ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

36

Ano 9 • outubro-dezembro de 2001

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 9 • n. 36 • outubro-dezembro de 2001

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica e revisão: Microart Com. e Editoração Eletrônica Ltda. ME.
CNPJ 03.392.481/0001-16
Impressão e Acabamento: Editora Parma Ltda.
CNPJ 62.722.103/0001-12

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Os vários conflitos bélicos surgidos no final do século passado e, infelizmente, já no início deste, demonstram, mais uma vez, no mundo globalizado, que o domínio da comunicação é a grande arma da atualidade. Em verdade, constitui um poder. O poder de retratar os fatos imediatamente, manipulados ou não, para qualquer parte do mundo e da forma como aprouver.

Por isso, os meios de comunicação e o processo globalizador (criador e criatura, meio e fim, ou irmãos siameses) têm, como premissa maior, tornarem-se o interlocutor único e soberano de todos. Os detentores do poder encontraram na comunicação e no consumo global a moderna forma de tirania planetária.

O globalismo (discurso que sustenta e legitima a globalização), através dos meios comunicativos atuais, procura destruir a soberania política de cada nação, substituindo-a por uma ideologia do domínio do mercado mundial. O valor econômico se sobressai a tudo e a todos, a qualquer preço. As transnacionais estão acima dos interesses de qualquer nação, que, cada vez mais, vê sua soberania relegada a segundo plano, sob a pueril e simples alegação de que é empecilho para o mundo moderno.

Embora a Internet seja cada vez mais acessível às classes menos favorecidas (aqui, no campo da informática, a imposição do consumo desenfreado acaba por gerar um veneno que lhe pode ser mortal), são cada dia mais raros os meios de comunicação através dos quais se consegue transmitir opiniões contrárias a essa tirania.

Quando a notícia interessa à classe dominante, o fato e a imagem – coisas distintas que, manipuladas, se confundem segundo os interesses dos manipuladores – caem sobre as cabeças de todos, impondo um pensamento único.

"O discurso sobre globalização é a história dos vencedores contada pelos próprios".[1]

É quase impossível nadar contra essa correnteza. Analisar os fatos com isenção, verificar as causas e considerar os efeitos com parcimônia, hoje, tornou-se um privilégio de poucos.

O terrorismo, cada vez mais ousado e assustador, é atribuído, pelo globalismo, a um povo tresloucado, fanático e atrasado. Porém, apesar dessa imagem negativa, seu crescimento está a demonstrar que a causa transmitida pelos meios de comunicação, efetivamente, não é real.

Aquilo que não compõe o discurso globalizador, mesmo que seja o ideal legítimo de um povo (sua energia mobilizadora) há que ser rejeitado a todo custo. Opor-se a esta renúncia significa estar contra os interesses da maioria.

Os direitos fundamentais do homem são, em nome do progresso, cada vez mais desrespeitados, mesmo constituindo vínculos substanciais de uma democracia política. Os direitos de liberdade constituem, dessa forma, a substância de um regime demo-

(1) SOUZA SANTOS, Boaventura de. *As tensões da modernidade*. Fórum Social Mundial. Biblioteca de Alternativas. Disponível na Internet.

crático desde que seu exercício não crie obstáculo para o processo globalizador. Caso contrário, são violados inexoravelmente, não importando a crise de legalidade ou mesmo a crise de constitucionalismo geradas.

Nesse aspecto, vivemos, no dizer de Luigi Ferrajoli, "a crise da razão jurídica; não só do caos normativo e da ilegalidade generalizada aqui referidos, mas também da perda de confiança naquela *artificial reason* que é a razão jurídica moderna, que erigiu esse singular e extraordinário paradigma teórico e normativo que é o Estado de Direito".[2]

Urge, portanto, sob todos os aspectos, repensar e reconstruir os valores maiores do homem. Há que se interromper esse genocídio globalizado.

Nesse sentido, hoje, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais constitui uma trincheira importante na luta contra a violação aos direitos fundamentais do homem, aos direitos de liberdade, aos direitos sociais, ao respeito à dignidade da pessoa humana, enfim, à democracia.

Por sua vez, os meios através dos quais o IBCCrim se manifesta, cada vez mais, tornam-se armas importantes de defesa dos valores maiores do homem.

Dentre esses, sem dúvida, destacam-se a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* e o Seminário Internacional realizado em São Paulo, anualmente. Neste aspecto, este número 36 da *Revista* e o VII Seminário Internacional do IBCCrim se completam.

Eduardo Galeano surge como uma grande novidade. Pela primeira vez na história dos Seminários do IBCCrim alguém que não é especializado em direito fez sua abertura. Uniram-se a este sociólogo uruguaio os juristas internacionais Jesús-Maria Silva Sánchez ("Proposta de uma política criminal"); Rene van Swaaningen ("Novas formas de controle social no século XXI"); Alicia González Vidaurri ("Globalización, post-modernidad y política criminal"); Francesco C. Palazzo ("Valores constitucionais e direito penal"); Dimitri Christopoulos ("Terrorismo, direitos humanos e direito penal internacional"); Jorge de Figueiredo Dias ("O direito penal e a tutela das gerações futuras"), além de outros não menos importantes. Estes são alguns dos estrangeiros que, ao lado de outros destacados pensadores brasileiros, analisaram as atuais preocupações sociais, fornecendo preciosas contribuições para a busca conjunta de soluções.

Por sua vez, neste número, a *Revista* também retrata a preocupação com temas instigantes e atuais, não só de âmbito nacional, como também internacional. Julita Lemgruber, Edmundo Oliveira, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, Urbano Ruiz, Silvia Pimentel e Valéria Pandjiarjian, Carlos Alberto Salles, Rômulo de Andrade Moreira, Rui Stoco e Heloísa Estellita Salomão propiciam temas para esta 36.ª *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, que procura, assim, promover o debate sadio e a busca da eficácia do direito no mundo globalizado em que vivemos.

Desta forma, na qualidade de promotor de idéias e gerador de buscas de soluções voltadas para um direito penal fundado nos valores fundamentais do homem, é que este 36.º volume de nossa *Revista* registra e divulga algumas idéias e debates refletidos também no VII Seminário Internacional, esperando, com isso, ter contribuído para um mundo mais justo.

MARCO ANTONIO R. NAHUM

(2) *Revista do Ministério Público* 61/32, ano 16, Portugal, jan./mar. 1995.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 Globalización, post-modernidad y política criminal – ALICIA GONZÁLEZ VIDAURRI 9

1.2 Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal – JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ 33

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Responsabilidade penal da pessoa jurídica e a proteção ao meio ambiente: finalidade e aplicação – CARLOS ALBERTO DE SALLES ... 51

2.2 Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa – CARLOS AUGUSTO CANÊDO e LÚCIO CHAMON JUNIOR 68

2.3 Reflexões sobre a questão agrária – DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR 89

2.4 Considerações sobre o sigilo bancário – JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR 102

2.5 A reforma do Código de Processo Penal – RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA 132

2.6 Tribunal do Júri e o Projeto de Reforma de 2001 – RUI STOCO 190

2.7 Legítima defesa da honra – SILVIA PIMENTEL e VALÉRIA PANDJIARJIAN 237

2.8 A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas – URBANO RUIZ 251

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões – ALBERTO ZACHARIAS TORON 257

3.2 Responsabilidade fiscal: novos parâmetros para o Poder Público – ANDRÉ RAMOS TAVARES 273

3.3 Da competência nos delitos de lavagem de dinheiro – ÂNGELO ROBERTO ILHA DA SILVA 305

3.4 Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP – Aspectos gerais – HELOISA ESTELLITA SALOMÃO 309

4. CRIMINOLOGIA

4.1 Vitimologia: tendência ou inclinação da vítima para o crime – EDMUNDO OLIVEIRA 351

4.2 A mulher e o sistema de justiça criminal: algumas notas – JULITA LEMGRUBER 370

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1 A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana – THEODOMIRO DIAS NETO 383

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1 Corrupção, crime organizado e democracia – FLÁVIA SCHILLING. 401

6.2 Crime, castigo e distopia no capitalismo global – LAURINDO DIAS MINHOTO 410

7. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

7.1 Lei 10.259, de 12.07.2001 – Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal 421

7.2 Lei 10.268, de 28.08.2001 – Altera dispositivos do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal 425

7.3 Provimento CSM 758, de 23.08.2001 (Conselho Superior da Magistratura de São Paulo) – Regulamenta a fase preliminar do procedimento dos Juizados Especiais Criminais 425

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 427

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 37 • janeiro-março • 2002

• **Democracia e Cidadania no Brasil**

Miguel Reale Júnior

• **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder – Uma valoração crítica e ulteriores contribuições**

Kai Ambos

• **La Ley Penal en blanco: concepto y cuestiones conexas**

Klaus Tiedemann

• **Execução penal**

Eduardo Pereira Santos

• **Vitimologia e direitos humanos**

Eduardo Mayr

COLABORADORES

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Advogado criminalista. Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (95/96). Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro fundador do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

ALICIA GONZÁLEZ VIDAURRI

Diretora de pesquisas do Instituto Nacional de Ciências Penais do México. Licenciada em Direito pela Universidade Ibero-americana. Doutora em Direito Penal e Criminologia da Universidade de Roma na Itália. Professora de Política Criminal. Professora pesquisadora titular do Inecip.

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Professor, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Ex-Procurador Municipal.

ÂNGELO ROBERTO ILHA DA SILVA

Procurador da República. Suplente do Coordenador de Núcleo da Escola Superior do Ministério Público da União no Estado do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CARLOS ALBERTO DE SALLES

Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor do Mestrado da Universidade Católica de Santos e do Curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado. Promotor de Justiça em São Paulo.

CARLOS AUGUSTO CANÊDO

Professor nos cursos de graduação e pós-graduação das Faculdades de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

Juiz de Direito em São Paulo. Membro da Associação Juízes para a Democracia. Membro do Conselho Diretivo da *RBCCRIM*.

EDMUNDO OLIVEIRA

Professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Pará. Professor titular de Deontologia Médica e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Pará. Ph.D em Direito Penal com Pós-Doutorado pela Universidade de Paris 2 – Sorbonne, França. Jurista Sênior pela Escola de Direito da Universidade de Miami, Flórida, Estados Unidos. Membro do Comitê de Direção da Sociedade Internacional de Criminologia em Paris, França. Membro representante do Brasil da Fundação Internacional Penal e Penitenciária em Berna, Suíça, órgão criado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Consultor científico da ONU em matéria de Direito Penal e Criminologia.

FLÁVIA SCHILLING

Professora Doutora da Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo.

HELOISA ESTELLITA SALOMÃO

Mestre em Direito pela Universidade Estadual de São Paulo. Doutoranda em Direito Penal na Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra. Professora de cursos de graduação e pós-graduação. Advogada.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal Universidad Pompeu Fabra.

JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR

Juiz Federal. Especialista em Direito Penal pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

JULITA LEMGRUBER

Socióloga e Diretora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Ex-Diretora-Geral do Sistema Penitenciário e Ouvidora de Polícia no Estado do Rio de Janeiro.

LAURINDO DIAS MINHOTO

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Professor assistente de Ciência Política e Teoria Geral do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Conselho Editorial do jornal britânico *Social & Legal Studies*.

LÚCIO CHAMON JUNIOR

Pesquisador nas áreas de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador na graduação. Membro da Association Internationale de Droit Penal e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e ao Movimento do Ministério Público Democrático. Especialista em Direito Público e em Processo em curso coordenado pelo Professor Calmon de Passos.

RUI STOCO

Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal e Relator do Projeto do Júri. Juiz de Direito em Segunda Instância. Pós-graduado em Direito Processual.

SILVIA PIMENTEL

Professora Doutora em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora do Cladem-Brasil, seção nacional do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. Membro do Conselho Diretor do Instituto para Promoção da Eqüidade (IPÊ), da Comissão de Cidadania e Reprodução (CCR) e do Conselho de Especialista do Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA).

THEODOMIRO DIAS NETO

Advogado criminal. Mestre em Direito pela Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América. Doutor em Direito pela Universidade de Sarre, Alemanha. Membro do Conselho Científico do Ilanud.

URBANO RUIZ

Magistrado em São Paulo. Membro da Associação Juízes para a Democracia.

VALÉRIA PANDJIARJIAN

Advogada e pesquisadora formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro integrante do Cladem-Brasil e do Instituto para Promoção da Eqüidade (IPÊ), organizações não-governamentais pelas quais desenvolve trabalho de investigação, consultoria e treinamento em Direito Internacional dos Direitos Humanos, com ênfase para questões de gênero, discriminação e violência.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

GLOBALIZACIÓN, POST-MODERNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL

ALICIA GONZÁLEZ VIDAURRI

SUMARIO. 1. Introducción – 2. Modernidad político-jurídica: 2.1 Concepto; 2.2 El Estado y la soberanía; 2.3 El contrato social entre el vencedor y el vencido; 2.4 Territorialidad de la ley y Estado de Derecho; 2.5 Características del Estado de Derecho; 2.6 La crisis del Estado Moderno de bienestar social y el neoliberalismo – 3. La posmodernidad político-jurídica en los países periféricos: 3.1 Concepto; 3.2 El Estado Neoliberal y el cambio de los paradigmas ideológicos; 3.3 Modernidad y posmodernidad político-jurídica global; 3.4 La post-modernidad en el Derecho interno mexicano: 3.4.1 El inicio de la investigación por sólo tener sospecha; 3.4.2 La infiltración de agentes informantes; 3.4.3 Arraigo de sospechosos; 3.4.4 Reserva de la identidad del denunciante, por protección; 3.4.5 Averiguación previa, indicios, sospecha. Características de las personas, del lugar y de los medios para intervención de las comunicaciones privadas; 3.4.6 Colaboración eficiente en la investigación, de particulares que sean concesionarios, permisionarios y demás titulares de los medios o sistemas susceptibles de intervención; 3.4.7 Indicios suficientes y presunción fundada de que alguien es miembro de la delincuencia organizada, para el aseguramiento de sus bienes; 3.4.8 Delación y colaboración por parte de los miembros de la delincuencia organizada, cuando no haya averiguación previa, durante la averiguación previa, durante el proceso penal y después de emitida la sentencia; 3.4.9 Reducción de penas a los colaboradores y delatores; 3.4.10 Recompensas a colaboradores particulares; 3.4.11 Denuncias anónimas y verificación de las mismas: Una investigación anterior a la averiguación previa; 3.4.12 Reclusión selectiva para procesados y sentenciados delatores o colaboradores; 3.4.13 Negación de los beneficios de la libertad preparatoria, de la condena condicional, preliberación y de remisión parcial de la pena, a los no delatores o colaboradores; 13.4.14 El porvenir de la Política criminal – 4. Conclusiones.

Resumen: Sustentando la tésis que la globalización económica del mundo contemporáneo a portado consigo la globalización jurídica en materia penal y transformado sus principios rectores surgidos de la modernidad, se analiza el caso de México con relación a las imposiciones jurídicas internacionales y la política criminal que conlleva.

Palabras-clave: Globalización – Post-modernidad – Política criminal.

1. Introducción

Este sugestivo título me conduce a abordar y a reflexionar sobre los parámetros de la modernidad en el derecho, en el Estado y en la Política criminal.

El tema debemos enmarcarlo en esta era, de lo que se ha llamada tercer capitalismo, en el que los fenómenos de la globalización económica y tecnológica están desintegrando el concepto de soberanía de los estados y consecuentemente se han venido eliminando también asuntos como el de los orígenes, la tradición y los vínculos comunitarios que eran característicos de la diversidad que identificaba a los pueblos.

La organización del nuevo proceso de producción cambió los estilos de vida personal y los rasgos de urbanización de la ciudad, que se ha convertido en un fluir de personas que se mueven en todas direcciones para vender su fuerza de trabajo sin otro fin que el consumo de objetos y espectáculos, trayendo como consecuencia el cambio de la axiología individual y colectiva.

En el mundo de hoy todas las actividades deben asumir la forma de trabajo contabilizable y computable y todas las necesidades la forma de demanda mercantil. En el mercado planetario nada tiene ya lugar y tiempo determinados. Con esto se ha privado al trabajo de todo contenido humano, la parcialización de la producción para obtener mayores beneficios, hace imposible que el trabajador perciba el objeto último del producto terminado con lo cual se pierde el sentido y la sensación gratificante de la creatividad personal.

La nueva forma de vida impuesta por las estructuras económicas de este fin de siglo disminuye la producción de sentido ligada a la comunicación social, a los vínculos de pertenencia, al morar y estar juntos para un objetivo común. Ya no se encuentran recursos ni motivos nuevos en el obrar individual y colectivo, pero si se identifica a los nuevos enemigos: los drogadictos, los inmigrantes, los pobres, los incapacitados, todos aquellos no susceptibles de integrarse al nuevo sistema de producción.

La paradoja consiste en que el sistema económico globalizador excluye del mismo a la mayoría de los habitantes del planeta, su diseño y puesta en práctica prevé la marginación de aquellos que no se encuentran en condiciones laborales competitivas a nivel internacional, beneficiando a los mismos de siempre, a los pocos que deciden por todos.

Los diseñadores del sistema han previsto y constatado los problemas sociales que acarrea, por lo cual no es casual el interés creciente en abordar y enfrentar fenómenos como los de la emigración y la delincuencia.

Sin embargo, al mismo tiempo y hasta donde es posible, se ha querido cuidar la formalidad de las libertades políticas en que teóricamente descansa la democracia moderna. Para el modelo económico adoptado la libertad política corre en paralelo a la libertad comercial, por lo tanto no se toleran las dictaduras abiertas, al estilo aquel de los años setenta, sino que se ha recurrido a otra forma de control

social, presente desde la existencia misma del Estado, que es el sistema de justicia penal y la policía.

Pero ya no es la policía en su papel tradicional para prevenir delitos y proteger la vida social sino de una policía redimensionada, en cuerpos especializados para cada uno de los problemas que afectan al nuevo orden económico mundial: la emigración masiva, la desocupación generalizada, la protesta colectiva y la delincuencia organizada en todas sus facetas.

Esas circunstancias traen como consecuencia la parcialización y sectorización de los marcos normativos, de ahí que presenciemos una explosión de leyes especiales y de reformas a las reformas, para legitimar y dar cauce jurídico a las nuevas necesidades de control social y para ello se renuncia a los principios jurídicos de la razón ilustrada, pues éstos han dejado de ser los *adecuados* a partir de la segunda revolución industrial porque ya no garantizan un *adecuado* control social.

Ante este breve marco de referencia y dentro de las inquietudes de esta reunión nos aventuramos a afirmar que los principios jurídicos de la modernidad nunca llegaron a actualizarse en nuestro medio. Y ahora nos encontramos con la paulatina supresión de los mismos sin haberse logrado su plena vigencia.

2. *Modernidad político-jurídica*

2.1 Concepto

Denominamos *modernidad político-jurídica* al conjunto de principios generales de ese carácter, que se fueron institucionalizando a partir del siglo XV y que conformaron la base ideológica de los principados, de las monarquías, de las repúblicas, de los estados y de los imperios de occidente, hasta finales del siglo XX.

2.2 El Estado y la soberanía

Para Maquiavelo (1469-1527) "todos los estados o dominaciones que han tenido o tienen imperio sobre los hombres, han sido y son o repúblicas o principados" (Maquiavelo, 1995, p. 15).

Para Bodino (1979, p. 57), la república es "el justo gobierno de varias familias y de lo que tienen en común con poder soberano (1576)".

Con ello se concretan dos grandes categorías en la forma de dominación, dependiendo del ente plural o singular que la ejerza: Si es plural, la República, si es individual, el Principado, y lo importante consiste en que esas soberanías deben ejercerse por el sujeto individual o colectivo que detentaba en poder, con total independencia y autodeterminación, sin importar el sistema de gobierno que impera sobre el sujeto-objeto en quien recae el imperio, esto es la Nación asentada en un territorio específico.

Este ha sido el modelo estructural que desde entonces ha tenido múltiples formas de manifestarse y de definirse, pero que constituye el mismo mecanismo moderno de control social.

Tomás Hobbes (1588-1679) al estructurar su concepto de *Estado*, lo consideró como un ser artificial, vivo y dinámico, creado por un acuerdo entre los hombres, para lograr la cohesión entre sus miembros y obtener la seguridad de su supervivencia. Pero dejó claro que al autorizarsele todas sus acciones, la *soberanía del Leviatán* no podía estar dividida, por lo tanto, ejercería su dominación sin limitación alguna (Hobbes, 1987).

Por su parte J. J. Rousseau hizo descansar el poder del Estado, como producto del contrato social (1762), en la *soberanía popular* a la cual consideraba inalienable e indivisible, porque: sin soberanía popular el Estado se vuelve autocrático y por tal, se envilece, "permitiéndose que pasen subrepticiamente bajo el nombre de leyes, decretos inicuos que tienen únicamente como objeto un interés particular".

A su vez Emmanuel J. Sieyès en 1791, para calmar el temor de la burguesía, matizó la fuerza de la soberanía popular propuesta por Rousseau, y concibió la idea de la soberanía nacional, distinguiendo a los ciudadanos en activos y pasivos, de manera que "todos tienen derecho a la protección de su persona, de su propiedad, de su libertad, pero no todos tienen derecho a tomar parte activa en la formación de los poderes públicos... (sino) solo aquellos que contribuyen al establecimiento público son (como) los verdaderos accionistas de la gran empresa social" (Sieyès, 1983, p. 23 y 24).

Esta solución intermedia permitió que las clases poderosas mantuvieran su soberanía y aceptaran la posibilidad de contar desde entonces, con la teórica participación de la voluntad general en el desempeño de la cosa pública.

Así, Hobbes tuvo razón pues él Leviatán se impuso y no la soberanía popular, pero ésta se convirtió en un discurso ideológico, que ha ocultado al verdadero dominador, que aún hoy permanece y que tiene mayor o menor eficacia, dependiendo de las correlaciones de fuerza económicas, políticas y sociales que se den en el Estado de que se trate.

2.3 El contrato social entre el vencedor y el vencido

La modernidad inventó la ideología del *hombre libre, pero responsable dentro del contrato social*, esto es a un sujeto controlado por su contraparte el *Estado*, constituido por el poder económico-político, integrado por los poseedores de los medios de producción. De manera que la obligación del individuo particular no poseedor fue aprender las nuevas formas de producir, para permanecer ahora sujeto a las *casas de trabajo* si no tenía empleo o a las *casas de corrección*, si había cometido algún delito. Ambos tipos de casas eran propiedad particular de burgueses que obtenían lucro de la explotación de esa mano de obra. Con el pasar del tiempo se descubrió que el poner a muchos hombres a producir en esos espa-

cios cerrados, redundaba en alta productividad, a menor costo y con mayor plusvalía para el propietario, originándose así la fábrica y las primeras grandes acumulaciones de riqueza que darán origen al capitalismo.

2.4 Territorialidad de la ley y Estado de Derecho

La soberanía implicaba el ejercicio exclusivo del dominio sobre la nación que ocupaba un territorio determinado, mediante la creación y aplicación de normas con carácter obligatorio en ese mismo ámbito geográfico. En algunos casos se consideró como una extensión del territorio a los barcos nacionales en alta mar o a los aviones nacionales en el espacio aéreo internacional, o a los mismos, estacionados en los puertos de un país extranjero, así como las embajadas o legaciones nacionales en territorio de otra nación.

Por lo tanto, la ley nacional regía sobre ese territorio y no había posibilidad de la existencia de leyes con jurisdicción extraterritorial.

Pero a su vez, en esa relación, el Estado tenía que regirse por normas de derecho, de manera que sólo podría hacer lo que jurídicamente estaba previsto en función de su acuerdo con la voluntad del dominado. Entre sus obligaciones se establecieron por primera vez los llamados derechos ciudadanos y las garantías fundamentales de las personas, que identificaban el poder del Estado Contractual, que aparecía como contraparte del Estado Absolutista.

2.5 Características del Estado de Derecho

Para que un Estado pudiera considerarse de Derecho debía cumplir como mínimo, los siguientes principios:

a) el *respeto de la soberanía popular* en la creación de las reglas y de las normas jurídicas, por las cuales debían regirse quienes ejercían el poder del Estado y los particulares;

b) la *división y equilibrio de poderes públicos* para que pudieran contenerse y controlarse unos con otros;

c) la *responsabilidad de los servidores públicos* por violación a las normas de derecho en el ejercicio de sus funciones; y

d) la *protección jurídica efectiva de las personas y de sus derechos, respecto a los abusos del poder,* realizados por los servidores públicos directamente o a través de otros incitados por aquellos.

Si falta alguno de ellos, el Estado no es de derecho, sino de poder.

Aparecen entonces *dos sujetos en la relación jurídica*: Por una parte el Estado y por otra, los ciudadanos. El *Estado* que se constituyó como un ente abstracto, pero detrás del cual están las personas que con poder económico, político o simplemente con violencia, ejercen su dominación, a través de los servidores públicos. Y los *Ciudadanos* que tenían poder y propiedad.

No obstante esas buenas intenciones, la soberanía popular en ciertos países no ha sido respetada y las normas jurídicas se crean en su nombre, pero constituyen un instrumento legitimador de la violencia de los poderosos que controlan el Estado y que por sí, o a través de los órganos de administración del derecho, aplican legislaciones espurias que no respetan los principios generales del derecho moderno.

Así, la modernidad enseñó que el Estado de poder personal podía ser cambiado por el Estado de Derecho y que la convivencia social podía construirse con base en normas jurídicas que tuvieran carácter universal, pues presumía la igualdad y la buena fe de todos, no obstante que las partes del contrato eran plenamente desiguales.

Por ello la estructura social que se derivó del *contrato* fue vertical y jerárquica. Por eso el derecho puede proponer en el ámbito normativo muchos beneficios, pero eso no significa que se obtengan el plano de lo real pues el derecho se resuelve por poder, ya que es clasista en su creación y en su aplicación.

Actualmente impera la lógica del mercado y no la del respeto al otro. Las normas que establecen las garantías individuales han quedado escritas en las constituciones políticas, en los códigos y en los tratados internacionales, pero han sido sistemáticamente conculcadas por las necesidades del sistema de producción capitalista y hoy neoliberal cuyos principios se basan en la libre competencia, que busca la máxima ganancia al menor costo. Se construyó una estructura social basada en la voluntad del más fuerte, por lo cual en ella no es posible que se alcancen la democracia, la justicia y tampoco la libertad prometidas.

Se vive esa sociedad con ese Derecho que durante el siglo XX se ha reproducido hasta el paroxismo y que ha hecho perder la confianza en él, pues solo ha servido para discriminar, excluir y marginar a todos aquellos que no entran en sus parámetros; que no ha realizado la integración ni el consenso, sino que ha construido estigmas y diferencias activando el disenso.

Se construyó un sistema de *universal inclusión* donde se creyó que todo era posible a través del derecho y además, que solo era posible dentro de sus reglas. Pero el derecho no puede abarcar todos los comportamientos humanos, y en su interés no tienen cabida los intereses ajenos ni la diversidad de los otros. Por tanto, la universal inclusión jurídica genera violencia contra todos aquellos que no se acomodan a su imperio y voluntad, convirtiéndolos en *universal exclusión* susceptible de ser perseguida y criminalizada.

Es por eso que el derecho moderno se convirtió en un sistema cerrado y ciego que no ve hacia afuera de su sistema y solo se ve, y sirve a sí mismo. Dice referirse a la realidad social, pero no es cierto pues nace, se desarrolla y muere en sus propias construcciones ideológicas y discursivas, auto-reproduciéndose en sus propios principios y dogmas.

2.6 La crisis del Estado Moderno de bienestar social y el neoliberalismo

Cumplido su ciclo, el Estado capitalista que se convirtió, de bienestar social a mediados del siglo XX, adquirió la forma neo-liberal, al final del mismo siglo y

el horizonte moderno se apagó para crear la estructura jurídica posmoderna que se presenta descarnada.

