. Observa o ilustre ministro que a proibição constitucional do anonimato busca impedir abusos no exercício da liberdade de expressão, aí incluída a denúncia anônima. Ao se exigir a identificação, busca-se a possibilidade de responsabilização do delator pelos excessos. Cuida-se de norma positivada no sistema constitucional brasileiro desde a primeira Carta Republicana (art. 72, § 12, CF/1891), que tem como único escopo permitir que o autor de escrito ou publicação possa submeter-se às conseqüências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo, em

defesa do patrimônio moral das pessoas agravadas.[24] A vedação do anonimato, assim, traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que poderiam decorrer gravames a terceiros, desrespeitados em sua esfera de dignidade.

Nesse contexto, sustenta o Min. Celso de Mello que nada impede que a autoridade, recebendo denúncia anônima, adote medidas informais, "com prudência e discrição", destinadas à apuração prévia e sumária da notícia de crime, com o objetivo de posterior instauração do procedimento penal. Desse modo, haveria a desvinculação da delação formulada por autor desconhecido, que não é ato de natureza processual, da investigação estatal (*informatio delicti*). Disso resultaria a impossibilidade de o Estado dar início à persecução criminal tendo por "único fundamento causal" a denúncia anônima. A exemplo do que sucede na Itália, sustenta, com apoio no magistério de Giovanni Leone, que "os documentos e escritos anônimos não podem ser formalmente incorporados ao processo, não se qualificam como atos processuais e deles não se pode fazer qualquer uso processual":

"(...) após reconhecer o desvalor e a ineficácia probante dos escritos anônimos, desde que isoladamente considerados, admite, no entanto, quanto a eles, a possibilidade de a autoridade pública, a partir de tais documentos e mediante atos investigatórios destinados a conferir a verossimilhança de seu conteúdo, promover, então, em caso positivo, a formal instauração da pertinente *persecutio criminis*, mantendo-se, desse modo, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas que forem encaminhadas aos agentes do Estado, salvo [...] se os escritos anônimos constituírem o próprio corpo de delito ou provierem do acusado."[25]

24. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 713; MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*, p. 128; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 238.

25. Cf. LEONE, Giovanni. *Il Códice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, p. 562-564.

Conclui, então, diante de revelação anônima de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, pela possibilidade do Estado adotar medidas sumárias de investigação, destinadas a esclarecer a idoneidade e verossimilhança da delação, que, se confirmada, dará ensejo à instauração do procedimento formal, diante da observância do postulado da legalidade e do dever da autoridade, consideradas razões de interesse público, de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de fatos criminosos. Os escritos anônimos não justificam, só por si, isoladamente considerados, a instauração da *persecutio criminis*, eis que não podem ser incorporadas formalmente ao processo – salvo quando produzidos pelo acusado ou quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (solicitação de resgate na extorsão mediante seqüestro; cartas que evidenciam ofensas à honra, veiculam ameaças ou corporificam o *crimen falsi* etc.).

Não só na orientação pretoriana; também na doutrina há divergência. Há quem negue validade jurídica à denúncia anônima. Tourinho Filho argumenta que:

"(...) se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os 'denunciados' chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da *inquisitio extraordinem*, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas 'Bocas dos Leões' suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno."[26]

26. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 218.

Em sentido oposto, na esteira do magistério de Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, manifestam-se Mirabete e Capez, respectivamente:

"No direito pátrio, a lei penal considera crime a denunciação caluniosa ou a comunicação falsa de crime (CP, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na *notitia criminis*, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente.

Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discrição, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido *notitia criminis* inqualificada."[27]

"Não deve haver qualquer dúvida, de resto, sobre que a notícia do crime possa ser transmitida anonimamente à autoridade pública [...].

[...] constitui dever funcional da autoridade pública destinatária da notícia do crime, especialmente a policial, proceder, com a máxima cautela e discrição, a uma investigação preambular no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva. E isto, como se a sua cognição fosse espontânea, ou seja, como quando se trate de *notitia criminis* direta ou inqualificada."[28]

"Nada impede [...] a notícia *anônima* do crime [...]. Na hipótese, porém, constitui dever funcional da autoridade pública destinatária, especialmente a

27. FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*, p. 147.
28. TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*, p. 34-35.

policial, proceder, com a máxima cautela e discrição, a uma investigação preliminar no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva."[29]

"A delação anônima (*notitia criminis* inqualificada) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações."[30]

Quanto ao argumento de direito material, temos a lição de Nelson Hungria:

"Segundo o § 1.º do art. 339, 'A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto'. Explica-se: o indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e, por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um *plus* de pena."[31]

Percebe-se, claramente, que a melhor interpretação não é encontrada na visão de um único dispositivo constitucional, isoladamente, mas no cotejo do entrelaçamento de valores que defluem do texto constitucional, sistemática e principiologicamente orientado.

2.1 A denúncia anônima e a vedação constitucional ao anonimato

A Constituição Federal consagra a liberdade de pensamento e expressão, mas veda, expressamente, a manifestação anônima. Historicamente, a vedação

29. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 87.

30. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 78.

31. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 466.

do anonimato parece se dirigir, em especial, à liberdade de crítica, de imprensa, de opinião, viabilizando a responsabilização em face de excessos que atinjam direitos de terceiros: dignidade, honra, imagem, vida privada etc.

Não se pode negar à notícia de crime, endereçada à autoridade por qualquer instrumento de comunicação (telefone, correspondência manuscrita, impressa ou eletrônica etc.), a qualidade de manifestação do pensamento. A rigor, o cidadão que faz uso da prerrogativa da delação, deve-se identificar. Essa é a regra. Não se pode negar, todavia, que em situações peculiares ou excepcionais, o cidadão pode contribuir com a autoridade pública, na defesa dos interesses sociais de controle da criminalidade, sob o anonimato. É o que sucede, por exemplo, nos casos em que a revelação de sua identidade poderia comprometer concretamente sua própria segurança, não havendo efetividade, nesses casos, dos programas oficiais de proteção de testemunhas.

Há situação de colisão de interesses jurídico-constitucionais, que deve ser afastada pelo critério da *proporcionalidade*. Nesse caso, a limitação a direito individual do delatado só tem razão de ser se a delação materializar valores igualmente relevantes do sistema constitucional.

No processo de elaboração e conceituação do princípio da proporcionalidade, consagrou-se a idéia de que o exercício do poder-dever estatal é limitado, justificando-se restrições a direitos individuais somente por razões de *necessidade*, *adequação* e *prevalência do valor* a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido. Além disso, a medida restritiva deve ser imposta, quando a lei o exigir, por decisão judicial, sempre motivada, em qualquer caso, pelas circunstâncias concretas.[32]

32. A doutrina aponta dois pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um, formal, o da legalidade; outro, material, o da justificação teleológica (a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional). Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano apud FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 53-54.

Daí se pode registrar, numa primeira análise, que a notícia anônima de crime viola, em tese, o disposto no art. 5.º, IV, da CF/88 e, como tal, não pode fundamentar, isoladamente, a instauração de inquérito policial ou a determinação judicial de medida que restrinja direito constitucionalmente assegurado (inviolabilidade do domicílio, do sigilo fiscal, bancário, das comunicações telefônicas, de dados etc.). Isso não significa, embora possa parecer paradoxal, que toda e qualquer notícia anônima de crime seja desconsiderada pela autoridade destinatária. Ao contrário, recebendo delação anônima, a autoridade tem o dever de verificar seu conteúdo e sua procedência – leia-se, verossimilhança das informações –, mediante a utilização de recursos ordinários de investigação que não violem frontalmente as liberdades públicas instituídas constitucionalmente. Confirmada a fidedignidade da delação, o procedimento formal será deflagrado, desvinculando-se a instauração e os conseqüentes elementos de convicção da notícia anônima original.

Com essa interpretação, o princípio da proporcionalidade não esvazia o conteúdo garantista das liberdades constitucionais. Ao contrário complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito, harmonizando os interesses constitucionais aparentemente conflitantes.[33]

3. A denúncia anônima e a vedação constitucional à obtenção ilícita de provas

O art. 5.º, LVI, da CF/88, proclama a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A vedação alcança tanto as provas obtidas com violação à norma de direito material (prova ilícita propriamente dita) quanto de direito processual (prova ilegítima). O sistema consagrado entre nós, no processo, é o do livre convencimento motivado, em que não há hierarquia prévia dos meios de pro-

33. Cf. Suzana de Toledo Barros apud idem.

va. A liberdade probatória e o livre convencimento encontram na Constituição, porém, a limitação de seu alcance.

Uma prova, embora tomada e considerada em si mesma como lícita, *a priori*, não se reveste de idoneidade jurídica como meio de convencimento válido do julgador, se a ela se chegar por intermédio de outra prova, sendo esta, a precedente, obtida ilicitamente. Nesses casos, ainda que em prejuízo da verdade material, mas na afirmação do interesse coletivo de respeito às liberdades públicas, deve ser descartada e repudiada – por mais relevantes que sejam os fatos nela consubstanciados.[34]

Embora com repúdio de setor significativo da jurisprudência pátria,[35] advoga-se a aplicação do princípio da proporcionalidade para que a prova obtida por meio ilícito seja considerada, em hipóteses de caráter excepcional e em casos extremamente graves, ao argumento de que nenhuma liberdade pública é absoluta. Seria possível, portanto, excepcionalmente, ponderar bens em conflito, prestigiando-se interesses de maior envergadura social em detrimento de individuais mais estreitos, como intimidade, sigilo de dados, liberdade de comunicação etc.[36] Essas garantias são estabelecidas para o exercício de direitos, não para instrumentalização de crimes.

Várias "inviolabilidades" são previstas na Constituição como garantias de resguardo de direitos fundamentais: intimidade, vida privada, honra, imagem (art. 5.º, XII e XLIX), domicílio (art. 5.º, XI), sigilo das comunicações e dos dados (art. 5.º, XII). A violação dessas garantias, se empreendida na persecução penal, renderia ensejo à formação de prova ilícita. Antônio Scarance Fernandes, sobre o tema, comenta:

"Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso

34. STF, Ação Penal 307-3/DF, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 13.10.1995. No mesmo sentido o voto do Min. Celso de Mello.

35. STF, HC 74.678/DF, 1.ª T., rel. Min. Moreira Alves, Informativo n. 75.

36. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 124.

impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

"Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranqüilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

"Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios ilícitos."[37]

Do confronto entre a vedação da prova obtida por meio ilícito e a proibição do anonimato, ambas erigidas ao plano constitucional, conclui-se que à delação anônima não se pode emprestar qualquer valor probatório. O raciocínio contrário representaria o aniquilamento do conteúdo da norma constitucional e, conseqüentemente, de garantia individual fundamental, o que não se admite, ainda que ao argumento da proporcionalidade.

De outra banda, não se pode olvidar que, em casos excepcionais, o cidadão não pode contribuir com a apuração de crimes, alguns com severa danosidade social, identificando-se. O Estado não pode, a seu turno, prescindir dessa cooperação.

Nesse sentido, aí sim com a aplicação legítima do princípio da proporcionalidade, a despeito de não possuir, propriamente, valor probatório, a denúncia anônima é instrumento válido para deflagração do poder investigativo do Estado.

37. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 83-84.

Sem que, a partir dela, isoladamente, determine-se a abertura de inquérito, autorizem-se medidas judiciais restritivas de garantias constitucionais ou formule-se em juízo a pretensão punitiva.

Se a delação anônima não tem valor probante, também não se submete, por outro lado, ao crivo da vedação à obtenção ilícita de provas. Noutras palavras, a conjugação dos incisos IV e LVI do art. 5.º da CF/88 impede a consideração da delação anônima para a formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo. Obviamente, as provas reunidas durante a investigação serão tomadas desvinculadas da delação anônima, portando analisadas em si mesmas quanto à sua licitude.

3.1 Obtenção ilícita de provas e nulidade derivada

O problema que surge da admissibilidade da investigação deflagrada por denúncia anônima diz respeito à aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*). Vimos que a denúncia anônima não possui, por si só, força probatória. Não pode fundamentar, isoladamente, sem o apoio em outros elementos de informação – ainda que dela decorrentes – instauração de procedimento formal de investigação criminal sem contrariar o mandamento constitucional que veda o anonimato.

Se a considerássemos prova obtida por meio ilícito, porque contrária à Constituição, ainda assim deveríamos delimitar a conseqüência da sua imprestabilidade, definindo se haveria contaminação de todas as demais provas dela resultantes.

É pertinente a indagação: incidiria, na hipótese, a comunicabilidade da ilicitude das provas, aplicação do princípio da *conseqüencialidade* em matéria probatória?

Embora a posição majoritária do STF seja no sentido de que a prova ilícita originária, sendo nula, contamina as provas dela decorrentes,[38] que seriam nulas por derivação, a questão da denúncia anônima deve ser resolvida sob o prisma da ponderação proporcional dos bens conflitantes. Sabemos que as liberdades públicas não podem ser usadas como "escudo protetor" para acobertar a prática de atividades ilícitas.[39]

Não há uma causalidade (ou conseqüencialidade) inexorável entre a denúncia anônima e as provas produzidas no procedimento investigatório por ela deflagrado. Isso se dá também porque a denúncia anônima não traduz, em si mesma, modalidade probatória. Há, nela, apenas notícia de fato em tese criminoso que pode ser comprovado pelos meios idôneos previstos na legislação. Na denúncia anônima, não temos ofensa direta a qualquer das inviolabilidades públicas asseguradas constitucionalmente (casa, comunicações telefônicas, dados bancários ou fiscais etc.), para além da esfera de intimidade individual.

A denúncia anônima, sobretudo quando traz notícia de fatos de significativa nocividade social, não possui qualquer valor processual em si mesma. Apenas traduz, para a autoridade, o dever de diligenciar, em apuração perfunctória, superficial e sumária, a verossimilhança da informação. Ou seja, implica o dever de averiguar a existência do crime para posterior comprovação de sua materialidade e autoria em sede de investigação criminal formal. O inquérito policial decorrente será instaurado com base nos elementos de informação colhidos nessa "apuração prévia" – *verificação de procedência das informações*, na dicção do Código de Processo Penal.

Essa desvinculação das provas em relação à denúncia anônima originária se estabelece axiologicamente, numa exegese constitucional teleologicamente

38. STF, HC 69.912-0/RS, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.12.1993, *DJU* 25.03.1994. QO no MS 21.750, 24.11.93, rel. Min. Carlos Velloso. HC 72.588/PB, rel. Min Maurício Corrêa, 12.06.1996, Informativo n. 35. HC 73.351/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 09.05.1996, Informativo n. 30. HC 73.510-0/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 12.12.1997, p. 65.565.

39. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 127.

orientada para a consagração dos valores constitucionais que têm por fundamento a supremacia do interesse público sobre o privado – sem que isso represente, no caso da denúncia anônima, esvaziamento do conteúdo de quaisquer garantias individuais. Noutras palavras, tal hermenêutica se fundamenta no princípio da proporcionalidade, que, no caso, opera a desvinculação – a quebra da causalidade (ou conseqüencialidade) –, impedindo a contaminação das provas legitimamente reunidas no inquérito policial.[40]

Afinal, não se pode ignorar a existência de um fato ilícito somente em função da procedência do seu conhecimento.[41] A denúncia anônima não é prova, mas notícia de fato criminoso que se pode (ou não) validamente comprovar. Não há vício de origem capaz de contaminar toda a persecução.

A verificação da procedência das informações autoriza o descarte da delação, substituindo-a por completo, de modo que as investigações formalmente instauradas nascem desvinculadas, normativamente (à luz da proporcionalidade), da notícia inaugural, em homenagem ao interesse social de apuração dos fatos criminosos.

No que diz respeito à denúncia anônima, desde que respeitados determinados parâmetros e observados certos critérios, de acordo com o raciocínio que vem sendo estruturado até aqui, não há o risco de sua aceitação constituir estímulo à violação de garantias individuais fundamentais, como ocorreria, por exemplo, na admissão de confissão obtida por tortura, de prova testemunhal prestada em escuta telefônica clandestina etc.

A prevalecer tese contrária, bastaria que o criminoso providenciasse sua denúncia anônima ou formulasse, ele próprio, auto-acusação anônima para impedir o sucesso da investigação contra sua pessoa, pois tudo que viesse a ser produzido seria considerado ilícito em virtude de contaminação – no caso, forjada.[42]

40. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134.

41. STJ, HC 38.093, rel. Min. Gilson Dipp.

42. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 89.

Por fim, vale lembrar que o nexo que une a notícia de crime, os elementos de formação da *opinio delicti* no inquérito e as provas no processo é normativo. Da mesma maneira, na teoria do direito processual, o liame entre uma prova e outra, dela derivada, não é ontológico. O princípio da proporcionalidade, assim, atua como elemento de aperfeiçoamento e interpretação axiológica do nexo entre as provas, desvinculando, normativamente, a notícia de crime das provas produzidas na persecução penal.

Há, assim, no tema da denúncia anônima, uma relativização da teoria dos frutos da árvore venenosa, não sua negação. Com isso estabelecemos, no plano teórico, o princípio da incomunicabilidade normativa da ilicitude das provas em referência à notícia do crime, por atuação do postulado da proporcionalidade.

4. Critérios de validade das investigações originadas de denúncia anônima

4.1 Necessidade de registro e controle da notícia anônima pelos órgãos de defesa social: anonimato ou sigilo?

Quem delata (apresenta *notitia criminis*), dando causa à abertura de inquérito policial, exerce um direito (art. 5.º, II e §§ 1.º e 5.º, CPP), e exercendo regularmente esse direito, não pratica crime, sendo suficiente a verdade subjetiva para afastar o dolo, como leciona Bitencourt.[43] Com efeito, o legislador não poderia incriminar conduta identificada pelo exercício regular do direito de petição.

Por outro lado, quando o agente dá causa a instauração de inquérito em desfavor de sujeito passivo determinado, conhecendo sua inocência e imputando-lhe a prática de crime, pratica infração contra a administração da justiça. A norma constitucional que veda o anonimato é concretizada, no plano infraconstitucional, para os fins do direito penal, com a responsabilidade do denunciante

43. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, p. 517.

caluniador, assim entendido, na dicção do art. 339 do CP, quem dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto, a pena é aumentada (§ 1.º).

Isso nos leva à conclusão de que a autoridade pública que recebe notícia de crime deve providenciar o registro da qualificação do delator, quando se identificar, ou dos dados acessíveis quando da transmissão da notícia, para a hipótese de necessidade futura de identificação, de acordo com o meio utilizado para a comunicação do fato.

Se o Poder Público fomenta a participação da comunidade na apuração de crimes e identificação de seus autores, mediante serviços especiais (disque-denúncia, sítios na internet etc.), deve estruturá-los em obediência à legislação. Vale dizer, primeiro deve informar ao cidadão se a notícia anônima de crime será admitida e verificada. Deve, além disso, diferenciar entre as hipóteses em que não é necessária a identificação do delator e as que sua identificação será mantida sob sigilo. Finalmente, nos dois casos, deve manter registro da origem da notícia, de acordo com os recursos tecnológicos compatíveis (como endereço eletrônico do remetente de e-mail, número de telefone identificado e gravação da chamada originada etc.).

Essas providências mínimas, de um lado, permitiriam a comprovação de que a notícia do crime foi espontaneamente apresentada por qualquer do povo, desestimulando a produção de prova ilegal e clandestina pelo aparato policial (como escutas telefônicas desautorizadas etc.), que poderiam ser artificialmente transformadas em denúncias anônimas. De outro, possibilitariam investigações futuras de identificação do delator, para a hipótese de sua responsabilidade por denunciação caluniosa.

Caso contrário, a norma do § 1.º do art. 339 do CP seria letra morta.

4.2 Necessidade de verificação de procedência das informações

A denúncia anônima não pode fundamentar, direta e imediatamente, qualquer ato formal de persecução penal, seja no inquérito, seja no processo. Ao receber a delação, a autoridade deve verificar se a notícia de crime veiculada apresenta, no contexto fático, qualquer indício de verossimilhança. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria.

Embora a regra seja a publicidade dos atos processuais, aí incluído o inquérito policial, é da essência da investigação ser ela sigilosa. A autoridade poderá se valer, portanto, para verificação da procedência das informações veiculadas em denúncia anônima, de qualquer modalidade lícita de investigação, ressalvadas as hipóteses constitucionais de "inviolabilidades". Ou seja, a autoridade policial, apoiada estritamente na denúncia anônima, não poderá pleitear a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas etc., mas poderá efetuar levantamentos de campo, infiltrar agentes, realizar campanas e buscas pessoais, entrevistar pessoas, de modo a reunir, ainda que em simples comunicação de serviço firmada por agentes de polícia, elementos de convicção capazes de fundamentar o início do procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes.

Dessa maneira, a denúncia anônima será descartada do ponto de vista processual. A verificação da procedência das informações substituirá, para os fins da persecução criminal, integralmente a delação anônima, desvinculando totalmente o procedimento e as provas nele produzidas da *notitia criminis* original. Em suma, a mediação entre a denúncia anônima e as provas produzidas a partir da investigação formal é feita pela verificação da procedência das informações.

4.3 Denúncia anônima como fundamento de busca e apreensão domiciliar, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de dados bancários ou fiscais e medidas assecuratórias

O ordenamento jurídico-constitucional protege de violação vários interesses, erigidos, então, ao ápice da hierarquia das normas. É o que acontece com a casa, com a privacidade das comunicações, com os dados bancários, fiscais, patrimoniais etc. Algumas encontram disciplina legal específica, outras se incluem na previsão genérica da proteção da vida privada e da intimidade (art. 5.º, X, CF/88). Esses interesses ou bens, integrantes do patrimônio jurídico do cidadão, não são protegidos de maneira absoluta, a despeito da inclusão no nível constitucional.

Sempre que houver necessidade de preservar outro bem de maior valor, também amparado constitucionalmente, a aferição da justa causa para violação será apreciada em cada caso concreto, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

A própria Constituição autoriza a busca e apreensão domiciliar precedida por ordem judicial e executada durante o dia, embora a casa seja o asilo inviolável do indivíduo. A interceptação telefônica, admitida pela Constituição Federal nos termos da lei (art. 5.º, XII, CF/88), tem suas hipóteses de admissibilidade reguladas pela Lei 9.296/96.

Em todos os casos em que a Constituição assegura determinado interesse com a chancela da inviolabilidade, a denúncia anônima não pode fundamentar decisão judicial em sentido oposto, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas. É que a busca e apreensão cumprida em domicílio, a interceptação telefônica e a quebra do sigilo de dados de uma maneira geral, exigem um mínimo razoável de indícios de atividade criminosa.

Se há notícia anônima de comércio de drogas ilícitas numa determinada casa, a polícia deve, antes de representar pela expedição de mandado de busca e

apreensão, proceder a diligências veladas no intuito de reunir e documentar outras evidências que confirmem, indiciariamente, a notícia. Se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação o juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição de mandado desautorizada pela ausência de justa causa. O mandado expedido exclusivamente com apoio em denúncia anônima será abusivo. O mesmo raciocínio se aplica à interceptação telefônica, mormente porque a lei não admite, por disposição expressa (art. 2.º, Lei 9.296/96), a determinação judicial da medida quando não houver indícios razoáveis de infração penal punida com reclusão e quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, vale dizer, meios que não se contraponham a inviolabilidade constitucionalmente assegurada.

Também às medidas assecuratórias previstas no art. 125 e ss. do CPP se aplica a assertiva da impossibilidade de deferimento com base em notícia anônima, exclusivamente. Tais medidas são autênticas *cautelares*, que reclamam, por isso, demonstração *in concreto* de sua necessidade. Necessidade que se apóia na presença de indícios veementes (art. 126, CPP) ou, na expressão genérica aplicável às medidas instrumentais correlatas, "fumaça do bom direito". O regime das medidas acautelatórias, por isso, é incompatível com a determinação judicial apoiada apenas em denúncia anônima.

4.4 Denúncia anônima e prisão provisória

Denomina-se prisão provisória a prisão de natureza cautelar, decretada durante a persecução criminal; não se pode confundir, aqui, a privação provisória da liberdade com a "pena" privativa de liberdade (a prisão como sanção jurídica prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora). A finalidade da prisão provisória, em suas diversas modalidades, é de índole processual, devendo ser examinada, portanto, mediante fundamentos e princípios próprios, fora da teoria da pena, que é aspecto atinente à parte geral do Código Penal.

O Código de Processo Penal de 1942, originariamente, adotava a rigidez em matéria de prisão: a regra era a prisão ser mantida; a exceção, a liberdade provisória. Com as alterações posteriores, entre elas as decorrentes do advento da CF/88, o sistema passou a adotar a liberdade provisória como regra, admitindo, em caso de excepcional necessidade, a prisão.

A doutrina aponta cinco modalidades de prisão provisória:[44] flagrante (art. 301 e ss., CPP); preventiva (art. 311 e ss., CPP); em virtude de pronúncia (art. 408, § 1.º, CPP); decorrente de condenação recorrível (art. 393, I, e 594, CPP); e temporária (Lei 7.960/89). As duas primeiras (flagrante e preventiva) encontram-se previstas no título IX do Código de Processo Penal. Todavia, ainda àquelas previstas fora do título IX ("da prisão"), aplicam-se as disposições gerais do capítulo I do Título IX.

A prisão pode ser cumprida a qualquer momento (dia ou noite), respeitadas as normas sobre inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI, CF/88): a casa é asilo inviolável, salvo hipóteses de flagrante, desastre, socorro e ordem judicial (durante o dia).

Pode a prisão provisória ocorrer com apoio exclusivo em denúncia anônima?

4.4.1 Denúncia anônima e prisão em flagrante

A Constituição Federal prevê a prisão em flagrante, sem, contudo, explicitar-lhe o conteúdo. A elaboração do *tipo processual*, portanto, é deixada a cargo do legislador infraconstitucional – sendo recepcionado, então, o art. 302 do CPP. O elemento temporal é essencial à configuração do estado de flagrância que

44. Prisão provisória é o gênero que tem como espécies as cinco modalidades aqui expostas. Deve-se observar que "prisão especial" é uma modalidade não de prisão provisória, mas de cumprimento de prisão provisória. Pode ser acolhida, ainda, como sucedâneo da prisão provisória, e está prevista no art. 295, do CPP, (além de outras leis extravagantes), em dispositivo de duvidosa constitucionalidade.

autoriza a prisão. Verifica-se que os incisos do art. 302 do CPP dilatam, progressivamente, o limite temporal caracterizador do flagrante delito.[45]

Presente a tipicidade processual, ou seja, se a situação de fato se amolda à descrição abstrata da lei processual, a prisão será legal; do contrário, ilegal, independente dos elementos de convicção coletados por ocasião da confecção da lavratura do respectivo auto pela autoridade policial. Da mesma forma, se a seqüência procedimental prevista no art. 304 do CPP for desrespeitada, a prisão em flagrante também será viciada,[46] em ofensa ao princípio da legalidade das formas.

Se a autoridade recebe denúncia anônima de que um crime está sendo cometido em determinado lugar, acessível ao público, deve comparecer ao local, verificando a procedência das informações. Constatada a prática de crime e presente o aspecto temporal do flagrante, caracterizado por qualquer dos incisos do art. 302 do CPP, a prisão será válida. Idêntico raciocínio se aplica no caso de denúncia anônima de prática de crime no interior de residência, haja vista que a própria Constituição autoriza a violação do domicílio quando há situação de flagrante delito.

Na prática, porém, a autoridade deve atuar com redobrada cautela, pois não terá como verificar a procedência das informações ingressando na residência contra a vontade de seu morador. Na hipótese corriqueira, por exemplo, de denúncia anônima de tráfico ilícito de drogas em residência, deve a autoridade

45. Não é supérfluo frisar que o limite de 24h consolidado na cultura popular não corresponde à apreciação técnica do flagrante.

46. Confrontando o estudo da prisão provisória com o da liberdade provisória, convém notar que a prisão ilegal deve ser atacada com o pedido de "relaxamento de prisão em flagrante" (ou, eventualmente, *habeas corpus*), restituindo-se ao preso sua liberdade genuína e incondicional (não provisória). A prisão legal (flagrante) poderá ser desfeita com o pedido de "liberdade provisória – com ou sem fiança" (eventualmente, *habeas corpus*). Já a prisão preventiva, insubsistentes os requisitos ou os motivos de sua decretação, desafia o pedido de "revogação da prisão preventiva" (eventualmente, *habeas corpus*). Percebe-se que o *habeas corpus* (ação autônoma de impugnação, de índole constitucional) é cabível sempre que se verificar restrição (ou ameaça) ilegal ao *status libertatis*.

certificar-se de que há indícios de mercancia no local, por meio de diligências sigilosas nas imediações, materializando-os *a posteriori* (comunicação de serviço circunstanciada dos investigadores, registro em boletim de ocorrência policial de busca pessoal em supostos usuários etc.). Com apoio nesses indícios concretos, recomenda-se que represente pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar. Ainda que pudesse ingressar na residência para efetuar prisão em flagrante dos responsáveis pelo tráfico, no caso de não ser apreendida a droga, prejudicada a materialidade, prejudicada estaria também a legalidade da medida, acarretando inclusive responsabilidade por abuso de autoridade.