En el campo del sistema de producción neoliberal, se están acabando los contratos laborales colectivos y personales que permitían la permanencia definitiva de los trabajadores en sus centros de trabajo. Como consecuencia se provoca inseguridad en los individuos y en sus familias, porque en cualquier momento pueden perder la fuente de sus ingresos y pasar a engrosar el ejército de los desempleados.

Se privilegia la contratación civil por servicios profesionales independientes, aunque los empleados tengan una relación de subordinación continua y permanente con su patrón, para evitar las obligaciones legales de los empleadores, como eran el pago de los servicios de seguridad social, los aguinaldos, las vacaciones y las jubilaciones.

Como consecuencia se amplía la jornada laboral, según las necesidades de la producción, quedando en el pasado la garantía de las 8 horas de trabajo al día. Desaparecen los subsidios para los bienes básicos, que estaban establecidos para la supervivencia de las masas populares. Se desestructura la organización sindical colectiva, rompiéndose los lazos solidarios de una parte de la sociedad civil. Se promueve y permite la formación de grandes monopolios y sucumben la mediana y pequeñas empresas que no poseen tecnología para poder competir. Millones de personas salen del aparato productivo al perder sus empleos y van a engrosar o las tasas de criminalidad, o los índices de la economía informal.

Aparece la perspectiva del "Horror Económico"[1] la posibilidad, que esas masas de individuos marginales constituyan un ejército de hombres de desecho que no servirán siquiera, para ser explotados. Que morirán prematuramente víctimas de enfermedades que son curables, por falta de medios económicos y de servicios médicos gratuitos. Para esos pobres la expectativa de vida se reducirá, pero es probable que antes de morir, peleen y no dejen a los poseedores disfrutar en paz, de sus excedente y de sus posesiones.

Ante esa perspectiva el sistema capitalista neoliberal puso en marcha la estrategia del *control social global*, que es el resultado del cambio de paradigma económico político, para la defensa, desarrollo y permanencia de ese nuevo sistema de producción-dominación.

3. La posmodernidad político-jurídica en los países periféricos

3.1 Concepto

Denominaremos como posmodernidad político-jurídica a la imposición de reglas de control social internacional, que hacen los países centrales, a los Esta-

[1] FORRESTER, V. *El horror económico*. México : Fondo de Cultura Económica, 1997. Cf. también: MERGIER, Anne Marie, "Del horror económico a una extraña dictadura". *Revista Proceso*, Semanario de Información y Análisis, núm. 1219, 12 de marzo del 2000, México, DF, p. 54-56.

dos periféricos, obligándolos a pasar de la premodernidad en que viven, a la posmodernidad del control legal y de facto, extra-territorial.

3.2 El Estado Neoliberal y el cambio de los paradigmas ideológicos

La globalización económica y tecnológica está desintegrando los conceptos de soberanía, de territorialidad de la ley de los Estados nacionales que formalmente se ostentaban como modernos, eliminando las fronteras para el flujo de mercancías y de capitales (no de personas), y construyendo una legalidad transnacional para la creación y aplicación de normas extra-nacionales.

Curiosamente es la *Organización de las Naciones Unidas,* al servicio de los instereses neoliberales, la que con tratados y convenios internacionales está rompiendo los principios del derecho penal moderno e imponiendo como *derecho* lo que la modernidad consideró violatorio de garantías, como es la privación de la libertad por sospecha; la denuncia anónima, la intervención de las comunicaciones privadas, la actuación de agentes oficiales infiltrados en la vida y los negocios de las personas y el comercio del derecho con los delatores, los arrepentidos y los testigos protegidos.

3.3 Modernidad y pos-modernidad político-jurídica global

Con el advenimiento del Estado Neoliberal y la necesidad de controlar los capitales de la economía informal y los flujos financieros que producen y traspasan las fronteras del mundo global, se adoptó en Viena, Austria el 20 de Diciembre de 1988, la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas,* que fue ratificada por México y promulgada a través del *Diario Oficial de la Federación* el 5 de Septiembre de 1990, viene a jugar el papel legitimador de la pos-modernidad para los albores del siglo XXI.

En esa Convención, que actualmente en México tiene rango constitucional en virtud del artículo 133 de nuestra Carta Magna, los países firmantes pierden toda su soberanía jurídica, no solo en lo relacionado con *delitos de narcotráfico,* sino sobre cualquier otro tipo de *delitos organizados,* aunque éstos tengan carácter *político,* porque la Convención prohíbe que a un delito se le dé ese carácter.

Con la Convención, se invierte toda la racionalidad jurídica de la modernidad que se había decantado a lo largo de los últimos dos siglos respecto a la territorialidad de la ley y a los principios generales de derecho.[2] Así:

a) *En materia de incriminación penal,* la modernidad exigía la realización de una conducta que transgrediera una norma jurídica. Para la pos-modernidad contenida en la Convención, basta con la *sospecha* de que alguien está involucrado en

(2) Cf. SAAVEDRA, E. y DEL OLMO R. *La Convención de Viena y el narcotráfico.* Bogotá-Colombia : Temis, 1991.

la delincuencia organizada, para incriminarlo, detenerlo y arraigarlo. Para ello basta con presumir "de las circunstancias objetivas del caso", la intención, el conocimiento o la finalidad de los elementos que constituyen los delitos que la convención define, para atribuirlos a título de responsabilidad penal a una persona (ver art. 3, párrafos 3 y 4).

b) *En materia de analogía,* la modernidad la excluía del derecho penal, pero la Convención la admite para agravar los delitos, cuando al sujeto imputado se le conozcan "declaraciones de culpabilidad anteriores", por delitos análogos a los que se le incriminan, ya sea por tribunales extranjeros o del propio país (art. 3, párrafo 5, h).

c) *En materia de discrecionalidad de las autoridades,* el derecho moderno la prohibía y solo permitía a los servidores públicos hacer lo que la norma expresamente les autorizaba. La pos-modernidad global alienta a las partes firmantes para que todas las normas permitan "discrecionalidad" en las autoridades, conforme al derecho interno y se ejerza con la máxima eficacia para el enjuiciamiento de los delitos contenidos en la Convención (art. 3, fracción 6).

d) *En materia de beneficios penitenciarios,* la modernidad inventó los sustitutivos penales. La pos-modernidad de la Convención recomienda que dada la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del art. 3, los tribunales y las autoridades deben demorar los beneficios de libertad anticipada o de la libertad condicional (art. 3, fracción 7). Si la modernidad alcanzó el momento en que las prisiones fueron abiertas o semiabiertas, la pos-modernidad instituyó la prisión de máxima seguridad.

e) *En materia de prescripción,* se exhorta a las partes para que prolonguen los plazos para evitar que prescriban los delitos y las penas (ver art. 3, fracción 8).

f) *En materia de delitos políticos* los clásicos del derecho penal diferenciaron los "delitos comunes" que se caracterizan porque sus actores los ejecutan con un ánimo egoísta de lucro y de beneficio personal, de aquellos denominados como "delitos políticos" que se cometen por ideales altruistas, en beneficio de los más, buscan el cambio de la estructura político, económica y social, para cuyo logro los autores, incluso llegan a ofrendar su libertad o su vida.

Por ello, para los delitos políticos se ideó el tipo de "Rebelión", cuando las personas se alzan en armas contra el gobierno y sus instituciones para cambiarlos por otros. En virtud de ese ánimo motivador, los clásicos previeron que todos los delitos comunes que se cometieran para alcanzar el fin político, deberían quedar subsumidos dentro del delito de rebelión cuya pena era de 5 años.

No obstante ese ideal moderno, durante la década de los años ochenta la política norteamericana hacia América Latina comenzó a vincular los delitos comunes con los delitos políticos, acuñando el término de *narco-guerrilla* para perseguir la disidencia política como delincuencia común.

Por ello, en los diferentes países se expidieron "leyes contra el *terrorismo*" definiéndose un tipo penal abierto y en blanco que comprende, en la utilización de los medios y de las armas, tanto a la delincuencia *política* como a la *común*. Ade-

más, en el campo de la persecución y del procedimiento penal se otorgan amplias facultades discrecionales a las policías y a los ejércitos, de manera que los delitos por ellos cometidos como consecuencia de esos operativos anti-terroristas quedan justificados en el derecho interno, como excluyentes de responsabilidad penal.

Esta visión represiva del delito político se repite en la Convención, pues no admite que a ningún delito en ella contenido, se le dé el carácter de político ni políticamente motivado (art. 10, fracción 10).

g) *En materia de pruebas*, rompiendo la racionalidad jurídica moderna se invierte la "carga de la prueba", de manera que si antes eran los agentes de la administración de justicia, quienes debían probar que una persona había cometido un delito, ahora se impone a un "sospechoso", la obligación de probar la proveniencia lícita de sus bienes, o probar que "no sabía" de la proveniencia ilícita de los mismos. Así, aunque el ciudadano posea bienes de buena fe, pero no pueda probarlo, siempre será un sujeto susceptible de ser incriminado como delincuente, quedando ante la norma y las autoridades, en total *estado de indefensión* (art. 3, fracción 1, ordinal b).

h) *En materia de competencia*, los países firmantes se obligan a declararse competentes de los delitos que define la Convención, comprometiéndose a conceder la extradición cuando sean requeridos, y si la parte requerida no lo extradita, deberá juzgar al sujeto de acuerdo a sus leyes, que serán las establecidas en la Convención (art. 4, fracción 2).

i) *En materia de extradición* (aún de nacionales), si no existe tratado entre las partes, la Convención se erige como fundamento jurídico, para proceder a la misma, simplificándose los "requisitos probatorios", con lo cual se abre la posibilidad del abuso. Igual ocurre con la detención de personas en "casos de urgencia" en el país requerido, sólo porque así lo solicita el país requirente" (art. 6, párrafos 5, 6, 8).

j) *En materia de eficacia extra-territorial de sentencias extranjeras*, si el país requerido niega la extradición, el país requirente puede también juzgar en ausencia a la persona no extraditada y solicitar al estado requerido, que ejecute en su territorio la sentencia extranjera emitida por el estado requirente (art. 6, párrafos 9 y 10).

k) *En materia de testigos*, las partes podrán detenerlos y mandarlos de un país a otro, y de la misma forma se procederá si ya están privados de la libertad, con el fin de integrar investigaciones, o intervenir en actuaciones procesales de cualquier tipo (art. 7, fracción 4).

l) *En materia de decomisos*, que se presentan como factor predominante en la Convención, se muestra un ánimo acaparador y de venganza de los grupos de poder de los países firmantes, de manera que el "decomiso de los dineros y de los bienes derivados directa o indirectamente", del narcotráfico o de los denominados delitos organizados, aparece como un botín fundamental. Así, *en materia de secreto bancario*, los países firmantes no podrán oponerlo ni alegarlo, en ninguna investigación (art. 7, fracción 5).

Igualmente la Convención prohíbe dar a los delitos en ella contenidos el carácter de *fiscales* (art. 10, fracción 10), de tal forma que los capitales y los bienes vinculados con el narcotráfico o la delincuencia organizada que se encuentren en el territorio de los otros países, no pueden ser reivindicados como fiscales por el Estado que investiga. En consecuencia, lo otros Estados se apropiarán de esos bienes o capitales, por estar vinculados con actos ilícitos.

II) *En materia de incitación oficial al delito*, la convención introduce la figura del *agente infiltrado*, para realizar "entregas vigiladas". Con esto se favorece y se legitima a los grupos de policías infiltrados en las mafias, en los grupos guerrilleros, sindicales, estudiantiles u organizaciones sociales y que frecuentemente fungen como grupos de choque, provocando al interior de esas asociaciones de personas, delitos que sirvan para motivar la acción directa de los aparatos de represión. Dándole carácter jurídico a la figura del "agente infiltrado y provocador", se le está garantizando su impunidad, respecto de los abusos, de las tropelías y delitos que cometa en el cumplimiento de la misión encomendada, por las jerarquías burocráticas del poder.

3.4 La pos-modernidad en el Derecho interno mexicano

A nivel del Derecho interno mexicano a su vez, se reforzó esa postura transnacional con la modificación de los artículos 16, 19, 20, 21, 22 y 119 de la Constitución Política para ajustarla a los requerimientos de la Convención, e igualmente para justificar la creación y promulgación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que contiene los principios de la pos-modernidad global e incluye otros, de factura nacional como los siguientes:

3.4.1 El inicio de la investigación por sólo tener sospecha

"Artículo 10.° A solicitud del Ministerio Público de la Federación, la secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá realizar auditorías a personas físicas o morales, cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada".

La simple "sospecha" se convierte en el motor de actuación de las autoridades encargadas de la persecución de los delitos, Esto se comprueba con el art. 10 que establece que "... cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que personas físicas o morales son miembros de la delincuencia organizada, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá realizarle auditorías...". De manera que al final, si no se encuentran ilícitos contables o financieros, deberán ser juzgados por el simple "acuerdo" de voluntades, pues existen los indicios y se presume fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada. No obstante, no debe olvidarse que el acuerdo de voluntades, requiere probarse plenamente.

3.4.2 La infiltración de agentes informantes

"Artículo 11. En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación, también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.

En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos".

Esta figura del agente infiltrado se presta a abusos e impunidades en los delitos que él realice en el ejercicio de su actividad, por lo cual, la norma jurídica está creando personas que actúen al margen de la ley e incluso inciten al delito, aparentemente para alcanzar la eficacia represora de las autoridades encargadas de la aplicación de la misma. La figura del agente infiltrado, aparece como recomendación a los gobiernos firmantes de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicos.

No obstante, ese procedimiento ampliamente utilizado en los Estados Unidos de América, encuentra su negación en México en el tipo penal denominado Provocación y Apología de un delito y en las formas de autoría y participación previstas e el propio Código Penal para el DF, artículos 209 y 13 fracciones IV, V, en los que necesariamente se verán implicados los infiltrados, pues esos ordenamientos permanecen vigentes; y en verdad, en buena parte de estas relaciones es el propio infiltrado quien determina a otro u otros a cometer los delitos, aún en ocasiones en que los autores de los mismos no pertenezcan a organizaciones delictivas.

Es inadmisible en un Estado de Derecho la figura del policía infiltrado que participa en ciertas organizaciones, que posiblemente al inicio no son delictivas, pero que dada la acción de los infiltrados se transforman en ellas. Y es propio de un estado autoritario e inquisidor, el justificar esas acciones en el momento en que se determinen las responsabilidades en el procedimiento penal a cada uno de los partícipes en el mismo. Los *infiltrados determinantes* quedarán en la impunidad, mientras que los *determinados sentenciados,* que podrán no ser los "verdaderos" autores de los delitos pueden perder la libertad de por vida. La creación de este nuevo fuero posmoderno de justicia penal, permitirá a las autoridades encontrar más y mejores justificaciones para garantizar la impunidad de los infiltrados a los cuales se quiere proteger, que argumentos contra las personas a las cuales se desea reprimir.

3.4.3 Arraigo de sospechosos

"Artículo 12.° El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las

circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo".

Este artículo establece un procedimiento de investigación diferente al ordinario, pues aún sin tener completa una denuncia de hechos constitutivos de delitos, se priva de la libertad a una persona a la cual se le considera sospechosa, para construirle y perfeccionarle una averiguación en su contra, o para oirlo en sus descargos y recibir los documentos u otros medios que aclaren la sospecha original o lo liberen de ella.

Es todo un procedimiento de persecución en que se invierte la carga de la prueba, que no está reglamentado y que por lo que hemos analizado en este texto, no es susceptible de ser suplido en sus carencias por otras normas jurídicas, dada su especificidad temática. En el caso de la LFCDO se establece la imputabilidad por sospecha", mientras que en el Código Penal para el DF en materia común y para toda la República en materia federal se establecen normas que definen actos u omisiones que constituyan delitos en grado de tentativa o consumados. Por lo tanto, si no hay conducta activa u omisiva, por lo menos en grado de tentativa, el aparato que aplica ese código penal no debe actuar, pues si lo hace estará violando garantías constitucionales, ya que ese texto legal está construido con una visión teórico-jurídica distinta, a la LFCDO y a las nuevas modificaciones de la Constitución Política mexicana.

Consideramos que hay inconstitucionalidad del arraigo, porque la constitución sólo permite que las personas sean molestadas en sus bienes, derechos y persona, en los casos previstos por la ley y por mandato escrito de la autoridad competente en el que se funde y motive la causa de tal molestia en virtud del párrafo primero del artículo 16 Constitucional. No obstante la ley adjetiva secundaria, (artículo 133 bis) el CFPP y el artículo 12 de la LFCDO autorizan a los jueces para que, a solicitud de los ministerios públicos, ordenen arraigar a los presuntos responsables de ciertas conductas delictivas, para que no puedan evadirse a la acción de la justicia.

De esta manera el arraigo en sí corresponde a la privación de la libertad de una persona y a su imposibilidad de tránsito, asignándole generalmente su domicilio particular como área exclusiva de movilidad. Sin embargo, a esa persona se le está privando además de sus derechos a la libertad, al trabajo, al voto y todos aquellos otros derechos que no se puedan realizar en el ámbito de su domicilio. Esto es, se violentan varias garantías que no se encuentran previstas como susceptibles de restricción en el arraigo, por la Constitución Política. Y si la Carta no prevé limitantes para el ejercicio y el goce de tales derechos, salvo la sujeción a proceso, entonces cualquier norma que prive de ellos a una persona abusa de

poder y actúa inconstitucionalmente, aunque en los Juicios de Amparo, jamás la autoridad Federal se haya pronunciado por la inconstitucionalidad de este acto de autoridad, y por el contrario, se haya manifestado por su procedencia.

La perspectiva tradicional de la dependencia del órgano judicial respecto del poder ejecutivo, permite pensar que ciertas resoluciones con carácter político y de control como las relativas al arraigo, no se tomen en función del derecho sino de acuerdo a las necesidades de poder. Por lo tanto, pierde valor la declaración jurisprudencial justificatoria, de un hecho que claramente se manifiesta como abuso de autoridad y ejercicio de poder.

3.4.3.1 Arraigo con características discrecionales – En este nuevo fuero se diferencia la figura del arraigo de las otras restantes legislaciones procesales que se utilizan en el país, porque en la LFCDO el Ministerio Público puede señalar: "el lugar, la forma y los medios de realización" del arraigo. Con ello las facultades para determinar el lugar escapan al campo del tradicional domicilio del indiciado y la privación de la libertad como una acción de ejercicio de poder, se hace más patente, que en las otras legislaciones procesales. Ahora se puede ejecutar fuera del domicilio del ciudadano, en lugares de reclusión, en lugares fuera de la ciudad de residencia del arraigado, o en el extranjero, inclusive.

En cuanto a la forma y los medios dependerán de la discrecionalidad de quien esté realizando las funciones de solicitar y vigilar al arraigado. Una vez más vale recordar que donde hay discrecionalidad no hay derecho y con este tipo de arraigo se pierde control por parte del Juez que lo autorizó, sobre la persona arraigada, quedando en manos de sus vigilantes.

3.4.3.2 Arraigo por sorpresa – En los casos de la LFCDO, el juez no requiere escuchar a la persona que va a ser arraigada para autorizarlo, como sí se ordena en las restantes legislaciones, en que es un requisito previo e ineludible. Esto es, en el fuero ordinario el arraigado cuenta con la posibilidad de enterarse. Pero en el caso de la LFCDO, no se pide al juez que escuche al arraigado antes de ordenar el acto de autoridad con el cual se le lesionarán sus garantías. La finalidad de esta novedosa figura en la LFCDO es el hecho de que la persona a él sujeta se defienda y con ello se abrevie el tiempo del arraigo.

Con ello en apariencia se respetan los términos del derecho a la defensa, establecido por el artículo 20, fracción IX, pero como el lugar, la forma y los medios del arraigo son controlados por el Ministerio Público, éste no tiene a su vez quien lo controle.

3.4.3.3 Arraigo ampliado en el tiempo – Otra diferencia con el arraigo que se utiliza en el fuero ordinario, consiste en su duración ya que en el procedimiento penal son 30 días prorrogables por otros 30, mientras que la LFCDO solo establece un límite máximo de 90 días. Con ello el tiempo de sometimiento de las personas al poder inquisitivo de la autoridad, no es "breve" como lo declara la misma

LFCDO, sino que constituye una pena de prisión incontrolada, jurídica y prácticamente.

3.4.4 Reserva de la identidad del denunciante, por protección

"Art. 14.° Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal".

El sistema procesal posmoderno inquisitorio y autoritario se refuerza con este artículo, porque los principios de la modernidad alguna vez establecieron que los denunciantes y las acusaciones por ellos afirmadas deberían provenir de persona cierta y determinada, para garantizar al ciudadano la certidumbre de las mismas y permitirle preparar su defensa y protegerlo de los abusos del poder. Pero el nuevo procedimiento, que contiene la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se caracteriza por ser *una trampa* que se tiende a las personas y con la cual se puede fabricar de un inocente, un criminal.

Los agentes infiltrados, los denunciantes anónimos y las acusaciones armadas en secreto, desde hace dos siglos fueron condenadas por Beccaria como de las peores prácticas a las cuales han recurrido los sistemas de dominación y de control autocráticos.

3.4.5 Averiguación previa, indicios, sospecha. Características de las personas, del lugar y de los medios para intervención de las comunicaciones privadas

"Artículo 16.° Cuando en la averiguación previa de algunos de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8 anterior, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; así como los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar.

Las solicitudes de intervención deberán señalar además, la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración; y el procedimiento y de equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación de servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la información.

Podrá ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita por signos, señales o mediante empleo de aparatos eléctri-

cos, electrónicos, mecánicos, alambricos, inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores".

Este artículo debe interpretarse con mucho cuidado tanto por parte de las autoridades que lo solicitan, como por aquellas que lo autorizan, ya que sólo se podrán intervenir aquellas comunicaciones privadas con las que cuente(n) la(s) persona(s) física o moral sujeta a investigación. Por eso, se debe identificar, en su caso, a la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio. Esto quiere decir, que no podrán ser colocados aparatos extraños o ajenos, que no tiene(n) en servicio la(s) persona(s), dentro de sus oficinas, domicilios, o de comunicación a través de ondas inalámbricas o de signos o señas, porque el artículo 16 Constitucional, reformado para ese propósito, establece que se "... podrà autorizar la intervención de cualquier comunicación privada", esto es una comunicación que se esté realizando, por esos medios, por la persona pasiva de la intervención.

Igualmente el párrafo final del artículo 16 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en estudio explícita los medios por los cuales la comunicación pueda estarse dando entre uno o varios emisores y uno o varios receptores, de manera que esos mensajes sí pueden ser intervenidos, pero de ninguna manera podrán colocarse micrófonos, aparatos de video u otros medios adicionales extraños a los que utiliza el sujeto cuyas comunicaciones son intervenidas, para obtener la información. A este respecto la fracción décima del artículo 16 constitucional conmina a las autoridades a estar dentro de los términos legales, para que los resultados de esas intervenciones, no pierdan valor probatorio.

3.4.6 Colaboración eficiente en la investigación, de particulares que sean concesionarios, permisionarios y demás titulares de los medios o sistemas susceptibles de intervención

"Artículo 26.° Los concesionarios, permisionarios y demás titulares de los medios o sistemas susceptibles de intervención en los términos del presente capítulo, deberán colaborar eficientemente con la autoridad competente para el desahogo de dichas diligencias, de conformidad con la normatividad aplicable y la orden judicial correspondiente".

De dónde se origina la obligación para que los particulares deban participar en el espionaje y persecución de los delitos, salvo en caso de flagrancia? Qué ocurre si se niegan?

Esta obligación nace de la reforma al artículo 571 de la *Ley de Vías Generales de Comunicación* que se realizó conjuntamente con la promulgación de la LFCDO y en él se establecen penas si no se cumple con la orden judicial de intervención:

"Artículo 571. Los concesionarios o permisionarios que intervengan o permitan la intervención de comunicaciones sin que exista mandato de autoridad judicial competente, o que no cumplan con la orden judicial de intervención,

serán sancionados con multa de diez mil a cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse la infracción y deberán pagar la reparación del daño que resulte. En caso de reincidencia se duplicará la multa señalada".

Además en el Título Sexto del *Código Penal para el D.F.* referido a los "Delitos contra la autoridad" se considera delito la "Desobediencia y resistencia de los particulares" y en su artículo 178 y 180 se establecen las penas para quien "sin causa legítima, rehusar a prestar un servicio de interés público a que la ley lo obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad"... o "al que empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan algunas de sus funciones o resista al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal"

3.4.7 Indicios suficientes y presunción fundada de que alguien es miembro de la delincuencia organizada, para el aseguramiento de sus bienes.

"Artículo 29.° Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación podrá disponer, previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquéllos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento.

Artículo 30.° Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que hay bienes que son propiedad de un miembro de la delincuencia organizada, o de que éste se conduce como dueño, podrán asegurarse con autorización judicial previa. Si se acredita su legítima procedencia, deberá ordenarse levantar el aseguramiento

Artículo 31.° El aseguramiento de bienes a que se refiere esta Ley, podrá realizarse en cualquier momento de la averiguación o del proceso.

Artículo 32.° Los bienes asegurados se pondrán a disposición del juez de la causa, previa determinación del Ministerio Público de la Federación de las medidas provisionales necesarias para su conservación y resguardo, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 40, 41 y 193 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Artículo 33.° El juez de la causa, en todo momento durante el proceso, tomará las determinaciones que correspondan para la supervisión y control de los bienes asegurados conforme a las disposiciones de esta Ley. La administración de bienes asegurados por el Ministerio Público de la Federación, conforme a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, la aplicación y destino de los fondos que provengan de dichos bienes, serán determinados por el Consejo

Técnico de Bienes Asegurados, previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República".

A diferencia de la práctica que se había manejado respecto de los bienes, probables productos de los delitos, de los presuntos responsables, en que se aseguraban, sin que existiera regulación alguna sobre cómo administrarlos y cuándo devolverlos, es bueno que exista una incipiente regulación que verse sobre el particular. Sin embargo, se pude cuestionar lo siguiente:

1.° La carga de la prueba de la lícita procedencia de los bienes queda a cargo de sus propietarios o tenedores y no de la autoridad, a quien correspondería.

2.° Nada se dice sobre la carga económica de su conservación o mantenimiento, la cual debe suponerse que corre a cargo de las autoridades que autorizan el decomiso, las que decomisan y las que custodian esos bienes. Por lo tanto, habría tantos involucrados que al final, no se podrán establecer responsabilidades.

3.° Si los bienes no son adecuadamente administrados o cuidados, o si se pierden, deterioran o quedan inutilizados total o parcialmente, durante el tiempo de su aseguramiento, el lucro cesante y el daño emergente serán responsabilidad del juez que autorizó, del Ministerio Público que actuó y en las personas que quedaron encargadas de los bienes.

4.° Tampoco se hace referencia a quién rendirá cuentas a su legítimo propietario o poseedor sobre las ganancias o pérdidas en su administración durante el aseguramiento; o cuando no haya ejercicio de la acción penal o se deba sobreseer la causa o la sentencia definitiva sea absolutoria.

Todos estos tópicos representan no sólo daños y perjuicios a los particulares, sino también la violación de garantías individuales que son indiscriminadamente sacrificadas en este nuevo proceso posmoderno.

3.4.8 Delación y colaboración por parte de los miembros de la delincuencia organizada, cuando no haya averiguación previa, durante la averiguación previa, durante el proceso penal y después de emitida la sentencia

"Artículo 35.° El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista la averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad".

3.4.9 Reducción de penas a los colaboradores y delatores

"Artículo 36.° En el caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

3.4.10 Recompensas a colaboradores particulares

"Artículo 37.° Cuando se gire orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxilien eficientemente para su localización y aprehensión, en los términos y condiciones que, por acuerdo específico, el Procurador General de la República determine".

El contenido de los artículos 35 a 37 de la LFCDO como fuero independiente establece una serie de discrecionalidades en las que se negocia, entre las autoridades, y entre éstas y los particulares no solo la denuncia y la delación sino también los montos de las penas a imponer o los beneficios penitenciarios a recibir, por motivos diferentes a lo establecido en la legislación ordinaria.

Cabe anotar que en estos casos los beneficiarios serán principalmente los jefes de la delincuencia organizada, pues serán quienes conocen las partes y el

todo, mientras que la mayor gravedad en el procedimiento y en la etapa de ejecución de las penas recaerá sobre los eslabones más débiles de la cadena.

3.4.11 Denuncias anónimas y verificación de las mismas: Una investigación anterior a la averiguación previa

"Artículo 38.º En caso de que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta Ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información, por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso.

Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querella correspondiente".

Aunque hasta ahora se ha visto que la averiguación previa en materia de la LFCDO se puede iniciar por la sola "sospecha", en este artículo 38 se instaura una nueva forma de "investigación de verificación" que debe realizar el Ministerio Público, para corroborar si la denuncia anónima lleva a conformar indicios suficientes respecto a la comisión de los delitos previstos en la LFCDO.

De esta manera, la denuncia anónima activará la investigación del ministerio público y aunque la persona anónima no se presente nunca más, para cumplir con el mandato de la parte final del artículo en estudio, el ministerio público, puede hacer la denuncia o la acusación correspondiente.

3.4.12 Reclusión selectiva para procesados y sentenciados delatores o colaboradores

"Artículo 42.º La autoridad deberá mantener recluidos a los procesados o sentenciados que colaboren en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada, en establecimientos distintos de aquéllos en que estos últimos estén recluidos, ya sea en prisión preventiva o en ejecución de sentencia".

3.4.13 Negación de los beneficios de la libertad preparatoria, de la condena condicional, preliberación y de remisión parcial de la pena, a los no delatores o colaboradores

"Artículo 43.º Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.

Artículo 44.° La misma regla se aplicará en relación al tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena a que se refiere la ley que establece las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad".

Esos artículos 42 a 44 constituyen otra violación al "principio de especialidad" en materia del tratamiento de las personas privadas de la libertad, ya sean recluídas o sentenciadas, ya que la Ley de Normas Mínimas para el Tratamiento de los Sentenciados, es la "especial" en materia de reclusión y penitenciaria, así como en lo relativo a sus beneficios, por lo tanto la LFCDO que constituye un fuero posmoderno, no puede modificar los mandatos de aquella, que pertenece al fuero ordinario.

En definitiva entonces, la LFCDO requerirá de la creación de otra legislación aparte, para que pueda poner en práctica sus preceptos y se ponga en acto este *nuevo e inconstitucional fuero posmoderno.*

3.4.14 El porvenir de la Política criminal

Actualmente, la nueva versión del liberalismo económico se centra pura y llanamente en el castigo como retribución, y las ideas posmodernas llevan a un escepticismo desconstructor de las garantías y de los derechos modernos.

Hay una propuesta de controles sociales formales e informales de carácter global, un ensanchamiento de los sistemas de persecución y represión, en los que se privilegia la seguridad del sistema y se limita la libertad de los habitantes.

La Criminología deberá cambiar ya no podrá seguir siendo la ciencia de la modernidad que inspirada en el positivismo permeó a toda la actividad criminológica en nuestro continente y sigue viva en las prácticas oficiales.

Ahora se muestra mas adecuado replantearla como el estudio del control social y que aquí lo referimos como el *desarrollo de las instituciones ideológicas y a la acción de prácticas de coerción, que permiten mantener la disciplina social, pero que a la vez sirven para reproducir el consenso respecto a los principios axiológicos en que se basan las sociedades.*

En el nuevo panorama mundial no podemos circunscribirnos sólo al estudio de la represión de la disidencia, sino también debemos conocer las estrategias que se requieren para alcanzar de la sociedad civil el *consentimiento espontaneo, que otorguen las mayorías a la orientación que imprimen a la vida social los grupos dominantes.*[3]

En esta misma línea de investigación, la criminología deberá tener entonces como objeto general de estudio, el *orden penal y los otros tipos de ordenes que*

(3) Cf. *Revisión teórico-metodológica del Proyecto de Control Social en América Latina.* Sociedad Francisco Javier Delgado Rosales. Maracaibo, Venezuela : Universidad del Zulia, 1986. Citado por GONZALEZ VIDAURRI, A. y otros en *Control social en México,* D.F. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

tienen vinculación con aquel. Por lo tanto el objeto es cambiante y dinámico en el tiempo y en el espacio. Así, la criminología, en un primer momento, solo responde en un nivel interpretativo, pero en un segundo momento y en algunos casos, puede responder en nivel propositivo y dependiendo del rigor con que se cumplan esos momentos, se tendrán resultados sólidos.

Nosostros nos acogemos a los postulados del *Derecho Penal Mínimo* tomando en consideración los efectos nocivos del derecho penal, pero que ante la imposibilidad real de eliminarlo, se considere su intervención como último recurso, respetando los principios generales del derecho moderno tanto de carácter sustantivo, procesal y de ejecución de penas, así como, despenalizando un gran número de conductas.

Esta posición la tomamos frente al *Realismo de Derecha*, que surge de las políticas económicas neo-liberales en una concepción de la política criminal basada en el máximo beneficio al menor costo. Y como consecuencia, del fracaso de las políticas criminológicas de prevención y de readaptación sociales, y que sólo tiene como finalidad el manejo gerencial y eficiente de los efectos del delito.

En ese orden de ideas se ha venido privilegiando la segregación de las personas que el sistema considera necesario controlar, para la defensa de las relaciones sociales de producción. Para lograr esos fines, se construyeron las cárceles de máxima seguridad y se instrumentaron leyes especiales que constituyen excepciones, a los principios generales del derecho moderno y al sistema penal ordinario, como las relativas a la delincuencia organizada y al narcotráfico. Tanto en el derecho sustantivo como el adjetivo, se institucionalizaron como derecho del Estado, lo que antes era constitutivo de delitos, como la detención de personas bajo sospecha, el cateo sin orden judicial o la intervención de las comunicaciones privadas.

En la *economía neoliberal,* surge de nuevo el fantasma de la *Seguridad Nacional Global,* para la defensa de este nuevo sistema de producción, en los albores del siglo XXI, y se originan corrientes que ponen en práctica la negación de las libertades y garantías modernas:

Los *posmodernos* tratan de eliminar las formas jurídico-políticas heredadas de la modernidad occidental, ponen en duda y en otros casos niegan sus valores y sus categorías, así como la validez de los sujetos que se han institucionalizado como actores y partícipes de la vida social.

Lo que ahora importa es el *funcionalismo* y la *utilidad* de la norma jurídica, para legitimar el actuar abusivo de las autoridades, justificándolo en el proporcionar *seguridad pública* interior y *seguridad nacional* exterior, para la defensa de la racionalidad del nuevo sistema. Con esta visión, se minimiza la libertad y la privacidad de las personas; se abre la soberanía de los Estados nacionales, para permitir la entrada de normas jurídicas y de policías internacionales; se privilegian los operativos de represión conjuntos entre países; se acepta la extradición de nacionales y la ejecución extraterritorial de sentencias.

Ante este panorama se hace necesario replantear la existencia de la *criminología crítica latinoamericana* para que con instrumentos teóricos diversos y la necesidad dialéctica de crear en cada lugar la propia historia, para entenderse a partir de "sí mismos", independizarla del derecho penal y encontrar objetos de estudio y métodos propios.

Para ello pensamos que tiene pertinencia encarar los objetos de estudio de la criminología crítica, de la manera en que González Placencia, L.[4] en México, sintetizó, de acuerdo a las siguientes categorías metodológicas para la interpretación de la realidad social:

§ Negar la *realidad* que aparece como lo común generalizado.

§ Analizar el objeto de estudio desde la perspectiva *dialéctica e histórica.*

§ Conocer y evaluar el interrogante estudiado dentro de la *totalidad* a la que pertenece y en la cual ocurre.

§ Analizar el objeto estudiado con un *interés emancipatorio* de las personas y de su liberación de la violencia estructural institucionalizada.

Este tipo de investigación se convierte en Sociología Jurídica Penal cuya conceptualización consiste en el *conocimiento interpretación y evaluación crítica del poder como creador del derecho y la experiencia jurídica humana, entendida como sistema de comportamientos (objeto) o relaciones entre comportamientos, mediante la investigación empírica de las estructuras macro y micro sociales que condicionan su expresión y manifestación.*

Sólo abriéndonos a nuevos espacios de reflexión y utilizando los instrumentos teóricos más diversos estaremos en condiciones de enfrentar la complejidad social y normativa de este inicio de siglo.

4. Conclusiones

• En la actualidad las declaraciones de independencia y soberanía de los Estados y de respeto a los derechos fundamentales de las personas, no tienen referente fáctico. La aparente autodeterminación de los poderes locales se manifiesta en la dominación autoritaria hacia adentro de las propias fronteras, en ejercicio de una doble política de control social, una nacional y otra internacional, que buscan mantener el orden y la disciplina en los procesos del sistema de producción capitalista y hoy neoliberal.

• La *política de control social internacional*, implementada por los países centrales ha obligado que *de jure* los países periféricos deban aceptar el principio

[4] GONZÁLEZ PLACENCIA, L. "Elementos de teoría y método en la criminología crítica". *Criminología crítica.* Serie de Estudios Jurídicos. México : Universidad Autónoma de Querétaro. 1990, p. 35-50.

de *extra-territorialidad de la ley penal*, de manera que han perdido su soberanía en algunas materias de control social penal interno. Otro tanto se puede decir respecto de los acuerdos internacionales de comercio, en que los países periféricos deben allanarse a las pretensiones de las potencias, porque entran a ser parte integrante de su sistema económico.

• El *caso mexicano*, ha servido de ejemplo para mostrar cómo de una premodernidad político-jurídica en que ha vivido el país, porque no tuvo tiempo para gozar de los derechos que le ofreció la modernidad, ha saltado a la posmodernidad del control político jurídico internacional.

La criminología latinoamericana habrá de utilizar los instrumentos teóricos necesarios para demostrar la inviabilidad e ineficacia de las políticas represivas y encontrar las proposiciones adecuadas para atemperar y cambiar la política criminal que se ha venido imponiendo.

1.2

RETOS CIENTÍFICOS Y RETOS POLÍTICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Dogmática y Política Criminal en la era de la internacionalización – 3. La Dogmática y la teoría de la Política Criminal frente al intervencionismo de la legislación penal y su aplicación judicial.

Resumen: El texto trata de dos de los problemas centrales del Derecho Penal actual: su creciente internacionalización y la expansión de la legislación. El primer problema plantea, por su parte, dos cuestiones fundamentales. Por un lado, si debe haber o no un Derecho Penal supracultural, con ciertos mínimos resistentes al relativismo de las culturas. Por otro lado, si la concepción sistemática del delito, propia de la tradición continental europea, puede resistir al empuje de las concepciones del delito propias del *common law*. El segundo problema abre la disyuntiva entre concepciones radicalmente expositivas y concepciones radicalmente críticas de dicha evolución legal. Unas desconfían de las posibilidades de la discusión valorativa, político-criminal; las otras, de las posibilidades técnicas de la Dogmática.

Uno y otro problema son abordados en el texto desde una posición matizada y distintiva.

Palabras-clave: Multiculturalismo – *Common law* – Política Criminal – Funcionalismo – Dogmática.

1. Introducción

La ciencia del Derecho Penal contemporánea tiene ante sí, como es sabido, dos retos fundamentales. Por un lado, debe hacer frente al fenómeno de la *internacionalización* y uniformización del Derecho Penal. Por otro lado, ha de afrontar una legislación y una aplicación judicial del Derecho que tienden al *intervencionismo* y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas. El primero es, aparentemente, un reto ante todo *científico*, en el que, junto a la cuestión del carácter nacional o no de la dogmática, se ven implicadas también otras tan significativas como su naturaleza de disciplina sistemático-estructural. Pero tiene asimismo algunas *connotaciones políticas*, que deben ponerse de relieve y analizarse. El segundo es, por contra, un reto en principio *político*: se trata de valorar la praxis político-criminal intervencionista y de tomar posición ante

ella. Pero, asimismo, tiene importantes *connotaciones científicas*: relativas a la neutralidad de la dogmática; al modo de configurarse su método; y a las distintas formas de articulación de una teoría de la política criminal.

2. Dogmática y Política Criminal en la era de la internacionalización

Superadas las premisas básicas de la dogmática positivista, hoy se comparte por muchos la tesis de que la ciencia por antonomasia del Derecho Penal, la Dogmática, no tiene por objeto un Derecho positivo dado y, por tanto, no es una disciplina "nacional".[1] Por otro lado, y dada la naturaleza valorativa de la Política criminal, no parece que quepa discutir seriamente la supranacionalidad de toda teoría político-criminal. En este sentido, vale la expresión, reiteradamente citada, de *Pascal*, acerca de que no es posible que lo que es verdad a un lado de los pirineos deje de serlo al otro.[2]

Sin embargo, la *supranacionalidad* de la ciencia del Derecho Penal, de la Dogmática y de la Política Criminal, no debe identificarse con la *supraculturalidad*. Como es sabido, esta identificación es la que tienden a afirmar las importantes corrientes doctrinales que han fundamentado el carácter supranacional de la dogmática en su referencia a objetos "permanentes"[3] en el espacio y en el tiempo: las estructuras lógico-objetivas, muy especialmente, o también las estructuras de imputación.[4] Sin embargo, parece que han de prevalecer las razones que conducen a negarla.

En efecto, es cierto que en la dogmática del Derecho Penal existen elementos ontológicos, y estructurales, cuyo *status* es cuasi-lógico o, en todo caso, valorativamente neutro; frente a tales aspectos no cabe oponer "excepciones culturales".

(1) Cfr. *Silva Sánchez*, "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho Penal", en Schünemann/Figueiredo Dias (coords.)/Silva Sánchez (edic. esp.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Libro-Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995, p. 11 y ss., con referencias; El mismo, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 1999, p. 75 y ss. Por su parte, *Bacigalupo*, "La ciencia europea del Derecho Penal", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, n. 1, enero-junio de 1999, p. 9 y ss., 12, entiende que sigue siendo aceptada de modo general la tesis positivista -que él, obviamente, no comparte- de que la ciencia del Derecho Penal es nacional: de que a cada Código Penal o Derecho Penal nacional le corresponde una ciencia.

(2) Cfr. la referencia de Hruschka a Pascal en Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 108, nota 318.

(3) *Welzel*, "Vom Bleibendem und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft" (1964), en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975, p. 345 y ss.

(4) Sobre estas últimas, *Hruschka*, "Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?", *JZ* 1985, p. 1 y ss., entre otras obras del mismo autor.

Pero también es verdad que la dogmática, en la representación más generalizada de la misma, no se reduce a los aspectos lógico-estructurales, sino que entra en cuestiones de contenido,[5] de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una determinada forma de ver el mundo.[6]

Aun constatado lo anterior, sin embargo, la uniformización de la ciencia del Derecho Penal en un plano supranacional no deja de ser un objetivo posible. Se trata, por servirnos de una expresión que parece haber hecho fortuna,[7] de superar, mediante el análisis técnico, los aspectos superficiales de cada estructuración nacional de la materia del Derecho Penal, para hallar la "gramática internacional" (¿"universal"?) común a todas ellas. Ahora bien, la referida "gramática universal" tendrá aspectos *sintácticos*, en los que quizá quepa obtener una uniformización más general (en los aspectos estructurales más abstractos) pero también aspectos *semánticos*, en los que ello sólo será posible sobre la base de la existencia de reglas análogas de atribución de sentido. Por ello, cabe formular serias reservas frente a las posibilidades de una uniformización "supracultural" de la ciencia del Derecho Penal entre países que no comparten siquiera un horizonte valorativo común.

En realidad, el actual fenómeno de internacionalización y uniformización de la ciencia del Derecho Penal se mueve en estos parámetros. Respecto a países pertenecientes a culturas no occidentales, no se plantea siquiera la cuestión de la uniformización de la dogmática ni de la teoría de la Política Criminal. Se trata más bien, hoy por hoy, de que en su praxis político-criminal se respeten ciertos

(5) Sobre la absoluta necesidad de proceder a ello para asistir a los órganos de decisión jurídica, cfr. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires 1980, p. 14.

(6) Cfr. Schünemann, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", en Schünemann (ed.), *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 147 y ss., 154 y ss., con interesantes consideraciones sobre las estructuras de las diversas lenguas, así como sobre la idea de que las lenguas que comparten una determinada estructura reflejan, a su vez, una visión común del mundo.

(7) Cfr. *Fletcher, Conceptos básicos de derecho penal* (trad. Muñoz Conde), Valencia 1997, p. 19: "hay un conjunto de distinciones que constituyen la 'estructura profunda' de todos los sistemas de Derecho penal. Son, por así decir, la 'gramática universal del Derecho penal'. Y lo mismo que Noam Chomsky desarrolló una gramática universal capaz de servir de base a todos los idiomas del mundo, también aquí se puede, a través de las doce distinciones antes expuestas, fundamentar una gramática universal del Derecho penal"; *Muñoz Conde*, en Prólogo al referido libro, p. 14; El mismo, "Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal", *Revista Penal* 5, enero 2000, p. 44 y ss., utilizando la expresión de "gramática internacional". Sin embargo, Muñoz Conde parece escéptico (p. 45 y ss) en cuanto a que la dogmática de origen alemán pueda constituir la base de esa gramática internacional. Entre otras cosas, por su tradicional alejamiento de la legislación y la jurisprudencia. Una crítica profunda a ese alejamiento formula Naucke, "Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis" (1972), en *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt, 1999, p. 58 y ss.

límites que, en nuestra representación, se asocian a la *vigencia objetiva de derechos humanos fundamentales*; aunque no puede negarse que en ciertos ámbitos se contempla tal pretensión como manifestación de imperialismo cultural o eurocentrismo.[8] La discusión sobre la uniformización de la dogmática, por tanto, sólo se plantea seriamente entre países –los occidentales, más aún, por el momento: los integrados en la Unión Europea– que comparten desde luego un horizonte valorativo común.

Pues bien, el referido doble nivel en cuanto a la uniformización de la ciencia del Derecho Penal da lugar a dos problemas: uno abiertamente político; el otro, predominantemente científico, aunque con algún indudable aspecto político que trataré de subrayar.

El problema político, pero también filosófico, se suscita, desde luego, cuando se trata de aludir a la posibilidad o no de un "Derecho Penal supracultural o intercultural";[9] donde, en realidad, debe leerse, de modo más exacto, una teoría de la Política Criminal supracultural o intercultural. En este punto, el objeto de discusión es, de nuevo, doble: por un lado, si es efectivamente posible ese mínimo común de la Política Criminal, indisponible, frente a las pretensiones relativistas de los enfoques culturalistas; y, por otro lado, cuál habría de ser su alcance. Si éste habría de comprender, por ejemplo, la supresión de las penas corporales, la despenalización de conductas expresivas de libertades básicas o la imposibilidad de eximir de pena a las conductas gravemente lesivas de bienes jurídicos fundamentales.

En este punto, querría expresar mi adhesión al planteamiento de que en la Política Criminal existe un mínimo común universal, de protección y de garantías, que se vincula a la naturaleza de la persona.[10] Ello, por mucho que, en lo

(8) Sobre el carácter universal y no "cultural europeo" de los derechos humanos fundamentales, Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt, 1999, p. 56, citando a Etzioni: "Individual rights do not reflect a Western value (even if historically they arose in the West) but a global value that lays claims on all people", con más referencias.

(9) La pregunta puede reformularse del modo gráfico en que la expresa Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p. 7: "Gibt es ein Strafrecht, gleichermaben gültig für Schwarze und Weiße, für Juden, Christen, Moslems und Buddhisten, für Börsenmakler und Reisbauern, für DDR-Grenzsoldaten samt ihren Vorgesetzten, für serbische Militärs und afghanische Mudjahedin?" (¿Existe un Derecho Penal válido por igual para blancos y negros, judíos, cristianos, musulmanes y budistas, para agentes de bolsa y cultivadores de arroz, para guardias fronterizos de la República Democrática Alemana y sus superiores, militares serbios y mujaidines afganos?).

(10) Cfr. en idéntico sentido Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p. 107: "Nicht schlechthin, aber soweit sich die strafrechtlichen Delikte mit allgemeinmenschlichen, des näheren mit menschenrechtlichen Argumenten begründen lassen –und dies trifft auf viele Delikte generell zu, auf die in liberalen Strafrechtsordnungen noch besonders–, ist eine kulturübergreifende Strafbefügnis, ein interkulturelles Strafrecht, zweifelsohne gegeben". También, Rössner, "Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution,

restante –que es la casi totalidad de la materia–, se acepte la relatividad sociocultural de la Política criminal que se expresa en un determinado Derecho Penal como instrumento funcional de estabilización de un concreto sistema social.

El reto que con todo esto asume el Derecho Penal es de una gran profundidad: filosófica, porque en ello está en juego el concepto que se tenga acerca de la naturaleza de la persona y la dignidad que le es inherente; y política, porque, en la práctica, ello implica legitimar procedimientos de justicia universal así como la injerencia en otras sociedades. Pues bien, la postura que aquí se comparte es que es legítima la introducción, incluso en su caso por la vía de la imposición, de soluciones disfuncionales a un determinado sistema socio-político, cuando la Política Criminal de éste afecta al núcleo de la dignidad de la persona.[11] Con ello, se pone de relieve, por lo demás, la envergadura del problema conceptual que es preciso asumir: la determinación de tal núcleo resistente a los relativismos culturales.

Por su parte, el problema científico antes enunciado surge cuando se trata de proceder a la uniformización de la proyección jurídico-penal del horizonte valorativo común entre los países que lo comparten. A ese respecto, la búsqueda de la gramática internacional resulta factible en el seno de la misma tradición jurídica: así, por ejemplo, entre países como España, Francia, Italia o Alemania.[12] Y ello,

Kommentar", en Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht*, p. 121 y ss., 125, 137. En cambio, sustancialmente más relativista y pesimista, *Hassemer*, "Interkulturelles Strafrecht", en *Festschrift für E. A. Wolff zum 70.* Geburtstag, Berlin/ Heidelberg, 1998, p. 101 y ss., 102, 103, 105, 116; El mismo, "Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts", en Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p. 157 y ss., 172, aunque reconociendo (p. 178) que el gran valor que se derivaría de la construcción de un Derecho Penal intercultural sería la generalización de los derechos humanos. Cfr., ya antes, *Hassemer*, Unverfügbares im Strafprozeß, en Rechtsstaat und Menschenwürde. *Festschrift für Werner Maihofer zum 70.* Geburtstag, Frankfurt, 1988, p. 183 y ss. Hassemer pone claramente de relieve que la idea de "indisponibilidad" es propia de toda fundamentación iusnaturalista del Derecho y, aunque se distancia de éstas en tanto en cuanto expresivas de una inmutabilidad en el tiempo y en el espacio, también pone de relieve que, en un Derecho de intervención (*Eingriffsrecht*), como es el Derecho Penal, no se puede dejar de lado la idea de la indisponibilidad (p. 192). En este sentido, el propio Hassemer señala que "nicht die Idee eines überpositiven Rechts ist verschwunden, sondern nur die Erwartung von dessen überzeitlicher und überkultureller Geltung" (no ha desaparecido la idea de un Derecho suprapositivo, sino sólo la esperanza de su vigencia supratemporal y supracultural".

(11) Soy, en efecto, consciente de que ello implica admitir que dicho mínimo debe imponerse, eventualmente desde fuera del sistema, aunque sea disfuncional para el mismo y dicha imposición implique la transformación de aquél.

(12) Es en éstos, y en otros como Austria, en los que se centra *Bacigalupo, Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, n. 1, enero-junio de 1999, p. 9 y ss., 15 y ss., 19, 22, concluyendo que "en todo caso, esta comunidad de la cultura penal es un argumento decisivo para afirmar la existencia de una ciencia jurídico-penal europea, dentro de la cual se desarrollan distintas concepciones metodológicas".

por mucho que en el caso francés puedan surgir importantes dificultades. Sin embargo, las cosas no son del mismo modo cuando se trata de la uniformización de tradiciones jurídicas distintas: en concreto, de la tradición jurídica continental y la del *common law*.

Al respecto, es manifiesto que en este ámbito existen *reglas de imputación* paralelas a las que se han ido construyendo en nuestra tradición: que los problemas son los mismos y las soluciones, si bien desde luego no idénticas, sí parecidas.[13] Pero no me parece que esto sea lo esencial. Una discusión orientada a la uniformización que sólo tuviera en cuenta las similitudes entre la *recklessness* y el dolo eventual, entre las causas de exculpación y las *excuses* o entre la tentativa y la figura del *attempt* habría fracasado antes de empezar.

Así, al menos deben efectuarse tres consideraciones: En primer lugar, que las reglas de imputación del Derecho Penal anglosajón no se integran en nada parecido al "sistema estructurado de la teoría del delito". En segundo lugar, que las reglas de imputación análogas a las que en nuestro modelo estructuramos en la teoría del delito no aparecen radicalmente separadas –a diferencia de lo que aquí ocurre– de las instituciones constitucionales, procesales y de la determinación de la pena. Y, en tercer lugar –por no añadir ahora otras consideraciones que sería posible sin duda tener también en cuenta– que el modo de proceder de quien se sirve de tales instituciones (el juez del *common law*) es un sujeto con un "*modus operandi*" radicalmente distinto al que es propio del juez continental en modelos de Derecho codificado. Esto último seguramente tiene que ver también con la diferente legitimación desde la que uno y otro obran. En efecto:

a) En el Derecho anglosajón no existe un sistema estructurado de la teoría del delito, sino que los conceptos y las reglas de imputación se integran en un contexto de relación dinámico y abierto –mucho más abierto que cualquier sistema abierto que los continentales podamos desarrollar–.[14] Ello quiere significar que, desde luego, en el ámbito anglosajón, la elaboración doctrinal del Derecho Penal no es, desde luego, tópica; pero tampoco es sistemático-estructural. Como señala

(13) Lo ha puesto de relieve entre nosotros *Melero Merino*, Codificación e interpretación judicial en el Derecho Penal (Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano), ADPCP, 1994, fascículo II, p. 81 y ss.

(14) Cfr. una contraposición de los dos modos de razonamiento: el que denomina *flat*, basado en la razonabilidad, y el denominado *structured*, en el trabajo clásico de *Fletcher*, "The right and the reasonable", reproducido en *Eser/Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, I, Freiburg, 1987, p. 67 y ss., 70 y ss. (existe traducción al español: *Fletcher, El derecho y lo razonable. Ensayos de Derecho penal* –trad. Donna/Barbero–, Buenos Aires, 1997). En realidad, no se puede afirmar que, en el Derecho anglosajón, las reglas no se integren en un sistema y tengan, por tanto, funciones sistémicas (en el marco del *criminal law enforcement system*). Lo que ocurre es que, integradas en el sistema (y con relaciones sistémicas entre sí) no se integran en una estructura que las abarque, con lo que no tienen relaciones estructurales.

Nino a propósito del Derecho inglés, se trata de "postulados *ad hoc* para el tratamiento de clases específicas de casos, sin combinarlos en una teoría normativa general".[15]

Por tanto, la confrontación de nuestra teoría de la imputación con la del *common law* parece que ha de conducir, en primer lugar, a un nuevo[16] replanteamiento del sentido del pensamiento sistemático-estructural ¿Puede seguir sosteniéndose que la concepción sistemático-estructural de la imputación –la concepción de la misma como una teoría estructurada en lugar de como una mera adición de reglas– es superior a otras perspectivas?