4.4.2 Denúncia anônima e prisão preventiva

Nos limites estritos do CPP, instrução criminal é o lapso compreendido entre o recebimento da denúncia e a audiência das testemunhas arroladas pela defesa (art. 394, CPP). Como a prisão preventiva é cabível em qualquer fase do inquérito policial ou "da instrução criminal", para os fins da prisão preventiva, o entendimento acerca da instrução criminal é alargado, passando a compreender todo o processo criminal.

Para que seja validamente decretada, devem-se atender certos *requisitos legais* (art. 313, CPP): a) crime *doloso* apenado com reclusão; b) crime doloso apenado com detenção, desde que o acusado seja vadio, não identificado ou reincidente em crime doloso. Há necessidade de atendimento, também, aos *pressupostos* (art. 312, parte final, CPP): a) prova da existência do crime; b) indícios suficientes de autoria. Presentes os requisitos e satisfeitos os pressupostos, a autoridade judicial deverá demonstrar a necessidade pelos *fundamentos* (motivos)[47]

47. A fundamentação, portanto, é vinculada. O legislador restringe o poder geral de cautela do juiz, restringindo as hipóteses de fundamentação jurídica indispensável à legalidade da medida. O juiz, para decretar a prisão preventiva, está adstrito à demonstração de que o fundamento fático contido nos elementos de convicção coligidos no processo corresponde a um dos fundamentos de direito, não podendo ampliar o elenco nem se pautar em conjecturas.

ensejadores da medida (312, CPP): a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) assegurar a aplicação da lei penal.

Como visto, os pressupostos da prisão preventiva são incompatíveis com a denúncia anônima. Com efeito, ainda que se pudesse admitir que a notícia de crime viesse acompanhada de elementos que comprovassem a materialidade, exigem-se indícios suficientes de autoria. A notícia de crime veiculada em denúncia anônima, por contrariar o texto constitucional, não possui idoneidade intrínseca capaz de indiciar suficientemente seu autor, de modo a ensejar diretamente a decretação da prisão preventiva.

Imagine-se uma investigação criminal em curso, realizada durante a regular e formal tramitação do inquérito. Surge denúncia anônima atribuindo a autoria do crime sob investigação a determinada pessoa. Cabe, com base exclusivamente nessa notícia, a decretação da prisão preventiva? A resposta que se impõe é negativa, nada impedindo que a verossimilhança da informação seja apurada, até com intimação do "suspeito" para declarações formais no inquérito, se conveniente. Em suma, a notícia anônima de autoria não é indício, mas permite a busca de elementos que a confirmem ou neguem, produzindo-se, a partir daí, validamente as provas necessárias à demonstração da imputação.

4.4.3 Denúncia anônima e prisão temporária

Raciocínio semelhante se aplica à prisão temporária. A prisão temporária é fundada num juízo de suspeição, para viabilidade da investigação criminal.

Cabe prisão temporária,[48] nos termos da Lei 7.960/89: a) quando imprescindível para a investigação (art. 1.º, I); b) quando o indiciado não tiver residên-

48. A prisão temporária pode ser decretada pelo juiz, mediante representação da autoridade policial (ouvindo-se o MP) ou do Ministério Público, por 05 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período (art. 2.º, Lei 7.960/89) – ou 30 (trinta) dias, prorrogáveis pelo mesmo prazo, em se tratando de crime hediondo ou equiparado (art. 2.º, § 3.º, Lei 8.072/90). A prorrogação, em qualquer hipó-

cia fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1.º, II); c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação, de autoria ou participação do indiciado em homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão e extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte, quadrilha ou bando, genocídio em qualquer de suas formas típicas, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro (art. 1.º, III).

A interpretação majoritária recomenda a exegese do instituto em conformidade com a Constituição Federal. Assim, prevalece o entendimento de que os incisos do art. 1.º da Lei 7.960/89 não constituem tipos processuais autônomos. Assim, o requisito previsto no inciso III do art. 1.º da lei seria de incidência obrigatória, atuando cumulativamente com qualquer dos outros dois.

Estabelece-se, a partir desse prisma, um quadro comparativo entre a prisão temporária e a prisão preventiva. As hipóteses legais da prisão temporária estão previstas no art. 1.º, III, da lei específica (rol de crimes); da prisão preventiva no art. 313, do CPP. Os pressupostos da temporária são fundadas razões, na prova, quanto a um dos tipos previstos no art. 1.º, III, e suspeição concreta de autoria; da preventiva são a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Os motivos que autorizam a temporária são aqueles previstos no inciso I ou II da Lei 7.960/89; os que autorizam a preventiva são aqueles do art. 312 do CPP.

A exigência de que haja fundadas razões de autoria revela-se incompatível, de plano, com a denúncia anônima de autoria. Nada impede, ao contrário se recomenda, que as informações dela constantes sejam verificadas e, se confirmadas num juízo de verossimilhança, venham a fundamentar representação pela prisão temporária.

tese, só é admitida em caso de extrema e comprovada necessidade. A prisão, obviamente, só pode ser executada após sua decretação e correspondente expedição de mandado. Decorrido o prazo da temporária, se não prorrogada ou convertida em preventiva, deve o preso ser imediatamente colocado em liberdade pela autoridade policial, comunicando-se ao Juiz.

4.4.4 Denúncia anônima e prisão decorrente de condenação recorrível ou de pronúncia

O art. 393, I, do CPP, estabelecia, no sistema original, a prisão como efeito da sentença condenatória ("conservado na prisão"). A prisão era mantida, mas ocorria a "mudança do título": a prisão que até então era preventiva (cautelar) se convertia em efeito da sentença; deixava, portanto, de ser preventiva.

Porém, a Lei 5.941/73 alterou o art. 594 do CPP, sem que qualquer modificação ocorresse no dispositivo do art. 393, I. Logo, deveriam ser conjugados. O efeito da sentença não ocorreria quando: a) o sujeito se livrasse solto; b) o sujeito fosse reconhecido na sentença primário e de bons antecedentes; c) prestasse fiança.[49] Fundamentalmente, passa a haver essa restrição: não pode recorrer em liberdade, salvo quando se reconhece, na sentença, que é primário e possui bons antecedentes.

Se a prisão é efeito da sentença condenatória, não haveria necessidade de fundamentação: este era o espírito da lei. Com o advento da CF/88, determina-se a fundamentação de todas as decisões, além de se erigir, em sede constitucional, o princípio da presunção de inocência.

Na doutrina, a natureza da medida é controvertida:[50] a) efeito automático da condenação recorrível; b) medida cautelar obrigatória; c) execução provisória da pena; d) regra procedimental condicionante da apelação; e) prisão de natureza processual; f) prisão de natureza cautelar. O entendimento majoritário é no sentido de que se trata de medida cautelar.

Damásio E. de Jesus[51] e Weber Martins Batista[52] concluem pela necessidade de recolhimento à prisão como condição para apelar, admitindo-se a pre-

49. A análise da fiança (logicamente em crime afiançável) só é feita subsidiariamente, no caso do sujeito que não é primário ou não tem bons antecedentes; primário e de bons antecedentes, então, sempre recorre em liberdade.

50. V. IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prisão decorrente de condenação recorrível: a opressão jurídica (ilegítima) da liberdade. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 96, 2000.

51. Apud GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, p. 23.

52. Idem, p. 22.

sunção (legal) de periculosidade do condenado. Cuida-se de "necessidade abstrata" baseada em critérios legislativos: obrigatoriedade da prisão (efeito automático da condenação recorrível) que subtrai do juiz a verificação concreta da necessidade da medida a partir do *periculum libertatis*.

Luiz Flávio Gomes aduz que "a prisão derivada de sentença recorrível só pode ter natureza cautelar (...)".[53] No mesmo passo, Frederico Marques salienta que "não sendo execução provisória, apenas medida cautelar, na verdade se traduziria em autêntica prisão preventiva obrigatória, o que também viola o princípio constitucional de inocência".[54]

Com efeito, observa Afrânio Silva Jardim[55] que a prisão para apelar não possui, tecnicamente, característica cautelar: a) não há vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação condenatória, é o próprio acolhimento da pretensão punitiva; b) é a própria pena pleiteada na denúncia, aplicada sob condição resolutiva; c) não visa, na sistemática do CPP, à prevenção de prováveis danos (*periculum in mora*); d) a sentença condenatória sequer deriva de cognição sumária (*fumus boni juris*), mas é o exame do próprio mérito da pretensão punitiva – afirmação do *jus puniendi* estatal; e) a marca da provisoriedade é mitigada, em que pese a condição resolutiva; f) e principalmente não há conotação da instrumentalidade.

Tourinho Filho,[56] posto defenda a cautelaridade da medida, admite que, quando da elaboração do CPP, considerava-se tal prisão como uma provisória execução da pena (art. 669, I); todavia, com a LEP (art. 105), exige-se trânsito em julgado para o início da execução. Conclui o eminente processualista, então, que

53. Idem, p. 31.

54. Idem, p. 25. V. Súmula 9 do STJ: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência"

55. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, p. 276.

56. Apud GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 28.

até o advento da LEP tínhamos execução provisória da pena; depois da CF/88, tal concepção afronta a presunção de inocência.

Rogério Lauria Tucci[57] aduz que não se pode confundir a prisão provisória tipicamente cautelar (flagrante, preventiva e temporária) com a de natureza processual. A derivada de sentença recorrível (e a de pronúncia) tem por pressuposto o proferimento de ato decisório. E conclui: somente quando for o caso de prisão provisória tipicamente cautelar é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional (art. 5.º, LVII).

No cotidiano forense, é amplamente majoritário o entendimento de que o tema da prisão provisória (em qualquer de suas modalidades, inclusive em decorrência de condenação recorrível) submete-se à análise da necessidade cautelar da medida, sujeitando-se, então, aos fundamentos da cautelaridade e excepcionalidade: prisão como instrumento assecuratório do processo.

A técnica utilizada para a prisão em decorrência de pronúncia é a mesma para a decorrente de condenação recorrível, ressalvadas as particularidades. Ou seja, numa como noutra defende-se que a prisão é cabível diante dos fundamentos previstos em lei para a prisão preventiva, indicativos de necessidade e cautela. Enquanto no primeiro caso há sentença condenatória de mérito, no segundo há decisão de admissibilidade da acusação, diante de prova da existência de crime doloso contra a vida e de indício suficiente de sua autoria.

Destarte, tanto a prisão decorrente de condenação recorrível quanto de decisão de pronúncia dependem de apoio no conjunto probatório validamente reunido na instrução criminal. Não há espaço para condenação ou pronúncia com base em denúncia anônima, que, como será visto adiante, não tem valor probatório autônomo. Se não há condenação ou pronúncia com base em denúncia anônima, é lógico que não pode haver seus corolários, expressos nas duas modalidades de prisão ora analisadas.

57. Idem, p. 30.

4.5 Valor probatório da denúncia anônima

A manifestação de vontade sob o anonimato, se analisada isoladamente, contraria frontalmente o texto constitucional.

Isso é o que basta para concluirmos que a denúncia anônima não possui valor probatório e não pode, por isso mesmo, influenciar validamente a formação da convicção do Juiz. Entretanto, tal assertiva não equivale a dizer que a denúncia anônima, em qualquer circunstância ou contexto, seja inconstitucional e absolutamente imprestável aos fins da persecução penal.

A denúncia anônima tem caráter meramente informativo, capaz de deflagrar o exercício legítimo do poder de polícia investigativa (judiciária) do Estado. As provas produzidas em procedimento instaurado a partir de denúncia anônima nascem desvinculadas de sua origem, por força do princípio da proporcionalidade.

Com a verificação da procedência da informação veiculada na denúncia anônima, imperativo que se impõe à autoridade pública como dever constitucional, a notícia de crime originalmente apresentada é descartada e integralmente substituída pelas novas informações, autênticos elementos de convicção aptos à formação da *opinio delicti*. Essas informações irão fundamentar a instauração do procedimento formal, a futura ação penal, a instrução processual e assim sucessivamente.

Não há nulidade original que pudesse contaminar todo o procedimento porque a verificação da procedência das informações contidas na denúncia anônima é, em si, constitucional, fruto de interpretação constitucional que supera colisão de interesses jurídicos de idêntica estatura.

Ao se negar valor e força probatória à denúncia anônima, em suma, define-se que ela não exerce diretamente nenhuma conexão entre a persecução penal e a imputação nela inserida, permanecendo, no processo, alheia ao mérito, desprovida de *status* processual autônomo e despida de qualquer reflexo de direito material.

5. Conclusões

– a manifestação anônima de vontade é inconstitucional, mas a denúncia anônima nem sempre viola a Constituição, de acordo com a aplicação do princípio da proporcionalidade;

– a denúncia anônima não autoriza, isolada e imediatamente, a instauração da persecução criminal; ou seja, não pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório;

– a mediação entre a denúncia anônima e a instauração legítima do procedimento investigatório criminal é feita pela verificação da procedência das informações, desde que não ocorra, nesse procedimento prévio informal, violação de liberdades públicas garantidas constitucionalmente;

– a autoridade, ciente da prática de crime por denúncia anônima, tem o dever de apurar, mediante cognição sumária informal, a verossimilhança da informação, reunindo elementos de convicção capazes de fundamentar a instauração formal do procedimento, mantendo-se completa desvinculação da persecução com a peça apócrifa;

– a denúncia anônima não pode servir de base à representação pela determinação judicial de medidas assecuratórias (arts. 125 e 134, CPP), busca e apreensão domiciliar (art. 240, § 1.º, CPP c/c art. 5.º, XI, CF/88) ou quebra de sigilo de dados (fiscais, bancários etc.) ou de comunicações (Leis 6.538/78 e 9.296/96 c/c art. 5.º, XII, CF/88);

– os escritos anônimos não possuem força probatória nem podem ser incorporados formalmente ao processo, salvo quando produzidos pelo acusado ou quando constituírem elementos do corpo de delito;

– a Constituição Federal impede a consideração da denúncia anônima para a formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada mediante delação anônima para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo;

– ressalvada hipótese de flagrante delito, não pode haver prisão provisória baseada exclusivamente em denúncia anônima, devendo a autoridade, no caso de flagrante, verificar a procedência das informações com redobrada cautela e respeitadas as garantias constitucionais;

– a denúncia anônima não contamina as provas produzidas na investigação e no processo dela decorrentes, desde que observados alguns princípios e critérios;

– as provas produzidas no procedimento deflagrado por denúncia anônima não nascem contaminadas pela ilicitude do anonimato, em virtude da incidência do princípio da proporcionalidade.

6. Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, v. 337, Rio de Janeiro, p. 125-134.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) et alii. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1989.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prisão decorrente de condenação recorrível: a opressão jurídica (ilegítima) da liberdade. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 96, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEONE, Giovanni. *Il códice di procedura penale illustrato articolo per articolo*. v. 1. Milano: Società Editrice Libraria, 1937.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo penal completo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Conflitos agrários: resistência a uma nova concepção de justiça

Eneida Gonçalves de Macedo Haddad
Mestre em Antropologia Social e Doutora em Sociologia pela USP, Professora universitária e Coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM.

Resumo: Este artigo refere-se à violência no campo. Partindo do passado, traz dados atuais que apontam a convivência da modernização capitalista com a manutenção de conflitos agrários marcados por toda sorte de violações de direitos humanos. Os recursos utilizados não têm intimidado os sem-terra, levando o governo federal a desapropriar ou comprar áreas ocupadas. Ao mesmo tempo, a prisão de lideranças e participantes dos movimentos, os massacres e assassinatos no campo, o desconhecimento da realidade por operadores da justiça, a controvérsia na interpretação das leis, os códigos obsoletos demonstram a resistência à mudança por uma nova concepção de justiça.

Abstract: This article refers to violence in land. It examines rural conflicts, capitalism and violation of human rights. The men without landare not frightened by intimidatory measures. Federal government purchase the occupied lands. At the same time, leaders of movements are arrested and there have been murderes commited on the context of rural conflicts. The experts in

law do not interpret the rules in the same way and old rules show resistance to acquire a new concept of justice.

Palavras-chave: Conflitos agrários – Lei de Terras – Reforma agrária – Trabalhadores sem-terra – Violência – Capitalismo.

Key words: Key words – Rural confligst – Land Rules – Rural reforms – Without land workers – Violence – Capitalism.

Desde o Brasil-Colônia, o sistema de posse e uso da terra produziu conflitos e lutas. Atualmente, continua a violência no campo, apontando a convivência da modernização capitalista com a manutenção de conflitos agrários marcados por toda sorte de violações de direitos humanos: crimes organizados, mortes em situações de trabalho escravo, assassinatos, mortes "anunciadas" e "juradas", chacinas, mortes de crianças decorrentes da precariedade das condições de vida, mortes encomendadas por mandantes poderosos e efetivadas por executantes individuais ou por milícias privadas etc.

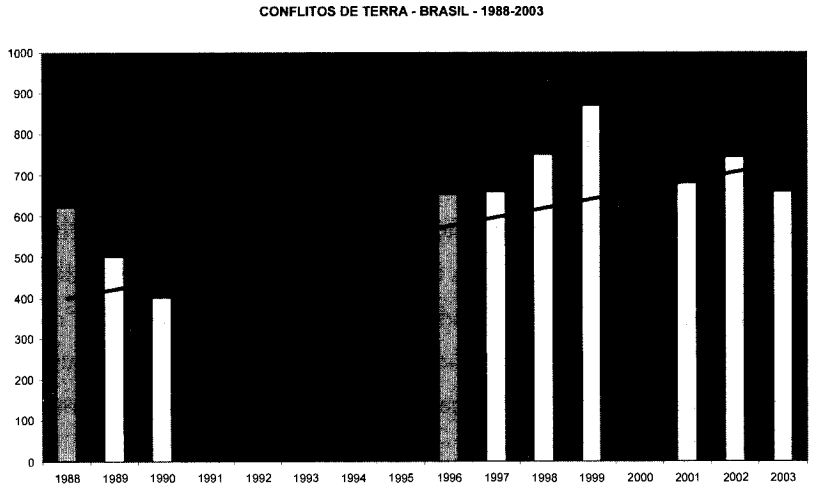
Conforme dados da Comissão Pastoral da Terra/CPT da Comissão Nacional dos Bispos do Brasil/CNBB, entre 1980 e 2003, foram registrados, aproximadamente, 1670 assassinatos no campo, e não mais do que 60 julgamentos de indiciados,[1] o que indica a impunidade no universo dos conflitos agrários brasileiro,[2] a fragilidade, ou mesmo inexistência, no Brasil, do Estado Democrático de Direito.[3]

1. SANTOS José Vicente Tavares dos. *Conflitos agrários e vitimização.* MIMEO, 2004.

2. O depoimento de José Batista, coordenador da CPT no Estado do Pará, é digna de nota: "Sempre denunciamos o crime organizado no campo, porque aqui não é uma coisa assim espontânea de um proprietário ou outro que se sente ameaçado pela questão da ocupação da terra. No sul do Pará todo há uma organização armada no campo, que envolve uma categoria de proprietários rurais. Aqui há uma concentração de latifundiários extremamente poderosos, extremamente fortes e ricos que se organizam e se armam." BATISTA, José. *Caros amigos.* A hora da justiça. Massacre de Eldorado dos Carajás. Edição Especial (12):12-3, abr. 2002.

3. Conforme o art. 1.º da CF/88 " A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democráti-

No período de 1988 a 2003, os conflitos pela terra apresentaram o seguinte quadro:



SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Conflitos agrários e vitimização*. MIMEO, 2004. (Fonte dos dados brutos: Comissão Pastoral da Terra da CNBB – Comissão Nacional dos Bispos do Brasil, 1988-2003).

Pode-se observar na representação acima a variação da ocorrência de conflitos;

- de 1988 a 1990: grande ocorrência de conflitos, com tendência à diminuição (Governo José Sarney 1985-1989);
- de 1991 a 1995: relativa estabilidade, com aumento em 1995 (Governo Fernando Collor de Mello – 1990-1991 e Governo Itamar Franco – 1992-1994);
- de 1995 a 1999: aumento progressivo dos conflitos (Governo Fernando Henrique Cardoso 1995-1998)
- Em 2000: redução de conflitos (Governo Fernando Henrique Cardoso 1999-2002)

co de Direito..." Ressalte-se, ainda, o Art. 5.º. "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, e à propriedade..."

• de 2001 a 2002: aumento significativo de conflitos (governo Fernando Henrique Cardoso 1999-2002);

• em 2003: pequena redução dos conflitos em relação ao ano anterior (Governo Luiz Ignácio Lula da Silva 2003-2006).[4]

A busca de compreensão dos conflitos agrários na história presente da sociedade brasileira conduz à institucionalização da questão agrária na segunda metade do século XIX. A Lei de Terras, de 1850, impôs a interdição da terra àqueles que não tivessem condições financeiras de adquiri-la, decorrência do novo direito fundiário imposto em função da abolição da escravatura, definitivamente extinta em 1888.[5] O Estado brasileiro negou ao campesinato "o reconhecimento do direito de afirmação e de validação da sua cultura comunitária e dos seus direitos comunitários, que caíram num código não escrito, mas que existe, que é o direito costumeiro".[6]

O Estado transferiu aos proprietários privados o domínio absoluto do território, perdendo, portanto, o direito de julgar se as formas de utilização da terra atendem aos interesses da sociedade. Isso se estende à agricultura, à agropecuária, à questão ambiental, social e da segurança nacional.[7]

Por mais de meio século, o Brasil utilizou a imigração subvencionada de camponeses oriundos de diversos países europeus que, motivados pela esperança de ganhar dinheiro e retornarem à terra natal, enfrentaram as péssimas condições vigentes nas fazendas de café.

4. SANTOS, José Vicente Tavares dos. Op. cit., 2004.

5. "Cessado o cativeiro do trabalhador, foi necessário instituir o cativeiro da terra, forma indireta de forçar a constituição de uma força de trabalho agrícola para a então chamada grande lavoura. Essa foi a base institucional para se implantar no Brasil um regime de trabalho baseado no trabalho livre. (...) O trabalhador era forçadamente livre, livre dos meios de produção para trabalhar para si mesmo, uma regra básica da sociedade capitalista." MARTINS, José de Souza. *A sociedade vista do abismo*. Novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 165-166.

6. Idem, p. 209.

7. Idem, p. 178-179.

A aspiração do colonato do café – a conversão em proprietário da terra – somente se materializou para um pequenino percentual de colonos: no final do segundo decênio do século XX, com a crise do café, proprietários endividados repassaram pedaços de terra a colonos, como forma de pagamento da dívida acumulada.

"A década de trinta é a década, especialmente em São Paulo, de alargamento e difusão da propriedade familiar. Como uma curta década, entre os anos quarenta e cinqüenta, no Nordeste canavieiro, foi o momento de expansão da vitalidade dos sítios de moradores foreiros no interior de fazendas alheias, em virtude da crise da economia do açúcar."[8]

Pode-se afirmar que, de 1933 a 1955, ocorreu uma nova fase de transição da economia brasileira: paulatinamente a indústria vai se consolidando, assumindo o comando do processo de acumulação de capital.

O período de 1955-1961 foi marcado pela implantação da indústria pesada (siderurgia, petroquímica, material elétrico etc.) e da indústria de bens duráveis. Iniciou-se, a partir daí, a industrialização da agricultura. Com a fabricação de máquinas e de insumos agrícolas, o Estado passou a implementar políticas voltadas à aceleração do processo de incorporação de modernas tecnologias pelos produtores rurais.

Até o final da década de cinqüenta, a força de trabalho industrial foi integrada pela população vinda do campo, excedente da agricultura de exportação, fazendo com que a questão agrária permanecesse latente. O rompimento do caráter dual da economia "(no campo, não baseada no trabalho assalariado e na cidade, baseada no salário)"[9] levou ao aumento da miséria. A pobreza rural passou a se expressar como urbana.

A reforma agrária proposta e altamente politizada no início dos anos sessenta foi rechaçada com a instalação do regime militar.[10] A ditadura de 1964 ex-

8. Idem, p. 168-169.

9. Idem, p. 170.

10. "As exigências do movimento camponês dos anos 60 foram, de algum modo, reconhecidas como legítimas pelo Estado, quando este promulgou o Estatuto da Terra, em 1964, o que re-

pressou a recusa da reforma social pelas elites, a recusa de um pacto político com as classes trabalhadoras, a recusa do reconhecimento de que o modelo da Lei de Terras estava vencido.[11]

O agravamento da questão agrária tem sido provocado pelas mudanças ocorridas na agricultura: à crescente presença dos grandes capitais no campo deve-se acrescentar o "fechamento" das fronteiras agrárias (envolvendo as questões de colonização da Amazônia e da participação da empresa pecuária deslocando a pequena produção agrícola) e a modernização da agricultura do Centro-Sul.[12]

Nesse contexto, a reforma agrária é a reivindicação maior daqueles que se identificam como colonos, camaradas, parceiros ou meeiros, peões, pequenos proprietários, posseiros, pequenos arrendatários, enfim, dos trabalhadores rurais,[13]

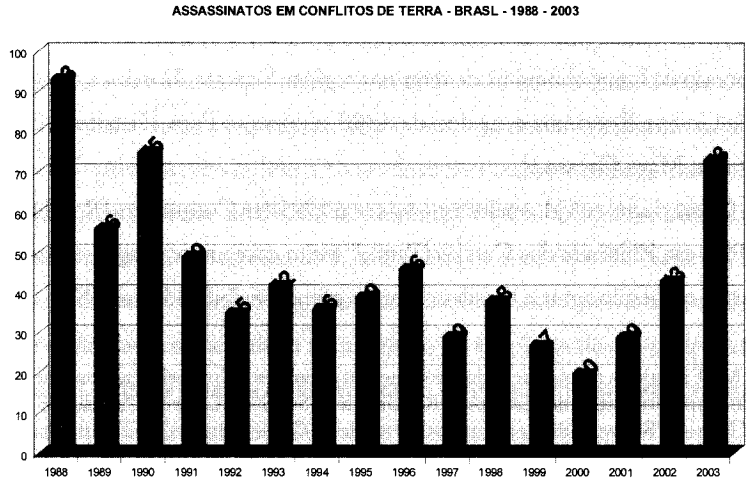
presentou o primeiro momento das lutas dos camponeses e trabalhadores rurais no Brasil". SANTOS, José Vicente Tavares dos. Op. cit., 2004, p. 2.

11. "Nossos embates políticos em relação a reformas sociais e políticas tornam-se estéreis porque se afastam progressivamente daquilo que é nossa característica histórica: mudar para manter, ordem e progresso (...)". MARTINS, José de Souza. Op. cit. p. 174.

12. "O modelo de desenvolvimento econômico da agropecuária, implantado desde os governos militares, intensificou a concentração fundiária com a expropriação e a expulsão dos pequenos agricultores. Isso porque privilegiou os produtores capitalistas em detrimento dos produtores familiares. Com o desenvolvimento tecnológico: mecanização, utilização de insumos agrícolas, aumentou-se a produtividade com a diminuição da área cultivada. Nesse processo, ocorreu o crescimento do desemprego no campo, e é, como na cidade, um problema estrutural. Dessa forma, aumentou o número de famílias sem-terra ao mesmo tempo em que a agricultura capitalista utiliza cada vez menos terra. O que torna impossível evitar as ocupações e tentar segurar a luta pela terra, por mais que os liberais desenvolvam discursos afirmando que as ocupações são uma afronta à propriedade privada. Na verdade, quando se faz uma ocupação é a sobrevivência das famílias sem-terra que está em questão." FERNANDES, Bernardo Mançano. O MST mudando a questão agrária. IN: D'INCAO, Maria Ângela (org.). *O Brasil não é mais aquele... mudanças sociais após a redemocratização*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 241.

13. "Por características sociológicas, históricas, costumeiras e, até pela própria definição das figuras que exercem a atividade agrária, o trabalho rural passou a ser utilizado como gênero de uma realidade que envolve não só empregados rurais, mas inclui outros personagens que, embora não qualificados nos moldes do empregado rural, são considerados como trabalhadores da atividade agrária ". MANIGLIA, Elisabete. *O trabalho rural sob a ótica do direito agrário*: uma opção ao desemprego no Brasil. Franca: UNESP, 2002. (Coleção Dissertações e Teses, n. 9), p. 43.

dos sem-terra, para utilizar a denominação referente ao sujeito coletivo, criado com a estruturação do MST.[14]



SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Conflitos agrários e vitimização*. MIMEO, 2004. (Fonte dos dados brutos: Comissão Pastoral da Terra da CNBB – Comissão Nacional dos Bispos do Brasil, 1988-2003).

A partir de 1994, os conflitos pela terra intensificaram-se em todo o território brasileiro com o surgimento de outros movimentos sociais,[15] além do crescimento do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra/MST,

14. A luta dos sem-terra traz o despertar de um novo trabalhador rural, voltado para a qualidade de vida da população, portadora, portanto, da luta por um direito difuso, não raras vezes tratado como direito coletivo.