No me cabe duda de que, desde un punto de vista de conocimiento de la materia, el planteamiento de la imputación como una teoría sistemático-estructural arroja resultados superiores a los que se puedan obtener con enfoques menos sistemáticos o, directamente, asistemáticos.[17] Asimismo, en términos prácticos, parece que puede afirmarse la mayor seguridad y precisión de una imputación de responsabilidad sobre la base de reglas estructuradas en una teoría.[18]

Ahora bien, una cosa es la *teoría* del sistema estructurado de la imputación en el Derecho Penal y otra su *práctica*, su realidad. Así, la concurrencia en el tiempo de varias opciones sistemáticas, que desde luego se da en nuestros días, provoca un eclecticismo doctrinal de grados diversos que, al final, no se diferencia demasiado de la ausencia de un sistema mínimamente estructurado .[19] Más aún, muchas veces revela la propia ausencia incluso de un concepto. Por lo demás, es, asimismo, constatable que la Jurisprudencia no efectúa planteamientos directa-

(15) Nino, *Los límites*, p. 193, característica de lo que él llama enfoque intuicionista, contrapuesto al conceptualismo continental. Con todo, es posible que esta afirmación hubiera de ser matizada, pues lo cierto es que existen ciertos principios comunes a las reglas de imputación del *common law*.

(16) El primer replanteamiento del sentido del pensamiento sistemático en Derecho Penal es debido, como se sabe, a *Roxin, Política Criminal y sistema del Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde), Barcelona 1972, y obras sucesivas, propugnándose el mantenimiento del sistema clásico, si bien abriéndolo a las finalidades de la Política Criminal.

(17) Cfr. *Schünemann*, "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal", en Schünemann (ed.), *El sistema moderno*, p. 31 y ss.

(18) Cfr. *Fletcher*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, p. 75: "Desde luego, la adición sin fin de modificadores (*scil.* como razonablemente o sustancialmente) sacrifica tanto la aparente precisión como el carácter aparentemente absoluto de la regla establecida. Pero un sofisticado jurista americano respondería presumiblemente que tales aparentes virtudes del Derecho alemán son ilusorias y que es mejor trabajar con reglas legales vagas y calificadas, pero al menos no engañosas".

(19) Cfr. *Schünemann, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1996, p. 48 y ss., concluyendo (p. 52) que "los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía".

mente sistemático-estructurales de los problemas que suscitan los casos.[20] Al contrario, toma reglas de procedencia diversa en función de las necesidades de cada caso, sin que aquéllas guarden una mínima coherencia unas con otras. En este punto, una investigación de gran interés sería desde luego la consistente en determinar, por ejemplo, cuál es *el sistema real* de la imputación de responsabilidad penal en la Jurisprudencia española. Y, a partir de ahí, analizar si la Jurisprudencia española –continental, en general– es más segura e igualitaria que la anglosajona: si la existencia de un sistema estructurado, del que en su caso puede hacerse uso, produce en este sentido efectos beneficiosos frente al modelo alternativo.

Constatado lo anterior, en la medida en que la dogmática no sólo tiene pretensiones cognitivas,[21] sino también pretensiones prácticas, parece claro, de entrada, que no puede optar por sistemas cerrados axiomáticos, ni tampoco por enfoques conceptualistas.[22] La interrelación estructural de unas reglas con otras[23] sobre la base de criterios de coherencia interna no debe, pues, reconducirse necesariamente a modelos deductivos.

De hecho, desde las aportaciones de *Roxin* parece haberse asumido muy mayoritariamente que la dogmática de la teoría del delito debe tratar de eludir el apriorismo y abrirse a la argumentación político-criminal, esto es, a la consideración de su contribución a la consecución, en general y en cada caso, de las finalidades propias del Derecho Penal. A estas alturas, sí parece posible advertir que sólo en la medida en que esto prosiga, esto es, en tanto en cuanto el sistema estructurado continúe aproximándose a la práctica, podrá evitarse la tacha de la *folgenlose Dogmatik*, que últimamente preocupa, y con razón, a la doctrina[24] y que podría conducir a la efectiva irrelevancia del razonamiento sistemático.

(20) Schünemann, *Consideraciones críticas*, p. 52: "... la jurisprudencia siempre invoca sólo en atención a un resultado concreto una postura concreta, pero no asume el contexto de deducción de esa postura individual en su conjunto produciendo finalmente tan sólo resultados carentes de deducción sistemática, es decir, una típica justicia de cadí sin verdadero fundamento científico-jurídico".

(21) A las propias pretensiones cognitivas de la ciencia del Derecho, y atendida la peculiaridad de su objeto, tampoco se les sirve correctamente con el instrumento representado por un sistema axiomático. Cfr. Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 35 y ss., poniendo de relieve que los sistemas axiomáticos sólo son posibles con objetos de reducida complejidad y no sujetos a variaciones históricas.

(22) El conceptualismo de los sistemas más clásicos de la teoría del delito continental es la base para la crítica que, de los mismos, efectúa Nino, *Los límites*, p. 64 y ss.

(23) La identificación del razonamiento sistemático con la interrelación de las diversas reglas y principios puede advertirse en Fletcher, "Criminal theory as an international discipline", en *Eser/Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, II, Freiburg, 1988, p. 1595 y ss., 1615 y ss., quien se inclina por un planteamiento que, en todo caso, permita el control recíproco de la red de reglas y principios, por un lado, y las intuiciones acerca del caso concreto, por el otro.

(24) Schünemann, *Consideraciones críticas*, p. 48 y ss.; cfr. también Muñoz Conde, *Revista Penal*, n. 5, p. 46 y ss.

A fin de que tal aproximación a la realidad pueda tener lugar de modo progresivo, considero particularmente necesario corregir en algunos puntos el método sistemático al uso, prescindiendo, por ejemplo, de basarlo en conceptos rígidamente clasificatorios. Como señalara en su día *Radbruch* de modo incontestable: "Allí donde la vida sólo muestra un 'más o menos', el concepto exige una decisión: 'o esto o lo otro'".[25] Es eso lo que determina que, en la solución del caso, de modo no infrecuente se tienda a abandonar el concepto. Esta propuesta, que tiene precisamente su origen en Derecho Penal en la crítica de los neokantianos al modelo básicamente clasificatorio preexistente,[26] entronca con algunas de las corrientes de pensamiento más dinámicas en nuestros días.

Reorientado en estos términos, en los ya apuntados por *Roxin* y sus discípulos, y en los que más adelante se comenta, el sistema estructurado del delito puede estar en condiciones de afrontar alguna de las críticas tradicionalmente vertidas contra él. Por ejemplo, la existencia de *casos límite*[27] que se resisten a una estructuración binaria (0-1) no constituye una objeción contra el sistema estructurado, sino sencillamente la constatación de que la realidad no puede ser sometida a una clasificación rígida. De desarrollarse así las cosas, junto con las que se indican más adelante, la teoría del delito de origen alemán podría seguir constituyendo, a mi entender, el fundamento de la gramática occidental del Derecho Penal.

b) En otro orden de cosas, debe reconocerse que el sistema de la teoría del delito es, en su estado actual, un sistema incompleto. En efecto, no integra la totalidad de las reglas que, de uno u otro modo, influyen sobre la atribución de responsabilidad al sujeto. En particular, no ha conseguido hasta el momento la integración de los factores constitucionales, procesales y de determinación de la pena que conforman, por su parte, reglas adicionales de imputación. En este sentido, por tanto, incumple de modo muy particular su misión de orientación de la práctica[28] y, por ello mismo, se halla distante de los planteamientos anglosajones, más orientados a la resolución del caso.

Pues bien, en la medida en que en la práctica judicial, y también en la doctrina penal anglosajona, más orientada a aquélla, las reglas de imputación en el sentido estricto de la dogmática clásica no aparecen claramente escindidas de reglas procesales, constitucionales y de medición de la pena con gran incidencia en el *quid* y el *quantum* de la atribución de responsabilidad, parece claro que la única opción razonable para quienes desean mantener el sistema estructurado de

(25) *Radbruch*, "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken", en *Revue Internationale de la Théorie du Droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, XII, 1938, p. 46 y ss., 46.

(26) Además de la cita de Radbruch, cfr. Grünhut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926.

(27) A la que alude *Fletcher*, "Criminal theory", p. 1615.

(28) Cfr. *Naucke*, en *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, p. 58 y ss., 86 y ss., abogando por la ampliación del objeto tradicional de la Dogmática.

la teoría del delito, en lugar de abandonarlo, no puede ser sino precisamente la ampliación del objeto del mismo. Este es el reto que, desde hace ya algunos años, han asumido algunos autores, de entre los cuales quiero destacar aquí a *Wolter*.[29]

Este "sistema global del Derecho Penal", caracterizado en buena medida –aunque desde luego no sólo– por la elaboración e integración de las instituciones que se hallan tras la culpabilidad, pretende conseguir una mayor vinculación con la práctica, así como con las nuevas figuras del Derecho positivo.[30] En este sentido se encuentra, en mi opinión, en mejores condiciones de afrontar algunas de las críticas que, desde el lado anglosajón, se le podían dirigir al enfoque abstracto-conceptualista de la dogmática del "delito" en sentido clásico.

c) En todo caso, el mantenimiento del sistema estructurado, de la teoría, como modo de abordar la imputación de responsabilidad debe tomar en consideración el diferente modo en que el juez continental y el juez anglosajón se sirven de las reglas que lo integran. Un *modus operandi* que, seguramente, también tiene que ver con la diversa autocomprensión de uno y otro, así como con sus diversas fuentes de legitimación: la derivación de la ley (clásicamente la subsunción silogística), en el caso del juez continental; la razonabilidad de la resolución del conflicto, en el caso del juez anglosajón.

Si no me equivoco, las reglas de imputación se muestran, para el juez anglosajón,[31] como instrumentos provisionales, limitados, para aproximarse razonablemente a una solución justa del caso, en la que se tengan en cuenta los diferentes intereses enfrentados. En el juez continental las categorías, subcategorías y reglas del sistema tradicional del delito aparecen, en cambio, ante todo como una

(29) Cfr. ya *Wolter*, Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho Penal (trad. Baldó Lavilla), en Schünemann/Figueiredo Dias (coords.)/ Silva Sánchez (edic. esp.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 37 y ss., 69 y ss. Asimismo, Wolter, "Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad" (trad. Paredes Castañón), 1995, en Luzón Peña/ Mir Puig (edit.), Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid, 1999, p. 1 y ss; en fin, *Wolter*, "Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahreneinstellungen, Absehen und Mildern von Strafe – Strukturen eines ganzheitlichen Straftat–, Strafprozeb– und Strafzumessungssystems", en Wolter/Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, p. 1 y ss. Cfr., por lo demás, siguiendo estas consideraciones en España, *Asúa Batarrita*, "Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional", en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 2000, p. 221 y ss.

(30) Cfr. la valoración altamente positiva que efectúa *Naucke*, "Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht", GA, 1998, p. 263 y ss., en su recensión del libro editado por Wolter y Freund.

(31) Que ha tenido mucho que ver con su elaboración: Nino, *Los límites*, p. 102.

técnica de justificación de decisiones, cuyo contexto de descubrimiento puede haberse producido de otro modo, presentándolas como derivación correcta de la ley o de otras premisas generales.

Así, la inversión de la forma lógica de las sentencias que caracteriza a nuestra jurisprudencia no sería sino una manifestación más de cómo, en realidad, el sistema se muestra muchas veces ante todo como un obstáculo que el juez se siente obligado a salvar tras haber adoptado una resolución de modo intuitivo, directamente a partir de la ley y los hechos, y no tanto como un conjunto de instrumentos aptos para buscar esa resolución.

Es cierto que probablemente las cosas están cambiando en este punto. La pérdida de taxatividad y las deficiencias técnicas de muchos textos legales, así como la creciente complejidad de los problemas conduce seguramente a que el juez continental tienda a servirse de las reglas de imputación ya en el contexto de descubrimiento; al mismo tiempo, parece que la ya larga marcha hacia la codificación (al menos parcial) de los sistemas penales del *common law* debe producir también ciertos cambios en la autocomprensión y el modo de operar del juez de aquella tradición jurídica.

Pero, en cualquier caso, se vuelve a poner de relieve que sólo un sistema abierto, flexible, puede orientar la actividad judicial. Y que, por ello mismo, sólo un sistema que, sin perder la coherencia interna, las relaciones estructurales de sus elementos, admita su progresiva modificación en función de los cambios de su objeto y de las necesidades aplicativas, puede constituir un marco de consenso mínimo entre el modelo continental y el anglosajón. En definitiva, cabría concluir que el sistema estructurado del delito de tradición alemana podrá subsistir también como referencia para la cultura jurídica anglosajona en la medida en que consiga serlo para la aplicación del Derecho que tiene lugar en su propio ámbito.[32]

3. La Dogmática y la teoría de la Política Criminal frente al intervencionismo de la legislación penal y su aplicación judicial

Para un importante sector doctrinal, el intervencionismo creciente de la legislación y de la aplicación judicial del Derecho Penal no constituye un reto para la ciencia. Al contrario, se trata de la consecuencia de una "praxis política sin ciencia". Por tanto, parece que la única actitud científicamente posible sería, sin más, la crítica externa y total. A mi juicio, sin embargo, la propia existencia de tales manifestaciones pone de relieve que aquí se manifiesta un importante reto científi-

[32] Creo que es ésta una conclusión próxima a la que alcanza Naucke, en *Gesetzlichkeit*, p. 94-95: "Die Strafrechtswissenschaft sollte sich in großem Umfange auf das Vergängliche, auf die Wertung im zeitbedingten Konflikt, auf das aus ihnen Sicht Zufällige und Willkürliche einlassen", aunque parece que él entiende que ello no será posible hacerlo de modo dogmático (p. 86 y ss.).

fico previo. En efecto, la constatación de la existencia de planteamientos de esta naturaleza obliga a analizar, de entrada, si acaso importantes sectores de la doctrina del Derecho Penal no estarán procediendo –de nuevo– a un alejamiento del método vinculado a la política criminal en favor de métodos de orientación fundamentalmente filosófica o de teoría de la sociedad.

Ello tiene una repercusión central: pone de relieve que hay que continuar discutiendo cuál debe ser el método adecuado en la Dogmática del Derecho Penal, si uno con vocación filosófica u otro que parta de una referencia básica a la política criminal. Y a la vez, muestra una clara connotación política: pues obliga a tomar posición en cuanto a la cuestión de cuál es el marco de las políticas criminales discutibles y si, en concreto, todos o, al menos, algunos aspectos de la actual legislación y aplicación judicial del Derecho entran dentro del ámbito de lo discutible; y con arreglo a qué criterios metodológicos es posible valorar las distintas propuestas político-criminales.

La praxis político-criminal de "lucha contra el delito" (*Verbrechensbekämpfung*), que preside la evolución de la legislación y de la aplicación judicial del Derecho Penal en los diversos países, suscita, en efecto, reacciones contrapuestas. Para un sector, detrás de la evolución del Derecho Penal no se hallaría ninguna teoría de la política criminal ni ninguna dogmática; ninguna racionalidad defendible. Tan sólo una política populista, orientada a la obtención y el mantenimiento del poder, así como a otras intenciones pragmáticas a corto plazo. Es en este sentido en el que se ha afirmado que una de las características de la referida evolución es la "*tendencia a quitarle significación a la ciencia en la política y práctica del Derecho Penal*".[33]

Con ello, en efecto, parece querer indicarse que la política práctica del Derecho Penal[34] responde exclusivamente a consideraciones de cierto pragmatismo inmediato sin el más mínimo apoyo en teoría alguna –ni principialista, ni utilitarista o consecuencialista, ni mixta– de la política criminal o de la política del Derecho Penal. Así, se tiende a contraponer la "política criminal ilustrada" –científica– (*aufgeklärte Kriminalpolitik*) y la política criminal real. La primera estaría comprometida con la observancia de los derechos humanos y los estándares del Estado de Derecho, a la vez que comprobaría según baremos racionales las

(33) Hassemer, "La ciencia jurídico-penal en la República Federal alemana" (trad. Hormazábal), ADPCP, 1993, p. 35 y ss., 68.

(34) Para *Hassemer* existen no sólo la Política Criminal teórica y la praxis de la Política Criminal, sino también una teoría de nivel medio, cuya misión sería analizar y valorar los cambios del Derecho Penal desde un punto de vista histórico y político. Ésta podría calificarse como teoría de la reforma del Derecho Penal, correspondiéndole la denominación de teoría de la Política Criminal históricamente relativizada o bien, teoría de la política del Derecho penal (*Theorie der Strafrechtspolitik*). Cfr. *Hassemer*, en El mismo (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt, 1987, p. 10.

condiciones reales de aplicación del Derecho Penal y sus consecuencias. Sería "científica" en toda la extensión de la palabra.[35] La segunda, en cambio, se habría liberado de tales cadenas para iniciar una cruzada contra el mal (*Kampf gegen das Böse*).[36] Sería, sin más, acientífica.

Para esta postura, aparentemente, la Política Criminal oficial no persigue ninguno de los fines materiales de legitimación a los que se afirma servir. Eso sí, se pretendería con ella un fin instrumental: la obtención y mantenimiento del poder,[37] para lo que se trataría incluso de provocar el incremento de los miedos sociales ante la criminalidad y los delincuentes.[38]

Este planteamiento, que reconoce como única teoría posible del Derecho Penal la que se manifiesta en la adopción de las premisas ideológicas liberales, en concreto kantianas, o, alternativamente, supuestas derivaciones valorativas jurídico-penales de ciertos resultados obtenidos por las ciencias empíricas del comportamiento individual, no es, sin embargo, el único científicamente posible. Es sabido que, desde otras perspectivas, se parte, por el contrario, de una presunción de legitimidad de la praxis político-criminal legislativa y aplicativa en términos de funcionalidad; ello, aunque se esté dispuesto a admitir la existencia de regulaciones disfuncionales.

Así, en la concepción de *Jakobs* a la dogmática le corresponde básicamente la tarea de sistematización de las reglas de imputación existentes en un determinado ordenamiento practicado, sin pretensiones político-criminales trascenden-

(35) Debe subrayarse, con todo, que, como señala *Mir Puig* "... la Política criminal puede adoptar diversas orientaciones. La opción por una u otra política criminal no puede ser una decisión dotada de validez científica, ni siquiera en el sentido 'débil' en que cabe utilizar este concepto en el ámbito de la teoría jurídica. Dicha opción es una elección política". Cfr. Mir Puig, "Laudatio a Claus Roxin", en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 31 y ss., 33, optando por la orientación a la Constitución como criterio rector.

(36) Cfr. Nestler, "Einleitung", en *Lüderssen* (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band V: Lernprozesse im Vergleich der Kulturen, Baden-Baden 1998, p. 11.

(37) *Nestler*, Ibídem: "... diese Kriminalpolitik verfolgt mit dem Strafrecht keine materialen Ziele, sondern sie produziert und beutet die Furcht und den Abscheu vor den Aubenseitern der Gesellschaft aus, um politische Unterstützung zu produzieren. Kriminalpolitik wird zum Mittel der Demonstration der moralischen Gesundheit der Gesellschaft, dient nur noch einer Legitimation der politischen Herrschaft mit Blick auf die nächsten Wahlen, die auf dem Rücken der Aubenseiter mit drakonischen Strafen hergestellt wird". Similar, para el caso de la Política Criminal de ley y orden en Estados Unidos e Inglaterra, Von Hirsch, "Law and Order: Die Politik der Ressentiments", en Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band V: Lernprozesse im Vergleich der Kulturen, Baden-Baden, 1998, p. 31 y ss., 34, 37.

(38) Von Hirsch, en Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, V, p. 34.

tes.[39] De manera que, desde su perspectiva, la nueva legislación intervencionista y la jurisprudencia que la acompaña constituirían, ante todo, un reto científico. Pues se trataría de descubrir las reglas de atribución de responsabilidad subyacentes al modelo que se genera y sistematizarlas.[40]

Para algunos, ello es una "capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia".[41] Y, en efecto, un planteamiento así corresponde a una valoración divergente acerca de las posibilidades políticas de la dogmática y, en consecuencia, acerca del papel de la dogmática en los procesos de cambio jurídico y político.

A este respecto, *Jakobs* entiende que "si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho Penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *ultima ratio*. La decisión de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho Penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo

(39) Cfr. sobre este extremo Suárez González/ Cancio Meliá, "Estudio preliminar", p. 79-80, en Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho Penal* (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996.

(40) Cfr. Jakobs, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* (mecanografiado inédito), 1999, p. 1: "vielmehr muß die Wissenschaft das Selbstverständnis der Gesellschaft mit dem Bemühen zur Kenntnis nehmen, es zu verstehen"; además, p. 9 y ss. en relación con los comportamientos masivos (*Massenverhalten*), así como con los supuestos de adición de daños (*Schadenssummierung*). Dado que éstos, según la Dogmática clásica, son casos de autoría accesoria y esa solución no parece adecuada al fenómeno, se trataría de elaborar una Dogmática de la sociedad de masas (*Massenhaftes Verhalten und Zurechnung*): "... es geht nicht an, weiterhin von den spezifischen Problemen einer Massengesellschaft die Augen zu verschlieben und so zu tun, als seien die einzelnen nur einzelne und nicht Teile einer Masse" [Existe versión española –La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente (trad. Manso Porto)–, publicada en Consejo General del Poder Judicial/ Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999, Estudios de Derecho judicial 20, p. 121 y ss.; aquí se ha optado por citar el mecanografiado original alemán].

Especialmente interesante es el inicio de la teorización de un "Derecho penal del enemigo" (p. 15 y ss.), en el que los elementos de seguridad cognitiva tendrían –a diferencia de lo que sucede en el llamado Derecho penal de ciudadanos– un papel central. La noción de "Derecho penal del enemigo" ya aparece en Jakobs, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, p. 293 y ss., 298, 322 y ss.

(41) Schünemann, *Consideraciones críticas*, p. 14.

positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores".[42]

Este planteamiento parte, sin embargo, de una neutralidad de la Dogmática que, a mi entender, no se corresponde ni con la autocomprensión de los dogmáticos, ni con la visión que de la ciencia jurídico-penal tiene la propia sociedad. En efecto, está claro que existen materias en las que se puede partir de dicha neutralidad (así, el descubrimiento de estructuras); del mismo modo que se puede concluir taxativamente que es positivo que se avance por este camino y que los espacios de neutralidad crezcan. Pero en otros ámbitos la dogmática tiene una abierta vinculación con la política criminal: en este sentido, es política.

Ello no quiere decir que a la dogmática le correspondan funciones concretas de promoción o contención del cambio social, a través de sostener soluciones disfuncionales: ni ello le compete, ni tampoco podría llevarlo a cabo seguramente. Ahora bien, en el marco de una sociedad dada, la sistematización de las reglas de imputación y la determinación de su contenido, incluso la efectuada desde perspectivas funcionales, no tiene por qué plasmarse en un único modelo.[43] Más allá de la lógica "objetiva" de la evolución social, si es que ésta existe, se dan principios enfrentados, juegos de mayorías y minorías, conflictos de intereses. Cabe advertir la presencia de quienes siguen vinculados al anterior estado de cosas, ya superado, de quienes sostienen el *statu quo* que mayoritariamente se está configurando y quienes incluso propugnan uno nuevo.

Pues bien, de ser lo anterior correcto, la dogmática del Derecho Penal, incluso la dogmática funcional del Derecho Penal, tendría posibilidades distintas de elaborar una determinada institución. De modo que cabría que la dogmática incorporara perfectamente diversas racionalidades "no disfuncionales" que se tradujeran en propuestas distintas de solución de un determinado problema.

Por lo demás, existe también aquí una diversa actitud ante la Política Criminal. Para *Jakobs*, una determinada praxis político-criminal sólo puede criticarse si es abiertamente disfuncional, es decir si pretende ocuparse de la estabilización de normas que no pertenecen al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad o si no resulta apta para la estabilización de las normas que realmente sí pertenecen al referido núcleo.

Ahora bien, la determinación de lo que pertenece al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad no es evidente:[44] aquí cabe, pues, incluso

(42) Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional* (trad. Cancio/Feijóo), Madrid, 1996, p. 40-41.

(43) Por ejemplo, es evidente que, incluso en el marco de la legislación vigente sobre drogas o terrorismo, cabe construir reglas de imputación sustancialmente distintas, en función de que se parta de su excepcionalidad o se trate de reconducirla al modelo común de atribución de responsabilidad.

(44) Por cierto que la falta de un estudio profundo sobre los elementos de la identidad normativa de la sociedad y, en concreto, de lo que es nuclear en la misma y lo que no

dentro del funcionalismo, un debate jurídico-político, no en último lugar porque la identidad normativa de una sociedad ni es estática ni pacífica ni única, sino dinámica, enfrentada y plural. De modo que surgirá siempre el debate acerca de si la respuesta elegida por el legislador –la del Derecho Penal– como medio de estabilización de una determinada norma es correcta o no.[45] Por otro lado, tampoco es evidente que sólo una concreta opción punitiva –la precisamente elegida por el legislador– cumpla la función de esa estabilización pretendida; si la identidad normativa es dinámica, plural y enfrentada, se plantearan inmediatamente opciones alternativas de tipificación y sanción penal. Con lo anterior quiere decirse, por tanto, que la discusión político-criminal sobre lo que pertenece al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad (en cambio permanente) así como la discusión acerca de lo necesario para la estabilización de las normas que pertenecen a dicho núcleo es absolutamente abierta. Y no puede negarse la repercusión de esta discusión sobre la dogmática, en la medida en que ésta constituye el vehículo a través del cual, imputando responsabilidad y sancionando a un determinado sujeto, tiene lugar la referida estabilización. Creo, pues, en fin, que tampoco la dogmática funcionalista puede prescindir de consideraciones políticas.

Así, parece que la *opción crítica*, para la cual la praxis político-criminal y legislativa no admiten un abordaje científico, de modo que debe permanecerse en una crítica extrasistemática, sin dogmática y sin matizaciones político-criminales, y la *opción funcionalista*, para la que esa praxis responde *ex definitione* a la lógica de la evolución social, debiendo procederse a la sistematización neutra de sus reglas de imputación y criticándola sólo en los casos de abierta y manifiesta disfuncionalidad, no son las únicas posibles.

Hay, desde luego, lugar para la crítica político-criminal. En este sentido, puede compartirse la opinión de que la legislación que se está desarrollando al margen del Derecho Penal nuclear es muchas veces poco satisfactoria, faltándole al legislador asesoramiento de política legislativa y de dogmática jurídico-penal.[46] En particular, es éste un buen campo en el que proceder, más que a una crítica ideológica apriorística, a articular críticas sobre la base de criterios de eficacia relativa del instrumento penal escogido y de otros alternativos al mismo.

Pero asimismo resulta evidente que el trabajo dogmático puede resultar imprescindible para conseguir reconducir los nuevos fenómenos legislativos y jurisprudenciales a conceptos claros, seguros y generalizables.

lo es, me parece un importante déficit que, hasta la fecha, sigue lastrando la teoría del Derecho Penal de Jakobs.

(45) Así, por ejemplo, la supuesta configuración de un Derecho Penal de enemigos, sobre cuya adecuación funcional Jakobs apenas indica nada, salvo en lo relativo al enemigo interno o corruptor (que ataca a la seguridad de las valoraciones): Jakobs, *Die Strafrechtswissenschaft*, p. 17.

(46) Cfr. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute* (mecanografiado inédito), 1999, p. 25.

En realidad, los planteamientos extremos acaban poniendo de relieve una suerte de doble escepticismo. En el caso de unos, el escepticismo se proyecta sobre la capacidad de la dogmática para introducir cierta medida de racionalidad político-criminal en un determinado ámbito.[47] Ello, olvidando, a mi juicio, que la teoría de la interpretación y las reglas de imputación son, como antes se ha indicado, el vehículo a través del cual el programa del legislador incide realmente en la esfera de libertad de los ciudadanos. En el caso de los otros, el escepticismo incide sobre la posibilidad –la necesidad– de que la dimensión de valor del Derecho Penal se proyecte sobre la Política Criminal y, más allá, también sobre la dogmática. Pero en la política criminal y en la dogmática se trata de la relación entre las esferas jurídicas de los ciudadanos y eso, aunque pueda venir determinado en parte por la cristalización de una cierta tradición histórica, implica necesariamente introducir criterios –opciones– de valor.

Algunas razones de ese escepticismo pueden provenir de la vinculación de la ciencia del Derecho Penal con la filosofía. En efecto, los dos planteamientos reseñados responden, en la base, a concepciones filosóficas (o de teoría de la sociedad) globales y, como tales, no flexibles. Así, si bien puede ser cierto que, al menos en parte, asistimos a manifestaciones de una *política sin "ciencia"*, no es descabellado afirmar que, en cierta medida, en el planteamiento de muchos autores parece proponerse que la teoría del Derecho Penal abandone el terreno inseguro de la Política Criminal concreta (que sea una *ciencia sin política*) para refugiarse en el apriorismo y la abstracción de determinadas *filosofías o teorías globales de la sociedad.*

Idealismo[48] y funcionalismo,[49] en particular, constituyen, por tanto, en sus manifestaciones radicales, dos modos de hacer ciencia del Derecho Penal sin política, desde la filosofía o desde la teoría de la sociedad. Y, en esa misma línea, dos concepciones de la ciencia del Derecho Penal desde las que resulta difícil influir sobre la política concreta. El idealismo, porque parte de negar la relevancia de algunos de los problemas reales (o vividos como reales) que surgen en las sociedades complejas. El funcionalismo, porque niega la posibilidad de soluciones alternativas incluso situados en el marco de aquello en lo que, a su juicio, cristaliza la dinámica social.

Frente a las manifestaciones radicales de una y otra propuesta, entiendo que desde la teoría de la política criminal y desde la Dogmática deben asumirse las nuevas tendencias de la praxis legislativa y judicial, en el marco social en que se producen, como un reto político y también como un reto científico. Político, por-

(47) Roxin, *Kriminalpolitik* (mecanografiado inédito), p. 27, habla concretamente de que aquí se da una "unterschiedliche Einschätzung der Leistungsfähigkeit unserer Strafrechtsdogmatik".

(48) Con significativas vinculaciones con la filosofía kantiana.

(49) Que en su concreción jurídico-penal ha ido entroncando de modo cada vez más patente con la filosofía de Hegel.

que desde luego no todo lo que sucede en la referida praxis merece una idéntica descalificación global y es preciso sentar las bases de una aproximación diferenciadora a la misma.[50] Científico, porque la teorización de las referidas tendencias y su reconducción, en la medida en que proceda, al sistema común de la teoría del delito habría de ser la muestra de la efectiva flexibilidad –y viabilidad– del propugnado sistema abierto.

[50] Cfr., por ejemplo, la aproximación de *Arroyo Zapatero*, "Derecho penal económico y Constitución", en *Revista Penal* 1/1 y ss., julio 1997.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: finalidade e aplicação

CARLOS ALBERTO DE SALLES

SUMÁRIO: 1. A aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro – 2. Prevenção como objetivo central da responsabilização criminal da empresa – 3. A relação entre responsabilidade penal da empresa e responsabilidade individual – 4. A responsabilidade civil e a responsabilidade criminal como alternativas à proteção ao meio ambiente – 5. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: A responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser considerada no contexto de outras medidas legais para proteção do meio ambiente. Sob esse aspecto, as tutelas penal e civil devem ser vistas como alternativas para que se possa alcançar o objetivo de preservação do meio ambiente, optando-se por aquela capaz de gerar melhores resultados para a sociedade. A lei brasileira permite ampla flexibilidade na fixação e aplicação da pena, o que é adequado, considerando a enorme desigualdade entre os agentes econômicos passíveis de condenação. É preciso, no entanto, considerar na aplicação da pena o conjunto de efeitos dessa modalidade de condenação, de forma a dimensionar os vários fatores sociais implicados. A maior dificuldade na aplicação da lei nacional reside no fato de condicionar o reconhecimento da responsabilidade penal à demonstração da existência de decisão por parte de órgãos legal ou contratualmente autorizados da pessoa jurídica. Essa exigência constitui um grave entrave para a efetividade de tutela penal, tornando sua aplicação tão difícil quanto a responsabilização pessoal dos dirigentes da empresa. Alguns conceitos e abordagens desenvolvidas pelo direito norte-americano podem ser úteis na elaboração de uma teoria sobre a culpabilidade da pessoa jurídica e sobre a avaliação desse tipo de medida legal.

Palavras-chave: Responsabilidade penal de pessoa jurídica – Tutela penal do meio ambiente – Aplicação da pena à pessoa jurídica – Direito comparado – Estados Unidos – Culpabilidade da pessoa jurídica – Lei 9.605/98.

1. A aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro

A Lei 9.605/98 veio cumprir uma promessa há muito consagrada em nosso texto constitucional: a responsabilização criminal da pessoal jurídi-

ca.[1] Não obstante a resistência e desalento dos penalistas mais apegados ao enfoque tradicional dos institutos do direito penal, como aqueles relacionados com a conduta e a culpabilidade,[2] o § 3.º do art. 225 da CF não deixa qualquer dúvida sobre a opção de nosso constituinte em estender a sanção penal para além da pessoa natural.[3]

Se, portanto, não procedem as dúvidas quanto à validade da imputação de condutas penais à pessoa jurídica, em face da expressa disposição constitucional, resta controvertido um vasto campo de indagações e polêmicas quanto à conveniência, à forma e aos requisitos da aplicação de sanções penais a pessoas jurídicas. Na verdade, a Lei 9.605/98 foi omissa quanto à modalidade e à gradação da pena aplicável às várias situações concretas.[4]

(1) Muito embora as disposições legais estudadas se apliquem às pessoas jurídicas, genericamente consideradas, é no conceito de empresa, enquanto unidade de produção, que melhor se identificam os destinatários principais das normas em estudo, tendo em vista a direta ligação da atividade econômica com as situações real ou potencialmente lesivas ao meio ambiente. "A empresa é a unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços não importa qual o estágio de produção" (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo : RT, 2000. p. 246). O presente artigo usa indistintamente a designação empresa e pessoa jurídica, mesmo reconhecendo a maior amplitude desta última.

(2) Lamentando a opção constitucional, "em que se rompeu com a tradição de nosso Direito Penal", v. José Henrique Pierangeli, "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova lei ambiental", *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* 8/124-125, n. 15, jan./jun. 2000; considerando as imperfeições técnicas da lei em discussão, v. Luís Paulo Sirvinskas, "Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98", *RT* 784/493, fev. 2001; afirmando a posição contrária da maioria da doutrina, v. Roque de Brito Alves, "A responsabilidade penal da pessoa jurídica", *RT* 748/502, fev. 1998; sustentando os pontos de vista tradicionais, v. Luiz Vidal da Fonseca, "Ainda sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais", *RT* 90/497-505, n. 784, fev. 2001; combatendo pela inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.605/98, v. Carlos Ernani Constantino, "Meio ambiente – O art. 3.º da Lei 9.605/98 cria o intolerável *bis in idem*", *Revista Jurídica* 248/36-38, jun. 1998; e "Meio ambiente – O art. 3.º da Lei 9.605/98 é inconstitucional", *Revista Jurídica* 252/152-155, out. 1998.

(3) Embora com menor clareza, também o art. 173, § 5.º, contém um permissivo genérico de sancionamento penal da pessoa jurídica. Alguns autores têm admitido a responsabilização penal da pessoa jurídica com base em outras leis que não a 9.605/98, como seria o caso das Leis 8.137/90 (crimes contra a ordem econômica e tributária), 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional) e 8.884/94 (defesa da concorrência). Nesse sentido, Alves, op. cit., p. 495, e Edward Ferreira Filho, "As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98", *Revista de Direito Ambiental* 3/24, n. 10, abr./jun. 1998.

(4) Chamando a atenção para esse fato e indicando a separação entre a parte geral da lei, onde estão previstas as penas aplicáveis à pessoa jurídica, e a parte especial, prevendo os tipos penais e penas restritivas de liberdade, v. Sirvinskas, op. cit., p. 490.

A gradação das penas capituladas nos vários tipos penais previstos na lei dá uma idéia de proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a sanção cominada nos dispositivos da Parte Especial. No entanto, não se pode daí extrair qualquer regra como ponto de partida para a fixação da reprimenda à pessoa jurídica. Por certo, não se haverá de igualar, por exemplo, a suspensão parcial de atividade ou a interdição ao *quantum* da pena prisional definido em lei e aplicável à pessoa física. As penas restritivas de direito, previstas no art. 22 da lei em discussão, não apresentam qualquer correspondência lógica ou jurídica com as penas prisionais normalmente aplicáveis ao sujeito ativo do delito, impedindo que uma possa apresentar-se como referência para a quantificação da outra.

Aliás, se bem analisada a matéria, concluir-se-á que a sua disciplina legal não poderia ser diferente. Considere-se que dentro de um modelo clássico, que se pode também chamar de liberal, a aplicação do direito parte de um pressuposto de igualdade entre os sujeitos, os quais são considerados plenamente constituídos e capazes de decisões autônomas.[5] Assim, por exemplo, quando a lei prevê a pena de um a três anos para quem destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente (art. 38), está pressupondo uma mínima igualdade entre os possíveis sujeitos ativos do delito.

Pois bem, se é verdade que existe diferença entre o lenhador, individualmente responsável por um dano florestal, e uma madeireira empresarialmente constituída, não é menos verdade, também, que existe diferença entre uma pequena madeireira e uma multinacional da exploração florestal. A aplicação da pena à pessoa jurídica deve partir da constatação da existência de uma quebra de igualdade entre os sujeitos passíveis de pena. Da mesma forma que não se podem punir de maneira similar a pessoa natural e a pessoa jurídica, também não se podem punir igualmente empresas de diferentes portes e diferenciado poderio econômico.

Note-se que a diferença material entre agentes, em uma perspectiva tradicional de direito penal, pode ser equacionada na dosimetria da pena, atendendo à culpabilidade dos agentes colocados em situações análogas. Suponha dois réus respondendo pelo mesmo crime, sendo um primário e outro reincidente. A desigualdade de condições entre os dois acarretará uma diferença na pena a ser aplicada a cada qual. Tratando-se da imputação penal à pessoa jurídica, no entanto, o acerto referente às diferenças de posições dos vários sujeitos não pode ser feito previamente, a partir de limites fixados em lei, e, sim, deixado para a quantificação da pena pelo julgador.

(5) Sobre as características de um modelo liberal de direito em relação aos sujeitos, em exposição aplicada ao processo civil, v. David M. Trubek, "The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure", *Law and Contemporary Problems* 51/111-134, n. 4, 1988. Para uma visão mais aprofundada dos pressupostos liberais do direito moderno, v. Roberto Mangabeira Unger, *O direito na sociedade moderna*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979, p. 177-202.

Por essa razão parece difícil, senão impossível, a indicação pelo legislador da capitulação da pena em seus limites mínimo e máximo para aplicação à pessoa jurídica em relação às modalidades delitivas previstas. Diante da desigualdade material das pessoas jurídicas passíveis de aplicação de pena, a solução normativa mais viável é mesmo aquela de deixar ao julgador a tarefa de definir, *ad hoc*, a modalidade de pena aplicável, bem como os parâmetros quantitativos da sanção a ser aplicada. A opção do legislador nacional, nesse sentido, não parece ter sido incorreta. Assim, por exemplo, não bastará ao julgador definir se a pena será de suspensão ou de custeio de um programa ambiental, mas qual a duração da primeira ou o montante a ser aplicado na segunda, tomando por base exclusivamente as características do caso concreto.

Essa opção feita pelo legislador brasileiro, embora se mostre a mais viável, obviamente, coloca uma imensa dificuldade ao julgador, cuja superação exige cuidadosa elaboração jurídica. Está-se diante de um verdadeiro *hard case*, no sentido de impossível de ser resolvido sob uma clara norma jurídica,[6] abrindo espaço para uma necessária discussão sobre a existência de um espaço de discricionariedade judicial. Tratando da solução desse tipo de caso, Dworkin aponta uma distinção fundamental entre dois grupos de argumentos que devem ser levados em consideração na tomada de qualquer decisão estatal, entre as quais aquelas judiciais: os *argumentos de princípio* e os *argumentos de política pública*.[7]

"Argumentos de política pública justificam uma decisão política mostrando que a mesma privilegia ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para o fabricante de aeronaves, de que o subsídio protege a defesa nacional, é um argumento de política pública. Argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a mesma respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. Argumentos em favor de leis antidiscriminação, no sentido de que a minoria tenha um direito a igual respeito e consideração, é um argumento de princípio".[8] Os argumentos de princípio são tomados com a intenção de estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política pública têm por intenção o estabelecimento de um objetivo coletivo.[9]

(6) Sobre o sentido de *hard case* na hermenêutica jurídica, v. José Augusto Fontoura Costa, "Normas jurídicas, aplicação e casos difíceis", *Cadernos de Pós-Graduação da Universidade Católica de Santos* 3/11-14, jun. 2000. A posição sustentada neste artigo baseia-se em Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge : Harvard University, 1978, p. 81-100.

(7) *Arguments of principle* e *arguments of policy* no original. DWORKIN, op. cit., p. 82-90.

(8) DWORKIN, op. cit., p. 82.

(9) Idem, ibidem, p. 90.

Não obstante Dworkin admita que, em uma democracia representativa, os argumentos de política pública devem ser primordialmente objeto de consideração do processo político, o sistema pode funcionar melhor quando juízes não eleitos, isolados da pressão de grupos de interesse, compõem interesses antagônicos em suas cortes, considerando essa espécie de argumento.[10] Isso significa dizer que os juízes, na solução dos *hard cases*, devem levar em conta não apenas os argumentos de princípio, mas também os de políticas públicas, a bem do funcionamento do próprio sistema político.

No caso em estudo, a correta responsabilização penal de pessoa jurídica, por suas características gerais e pela regulamentação jurídica que lhe foi dada, remete necessariamente à consideração de argumentos de políticas públicas, isto é, à busca da definição dos objetivos sociais implicados com sua aplicação. Somente dessa maneira se poderá chegar a uma interpretação legítima e coerente das normas jurídicas a esse respeito. O próximo tópico deste artigo procura descrever o objetivo central do instituto estudado. Os tópicos seguintes visam estabelecer uma comparação entre os vários mecanismos legais e institucionais para se atingir os objetivos sociais relacionados com a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

2. Prevenção como objetivo central da responsabilização criminal da empresa

O objetivo central da responsabilização penal da pessoa jurídica é prevenir a ocorrência de novas e reiteradas lesões ao meio ambiente. Os objetivos de retribuição e reabilitação, normalmente presentes na justificação da sanção criminal, ocupam papel menor na criminalização da pessoa jurídica.[11]

A dificuldade de percepção e definição de uma noção de culpabilidade da pessoa jurídica torna mais difícil conceber um caráter retributivo na pena a ela aplicada. Parece altamente implausível que a necessidade de retribuição por parte da sociedade seja tal que exija a punição de entidades não humanas, embora seja razoável a existência desse impulso social em relação aos gerentes e empregados da empresa criminalmente envolvida.[12] Por fim, imposição de pena a uma empresa

(10) Idem, ibidem, p. 85.

(11) Discutindo os vários objetivos que justificam a criminalização da pessoa jurídica, v. Brent Fisse, "Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault", *Southern California Law Review* 56/1.114/1.174, september 1983. Esse autor apresenta, como os principais objetivos do direito penal, *deterrence*, *retribution*, *rehabilitation* e *incapacitation*, concluindo pelo predomínio da primeira, mas sustentando a importância das demais.

(12) Sustentando a primazia do objetivo de prevenção (*deterrence*), v. V. S. Khanna, "Corporate criminal liability: what purpose does it serves?", *Harvard Law Review* 109/1.493-1497, n. 7, may 1996.

implica sempre o risco de atingir inocentes acionistas, empregados e mesmo consumidores, esvaziando sensivelmente o caráter retributivo da sanção penal.

O mesmo se diga da reabilitação. Se a pena, prisional, restritiva de direitos ou de prestação de serviços, quando aplicada a um sujeito individual, tem um claro papel educacional, no sentido de impor novos condicionamentos morais e comportamentais ao agente, o mesmo não se poderá dizer do sancionamento penal da pessoal jurídica. Nada garante que os administradores responsáveis pela conduta empresarial criminosa sejam os mesmos que responderão pela sanção, nada garantindo, também, a formação de uma cultura empresarial capaz de passar pelas inúmeras modificações societárias e administrativas a que as empresas contemporâneas estão sujeitas.[13]

O objetivo central, ou direto, da responsabilização penal da pessoa jurídica é o da prevenção da prática de fatos delituosos.[14] Esse objetivo, no entanto, deve ser considerado em um contexto mais amplo, ou seja, relacionado com a própria preservação do meio ambiente, com a prevenção do dano ambiental. Somente assim será possível vislumbrar quais são as políticas públicas implicadas, de forma a chegar a uma correta e justa aplicação desse instituto.

A consideração da tutela penal do meio ambiente, portanto, deve ser feita levando em conta os demais meios para fazer valer as normas protetivas do meio ambiente, devendo estar pautada por critérios originários do próprio direito ambiental. A esse propósito cabe observar que o direito ambiental, como área específica de estudos jurídicos, cobre um vasto campo de interesses, públicos e privados, individuais e coletivos, abrangendo a atenção de outros ramos do direito,[15] bem como de outras disciplinas acadêmicas.

É preciso ter em mente que a tutela jurídica do meio ambiente é eminentemente coletiva, dirigida à proteção de bens de interesse comum, regulando, entretanto,

(13) Discutindo as relações entre a responsabilidade criminal de gerentes e da empresa, v. Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston : Little, Brown and Company, 1992, p. 421-423.

(14) Comentando o advento da lei brasileira, cf. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, "Projeto de lei dos crimes contra o meio ambiente: previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas", *Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA* 5/ 278-279, jan./dez. 1996-1997; e Fernando Antonio N. Galvão da Rocha, "Responsabilidade penal da pessoa jurídica", *Revista de Direito Ambiental* 3/26, n. 10, abr./jun. 1998; Sirvinskas, op. cit., p. 483-484. Tomando por base o contexto norte-americano, cf. Khanna, op. cit., p. 1.493-1.497. Admitindo também outros objetivos, Fisse, op. cit., p. 1.141-1.245.

(15) Nesse sentido o direito ambiental tem um *caráter horizontal*, expandindo-se por outras áreas clássicas do direito. Cf. Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 3. ed., Paris : Dalloz, 1996, p. 7; também Beniamino Caravita (*Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna : Società Editrice Il Mulino, 1990, p. 57-58) apontando que o direito ambiental se realiza tanto pela tutela publicista como por aquela individualista.

também condutas privadas e individuais, relativas à relação do homem e das atividades produtivas por ele desenvolvidas com o meio ambiente. Com isso, abrange as mais diversas áreas, com implicações de direito público, relativas ao poder regulamentar e de polícia do Estado, e de direito privado, no que toca a restrições ao direito de propriedade, ao uso de recursos naturais e à definição de responsabilidades por danos sofridos por terceiros. A abrangência do direito ambiental manifesta-se, também, em sua multidisciplinaridade, tendo em vista a necessidade de recorrer a outros ramos do conhecimento para avaliar e compreender sua repercussão sobre realidades fáticas de enorme complexidade, envolvendo um grande número de fatores inter-relacionados e de sujeitos interessados.[16]

Observe-se, ainda, ter a proteção ambiental uma implicação direta com o domínio econômico e sua efetivação estar relacionada com a capacidade de os instrumentos legais gerarem os corretos incentivos aos agentes no mercado. Nessa interação da proteção ambiente-mercado, a capacidade de *enforcement* de normas protetivas daquele tem um papel fundamental, podendo não só interferir negativamente na dinâmica do segundo como gerar incentivos ao descumprimento das disposições que deveria acatar. Toda vez que o descumprimento da lei for mais vantajoso do que seu atendimento, a conduta dos agentes se orientará naquele sentido,[17] sendo de se notar que a capacidade de o sistema compelir à obediência das normas legais está reciprocamente relacionada com sua aptidão para gerar incentivos para o cumprimento dessas normas.[18]

Certamente, a conclusão de que a responsabilização penal da pessoa jurídica pode ocupar um papel na prevenção do dano ambiental deve ser considerada ao lado de outros mecanismos jurídicos para se atingir o objetivo maior de preservação do meio ambiente. A tutela penal do meio ambiente deve ser considerada no contexto de outros mecanismos voltados ao mesmo objetivo, como é o caso da responsabilidade civil pelo dano ambiental e da imposição de medidas administrativas aos agentes.

A responsabilização penal da pessoa jurídica, por razões conceituais e pela sua própria finalidade no sistema jurídico, não pode estar pautada no conceito tradicional de culpabilidade, devendo ser vista como instrumento de controle social, interligado a outros mecanismos jurídicos voltados à realização de determinados objetivos sociais.[19]

(16) SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental.* São Paulo : RT, 1998. p. 88-89.

(17) Para uma completa avaliação do funcionamento dos incentivos econômicos em matéria ambiental, v. Roger W. Findley e Daniel A. Farber, *Cases and materials on environmental law*, 4. ed., Saint Paul : West, 1995, p. 337-364.

(18) SALLES, op. cit., p. 94-95.

(19) GOLDSTEIN, Abraham S. "White-collar crime and civil sanctions". *Yale Law Journal* 101/1.895-1.899, june 1992. Sustentando a possibilidade de a culpabilidade da pessoa jurídica ser verificada no contexto da teoria organizacional da empresa, v. William S.

3. A relação entre responsabilidade penal da empresa e responsabilidade individual

O estabelecimento da correta relação entre a responsabilidade penal da empresa e a responsabilidade individual de seus sócios, administradores, gerentes ou empregados é outro ponto fundamental na aplicação da Lei 9.605/98. Inexistente a possibilidade de responsabilização legal da empresa, lamentava-se a dificuldade de determinação do responsável pelo ilícito penal. "A complexidade dos interesses em jogo na estrutura das empresas pode levar à irresponsabilidade organizada dos indivíduos. Surge a dificuldade em identificar o(s) indivíduo(s) responsável(eis) na pessoa coletiva".[20] Amarradas pelos rigores processuais e probatórios próprios do processo penal, as tentativas de responsabilização penal do alto escalão da empresa acabavam quase sempre malsucedidas, resultando em uma absolvição ou, pior, na condenação de um funcionário subalterno sem qualquer poder de efetivo mando e decisão no contexto empresarial.

A abertura da possibilidade de responsabilização penal de pessoa jurídica viria, então, em resposta a esse tipo de problema, causador de uma quase que completa ineficácia das normas penais de tutela do meio ambiente e de outros interesses colocados em confronto com a atividade econômica. De fato, a estrutura decisória e hierárquica da empresa, muitas vezes, constrói um verdadeiro escudo ou labirinto para chegar aos efetivos responsáveis por uma dada decisão. Significativamente, a literatura jurídica de língua inglesa vem utilizando nesses casos a expressão *judgment-proof* para designar a posição dos agentes individuais responsáveis pelas decisões empresariais.[21] Em termos bastante simples, a resposta legal no sentido de permitir a responsabilização da pessoa jurídica está baseada no seguinte raciocínio: se não posso pegar os agentes responsáveis pela empresa, então pego a própria empresa.[22]

Resta saber, no entanto, se esse raciocínio é o que melhor atende ao objetivo de prevenção da ocorrência de novos fatos delituosos. Será que, responsabilizan-

Laufer, "Culpability and the sentencing of corporations", *Nebraska Law Review* 71/1.049-1.145, 1992.

(20) LECEY, Eladio. "Autoria singular e coletiva nas infrações contra o ambiente e as relações de consumo – A problemática da criminalidade pela pessoa jurídica". *Revista de Direito do Consumidor* 22/53-63, abr./jun. 1997; no mesmo sentido, esse mesmo autor, Eladio Lecey, "A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica", *Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, ed. especial, p. 167-180, jun. 1999; e PIERANGELI, op. cit., p. 122-126.

(21) Cf. Khanna, op. cit., p. 1.495-1.496, observando que "probably the best reason for relying on corporate liability over direct liability is that corporate agents are often judgment-proof" (p. 1.495).

(22) Embora, com será visto adiante, a responsabilização da empresa não exclua aquela dos agentes e vice-versa.

do a empresa, mas deixando de fora os agentes efetivos responsáveis pela decisão da qual resultou o ilícito, não se estará fazendo uma "justiça de segunda classe", distante dos objetivos maiores da tutela penal? É preciso que se tome cuidado para que a responsabilização da pessoa jurídica não se torne uma verdadeira isenção de responsabilidade para os agentes individuais, causadores últimos do ilícito penal. O afastamento da responsabilidade direta dos sujeitos formadores da vontade da pessoa jurídica somente será adequada se a responsabilização da empresa tiver um maior alcance.

A esse propósito, com acerto observa V. S. Khanna que, "na realidade, o direito objetiva deter os atos e omissões ilegais daqueles que agem em nome da empresa. Para defender a responsabilidade da empresa em termos de prevenção, deve-se mostrar que ela detém os gestores da empresa ou seus empregados de agirem ilicitamente de maneira melhor que a responsabilidade individual direta".[23]

Nesse sentido, observe-se que a responsabilidade penal da empresa atua de maneira mais indireta. A aplicação de sanções à pessoa jurídica acarreta um decréscimo em seu valor de mercado, fazendo com que os acionistas que suportam esse decréscimo passem a ter um incentivo para encorajar os gestores do negócio a não praticarem atos penalmente tipificados. É claro que, para que tal aconteça, os benefícios do ato ilegal não podem superar os custos decorrentes da imposição da medida penal, sob pena de, seguindo a lógica do mercado, não se verificar o incentivo ao abandono da prática ilícita.

Importante considerar que, nos termos do que está assente no direito norte-americano, a responsabilidade penal de pessoa jurídica por crimes dolosos é uma *vicarious liability*, uma responsabilidade vicária, isto é, a culpabilidade da empresa é verificada a partir de atos de outras pessoas, seus administradores ou funcionários, não por uma falta pessoal sua.[24] A pessoa jurídica, como uma ficção, não tem vontade própria e não age senão por atos de seus gestores e funcionários.

A responsabilidade penal da empresa nos Estados Unidos é feita pela imputação da conduta de um agente à pessoa jurídica, usualmente através da doutrina chamada *respondeat superior*.[25] Essa doutrina exige a verificação de três requisitos para o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica: 1) o agente da pessoa jurídica deve ter praticado o ato ilegal com consciência da ilicitude, mesmo que essa consciência decorra de um "conhecimento coletivo" dos empregados enquanto grupo, ainda que nenhum deles tenha informação suficiente para saber que um crime estava sendo cometido; 2) o agente deve ter agido dentro do escopo de seu emprego ou em uma atividade com ele relacionada, sendo tal requisito objeto de consideração abrangente pela jurisprudência, que

(23) KHANNA, op. cit., p. 1.494-1.495, traduzido do original em inglês.

(24) Idem, ibidem, p. 1.484-1485.