15. Dentre os movimentos pela terra, Comissão Pastoral da Terra/CPT; Movimento da Luta pela Terra/MLT; Movimento Sem-Terra do Sul de Mato Grosso/MST-SMG; Federação dos trabalhadores na Agricultura- Pernambuco/FETAPE; Coordenação de Associação de Assentados do Mato Grosso do Sul/COAMS; Movimento da Terra/MT; Movimento de Comissões de Luta/MCL; Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Minas Gerais/FETAEMG; Movimento Camponês de Corumbiara/MCC; Movimento da Libertação dos Sem-Terra/MLST; Liga Operário-Camponesa; Movimento Brasileiro dos Sem-Terra/MBST; Movimento dos Agricultores Sem-Terra/MAST; Movimento Unificado dos Sem-Terra/MUST; Federação dos trabalhadores da Agricultura/FETAGRI.

cuja constituição, iniciada em 1979, concretizou-se no ano de 1984, em Cascavel, Estado do Paraná.[16]

Organizando-se, inicialmente, no Paraná, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Sul, de 1985 a 1990, o MST desenvolveu um processo de luta e conquista de terra nas regiões Sudeste, Nordeste e nos Estados de Goiás e Rondônia e, na década de 90, chegou ao Pará, Distrito Federal, Tocantins e Mato Grosso.[17]

Os massacres sofridos pelos sem-terra em 1995, em Corumbiara (Rondônia), e em 1996, em Eldorado dos Carajás (Pará),[18] assim como as ocupações massivas, projetaram a questão agrária brasileira, dando grande visibilidade ao MST.

16. "O MST surgiu da reunião de vários movimentos populares de luta pela terra, os quais promoveram ocupações de terra nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Mato Grosso do Sul, na primeira metade da década de 80. Oficialmente, o MST foi fundado em janeiro de 1984, na cidade de Cascavel, no Estado do Paraná, por ocasião do Primeiro Encontro Nacional do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, com 80 representantes de 13 Estados. Atualmente, o movimento está presente em 23 dos 26 Estados da federação, e é capaz de organizar manifestações em duas dezenas de capitais simultaneamente. Pelas últimas estimativas, os efetivos do MST se elevam a 350 mil famílias assentadas e 70 mil famílias em acampamentos, o que representa cerca de 1,5 milhão de pessoas." Comparato, Bruno Konder. A ação política do MST. *São Paulo em perspectiva*. 15 (4):106-107. São Paulo: SEADE, out/dez. 2001.

17. "Naturalmente, o MST não é o primeiro movimento de luta pela terra. Na história do Brasil há vários relatos de revoltas camponesas. Todos os movimentos anteriores, contudo, permaneceram limitados à região em que surgiram. A ação das Ligas Camponesas, nos anos 60 concentrou-se no Estado de Pernambuco e adjacências. O mesmo aconteceu com Canudos, no final do século XIX, e com o Contestado, no começo do século XX, que ficaram restritos ao nordeste da Bahia e ao oeste catarinense. Além disso, tanto em Canudos quanto no Contestado, os revoltosos eram animados por aspectos messiânicos e místicos, e ansiavam mais por um retorno ao passado do que por uma transformação do presente (Candido, 1998; Cunha, 1979; Martins, 1995; Monteiro, 1974; Queiroz, 1965 e 1977). Outra característica importante destaca o MST de todos os movimentos anteriores de luta pela terra: trata-se do primeiro movimento que identifica como seu principal adversário o governo federal, e não os grandes proprietários de terras." Idem, ibidem p. 106.

18. Pode-se avaliar a dimensão da violência e o comportamento do aparato repressivo através do seguinte trecho do relatório elaborado pela seção OAB do Pará, cujos representantes estiveram no local no dia posterior ao do massacre: "Por volta das 16 horas (do dia 18.04.1996), fomos ao local do incidente, onde os peritos do Instituto Médico Legal já tinham estado colhendo material. Por algum motivo nada justificável, peças importantes para a elucidação do ocorrido foram desprezadas pelos peritos e recolhidas por nós (uma camisa com perfurações de balas e contendo restos de massa cefálica; um boné com dupla perfuração de bala, mostrando o orifício de entrada na parte posterior e, de saída, na frente, contendo restos de massa encefálica; restos queimados de

Segundo Maria Célia Nunes Coelho, do Núcleo Avançado dos Estudos Amazônicos da Universidade do Pará, em entrevista concedida a respeito do massacre de Eldorado de Carajás,

"(...) o massacre só pode ser compreendido à luz das profundas mudanças econômicas e estruturais que afetaram a região na última década. O sul e o sudeste do Pará não haviam experimentado o surto de desenvolvimento capitalista prometido pelo governo militar. O ouro da região acabou e os pecuaristas enfrentam, hoje, um processo de decadência e ruína, já que não contam com os subsídios milionários que recebiam do Estado entre os anos 60 e 80. Nesse quadro, o exercício do terror, incluindo a prática do trabalho escravo, tornou-se vital para a preservação das propriedades e manutenção da aparência de um poder cada vez mais débil, – daí os grandes massacres terem se tornado muito mais interessantes do que pequenos assassinatos. Por outro lado, interessa-lhes que o governo desaproprie suas terras, a única forma que ainda têm de receber um bom dinheiro por elas – e essa é a base social da milionária indústria de desapropriação criada pelo INCRA. O massacre de Eldorado de Carajás cumpriria, assim, dentro desse raciocínio, a dupla função de enviar uma mensagem de terror aos sobreviventes, e pressionar o governo para acelerar o processo de indenizações milionárias."[19]

Comparato refere-se ao fato de que uma das estratégias do governo para enfrentar o MST é tentar enquadrá-lo como um movimento criminoso.

"A partir desse ponto de vista, torna-se possível compreender como um ministro da Justiça, no caso, Iris Rezende, pôde afirmar, numa reunião com

documentos – a PM teria queimado os documentos que recolheu dos mortos e feridos); cordas de amarrar redes cortadas (a PM teria cortado as cordas das redes, embrulhado os cadáveres e conduzido-os a local desconhecido); dentadura quebrada (a PM teria pisoteado um dos feridos); espeto contendo sangue e resto de massa encefálica (um dos PMs teria cravado o espeto na cabeça de um dos mortos); diversas cápsulas deflagradas." *Caros amigos.* A hora da justiça. Massacre de Eldorado dos Carajás. Edição Especial (12):5, abr. 2002.

19. COELHO, Maria Célia Nunes. (entrevista a José Arbex Jr. em setembro de 1999). Uma análise do "barril de pólvora". *Caros amigos.* A hora da justiça. Massacre de Eldorado dos Carajás. Edição Especial (12): 28-30, Abr. 2002.

secretários de segurança de vários Estados, que: 'Polícia e fazendeiros têm de andar de mãos dadas para cumprir mandados judiciais.' " (*Veja*, 24.09.1997). Nessa mesma ocasião, de acordo com a revista *Veja*, o ministro da Justiça disse estar arrependido de não ter apoiado a polícia do Pará no episódio de Eldorado dos Carajás."[20]

Apesar dos mecanismos de repressão, os movimentos sociais pela terra têm avançado em sua organização. Em 2003, o "Fórum Nacional pela Reforma Agrária e Justiça no Campo", porta-voz de todas as forças sociais do campo em torno de mudanças, divulgou a "Carta da Terra", documento de defesa da realização de uma ampla reforma agrária e do fortalecimento da agricultura familiar para garantir trabalho à população rural e produção de alimentos ao mercado interno.

Para tanto, as organizações[21] defendem "a criação e a implementação de um plano nacional de reforma agrária e a construção de alternativas de desenvolvimento rural sustentável e solidário para o Brasil, que alterem radicalmente o atual modelo de desenvolvimento agropecuário, excludente, predatório e concentrador de terra, renda e poder".[22]

Das mudanças que devem ser efetivadas, destacam-se:

- Desapropriação dos latifúndios;
- Legislação que limite o tamanho das propriedades rurais;

20. COMPARATO, Bruno Konder. Op. cit. p. 107.

21. Assinam a Carta da Terra as seguintes organizações: Contag; MST; Fetaf-SUL/CUT; Cáritas; ANMTR; MPA; CNBB; CMP; Conic; Condsef; Pastorais Sociais/CNBB; MNDH; MTL; Abra; Abong; APR; Aspta; Capoib; Centro de Justiça Global; Cese; Cimi; Cnasi; Deser; Esplar; Fase; Fazer; Feeab; Fian-Brasil; Fisenge; Ibase; Ibrades; Idaco; Ieclb; Ifas; Inesc; MLST; PJR; Rede Brasil; Rede Social de Justiça; Renap; Sinpaf; Terra de Direitos. In: STEDILE, João Pedro (org.); ESTEVAM, Douglas (assistente de pesquisa). *A questão agrária no Brasil:* Programas de reforma agrária 1946-2003. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 236.

22. Programa Agrário Unitário dos Movimentos Camponeses e Entidades de Apoio. Brasília, 22.04.2003. STEDILE, João Pedro (org.); ESTEVAM, Douglas (assistente de pesquisa). *A questão agrária no Brasil*: programas de reforma agrária 1946-2003. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 233-236.

• Confisco integral de todas as terras onde houver trabalho escravo, exploração de trabalho infantil, cultivo de plantas psicotrópicas e daquelas usadas para práticas de contrabando ou adquiridas mediante práticas ilegais;

• Respeito aos direitos humanos no campo, combatendo todas as formas de violência e o fim da impunidade;

• O planejamento da produção familiar que leve em conta as diversidades regionais, sua viabilidade e sustentabilidade econômica, social e ambiental;

• A implantação de agroindústrias populares nos municípios do interior, nas diversas formas cooperativas e associativas, para as quais sejam destinados prioritariamente os recursos públicos;

• A produção de sementes pelos próprios agricultores e agricultoras;

• O desenvolvimento e a disseminação de novas técnicas agrícolas não agressivas ao meio ambiente;

• A melhoria e o fortalecimento do sistema previdenciário baseado na seguridade social, pública e universal;

• A implementação das diretrizes operacionais para a educação básica aprovadas pelo Conselho Nacional de Educação nas escolas do campo;

• A garantia de igualdade de oportunidades e direitos para mulheres e jovens que corrijam discriminações decorrentes de práticas e sistemas sociais injustos;

• A elaboração de políticas públicas para cada região do país.[23]

Duas questões merecem destaque.

A primeira refere-se à função social da propriedade que passou a integrar a Constituição de 1988,[24] embora o Estatuto da Terra, assinado em 1964, já tivesse contemplado esse instituto. Segundo esse dispositivo legal, a liberdade dos in-

23. Cf. Programa Agrário Unitário dos Movimentos Camponeses e Entidades de Apoio. Brasília, 22.04.2003. STEDILE, João Pedro (org.); ESTEVAM, Douglas (assistente de pesquisa). *A questão agrária no Brasil*: programas de reforma agrária 1946-2003. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 233-236.

24. A função social aparece no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais – art. 5.º, XXIII – e no art. 186, referente à Reforma Agrária.

divíduos e as faculdades que a propriedade concede estão necessariamente associadas à obrigação de fazer uso dela de maneira conveniente ao interesse social.[25]

Retornando a Martins, para que se possa falar em função social da propriedade, o Estado tem que reaver o pleno senhorio do território brasileiro – o direito e o poder de impor os modos e condições de usar a terra – cedido, em 1850, aos possuidores de terra. Assim, segundo o autor, o assentamento de trabalhadores na terra, isto é, a reforma agrária como vem sendo realizada no presente, se insere no âmbito das ações do Estado tendo em vista a reconquista do domínio do território.[26]

A segunda questão diz respeito ao fato de que os movimentos pela terra não encontram resistência apenas por parte dos ruralistas[27] – muito bem representados no Congresso Nacional – como também da mídia, do governo, de partidos políticos e do Poder Judiciário, isto é, de forças e interesses políticos advindos de diferentes instâncias da sociedade.

O fato político gerado com a ocupação de propriedades que não estão cumprindo sua função social exige negociações entre os sem-terra, os latifundiários e governo e, muitas vezes, entre outras instituições que se colocam contra ou a favor da reforma agrária.

Há que se registrar o envolvimento de empresas capitalistas nacionais e estrangeiras nos conflitos agrários. Conforme José Vicente Tavares, ocorreram "380

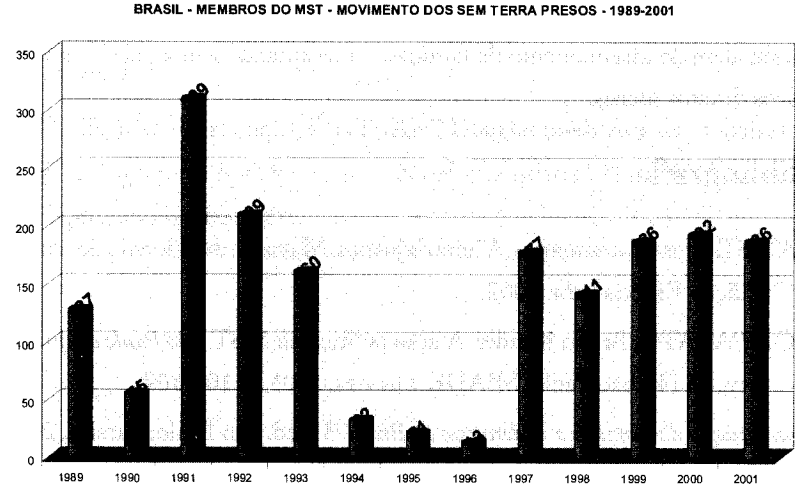
25. Em 1993, a Lei 8.629 regulamentou o dispositivo constitucional referente à função social da propriedade rural.

26. A legislação sobre as terras de marinha (o domínio do Estado sobre a água) a criação do IPHAN (o domínio do Estado sobre o patrimônio histórico), a criação de Brasília (domínio do Estado sobre o território do Distrito Federal), o reconhecimento garantido pela Constituição do direito das nações indígenas às próprias terras, a obrigação imposta aos proprietários de preservar as matas exemplificam o movimento de restituir o senhorio do território ao Estado. Cf. MARTINS, José de Souza. Op. cit.

27. Sobre o massacre de Eldorado de Carajás, merece registro o depoimento do médico e fazendeiro Carivaldo Ribeiro, então presidente do Sindicato dos Ruralistas de Marabá: "Massacre? Não houve massacre. Até que morreram poucos, para aquilo que fizeram. Obstruir uma estrada é coisa grave... Vocês, no sul, acham que essa história teve muita importância aqui em Marabá, não é? Pois não causou impacto nenhum. Nossa forma de pensar aqui é outra." *Caros amigos.* A hora da justiça. Massacre de Eldorado dos Carajás. Edição Especial (12):9, abr. 2002.

conflitos, no período 1964-1994, em todo o País, nos quais 18 empresas estrangeiras estiveram envolvidas diretamente, cerca de 14 bancos e 348 empresas nacionais."[28]

Os recursos utilizados contra os participantes dos movimentos pela terra (organizações dos camponeses e trabalhadores rurais) vão além da "pistolagem", das milícias organizadas e da participação de membros das polícias civis e militares. Acrescente-se, ainda, a responsabilidade de membros do Poder Judiciário através de emissão de títulos em áreas de posse, decisões de juízes baseadas unicamente na versão dos proprietários (sustentação da posse em simples títulos dominiais), falsificação de títulos, "grilagem" (com envolvimento de oficiais de Registro de Imóveis) e omissão de processos criminais.[29] A impunidade é reforçada, aumentando a crise de legitimidade enfrentada pelo Poder Judiciário.



SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Conflitos agrários e vitimização*. MIMEO, 2004. (Fonte: Movimento dos Trabalhadores Sem Terra – MST).

28. SANTOS, José Vicente Tavares dos. Op. cit., 2004.

29. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar as origens, causas e conseqüências da violência no campo. Rel. *ad hoc*: Deputado Alcides Modesto. Relatório Final: Aditivo. Brasília, Câmara dos Deputados, 12.12.1991, p. 6. In: SANTOS, José Vicente Tavares dos. Op. cit., 2004.

Todos esses recursos não têm intimidado os sem-terra, levando o governo federal a desapropriar ou comprar áreas ocupadas.[30] Ao mesmo tempo, a prisão de lideranças e participantes dos movimentos tem sido largamente utilizada, conforme demonstra o gráfico acima.

No período entre 1989 e 2001, foram presos, julgados e condenados cerca de 2150 membros do MST,[31] o que aponta a significativa judicialização da questão agrária.

Enfim, é grande a resistência à mudança por uma nova concepção de justiça, como apontam os massacres, assassinatos e prisões no campo, o desconhecimento da realidade por operadores da justiça, a controvérsia na interpretação das leis, os códigos obsoletos, a parcialidade nos julgamentos...

Todavia, a crítica social ao capitalismo, configurada nos movimentos agrários, segue adiante. O ganho histórico dos sem-terra, à margem do acesso à justiça, vai além do assentamento de famílias, representando a luta pela inclusão de novos direitos sociais.

Bibliografia

BATISTA, José. *Caros amigos*. A hora da justiça. Massacre de eldorado dos carajás. Edição Especial, abr. 2002.

COMPARATO, Bruno Konder. A ação política do MST. *São Paulo em perspectiva*. 15 (4). São Paulo: SEADE, out-dez. 2001, p. 106-107.

Constituição da República Federativa do Brasil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Bernardo Mançano. O MST mudando a questão agrária. In: D'INCAO, Maria Ângela (org.). *O Brasil não é mais aquele... mudanças sociais após a redemocratização*. São Paulo: Cortez, 2001.

30. Como o preço da terra vem caindo, muitos proprietários preferem vender suas terras ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária/INCRA.

31. Fonte: MST – Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. In: SANTOS José Vicente Tavares dos. Op. cit., 2004.

LIMA, Renato Sérgio e STROZAKE, Juvelino. Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil: notas etnográficas sobre o Estado do Pará. *IBCCRIM*, São Paulo, 2005. MIMEO

MANIGLIA, Elisabete. *O trabalho rural sob a ótica do direito agrário*: uma opção ao desemprego no Brasil. (Coleção Dissertações e Teses, n. 9). Franca: UNESP, 2002.

MARTINS, José de Souza. *Reforma agrária*: o impossível diálogo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

_____. *A sociedade vista do abismo*. Novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

SILVA, José Graziano. *O que é questão agrária*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

SANTOS José Vicente Tavares dos. *Conflitos agrários e vitimização*. MIMEO, jul. 2004.

STEDILE, João Pedro (org.); ESTEVAM, Douglas (assistente de pesquisa). *A questão agrária no Brasil*: programas de reforma agrária 1946-2003. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

A judicialização dos conflitos agrários: legalidade, formalidade e política

Frederico de Almeida
Bacharel em Direito, Mestre e Doutorando em Ciência Política pela USP. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM.

Jacqueline Sinhoretto
Socióloga. Mestre e Doutoranda em Sociologia pela USP. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM.

Sumário: 1. Análise dos processos judiciais – 2. Representações e opiniões dos juízes – 3. Representações e opiniões de promotores de justiça – 4. Representações e opiniões de advogados – 5. Representações e opiniões de trabalhadores rurais – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O tratamento criminal dos conflitos agrários foi abordado através da análise qualitativa de processos judiciais com réus presos, sejam trabalhadores rurais ou atores relacionados à propriedade da terra, abrangendo quatro estados da federação – Pará, Pernambuco, Rio Grande do Sul e São Paulo. Resultados demonstram estratégias de criminalização do movimento social pelo Estado no interior das instituições judiciárias, ainda que no estrito respeito de ritos e procedimentos formais previstos no âmbito do Estado de direito. As opiniões e representações de juízes, promotores de justiça, advogados e trabalhadores rurais, analisadas a partir de entrevistas, apontam a complexidade da judicialização da polí-

tica e os sentidos da politização das instituições e de seus agentes. Foram identificadas duas correntes entre os operadores da justiça: uma auto-denominada "legalista", afinada à interpretação restrita do texto legal, defendendo a existência de uma única técnica jurídica; a outra corrente opõe-se à idéia de neutralidade do direito e das instituições judiciais. A auto-atribuição de legalismo e neutralidade é parte do embate político que se trava por intermédio das teorias e técnicas jurídicas no campo da justiça criminal.

Abstract: The criminal treatment of the land conflicts was boarded by the qualitative analysis of judicial acts with prisoners; they are *sem-terra* workers or actors related to the land property, enclosing four states of Brazil. Results demonstrate State strategies of social movement criminalization through judiciary institutions, despite in the strict respect of rites and foreseen formal procedures in the Rule of law scope. Interviews with judges, attorneys, lawyers and workers express opinions and representations, also point the complexity of the judicialization of the politics and the meanings of the politicalization of the institutions and its agents. Two streams among the operators of justice had been identified: one auto-called "legalist", supporting the restricted interpretation of the legal text, defending the existence of an only legal technique; another one opposing to the idea of neutrality of law and judicial institutions. The auto-attribution of legalism and neutrality is part of the political struggle engaged through the theories and techniques in the field of criminal justice.

Palavras-chave: Questão agrária – Movimento sem-terra – Justiça criminal – Formalismo jurídico – Judiciário e política.

Keywords: Land conflicts – Sem-terra – Criminal justice – Law formalism – Justice and politics.

A experiência e a reflexão acerca da judicialização dos conflitos agrários expõem os dilemas do processo conhecido nos estudos sobre o sistema de justiça

como *judicialização da política*, isto é, a busca das cortes judiciais para a resolução de conflitos envolvendo os poderes da República e as relações com a sociedade civil, em que se expressam diferentes grupos de interesse. A centralidade ocupada pelos tribunais no momento contemporâneo, em razão de seus novos papéis na administração dos conflitos políticos, por seu turno, tem produzido impactos sobre as instituições do sistema de justiça, a definição das fronteiras profissionais das carreiras jurídicas e os modos de exercer a função jurisdicional, num processo conhecido como *politização da justiça*.[1]

Neste contexto, foi desenvolvida a pesquisa "Prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil" pelo Núcleo de Pesquisa do IBCCRIM[2] em 2005, compreendendo a análise qualitativa de processos judiciais criminais onde figuravam como réus tanto trabalhadores rurais quanto atores relacionados à propriedade da terra – proprietários rurais, madeireiros, pistoleiros – bem como de entrevistas envolvendo os principais personagens da judicialização dos conflitos agrários – juízes e promotores estaduais, advogados e trabalhadores rurais. A pesquisa abran-

1. Ainda que existam interpretações divergentes a respeito da expressão *judicialização da política*, utilizamo-na em léxico abrangente para designar o impacto do processamento dos conflitos sociais e políticos pelo sistema de justiça. Para o debate, ver ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 39, fev. 1999, pp. 83-102; VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; SADEK, Maria Tereza. Os estudos do sobre o sistema de justiça. In: MICELI, Sergio (org.) *O que ler na ciência social brasileira 1970-2002*. v. 4. São Paulo: Anpocs, Sumaré, 2002. MACIEL, Débora A.; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, 57, 2002, pp. 113-133.

2. A pesquisa foi coordenada por Renato Sérgio de Lima e Juvelino José Strozake. Eneida Gonçalves de Macedo Haddad e os dois autores deste artigo participaram como pesquisadores, Renata Moreno e Táli Pires de Almeida foram auxiliares de pesquisa. Para outros artigos resultantes deste projeto ver LIMA, Renato Sérgio de; STROZAKE, Juvelino J. Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 60, mai.-jun. 2006; HADDAD, Eneida G. de M. Conflitos agrários: resistência a uma nova concepção de justiça, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 265-279, neste volume; IBCCRIM. Para além do universo penal (editorial). *Boletim IBCCRIM*, n. 157, dez. 2005, p. 1; LIMA, Renato S. de; BICUDO, Tatiana Viggiani. Conflitos agrários e violações dos direitos humanos. *Boletim IBCCRIM*, n. 148, dez. 2005, p. 3. Ver também STROZAKE, Juvelino J.; GOMES, Patrick M. As prisões políticas no Pontal do Paranapanema. *Boletim IBCCRIM*, n. 131, out. 2003, p. 6-7.

geu quatro estados da federação – Pará, Pernambuco, Rio Grande do Sul e São Paulo – e seus resultados permitem afirmar que os conflitos agrários são uma das facetas da judicialização da política no Brasil, o que, como se verá, provoca diferentes formas de pensar a atividade jurisdicional, dividindo opiniões e produzindo diferentes representações sobre a realidade social na qual ocorre a intervenção da justiça. A coleta realizada em processos penais demonstra que estratégias de criminalização do movimento social pelo Estado podem surgir no interior das instituições judiciárias, ainda que de acordo com os ritos e procedimentos formalmente previstos para o seu funcionamento regular no âmbito do Estado de direito. As opiniões e representações de juízes, promotores de justiça, advogados e trabalhadores rurais permitem conhecer melhor a complexidade do fenômeno da judicialização da política e os sentidos da politização das instituições e de seus agentes.

1. Análise dos processos judiciais

Partiu-se da identificação de casos de grande repercussão local que tivessem resultado em prisão, seja de trabalhadores rurais, seja de atores ligados à propriedade da terra. Ao todo foram coletadas informações de 25 processos, nos quatro estados, o que foi considerado suficiente para a análise qualitativa do discurso jurídico que fundamentou as prisões, as solturas e outras decisões judiciais. Dada a ausência de um banco de dados que permitisse o acesso a processos segundo a qualificação de réus e vítimas e do conflito, foi necessário recorrer a um expediente alternativo de identificação de casos de interesse da pesquisa. Foram acionados os advogados, sediados nos estados eleitos, que atuam na defesa judicial de trabalhadores e movimentos pela reforma agrária (membros da RENAP, da CPT e do MST[3]), facilitando a identificação de processos envolvendo a prisão desses agentes.

3. Respectivamente: Rede Nacional de Advogados Populares, Comissão Pastoral da Terra, Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-terra. Aos advogados que colaboraram para a pesquisa expressamos profundo agradecimento.

Em relação aos fazendeiros e agentes ligados à propriedade da terra, a busca foi dificultada pela escassez de procedimentos criminais contra eles que tivessem resultado em prisão (critério de seleção do levantamento).

A dificuldade encontrada para a identificação, localização e extração de cópias dos processos por parte dos advogados que colaboraram nesta pesquisa revela os problemas gerais de produção e acesso a informações judiciais no Brasil,[4] e também confirma o sentimento, por parte de advogados e trabalhadores entrevistados, de que agentes do sistema de justiça muitas vezes criam óbices, legais e extralegais, à defesa judicial dos sem-terra, como decretação de segredo de justiça e ausência dos processos para consulta no cartório por longos lapsos temporais.

O pequeno número de processos encontrados que têm fazendeiros, madeireiros, pistoleiros como réus envolvidos em conflitos agrários, pode, de um lado, indicar problemas de acesso dos próprios operadores às informações e aos procedimentos judiciais,[5] e de outro, pode ser indício da escassez de procedimentos criminais instalados contra tais atores, justificando o sentimento de impunidade e a percepção de diversos entrevistados sobre a parcialidade das instituições do sistema de justiça.

A análise apontou que, formalmente, os processos judiciais respeitam os trâmites legais. Os poucos casos de utilização do remédio constitucional do *habeas corpus*, cabível quando há coação manifestamente ilegal por parte de autoridade estatal,[6] em detrimento dos pedidos de liberdade provisória que apenas negam

4. Nesse sentido, ver CUNHA, Luciana Gross; CUNHA, Alexandre Santos; SCABIN, Flávia; MACÁRIO, Mariana; ISSA, Marcelo. O sistema de justiça brasileiro, a produção de informações e sua utilização. *Cadernos Direito FGV* – textos em debate. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, n. 4, mar. 2005.

5. Cf. ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "movimento de acesso à justiça": epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo; CARNEIRO, Leandro Piquet e GRYNSZPAN, Mario (org.). *Cidadania, justiça e violência.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

6. Art. 5.º, LXVIII, da CF/88.

a ocorrência fática dos requisitos impostos pelo art. 312 do CPP para a prisão preventiva,[7] demonstram que decretações de prisão e pedidos de liberdade são mobilizados por delegados, promotores, juízes e advogados a partir de sua previsão processual, dentro dos ritos esperados.

Entretanto, mesmo a decretação da prisão preventiva que obedece aos requisitos do art. 312 do CPP revela a margem de subjetividade que a interpretação de termos como "garantia da ordem pública" e "conveniência da instrução criminal" – principalmente quando se alega ausência de residência fixa por parte de trabalhadores acampados – parece deixar para a adesão de conteúdos ideológicos por parte de promotores e juízes.[8]

Um dado que distancia os processos de militantes sem-terra e de proprietários ou pistoleiros é o tempo de prisão dos acusados: enquanto os tempos de prisão verificados nesse segundo grupo de réus foram de nove a dezoito dias, as prisões de trabalhadores variaram de um dia a seis meses – o que supera, inclusive, o prazo jurisprudencialmente construído de 81 dias para o fim da instrução criminal.[9]

As acusações contra o grupo de réus ligados à propriedade da terra restringem-se ao homicídio ou à sua tentativa, e eventualmente, ao porte de arma – o que dá uma medida da dimensão violenta dos conflitos agrários no país. Contudo, o longo rol de imputações contra trabalhadores sem-terra revela que o tratamento criminal da questão agrária é capaz de alcançar não só excessos das ações da militância – como demonstram as acusações por cárcere privado, ameaça, ten-

7. De acordo com o art. 312 do CPP, "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

8. Sobre o conteúdo ideológico do emprego de expressões relativas à "defesa da sociedade", nas condenações pelo crime de roubo no estado de São Paulo, ver IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo*: a lei, o direito e a ideologia. São Paulo: IBCCRIM/IDDD, 2005.

9. O prazo de 81 dias foi construído pelos tribunais a partir da soma dos prazos previstos pelo CPP, incluindo também atos de cartório e do juiz.

tativa de homicídio, roubo, furto e dano com qualificadoras etc. – mas também a principal estratégia de ação política dos movimentos que lutam pela reforma agrária – as ocupações – e, principalmente, sua própria organização. Os atos praticados numa ocupação são classificados pelos operadores penais entre diversos crimes patrimoniais (esbulho possessório, alteração de limites, dano, violação de domicílio), muitos dos quais de menor potencial ofensivo. É no uso das qualificadoras relativas ao emprego de violência ou grave ameaça nos crimes patrimoniais, na incriminação por furto e roubo, e principalmente, nas acusações por formação de quadrilha ou bando – que atacam a própria forma de ação coletiva escolhida pelos trabalhadores – que fica evidente a intervenção do Estado no sentido de deslegitimar a própria existência desses movimentos sociais. O grande número de réus verificados nos processos em que trabalhadores constituem o pólo passivo da ação penal, e a menção constante à condição de liderança de vários dos acusados, verificada na narrativa dos fatos que ensejaram os procedimentos judiciais analisados, reforçam a percepção de uma suposta *estratégia de criminalização*, também observada nas entrevistas com trabalhadores e advogados.

De acordo com Bruno Konder Comparato,[10] a estratégia de ação política do MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, principal movimento reivindicatório da reforma agrária no país – concentra-se na ocupação de áreas reivindicadas para assentamento e na pressão sobre o governo para a obtenção de crédito para a produção. Assim, o tratamento penal dessas atividades, ou o tratamento da organização coletiva como crime de formação de quadrilha, significa a desqualificação do movimento social pela reforma agrária como ator político legitimado.

a) Pará

Foram coletados dados de seis processos judiciais decorrentes de conflitos agrários no estado do Pará. Cinco deles têm como réus trabalhadores rurais

10. A ação política do MST. *São Paulo em perspectiva*. São Paulo, v. 15, n. 4, dez. 2001, p. 105-118.

sem-terra, no outro os réus são um madeireiro e os pistoleiros supostamente por ele contratados.

Nos processos contra os trabalhadores, foram verificadas as seguintes acusações: incitação ao crime (art. 286[11]), atentado contra a segurança de outro meio de transporte (art. 262), cárcere privado (art. 148), dano qualificado (art. 163, parágrafo único), dano contra patrimônio público (idem, inciso III), esbulho possessório (art. 161, § 1.º, II), ameaça (art. 147), roubo qualificado (art. 157, § 2.º), homicídio e tentativa de homicídio (art. 121 e art. 121 c/c art. 14, II); em três dos processos, houve acusações por formação de quadrilha ou bando (art. 288). O número de réus variou de um a dezesseis.

Houve decretação de prisão preventiva em três dos processos contra trabalhadores rurais, sendo mobilizados, em conjunto ou isoladamente, os requisitos do art. 312 do CPP: ameaça à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal, esta decorrente de alegações de ausência de residência fixa por parte dos acusados, acampados em áreas ocupadas. Verificou-se a ocorrência de prisão em flagrante em dois processos. Em um dos casos de decretação de prisão preventiva, esta não foi cumprida. Nos demais, bem como nos casos de flagrante – que muitas vezes são convertidos em prisões preventivas – a libertação dos acusados deu-se em função de pedidos de liberdade provisória, que em sua fundamentação negavam a incidência dos requisitos do art. 312 do CPP. Houve, ainda, notícia da impetração de *habeas corpus* em um dos processos, contra suposta coação ilegal por parte de delegado de polícia.

Os tempos de prisão anotados variaram de três dias a quatro meses. Todos os processos envolviam situações de ocupação, seja de prédios públicos, de rodovias ou de terras. Em pelo menos um deles, houve a atribuição de liderança do movimento a alguns acusados.

11. Quando, na citação do artigo de lei nada mais for mencionado, compreenda-se tratar de artigo do Código Penal.

Diferentemente, o processo contra o madeireiro e seus supostos pistoleiros, envolvia o assassinato de uma liderança de sindicato de trabalhadores rurais. A acusação legal era de homicídio qualificado pela situação de emboscada (art. 121, § 2.º, I, II e IV). Foi decretada a prisão dos quatro réus, sendo que dois estavam foragidos, um deles teve pedidos de liberdade provisória indeferidos, sob alegação de ameaça à ordem pública, e o madeireiro, preso durante dezesseis dias, foi solto por força da concessão de ordem de *habeas corpus*.

b) Pernambuco

Em Pernambuco foram coletados seis processos, todos tendo por réus trabalhadores rurais sem-terra. As acusações verificadas foram: alteração de limites (art. 161), cárcere privado, desacato (art. 331), exercício arbitrário das próprias razões (art. 345), roubo (art. 157) e desobediência (art. 330); houve acusações por formação de quadrilha ou bando em cinco deles. O número de réus variou de um a quarenta, havendo processos com cinco e doze réus.

A ocorrência de prisão preventiva foi verificada em apenas um dos casos; nos demais, houve prisão dos acusados em flagrante, sendo que um deles foi solto mediante pagamento de fiança, após um dia de prisão. Não há notícia de soltura nos demais processos. Todos os processos foram decorrentes de situações de ocupação de terras ou prédios públicos. Na maior parte deles, houve menção à condição de liderança de alguns acusados.

c) Rio Grande do Sul

Foram coletados quatro processos, todos com militantes sem-terra como réus. As acusações foram: cárcere privado, furto (art. 155), desobediência, violação de domicílio (art. 150), perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132), constrangimento ilegal (art. 146). Acusações por formação de quadrilha ou bando foram encontradas em três dos processos. Além dessas, num mesmo processo

contra oito trabalhadores sem-terra foram verificadas ainda as seguintes imputações criminais: tortura (Lei 9.455/97), redução a condição análoga à de escravo (art. 149), omissão de socorro (art. 135), ameaça (art. 147), extorsão (art. 158), frustração de direitos trabalhistas (art. 203), estupro (art. 213), sedução (art. 217 – atualmente revogado pela Lei 11.106/2005), corrupção de menores (art. 218), aborto provocado por terceiro (art. 125 e 127), coação no curso do processo (art. 344), tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76 – vide Lei 11.343/2006), porte de arma, invasão de estabelecimento agrícola (art. 202). Houve menção à posição de liderança de certos acusados em pelo menos três processos.

Dois processos se originaram a partir de situações de ocupações, sendo uma de terras e outra de uma usina hidrelétrica por militantes do Movimento dos Atingidos por Barragens. Houve ainda um processo em que liderança do movimento foi acusada de incitação ao crime, por palestra proferida para militantes do MST, iniciado a partir de notícia-crime oferecida pela Federação da Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul.

Dentre os processos coletados, verificou-se decretação de prisão preventiva em três deles. Em apenas um dos processos, e para apenas um dos réus, houve notícia de condenação, com imposição de pena em regime semi-aberto. Verificou-se soltura de acusados presos por meio de pagamento de fiança, e também por ordem de *habeas corpus* – este, no processo com o maior número de acusações criminais, e após dois meses de prisão do réu. No caso da liderança acusada de incitação ao crime, a ação penal foi trancada por meio de *habeas corpus* preventivo, sem que o acusado fosse preso.

d) São Paulo

Foram coletados dados de nove processos, sendo seis contra trabalhadores sem-terra, e três contra fazendeiros. Dentre os processos que tinham trabalhadores como réus, quatro diziam respeito a situações de ocupações de terras e

um a ocupação de prédios públicos. Foi percebida a ocorrência das seguintes acusações: furto, furto qualificado (art. 155, § 4.º), esbulho possessório, dano, dano qualificado, resistência (art. 329), constrangimento ilegal e atentado à segurança de serviço de utilidade pública (art. 265). Um dos processos envolveu conflitos entre militantes do próprio movimento e continha acusações por tentativa de homicídio e porte de arma (Lei 10.826/2003).

O número de réus dos processos analisados variou de cinco a quinze, sendo que em três deles houve mais de dez réus. Houve prisão em flagrante em dois processos, e decretação de prisão preventiva em um; os fundamentos de suas decretações também mobilizaram requisitos relacionados à garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal.

Os acusados foram soltos por meio de relaxamento do flagrante em um dos casos, e por concessão de ordem de *habeas corpus* em três. Os tempos de prisão verificados variaram de dois a seis meses, e os argumentos mobilizados para a soltura em geral refutavam a ocorrência dos requisitos do art. 312 do CPP.

Quanto aos processos contra fazendeiros, todos diziam respeito a ocupações de fazendas com reação armada de proprietários e funcionários, sendo dois deles relacionados a uma mesma propriedade. As acusações foram de homicídio e em um deles também de porte de arma. Nos três casos, houve prisões em flagrante de acusados, que acabaram soltos por meio de concessão de liberdade provisória em dois deles, e pelo relaxamento do flagrante em outro. Os argumentos para a liberação, em geral, negavam a ocorrência dos requisitos do art. 312 do CPP. Os tempos de prisão anotados variaram de nove a dezoito dias.

2. Representações e opiniões dos juízes

Foram entrevistados juízes que estavam atuando, no ano de 2005, em varas onde tramitavam processos cíveis e criminais versando sobre conflitos envolvendo a questão agrária. Todos eles atuavam na justiça estadual comum, em pri-

meira instância e em comarcas de cidades do interior dos estados de Pará, Pernambuco, São Paulo e Rio Grande do Sul.[12]

As estruturas judiciárias de cada estado são independentes e suas organizações internas variam segundo decisões de cada Tribunal de Justiça. Varas especificamente criadas para lidar com as questões agrárias foram estabelecidas por lei estadual em 1993 no Pará, sendo a primeira delas implantada em 2002. Nos demais estados, os processos tramitam nas varas cumulativas, comuns nas comarcas menores.

Os entrevistados julgam ações de reintegração de posse e homicídios ocorridos nos confrontos entre trabalhadores, policiais e funcionários de fazendas, isto é, os grandes processos pelos quais se desenrola a judicialização dos conflitos entre os diferentes grupos de interesse na questão agrária. Mas atuam também em casos de danos materiais, ameaças, porte de arma, ou seja, as ações de menor potencial ofensivo que também fazem parte do jogo da judicialização e que se misturam no cotidiano das varas, compondo a complexidade da tensão social da luta pela terra no Brasil.

Suas opiniões sobre a organização do trabalho e a estrutura da justiça apresentam uma pequena variação entre os que defendem a especialização das varas e aqueles que a consideram dispensável. Todos concordam que a justiça estadual deve continuar a responder pelo julgamento dessas questões, pois está estruturada em praticamente todas as cidades do país e os juízes estaduais são

12. Trabalhando com cronograma e orçamentos reduzidos, a pesquisa deparou-se com limitações sérias na obtenção de entrevistas, as quais exigiam o deslocamento de pesquisadores. Entrevistas agendadas foram desmarcadas pelos entrevistados e outros não puderam compatibilizar suas agendas com as dos pesquisadores, daí a disparidade no número e na distribuição entre os estados de promotores e juízes entrevistados. No projeto inicial da pesquisa não estavam previstas entrevistas com advogados, porém no contato com esses profissionais para a coleta de processos e de informações, descobriu-se rica oferta de material para a análise, tendo sido realizadas entrevistas com dois deles, ao final incorporadas a este artigo. Não obstante essas dificuldades advindas das limitações operacionais, a técnica da análise qualitativa comporta a identificação das principais correntes de pensamento no campo jurídico a respeito da judicialização dos conflitos agrários, razão pela qual se considera válido o esforço de interpretação aqui empreendido.

vistos como mais "próximos" da realidade dos conflitos, o que facilitaria a coleta de provas e a compreensão do contexto dos conflitos, manifestando-se assim contrários ao deslocamento da competência de julgamento dos crimes contra os direitos humanos para a Justiça Federal, introduzido na Reforma do Judiciário (EC 45/2004).

Quem tem experiência em Vara Agrária, a avalia como positiva, por atuar com ampla competência em vários ramos do direito, nas regiões de maior conflito, agilizando a tramitação dos processos que envolvem as lutas pela posse e utilização da terra. Mas pondera que a tramitação dos processos criminais nas varas especializadas foi considerada inconstitucional. Os casos emblemáticos, segundo o magistrado, eram os júris: pela legislação processual penal, os jurados devem ser escolhidos na própria comunidade onde o crime foi cometido, mas em razão da Vara Agrária abranger diversos municípios, nem sempre isso era possível. Em razão disso, interpretou-se que os processos criminais deveriam retornar às comarcas de origem, restando à Vara Agrária a atuação nos processos de reintegração de posse, ambientais e minerários.

Nenhum entrevistado posicionou-se contrariamente à criação de varas e delegacias especializadas para questões agrárias, mas ponderaram a importância de que o juiz atue na localidade das ocorrências e não nas capitais. Um deles preocupa-se com o prejuízo à diversidade de entendimentos que a especialização poderia acarretar, ao restringir, talvez, a variabilidade das correntes jurisprudenciais, sobretudo as mais progressistas. Outro manifestou preocupação com o acesso à justiça, facilitado, na sua visão, pela proximidade entre o juiz e a realidade social dos conflitos e das partes. De outro modo, há os juízes preocupados com a produtividade: acreditam que a validade das varas especializadas está diretamente relacionada ao fluxo de casos e à agilidade no seu processamento.

Um dos juízes lembrou a importância da atuação extrajudicial nos conflitos agrários, na qual o juiz deixa o "pedestal" e reúne-se com as partes em conflito, na busca de soluções negociadas que evitem maiores danos e violências nas si-

tuações de confronto. Essa valorização da atuação extrajudicial contrasta com a postura autodenominada legalista, representada por outro juiz.

Essas posturas guardam direta correlação com a interpretação que fazem das características dos conflitos sociais em que atuam. Evidenciam leituras sobre a politização das lutas pela terra e a conseqüente necessidade dos juízes posicionarem-se politicamente, mantendo porém sua imparcialidade diante dos casos, já que os conflitos agrários envolvem interesses bem definidos politicamente. A idéia de neutralidade na atividade jurisdicional não foi invocada por nenhum dos entrevistados, ainda que todos tenham defendido a imparcialidade.

Na avaliação da ocupação fundiária no Brasil foram comuns as referências à colonização do país, ao sistema de sesmarias e de capitanias hereditárias próprias da ocupação portuguesa, que teria deixado marcas no presente. Porém, há duas leituras. Uma a considera injusta e outra considera que o processo histórico criou situações de fato e direito que estão protegidas pela lei, não havendo razão de questionar direitos já garantidos. A leitura da realidade influencia diretamente o modo como o juiz julga, ou nos termos que lhe são próprios, forma sua convicção sobre os casos.

Para o juiz gaúcho, que atuou na região onde o MST nasceu, a organização da luta pela terra foi motivada pela produção de excedente de população no campo, sem espaço para trabalhar e viver, forçando a migração para os Estados do oeste do país. O processo de concentração de riqueza é antigo e tem sido responsável pela emergência da violência no campo:

"Acho que a realidade é terrível. A concentração de área está na mão de poucos, que não querem abrir mão disso. Que decidiram que este planeta aqui tem que ser dividido desta forma. Não conseguem explicar onde é que vai colocar estas pessoas. As pessoas que deveriam ocupar um espaço. (...) Na realidade brasileira, do tamanho de nosso país, é vergonhosa nossa distribuição de terra. E a violência que gera isso, na minha opinião, é uma decorrência natural. (...) É uma coisa muito clara: depois que tu consegue expulsar através do genocídio, tu cria

instrumentos de legitimação desta propriedade. E depois tu defende esta propriedade de terceiros (destes mesmos que você expulsou!), defende dentro de um sistema de legalidade, se dizendo detentor de um direito inalienável: o direito à propriedade." (Juiz gaúcho)

Por essa leitura, a propriedade rural tem uma origem ilegítima e a aplicação do direito deve levar em conta os vícios do sistema legal que a legitimou. Leituras menos contundentes, mas afinadas a esta por considerar que a origem dos problemas é social, como a expropriação e a pobreza, são as dos juízes de Pernambuco e Pará. Para este, é fato que os cartórios de registro de imóveis têm historicamente contribuído para a tensão no campo, pois muitas terras apresentam problemas de titulação, principalmente na Amazônia, cuja reocupação foi incentivada pelos governos autoritários nos anos 70. Os conflitos pela posse da terra se desenrolariam num cenário de incerteza jurídica sobre a legalidade das posses, mas o que motivaria o conflito seria a concentração das terras face à "falta de condição de uma parte da população", fato agravado pelo esgotamento recente do ciclo do êxodo rural. Atualmente, estaria ocorrendo o êxodo de contingentes pobres das cidades, que retornam ao campo para tentar melhor sorte, tornando mais tenso o ambiente rural.

O juiz pernambucano também compartilha da visão de que um problema social subjaz aos conflitos agrários. Mas esse problema é complexo e, muitas vezes, os lados da luta não são bem definidos. Nesse caso, a história de vida e a experiência à frente das instituições da justiça contam muito para saber "separar o joio do trigo" e saber diferenciar os "trabalhadores rurais" dos "vândalos":

"Porque além de eu ter uma visão social de fato, eu tenho uma experiência por trás de minha vida, porque eu fui inclusive cortador de cana, levei minha vida trabalhando na roça. Então a vida daquelas pessoas passa aquilo que eu já fui no passado, isso conta muito na hora de eu decidir. Não é só a questão da lei, se a gente for aplicar a lei ao pé da letra, a lei da terra, ao direito de propriedade, a gente não faz justiça, a gente pode cometer injustiça. (...) Eu enxergo esse problema social

como algo que tem que ser resolvido não só pelo juiz, mas por uma estrutura, como um governo, inclusive até as ONGs, pra resolver o problema dos sem-terra. São Lourenço da Mata, esses sem-terra que estão lá são sem-terra que são pacíficos. Diferente do que ocorreu no Engenho do Prado, que lá os sem-terra tocaram fogo no maquinário da usina, do engenho, no caminhão, fizeram um verdadeiro do vandalismo." (Juiz pernambucano)

A intervenção do Estado nos conflitos agrários é vista como relevante para a administração desses conflitos, pois a própria morosidade no julgamento de recursos judiciais pode criar situações delicadas, como quando os sem-terra ocupam uma área, começam a produzir e, muito tempo depois, se decide pela sua expulsão. A morosidade também se origina nos órgãos do Executivo e, outras vezes, é derivada de problemas legais.

Em dissonância, para o juiz paulista, o fato de ser ou não a questão agrária uma questão social é irrelevante para o aplicador da lei. Qualquer discussão a esse respeito soa-lhe como uma desculpa para descumprir a lei:

"Bom, isto aí é um discursinho *démodé*, tá? O direito só existe por que a gente vive em sociedade. Se vivêssemos isolados, fosse cada homem perdido como éramos na era de antanho, não tinha direito. Então esta é uma perguntinha desvirtuada, me perdoe, pra se arranjar desculpas para não se querer cumprir a legislação!" (Juiz paulista)

Segundo ele, certos grupos de interesse, certas correntes ideológicas querem valer-se da evocação de situações históricas para mascarar práticas antidemocráticas. O fato de ter havido erros no passado da ocupação do solo no Brasil, não autoriza os movimentos sociais a realizar quebra-quebras e ocupações de terra – condutas ilegais, diante das quais o sistema de justiça deve incriminar e punir as lideranças desses movimentos.

Essa visão, que poderíamos chamar de "legalista", como é definida pelos seus simpatizantes, defende a aplicação do direito como um instrumento técnico, não sujeito a discussões teóricas, jurisprudenciais ou políticas; nenhuma situação

social poderia influenciar ou impedir o cumprimento da lei. Os demais juízes entrevistados opõem-se, por acreditarem que a lei não é unívoca e que a ordem legal traz em si a tensão de tutelar ao mesmo tempo interesses que são contrários; a técnica do direito não é vista como neutra e estaria sujeita às leituras políticas que o magistrado faz dos problemas sociais sobre os quais é chamado a intervir. A politização da atividade jurisdicional é por estes abertamente assumida, ao passo que para os "legalistas" a atividade jurisdicional é apolítica. No entanto, mesmo os "legalistas" revelam estar em conflito aberto com "correntes ideológicas":

"Este pessoal aí, este pessoal desta corrente ideológica, deste tipo de postura, eles deviam parar. E seriam todos mais leais com o resto da sociedade. Porque – eu vou usar aqui de uma expressão e, eventualmente, o dia que vocês quiserem colocar isto que coloquem dentro de um contexto: ditadura de esquerda pode, ditadura de direita não pode? Ou Cuba não é uma ditadura? Ou a União Soviética socialista não foi uma ditadura, a Albânia não foi uma ditadura, o Leste Europeu da cortina de ferro não foi uma ditadura? 'Ah, mas nós buscamos o bem do pobre...' E por causa disto nós simplesmente vamos condenar uma pessoa a 20 anos de cadeia, sem o devido processo legal, certo?". (Juiz paulista)

Em defesa de uma aplicação técnica do direito, acaba-se revelando um conflito ideológico, referenciado aos padrões da Guerra Fria, entre o ideário liberal e o de esquerda, identificado ao socialismo. Neste conflito ideológico, os movimentos sociais brasileiros são identificados aos regimes autoritários dos países do Leste Europeu, como se entre eles houvessem conexões óbvias. Assim, a oposição ao movimento dos sem-terra traduz-se num discurso anti-esquerda, anti-socialista, anti-estatista. No confronto ideológico se reconhece o embate de visões de mundo orgânicas, em que, de um lado, estão os defensores da lei, da democracia, da propriedade privada e da liberdade de pensamento e, de outro lado, estão os violadores da lei, os autoritários, os vândalos, verdadeiros criminosos. A organicidade ideológica da visão "legalista" contempla ainda uma oposição aos defensores dos direitos humanos:

"Primeiro vamos ter que tirar alguns mitos desta expressão. Direitos só podem ser humanos. Porque direitos só existem porque existem na terra. Se é crime contra direitos humanos, é crime um simples furto, um simples homicídio, como um massacre. Então, algumas pessoas que gostam de militar nesta área – abre aspas – nesta área de direitos humanos, primeiro eles precisam fazer um auto-exame de consciência e esclarecerem o que eles querem dizer com isto. Se são direitos de todos ou direitos dos presidiários, ou direitos de algumas classes, alguns grupos, ou melhor ainda, se eles estão em defesa de certos setores." (Juiz paulista)

Ainda que defendendo a imagem de imparcialidade do Judiciário no julgamento das questões agrárias, os demais juízes entrevistados reconhecem que a aplicação do direito está sujeita às suas convicções ideológicas, porém não se identificam com a postura do juiz paulista. É o caso do juiz pernambucano que declara agir "em favor do direito social" e ser favorável aos sem-terra, ainda que trabalhe com a distinção entre os trabalhadores rurais, de "mãos calejadas", e os "vândalos", reconhecendo o importante papel do tratamento penal para a depuração do verdadeiro movimento social. Considera estar na berlinda da crítica, por suas posturas e sentenças, mas declara não ter medo, por ter consciência de que, na luta contra o poder, "a gente tem que fazer a nossa parte".

A existência de dois lados em disputa nas questões agrárias é também reconhecida pelo juiz paraense: "qualquer um que está mexendo com essa questão está mais de um lado que de outro". Assim, sempre haverá críticas de parcialidade e acusações. Por isso, defende que o Poder Judiciário "deve estar atrelado ao lado que defende a dignidade humana". Mas essa não é uma dicotomia simples, pois "não há os bons e os maus, como se fosse aquela teoria da lei e ordem". Por vezes a dignidade a ser defendida está ao lado dos proprietários cumpridores de suas obrigações legais e de sua função social, por vezes ela está do lado dos trabalhadores que sofrem violências e abusos. Para ele, apenas a aplicação da lei não resolve o conflito agrário, pois está sujeita à discussão.

A controvérsia sobre a correta aplicação do instituto da função social da propriedade também foi mencionada pelo juiz gaúcho para defender que o direito de propriedade estabelecido pela Constituição é condicionado ao cumprimento da função social, sendo a aplicação desse princípio dependente da "postura ideológica do juiz".

"Se na Constituição diz que ela tem que atender a um fim social, nenhuma interpretação sobre o direito ou não direito de propriedade pode desconsiderar esta concepção. Forçosamente, para dar direito condicional para qualquer um, tem que ver se cumpre um fim social, essa é a minha opinião. E nisso, nossa legislação é poderosa, no sentido de fazer e de possibilitar uma mudança nessa realidade hoje, em que vivemos, de concentração de riqueza. Porém, o Judiciário continua vendo a propriedade antes da Constituição de 88." (Juiz gaúcho)

O embate ideológico, para este entrevistado, transcende a interpretação da Constituição e atinge os próprios instrumentos jurídicos utilizados para a judicialização dos conflitos agrários. Em sua opinião, a utilização do direito penal para lidar com esses casos está inserida nesse embate, o que mostra que a técnica jurídica não pode ser vista como neutra: "Existe uma ideologia muito forte em cima da questão do direito penal máximo."

Se o reconhecimento de um embate ideológico no interior da magistratura não é suficiente para definir o Judiciário como parcial, o mesmo não se dá com a visão dos juízes sobre o trabalho policial. Segundo eles, a polícia, por estar subordinada ao Poder Executivo, é sujeita a pressões externas, nem sempre cumprindo seu papel adequadamente. Para uns, a polícia é violenta nas ações de reintegração de posse e desinteressada em soluções de negociação.

"Existe o poder econômico de um lado. O Poder Judiciário que está com a batata quente na mão, o Ministério Público que é um aliado para defender os interesses agrários com unhas e dentes, para apaziguar a tempestade. Mas, por outro lado, tem a Polícia Militar, que ela monta um esquema todinho para rein-

tegrar. Eles dizem que têm seus planejamentos estratégicos para chegar lá e fazer o que vem de cima para baixo." (Juiz pernambucano)

Para outros, a polícia é, por vezes, leniente em impedir a invasão das propriedades privadas e a produção de danos patrimoniais e pessoais aos proprietários, como afirmou o juiz paulista. Isto porque o comando da polícia está com o Poder Executivo, que tem interesses eleitorais em não parecer contrário a certos grupos. Contudo, o mesmo juiz defende a ação policial de acusações de abuso, vendo uso da violência estatal como legítimo na sociedade democrática. Para ele, a ausência da violência estatal é que pode ser perigosa:

"Mas democracia não se confunde com fraqueza, democracia implica também no uso da autoridade estatal. E, aliás, muitos problemas aconteceram no mundo quando as democracias foram claudicantes. Um bom exemplinho para este pessoal pensar nisto aí foram os antecedentes da Segunda Guerra Mundial: foram fazendo concessões, concessões, concessões, o que aconteceu? Não vamos usar da força: deu no que deu. Ninguém está dizendo para se fazer arbitrariedades, mas quando um Estado democrático tem que usar sua força: ponto final." (Juiz paulista)

Sobre a adequação da legislação para lidar com os conflitos agrários, novamente houve divisão de opiniões. O juiz paulista, afinado com a postura "legalista", acha a legislação adequada, já que ela define critérios para a desapropriação das terras para fins de reforma agrária e estabelece a indenização prévia aos proprietários. No que tange à esfera penal, também a lei estaria adequada, por contemplar tipos penais apropriados à classificação dos abusos cometidos por parte dos invasores de terras, como os crimes de dano, porte de armas, formação de quadrilha. Para ele, o problema da reforma agrária não pode ser confundido com dificuldades de aplicação da lei, mas com a ineficiência do Poder Executivo. Para o juiz gaúcho também a legislação é boa e suficiente, porém, em sentido diverso. Ao estabelecer a função social da propriedade, a Constituição teria estabelecido uma condição para a existência da propriedade privada e esse uso condicional da

terra serviria perfeitamente para "mudar a realidade social de concentração de riqueza". O problema, para ele, é da cultura jurídica predominante, já que os intérpretes da legislação estariam baseando-se em referenciais estranhos à Constituição de 1988 para interpretá-la. O problema da interpretação atingiria também a aplicação banalizada do direito penal aos casos de conflitos agrários.

"Há uma facilidade de prender pobre no Brasil. Todos os operadores do direito têm essa tendência a prender pobre, o juiz, o promotor, o advogado. (...) Na idéia de pensar a propriedade como algo alienável, o conflito agrário seria um motivo muito justificável pra prisão? Na forma como estamos discutindo aqui, o conflito passa a ganhar um *status*. Existe uma opinião publicada sobre a ocupação, que é a criminalização. E é fácil para o Judiciário prender, porque ele não precisa dar muita satisfação pra a mídia, que é quem faz a opinião pública." (Juiz gaúcho)

A opinião de que a legislação não é adequada para lidar com os conflitos agrários é compartilhada pelo juiz pernambucano: a legislação precisaria ser alterada no sentido de facilitar a reforma agrária e reduzir o tempo para o INCRA realizar vistorias nas fazendas ocupadas, já que a morosidade das desapropriações torna os conflitos mais tensos. Considera absurda a portaria que proíbe o INCRA de fazer vistoria em áreas invadidas. Além disso, denuncia um viés classista da lei, que prejudica a administração da justiça social pelos juízes:

"A lei está agregada muito à questão do direito de propriedade: dá o direito a quem tem propriedade e não a quem tem necessidade de terra. Eu acho que isso pesa muito na hora da gente decidir. (...) O próprio Congresso deveria criar novas leis que venham a facilitar esse trabalho dos juízes, porque os juízes não podem ficar presos a uma lei que está obsoleta e arcaica para a realidade atual." (Juiz pernambucano)

Os laços classistas da legislação em vigor são também criticados pelo juiz paraense, para quem os Códigos em vigor são inadequados para efetivar a função social da propriedade, pois enfatizam a posse civil, que seria diferente da posse agrária. Os Códigos ainda seriam inadequados para a realidade atual por terem

sido promulgados em períodos de ditadura, como é o caso do Estatuto da Terra e do Código Penal, este que "defende a propriedade muito mais do que a integridade física" e é "anti-trabalhador".