(25) Por doutrina, no direito norte-americano, entendem-se aquelas posições firmadas pelo conjunto de precedentes relativos a determinado tema.

tem reconhecido a responsabilidade mesmo quando a empresa proíbe determinado ato; 3) o agente deve ter agido com a intenção de beneficiar a pessoa jurídica, ainda que essa intenção não seja exclusiva e mesmo que a empresa não tenha recebido de fato o benefício.[26]

A experiência do direito norte-americano parece essencial ao correto entendimento desse instituto recente no direito brasileiro. Embora se trate de instituto hoje sob forte questionamento nos Estados Unidos, suas origens remontam ao início do século XIX, tendo passado por momentos de forte afirmação.[27] Não obstante a responsabilização penal da pessoa jurídica não precise ser equacionada necessariamente dentro dos parâmetros tradicionais de culpabilidade,[28] o direito penal norte-americano tem dado várias explicações para sua aplicação à pessoa jurídica. Alguns exemplos são o conceito de culpa da pessoa jurídica construído a partir dos procedimentos e práticas internas que falharam em evitar violações criminais; outro é baseado na avaliação do que a empresa e seus representantes fizeram em reação ao ato ilícito; e, por fim, outras explicações enfatizam o *ethos* empresarial, ou a adequação de seus procedimentos e políticas internas, ou, ainda, tomam por base as teorias organizacionais da empresa.[29]

A disciplina legal da matéria no Brasil deixa espaço para sérias dúvidas no tocante à aplicação e quanto à possível efetividade da responsabilização penal da pessoa jurídica.

Curiosamente, embora o fato de a responsabilização penal da pessoa jurídica ter por inspiração a necessidade de responder àquelas situações nas quais os agentes individuais são *judgment-proof*, como dito acima, o art. 3.º da Lei 9.605/98 condiciona a imputação criminal a demonstrar que a infração foi cometida mediante aprovação do órgão deliberativo legitimamente autorizado a responder pela empresa (seu representante, legal ou contratual, ou seu colegiado administrativo).[30] Na prática, esse dispositivo torna também a pessoa jurídica *judgment-proof*! Ora, a dificuldade em criminalizar os dirigentes empresariais por práticas criminosas está localizada exatamente na complexidade e possibilidade de dissimulação existentes na gestão empresarial. Ninguém imagina que a prática de crimes será objeto de deliberação constante em ata das reuniões so-

(26) Cf. KHANNA, op. cit., p. 1.489-1490.

(27) Cf. FISSE, op. cit., p. 1.143-1.144, e KHANNA, op. cit., p. 1.532-1.533; ARLEN, Jennifer. "The potentially perverse effects of corporate criminal liability". *Journal of Legal Studies* 23/833, june 1994.

(28) Salientando a necessidade da construção de um "novo edifício dogmático" para viabilizar a repressão da pessoa jurídica, v. Rocha, op. cit., p. 27-28.

(29) Discutindo especificamente a questão da culpabilidade da pessoa jurídica, v. Laufer, op. cit., p. 1.049-1.145; sumariando as várias tendências, v. Khanna, op. cit., p. 1.485 (nota 40); e sustentando as estratégias reativas da empresa, v. Fisse, op. cit., p. 1.197-1.201.

(30) Cf. SIRVINSKAS, op. cit., p. 487-488.

cietárias ou mesmo que se poderá contar com o testemunho sincero de seus funcionários contra os controladores da empresa. Nesse sentido, portanto, andou pouco nossa disciplina legal.

Por outro lado, no tocante ao relacionamento entre a responsabilidade individual e a responsabilidade da pessoa jurídica, a regra do art. 3.º da Lei 9.605/98 deixa espaço para sérias dúvidas, obscurecendo a necessária concomitância da responsabilização do agente individual e da pessoa jurídica. O *caput* do dispositivo, ao referir a decisão social tomada "no interesse ou no benefício da sua entidade", não permite uma segura interpretação naquele sentido, deixando entreaberta a possibilidade de se afirmar a definição da responsabilidade de acordo com o titular do interesse determinante do ato ou de quem foi seu beneficiário. Digamos, se o ato foi praticado no interesse ou em benefício da empresa, responde a empresa, caso contrário, respondem os responsáveis individuais.

Não é essa, no entanto, a interpretação extraída da contraposição da regra do *caput* com a do seu parágrafo único. Este último dispositivo expressamente estabelece que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a participação e a co-autoria por parte das pessoas físicas que de qualquer forma deram causa à prática da conduta tipificada em lei. O que, entretanto, não resta suficientemente claro é se o ato dos representantes legais da pessoa jurídica, consistente na decisão referida no *caput*, não estaria absorvido na conduta imputada ao ente coletivo, deixando espaço para indesejável zona de incertezas.

Parece razoável supor que o correto entendimento dos dispositivos em questão nos leva a crer que, "quanto à infração praticada por intermédio da pessoa coletiva, o diretor, o administrador, o gerente, enfim o seu dirigente, participando das decisões conjuntas no seio da pessoa jurídica, uma empresa por exemplo, já está trazendo colaboração ao delito". (...) "Por vezes essa deliberação do dirigente poderá assumir tal relevância, de modo a não mais constituir mera participação, mas revelar o domínio finalístico do fato, configurando autêntica autoria (ou co-autoria) pela teoria final-objetiva."[31] Vale dizer, o responsável pela decisão da pessoa jurídica em sua estrutura interna é partícipe ou co-autor do fato a ela imputado.

Aliás, sendo certa a obrigatoriedade de comprovar que a prática ilícita foi cometida por deliberação de pessoas ou órgãos autorizados da pessoa jurídica, pode-se concluir que, imputado o fato a esta, necessariamente se deverá imputá-lo também aos sujeitos individuais responsáveis pela decisão da qual resultou o ato. A lei coloca a pessoa jurídica em uma situação de ambigüidade, na qual ela é, ao mesmo tempo, sujeito ativo do delito e instrumento do crime.

Se correta a interpretação acima, pode-se dizer que a lei condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica à do agente individual, levando a concluir pela possibilidade de imputar-se o crime apenas aos agentes individuais, mas não se poder fazer o mesmo em relação à pessoa jurídica. Assim, diferentemente do

(31) LECEY, "A proteção...", cit., p. 173.

que pode parecer à primeira vista, a Lei 9.605/98 não facilitou, de maneira geral, a responsabilização penal por lesões ao meio ambiente, embora inegavelmente tenha aumentado suas possibilidades.

4. A responsabilidade civil e a responsabilidade criminal como alternativas à proteção ao meio ambiente

Nos termos do que foi apresentado no tópico inicial deste trabalho, algumas imprecisões e lacunas deixadas pela regulamentação legal da responsabilidade penal da pessoa jurídica conduzem à necessidade de utilização de uma estratégia interpretativa baseada na consideração de argumentos de política pública buscados nas justificações à adoção desse tipo de instituto. Nesse sentido, é preciso que se entenda a sanção penal como um dos instrumentos legais e institucionais por meio dos quais o objetivo social de proteção ao meio ambiente é buscado.

Nessa perspectiva, o direito penal deve ser entendido como mais um instrumento de implementação das políticas de proteção ao meio ambiente. O desafio desse ramo do direito é "reconhecer que cada medida, cível ou criminal, é parte de uma rede de sanções destinadas a controlar os comportamentos desviantes; prover mecanismos de filtragem para determinar qual sanção deve ser imposta e por quem, com a finalidade de fazer o *enforcement* legal mais efetivo como um todo; e criar procedimentos híbridos unicamente apropriados para cada um desses processos igualmente híbridos".[32]

Assim, a conveniência da sanção criminal deve ser considerada em contrapondo com o sancionamento civil – e possivelmente administrativo – dos fatos em questão, para saber qual mecanismo é socialmente mais interessante ou qual é a combinação ideal entre eles.

A esse propósito se tem sustentado vantagem para sanção penal com base em sua capacidade de gerar estigma social e perda de reputação para a pessoa jurídica.[33] Observadas as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas (arts. 22 a 24 da lei estudada), verifica-se que todas consistem na imposição de perdas financeiras, diretas ou indiretas, à empresa condenada. Nesse ponto as sanções criminais não diferem significativamente daquelas medidas de ordem cível. Levanta-se, no entanto, uma maior capacidade daquelas primeiras em impingir um estigma ao condenado, com conseqüente perda de reputação social da pessoa jurídica.

Não obstante se duvide da efetividade desse estigma,[34] não se sabendo ao certo até que ponto as opções de compra no mercado se baseiam em tais critérios, trata-se de um fator que, em tese, pode ou não ocasionar perdas financeiras à

(32) GOLDSTEIN (op. cit., p. 1.899) apontando também o risco de com isso ocorrer uma perda da utilidade incremental da sanção criminal.

(33) Cf. KHANNA, op. cit., p. 1.499-1.512; também FISSE, op. cit., 1.147-1.159.

(34) Cf. KHANNA, op. cit., p. 1.508.

empresa.[35] A imposição de uma pena de multa diminui o patrimônio da empresa, enquanto a perda de reputação reflete negativamente no seu valor acionário. Essas perdas são apontadas como um fator adicional de prevenção na aplicação da sanção criminal. Fazendo a empresa incorrer em custos e perdas, a sanção criminal conduziria a um comportamento de controle, evitando ao máximo incorrer em ilícitos penais.

A grande dificuldade reside em aquilatar a totalidade de conseqüências decorrentes da sanção penal. Por exemplo, se a empresa condenada for uma mineradora, distante do consumidor final na cadeia de produção, provavelmente sua perda de reputação será muito pequena ou nula, sendo de se supor que seus compradores (outras empresas), agindo em bases inteiramente racionais,[36] não se deixem influenciar por essa situação. É de se supor, no entanto, que situação diversa ocorreria se a condenação incidisse sobre um supermercado, em relação ao qual é mais provável a possibilidade de uma modificação das opções de compra do consumidor em relação ao fornecedor condenado criminalmente.[37]

Por outro lado, como a sanção penal leva a empresa a incorrer em um custo, tornando muito difícil saber até que ponto – dependendo de sua posição de mercado – esse custo não será repassado ao consumidor. Mesmo deixando de lado aquelas empresas que ocupam uma posição de monopólio – em relação às quais o repasse dos custos ao consumidor é certo –, é possível que essa transferência ocorra também em setores competitivos. Suponha que, em decorrência do ramo de atividade da empresa, todas incorram uniformemente no risco de virem a ser responsabilizadas penalmente. É certo que, nessa situação, o risco poderá ser socializado através do seguro, levando-as a incorrer em um custo semelhante em relação à possibilidade de condenação criminal, possibilitando o repasse desse custo para o preço do produto. Finalmente, há de se considerar o argumento indicando a possibilidade de a imposição de um custo adicional de produção acabar por reduzir a competitividade do mercado (a alocação eficiente de recursos) e resultar, também, em prejuízo para o consumidor.

Todas essas situações indicadas estão a demonstrar que a sanção penal, vista de uma perspectiva de mercado, pode acabar por acarretar um prejuízo indireto ao consumidor, a demonstrar a dificuldade em mensurar a extensão dos efeitos concretos da sanção penal. Essa mesma dificuldade pode ocorrer, também, em relação aos acionistas da empresa. Se da perda de reputação resulta uma diminuição no valor da empresa, com evidente perda para seus acionistas, dimensionar antecipadamente essas perdas é tarefa verdadeiramente impossível. Tratando-se

(35) Sustentando a existência de conseqüências não financeiras à empresa, v. Fisse, op. cit., p. 1.154-1.159.

(36) Sobre a ação racional dos agentes no mercado, v. Mark Seidenfeld, *Microeconomics predicates to law and economics*, Cincinnati : Anderson Publishing, 1996, p. 5-6.

(37) Nenhuma evidência indica que a condenação civil não possa ter o mesmo efeito.

de uma sociedade por ações, por exemplo, a variação da bolsa de valores decorrente de uma condenação criminal é algo absolutamente imponderável.

Assim, se a lei, como vimos de início, não fixa parâmetros claros para a quantificação da pena à pessoa jurídica, a tarefa judicial de estabelecer a natureza e a quantidade da reprimenda mostra-se extremamente complexa, devendo levar em conta fatores contingentes de difícil ponderação. Nesse aspecto, a tutela cível do meio ambiente leva evidente vantagem sobre a criminal. Como, nesta última, o parâmetro para condenação é a reparação do dano – nem sempre livre de controvérsias –, a atividade jurisdicional pode melhor aquilatar as conseqüências de sua intervenção. Em termos de mercado, a responsabilidade civil ligada ao meio ambiente realiza a importante função de promover a internalização dos custos externalizados através do dano ambiental.[38]

O processo criminal apresenta mais duas desvantagens em relação ao processo civil na função de proteção ao meio ambiente. Primeiro, o processo penal possui garantias procedimentais mais rigorosas, a dificultar e tornar mais custoso seu desenvolvimento. Segundo, o padrão probatório exigido para aplicação da pena é mais alto, tendo em vista as garantias que cercam tal aplicação nesse âmbito. Vale dizer, portanto, que é mais fácil e economicamente menos custosa a obtenção de um medida cível para proteção ao meio ambiente do que medida similar na esfera criminal.

Dessa forma, verifica-se que a tutela penal do meio ambiente não deve ser vista como um mecanismo de substituição das medidas de natureza cível. Trata-se a responsabilização penal de pessoa jurídica de um adicional de prevenção do dano ambiental, não podendo, no entanto, substituir outros mecanismos existentes e devendo ser objeto de séria e extensiva consideração no momento de sua aplicação.

5. Conclusões

A introdução da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil, tornada efetiva a partir da Lei 9.605/98, trouxe consigo uma série de problemas a serem resolvidos para tornar-se possível sua aplicação. À completa falta de tradição e cultura jurídica nessa modalidade específica de reprimenda penal somam-se diversas dificuldades observadas na própria estrutura do texto normativo. A principal dessas dificuldades é a falta de parâmetros para fixação da pena, deixada inteiramente a critério do julgador.

O presente trabalho propõe, baseado em Dworkin, que essa situação seja resolvida com a consideração de *argumentos de princípio* e *argumentos de políticas públicas*. Seguindo o modelo proposto por esse autor, sustenta-se não tratar propriamente de discricionariedade no exercício do poder jurisdicional, mas de uma descoberta, por parte do juiz, do direito aplicável à situação controvertida

(38) Cf. SALLES, op. cit., p. 91-95.

sob sua apreciação, ainda que este não esteja expressamente indicado na forma de regras jurídicas.[39]

A esse propósito o presente trabalho afirma que o principal objetivo a ser considerado pelo juiz na aplicação do instituto estudado é aquele de prevenção da prática de novos fatos delituosos por parte da empresa ré, atingindo assim sua finalidade maior de preservação do meio ambiente. Para tanto, a sanção penal deve ser moldada de forma a dissuadir os agentes da prática de novos delitos.

Por seu turno, sustenta-se que, em se tratando de responsabilização penal de pessoas jurídicas, esse objetivo de prevenção somente poderá ser alcançado se a sanção atingir, direta ou indiretamente, aos indivíduos pessoalmente implicados com a prática criminosa. Isso poderá acontecer tanto diretamente, pela responsabilização penal dos controladores, administradores, gerentes ou gestores da empresa na condição de partícipes ou co-autores do crime, como indiretamente, pela perda patrimonial impingida à entidade coletiva ou pelo decréscimo de seu valor de mercado.

Este trabalho, a propósito da relação entre responsabilidade da pessoa jurídica e responsabilidade individual dos responsáveis pela empresa, sustenta que a opção legal do legislador, expressa no *caput* do art. 3.º da lei em debate, não foi a mais condizente com as expectativas que a antecederam. Ao condicionar a responsabilidade penal à existência de uma decisão dos seus representantes legais ou contratuais da pessoa jurídica, impõe à persecução penal a mesma dificuldade anteriormente observada, ou seja, de apurar o fato delitivo ligado a um ambiente inteiramente desfavorável, sujeito à complexidade e dissimulação dos processos decisórios da empresa e à pouca disposição de seus empregados testemunharem contra seus patrões.

Em termos práticos, o condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica à verificação de uma decisão de seus representantes, exigida pelo dispositivo referido, impõe a necessidade de seus responsáveis figurarem na condição de partícipes ou co-autores, uma vez que, em graus variáveis, deram causa ao delito.

Por fim, o presente estudo sustenta que a aplicação da responsabilidade penal de pessoa jurídica deve ser vista em um contexto mais amplo, como um entre vários instrumentos de *enforcement* das disposições legais e constitucionais de proteção ao meio ambiente. Sob esse aspecto, o principal contraponto (ou alternativa) é a responsabilização civil por danos ao meio ambiente, pautado principalmente na ação civil pública.

No que toca às características das medidas de natureza criminal é preciso tomar alguns cuidados, pois a repercussão do sancionamento penal de uma conduta, quando aplicado à empresa, é de difícil avaliação e, muitas vezes, foge ao controle do juízo. A noção – inteiramente correta – afirmando a capacidade de a sanção criminal apresentar uma força adicional, por produzir a capacidade de

[39] Cf. DWORKIN, op. cit., p. 81-84.

estigmatizar socialmente e de levar a uma perda de reputação, deve ser objeto de cautela, pois, dependendo do posicionamento do agente no mercado, nem sempre se alcançam os resultados esperados, ficando aquém do desejado e podendo, contrariamente, resultar em perdas para pessoas não responsáveis pela prática do delito, como acionistas e consumidores.

A possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, não obstante algumas falhas e dificuldades, está claramente dada por nosso sistema legal, inclusive por meio de permissivo constitucional. Resta esperar que a doutrina e jurisprudência interpretem corretamente os dispositivos legais envolvidos, de maneira a permitir que esse instituto seja utilizado em consonância com os objetivos a ele colocados, respondendo ao necessário senso de justiça social que deve pautar sua aplicação.

Bibliografia

ALVES, Roque de Brito. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica". *RT*, São Paulo : RT, v. 748, fev. 1998.

ARLEN, Jennifer. "The potentially perverse effects of corporate criminal liability". *Journal of Legal Studies*, v. 23, june 1994.

CARAVITA, Beniamino. *Diritto pubblico dell'ambiente*. Bologna : Società Editrice Il Mulino, 1990.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. "Meio ambiente – O art. 3.º da Lei 9.605/98 cria o intolerável *bis in idem*". *Revista Jurídica*, n. 248, jun. 1998.

———. "Meio ambiente – O art. 3.º da Lei 9.605/98 é inconstitucional". *Revista Jurídica*, 252, out. 1998.

COSTA, José Augusto Fontoura. "Normas jurídicas, aplicação e casos difíceis". *Cadernos de Pós-Graduação da Universidade Católica de Santos*, n. 3, jun. 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge : Harvard University, 1978.

FERREIRA FILHO, Edward. "As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98". *Revista de Direito Ambiental*, v. 3, n. 10, abr./jun. 1998.

FINDLEY, Roger W. e FARBER, Daniel A. *Cases and materials on environmental law*. 4. ed. Saint Paul : West Publishing, 1995.

FISSE, Brent. "Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault". *Southern California Law Review*, vol. 56, september 1983.

FONSECA, Luiz Vidal da. "Ainda sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais". *RT*, São Paulo : RT, v. 90, n. 784. fev./2001.

GOLDSTEIN, Abraham S. "White-collar crime and civil sanctions". *Yale Law Journal*, vol. 101, june 1992.

KHANNA, V. S. "Corporate criminal liability: what purpose does it serves?". *Harvard Law Review*, v. 109, n. 7, may 1996.

LAUFER, William S. "Culpability and the sentencing of corporations". *Nebraska Law Review*, v. 71, 1992.

LECEY, Eladio. "A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica". *Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.* Ed. especial. jun. 1999.

———. "Autoria singular e coletiva nas infrações contra o ambiente e as relações de consumo – A problemática da criminalidade pela pessoa jurídica". *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, abr./jun. 1997.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo : RT, 2000.

PIERANGELI, José Henrique. "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova lei ambiental". *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 8, n. 15, jan./jun. 2000.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston : Little, Brown and Company, 1992.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. "Projeto de lei dos crimes contra o meio ambiente: previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas". *Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA*, n. 5, jan./dez. 1996-1997.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 3. ed. Paris : Dalloz, 1996.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica". *Revista de Direito Ambiental*, v. 3, n. 10, abr./jun. 1998.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo : RT, 1998.

SEIDENFELD, Mark. *Microeconomics predicates to law and economics*. Cincinnati : Anderson Publishing, 1996.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98". *RT*, v. 784, fev. 2001.

TRUBEK, David M. "The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure". *Law and Contemporary Pr*, vol. 51, n. 4, 1988.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1979.

2.2

EUTANÁSIA E DOGMÁTICA PENAL: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa

CARLOS AUGUSTO CANÊDO
e
LÚCIO CHAMON JUNIOR

"O critério de acordo com o qual nos orientamos quando do sopesamento de normas conflitantes não pode, neste ponto, ter um conteúdo material pré determinado que dê prioridade a certos pontos de vista normativos em detrimento de outros."
KLAUS GÜNTHER. *The sense of appropriateness.*

SUMÁRIO: 1. Acerca da noção de Estado Democrático de Direito – 2. Do ético e do jurídico – 3. O problema: é a eutanásia indireta uma causa de impedimento do juízo de tipicidade ou um estado de necessidade? – 4. Das causas de justificação como ponderação entre bens – 5. Por uma releitura das causas de justificação: a contribuição da teoria da adequabilidade normativa de Klaus Günther – 6. Conclusão: da eutanásia indireta como estrito cumprimento do dever legal – Bibliografia.

Resumo: O presente texto trabalha o Direito Penal sob um enfoque constitucionalmente adequado. A compreensão paradigmaticamente levada a cabo do sistema jurídico, em um Estado Democrático de Direito, permeia toda a discussão desenvolvida em torno de um ponto específico da matéria referente à eutanásia indireta, a qual, em outro momento, se referiu Claus Roxin como uma hipótese de estado de necessidade justificante. Apresentando diversa interpretação, que lança mão do juízo de adequabilidade normativa através de argumentos não éticos, senão jurídicos, central nesta discussão se faz a consideração das obras de Klaus Günther e Jürgen Habermas.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito – Direito Penal e Filosofia do Direito – Causas de justificação – Eutanásia – Paradigma e Direito.

1. Acerca da noção de Estado Democrático de Direito

Vivemos em um ocidental mundo fluido. Não mais há amarras como o direito natural, seja como entendido na Grécia ou na Idade Média. Não mais há privilégios institucionalmente estabelecidos em razão da força da tradição.

Assim, se solidificar significa estabelecer padrões, os pesados e densos sólidos do período medieval foram liqüefazendo-se: era necessário um ambiente mais fluido para que um novo modo de vida pudesse estabilizar-se e se desenvolver. É nesse sentido que Zygmunt Bauman acaba por concluir que a empreitada do início da modernidade se caracterizava pela liqüefação daqueles pesados sólidos: mas, por mais incrível que se poderia imaginar, a destruição destes não tinha como intuito a manutenção de um espaço rarefeito. Novos sólidos foram imaginados e erguidos com a pretensão de serem perfeitos e eternos, porque erigidos sobre o alicerce da razão, e não da tradição.[1] Havia *standards*, quadros e molduras nos quais os indivíduos através do uso de sua liberdade deveriam procurar encaixar-se.

Vivemos o que hoje é chamado, por Bauman, de "pós-modernidade". Tal rótulo é criticado por vários teóricos, inclusive por Niklas Luhmann, para quem não é adequado se referir a um momento "pós-moderno" visto que *estamos na modernidade,* entendida esta enquanto uma redução de complexidade do sistema social em razão da diferenciação funcional dos diversos subsistemas – o que não deixou de significar, também, um incremento da complexidade.[2]

O avanço tecnológico e científico não só trouxe novos e maiores *riscos*, mas permitiu uma nova leveza no campo social: agora são os padrões de interação e relacionamento que se tornaram fluidos. A instantaneidade ao percorrer distâncias antes longínquas marca este novo momento. Diferentemente do período incipiente da modernidade, não mais é tão simples o estabelecimento de padrões fixos: o líqüido é bem mais maleável que denso, significando uma instabilidade em sua forma e incapacitando a implicação de uma padronização.[3]

A toda esta discussão pode ser aliada uma interpretação jurídico-paradigmática: houve uma mudança de paradigma que não mais nos permite enxergar a atualidade com os olhos do momento inicial da modernidade. Nesse sentido devemos entender um *paradigma* como um *horizonte de sentido*[4] que, sendo com-

(1) BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2001. p. 9. "Lembremos, no entanto, que tudo isso seria feito não para acabar de uma vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável".

(2) LUHMANN, Niklas. "Il moderno della società moderna". *Osservazioni sul moderno.* Trad. Francesco Pistolato. Roma : Armando, 1995.

(3) BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, cit., p. 14.

(4) "Esse pano-de-fundo compartilhado (...) decorre de uma gramática de práticas sociais que nós realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela (...) aguça e torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros". CARVALHO NETTO, Menelick. "Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo". In MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). *Direitos humanos e direitos dos cidadãos.* Belo Horizonte : PUC Minas, 2001. v. 1, p. 50.

partilhado por todos, permite aos indivíduos o alcance de consensos em determinado momento e no que tange a determinadas questões então problematizadas. O paradigma não significa mais que aquilo intersubjetivamente compartilhado e que é considerado, em seu todo, aproblemático por, justamente, se referir às práticas sociais de determinado momento e local. Não diferente é o pensamento de K. Günther, para quem a noção de paradigma reporta sempre àquilo socialmente compartilhado.[5]

É assim que Habermas, desde sua *Teoría de la acción comunicativa*, se expressava:

"Al actuar comunicativamente los sujetos se entenden siempre *en el horizonte* de un mundo de la vida. Su mundo de la vida está formado de *convicciones de fondo*, más o menos difusas, pero siempre aproblemáticas. El mundo de la vida, en tanto que transfondo, es la fuente de onde se *obtienen las definiciones de la situación que los implicados presuponen como aproblemáticas*"[6] (grifos nossos).

Não se pode confundir *mundo da vida* com paradigma. Como se pode perceber acima, o mundo da vida compreende uma noção muito mais ampla e não se esgota em um paradigma que é sempre próprio. O paradigma, embora se refira ao mundo da vida, *não se esgota neste,* mas permite um *consenso nele* no que diz respeito a questões pontuais problematizadas. É por também ser um pano de fundo aproblemático que o próprio mundo da vida permite estabelecimentos de variados paradigmas que realizam rupturas e se sucedem.

Realizando uma releitura de Bauman, percebemos que o paradigma jurídico da chamada "pós-modernidade" não mais é o mesmo que de outros momentos anteriores da história. Se há uma fluidez nas interações e padrões de dependência, isto decorre não só de um aperfeiçoamento tecnológico, mas, também, em razão do reconhecimento, intersubjetivamente levado a cabo, de um pluralismo social antes não compartilhado justamente pela impossibilidade de outros paradigmas lidarem com essa situação.

É assim que também no campo do Direito temos vivido uma sucessão de paradigmas. O paradigma do Estado Democrático de Direito não é tão-somente um postulado da Constituição da República de 1988. Há uma abertura e uma vivência deste momento plural quando percebemos uma pluralidade de estilos de vida e pensamento, uma pulverização dos valores individuais e grupais. Os distintos grupos, antes alijados das discussões, não mais são "postos em seu devido lugar", em uma pretensa segregação, mas têm a *possibilidade* e a *capacidade* de participar e conviver nos mesmos foros que os demais grupos. O Estado Democrático de Direito perante o Estado de Bem-Estar significa antes de mais nada um

(5) GÜNTHER, Klaus. "Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale". *Archives de philosophie du droit.* Sirey, 1992. t. 37, p. 269-297.