"A questão do esbulho, e todas essas previsões, faz com que seja muito mais inadequado. Hoje o direito penal evoluiu muito, até com o reconhecimento da ofensividade, a questão do injusto e os incisos todos que mostram que o Código Penal não está adequado a nenhum tipo de conduta. Tanto que nós estamos fazendo reformas pontuais. Foi retirado agora, por exemplo, o adultério, o termo mulher honesta." (Juiz paraense)

O mesmo entrevistado defende uma alteração do Código de Processo Civil, para facilitar a resolução das ações de desapropriação, com a inserção da obrigatoriedade da audiência de justificação nos termos propostos pela Ouvidoria Agrária, em que se convocaria o INCRA ou o instituto estadual corresponde a comparecer e comprometer-se com os encaminhamentos de sua alçada.

Questionado sobre críticas ao Poder Judiciário a respeito de abusos no tratamento de presos e excessos no uso das prisões contra integrantes dos movimentos sociais de luta pela terra, o juiz gaúcho considera existir uma banalização da utilização da prisão no Brasil e considera que a criminalização dos movimentos sociais vem ocorrendo graças ao apoio de setores da magistratura e da opinião pública, fazendo com que a aplicação do direito se distancie da efetivação da justiça.

O juiz pernambucano defende-se relatando sua vigilância como juiz de execução em favor dos direitos dos presos. Nega haver abusos por parte das autoridades judiciais, mas reconhece que as circunstâncias do encarceramento são violentas, devido à superlotação e "à violência já instalada dentro da cadeia", questões, entretanto, sob a responsabilidade da autoridade administrativa.

Em relação ao Pará, a memória do massacre de Eldorado dos Carajás está sempre presente quando se fala em abusos e violações de direitos humanos. Segundo o juiz entrevistado, o acontecimento maculou a imagem das instituições no estado, porém, houve muitas mudanças e melhorias das instituições: novos

membros ingressaram, antigos membros foram afastados e mudanças organizacionais foram introduzidas. Citou como exemplo a criação de um batalhão específico para o cumprimento de ordens judiciais de reintegração de posse. Pensa que, se ainda persistem abusos, eles hoje podem ser denunciados, apurados e punidos. Acredita que a proximidade das instituições com a população e o desenvolvimento do estado tendem a diminuir sempre mais os abusos cometidos.

Em relação ao juiz paulista, já foi relatada sua defesa do uso da força física pelas autoridades estatais. Especificamente sobre o tratamento dos presos, diferentemente do argumento do juiz gaúcho, acredita haver um tratamento igualitário para ricos e pobres:

"Se a prisão é ruim, é ruim para o pobre e ruim para o rico. Por que a dona da Daslu pode ser presa preventivamente e as ditas pessoas, dos ditos movimentos populares não podem ser presos preventivamente? Ou cadeia neste país só existe para rico?" (Juiz paulista)

Expõe, assim, aquele que é nó górdio do sistema penal: ao legitimar a pena de prisão como punição ideal para os grandes criminosos, para os crimes do colarinho branco, legitima-se o tratamento penal e reforçam-se as desigualdades e violações sobre as quais está assentado. O dilema da "esquerda punitiva" já foi tratado por seus críticos abolicionistas[13] e tem aqui o seu reconhecimento por um defensor da solução penal.

Apelando para um tratamento igualitário dos acusados, o juiz paulista fez uma defesa da criminalização das lideranças do MST, utilizando o julgamento dos crimes de Eldorado dos Carajás para pensar a responsabilidade dos líderes sem-terra na incitação de atos delitivos. Ao comparar a hierarquia da Polícia Militar à suposta hierarquia vigente no MST, considera que, tal como se pode punir o comandante de uma operação policial por abusos cometidos no uso da força, pode-

13. Para citar duas referências: SINGER, Helena. *Discursos desconcertados*. Linchamentos, punições e direitos humanos. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2003. KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996, pp. 79-92.

se punir as lideranças de movimentos sociais pelos crimes cometidos durante as invasões de terras, como destruição de cercas, danos patrimoniais, furto e porte de armas, praticados por seus "comandados". Com isso, iguala as condutas de atentado à vida e atentado ao patrimônio e abre a possibilidade da defesa jurídica da prisão preventiva de lideranças. Nessa comparação, porém, as lideranças dos sem-terra ficam ainda em desvantagem diante dos comandantes militares, quando sobre os primeiros ainda recai a acusação de formação de quadrilha: "me desculpem, mas o tipo penal é bem claro: reunir mais de três pessoas para cometer crimes, e não importa se sob o manto de promover a reforma agrária".

A situação jurídica das lideranças pode ainda ser agravada quando sucessivas acusações de formação de quadrilha recaem sobre elas, tornando-as tecnicamente reincidentes:

"A situação mais comum é como de qualquer pessoa. Como um assaltante de banco, como do furtador contumaz. Não tem nenhuma questão ideológica, a questão é técnica." (Juiz paulista)

Tem-se aqui a justificação "legalista" do mecanismo de seleção e eleição de clientes preferenciais, característica do sistema criminal,[14] e que tem produzido sucessivos episódios de prisão de lideranças do MST no oeste do Estado de São Paulo, suscitando críticas internas e internacionais de utilização do sistema criminal como instrumento de repressão dos movimentos sociais.

3. Representações e opiniões de promotores de justiça

O mesmo roteiro de questões que orientou as entrevistas com os juízes foi proposto aos promotores de justiça que atuam em casos de conflitos agrários no Estado de São Paulo e em Pernambuco.[15]

14. Consultar BECKER, Howard. *Outsiders* – studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1991.

15. Ver nota 12.

Os mesmos dilemas a respeito da politização da atuação dos operadores jurídicos na judicialização dos conflitos agrários foram abordados pelos promotores entrevistados e, da mesma forma como ocorreu com os juízes, podem ser identificadas duas correntes de opinião distintas: a "legalista" e a que se opõe a ela.[16] É muito importante observar que os promotores "legalistas" entrevistados também atuam em São Paulo, na mesma região de atuação do juiz que compartilha dessa visão. O promotor crítico a essa postura atua em Pernambuco, onde o juiz entrevistado também adota uma postura crítica diante da imagem do juiz como mero aplicador de normas.

Assim, os três promotores atuantes em São Paulo referem-se a um contexto social de alta politização das posições tanto de proprietários rurais como de sem-terras, em cujos confrontos o Ministério Público é chamado a mediar e intervir. Em vários momentos enfatizam a imagem de haver dois lados no conflito, que estão organizados e mobilizam recursos para suas lutas. Quando um dos lados "excede" e "viola a legalidade" é o momento do Ministério Público intervir e assumir "o papel daquele pai que põe os dois filhos que brigaram no colo e bate nos dois" (Promotor paulista 1). Essa intervenção se dá no sentido da "manutenção da ordem" e caracteriza-se por ser "extremamente legalista".

No contexto relatado pelos promotores – um momento de intensificação das lutas pela reforma agrária e reações contrárias no oeste do Estado de São Paulo – ser "extremamente legalista" era responder com a incriminação tanto de fazendeiros como de trabalhadores sem-terra, de certa forma igualando suas condutas e intenções, colocando-se acima do conflito, como parte interessada apenas em

16. Optou-se por não nomear a opinião contrária à visão "legalista", pois os entrevistados não se identificam exatamente a uma corrente: eles fazem críticas à leitura "legalista", mas divergem em vários pontos. Os "legalistas", ao contrário, assim se identificam e se reconhecem. Optou-se também por utilizar entre as aspas a nomenclatura a fim de reforçar sua auto-atribuição, evitando sugerir que os seus opositores não se orientem pelo cumprimento da lei ou que ajam em contrariedade às normas jurídicas.

coibir a incidência de delitos tipificados no Código Penal e contribuir para que a luta entre os grupos se restringisse a um conflito latente.

Ainda que o cerne da estratégia fosse a incriminação, com abertura de processo e condução de prisões flagrantes, a atuação do Ministério Público não ficou restrita aos autos. No momento de maior tensão, a persecução criminal foi combinada com a atuação extrajudicial em que os promotores iam a campo negociar com as partes em conflito, promoviam reuniões, seminários, e abriram canais de comunicação direta com as lideranças de fazendeiros e de sem-terra. A estratégia, que combinava elementos de negociação com a repressão, foi traçada pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que criou um grupo de promotores no Pontal do Paranapanema, acompanhado de perto pelo gabinete do Procurador-Geral. Esse grupo recebia informações de serviços de inteligência, monitorava *in loco* a evolução dos conflitos, atuava nos momentos de tensão, nos flagrantes, de certa forma até buscando coordenar o trabalho das polícias nas situações de confronto físico. O temor das instâncias superiores do Governo do Estado era produzirem-se, em solo paulista, incidentes de grandes proporções, como ocorrido no Pará, com o episódio violento de Eldorado dos Carajás.

O reconhecimento da gravidade do conflito e a necessidade de estabelecer algum controle das autoridades paulistas sobre a situação fizeram com que o Ministério Público assumisse um papel ativo, como agente político interessado num determinado desfecho. A politização da atividade pública era declarada e a atuação extrajudicial valorizada no discurso dos promotores.[17] Suas ligações, naquele momento, com outras instâncias de governo, e com instâncias superiores da própria organização, perturbam os sentidos de autonomia funcional e independência administrativa, sempre tão caros à ideologia profissional dos promo-

17. Cátia Aida SILVA, em sua pesquisa sobre promotores de justiça paulistas, apontou a importância da atividade extrajudicial para caracterizar um novo perfil de atuação profissional dos promotores. Cf. *Justiça em jogo*. Novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Edusp, 2001.

tores de justiça,[18] demarcando todavia uma identidade profissional específica no contexto da judicialização das lutas pela terra.

"O que leva à paz no campo é o diálogo. Mas também um governo presente, como o Governo do Estado de São Paulo se fez presente quando o MP entrou, monitorando tudo. O Governo Federal também tem sua parcela de responsabilidade e também tem que se fazer presente. Só assim conseguiremos a reforma agrária que nosso país precisa e separar o joio do trigo – porque tem muito bandido no meio desse povo – e será possível ter paz no campo." (Promotor paulista 1)

O alto grau de politização da atuação é justificado pelas circunstâncias de tensão e contrabalançado com a reiteração de terem adotado a postura "extremamente legalista". Observa-se que, tal qual ocorreu com a análise do discurso dos juízes, a invocação da atuação legalista não coincide com uma intervenção estritamente judicial, mas se articula com projetos políticos maiores, é perpassada por ideologias que transcendem o mundo jurídico e articula-se com forças políticas estranhas à aplicação da lei no âmbito do processo judicial. Dito de outra forma, a postura "legalista" não implica numa atuação neutra diante do conflito e de suas partes, muito menos numa atuação apolítica; ao contrário, compromete os operadores do direito como participantes do conflito: interessados em aumentar seu prestígio, identificados como agentes de um governo e interessados em "separar o joio do trigo", influenciando nos resultados da política de reforma agrária.

O objetivo de depurar o movimento social dos sem-terra foi enfatizado pelos promotores paulistas.

"Quando existe gente de toda natureza, desde aquela pessoa que não tinha nenhum perfil agrário até aquela pessoa que colocava um laranja para receber lote, mas tinha um padrão de vida bem estável, bem superior a quem real-

18. Para uma discussão sobre os sentidos da independência administrativa e da autonomia funcional para a ideologia profissional dos promotores e procuradores de Justiça paulistas, ver SILVA, 2001 (op. cit.) e BONELLI, Maria da Glória. *Profissionalismo e política no mundo do direito*. São Paulo: Fapesp, EDUFSCAR/Sumaré, 2002.

mente necessita. Em contrapartida aquela pessoa que trabalhava na roça, tinha um contato diário com isto, mas que não poderia ficar ali assentado, por que tinha que sustentar sua família, não era agraciado. Então é um sistema injusto e perverso." (Promotor paulista 2)

"Pelo que a gente tem ouvido comentar, pelo menos aqui na região, os líderes dos grupos sem-terra, ele tem procurado arregimentar, atrair pessoas que estão na linha da pobreza, que estão bastante pobres, até da periferia das cidades, que não têm muita experiência na vida agrícola, para os acampamentos dos sem-terra para que o movimento não perca força. (...) A gente tem tido informações que estes novos adeptos estão sendo, vamos dizer assim, buscados entre pessoas, em bom número, que não têm aptidão para a área agrícola. Isto é uma questão preocupante, acho." (Promotor paulista 3)

A idéia de exercer controle sobre a "aptidão agrícola" ou sobre o "perfil agrário" dos integrantes dos movimentos de sem-terra está entre as preocupações dos promotores de justiça paulistas, refletindo-se na afirmação de haver "bandido no meio desse povo". Ao mesmo tempo, responsabilizam o Poder Executivo por não realizar a reforma agrária, não investir recursos na fixação dos beneficiados em seus lotes e por ceder à pressão dos movimentos sem-terra, encorajando-os. Ou seja, embora insistam em uma imagem de imparcialidade e tratamento igualitário, os promotores paulistas colocam em dúvida a legitimidade do movimento dos sem-terra de duas formas: questionando a "aptidão agrícola" ou o "perfil agrário" e reiterando a criminalização das ações de ocupação. Quando se referem à organização dos fazendeiros, mencionam a existência de milícias privadas armadas, mas não enfatizam ações de desmantelamento dessas milícias, além de sempre contraporem uma adversativa para afirmar que também os sem-terra agem fora da legalidade, armados e de formas violentas.

Sobre os tipos penais mais freqüentes nos conflitos agrários, discursam sobre sua imparcialidade; porém, percebe-se que a própria persecução penal dos

sem-terra é que os transforma em "bandidos", mecanismo que os iguala aos fazendeiros que atentam contra suas vidas e sua integridade.

"É a reiteração de ações organizadas que acabam desaguando na tipificação de quadrilha ou bando por parte dos trabalhadores sem-terra. Furto. No meio de uma massa de 3000 pessoas tem bandido, como nós somos promotores, tem aqueles que não prestam. (...) A grande maioria é esbulho ou quadrilha. E por parte dos proprietários tem ameaça, burlo a direito trabalhista e até tentativa de homicídio. Teve um filho de um fazendeiro muito endinheirado que ficou preso mais de um mês. (...) Foi tentativa de homicídio." (Promotor paulista 1)

O porte de armas é a acusação mais freqüente que recai sobre os fazendeiros; sendo um crime submetido, à época, ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais, no qual muito dificilmente ocorrem prisões. Incêndio, danos, furto, esbulho possessório, porte de armas e formação de quadrilha são as acusações que comumente recaem sobre os sem-terra. Se a justificativa para a tipificação do crime de formação de quadrilha é a reiteração dos atos, ela parece recair preferencialmente sobre sem-terras. Também parece não haver nenhuma relevância em que um dos lados atente preferencialmente contra a propriedade e outro atente preferencialmente contra a vida e a integridade física.

Às acusações de parcialidade do sistema de justiça no trato dos conflitos agrários, os entrevistados paulistas defendem-se argumentando que os dois lados se excedem, e igualmente reclamam de parcialidade. Os problemas de aplicação da lei não decorrem da atuação do MP, mas de deficiências da legislação civil e da inoperância dos órgãos executivos que não realizam as desapropriações. Há ainda dificuldades para a investigação policial, uma vez que os acusados não colaboram e faltam recursos materiais. Acreditam que os artigos do Código Penal dão conta de recobrir as ações praticadas, embora persistam a impunidade e as dificuldades para levar a cabo um processo condenatório. Um deles sugere que a legislação poderia ser mais severa com os líderes do MST que comandam ações

coletivas, já que a incriminação, de certa forma, recairia com maior peso sobre os proprietários rurais, que são mais facilmente identificáveis e responsabilizáveis individualmente.

Negam haver qualquer forma de abuso policial ou contra presos no Estado de São Paulo no trato das questões agrárias, até porque o MP está sempre presente nas ações de reintegração de posse e desocupação, a fim de garantir sua legalidade. Sobre o tema da federalização dos crimes contra os direitos humanos, todos concordam que em casos como o de Eldorados dos Carajás, se ficar comprovado que o Estado foi omisso, a medida é bem-vinda, porque está ligada à imagem do país no exterior. Um deles pensa que a luta pela reforma agrária não envolve direitos humanos.

Ideário bem diverso sobre a realidade da judicialização dos conflitos agrários foi sustentado pelo promotor de Pernambuco titular da Promotoria Agrária. Para ele, não basta uma visão apenas jurídico-legal, é preciso ter uma visão sociológica para atuar com justiça. Nesse aspecto e em outras análises, suas críticas aproximam-se daquelas manifestadas pelos juízes de Pernambuco e Pará. Foi o único dos entrevistados a caracterizar a demanda social por reforma agrária como um direito de cidadania. Embora reconheça o conflito como violento, vê a responsabilidade por essa violência como sendo dos proprietários de terra, que organizam milícias privadas. A segurança pública tem sua parcela de responsabilidade ao não coibir essas milícias e fracassar no combate aos crimes que ameaçam os camponeses acampados nas propriedades ocupadas.[19] Denunciou a associação dessas milícias com o tráfico de entorpecentes e o contrabando de armas, situações acobertadas pelo desvio de conduta de policiais. Ainda criticou um setor da polícia que não reconhece a luta pela terra como um instrumento de efetivação da cidadania, mas como uma manifestação de desobediência civil. Desta interpretação distorcida decorreria a violência estatal.

19. Infelizmente, o promotor pernambucano não permitiu a gravação da entrevista e, em virtude disso, não se pôde reproduzir literalmente sua argumentação.

Milícias privadas e violência estatal constituem o que o entrevistado chama de "repressão sistemática armada" aos sem-terra. A violência estatal estaria presente não só na omissão (ou mesmo participação da polícia) em relação às formas de violência privada, mas também no uso que os operadores do direito fazem da lei: segundo ele, baseiam-se numa interpretação ultrapassada da lei, em desacordo com a ordem constitucional. O próprio Código Civil de 1916 seria uma lei ultrapassada, pois previa a defesa da propriedade privada.

Critica a polícia por omissão em relação a denúncias de grupos armados e pela demora na resolução de inquéritos policiais que investigam homicídios de trabalhadores, e também a Polícia Federal pela falta de fiscalização da segurança privada; fazendo a ressalva de que apenas alguns policiais teriam comportamento desviante.

A mesma ressalva não foi feita nas críticas ao Judiciário, classificado como "conservador" e "resistente" em seu estado, "diferente do Rio Grande do Sul". Apesar de reconhecer o papel dos tribunais superiores na interpretação das ocupações de terra como mecanismo legítimo de reivindicação popular (citando julgado do STJ), o entrevistado responsabiliza "80% dos juízes" pela aplicação ultrapassada de dispositivos da lei, com constante omissão da ordem constitucional de 1988. Afirmou que a aplicação da lei defendida por ele representa um "trabalho de risco", por ir contra uma estrutura de poder de 500 anos. Para ele, o direito está "voltado para o homem" e visa a "transformação social", por isso a legislação não precisa ser alterada. O problema está na sua interpretação e aplicação segundo os princípios constitucionais. Criticou a concessão indiscriminada de medidas liminares de reintegração de posse, sem análise mais aprofundada da questão, especialmente pela não-utilização da previsão processual de realização de audiência de justificação de posse, prévia à concessão das medidas de urgência. Para ele, o Judiciário não está atento para a função social da propriedade. Suas decisões, positivistas e formalistas, violam princípios fundamentais de direitos

humanos, além de não resolverem o conflito, deslocando-o no tempo e no espaço, multiplicando-o e gerando animosidade.

O promotor pernambucano reconhece abusos por parte dos movimentos de reivindicação da reforma agrária que justificariam a repressão estatal, como invasão de prédios públicos, danos ao patrimônio e à propriedade privada, e roubo de carga. Apontou ainda focos de conflito no interior dos movimentos de trabalhadores, denúncias de irregularidades nos assentamentos e presença neles de elementos estranhos ao movimento. Sobre as situações que levam à prisão, o promotor destacou o porte ilegal de armas, e afirmou a necessidade de uma política de desarmamento.

Afirmou não conhecer denúncias de abuso no tratamento dos presos, mas classificou como abusivo o tempo excessivo de prisão provisória imposto pelo Judiciário aos trabalhadores. Reconheceu excessos na execução de mandados de reintegração de posse pela PM e defendeu a valorização do trabalho policial, inclusive com a adoção de um sistema de garantias funcionais para a polícia, semelhante aos da magistratura e do MP.

Sobre a federalização dos crimes contra os direitos humanos, acha que não é a solução para o problema, embora reconheça a eficácia, ao menos imediata, da medida em caso de suspeição das instituições locais. A solução está na mudança da mentalidade e formação dos operadores do sistema de justiça.

Embora com opiniões muito diversas daquelas oferecidas pelos promotores paulistas, o promotor de Pernambuco também assume sua atividade como política, colocando-se porém em franca oposição às posturas daqueles. Mesmo sustentando leituras diferenciadas sobre a legalidade e a interpretação da norma jurídica, o último entrevistado guarda em comum com os colegas a valorização do sistema penal, não apenas para conter os abusos dos sem-terra, mas principalmente para acabar com a impunidade dos crimes cometidos contra os movimentos de luta pela cidadania. Isso remete novamente ao dilema da "esquerda punitiva", cujas contradições foram exploradas pelo juiz paulista.

4. Representações e opiniões de advogados

O exercício profissional praticado pelos entrevistados é típico da chamada advocacia popular,[20] caracterizada pela defesa de setores sociais subalternizados e pela conversão profissional voltada para a ampliação do acesso à justiça. Por delimitarem posições diferenciadas como operadores do direito, as falas dos advogados entrevistados[21] supostamente permitem a apreensão dos processos de judicialização do conflito agrário de forma bastante crítica e previamente imune a qualquer tipo de *pacto profissional*[22] ou arranjo institucional que insinue um *simulacro*[23] de atuação estatal no tratamento da questão.

O advogado entrevistado no estado de Pernambuco atua junto à CPT e ao MST, tendo também atuado na advocacia em direitos humanos e no Conselho Indigenista Missionário. Perguntado sobre a ocupação de terra no país, o entrevistado remeteu sua análise às origens da colonização brasileira e à "cultura ocidental patrimonialista" que a inspirou. A sua crítica ao latifúndio e à concen-

20. Sobre a advocacia popular, ver: FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo. (org.). *Direito e justiça* – a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989. JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Los abogados populares: em busca de uma identidad. *El otro derecho*. Bogotá, n. 26-27, 2002, pp. 193-227. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 43, jun. 1994, pp. 73-106.

21. Ver nota 12.

22. A idéia de "pacto profissional" é reforçada pelo monopólio estatal de administração da justiça e pela especialização técnico-profissional de seus agentes, e foi usada por Joaquim de Arruda FALCÃO para denunciar a reação dos operadores do direito a iniciativas de reformas substantivas no sistema de justiça. (Cf. O judiciário e o acesso à justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O judiciário em debate*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995).

23. Neste projeto de pesquisa, a parte do estudo no estado do Pará percebeu que, ao menos formalmente, as garantias constitucionais relacionadas à situação de prisão decorrente de conflitos agrários vêm sendo respeitadas; por outro lado, a realidade da questão agrária no estado, percebida principalmente pelas entrevistas com trabalhadores e operadores do direito, sugere que esse respeito técnico-formal às garantias constitucionais pode camuflar excessos e parcialidades por parte das instituições e seus agentes. "Se isso é fato, teríamos um simulacro de garantias fundamentais que torna ainda complexo o desenho de políticas e estratégias de intervenção." (Cf. LIMA e STROZAKE, op. cit.)

tração de terras passa por uma análise da viabilidade econômica e social do país, e questiona mesmo a constitucionalização do direito de propriedade, no mesmo patamar do direito à vida.

"Diante dessa cultura, temos o patrimônio como o maior bem na nossa sociedade. Tanto é assim, que a própria Constituição Federal, no seu art. 5.º, colocou como, digamos assim, no mesmo patamar a proteção à vida e o direito à propriedade. A propriedade deveria estar numa lei, deveria ser matéria específica do Código Civil e não de uma Constituição Federal." (Advogado pernambucano).

Sobre a situação de Pernambuco, citou a concentração de terras e a desigualdade existente entre as regiões da Zona da Mata e do Agreste como conseqüências, segundo ele, da dependência econômica do estado em relação à produção de cana-de-açúcar; destacou também o histórico das lutas pela reforma agrária na região, desde as Ligas Camponesas na década de 1960, até a criação da CPT e do MST.

Segundo ele, a paz no campo só será alcançada com a existência de condições de trabalho para os trabalhadores rurais e com o conseqüente desenvolvimento sócio-econômico que a reforma agrária traria ao meio rural: assim, trabalho, renda, educação, moradia e alimentação conteriam o êxodo rural e diminuiriam os índices de violência. Associou, ainda a violência no campo a diferentes formas de poder econômico, seja por meio da especulação imobiliária e da concentração de renda, seja por meio de sua influência sobre o Estado e suas instituições. Apontou especificamente a influência do latifúndio e do poder econômico na própria composição da magistratura: "identificamos que pessoas do Judiciário são latifundiários".

Nesse sentido, a fala do advogado expõe elementos de politização da questão agrária própria da militância do movimento de trabalhadores sem-terra – como a denúncia de um Estado classista e de mecanismos de dominação econômica[24] –, mas também típica de uma advocacia voltada para a atuação legal vinculada a

24. Cf. LIMA e STROZAKE, op. cit.

uma atuação política. As denúncias de abusos e perseguições policiais, vinculação das instituições de justiça ao poder econômico e comprometimento político do Executivo e da mídia revelam um panorama de conflito aberto em que as instituições de justiça se mostram incapazes mesmo de camuflá-lo sob fachadas técnico-legais; ao contrário, elas estão diretamente envolvidas na perpetuação de uma situação de violência, em que o uso do aparato legal agrava o conflito.

Para ele, a legislação brasileira é inadequada, embora tenha potencialidades de resolução dos conflitos agrários. Sua crítica desloca-se das leis para seus aplicadores: o Judiciário, "arcaico, distante da sociedade", permitiria uma profusão de interpretações divergentes em seu interior, na maioria das vezes contrárias aos interesses dos trabalhadores; as punições aplicadas a trabalhadores seriam fundamentadas em "interesses individuais", e não na técnica jurídica. Por outro lado, defendeu a criação de um novo aparato legal, especificamente voltado para a mobilização dos órgãos federais executivos na realização da reforma agrária.

Por sua experiência, as acusações mais freqüentes contra os trabalhadores rurais seriam as de desobediência e desacato; nesse ponto, o advogado denunciou a fragilidade técnica das prisões em flagrante por esses crimes, já que dependeriam exclusivamente da versão de policiais sobre o efetivo atendimento da ordem judicial de desocupação e sobre os difíceis e tensos contatos travados entre policiais e trabalhadores nessas operações. Citou também acusações por esbulho possessório, que teriam se tornado menos freqüentes após decisão de turma do STJ que descaracterizou a ocupação de terras para fins de reforma agrária como crime. Por fim, mencionou acusações por roubo e furto qualificado nas situações de saques de alimentos nas épocas de secas.

Quanto às prisões decorrentes de conflitos agrários, o entrevistado teceu severas críticas à atuação da Polícia Militar do estado e à formação policial. Segundo ele, a violência estaria incutida na formação dos soldados, o que seria agravado pela corrupção no interior da corporação e pela cooptação de seus membros para a formação de milícias privadas. Tais críticas foram permeadas por denúncias

de irregularidades na ação policial e por relatos de casos de violência em acampamentos de trabalhadores rurais. A solução, segundo ele, estaria na extinção da PM e no surgimento de uma nova corporação, com nova filosofia e novos membros – impondo-se, inclusive, a proibição de ingresso aos ex-soldados. Daí, também, sua resistência à criação de divisões especializadas em conflitos agrários, no interior das instituições de justiça, já que o problema é de recrutamento e formação dos operadores e da política interna dos órgãos.

Sobre o tratamento dos presos, o advogado relatou a prevalência de prisões provisórias e a ausência de casos de trabalhadores presos por sentenças condenatórias definitivas. Ainda assim, chamou a atenção para a situação dos presídios no estado, que não seria diferente do panorama nacional: superlotação, péssimas condições físicas e ausência de acompanhamento para a ressocialização do condenado.

O entrevistado caracterizou, ainda, a falta de acesso à justiça por parte dos trabalhadores rurais como uma "violência fundamental" praticada pelo Estado. Sua crítica volta-se novamente para o Judiciário e para a prática, de certos juízes, de impor óbices à defesa processual dos trabalhadores e ao acesso dos advogados aos autos dos processos, desestimulando a prática da advocacia.