(6) HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa.* Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Taurus, 1987. t. I, p. 104.

diferencial no *reconhecimento da diferença*: não mais se pretende estabelecer para os *outros* aquilo que se julga bom para estes, mas o que importa agora é uma superação desse modelo eticizante[7] pela ruptura significada por uma visão democrática que diz antes respeito a uma procedimentalização. Trata-se, destarte, de um paradigma procedimental em respeito não só à pluralidade mas também à *capacidade de todos participarem e se reconhecerem como co-autores do Direito*. O Estado Democrático de Direito implica uma pretensão de aceitabilidade do Direito por todos, diferente do Estado de Bem-Estar Social, em que a expansão do Estado, no sentido de buscar um tratamento jurídico de qualquer situação que visasse o "fim social", acabou criando "guetos jurídicos" (direito dos negros, da criança, das mulheres, dos idosos etc.) sem que houvesse uma efetiva participação dos afetados pelas normas criadas. Isto levou, em vários momentos, a um efeito contrário ao desejado: em vez de gerar inclusão, foi gerada mais exclusão ainda.[8] Para tanto, basta lembrarmos das reivindicações feministas, bem como questões referentes à família e à educação.[9]

Em um mundo plural – e que tem pretensões de se reconhecer como tal de maneira *inclusiva* –, não mais há espaços para a construção de sólidos eternos e imutáveis porque elaborados racionalmente. Os valores são voláteis e incapazes de serem reduzidos e solidificados em uma estrutura eterna. A pluralidade, e o reconhecimento dessa pluralidade ética, irradia-se e não mais podem permanecer leituras como a da época do Estado de Bem-Estar em que determinado grupo estabelecia o *útil* e o *bom* não só para si, mas também para toda a sociedade. O útil e o bom, enquanto referentes a questões éticas, não são capazes de ser impostos ou determinados por outrem. O Direito válido surge agora de discussões acerca de pretensões éticas (referentes àquilo que é *bom* para nós enquanto determinado grupo), pragmáticas (questões políticas, econômicas etc.) e também morais (atinentes a uma concepção do *justo* para *todos*, em uma perspectiva mais universalizante).[10]

(7) HABERMAS, Jürgen. "Tres modelos de democracia". *La inclusión del otro:* estudios de teoría política. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Buenos Aires : Paidós, 1999. p. 231.

(8) Para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, toda inclusão gera exclusão. Incluir é excluir, e o que aqui pretendemos afirmar é que a pretensa inclusão que era buscada por um tratamento jurídico da matéria acabou levando, justamente, a uma exclusão mais desastrosa e em sentido contrário como, por exemplo, a recusa da mão-de-obra feminina considerada, em razão da pesada legislação imposta, extremamente desvantajosa diante da mão-de-obra masculina.

(9) Por uma leitura no tocante a este ponto cf. Miracy de Sousa Barbosa Gustin, *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 183 *et seq.*

(10) HABERMAS, Jürgen. "Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática". *Estudos avançados*. Trad. Márcio Suzuki. São Paulo : USP, 1989. v. 3, n. 7, p. 4-19.

A eticização do Direito, como na época do *Welfare State*, não mais é possível de ser levada adiante justamente porque estamos vivendo um novo paradigma. Uma leitura axiológica é inadequada porque não existe um padrão ou uma hierarquia de valores aos moldes de M. Scheller e N. Hartmann capazes de serem seguidos.

2 Do ético e do jurídico

Toda essa discussão se faz pertinente no momento da discussão da eutanásia. A argumentação jurídica, quando deste tema, constantemente se vê ameaçada por argumentos éticos e religiosos. Sempre se indaga e se discute acerca do tema da vida. O aborto é um assunto recorrente, seja em nível filosófico,[11] seja em discussões menos compromissadas. Atualmente novo tema é trazido a essas considerações. A clonagem é certamente um campo que ainda vai permitir inúmeros embates. Dworkin, em seu último livro, por exemplo, ironicamente se refere à clonagem como uma brincadeira por parte dos homens: estaríamos brincando de ser Deus.[12]

Não vamos aqui nos ater a questões filosóficas acerca da vida e suas implicações – não é esta nossa pretensão. Antes, queremos enfatizar que a vida pode ser enfocada tanto sob uma perspectiva ética como também jurídica. Isto significa, portanto, pontos de vista que se orientam por códigos diferentes, sendo que também diferentes argumentos devem ser levados em consideração quando de um procedimento argumentativo.

Sob uma perspectiva ética a vida pode ser encarada de variadas maneiras, porque aqui o norte da discussão é aquilo *bom*, *interessante* e inclusive referente aos projetos de *auto-realização* do indivíduo ou de determinado *grupo*. Em uma leitura levada a cabo em campo ético, os valores de cada um, ou compartilhados pelo grupo, assumem grande relevo. A vida será considerada como útil, ou não, dependendo das considerações referentes aos valores tidos como *seus* ou *nossos* enquanto integrantes de determinado grupo. O aborto, a eutanásia e a clonagem são temas que permitem uma discussão acirrada quando o embate é, por exemplo, realizado entre determinado grupo religioso, que em razão dos valores compartilhados se mostra contrário, e um grupo de cientistas experimentais. Toda a discussão a ser desenvolvida será pautada em argumentos construídos sobre valores e interesses: cada grupo, em defesa de seu ponto de vista ético, apresentará argumentos que refletem suas posições e pretensões de validade.

(11) Cf., por exemplo, a obra de Ronald Dworkin, *El domínio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1998.

(12) DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue:* the theory and practice of equality. London : Harvard University, 2000. p. 427 *et seq.* Cf. ainda Jürgen Habermas, "An argument against human cloning: three replies", *The postnational constellation*, trad. Max Pensky, Cambridge, The MIT, 2001, p. 163-172.

Essa dimensão ética não se confunde, em um Estado Democrático de Direito, com uma discussão jurídica. Argumentos éticos, enquanto referentes a valores, não podem ser trazidos à baila, de maneira *determinante*, quando de uma argumentação jurídica de aplicação. Isto porque, enquanto uma discussão ética envolve argumentos que se referem aos valores ligados à questão, bem como interesses, a argumentação jurídica se desenvolve no campo do *devido* e não do *melhor* ou do *bom*. Isto é que levou Habermas, em crítica à teoria da argumentação de Alexy, a afirmar que o código do Direito é binário e não gradual.[13]

A vida há de ser encarada, no campo do Direito, não como um bem, mas sim como um *objeto de tutela jurídica*. O direito à vida aplica-se, ou não, de acordo com um código binário, e não no sentido gradual da "melhor" e da "maior" forma *possível*, de maneira a sacrificar o mínimo *possível* outro direito.[14] Se a vida fosse enfocada sob a perspectiva de sua utilidade ou do interesse que por ela se tem, complexa seria a solução de controvérsias penais quando, por exemplo, uma vida fosse sacrificada em defesa do patrimônio. A aplicação da norma referente à legítima defesa aqui estaria condicionada a uma *ponderação de valores*: o que valeria mais no caso concreto: a vida ou o patrimônio? A impossibilidade desse raciocínio é porque ele se funda em uma perspectiva eticizante. Isto não deixa de ser bastante problemático em um Estado Democrático de Direito, em que há uma pulverização axiológica incompatível com uma aplicação *certa* do Direito – ou submetida a um *juízo de correção* – nos moldes de uma leitura como a de Alexy.

Em uma argumentação jurídica de aplicação, a vida, o patrimônio, a liberdade hão de ser enfocados sob uma mesma perspectiva: enquanto objetos de tutela jurídica, devendo a discussão ser concernente ao devido, e não ao *bom*, pois não mais é possível afirmar, sequer, uma falsa padronização dos valores.

Isto nos permite constatar que, se há uma pluralidade axiológica, por outro lado há uma certeza deontológica: desde que se entenda o Direito como um sistema composto não só de regras – como pretendeu H. Kelsen[15] –, mas também de princípios deontologicamente aplicáveis – R. Dworkin,[16] K. Günther[17] e J. Haber-

(13) HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Trotta, 1998. p. 328.

(14) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona : Gedisa, 1997. p. 185.

(15) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 215 *et seq.* É certo que Kelsen se refere a normas, e não a regras. Mas aqui estamos realizando uma leitura de Kelsen, e do positivismo, mediante o entendimento e críticas de R. Dworkin.

(16) DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Ariel, 1999. p. 61 *et seq.*; *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999. p. 213 *et seq.*

(17) GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany : State University of New York, 1988. p. 229 *et seq.*

mas[18] –, há a possibilidade de, perante um caso concreto e as circunstâncias de aplicação normativa, alcançar *a* resposta adequada.

Os princípios jurídicos devem ser entendidos, portanto, enquanto normas, e não como valores, como pretendido por Alexy.[19] A introdução de uma perspectiva que entenda os princípios como valores acaba conduzindo a uma transmutação do código do Direito. Ao invés de se discutir o que é devido, ou não, passa-se a perguntar o que é *mais* ou *menos* interessante naquele caso, o que sem dúvida destoa do momento paradigmático atual.

O juízo de adequabilidade – *sense of appropriateness* – há de ser levado a cabo no curso de um procedimento argumentativo em dois níveis. Em um primeiro momento deve haver a completa descrição do caso e suas circunstâncias de maneira argumentativa e no bojo do procedimento, e, em um segundo momento, deve ser verificada a coerência normativa, que significa um juízo de adequabilidade da norma – ou normas – antes tão-somente *prima facie* aplicável ao caso descrito. É esta a tese de Günther e que aqui seguiremos como fio condutor. O próprio autor nos alerta que "Alexy's conception of principles as optimizing prescriptions already drew our attention to the danger that can arise when, for instance, *a value model is projected onto a theory of norm structure*"[20] (itálicos nossos). A lógica interna do sistema estaria invertida: deixaria de ater-se a uma perspectiva normativa para operar através de uma óptica axiológica.

Antes de avançarmos é necessário tecer alguns comentários acerca da teoria de Alexy. Este autor conclui que a teoria de Dworkin não estabelece uma distinção adequada entre princípios e regras, acabando Alexy por afirmar que os princípios seriam, na verdade, *comandos de otimização* que deveriam ser cumpridos no *maior grau possível,* levando em consideração a possibilidade não somente fática, mas também jurídica de sua realização. Diferente seria uma regra, que seguiria como um mandado de determinação, e não de otimização. Quanto aos princípios, "Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento se trata de una regla".[21]

Os princípios não seguiriam um código binário, mas sim gradual, já que seriam comandos de otimização perante circunstâncias fáticas e em consideração a questões jurídicas: podem ser mais ou menos cumpridos de acordo com a *lei da ponderação*.

(18) HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 263 *et seq.*

(19) ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Ciudad de México : Fontamara, 1993. p. 16.

(20) GÜNHTER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*, cit., p. 241.

(21) ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, cit., p. 14.

Tais princípios poderiam ser restringidos se entrassem em colisão com outros direitos ou bens coletivos,[22] mas sempre devendo ser realizados em seu grau ótimo.

Ora, os princípios, enquanto normas, não são comandos graduais, mas sim *normativos*, adequados, ou não, ao caso concreto, e não *mais* ou *menos* realizáveis. A norma, seja enquanto princípio ou regra, deve ser *sempre cumprida* enquanto prescrição normativa que é. A leitura alexyana permite abertura para tratar questões jurídicas como questões de ponderação de comandos graduáveis, e não determinantes. Tal ponderação se dá em uma perspectiva gradual – e não binária – permitida, justamente, por um entendimento axiológico – e não deontológico. É o próprio Alexy quem afirma: "Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa".[23]

A problemática dessa concepção já foi trabalhada. Considerar conflitos de princípios como conflitos de valores, entendendo aqueles como comandos de otimização, é impróprio[24] a um paradigma que pretende superar as falhas do anterior em busca de um distinto reconhecimento da diferença – os valores são múltiplos, não sendo mais possível falar em "homem médio" ou "ética comum" enquanto *standards* plenamente compartilhados.

É certo que em algumas situações estaríamos diante de casos em que uma argumentação axiológica permitiria um alcance da solução devida em uma óptica deontológica. Mas em outros momentos tal perspectiva pode começar a oferecer problemas e a ruptura de paradigma nada mais nos remete que à questão de superação e solução de questões antes não percebidas ou trabalhadas por um paradigma anterior.

3. O problema: é a eutanásia indireta uma causa de impedimento do juízo de tipicidade ou um estado de necessidade?

Mas a análise que aqui pretendemos levar adiante se refere a alguns aspectos da eutanásia. Mais propriamente no que diz respeito à "eutanásia indireta", utilizando aqui expressão empregada por C. Roxin.

(22) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 185.

(23) Idem. *Derecho y razón práctica*, cit., p. 16.

(24) Cf. autor nacional central nesta discussão: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001, p. 139 *et seq.* A Escola Mineira de Direito Constitucional apresenta, em nosso país, importante enfoque no que tange a uma compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito. Essa nova fase, estabilizada por Carvalho Netto e levada adiante por Cattoni de Oliveira e Baracho Junior, sofre influência direta da filosofia de J. Habermas. Nesse sentido, e no que tange ao ponto aqui específico, afirma Cattoni "que as normas possam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca de o que é justo *para todos* (morais) mas também sobre o que é bom, no todo e a longo prazo *para nós* (éticas), não quer dizer que elas *sejam* ou *devam ser tratadas* como valores" (op. cit., p. 150).

Segundo este, podemos entender a eutanásia como uma ajuda prestada a determinado indivíduo gravemente enfermo, seja em consideração a seu pedido "ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana".[25]

É claro que aqui o objeto jurídico "vida", enquanto *passível* de tutela, há de ser devidamente enfocado de acordo com o horizonte de sentido compartilhado intersubjetivamente. A vida deve ser compreendida não de maneira tão-somente biológica: quando se diz e se refere à vida enquanto objeto de tutela, está-se com isto trazendo toda uma carga de sentido que deverá ser considerada. A vida deve ser entendida sob uma perspectiva atinente aos direitos fundamentais, significando um direito à vida mais que tutela das funções biológicas, mas sim interpretada sob a perspectiva da *dignidade da pessoa humana* (Constituição da República, art. 1.º, III).

E tal dignidade envolve não só direitos fundamentais sempre lembrados, como direito à saúde, à educação e à alimentação. Refere-se também a questões atinentes ao seu próprio destino e tomadas de decisão acerca de um eventual melhor tratamento médico, sob *sua perspectiva*,[26] em face de determinado quadro clínico. A garantia da dignidade da pessoa humana aqui se refere tanto à opção de não se submeter a um tratamento, como o caso de Patricia Diana Trumbull, citado por Dworkin,[27] como também à opção por determinado procedimento médico. O que há de ser levado em conta é a impossibilidade, em um momento atual, de se ignorar a vontade expressa, ou às vezes presumida, do paciente capaz de decidir – ou de quem detém essa capacidade – quando do início de um tratamento médico.

Esse quadro delineado é importante para o enfoque que pretendemos desenvolver. A eutanásia indireta, segundo Roxin, trata-se de medidas que, não obstante *sejam capazes* de acelerar a chegada da morte do paciente, visam melhorar, ainda que momentaneamente, seu estado de sofreguidão[28]– seja diminuindo as dores seja aliviando algum mal-estar insuportável.

Em razão da concepção de vida constitucionalmente adequada, tal prática não pode ser, em razão do risco de morte produzido, considerada sempre penalmente punível. Algumas circunstâncias devem ser sempre analisadas, como a adequação

(25) ROXIN, Claus. "A apreciação jurídico-penal da eutanásia". Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 32/10, São Paulo, RT, out./dez. 2000, p. 10.

(26) Para uma leitura referente à questão da eutanásia e da liberdade de escolha, cf., Maria de Fátima Freire de Sá, *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 87 *et seq.*

(27) DWORKIN, Ronald. *El domínio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, cit., p. 233.

(28) ROXIN, Claus. "A apreciação jurídico-penal da eutanásia", cit., p. 13.

do medicamento ministrado, bem como a vontade do paciente, seja esta declarada, seja presumida. A questão do dolo é também instigante: enquanto o dolo eventual é perfeitamente compreendido, o dolo direto passa a ter um tratamento mais cauteloso, principalmente sob a modalidade de dolo direto de primeiro grau, quando a finalidade da conduta não é o alívio da dor, mas sim a morte do adoentado. Nessa circunstância há de ser considerada punível a conduta.[29]

Mais instigante ainda, porém, é a indagação realizada pelo autor: a eutanásia indireta, quando preenchidos os requisitos de sua não-punibilidade, é uma causa de "exclusão do tipo" ou um "estado de necessidade justificante"?

4. Das causas de justificação como ponderação entre bens

Desenvolvendo aqui as teses expostas por Roxin[30] desenharemos as possibilidades que nos são abertas pelo autor.

I) No que diz respeito à teoria que pleiteia a "exclusão do tipo", afirma Roxin que os defensores de dita posição, certamente apoiados em princípios da teoria da imputação objetiva, postulam que tal conduta característica da eutanásia indireta não seria capaz de permitir um juízo de imputação porque se tratarse-ia de conduta "socialmente adequada" e não compreendida, destarte, nos tipos referentes a homicídio (§ 212 do StGB) ou homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB). O próprio autor rechaça essa teoria como extremamente vaga e incapaz de fundamentar a impunibilidade do fato.

II) A segunda teoria se refere à não-punibilidade como referente a um estado de necessidade justificante. A impunibilidade, todavia, estaria na dependência de um consentimento expresso ou presumido do paciente no que diz respeito às práticas médicas. Esta é a corrente dominante, da qual o autor compartilha afirmando que, "Se a eutanásia é impunível, trata-se do resultado de uma *ponderação*, determinada pela vontade do paciente, em que o dever de estender a vida alheia o *máximo* de tempo possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio"[31] (grifos nossos).

O consentimento expresso deve ser levado em conta, sendo que o consentimento presumido deve ser aferido, dentre outros fatores, não só por atitudes anteriores do paciente, como pela intensidade dos sofrimentos.

Do ponto de vista dogmático devem ser feitas algumas considerações. No tocante à primeira teoria (I), não acreditamos ser adequado se referir ao termo "exclusão de tipo". O fato, quando ocorre, já nasce típico ou atípico, *não existindo, nesse caso, uma tipicidade que será posteriormente excluída.* Ape-

(29) Idem, ibidem, p. 18.

(30) Idem, p. 14.

(31) Idem, p. 15.

sar de toda a doutrina tradicional[32] e contemporânea[33] se referir à *exclusão* do tipo e do "injusto", trata-se, na verdade, de postulado inadequado, visto que, como em matéria da ilicitude, não há exclusão, mas sim, quando muito, impedimento do juízo de tipicidade e de ilicitude por incidência de uma norma *prima facie* aplicável que *impede* a adequação de outras. A falha que remete a esse raciocínio encontra-se enraizada em uma noção que pretende enxergar a aplicação normativa a partir de uma relação de regra/exclusão,[34] típica de paradigmas anteriores, e que não mais se coaduna, inclusive, com os avanços da moderna Ciência do Direito.

No que tange a Roxin, não devemos pretender enxergar sua posição quanto à eutanásia indireta como uma hipótese de consentimento do ofendido. O consentimento do ofendido, sob a perspectiva do autor, é uma causa que "excluye el

(32) É bastante assentado na doutrina, todavia, a referência à *exclusão* do tipo, da ilicitude e do "injusto". Podemos perceber a referência, exemplificadamente, de exclusão do dolo por erro em Franz von Liszt, *Tratado de direito penal allemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1899, t. I, p. 281; Jürgen Baumann, *Derecho penal:* conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 248, refere-se à exclusão do dolo bem como também à do "injusto". De maneira geral se referindo à exclusão do ilícito e da ilicitude, cf. Robert von Hippel, *Manuale di diritto penale*, trad. Roberto Vozzi, Napoli, Eugenio Jovene, 1936, p. 151; Ernst von Beling, *Esquema de derecho penal*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 25; James Goldschmidt, *Metodologia jurídico-penal*, Madrid, Reus, 1935, p. 41; Edmund Mezger, *Tratado de derecho penal*, trad. José Arturo Rodriguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, t. I, p. 408; Guillermo Sauer, *Derecho penal:* parte general, trad. Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1956, p. 261; Armin Kaufmann, *Teoría de las normas:* fundamentos de la dogmática penal moderna, trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 30; Wilhelm Gallas, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. Juan Cordoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959, p. 8; Hans Welzel, *Derecho penal alemán:* parte general, 11. ed., Santiago, Editorial de Chile, 1976, p. 261.

(33) Cf., sempre exemplificadamente, quanto ao erro como "exclusão do injusto ou da culpabilidade", Wolfgang Frisch, "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad", in *El error en el derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999. Referindo-se à "exclusão" do ilícito por causas de justificação: Günter Stratenwerth, *Derecho penal:* parte general, el hecho punible, trad. Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, p. 125. Quanto à "exclusão do dolo" por erro de tipo e "exclusão da ilicitude", cf., respectivamente, Johannes Wessels, *Direito penal:* parte geral, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1976, p. 26; Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal:* parte general, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. 1, p. 439 *et seq.* Do consentimento do ofendido como "causa de exclusão do tipo", cf., Claus Roxin, *Derecho penal:* parte general, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 517.

(34) Cf., por todos, Wilhelm Gallas, *La teoría del delito en su momento actual*, cit., p. 8.

tipo".[35] Tal posicionamento se deve ao fato de que o "bem jurídico" é para ele considerado como "circunstancias dadas a finalidades que son *útiles* para el individuo y su libre desarollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamento del propio sistema"[36] (grifo nosso).

Não pretendemos discutir aqui a problemática que envolve o raciocínio no tocante ao consentimento do ofendido como impeditivo do juízo de tipicidade. Muito menos levaremos adiante críticas ao conceito de "bem jurídico" do autor. Pretendemos tão-somente marcar que, quando Roxin se refere ao consentimento como pressuposto da não-punibilidade, o faz como necessário à verificação do estado de necessidade justificante.[37]

Quando Roxin se refere, em seu texto, ao "consentimento ou consentimento presumido" não está pretendendo tratar a eutanásia indireta como uma forma de impedimento do juízo de tipicidade, mas sim como pressuposto do estado de necessidade justificante – do contrário haveria que considerar a eutanásia indireta não como estado de necessidade, mas justamente como uma maneira de "exclusão" do tipo.

Isto é patente quando o autor se refere à *ponderação de interesses que caracteriza a situação.* A razão disso é que Roxin segue uma linha segundo a qual a métrica das causas de justificação é dada por "principios de ponderación de intereses y necesidad: en una situación de conflito inevitable es legítimo el sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor. *Pero en el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho*"[38] (grifos nossos).

Não tão distante é a perspectiva de Tavares, segundo a qual a orientação das causas de justificação se dá no sentido de uma "ponderação de bens e valores [em que] a lesão de bem jurídico se vê compensada pela possibilidade de se evitar um mal maior".[39]

Dentro dessa noção podemos perceber que a aplicação de determinado tratamento médico, não obstante aumentar o risco de morte, estaria *compensada* por

(35) ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 517.

(36) Idem, ibidem, p. 56.

(37) Também aqui não levaremos adiante a questão no que se refere à diferença entre estado de necessidade justificante e exculpante. Basta marcar que tal dicotomia permanece bastante problemática em um paradigma que pretende trabalhar questões jurídicas de maneira "jurídica" e não de maneira ética. É no mínimo intrincada a questão de se pretender estabelecer uma relação entre os "bens jurídicos" de acordo com o seu "valor" para se optar pela incidência de uma, ou de outra, norma referente aos distintos estados de necessidade.

(38) ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general, cit., p. 521.

(39) TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte : Del Rey, 2000. p. 262.

impedir um sofrimento maior por parte do paciente. Em um conflito de interesses, *o maior valor seria manter uma vida sem sofrimentos, ainda que arriscando sua própria existência.*

Quanto à posição de Juarez Tavares, este afirma, explicitamente, que identificar a noção de "bem jurídico" com valores não significa aceitar uma sistematização material dos princípios aos moldes de Scheller e Hartmann.[40] Todavia, acredita este autor que entender o objeto jurídico no sentido de "um *valor* que se incorpora à norma como seu objeto de referência real"[41] (grifos nossos) permite e enseja a possibilidade da crítica feita por Günther à concepção de Alexy. O perigo de entender o objeto jurídico como valor é possibilitar, justamente, uma predeterminação de certos conteúdos em detrimento de outros.

Mais complexa ainda é a caracterização das causas de justificação como dependentes, em sua adequabilidade, de uma solução de conflitos entre bens. A perspectiva de Tavares é aceitável em se tratando de uma óptica que leve em conta um discurso de justificação da validade da norma (Günther), mas não no que se refere ao discurso de aplicação. Argumentos éticos, enquanto argumentos de valor, podem e devem ser considerados pelo juiz na medida em que as partes, argumentativamente, reconstroem, no curso do processo, não só o caso concreto, mas também o Direito na medida em que indicam as normas pretensamente aplicáveis. Mas os *valores*, e suas relações axiológicas, não têm como *determinar* juridicamente a decisão a ser tomada.

Coerente em sua construção, Tavares acaba por afirmar que "Quando ocorra um conflito real de deveres, será preciso distinguir duas situações. Se os deveres forem de categorias diferentes haverá justificação quando se tenha cumprido o de *maior hierarquia*. Quando, porém, se trate de deveres de *igual categoria*, não há que se falar em causa de justificação"[42] (grifos nossos).

Em uma teoria como a construída por Günther, e retomada em seus aspectos gerais por Habermas, não se pode orientar por uma hierarquia de deveres, mas tão-somente por sua adequabilidade – e, portanto, efetiva existência do dever – ou não, sempre com referência ao caso concreto. Não existem normas adequadas em abstrato, nem uma hierarquia entre os deveres. Se *existem* dois deveres é porque ambos são igualmente *devidos*.

5. Por uma releitura das causas de justificação: a contribuição da teoria da adequabilidade normativa de Klaus Günther

Todas essas questões devem ser repensadas e refletidas à luz do atual paradigma para que se possa realizar uma leitura constitucionalmente adequada e, portanto, orientada pela noção de Estado Democrático de Direito.

(40) Idem, ibidem, p. 179.

(41) Idem.

(42) Idem, p. 265.

Como já asseveramos, há que ser sempre levado em consideração o paradigma, equivalendo dizer que o horizonte das imagens compartilhadas está sempre presente, formando um pano de fundo aproblematizado. Em um Estado Democrático de Direito a característica marcante é um reconhecimento à diferença que pretende incluir os indivíduos e os reconhecer tanto em sua autonomia pública quanto privada, para que possam mutuamente enxergar-se como co-autores do Direito. Os diversos interesses conflitantes e as variadas valorações possíveis a respeito de determinado assunto são postos e contrapostos em uma discussão, *v. g.*, legislativa, i. e., enquanto referente a um discurso de justificação, segundo a linguagem de Günther.[43]

Mas em um discurso de aplicação jurídico-normativa não podem ser as questões tratadas como questões éticas. O juridicamente devido é assim referente *a todos*, justamente enquanto considerado como válido e passível de reconhecimento pelos cidadãos como tal. Destarte, sendo o Direito válido vinculante a todos, deve ele ser interpretado e aplicado de acordo com seu código[44] próprio, que é binário (Habermas) e não gradual (Alexy). Questões jurídicas devem ser tratadas enquanto questões de adequabilidade, ou não, da norma àquele caso concreto. Jamais questões jurídicas, no momento atual, poderiam ser tratadas como valoração ética: as ordens de valor são múltiplas e plurais, significando que cada indivíduo poderia apresentar sempre uma nova solução para o caso baseando-se em seus valores, seja de religioso ou cientista, seja de rico empresário ou desamparado pelas ruas.

Se as questões jurídicas fossem tratadas como questões valorativas, axiológicas, em seu momento de aplicação, estaria aberta a porta para uma grande indeterminação e insegurança, inclusive, do que seria o juridicamente *devido*. Se o juiz compartilhasse de uns ou outros valores é claro que as soluções para o caso apresentar-se-iam de maneiras distintas.