"E ainda se tem uma violência maior que é por parte do Poder Judiciário, ele nega o acesso dessas pessoas à justiça. É a materialização da exclusão. (...) Outra, petições nossas de embargo de retenção, pra reter as benfeitorias que eles tinham, as lavouras imensas, o cara não despachou, e até hoje está lá sem despachar. Essa ação de suspensão que nós entramos, ele também não despachou. Nós, então, representamos no tribunal, o presidente do tribunal disse que não cabia. São tantas violações que desestimula você a ser advogado." (Advogado pernambucano).

Na visão deste advogado, o Ministério Público é, em geral, "inoperante" – tendo citado inclusive casos de omissão do órgão frente a abusos policiais. Entretanto, elogiou a nova geração de promotores que, aprovados recentemente em concurso público, participaram de cursos de direitos humanos e vivências em

acampamentos de trabalhadores rurais. Segundo ele, sua relação com o MP, como advogado de entidades ligadas à reforma agrária, tem sido boa graças a determinadas pessoas – dentre os quais citou o Procurador-Geral e o promotor responsável pela promotoria de Justiça Agrária do estado – e não a uma postura da instituição.

Sobre a federalização dos crimes contra os direitos humanos, o advogado declarou-se favorável. Destacou suas "péssimas" relações com as polícias do estado, e afirmou que, mesmo quando solicita auxílio da Polícia Federal, pede o envio de quadros de fora do estado, face às relações de influência que considera existir nas esferas de poder local. Para o entrevistado, as polícias civil, militar e federal ainda "representam perigo" para os movimentos sociais. E citou um caso, de repercussão local, em que foi perseguido por policiais do estado, em procedimentos abusivos, por motivos político-eleitorais.

Por fim, teceu críticas à abordagem da mídia sobre a questão agrária, destacando sua parcialidade e vinculação ao poder econômico. Para ele, mídia e instituições contribuem para um cenário de crise social, por ignorarem as distâncias entre as classes sociais e não atenderem aos objetivos para os quais foram criados:

"A mídia, o Poder Judiciário, os políticos, na sua grande maioria (...) sinceramente, as instituições de nosso país, eu começo a compreender que foram criadas para não funcionar. (...) Foi feito pra dar errado, o Estado foi criado simplesmente para manter o direito dos ricos e escravizar quem está embaixo." (Advogado pernambucano).

Por seu turno, o advogado entrevistado no Rio Grande do Sul, situa o início de sua trajetória de atuação na questão agrária na defesa judicial exitosa de famílias sem-teto, no início dos anos 1980, e, posteriormente, pela defesa judicial de trabalhadores rurais sem-terra e pela atuação junto à RENAP; porém, considera o "marco" na sua trajetória profissional a fundação, em 1996, de uma organização não-governamental atuante na promoção de acesso à justiça, cidadania e direitos humanos.

Segundo ele, a ONG em que atua participa do que chamou de "frente jurídica" de defesa dos movimentos de trabalhadores sem-terra; a "frente política" atuaria junto ao INCRA, pressionando pela desapropriação de terras ocupadas e valendo-se de estratégias já consolidadas nas relações com a burocracia do Executivo; e a "frente comunitária" estaria representada pelas atividades originadas ou voltadas para a vida no interior dos acampamentos e assentamentos de trabalhadores. A idéia de "frentes" de atuação reforça a vinculação necessária desse tipo de serviço legal a uma atuação extrajudicial e propriamente política.

A fala do advogado do Rio Grande do Sul permite perceber a judicialização do conflito agrário em seu estado não necessariamente como simulação ou latência, mas como um processo conflituoso em si mesmo, na medida em que expõe a disputa de diferentes projetos políticos por meio das divergências jurisprudenciais no interior dos tribunais. Mais especificamente, confirma a existência de um espaço institucional, criado e legitimado por setores da própria magistratura gaúcha, onde o Judiciário expõe suas divergências políticas internas nas diferentes interpretações da lei positiva, e muitas vezes valendo-se de sofisticadas construções hermenêuticas, com ênfase na interpretação constitucional da legislação ordinária, referências doutrinárias modernas e atualizadas, e discursos ideológicos que questionam a neutralidade técnica e a igualdade formal das partes.[25] Daí, por exemplo, a recorrência, na fala do advogado gaúcho, de estratégias de defesa judicial dos interesses de trabalhadores rurais cujo objetivo de longo prazo é a consolidação de vitórias judiciais capazes de construir correntes jurisprudenciais divergentes. É nesse contexto de projetos em disputa *no interior das instituições*, portanto, que devem ser entendidas as críticas à parcialidade dos operadores, sua filiação ideológica ou vinculação com o poder econômico, e a denúncia das estratégias de criminalização dos trabalhadores, embora coincidentes com as do advogado pernambucano.

25. Cf. GUANABARA, Ricardo. Visões alternativas do direito no Brasil. *Revista de Estudos Históricos*, v. 9, n. 18. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 1996, pp. 403-416.

"Sim, o que tá difícil dessa judicialização acontecer é a favor dos direitos humanos fundamentais. (...) Tu não pode entrar em juízo, por exemplo, dizendo para o juiz que tu quer saúde, transporte, educação... os direitos sociais não têm isso." (Advogado gaúcho).

O advogado gaúcho criticou a maneira como os institutos da posse e da propriedade definidos pela legislação civil são interpretados pelos tribunais que, segundo ele, deveriam considerar, além da posse civil, o que chama de "posse necessária, indispensável para a vida das pessoas", e também a função social da propriedade, definida constitucionalmente, como elemento caracterizador da existência do direito de propriedade. Nesse sentido, citou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que teria acatado a prevalência dos direitos humanos fundamentais quando em conflito com direitos patrimoniais.

De qualquer forma, o entrevistado considera a legislação que trata da questão agrária em grande parte adequada; o problema, segundo ele, estaria na sua aplicação por juízes que, dependendo de sua "matriz ideológica", elaborariam uma interpretação da Constituição e do Código Civil "em fatias", ignorando todos os elementos – constitucionais, principalmente – que definem a posse, a propriedade e sua função social. Por outro lado, criticou o instituto civil do desforço imediato, e o Código de Processo Civil que, segundo ele, permite ao juiz negar tratamento judicial a novas demandas, por novos direitos. Por isso, afirma não acreditar em imparcialidade da magistratura: mesmo o juiz que obedece ao mais estrito legalismo é parcial, na medida em que reduz o direito à lei e ignora uma série de outros elementos e nuances que o caso concreto apresenta. Além disso, demonstrou resistência à idéia de criação de varas especializadas na questão agrária, por temer sua institucionalização e burocratização, à imagem da justiça comum.

Sobre as situações de prisão decorrentes de conflitos agrários, criticou a própria idéia de prisão como base do sistema penal e denunciou o sistema penitenciário brasileiro como incapaz de ressocializar o condenado, e apto apenas para "satisfação da sociedade". Segundo sua experiência, as acusações mais freqüentes

seriam alteração de limites, esbulho possessório e formação de quadrilha ou bando. O advogado gaúcho denunciou a articulação de latifundiários, instituições e imprensa no sentido de deslocar o tratamento penal da ocorrência isolada de delitos patrimoniais – alteração de limites e esbulho possessório, por exemplo –, para o enfrentamento criminal dos próprios movimentos organizados de trabalhadores rurais, com a introdução da tese acusatória de formação de quadrilha. De acordo com essa articulação, os latifundiários alimentariam as denúncias dos promotores de justiça com a idéia de formação de quadrilha ou bando por parte dos trabalhadores rurais, e a imprensa anteciparia o julgamento dos trabalhadores perante a opinião pública – de forma evidentemente política, mais do que jurídica, influenciando os juízes nas suas decisões.[26]

Sobre a federalização dos crimes contra os direitos humanos, mostrou-se reticente, e demonstrou o temor que o surgimento de conflitos de competências entre as justiças estaduais e federal acabe por obstar o julgamento de violações de direitos humanos; por outro lado, defendeu a intervenção de organismos internacionais no tratamento de violações de direitos humanos, não só no acompanhamento de casos isolados, mas por meio da existência de observadores permanentes com poderes, definidos em tratados internacionais, inclusive para a atuação em processos judiciais.

5. Representações e opiniões de trabalhadores rurais

Dentre os atores sociais entrevistados no contexto da pesquisa, os trabalhadores rurais são os únicos que não detêm o conhecimento técnico-jurídico especializado, próprio dos operadores do sistema de justiça. Entretanto, mesmo como atores externos ao sistema, com ele se relacionam na condição de réus, presos

26. Durante a realização das entrevistas no Rio Grande do Sul, outro advogado ligado à defesa de trabalhadores sem-terra criticou o uso de mandados de busca e apreensão não-individualizados em mega-operações de "varredura" simultânea de diversos acampamentos do estado.

ou não, mas também de portadores de direitos ou expectativas de direitos. Os trabalhadores rurais entrevistados revelaram, por um lado, o conhecimento leigo, mas substantivo, das instituições de justiça, seus atores e papéis desempenhados; e, por outro lado, evidenciaram a crítica politizada, por meio da qual, ao mesmo tempo em que apresentam características de usuários habituais,[27] expõem os problemas do acesso à justiça pela via da criminalização – ou seja, um acesso forçado, que os insere no aparato de justiça, não para lhes assegurar os direitos reivindicados, mas reiterando sua condição marginal, pelo estigma da criminalidade, e muitas vezes até mesmo suprimindo-lhes garantias ou violando direitos fundamentais.

Foram entrevistados quatro trabalhadores no estado do Pará, dois em Pernambuco, dois no Rio Grande do Sul e dois em São Paulo. A maior parte deles poderia ser enquadrada no que um dos trabalhadores paulistas chamou de "velha militância" do MST: aquela formada a partir das Comunidades Eclesiais de Base e das pastorais católicas, e também do novo sindicalismo surgido no final dos anos 70, e que teve por missão a construção do movimento em âmbito nacional; em oposição a esse tipo de atuação, haveria uma "nova militância" surgida nas ocupações, acampamentos e assentamentos, e na qual se enquadrariam, sob esse aspecto, três entrevistados.

Perguntados sobre quem mais contribui para a paz e para a violência no campo, a maior parte dos militantes sem-terra associou a paz ao trabalho e ao desenvolvimento sócio-econômico do meio rural; por outro lado, associaram a violência ao latifúndio, à perpetuação das desigualdades econômicas e à atuação arbitrária, parcial ou ineficaz das instituições estatais responsáveis pela efetivação da reforma agrária ou pela resolução dos conflitos agrários. Sobre a natureza do

27. A habitualidade no uso do sistema de justiça foi identificada pela sociologia jurídica como um dos fatores capazes de determinar o maior ou menor acesso de grupos ou organizações às instituições judiciais, na medida em que revela o conhecimento sobre o funcionamento do sistema, acumulado pela experiência, e a capacidade dos usuários de mobilizar estrategicamente seus recursos. Nesse sentido, ver CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988; ECONOMIDES, op. cit.

conflito agrário, todos os entrevistados realçaram a essência social do problema, embora tenham se queixado do entendimento predominante, na sociedade brasileira e suas instituições, da questão como "caso de polícia".

Em geral, a crítica dos entrevistados ao Estado e às instituições de justiça passa pelas clivagens de classes, estando os órgãos e agentes estatais inevitavelmente submetidos ao poder da classe dominante – pela origem social de seus membros, mas também pela vinculação direta e espúria ao poder econômico – e o arcabouço jurídico-institucional é mobilizado no sentido de perpetuar as relações de dominação, seja na aplicação estrita e técnico-formal das leis classistas, seja na imposição de violações, abusos e arbitrariedades contra os trabalhadores rurais.

Praticamente todos os entrevistados teceram críticas à legislação vigente, vista como classista, insensível à realidade social e retrógrada; justamente por isso, muitos dos trabalhadores entrevistados não acreditam que reformas legislativas promovam a pacificação do conflito no meio rural ou a reforma agrária.

"Não existe ninguém neutro. Todo mundo tem uma posição, e ou é de um lado, ou é do outro. Até a lei. Ela está definida por um lado, e é por isso que não somos iguais perante a lei. Porque ela favorece alguém e desfavorece o outro." (Trabalhadora paraense)

"Se a sociedade atual tem opção pelo latifúndio, se as instituições têm a opção política por manter o latifúndio, a legislação tende a manter a opção política dessa sociedade. (...) o que pode ocorrer é a alteração de uma vírgula aqui ou ali, mas a filosofia, o conjunto e o sentido da legislação não será alterado enquanto a sociedade brasileira não tomar uma posição clara de que nós não precisamos do latifúndio." (Trabalhadora gaúcha)

Mesmo a Constituição Federal, fonte do principal fundamento jurídico da luta pela reforma agrária – a função social da propriedade –, apesar de seu reconhecido caráter de "carta de direitos", consolidação jurídica de conquistas históricas, é criticada pelos trabalhadores pela pouca eficácia de seu conteúdo programático:

"Na minha opinião, para promover a paz no campo é com a distribuição da terra e da renda, porque nós não buscamos só a terra, queremos terra, mas queremos crédito, escola. Queremos uma educação de qualidade com o campo, para o campo e pelo campo. Queremos postos de saúde, nossa rádio comunitária e tudo o que a sociedade tem direito e está escrito na Constituição brasileira hoje. E que na verdade, o que está escrito lá só serve para os barões e o povo fica esquecido." (Trabalhador paraense)

"A Constituição, não tem nada ali que diz que avanço nós podemos ter. Não entendo de direito. Muito pouco ou quase nada. Mas se você pegar um art. 185, ele trata da questão da terra. Aí você vai pegar pela produtividade. Então a Constituição ela não é referência para o processo de reforma agrária, nem pra desapropriação, nem nada. Alguma coisa que está escrita foi feita pra não fazer. (...) Infelizmente, a questão agrária no Brasil é tratada como? Ela ainda tá no Código Civil e no Código Penal, um absurdo!" (Trabalhador paulista)

Desta forma a crítica situa-se em dois planos, com o viés de classe em comum: de um lado, os próprios fundamentos políticos e sociais do Estado, inertes perante meras reformas legislativas; de outro lado, as instituições, seus agentes e, principalmente, os aplicadores das leis vigentes. Os principais alvos de críticas, portanto, são as instituições do sistema de justiça e segurança.

"Qual o papel social do Judiciário? Decidir, julgar a favor de uns, de outros. Sobre que base? Essa legislação foi feita pelo latifúndio, pra manter essa sociedade dividida, onde a minoria tem todas as condições e a grande maioria nenhuma condição. Então, se é pra interpretar essa lei, teremos a grande maioria das decisões contra nós." (Trabalhadora gaúcha)

"Pra ser sincero, eu acho que o Judiciário, hoje, pelo menos no Pará, defende uma classe, e isso é claro. Ele está do lado dos fazendeiros." (Trabalhador paraense)

"Então o poder Judiciário emperra, é constituído como um pedaço do Estado para justamente proteger a classe que manda no Estado, que é a classe

dominante, no caso específico nosso é a burguesia agrária. Então, não existe Estado de direito no Brasil, ele é de direita." (Trabalhador paulista)

Nesse contexto, mesmo as posições manifestadas por alguns entrevistados favoráveis à federalização do processamento dos crimes contra os direitos humanos, enfatizam as vantagens da desvinculação da atuação jurisdicional em relação às influências locais, embora não abandonem as suspeitas e críticas em relação às instituições judiciais.

As entrevistas demonstram, contudo, que, em alguns estados, há a percepção por parte dos trabalhadores, de que divisões ocorrem no interior das instituições de justiça, com o surgimento de setores de seus quadros que promovem um tratamento diferenciado dos conflitos agrários, e também de mudanças nas relações dos movimentos de trabalhadores rurais e essas instituições – embora sempre vistos como exceções individualizadas, movimentos institucionais ainda tímidos, reflexos do simples amortecimento dessas relações ou do deslocamento do conflito:

"Assim como a lei, eles também precisam passar por uma reciclagem, passar por uma humanização. Então, ali, se encontram policiais, delegados e juízes, que são ponderados, que são humanos e conseguem ver as coisas e tratá-las dentro de uma consciência, de um equilíbrio. É raridade. Normalmente: 'ah, é trabalhador rural, sem-terra especialmente, cacete nele!' " (Trabalhadora pernambucana)

"Eu acho que o movimento foi criando um espaço de oportunidade de ir mudando esse conceito. (...) Imagina você que há dez, quinze anos atrás um oficial de justiça liga para um dirigente dizendo: 'Oh, nós estamos com esse pepino, como vamos resolver?' Ah, se era assim! Era pauleira na certa, era queima de nossas bandeiras, era preso, era ferido. (...). Não é que mudou e está resolvido, ao contrário. O fato de ter mudado e pelo fato do movimento ter recuado, porque a situação é muito delicada para nós do Pontal, principalmente na questão de ocupação de terra, nem tanto dos poderes, porque já tem como negociar, já tem como se conversar, agora como se negocia com o fazendeiro que está armado de cima a baixo?" (Trabalhadora paulista)

Sobre a atuação das polícias, os relatos mais contundentes das violações de direitos humanos por parte do Estado estão contidos nas falas dos trabalhadores do Pará, Pernambuco, e Rio Grande do Sul:

"(...) eu vim em cima de um caminhão, numa carroceria. (...) Aí me bateram. Aí, eu ia caindo da carroceria, que eu estava já na beira, algemado, eu pedi para eles tirarem a algema para eu poder descer do caminhão. Aí eles disseram: 'Como é que tu sabe invadir terra e não sabe descer de um caminhão?' Aí foi a hora que eu peguei o soco. Aí eu ia caindo e um outro policial me segurou. Aí ele falou pro outro: 'Quer complicar? Já pensou se ele cai dessa carroceria?' (...) E dentro da delegacia, as pressões eram psicológicas, era batendo com um cano na mesa, (...) dizendo: 'Entrega os outros líderes, quem tá lá dentro, porque aí tu não vai ser pego.' (...) acharam que eu tava tentando enrolar eles, aí vinha um outro e pegavam a cadeira, que eu estava algemado na cadeira, aí pegavam e suspendiam a cadeira. (...) outro chegava com o revólver botava em cima da mesa e rodava o revólver, sabe..." (Trabalhador paraense 1)

"Aí trouxemos o Ministro da Justiça pra delegacia pra mostrar os maus tratos que tivemos lá dentro, éramos pressionados psicologicamente direto pelos agentes prisionais e a própria polícia civil e militar, que segundo eles vinham fazer as investigações (...). Também comíamos muito mal, porque a comida da penitenciária é aferventada, no café eles põem remédio. (...) É um terror, horrível." (Trabalhador paraense 2)

"E aí fizeram uma varredura no acampamento, procuraram em todos os barracos que tinha no acampamento na época, e a forma de entrar é 'pé na porta', gritando. (...) Eles tinham mandado, mas esse mandado não foi mostrado pra ninguém, com exceção, segundo eles, pra uma pessoa, que estava nos portões do acampamento." (Trabalhador gaúcho)

De maneira obviamente mais intensa no caso do Pará, mas presente nos depoimentos de entrevistados dos outros estados, a memória do massacre de Eldorado dos Carajás aparece nas falas como uma referência constante em

termos de abusos por parte do Estado, sendo relembradas as seqüelas físicas e psicológicas das vítimas.

No caso de Pernambuco, os relatos das experiências dos entrevistados com abusos por parte dos agentes públicos no momento da prisão se deram em torno de um mesmo episódio, também tido como emblemático na luta pela terra no estado:[28]

"Muita polícia, muita polícia, muita polícia! A cavalo, com cão, helicóptero sobrevoando, eles passaram pertinho. É uma coisa absurda, absurda, batalhão de choque. Abriram o inferno e soltaram todos os demônios, dentro dos três acampamentos. Muito terrível! E a gente ouvia, escutava o som do outro, os gritos do outro, não podia ninguém correr (...). Na minha prisão eu apanhei muito, desmaiei, quando retornei com um chute na costela, assim minha roupa estava abaixo do joelho (...). Então foi uma coisa assim, eu lembro muito, muito bem desse momento. Fiquei muito assustada, né? (...) Havia cinco homens em torno de mim, cinco bruta-montes (...). [Na delegacia] paravam diante de mim e diziam palavras jocosas, passei por muita humilhação nesse sentido. (...) Assim, exposta, todo mundo chegava e ficava olhando, como uma marginal. (Trabalhadora pernambucana)

A lembrança dos casos emblemáticos – inclusive aqueles de pouca repercussão nacional, mas fortemente presentes na memória da militância regional –

28. Segundo explicação fornecida por advogado da Comissão Pastoral da Terra de Pernambuco, o "caso do Engenho Prado" assume contornos de uma "luta de vanguarda" na questão da reforma agrária no estado. A área, que compreende cinco engenhos desativados em decorrência da crise do cultivo de cana na Zona da Mata, pertence a um grupo econômico, a quem se atribui grande influência sobre o governo e o judiciário pernambucanos. Após a anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, de decreto de desapropriação publicado ainda durante o governo Fernando Henrique Cardoso, nova desapropriação realizada pelo governo Lula está sendo questionada no STF – até o momento da entrevista com o advogado pernambucano, o julgamento do mandado de segurança havia sido adiado, mas já contava com voto favorável de cinco dos onze ministros do tribunal. A ocupação dessa área por cerca de 300 famílias do MST deu origem aos acampamentos Chico Mendes I, II e III, e constitui o pano de fundo da descrição dos abusos sofridos pelos trabalhadores pernambucanos entrevistados; há relatos, ainda, da ação violenta por parte da segurança privada da área. Referências ao caso do Engenho Prado aparecem também nas falas de juízes, delegados e promotores entrevistados naquele estado.

reforçam o sentimento de impunidade e a percepção, por parte dos trabalhadores entrevistados, da parcialidade das instituições do sistema de justiça.

Por seu turno, não se verificou referências a ações abusivas por parte da polícia na fala dos trabalhadores entrevistados em São Paulo; ao contrário, suas falas revelam duas fases do relacionamento entre polícia e trabalhadores, delimitadas pela introdução de práticas de negociação entre o movimento social e as forças de segurança:

"Foi o primeiro enfrentamento que temos relato. (...) Eu me dirigi pra falar com o coronel que tava com o megafone. (...) Queria que ele desse um prazo pra nós fazermos uma assembléia porque nós iríamos sair. (...) E ele disse: 'O senhor retira sua tropa que eu retiro a minha'. Eu falei que eu não tinha tropa, que eles eram todos trabalhadores. 'O senhor segura então o pessoal do senhor afastado e me dê uma hora pra eu fazer uma assembléia.' 'Pode fazer então sua assembléia.' (...) O pessoal não queria enfrentar a polícia. Aí eu fiz um discurso pro pessoal, (...) dizendo que ali poderia morrer gente desnecessariamente, e que nós não tínhamos força suficiente pra enfrentar a polícia, e que nosso inimigo não era a polícia, nosso inimigo era o latifúndio. (...) E todo mundo acatou, unânime. (...) Aí eu fui conversar com o capitão (...). E ele disse: 'A partir de hoje, a polícia terá um outro comportamento'. Nós fomos lá, montamos em um local, a polícia saiu, não teve problema. E a partir daí então nós criamos uma prática no Pontal, um método, uma forma." (Trabalhador paulista)

Por outro lado, os relatos dos trabalhadores paulistas indicam que o comedimento nas ações da polícia apenas desloca a ocorrência de excessos para outras dimensões do conflito: de um lado, a violência privada por parte dos fazendeiros; de outro lado, as estratégias de repressão judicial caracterizadas, principalmente, pela recorrência nas decretações de prisões processuais, e pela custódia das lideranças do movimento em estabelecimentos prisionais "estigmatizados" – como o antigo Carandiru, na capital paulista, e o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, em Presidente Bernardes, interior do estado. Mais uma vez,

reforçam-se o sentimento de impunidade e a percepção da parcialidade das instituições, que não reprimem "o braço armado" privado:

"As audiências nossas aqui, dura sete horas, oito horas, depende do prazer e do gosto do juiz. A deles dura quarenta minutos, e não precisa nem ir com advogado, nós temos que ter uma preocupação terrível. Porque corre o risco de, como aconteceu em vários casos de você ir para a audiência e ir algemado para uma delegacia (...). Chegou uma época em que nós tínhamos medo de ir no fórum, verdade! Porque os processos que a gente achava que poderia estar com prisão preventiva, o advogado do movimento ia lá e solicitava no balcão: 'Não, tá com segredo de justiça'. É isso que é usado, né?" (Trabalhadora paulista)

"Aqui eles foram construindo três tipos de pessoas que tem no Pontal, dentro da Justiça. Você tem o delegado, e esse delegado é pra ele forjar o inquérito rapidinho, da noite pro dia. Montar, passar pro promotor. Aí tem um tipo de promotor que rapidinho pede a prisão. Aí você tem um juiz que decreta a prisão dos trabalhadores. (...) Mas aí vem uma outra fase, quando o movimento avança e aí vem de novo a repressão, mas dessa vez vem armada. (...) Aí vem o braço armado, e com a proteção do Estado, isso que é vergonhoso." (Trabalhador paulista)

Embora não revelem a ocorrência de maus tratos físicos a presos, a crítica formulada pelos trabalhadores paulistas ao sistema prisional não se distancia em nada daquela que é recorrente no debate público, e também nas falas dos trabalhadores dos outros estados: superlotação das celas, precariedade das instalações e das condições de higiene, domínio interno disputado por facções de presos, má alimentação. Alguns trabalhadores assinalaram, a partir de suas experiências pessoais, a boa recepção de militantes sem-terra entre os demais presos, o que lhes evidencia a aceitação social do movimento, e a identificação de classe entre detentos e trabalhadores rurais. Por seu turno, a experiência do trabalhador paulista na passagem, sob Regime Disciplinar Diferenciado, pelo presídio estadual de Presidente Bernardes – conhecido pela tecnologia e infra-estrutura de segurança

máxima e por custodiar lideranças do chamado crime organizado – evidencia o recrudescimento recente da política penitenciária no estado de São Paulo.[29]

Segundo as falas dos trabalhadores entrevistados, as acusações criminais mais freqüentes contra eles são: roubo e furto, eventualmente com suas qualificadoras; porte de armas; e, principalmente, esbulho possessório e formação de quadrilha ou bando. Desacato à autoridade, cárcere privado e tentativa de homicídio também foram citados por alguns trabalhadores. Sobre o porte de armas, trabalhadores do Pará e São Paulo relataram a ocorrência de flagrantes forjados.

O crime de formação de quadrilha ou bando merece destaque, por ter sido citado por todos os entrevistados. Numa cadeia de imputações penais que, como já dito acima, facilmente se aplicam aos fatos e eventos que naturalmente configuram uma ação de ocupação de terras – a destruição da cerca, o corte de madeira para o acampamento, o ingresso na área em si –, a acusação pelo crime de quadrilha ou bando é vista pelos trabalhadores sem-terra como etapa final de uma estratégia de criminalização do movimento, não só por suas ações, mas por sua própria forma de organização e atuação.

"Qual é o objetivo que o Poder Judiciário tem? Exatamente nos colocar no nível de criminosos, ou seja, criminalizar o movimento social. Criminalizar o MST, isso é importantíssimo pra eles, tirar nós do agente social, do movimento social, da construção da dignidade humana, e jogar nós pra delinqüência." (Trabalhador paulista)

29. "Aí eu fui pro 'Big Brother', o chamado RDD, né? (...) Aí é uma cela individual. Tem tanta porta de ferro, de aço. Só tem uma janelinha pro cara te ver e te dar a marmita. Você entra pelado, fica ali dentro no primeiro dia todo pelado, sendo filmado. Tem uma cama pra você dormir, uma cama de cimento, um chuveiro que cai no lugar onde é a descarga. Muito ruim. Duas grades grossas. Quando eu tinha de ser atendido pelo advogado, eles mandam ficar no canto da parede, tirar a roupa toda, ir até eles de costas, passar a roupa. Ele devolve a roupa, você volta pro canto da parede. Põe a calça, a camisa. Com a mão pra trás. 'Vira de frente agora, vem ate aqui' (...) eles te algemam. Tem um policial com uma doze na mão, que está junto com você, mandando você fazer as coisas, e um outro com um cachorro (...). Tem um vidrão, e você usa um telefone pra falar com o advogado. Ou pra fazer todos os exames. Tem que falar 'sim senhor' e 'não senhor'. Não pode conversar com ninguém, não pode dirigir a palavra a nenhum deles. Eles têm que perguntar pra você responder. (...) O estilo é assim. Mas também só fala pra você fazer as coisas, não te agride, entendeu? (...) Eles parecem robôs." (Trabalhador paulista)

A crítica dos trabalhadores às estratégias de criminalização do movimento revelou dois elementos recorrentes nas falas de entrevistados de diferentes estados. O primeiro deles é a participação da mídia em geral, e da imprensa em especial, nessas estratégias de deslegitimação social do movimento, sob a mesma influência dos poderes econômico e político que afetam as instituições de justiça.

"Eu acho que os responsáveis pela violência são os donos da terra, os latifundiários, as empresas. Só que no caso do Sul, eles não agem diretamente. Eles agem através da imprensa, da mídia, eles criam uma situação a ponto de nos incriminar politicamente junto à sociedade. E a polícia junto com o Judiciário só depois se encarregam de nos enquadrar nos termos legais da legislação. Mas acho que o principal meio usado é a mídia, e depois a polícia e o Judiciário." (Trabalhadora gaúcha)

O segundo elemento que se destaca nos depoimentos dos trabalhadores, associado à imputação penal da militância por formação de quadrilha ou bando, diz respeito à identificação, prisão e tratamento das lideranças do movimento por parte dos agentes estatais. Nesse sentido, foram percebidas variações entre os relatos dos trabalhadores dos diferentes estados, principalmente no que diz respeito ao tratamento dispensado pelo Estado às lideranças, de fato ou presumidas:[30]

"E sempre só eu que estava algemado. Os outros, nenhum estava algemado. Os cuidados deles eram comigo. (...) Daí eu fiquei nessa cela incomunicável, e quando o advogado foi conversar comigo, já era umas oito horas da noite, e foi a vez que eu tive contato com o advogado. E dormi nessa cela, aí no outro dia à noite que nós saímos de lá. Então, esse tempo todo, eu estava separado dos meus companheiros. Fizemos alguns depoimentos, e eu fui tachado como liderança." (Trabalhador paraense)

"E quando a pessoa vai presa, não existe esse privilégio pelo fato de ser uma liderança ou pelo fato de aparecer mais, que a mídia acabou criando esse lado aí. Mas acaba se juntando todo mundo, né? (...) Então, eu acho assim: não existe

30. Segundo informação prestada por advogado gaúcho atuante na defesa judicial de trabalhadores sem-terra, a polícia, ao menos em seu estado, tende a identificar como lideranças justamente aqueles militantes que se encarregam das negociações com os agentes públicos, nas situações de ocupações de terras.

diferença. Existe uma repressão por parte do Judiciário, que não escolhe ninguém, o que eles querem e sempre quiseram é prender." (Trabalhadora paulista)

A identificação criminal de lideranças de quadrilhas, além de deslegitimar a luta social do movimento, desqualifica os interlocutores dos trabalhadores sem-terra na política convencional:

"É um clamor social, é um problema público, não é o problema de uma pessoa. Segundo, se essas pessoas são chefes de quadrilha, que quadrilha é essa? Que ao mesmo tempo senta com o governador, senta com o presidente da República, senta com os vereadores, que espécie de quadrilha é essa? Que criminoso é esse? Que tem que estar sempre negociando com o Estado?" (Trabalhador paulista)

6. Considerações finais

Os elementos expostos acima sugerem reflexões importantes acerca da função política do direito e das instituições de justiça. Afinal, e embora alguns atores reiterem denúncias de abusos e arbitrariedades por parte de agentes públicos, em especial das forças de segurança, o conteúdo dos processos e das entrevistas analisados evidenciam, principalmente, a sutileza de novas estratégias de repressão do movimento social, levadas a cabo por meio da criminalização de seus atores, líderes e mesmo de sua forma de organização coletiva, dentro dos esquemas formais de aplicação da lei penal e processual penal esperados num estado de direito.

A caracterização, pelo aplicador da lei penal, dos elementos justificadores da prisão preventiva – "garantia da ordem pública" e "conveniência da instrução criminal", especialmente – é apenas a face mais evidente de uma atuação dos operadores do direito que pode compreender fortes conteúdos ideológicos: em primeiro lugar, porque é própria do art. 312 do CPP a margem de subjetividade deixada à disposição do juiz para a avaliação daqueles elementos; em segundo lugar, a situação dos trabalhadores rurais submetidos a essa modalidade de prisão processual agrava-se pela ausência de residência fixa – na medida em que são, em geral, acampados – e pelo fato de que, no debate cotidiano mantido pela opinião

pública, o movimento reivindicatório do qual fazem parte é constantemente associado à "baderna", ao ultraje à propriedade privada e, em muitos casos, a situações de clamor público local em torno dos conflitos agrários.

Entretanto, a parte mais delicada dessa nova estratégia de criminalização está no juízo de *tipicidade formal* que os operadores da justiça criminal realizam, ao submeterem ao controle penal atos essenciais da ação política dos movimentos de trabalhadores rurais, em detrimento de juízos mais sofisticados de *tipicidade material*.[31] Obviamente, essa discussão encaminharia a questão da criminalização dos movimentos reivindicatórios da reforma agrária para o interior de um debate que, sendo próprio da ciência dogmática do direito penal, impede que se alcancem conclusões definitivas que não sejam frutos da simples adesão a uma ou outra teoria, ou de exercícios de exegese de textos legais e doutrinários, em torno de conceitos artificialmente construídos como *tipo penal*, *bem jurídico*, *adequação social* etc..

O que importa ressaltar é que, justamente por conta da fluidez do debate científico-dogmático em torno do direito positivo é que os operadores da justiça criminal encontram o espaço de ação individual que, respeitando minimamente os esquemas formais do direito penal e processual penal, e baseada sempre na interpretação do texto legal, traz consigo elementos variados e tributários da origem social, da identificação de classe ou da cultura jurídica em que foram formados. Assim é que se identificam claramente duas correntes entre os operadores da justiça a respeito da judicialização dos conflitos agrários: uma corrente auto-denominada "legalista", afinada à interpretação restrita do texto legal, que advoga a existência de uma única técnica jurídica, mas que mal disfarça no seu discurso a existência de um claro embate ideológico entre correntes distintas; e uma outra corrente que se opõe à idéia de neutralidade do direito e das instituições judiciais.

31. Segundo Francisco de Assis TOLEDO (*Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 130-131), não basta, para a verificação de ocorrência de conduta típica penal, a mera justaposição ou coincidência formal entre a conduta real e a descrição do tipo penal: "Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito *(nullun crimen sine lege)*. Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva e bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável."

Essas duas correntes são reconhecidas pelos demais atores dos conflitos agrários, como os advogados e os trabalhadores rurais. A auto-atribuição de legalismo e neutralidade é, na verdade, parte do embate político que se trava por intermédio das teorias e técnicas jurídicas: umas mistificando-se como neutras, distantes dos movimentos políticos da sociedade; e outras, procurando desmistificar as primeiras, em nome de um sentido político explícito de aplicação do direito.

É próprio do estado de direito o princípio do livre convencimento do juiz singular na aplicação da lei. Mas também é própria do estado de direito a *luta por direitos*: foi ela quem, historicamente, definiu essa nova concepção de Estado e os caminhos de sua construção democrática.[32] Por isso, é preciso reconhecer – e a contradição apontada pelos trabalhadores na sua condição simultânea de *criminosos* e de *atores políticos legitimados junto ao Estado* apenas o confirma – que o espaço privilegiado do debate sobre a adequação das estratégias de ação política e a legitimidade das reivindicações dos movimentos sociais deve ser a arena pública democrática – os parlamentos, os executivos, a opinião pública, locais de livre manifestação dos cidadãos em torno de valores e da formulação de políticas específicas.[33] As instâncias de controle penal, sendo o lugar do saber técnico-jurídico, excluem a participação da cidadania e propiciam o predomínio de um formalismo legal que procura ocultar o lugar da política; ao produzir esse ocultamento a atividade jurisdicional torna-se instrumento político de manutenção de relações de força.

7. Referências bibliográficas

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 39, 1999, p. 83-102.

BECKER, Howard. *Outsiders*: studies in the sociology of deviance. New York: Free Press, 1991.

32. Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

33. Ainda que se considere o déficit democrático dessas instituições.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONELLI, Maria da Glória. *Profissionalismo e política no mundo do direito.* As relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado. São Carlos: Edufscar/Sumaré, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 43, jun. 1994, pp. 73-106.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COMPARATO, Bruno Konder. A ação política do MST. *São Paulo em perspectiva.* São Paulo, v. 15, n. 4, dez. 2001, p. 105-118.

CUNHA, Luciana Gross; CUNHA, Alexandre Santos; SCABINS, Flávia; MACÁRIO, Mariana; ISSA, Marcelo. O sistema de justiça brasileiro, a produção de informações e sua utilização. *Cadernos Direito FGV* – textos em debate. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, n. 4, mar. 2005.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "movimento de acesso à justiça": epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo; CARNEIRO, Leandro Piquet e GRYNSZPAN, Mario (org.). *Cidadania, justiça e violência.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. O judiciário e o acesso à justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O judiciário em debate.* São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995.

_____. Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo. (org.). *Direito e justiça* – a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

GUANABARA, Ricardo. 1996. Visões alternativas do direito no Brasil. *Revista de Estudos Históricos*, v. 9, n. 18. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, pp. 403-416.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. Conflitos agrários: resistência a uma nova concepção de justiça. Neste volume, p. 265-279.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Para além do universo penal (editorial). *Boletim IBCCRIM*, n. 157, dez. 2005, p. 1.

IDDD – Instituto de defesa do direito de defesa. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo:* a lei, o direito e a ideologia. São Paulo: IBCCRIM/IDDD, 2005.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Los abogados populares: em busca de uma identidad. *El otro derecho*, Bogotá, n. 26-27, 2002, pp. 193-227.

KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, 1 (1), 1996, p. 79-92.

LIMA, Renato Sérgio de; BICUDO, Tatiana Viggiani. Conflitos agrários e violações dos direitos humanos. *Boletim IBCCRIM*, n. 148, dez. 2005, p. 3.

_____; STROZAKE, Juvelino. Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 60, mai.-jun. 2006.

MACIEL, Débora A.; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, 57, 2002, p. 113-133.

SADEK, Maria Tereza. Os estudos do sobre o sistema de justiça. In: MICELI, Sergio (org.) *O que ler na ciência social brasileira 1970-2002*. v. 4. São Paulo: Anpocs, Sumaré, 2002.

SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo*. Novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Edusp, 2001.

SINGER, Helena. *Discursos desconcertados*. Linchamentos, punições e direitos humanos. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2003.

STROZAKE, Juvelino; GOMES, Patrick Mariano. As prisões políticas no Pontal do Paranapanema. *Boletim IBCCRIM*, n. 131, out. 2003.

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

VIANNA, Luiz; CARVALHO, M. Alice; MELO, Manuel; BURGOS, Marcelo. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Barrela, análise jurídica e psicanalítica

Fábio Belo
Mestre em Teoria Psicanalítica/UFMG;
Doutorando em Literatura Brasileira/UFMG; Psicanalista.

Warley Belo
Mestre em Ciências Penais/UFMG;
Advogado Criminalista

"O bandido é o Estado" – NILO BATISTA, *Punidos e mal pagos*, p. 158.

Sumário: 1. Do intróito – 2. Do dramaturgo Plínio Marcos – 3. Barrela: Escola de Crimes – 4. A literatura e o mal – 5. A sociedade criminógena – 6. O desejo do mal – 7. Minimalismo penal – 8. Das conclusões – 9. Bibliografia.

Resumo: O filme "Barrela: Escola de Crimes", baseado na peça teatral de Plínio Marcos, narra a difícil convivência de seis homens num xadrez. É uma atmosfera pesada do início ao fim apta a servir de pano de fundo para uma investigação criminológica baseada no *labelling approach* e na teoria crítica. O presente trabalho tenta demonstrar o paradoxo da prisão que quer ressocializar (ou socializar?) dessocializando, retirando o indivíduo da sociedade. Conclui apontando soluções para o problema da prisionalização.

Palavras-chave: Literatura e cinema brasileiros – Criminologia – Violência institucional – Prisão – *Labelling aproach* – Teoria crítica – Feminilidade – Psicanálise – Minimalismo – Abolicionismo.

1. Do intróito

O filme *Barrela: Escola de Crimes* (Brasil, 1990, 72') é a versão cinematográfica da peça teatral *Barrela*, de Plínio Marcos (2003 [1958]). Descreve a perturbada convivência entre presos numa cela, as relações de poder entre eles e o papel da sexualidade nesse pequeno universo, representado pela cena de um atentado violento ao pudor (coito anal violento) contra um jovem.

Discutiremos a obra de Plínio Marcos a partir de duas perspectivas teóricas. Em primeiro lugar, faremos uma análise das questões jurídicas que a peça e o filme suscitam. Em segundo lugar, a interpretação psicanalítica nos auxiliará a compreender outros fenômenos ali representados.

Estudar fenômenos humanos tão complexos como a violência e a criminalidade exige uma perspectiva multidisciplinar. Interpretar tais fenômenos apenas do ponto de vista jurídico – ou psicológico – seria, no mínimo, temeroso.

Em várias passagens da peça é possível demonstrar que o problema sócio-jurídico se confunde com o problema existencial (psíquico). As duas interpretações servem, juntas, a uma compreensão mais abrangente dos comportamentos humanos, sempre tangenciados pela problemática da lei e do inconsciente.

A literatura e o cinema são reflexos matizados da vida. Ao problematizarem a questão do criminoso e da violência, oferecem-nos uma *oportunidade didática de compreensão.*

2. Do dramaturgo Plínio Marcos

Plínio Marcos nasceu em Santos-SP no dia 29.11.1935 e morreu em São Paulo no dia 19.11.1999.

Nunca terminou a quarta série primária porque, dizia, foi incapaz de resistir à pressão de sua professora que o queria forçar a escrever com a mão direta, quando era canhoto. Todavia, isso não o impediu de ser considerado um dos dramaturgos mais importantes do Brasil, sendo comparado, por alguns, a Nelson Rodrigues.

Segundo ele afirmava era "figurinha difícil".. Foi, entre as coisas que dele se sabe, dramaturgo, ator, jornalista, tarólogo, camelô de seus próprios livros, técnico da extinta TV Tupi, jogador de futebol e palhaço.

Passou 20 anos vendendo livros de bar em bar. Fumava cinco maços de cigarro por dia o que contribuiu para a má circulação do sangue que paralisou suas pernas. No hospital, foi atendido como indigente e a amiga e jornalista Vera Artaxo, sua futura mulher, na última hora impediu a amputação.

Plínio Marcos escreveu mais de 40 peças, assim como novelas e pequenas estórias. Com todas teve problema com a censura. Suas peças mais famosas são: *Barrela* (1958), *Dois Perdidos numa noite suja* (1966), *Navalha na carne* (1967), *Abajur lilás* (1975), *Madame Blavatsky* (1985) e *A dança final* (1994).

Desde sua morte, aos 64 anos, as homenagens ao autor e o interesse em torno de sua obra só fizeram crescer. Há novas montagens e filmes de seus textos. Seu nome foi adotado para batizar prêmios e espaços culturais – inclusive o Teatro Nacional Plínio Marcos, de Brasília.

Colocou no palco a *marginalia* da cidade grande, coisa que ninguém tinha feito até então sem hipocrisia. Plínio tinha uma experiência humana ligada às classes pobres e levou esse mundo para o teatro. Em suas peças avultam "os temas da solidão e da decadência humana, do círculo vicioso da tortura mútua, da absoluta falta de sentido nas vidas degradadas, do beco sem saída da miséria e da violência, da morte como horizonte permanente"...[1]

O teatro dele não era exatamente político, de pobres contra ricos. Sua contribuição está em expor, de maneira clara, as experiências vividas no submundo. Seus personagens, sempre envoltos na teia da violência, são os homossexuais, os marginais, as prostitutas, os dependentes de drogas e os desempregados. Suas peças são recheadas de palavrões e gírias: código exclusivo dos "subterrâneos", presos "na roda viva da agressividade total", da qual não se salva ninguém.

1. ZANOTTO, Ilka Marinho. Descida aos infernos. In: Marcos, Plínio. *Melhor teatro*. São Paulo: Global, 2003, p. 8.

Diálogos exatos, crus, ferinos, explosões de ódio e violência incontidos, humilhações, provocações sadomasoquistas, rastejamento abjeto de humilhados e ofendidos, tentativas de reação abortadas pela dependência visceral que se estabelece entre algozes e vítimas, que se revezam na função de carrasco, quando o mundo é um túnel sem saída, sem perspectiva, tumular.[2]

Não obstante esse cenário, inexistem esquemas racionais para um exame crítico da realidade social. Talvez, sua grande contribuição tenha sido utilizar-se de personagens até então praticamente esquecidos. Raros são os trabalhos literários que, por exemplo, se passam dentro de uma cadeia. Essa perspectiva de discurso desnuda a marginalidade e nos faz perceber, quase que automaticamente, que é o próprio sistema que cria seus personagens e os perpetua na exclusão. Esse descurtinamento escancarado – tratar como "gente" o "marginal" – lhe cobrou um alto preço: ainda hoje é considerado um autor maldito de peças malditas.

Os militares, que governavam o Brasil, viam-no como um "inimigo do sistema". Nem sabe quantas vezes foi preso. O escritor, freqüentemente, era confundido com os personagens que criava. A ditadura, de certa forma, retardou o reconhecimento de Plínio como dramaturgo.

"Barrela" foi sua primeira peça, escrita quando tinha 22 anos. Proibida, só foi liberada em 1980, apesar de ter sido representada, em 1979, ainda na clandestinidade, pelo mítico grupo *O Bando*.

A peça traz um mundo sem meias palavras. É direta, convence e dá tratamento dramático à realidade de bandidos enclausurados. As peças de Plínio Marcos, "ao mesmo tempo em que provocam repulsa, despertam uma angústia solidária, a necessidade urgente de intervenção. O terror e a piedade aristotélica, no grau mais absoluto."[3]

2. Idem, p. 13.
3. Idem, p. 12.

3. Barrela: Escola de Crimes

A começar pelo título, a sexualidade ocupa um dos lugares centrais da peça. Barrela significa, na gíria dos presos, o coito anal homossexual. É justamente sobre esta prática sexual que gira a conversa dos presos, durante a peça há uma constante tensão se vai haver ou não o coito. De um lado, o desejo sexual, representado pelo personagem "Louco".. Do outro lado, a lei que, até certo ponto, proíbe a homossexualidade, representada pelo chefe da cela, "Bereco". A lei, entretanto, não é suficiente para conter a fúria sexual, representada, no final da peça, pela violência coletiva contra o personagem "Garoto".

A psicanálise, apontando para a importância da sexualidade, contribuiu enormemente para a compreensão da alma humana. A partir da teoria da sedução generalizada, de Jean Laplanche, mostra-se não ser por acaso que a sexualidade ocupa um lugar tão importante numa peça que versa sobre a violência e sobre a criminalidade.

A peça *Barrela* narra a difícil convivência de seis homens num xadrez. Os seis presos discutem seus problemas, expõem seus fantasmas e têm seus conflitos. A ação se passa inteira em uma só noite. O ambiente é uma cela de delegacia. O mais impressionante é que a peça foi baseada em fatos reais ocorridos em Santos no final da década de 50. O garoto violentado, após dois dias liberto da prisão, matou quatro daqueles presos agressores.

Todos os personagens são condenados a penas altíssimas (25, 26, 30 anos).

O personagem "Portuga" é homicida de sua mulher que o traiu e apresenta remorsos. Há a figura do xerife de cela, "Bereco", que tenta controlar a violência sexual no grupo, dorme em local separado por uma cortina aos trapos e estabelece quando é que se vai "queimar fumo". Mas, seu poder não é ilimitado, pois o garoto acabou sendo currado, mesmo sem sua aquiescência. Um anarquismo nas entranhas do Estado.

"Tirica" é o preso mais violento e acaba entrando em conflito direto com alguns personagens, principalmente com "Portuga", a quem assassina.

Na cela, vazia para os parâmetros nacionais, os assuntos são sempre os mesmos: sexo, traição, homossexualismo. Os conflitos ocorrem aleatoriamente entre os personagens. Ora entre "Portuga" e "Bahia", ora entre "Tirica" e "Portuga". Vez por outra, o xerife "Bereco" interfere para "botar ordem no recinto".

A tônica do problema surge quando "Portuga" provoca "Tirica". Denuncia que este fora violentado sexualmente pelo preso "Morcego", de outra cela (xadrez 3). Tal teria ocorrido ainda quando "Tirica" era criança e estava no reformatório.

Tal situação não poderia passar despercebida, pois dá margem à concepção de que são sempre os mesmos "clientes" que o sistema penitenciário traga. A reincidência está presente também entre os menores e não desaparece quando da maioridade. A vinculação marginal não se desfaz quando se entra em contato com o sistema.

Outro ponto interessante do filme, e quase irritante, é a condução do "Garoto" até a delegacia de polícia. Demasiadamente demorada, distante. Representa, assim, a longínqua descida ao "inferno verde-amarelo", a saída da sociedade.

O desenrolar da estória acontece através dos conflitos, nos quais os personagens vão mostrando inseguranças, medos, verdades e questões de cada um.

A monotonia encerra-se quando, no meio da madrugada, o novo preso, "Garoto", entra na cela. A "carne nova".

"Garoto", após ter passado os cigarros e prometido o dinheiro e a pulseira, que ficaram na carceragem, ao xerife "Bereco", é assediado sexualmente por "Portuga" que lhe propõe "casamento". Diante da recusa, sofre uma tentativa de curra pelos demais, controlado por "Bereco" ao "liberar" a maconha. O rapaz, então, é induzido a fumar maconha sendo, após, exaustivamente violentado pelos outros detentos.

Quando todos dormem, "Tirica" mata "Portuga" com uma ponta de colher afiada.

Cumpre relembrar que o garoto foi preso por causa de um crime de pouca monta: uma briga num bar ficando junto com violentos marginais.

"Garoto" logo foi liberto. Os outros ficaram presos. O personagem "Fumaça" conclui: "Feliz é o garoto: logo, logo estará na rua". "Bereco", na última fala, encerra os fatos da noite (violência sexual, uso de tóxicos e homicídio): "mais um dia exatamente igual a todos os outros".

Nilo Batista,[4] comentando o filme, aponta o seguinte:

"(...) não chorem pelo garoto. Ele já retomou seus direitos de integrante da classe hegemônica, e, portanto, para ele a cadeia é uma eventualidade excepcional e escandalosa. Chorem, revoltem-se, mobilizem-se, por aqueles tristes e miseráveis Bereco, Tirica, Portuga e companheiros, porque sua tristeza e miséria perdurarão – como os percevejos de Graciliano Ramos – por todo o tempo em que perdurar a prisão."

A cela é um local de crimes, um ambiente *feminilizante*, cuja única "lei" é a mútua e perpétua agressão. Há um silêncio do Estado, uma anomia estatal quando, ali, deveria ser um local pretensamente seguro e ordeiro sob o império da lei.

Os policiais, ao observarem o "Portuga" morto, assassinado por "Tirica" com uma colher pontiaguda, expressam-se indignados:

"Cagaram no nosso plantão. Não podiam esperar dez minutos?!..."

Ou seja, o problema, efetivamente, não foi a morte do preso – "menos um" – mas a burocracia decorrente da morte, pois terão mais trabalho ao final do expediente (...). É a distorção análoga ao "morreu na contramão atrapalhando o tráfego".[5] A vida e a morte dos presos estão banalizadas...[6]

De tudo, fica a certeza de que, uma vez no sistema penal, nunca se sai o mesmo, pois se tem a vida modificada e valores refeitos, para pior.

4. BATISTA, Nilo. *Temas de direito penal.*. Liber Juris, p. 171.

5. Nesse caso, aponta-se a similaridade do caso com a música de Chico Buarque, *Construção*:

"(...) E tropeçou no céu como se fosse um bêbado / E flutuou no ar como se fosse um pássaro
E se acabou no chão feito um pacote flácido / Agonizou no meio do passeio público / Morreu na contramão atrapalhando o tráfego."

6. ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Violência e cidadania. Violência em debate...* Coleção Polêmica. Márcia Kupstas (org.). São Paulo: Moderna, 1997, p. 21 e ss.

4. A literatura e o mal

Para Georges Bataille (1957), encontramos em algumas obras literárias a representação do mal.

Este parece ser o caso da peça *Barrela*.

Para Bataille, a literatura é a infância reencontrada.[7] Infância, na obra deste autor, é sinônimo de impulsividade:

"A sociedade não poderia viver se se impusesse a soberania dos movimentos impulsivos (*primesautiers*) da infância, que ligavam as crianças num sentimento de cumplicidade."[8]

O bem se funda sobre o cuidado do interesse comum, que implica, de uma maneira essencial, a consideração do futuro. A divina embriaguez, à qual pertence o "movimento impulsivo" da infância, está inteiramente no presente. Na educação das crianças, a preferência pelo instante presente é a comum definição do mal. Os adultos interditam àqueles que devem chegar à maturidade o divino reino da infância.[9]

O mal é a transgressão da interdição adulta, é o desejo de retornar ao reino da infância posto em prática. Alguns projetos literários conseguem este retorno à infância – na medida em que esta é comparada à primazia do instante – valendo-se de uma negação do bem, isto é, do primado do amanhã. Estes projetos revelam, segundo Bataille, a "essência da humanidade", isto é, o fato de que todos somos, sem reticências, infantis. No caso de *Barrela*, o primado do amanhã é recusado, na medida em que a vida prisional não oferece nenhuma perspectiva de futuro. Os presos estão condenados a viver sob a égide do gozo instantâneo e do movimento impulsivo.

Muito próximo da perspectiva psicanalítica, Bataille mostra que o infantil, apesar de reprimido, é soberano. Quando a literatura apresenta esta soberania,

7. BATAILLE, Georges. *La littérature et le mal*. Paris: Gallimard, 1957, p. 10.
8. Idem, p. 14.
9. Idem, p. 17-18.

ela geralmente o faz mostrando a infração à lei e ao interdito. A soberania, para Bataille, é o "poder de se elevar, na indiferença à morte, acima das leis que asseguram a manutenção da vida".[10] As obras literárias que lidam com a transgressão falam "a linguagem soberana que, vindo da parte soberana do homem, se endereça à humanidade soberana."[11]

Uma só via leva da recusa da servidão à livre limitação do humor soberano: esta via é aquela da *comunicação*.

Em *Barrela*, temos os três elementos da "soberania". Paradoxalmente, é na cadeia que uma certa liberdade se produz, na medida em que há livre transgressão dos interditos: do assassinato e da violência sexual. A consumação soberana, representada através da sodomia sádica, deixa entrever como seria o mundo caso a cultura não se opusesse à parte soberana, infantil, do homem.

Para Bataille, não somos seres isolados, mas definitivamente marcados pela comunicação. Nunca estamos a sós, mas sempre imersos numa rede de comunicações uns com os outros:

"(...) nos banhamos na comunicação, nós somos reduzidos a esta comunicação incessante que, até no fundo da solidão, sentimos a ausência, como a sugestão de possibilidades múltiplas, como a espera de um momento onde ela se transforme em um grito que os outros escutem."[12]

Barrela não pode ser vista exatamente como uma espécie de grito, vindo do mais fundo subsolo? A peça começa justamente com os gritos de "Portuga", acordando de um pesadelo: "Não! Não! Não!".[13] Toda a peça pode ser lida como uma advertência: por mais que se tente, não se pode negar aquilo que é visto no subsolo da alma humana. Como pontua Bataille:

10. Idem, p. 134.
11. Idem, p. 142.
12. Ibidem.
13. B, 27. (Localização do ato da peça teatral).

"Creio que o homem é necessariamente contra ele mesmo e que ele não pode se reconhecer, que ele não pode se amar até o fim, se ele não é objeto de uma condenação."[14]

Pode-se compreender esta idéia de Bataille se tivermos em mente a teoria sobre o ser humano que a sustenta. Para o autor, a humanidade busca dois fins, um negativo: evitar a morte e conservar a vida; o outro positivo: aumentar a intensidade da vida.

Para Bataille, os dois objetivos não são contraditórios, apesar das aparências. Apesar da intensidade não aumentar sem acarretar perigo, "a intensidade desejada pelo grande número (ou o corpo social) é subordinada ao cuidado de manter a vida e suas obras, que possui um primado indiscutido."[15]

O problema ocorre se é a minoria ou a maioria dos indivíduos que procuram esta intensidade. Aí sim, pode entrar em conflito a primazia da preservação da vida sustentada pelos laços sociais.

Bataille também se aproxima bastante de Freud quando sustenta que a busca da intensidade da vida nem sempre coincide com aumento de *prazer* – ao contrário, muitas vezes a intensidade máxima é mortífera. Esta tese está muito próxima da sustentada por Freud, em *Além do princípio do prazer.*

Bataille aponta para dois modos de funcionamento da intensidade. Um ligado ao bem e o outro ligado ao mal. O bem está ligado à idéia de que a intensidade da vida, seu valor, aumenta, mas de uma maneira contida, limitada. O mal, por sua vez, está ligado a uma idéia de liberdade que sempre leva ao excesso. Bataille adverte que o valor autêntico se situa do lado mal, pois só aí haverá um aumento de intensidade da vida, mesmo que o preço seja a morte. O princípio do valor quer que vamos "o mais longe possível". Sua associação com o bem mede o "mais longe" do corpo social; a associação com o mal, o "mais longe" que temporaria-

14. BATAILLE, 1957, p. 31.
15. BATAILLE, 1957, p. 57.

mente atingem os indivíduos ou as minorias.[16] O atentado violento ao pudor coletivo do "Garoto" é uma das imagens mais cruas que a literatura brasileira produziu do "mais longe" temporário.

Ao comentar a obra de Sade, Bataille diz que aquele autor levou ao paroxismo a idéia de experimentar esta intensidade. Sade não julgava que poderia ou deveria retirar da vida nossos desejos insuperáveis, cujos destinos são "estados perigosos".[17] Ao invés de esquecê-los, ele ousou olhá-los de frente e "se colocou a questão abissal que eles colocam a todos os homens".[18] A obra de Sade é a tentativa de trazer à consciência as paixões humanas mais terríveis:

"Outros antes dele [Sade] tomaram os mesmos desvios, mas entre o furor (*déchaînement*) das paixões e a consciência subsistia a oposição fundamental. Nunca o espírito humano cessou de responder às exigências que levam ao sadismo. Mas isso se dava furtivamente, na noite que resulta da incompatibilidade entre a violência que é cega, e a lucidez da consciência. O frenesi se distancia da consciência. De seu lado, a consciência, na sua condenação angustiada, negava e ignorava o sentido do frenesi. O primeiro, Sade, na solidão da prisão, que deu expressão razoável a estes movimentos incontroláveis, sobre a negação dos quais a consciência fundou o edifício social – e a imagem do homem. Ele precisou para este fim tomar ao contrário e contestar tudo o que os outros tinham por imutável (*inébranlable*). Seus livros dão esta sensação: que com uma resolução exasperada, ele queria o *impossível* e o *inverso* da vida: ele tomou a firme decisão da doméstica, que, na pressa de concluir, despela um coelho com um movimento seguro (a doméstica também revela o inverso da verdade e, neste caso, o inverso da verdade é também o coração da verdade)".[19]

16. Cf. Idem, p. 57-58.
17. Idem, p. 91.
18. Ibidem.
19. Idem, p. 91-92, grifos nossos.

Sade subverte nossas crenças sobre a sexualidade: o que destrói o sujeito também o excita. Não podemos reduzir nossos impulsos sexuais ao agradável e ao benéfico. Há neles um elemento de desordem, de excesso, que coloca em risco a vida daqueles que os seguem. Em *Barrela*, parece existir o desejo de "despelar o coelho", mostrar a outra face da sexualidade humana que, muitas vezes, se confunde com o mal.

Sade, escrevendo dentro da Bastilha, dentro de uma prisão, mostrou ao homem o paradoxo da sexualidade humana: nem sempre o prazer está ligado ao bem. Muitas vezes, é para o mal que nossos impulsos sexuais se dirigem. E isto não é apanágio de uns poucos doentes ou marginais. Há, em menor ou maior grau, em todos os seres humanos esta semente do mal, que corrompe e destrói o edifício social.

Note-se a conclusão de Bataille, a literatura não pode fugir do mal; ao contrário, deve lançar sobre ele um olhar mais lúcido. Este parece ser o ponto mais importante da relação entre a literatura e o mal: a atividade literária muitas vezes permite um olhar mais consciente sobre o fenômeno do mal.

Para terminar este breve desvio, lembremos que uma das formas privilegiadas do mal é o sadismo. O prazer em se praticar o mal parece torná-lo ainda maior. Bataille esclarece:

"se se mata por vantagem material, não é o Mal verdadeiro, o Mal puro, aí sim, o assassino, além da vantagem conseguida, goza de ter golpeado."[20]

5. A sociedade criminógena

Em *Microfísica do poder*,[21] ao fazer uma pergunta a Michel Foucault, Brochier faz a seguinte observação:

"(...) estou impressionado com o fato de que as prisões estão dentro das cidades e ninguém as vê. Ou que quando as vê, se pergunte distraidamente se se trata de uma prisão, de uma escola, de uma caserna ou de um hospital".

20. Idem, p. 14.

21. FOUCAULT, Michel, 1985, p. 140.

Ninguém quer ver as prisões. Duzentos anos foram suficiente a transferir o teatro da punição pública em um tormento individual e solitário. Entretanto, impressiona mais a constatação de que, para além de impedir as fugas dos presídios, os muros servem para formar ideologias, excluir, deserdar, formar psicóticos e delinqüentes.

Os muros segregam e escondem. E não é pouca gente: o contingente do sistema penal, hoje, ultrapassa 328 mil presos, sendo que, desse total, mais de 79 mil estão em delegacias de polícia,[22] ambiente da peça de Plínio Marcos.

Na Idade Contemporânea, quando ainda vigorava o direito penal canônico, as penas eram espetáculos ritualizados.[23] A punição era externa, nas fogueiras, pessoas eram arrastadas por cavalos e esquartejadas. Com o Iluminismo, houve a humanização das penas. Deixamos de lado as fogueiras e passamos às prisões: modo humano de se punir.

Todavia, deixou-se de punir o corpo e passou-se a punir a alma do condenado (Foucault). O que era visível deixou de ser. O horror não é tão repugnante assim quando ocorre nas pérfidas prisões brasileiras atrás de muros ou soterradas em buracos rebocados de concreto. Sofre menos o prisioneiro de Kafka (*Na colônia penal*), ao ter a sentença escrita com uma máquina perfurante na pele de suas costas, até a derradeira morte, do que o preso brasileiro. Os nossos cidadãos de segunda classe, essa massa perdida de pessoas, esses excluídos, sofrem privações inimagináveis, além da punição legal. *Rectius*, sofrem antes, durante e depois. A sociedade precisa chamar a si parcela da responsabilidade. Mas, há um alento para essa sociedade: não são vistos, não são ouvidos, não votam. No máximo, fantasiamos seu destino funesto e dele fazemos objeto de temor.

Alie-se ao fato de que é cultural o entendimento de que o condenado não tem direitos. Frases da jaez "bandido bom é bandido morto" fazem parte da ideo-

22. Dados de junho de 2004, www.mj.gov.br.

23. Cf. *Vigiar e punir*, de Foucault e *Histórias das inquisições*, de Francisco Bethencourt.

logia de que os presos merecem os maus-tratos, as celas superlotadas, imundas, com odor fétido, escuras e com pouca ventilação. Porém, foram condenados, democraticamente, a perder a liberdade, não os demais diretos.

O objetivo da pena seria a ressocialização, mas isso é uma quimera.

Devemos tirar dos olhos a venda que nos impede de ver o muro existente à nossa frente. Percebamos os muros. Enxerguemos além deles.

Há, em verdade, o descumprimento diuturno das leis. A pena que se cumpre é absurdamente maior do que a imposta. A Lei de Execuções Penais é elogiada no mundo todo, mas é uma carta de intenções. Se cumprida, seria um passo rumo à cidadania e ao respeito aos direitos humanos dos detentos, mas isso seria "um perigoso precedente". Na verdade, a crise é ética, não legal e vem do Império.

A prisão, hoje, não ressocializa, antes, corrompe, degrada, forma mentes pervertidas, tira a esperança, aniquila famílias, mata. A repressão punitiva – especialmente a prisão – é um elemento de criminalização que gera um mecanismo indelével de causa e efeito. Seguindo os ensinamentos de Evandro Lins e Silva:

"(...) é de conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a insensibilidade da maioria como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou".[24]

E quando, ao término da prisão, acredita o detento estar liberto, constata que o sair livre não significa estar de volta à sociedade. O sair da cadeia não dá acesso à sociedade. A porta que leva à rua é a mesma que conduz à desesperança, ao sofrimento, à estigmatização permanente e perpétua. Como aponta Carnelutti,[25] o máximo que conseguirá, o detento liberto, é ser um ex-detento. Astor Guimarães Dias acresce:

24. Revista *Veja*, 22.05.1991.

25. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: CONAN, 1995.

"E quando os gonzos do portão penitenciário giram, para restituir à vida social aquele que é tido como regenerado, o que em verdade sucede, é que sai da prisão o rebotalho de um homem, o fantasma de uma existência, que vai arrastar, para o resto de seus dias, as cadeias pesadas das enfermidades que adquiriu na enxovia, nessa enxovia para onde foi mandado para se corrigir e onde, ao invés disso, adestrou-se na delinqüência, encheu a alma de ódio e perverteu-se sexualmente".[26]

Diz-se, mesmo, que a prisão é a universidade do crime. Cezar Roberto Bitencourt[27] aponta três fatores que dominam a vida carcerária como um fator criminógeno: materiais, psicológicos e sociais. Nos materiais, há a propensão a doenças (tuberculose, AIDS etc.), por causa das condições estruturais das celas e superpopulação. Nos psicológicos, expõe-se que as prisões ensinam os presos a serem dissimulados e a mentirem para a própria sobrevivência. E nos fatores sociais trata-se da desadaptação ao convívio social.

Um paradoxo da prisão que quer ressocializar (ou socializar?) dessocializando, retirando o indivíduo da sociedade. Conclui, acertadamente, que a prisão é um ambiente criminógeno. No filme, fica claro que é com a entrada no cárcere que se inicia o processo de estigmatização. Mas, a saída é pelas próprias pernas, bambeantes. É um magnífico mecanismo de fazer do delinqüente um evidente delinqüente.

Goffman[28] introduziu o conceito de instituição total que se caracteriza pelos muros altos, arames farpados, alarmes, fossos etc. Nesse local são realizadas as atividades do preso. Há uma autoridade e regras. Todos são tratados de maneira uníssona, realizando suas atividades de maneira pública, vigiada, racional, padronizada. Os objetivos das atividades visam à própria instituição. Desse modo, a médio prazo, há um processo de desculturamento. Perde os vínculos com a reali-

26. DIAS, Astor Guimarães. *A questão sexual das prisões*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 16.

27. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 158, 159.

28. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1992.

dade extra-prisional, modifica valores, perde a própria identidade. É característico o fato de terem todos os presos os mesmos uniformes, um número, uma cela. Ao mesmo tempo, perdem seus objetos, seus documentos. Seus cabelos são raspados. São classificados numa busca de uma contra-individualização da pena. Levados às celas, normalmente, apanham, são violentados sexualmente e tatuados com símbolos que indicam o crime que cometeram. Agora são prisioneiros, como os outros, sem identidade particular. Fazem parte da massa.

Esse ritual, essa passagem é mítica para o prisioneiro, pois o eu anterior não existe mais. Existe um sujeito que é educado para ser bom preso, um homem prisonizado,[29] institucionalizado.[30]

A grande questão, bem analisada por Luiz Flávio Gomes,[31] é: a prisão é um sucesso ou um fracasso total?

A princípio, na concepção "politicamente correto", dir-se-á que é um fracasso total. Entretanto, a prisão, como é, é um sucesso. O Estado não só quer como fomenta essa situação. Um dos motivos é econômico. Veja-se, por exemplo, o trabalho de Nils Christie.[32] Vários setores da sociedade ganham com o crime: empresas de segurança de prédios, bancos e firmas, canis, indústria eletrônica, jornalistas de programas sensacionalistas, polícia, advogados etc. Está tudo funcionando, perfeitamente.

Foucault pergunta por que as prisões, apesar de conterem uma população minoritária, exercem indiscutível fascinação social. Ele crê que as prisões fascinam porque permitem aos "bons, aos cidadãos irrepreensíveis", aos que se consideram socialmente "inocentes" exercer o mal sem limites:

29. PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 158.

30. GOFFMAN, Erving, op. cit.

31. GOMES, Luiz Flávio. Prisões: falência ou sucesso total, www.direitocriminal.com.br, 29 nov. 2000.

32. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

"Todas as violências e arbitrariedades são possíveis na prisão, mesmo que a lei diga o contrário, porque a sociedade não só tolera, mas exige que o delinqüente sofra".

Seria a prisão o lugar no qual se realizam as fantasias sádicas e inconscientes dos "bons"? Parece que sim. Foucault lembra que a prisão ao secretar seu próprio alimento, a delinqüência, está longe de transformar os criminosos em gente honesta:

"(...) serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade".[33]

Suspeita-se que, além dos inegáveis benefícios para o sistema capitalista, o delinqüente serve também para realizar nossas fantasias perversas. Michel Foucault ainda lembra:

"A prisão fabrica delinqüentes, mas os delinqüentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinqüentes servem para alguma coisa. Por exemplo, no proveito que se pode tirar da exploração do prazer sexual: a instauração, no século XIX, do grande edifício da prostituição, só foi possível graças aos delinqüentes que permitiram a articulação entre o prazer sexual cotidiano e custoso e a capitalização".[34]

O que Foucault mostra exaustivamente é que a delinqüência não é, de maneira alguma, apenas fruto do caráter, da educação, do desejo de uma pessoa. A delinqüência é o resultado da tecnologia penal, em especial a da prisão. O ideal da prisão reeducativa é substituído pela realidade da prisão onde não se ensina nada: esta é apenas mais uma maneira de se estar bem seguro de que os marginais nada poderão fazer ao sair do cárcere, a não ser voltar delinqüir.

Foucault mostra-se pessimista quanto à esperança de uma sociedade sem delinqüência, pois um de seus efeitos é um dos principais reguladores da sociedade contemporânea: a polícia. Ele explica:

33. Op. cit., p. 131-132.

34. Foucault, 2000 [1979], p. 132.

"Sem delinqüência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população se não o medo do delinqüente? (...) Esta instituição tão recente e tão pesada que é a polícia não se justifica senão por isso. Aceitamos entre nós esta gente de uniforme, armada enquanto nós não temos o direito de o estar, que nos pede documentos, que vem rondar nossas portas. Como isso seria aceitável se não houvesse delinqüentes? Ou se não houvesse, todos os dias, nos jornais, artigos onde se conta o quão numerosos e perigosos são os delinqüentes?"[35]

É ilusão supor que a polícia só existe para inibir os delinqüentes. A artimanha do poder está em fazer crer que a polícia está apenas de um lado, enquanto que, na verdade, atua nas duas direções: controle e produção de delinqüência e controle e vigilância geral. O jogo duplo do poder condena a sociedade ao ciclo vicioso de produzir a delinqüência para dela se proteger.

6. O desejo do mal

O prólogo da peça é um texto escrito em versos, cujo conteúdo resume o que vamos encontrar no decorrer da narrativa. Vale a pena citá-lo por inteiro:

Atrás desses muros
de tétrico amarelo
atrás dessas grades
de amarga ferrugem
vivem os vivos
que já estão mortos
vivem os homens
que já não são gente.
Por essas janelas
de grade e tristeza

35. Op. cit., p. 137-138.

a esperança não entra
não entra a crença
o sol não entra
por essas janelas.
Atrás desses muros
a noite é tão longa
o frio é tão frio.
E são tantos fantasmas
que apavoram os sonâmbulos
que até pesadelo
seria descanso
na noite tão longa atrás desses muros.
Atrás desses muros não há lenitivo.
O sol não entra por essas janelas.
E muitos dos que estão
atrás desses muros
pela honra mataram
e pela fome roubaram.
E agora, atrás desses muros,
são espectros famintos
moralmente mutilados.
Atrás desses muros não há lenitivo.
O sol não entra por essas janelas.[36]

Os personagens da peça são vivos que já estão mortos, "já não são gente". Há duas formas de entender isto. A primeira, equivocada a nosso ver, seria dizer que eles são desumanizados, que eles se tornaram "animais". A segunda é compreen-

36. B, 26-27. (Localização do ato da peça teatral).

der "gente" como sinônimo de vínculo social. Ou seja, já não tem os vínculos sociais que controlam o "infantil", para retomar o conceito de Bataille. A violência dos "mortos" é tão humana quanto aquilo que a contém – as forças da lei e da cultura.

O autor nos situa dentro de uma longa noite. Sabemos que é durante a noite que nossos desejos proibidos aparecem. Quando o "sol" da razão se põe, a noite pulsional começa:

"Mas quando tudo desapareceu na noite, 'tudo desapareceu' aparece. É a *outra* noite. A noite é o aparecimento de 'tudo desapareceu'. É o que se pressente quando os sonhos substituem o sono, quando os mortos passam ao fundo da noite, quando o fundo da noite aparece naqueles que desaparecem".[37]

É o lado sombrio, noturno, do ser humano que se apresenta em *Barrela*. Na noite, aparece

"o invisível que se faria ver ao abrigo e a pedido das trevas: o invisível é então o que não se pode deixar de ver, o incessante que se faz ver".[38]

Plínio Marcos nos mostra aquilo que, durante o dia, é invisível. Já dissemos mais acima sobre a "invisibilidade" das prisões.

O prólogo ainda diz dos fantasmas que apavoram os sonâmbulos. Maurice Blanchot lembra que "o fantasma" está lá para desviar e apaziguar o fantasma da noite. "Os que crêem ver fantasmas são aqueles que não querem ver a noite" (ibidem). "Até pesadelo seria descanso na noite longa".

Plínio Marcos reconhece que o pesadelo já seria uma forma de apaziguar a noite. Em outras palavras: o ser humano tem um aspecto noturno que ele mesmo desconhece e que, no entanto, o domina, é soberano. Este aspecto é o que Freud chamou pulsão sexual. O pesadelo e o fantasma apenas deixam entrever o pulsional. Ele mesmo é o que Blanchot chama de outra noite. Não é a noite do descanso, do sono e da morte:

37. Blanchot, 1987, p. 163.

38. Ibidem..

"A *outra* noite não acolhe, não se abre. (...) Na *noite*, encontra-se a morte, atinge-se o esquecimento. Mas essa *outra* noite é a morte que não se encontra, é o esquecimento que se esquece, que é, no seio do esquecimento, a lembrança sem repouso."[39]

Para esta *outra* noite, "não há lenitivo".

Para Freud, o pesadelo é um *sonho de angústia*. Nele, realiza-se um desejo inconsciente. São exemplos típicos de sonho de angústia: ser traído, ser perseguido, estar caindo, morte de entes queridos, submeter-se a algo indesejável (tortura, relação sexual etc.). Aparentemente, o sonho de angústia coloca em xeque a tese de Freud que diz que *todo sonho é uma realização de desejo*. Freud resolve esta contradição ao nos lembrar que o desejo pode ser inconsciente. No pesadelo, são os desejos inconscientes, os mais recalcados, que são realizados. Daí a angústia que sentimos diante destes sonhos, cuja representação é inteiramente irracional para o eu consciente. O pesadelo faz aparecer nossa "outra noite", nosso lado noturno que não queremos ver sob a luz da razão e da consciência. Nossa tese é, então esta: o pesadelo de "Portuga" é a realização de um desejo inconsciente. Ao iniciar a peça com um pesadelo, talvez Plínio Marcos também quisesse dizer que toda peça é um pesadelo, como já havia indicado no prólogo. Sendo assim, a partir da psicanálise, perguntamos: que desejo se realiza ali? Que desejo inconsciente é representado através da relação entre os presos, no submundo social? Quem nos dá a resposta é um dos presos, "Louco", que passa toda peça a dizer: "Enraba, enraba!".

O "Louco" é aquele que diz a verdade. Seus gritos de "enraba, enraba!" representam um desejo masculino ligado à homossexualidade e à violência sádica. O auge da peça é, justamente, a realização do desejo do "Louco". E é, de maneira disfarçada, a realização de desejo do pesadelo de "Portuga". Não nos enganemos: "Portuga" poderia ocupar qualquer papel em seu sonho traumático: o seu

39. Op. cit., p. 164.

próprio, o do amante e o de sua mulher. Como nos lembra Freud, o ser humano é um ser dividido. Talvez, no sonho, o próprio "Portuga" seja sua consciência moral que proíbe a traição da mulher. O amante seja uma outra parte dele, parte que deseja realizar-se enquanto homem de uma mulher. Sua mulher, por fim, pode representar – e esta é nossa hipótese – sua parte feminina que quer ser a mulher de um homem. Vejam o que "Tirica" diz para "Portuga":

T: A culpa é do fantasma da tua mulher, que vive te assombrando. Ela é que tem culpa. Não tem nada que vir pegar no teu pé. (...)

P: Pensa que sonho com ela porque gosto?[40]

De fato, é o fantasma da mulher *nele* que o atormenta e que atormenta a maioria dos homens. O próprio "Portuga" admite: o sonho não é bom, é involuntário. Sabemos como o desejo homossexual é angustiante para a maioria dos homens e como eles reagem a este desejo com extrema violência. *Barrela* mostra apenas uma versão do conflito entre o desejo de feminilidade do homem – que vai muito além da homossexualidade – e a defesa contra ele.

"Bereco", chefe da prisão, é também a representação da proibição da homossexualidade ele é explícito:

"Não quero veadagem aqui, não. Tenho nojo de puto, já vou avisando. Vê lá, hein, Tirica. Se virar a mão aqui, te mato de pancada."[41]

"Bereco" chega a ameaçar *castrar* se alguém o desobedecer.

"Bereco", inicialmente, protege "Garoto" e não deixa que os outro presos o violentem. Curiosamente, entretanto, logo em seguida, "Bereco" vai pisar nos calcanhares do "Garoto". A lei que proíbe é também a lei que incita. Num certo sentido, isto também é uma reflexão jurídica: a lei é sádica. É como se Plínio Marcos estivesse nos dizendo: não acreditem que a lei esteja imune ao nosso inconsciente, ao que há de mais sombrio em nós, aos nossos desejos recalcados.

40. B, 32-33. (Localização do ato da peça teatral).

41. B, 45. (Localização do ato da peça teatral).

Se por um lado, ela reprime nossos desejos, por outro, ela os excita e faz com que os realizemos das formas mais perversas e imprevisíveis – por exemplo, fazendo com que aprisionemos homens *para que eles realizem estas fantasias ligadas à feminilidade e à violência.*

Para concluir esta interpretação psicanalítica apontemos para um detalhe na peça que é também importante: quando do atentado violento ao pudor "Tirica" não consegue realizar o ato sexual. Ele também era atormentado pelo fantasma da feminilidade. "Portuga" conta aos colegas de cela o que ouviu de "Morcego", um detento de outra cela: "Morcego" havia violentado "Tirica" quando ele ainda era uma criança, num reformatório. Depois de ser objeto de zombaria de todos – pelo passado e pelo fracasso sexual – "Tirica" pega a colher que estava afiando e crava-a diversas vezes em "Portuga".

Eis o que ensina a psicanálise: muitas vezes é o fantasma da feminilidade, sua recusa e sua provocação, o que está na origem da violência entre os homens. A pergunta que a psicanálise tem para o direito é, então, a seguinte: não estaria a legislação que garante a existência das prisões a serviço de fantasias inconscientes que giram em torno do sadismo e da feminilidade?

7. Minimalismo penal

A resposta do direito à psicanálise é a seguinte: para se extirpar as mazelas da prisionização ou institucionalização só através da abolição da pena de prisão.

Louk Hulsman,[42] jurista holandês, aponta que dificilmente o sistema penal poderia alcançar seus objetivos teóricos, pois

"(...) como todas as grandes burocracias, sua tendência principal não se dirige para objetivos externos, assim para objetivos internos, tais como atenuar suas dificuldades, crescer, encontrar um equilíbrio, velar pelo bem-estar de seus membros – numa

42. HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Trad.. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 58.

palavra, assegurar sua própria sobrevivência. O processo de burocratização e profissionalização, que transpassa o sistema penal, faz dele um mecanismo sem alma."

Entretanto, o que colocar no lugar da prisão. Se não tiramos razão à psicanálise, também não nos locupletamos totalmente ao defender a extirpação prisional sem nada colocar no lugar. Antes, então, do abolicionismo, a solução mais imediata seria o minimalismo penal, com descriminalização e despenalização (composições, transações, exigir representações, suspensão do processo etc.). Como conclui Shecaira,[43]

"(...) não há condições políticas e culturais para a realização em curto e médio prazo de um programa abolicionista em nossas sociedades, mas não se pode deixar de lado a crítica, enquanto instrumento e meio, para que se tenha uma ampla política de descriminalização, acompanhada da experimentação, com intervenções alternativas à Justiça Criminal (*diversion*), para que a concretização de reformas possa diminuir a distância até a meta final."

No caso mesmo do filme em discussão, hoje, não mais seria possível a prisão do garoto pela prática de lesão corporal simples, observada a Lei 9.099/95 que, em seu art. 2.º, aponta que o processo, nas infrações de menor potencial ofensivo, além da simplicidade, celeridade, economia processual e oralidade, deve buscar a conciliação e a transação. Impede-se, em decorrência do pontuado no art. 69, parágrafo único, da mesma lei ordinária, a prisão em flagrante daquele que assumir o compromisso de comparecer ao Juizado em data a ser designada. Evita-se, assim, a violência institucional marcada pelas *cerimônias degradantes*.[44]

Nesse viés, é imprescindível a mudança de visão do problema criminal. A introdução do *labelling approach* possibilita que a investigação criminológica se desloque, como aponta Baratta,[45]

"(...) das causas do comportamento criminal em direção às condições a partir das quais, numa dada sociedade, as etiquetas da criminalidade e o estatuto

43. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 360.

44. Idem, p. 319.

45. BARATTA, Alessandro. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 13, p. 147.

do criminoso são atribuídos a comportamentos e a sujeitos, e para o funcionamento da reação social informal e institucional".

É claro que esse pensamento considera o problema da criminalidade insolúvel dentro dos marcos da atual sociedade. Mas, também é verdade, que o sistema como existe deve ser repensado.

É indissociável a idéia de que o sistema punitivo é seletivo e estigmatizante. Em *Barrela* não se vê preso o *white colar criminal* ou os políticos corruptos que usurpam do patrimônio coletivo. São ladrões, assaltantes, usuários de drogas, a grande maioria. Negros ou nordestinos. O sistema parte da falsa percepção da realidade de que os crimes mais graves são os crimes de cunho não-coletivos e/ou não-difusos quando, na verdade, são esses os crimes que atingem mortalmente os mais caros bens-jurídicos.

8. Das conclusões

O que determina um clássico? Entre os quesitos para eternizar uma obra de arte está a atemporalidade. *Barrela* ficou censurada por duas décadas, causou polêmica ao ser liberada e chega atual ao século XXI do Brasil das desigualdades. *Barrela* evidencia as mazelas do sistema carcerário, as relações de oprimido e opressor, pequenas autoridades e grandes frustrações. Nada mais atual.

Quase cinco décadas depois, *Barrela* ainda pode incomodar. Não é uma alegoria datada nem uma mera reprodução do real: é uma peça de grande profundidade psicológica e social, atemporal porque escapa ao maniqueísmo.

A obra não envelhecerá tão cedo, pois, ao denunciar a hipocrisia das "ideologias da ressocialização", atinge o sistema penal em sua estrutura ao avaliar que não há o que ser ressocializado se, antes, não for socializado. Resgatar é buscar uma coisa que já se teve e se perdeu...

Dentro dos presídios, em condições subumanas e na promiscuidade, ocorre toda sorte de infecções e violências. A violência sexual, por razões diversas, é bastante presente e sempre tem um sem-número de vítimas. Muitos presos que es-

tão infectados pelo HIV são vítimas de violência sexual, gerando, conseqüentemente, novos infectados.

De fato, como bem pontua Pádova,

"(...) acabaram-se as ilusões sobre o discurso que ainda hoje legitima o sistema penal, uma vez que, no âmbito da execução da pena, soa totalmente falso se falar em reeducação, ressocialização, reinserção, repersonalização, ou outra coisa pertencente ao grande conjunto de fins propostos que jamais foram alcançados. (...) A imediata redução do sistema penal e a criação de mecanismos garantidores de uma máxima contenção do poder punitivo do Estado, representando, no dizer de Maria Lúcia Karam, um rompimento com a fantasia perversa que sustenta a opção penal, são, assim, um necessário passo em um caminho mais longo, mas nem por isso inatingível, de uma futura superação da própria reação punitiva."[46]

Razão a Nilo Batista quando aponta, como o pior bandido, o próprio Estado porque suas instituições são formas de seqüestrar os cidadãos gerando inúmeros micro-poderes. Nessas instituições, desconstroem-se cidadãos e criam-se sujeitos marginalizados.

Zaffaroni adverte que "a prisão ou jaula é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja característica mais saliente é a regressão, o que não é difícil de explicar. O preso, o prisioneiro é levado a condições de vida que nada têm que ver com as de um adulto; é privado de tudo o que usualmente o adulto conhece. Por outra parte, sua auto-estima é lesionada de todas as formas imagináveis: perda de privacidade e de seu próprio espaço, submetimento a comportamentos degradantes (...)"[47]

46. JUNIOR, Antônio de Pádova Marchi. Abolicionismo criminal. *Dominus CD-Rom*... Belo Horizonte: Dominus Legis.

47. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 59, tradução livre.

Apesar, disso tudo, "é possível que, no futuro, a pena privativa de liberdade tenha a morte decretada, declarando-se definitivamente seu sepultamento na História."[48]

9. Bibliografia

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Violência e cidadania. Violência em debate.* Coleção Polêmica. Márcia Kupstas (org.). São Paulo: Moderna, 1997.

BARATTA, Alessandro. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 13.

BATAILLE, Georges. *La littérature et le mal.* Paris: Gallimard, 1957.

BATISTA, Nilo. *Temas de direito penal.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições.* São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BLANCHOT, Maurice. *O espaço literário.* Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: CONAN, 1995.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime.* Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Astor Guimarães. *A questão sexual das prisões.* São Paulo: Saraiva, 1955.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1992.

48. LEAL, César Barros. *Prisão*: crepúsculo de uma era. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 127.

GOMES, Luiz Flávio. Prisões: falência ou sucesso total. www.direitocriminal.com.br. Acesso em 29 nov 2000.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Trad. por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JUNIOR, Antônio de Pádova Marchi. Abolicionismo criminal. *Dominus CD-Rom*. Belo Horizonte: Dominus Legis, 2005.

LEAL, César Barros. *Prisão*: crepúsculo de uma era. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SARTRE, Jean-Paul. *Baudelaire*. Paris: Gallimard, 1949.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

ZANOTTO, Ilka Marinho. Descida aos infernos. In: Marcos, Plínio. *Melhor teatro*. São Paulo: Global, 2003, pp. 7-20.