Isto não implica, todavia, a desconsideração dos argumentos levantados pelas *partes* no curso do procedimento em contraditório. É claro que as partes, enquanto situadas em um discurso argumentativo, sempre trazem elementos e razões concernentes à sua perspectiva pessoal. Significa isto dizer que o juiz não

(43) GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness:* application discourses in morality and law, cit., p. 113 *et seq.*

(44) O código do Direito para Luhmann também é binário, mas a partir de bases distintas da perspectiva habermasiana. O código do Direito na teoria dos sistemas trata-se, justamente, da diferença Direito/não-Direito (Recht/Unrecht), que não se confunde com lícito/ilícito; legal/ilegal como muitas traduções latinas demonstram. Uma leitura deontológica também é possível pela teoria dos sistemas segundo seus teóricos. Cf., nesse sentido, Raffaele de Giorgi, "Semântica da idéia de direito subjetivo", *Direito, democracia e risco:* vínculos com o futuro, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 99 *et seq.*; Juliana Neuenschwander Magalhães, "Sobre a interpretação jurídica", *Revista de Direito Comparado* 3/429 *et seq.*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, maio 1999.

ocupa um altar em que, por sua onipotência, observa, por si, o caso e o Direito sem a participação dos próprios afetados pela decisão. Ora, enquanto procedimento argumentativo em contraditório, o processo judicial permite às partes trazer argumentos e razões referentes ao caso a ser reconstruído e ao Direito a partir de uma perspectiva própria e que, portanto, imbuída está de noções pragmáticas, éticas e morais. Mas não são estas mesmas questões éticas, por exemplo, que serão *determinantes*, quando da solução do caso. O juiz deve interpretá-las e reinterpretá-las através de uma perspectiva deontológica, evitando qualquer confusão de códigos.

As causas de justificação deverão sempre, *como qualquer outra norma*, ser entendidas, em um discurso de aplicação, como sujeitas a um juízo de adequabilidade – *appropriateness* – e não referentes a valorações éticas. É com aquela leitura deontológica, devida em um Estado Democrático de Direito, que se chocam as posições de, *v. g.*, Roxin e Tavares. Não podem questões normativas ser tratadas como colisão de valores e sim como conflito entre normas adequadas ou não. Uma norma não pode deixar de ser aplicada por ter sido submetida a questionamentos de o que é mais valioso no caso. O que é mais ou menos valioso depende sempre de noções éticas e não jurídicas. E é justamente isto que Roxin não empreende em sua análise quando afirma que "Uma vida pouco mais curta sem graves dores *pode ser mais valiosa* que uma não muito mais longa, plena de dores dificilmente suportáveis".[45] Ora, indaga-se: se dependêssemos sempre de um juízo valorativo – aquilo que é melhor – para aplicar uma norma como a da legítima defesa ou do estado de necessidade, a qual "ordem de valores" deveríamos, então, recorrer?

Diante da inexistência de um *standard* é impossível tal pretensão, e nem devemos nos referir à "hierarquia" estabelecida pelo Código Penal, pois questões éticas não são juridicamente decididas. Argumenta-se, com freqüência, que a disposição dos tipos penais no Código Penal se deu em função da importância, ou valor, do objeto jurídico. Muito embora seja um critério legislativo, não pode ser ele pretendido como universal: já estamos longe, *v. g.*, de um jusnaturalismo de cunho racionalista, ou, ainda, de uma hierarquização dos valores aos moldes fenomenológicos como meios de determinar, para todos, aquilo que teria mais, ou menos, valor. É nesse sentido, de uma *diferenciação funcional do Direito enquanto sistema*,[46] que devemos enxergar a impossibilidade de este determinar questões éticas. Ao Direito, em uma perspectiva luhmanniana, interessam questões jurídicas e que se orientam pelo código Direito/não-Direito. Ao Direito não cabe uma planificação ética da sociedade; muito menos devem ser questões jurídicas resolvidas eticamente, i. e., com um código que não o próprio.

(45) ROXIN, Claus. "A apreciação jurídico-penal da eutanásia", cit., p. 15.

(46) Cf., a respeito, Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto*, trad. Raffaele de Giorgi, Roma, Il Mulino, 1990; *Operación y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, trad. Darío Rodríguez Mansilla, Barcelona, Anthropos; México, Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile, Instituto de Sociología, 1997.

Na inexistência de *uma* ética compartilhada, questões de aplicação normativa não podem ser submetidas a um juízo valorativo: é justamente com a modernidade que o Direito, pretendendo ser um subsistema social autônomo, se estabeleceu de maneira diferenciada de outros sistemas como, *v. g.*, a Religião. A aplicação de normas deve orientar-se, no sentido aqui seguido por Günther, por um juízo de adequabilidade.

A norma da legítima defesa, assim, não há de ser aplicada levando-se em consideração a ponderação entre, por exemplo, o valor do "bem" defendido (patrimônio) e o do "bem" ofendido (vida). Inúmeras seriam as respostas possíveis se procedêssemos nessa orientação. O juízo de adequabilidade há de se pautar em uma leitura deontológica e concernente ao fato de que o caso concreto, totalmente reconstruído argumentativamente no curso do processo, permite a constatação da coerência normativa com a respectiva aplicação, no caso, da norma da legítima defesa – norma esta anteriormente tão-somente aplicável *prima facie*. É claro que o art. 25 do CP há de ser interpretado, e a interpretação nada mais é que atribuição de sentido realizada dentro do horizonte de imagens compartilhadas. Todavia, não será uma ponderação o que irá determinar a incidência normativa, e sim a *adequabilidade da norma à situação descrita de forma argumentativa no curso do processo jurisdicional.*

Se se tratasse de uma ponderação de bens ou valores, difícil seria a um juiz, que acredite, e seja convicto por sua fé religiosa, ser a vida um bem supremo e de valor absoluto, aplicar, dependendo sempre do caso concreto, uma norma que justifica um homicídio em legítima defesa ou estado de necessidade.

A toda essa discussão são perfeitamente plausíveis as críticas de Habermas e Günther à teoria de Alexy, inclusive porque a posição aqui criticada de Roxin e Tavares utiliza-se de raciocínio idêntico ao daquele autor. Não é de se estranhar que, sendo para Alexy os princípios comandos de otimização a serem cumpridos sempre em um maior grau possível – grau ótimo –, Roxin venha propor uma solução que leve em conta "o dever de estender a vida alheia o *máximo* de tempo possível" (itálico nosso). A proteção à vida seria aqui um princípio que deveria ser realizado em seu grau máximo diante de outros princípios e em consideração à faticidade do caso.

6. Conclusão: da eutanásia indireta como estrito cumprimento do dever legal

Após todas essas questões, uma última paira no ar: a eutanásia indireta seria, realmente, uma hipótese de estado de necessidade justificante?

Como alhures tivemos a oportunidade de anotar, a vida, enquanto objeto jurídico, há de ser paradigmaticamente enfocada, significando mais que a vida meramente encarada sob seu aspecto biológico, ou seja, envolvendo uma perspectiva que respeite a dignidade da pessoa. Isso não significa que um moribundo não tenha direito à vida: é certa a tutela a seu direito, por mais precário que seja

seu estado físico ou psíquico. Mas o direito à vida é mais *amplo* em sua compreensão, envolvendo mais que a possibilidade de tutela do seu aspecto biológico, chegando a proteger, como dito, decisões pessoais acerca de tratamentos médicos a serem realizados. Estamos deveras longe daquele entendimento de que o indivíduo sendo um "bem" do Estado deveria ter sua vida salva e sua saúde tratada mesmo que contra sua vontade.

Um ponto ressaltado anteriormente é de suma importância. Roxin, ao exigir o consentimento expresso ou ao menos presumido do paciente, reconhece a importância decisiva do querer individual. O autor expõe esse ponto de maneira bastante clara quando da consideração de outra forma de eutanásia: a "eutanásia pura". Nesta não há diminuição do tempo de vida, mas tão-somente aplicação de anestésico para que no processo de morte, já iniciado ou em vias de se iniciar, o paciente não sinta dores ou passe por sofrimento desnecessário. É patente que a vontade do paciente há de ser sempre levada em conta em respeito, inclusive, à sua dignidade, pois, como bem expôs Roxin, "Pode o doente ter razões teológicas ou filosóficas para tanto [para viver de maneira consciente a morte], ou ser simplesmente uma pessoa sobremaneira corajosa, que deseje comunicar-se com os que lhe são íntimos, ou regular problemas sucessórios".[47]

Mais à frente o autor nos explica que se o paciente se manifesta no sentido de querer que lhe seja ministrada a injeção e o médico não aplica o anestésico, ou o aplica em quantidade insuficiente, estaria o médico realizando, sob a modalidade comissiva por omissão, o crime de lesões corporais (§ 13 c/c o § 223 do StGB). Inexistente a posição de garantidor, pode ser possível a caracterização de omissão de socorro (§ 323 do StGB), porque em ambos os casos está compreendido "o dever de evitar sofrimentos desnecessários ao paciente".[48]

Ora, diferente não é a hipótese quando da eutanásia indireta analisada sob um enfoque jurídico-penal. O paciente, em razão do direito à vida, tem *direito* de decidir qual tratamento que, dentre os possíveis, quer levar adiante para que seus sofrimentos sejam diminuídos. A necessidade do consentimento a que Roxin se refere liga-se, justamente, ao direito que lhe é conferido, em uma concepção de vida digna, de optar por um, outro ou nenhum tratamento. E no caso de morte do paciente, em razão do risco criado pela medicação, a conduta a ser analisada é claramente a do médico responsável por este.

Nessa perspectiva podemos, então, estabelecer o seguinte desenvolvimento: uma vez determinada uma posição de garante entre o médico, nos moldes do art. 13, § 2.º, do CP brasileiro, e o paciente, e tendo este o direito de escolher qual dos tratamentos possíveis quer levar adiante, a partir do momento que ele assim decide há, para o médico, enquanto garante, o dever de seguir o tratamento determinado pelo paciente – paciente este esclarecido não só acerca do tratamento, mas

(47) ROXIN, Claus. "A apreciação jurídico-penal da eutanásia", cit., p. 12.

(48) ROXIN, Claus. Idem, ibidem, p. 13.

também dos riscos e efeitos colaterais possíveis. Não é aberta ao médico a *possibilidade* de agir no sentido daquilo discutido e determinado pelo adoentado. Mais que simples possibilidade, trata-se, na verdade, de dever que há de ser exercido em respeito, inclusive, à dignidade do paciente.

O estado de necessidade – e aqui não vamos estabelecer a distinção entre justificante e exculpante, porque demasiadamente eticizante – não se trata de uma norma que estabelece qualquer dever legal (art. 24 do CP brasileiro). O estado de necessidade – enquanto norma cuja adequabilidade ao caso concreto justifica a conduta perante as demais normas penais *prima facie* aplicáveis – não determina, impõe ou vincula qualquer conduta. Trata-se de norma permissiva, bem como a legítima defesa, normas estas justificantes em referência ao indivíduo e à impossibilidade de se evitar, de outra forma, a violação de algum direito.

A eutanásia indireta, porventura realizada pelo médico, não se trata de situação que permite a adequabilidade da norma atinente ao estado de necessidade. Uma vez determinada a forma do tratamento, ao médico é exigido conduzir-se de acordo com esse dever. Omitindo a conduta devida em razão da posição de garante, estará praticando lesões corporais, nos mesmos moldes da eutanásia pura (art. 13, § 2.°, c/c o art. 129 do CP brasileiro). Na mesma situação encontrar-se-á se ministrar medicamentos em quantidade insuficiente, desde que não incidente a hipótese de erro de tipo.

Todavia, e aqui empregamos o raciocínio de Roxin, mas em sentido contrário à conclusão por ele alcançada, se o devido tratamento, que em razão dos riscos que lhe são próprios, levar à morte o paciente, não se tratará de estado de necessidade, mas sim de *estrito cumprimento do dever legal*. Ora, uma vez estabelecida uma posição de garante e uma vez necessário o *consentimento* do paciente – consentimento este vinculante –, configurado está um dever de agir, e não uma simples faculdade ou possibilidade como é aberta pelo estado de necessidade. É exigível do médico uma atuação cuja não-realização enseja o crime de lesões corporais. *O consentimento do paciente levantado por Roxin é relevante, não a uma consideração do estado de necessidade, mas sim enquanto elemento fundamental no exercício de direito próprio e estabelecimento do dever alheio.*

Dentro do quadro desenvolvido, podemos concluir afirmando que uma leitura eticizante do Direito, bem mais adequada ao Estado de Bem-Estar Social, deve ser superada, permitindo, assim, uma leitura orientada pelo próprio Direito. O delito é mais que uma afetação a um "bem jurídico". Em uma sociedade em que os riscos são cada vez maiores, chega Klaus Günther a afirmar que são necessárias as considerações atinentes aos cuidados que se deve ter. "El 'resultado', la lesión del bien jurídico, aparece tán sólo como la prosecución adecuada o inadecuada de un riesgo incrementado por um comportamento desaprobado".[49] É claro que essas considerações só podem se referir ao delito, pois a

[49] GÜNTHER, Klaus. "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el derecho penal?". *La insostenible situación del derecho penal*. Granada : Comares, 2000. p. 503.

afetação de determinado objeto jurídico também pode dar-se quando de uma conduta considerada lícita.

O delito, para o autor, seria determinado não tão-somente como violação de um "bem jurídico" mas, mais ainda, como infração de um dever reinterpretado enquanto dever de cuidado, e não como um dever meramente negativo de não-interferência na esfera alheia. Tal consideração insere-se no contexto de uma nova visão paradigmática do Direito Penal trazida pela teoria da imputação objetiva. Todavia, para ser coerente o seu desenvolvimento, antes há de se ater ao sentido jurídico do próprio Direito.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica.* Ciudad de México : Fontamara, 1993.

———. *El concepto y la validez del derecho.* Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona : Gedisa, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2001.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos.* Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires : Depalma, 1981.

BELING, Emst von. *Esquema de derecho penal.* Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944.

CARVALHO NETTO, Menelick. "Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo". In MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). *Direitos humanos e direitos dos cidadãos.* Belo Horizonte : PUC Minas, 2001. v. 1.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional.* Belo Horizonte : Mandamentos, 2001.

DE GIORGI, Raffaele. "Semântica da idéia de direito subjetivo". *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro.* Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1998.

DWORKIN, Ronald. *El domínio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.* Trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona : Ariel, 1998.

———. *Los derechos en serio.* Trad. Marta Guastavino. Barcelona : Ariel, 1999.

———. *O império do direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

———. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality.* London : Harvard University, 2000.

FRISCH, Wolfgang. "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad". *El error en el derecho penal.* Trad. Enrique Peñaranda. Buenos Aires : Ad-hoc, 1999.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual.* Trad. Juan Cordóba Roda. Barcelona : Bosch, 1959.

GOLDSCHMIDT, James. *Metodologia jurídico-penal.* Madrid : Reus, 1935.

GÜNTHER, Klaus. "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el derecho penal?". *La insostenible situación del derecho penal.* Granada : Comares, 2000.

———. "Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale". *Archives de philosophie du droit.* Sirey, 1992. t. 37.

———. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law.* Trad. John Farrell. Albany : State University of New York, 1988.

GUSTIN, Miracy de Sousa Barbosa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito.* Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. "An argument against human cloning: three replies". *The postnational constellation.* Trad. Max Pensky. Cambridge : The MIT, 2001.

———. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Trotta, 1998.

———. "Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática". *Estudos avançados.* Trad. Márcio Suzuki. São Paulo : USP, 1989. v. 3, n. 7.

———. *Teoría de la acción comunicativa.* Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Taurus, 1987, t. I.

———. "Tres modelos de democracia". *La inclusión del otro: estudios de teoría política.* Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Buenos Aires : Paidós, 1999.

HIPPEL, Robert von. *Manuale di diritto penale.* Trad. Roberto Vozzi. Napoli : Eugenio Jovene, 1936.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general.* Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1981. v. 1.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna.* Trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires : Depalma, 1977.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão.* Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguiet, 1899. t . I.

LUHMANN, Niklas. "Il moderno della società moderna". *Osservazioni sul moderno.* Trad. Francesco Pistolato. Roma : Armando, 1995.

———. *La differenziazione del diritto.* Trad. Raffaele de Giorgi. Roma : Il Mulino, 1990.

———. *Operación y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.* Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona : Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile : Instituto de Sociología, 1997.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal.* Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1955. t . I.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. "Sobre a interpretação jurídica". *Revista de Direito Comparado,* v. 3, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, maio 1999.

ROXIN, Claus. "A apreciação jurídico-penal da eutanásia". Trad. Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, São Paulo, RT, out./dez. 2000.

———. *Derecho penal: parte general.* Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. Madrid : Civitas, 1997. t. I.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.* Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

SAUER, Guillermo. *Derecho penal: parte general.* Trad. Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona : Bosch, 1956.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general, el hecho punible.* Trad. Gladys Romero. Madrid : Edersa, 1982.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general.* 11. ed. Santiago : Editorial de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral.* Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1976.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

REFLEXÕES SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA*

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Introdução: a luta pela terra na história do Brasil – 2. O conflito chega a juízo – 3. Proclamações constitucionais e função social da propriedade – 4. Questão agrária e questão social: a falta de políticas públicas e o conteúdo transformador do direito moderno – 5. O Judiciário em face do conflito: 5.1 A cultura dos juízes; 5.2 Leitura moderna de leis antigas; 5.3 As tentativas de "criminalização" de movimentos sociais que lutam por reforma agrária – 6. Conclusão.

Resumo: O artigo propõe uma reflexão sobre a questão agrária partindo da história da luta pela terra e da formação da propriedade no Brasil. Analisa os conflitos com base no conceito constitucional de função social da propriedade e da experiência jurídica moderna. Denuncia as tentativas de criminalização do MST. Destaca como parâmetro de tratamento adequado da questão algumas decisões criminais no sentido de que ocupações de terra por movimentos organizados que lutam por reforma agrária não caracterizam esbulho possessório nem formação de quadrilha. Preconiza o rompimento com a cultura jurídica tradicional para destacar o direito de propriedade como um direito-meio destinado a proteger valores fundamentais.

Palavras-chave: Luta pela terra – Exclusão e repressão – Função social da propriedade – Reforma agrária – Políticas públicas – Globalização – Movimentos sociais – Liberdades constitucionais – Cidadania – Judiciário e conflituosidade de massa – Criminalização do MST – Esbulho possessório e ocupações de terra.

1. Introdução: a luta pela terra na história do Brasil

No início do ano de 2001, a imprensa brasileira noticiou um fato, qualificando-o como revelação surpreendente: em pleno regime democrático e de liberdades civis, o Exército brasileiro mantinha, no Araguaia, documentos de uso interno nos quais certas organizações nãogovernamentais e movimentos sociais, como o MST (*Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra*), eram chamados de "forças adversas", que "provocam reflexos negativos para a segurança nacional".

(*) Contribuição a Painel do VII Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, out. 2001.

Em tais papéis, produto de mal explicadas ações secretas com fortes resquícios da doutrina de segurança nacional, vigente à época da ditadura militar implantada em 1964, constam expressões como "arbítrio necessário", autorização para "arranhar direitos civis" e "repelir e/ou eliminar forças adversas".[1]

O MST, sem dúvida o mais expressivo movimento social existente hoje no país, e outros movimentos ligados à luta pela terra, têm sido alvo de tais atividades de inteligência do Estado desde seu surgimento. Segundo reportagem do jornalista Josias de Souza publicada na *Folha de S. Paulo*, desde 1998 o Exército vem montando planos formais de monitoramento daquelas organizações, as denominadas *Operação Pescado* e *Organização Tempestade*, sob a perspectiva de que empreendiam ações "com o objetivo de tumultuar a ordem vigente e comprometer a confiança nas instituições e no regime atual de governo".[2]

Essa espionagem da sociedade brasileira não deveria surpreender considerando os dados históricos e a constatação de que a autoridade civil, com a redemocratização do país, não chegou a conceber uma abrangente reorganização das Forças Armadas com o objetivo de delimitar claramente seu papel institucional.

Fiquemos com a história, que é o que interessa para refletir sobre o tema em foco: a questão agrária.

As Forças Armadas sempre foram usadas em ações repressivas, erigindo o povo brasileiro em seu inimigo público número um. Sua organização, na primeira metade do século XIX, na esteira da luta pela independência do país, com o apoio inglês, personificado na figura de Lord Cochrane, já revelava a disposição de reprimir revoltas populares: na repressão militar à *Cabanagem*, no Pará, em 1834, movimento de cunho nitidamente popular, por exemplo, morreram quarenta mil pessoas numa população de cem mil.[3]

Depois, já na República, vieram *Canudos* (1896/1897) e *Contestado* (1912/1916), descritos como episódios de fanatismo religioso ou de reação monarquista, mas que na verdade tiveram em sua base a luta pela terra, e uma sucessão de outros episódios de enfrentamentos entre camponeses – reunidos em movimentos ou organizações sindicais, como as *Ligas Camponesas* de Pernambuco (1954), a Ultab (*União dos Lavradores e Trabalhadores Agrícolas do Brasil*) (1954) e o Master (*Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra*) (1960) –, e o Exército.[4]

(1) "Exército secreto". Editorial. *Folha de S. Paulo*, A-2, 03.08.2001.

(2) SOUZA, Josias de. "Exército espiona sem-terra desde 1998". *Folha de S. Paulo*, A-8, 15.08.2001.

(3) CARTA, Mino; PEREIRA, Raimundo Rodrigues (diretores da publicação). "O inimigo n. 1". *Retrato do Brasil*. São Paulo : Política, 1985. p. 293.

(4) Os principais: *Caldeirão*, no Crato, Ceará (1926/1938); *Pau de Colher*, em Casa Nova, Bahia (1938); *Porecatu*, no Paraná (1950/1951); *Trombas do Formoso*, Goiás (1953/1954); *Governador Valadares*, Minas Gerais (1955); *Sudoeste do Paraná* (1957); Santa Fé do Sul, em São Paulo (1955/1970); *Ligas Camponesas* (1955/1961); *Araguaia* (1967/1974).

Bem por isso observa José de Souza Martins que "o campesinato brasileiro é a única classe social que, desde a proclamação da república, tem uma reiterada experiência direta de confronto militar com o Exército".[5]

A persistência de uma visão dos movimentos sociais dissociada das liberdades constitucionais não é exclusividade do Exército, por óbvio.

No final do ano de 2000, o governo brasileiro, inclusive por suas autoridades civis, do Incra, patrocinou uma campanha de desmoralização do MST e de incriminação de seus dirigentes com base em investigações reveladoras de que assentados vinculados a cooperativas controladas por esse movimento eram obrigados a repassar-lhe 3% do valor dos empréstimos do crédito agrícola.

Pouca gente se dispôs a defender a referida taxa, que se baseia na realidade de que assentamentos e financiamentos agrícolas são obtidos graças à luta do movimento, que precisa de recursos para manter sua ação e do qual, por óbvio, os assentados beneficiados, que nada conseguiriam sozinhos, não devem afastar-se.[6]

Mas o principal aspecto que se pretende analisar, aqui, é o das disputas judiciais, considerando o tratamento do tema na legislação.

(5) MARTINS, José de Souza. *Os camponeses e a política no Brasil*. Petrópolis : Vozes, 1981.

(6) Na grande imprensa de São Paulo, destacam-se dois importantes artigos. Num deles, Plínio de Arruda Sampaio denuncia a campanha como uma manobra para desacelerar o programa de reforma agrária (SAMPAIO, Plínio de Arruda. "O MST precisa ser defendido". *Folha de S. Paulo*, A-3, 15.02.2001). Noutro, o jornalista Janio de Freitas faz interessantes ponderações sobre o sistema, intitulado maliciosamente de "pedágio", com as seguintes palavras: "Não é preciso bom senso formidável para perceber que se trata de retribuição irrisória para manter e desenvolver o movimento que obteve, para o assentado, não só o crédito mas também a terra mesma e uma perspectiva de vida sem o desemprego, a semi-escravidão e, num ou noutra, a família na indigência mais abjeta. O MST não se dá à difusão de suas atividades. Mas não se restringem aos acampamentos, ocupações e marchas – onde não faltam comida, remédios e agasalhos – nem à reivindicação de terra e crédito agrícola. Há trabalhos de alfabetização, de retomada do aprendizado escolar, de desenvolvimento de habilidades e de comercialização de produtos. As atividades são em proveito de assentados e de ainda reivindicantes e têm custo, coberto por contribuições dos já beneficiados e de entidades beneficentes, sobretudo européias. São as retribuições dos assentados, que nada conseguiriam sozinhos e tanto devem aos demais assentados e aos ainda não assentados, que o governo quer dar como desmoralizadoras dos sem-terra. Um assalto aos cofres públicos que nem são cofres públicos, sendo estes os do Tesouro Nacional: os empréstimos não são doações do governo e saem de cofres de banco. Os mesmos cofres de onde saem os monumentais empréstimos dos grandes proprietários de terras, aqueles que têm a chamada bancada ruralista no Congresso. E dos quais não tem conta o número dos que usam grande parte dos empréstimos agrícolas, ou todo mesmo, para comprar e construir imóveis – nem ao menos no Brasil necessariamente –, empreendimentos variados e, com grande preferência, aplicações na ciranda financeira. Mas não são desmoralizáveis pelo governo. Porque são seus aliados, quando não integrantes" (FREITAS, Janio de. "O diálogo", *Folha de S. Paulo*, A-5, 12.10.2000).

2. O conflito chega a juízo

Ultimamente, a questão dos sem-terra tem chegado ao Judiciário, em razão da incompetência e descaso do governo federal para, dentre outras coisas, realizar uma reforma agrária com cem anos de atraso relativamente aos países do primeiro mundo.

Apenas para exemplificar, a Lei de Terras dos EUA, que impedia a concentração da posse da terra, limitando-a a um máximo de 60 acres, e consagrando a propriedade familiar, é de 1862. Na mesma época, no Brasil, vigorava a Lei 601, de 18.09.1850, que consagrava, ao contrário, a grande propriedade.[7] O tráfico de escravos fora abolido duas semanas antes. A Lei 601 – que encerrou o regime jurídico das posses advindo do instituto das sesmarias e armou o país de um instrumental jurídico para a perfeita regularização do regime fundiário –, "talhada sob o figurino dos novos senhores do Império e mais tarde senhores da República", os cafeicultores de São Paulo, elevou o preço das terras e criou "o instrumento básico de que careciam os latifundiários (...) para importar trabalhadores europeus em larga escala".[8]

A luta pela terra, na última década do século XX, adquiriu contornos nunca antes vistos: dimensão nacional num movimento organizado, legítimo, de grande prestígio, inclusive internacional.

Os fatores determinantes do surgimento de tal movimento foram a conquista das liberdades civis, por um lado, e a progressiva exclusão social que atinge vastas camadas da sociedade brasileira, sobretudo diante do fenômeno da globalização, por outro.

Protagonistas dessa luta, membros do MST são apontados, na imprensa e em processos judiciais, como integrantes de movimento subversivo, atentatório à lei, à ordem, à democracia, mal escondendo que o que incomoda, mesmo, é que eles questionam a "autoridade" de muitos. Não a autoridade registrada pelo *Dicionário Aurélio* em terceira acepção, identificada com o órgão do Poder Público (*munus*), mas aquela que o dicionarista registra em primeiro lugar, a mais chocante, primitiva e denotadora da desigualdade material entre os homens: "direito ou poder de se fazer obedecer, de dar ordens" (prerrogativa ou privilégio).[9]

Tais apontamentos são muitas vezes precipitados, fruto de interpretações formais e arcaicas do direito, afinadas com ideologias tendentes a conservar desigualdades sociais. Negam o *vir-a-ser* que constitui a experiência jurídica ou, em

(7) LORENA, Carlos; SZMRECSÁNYI, Tamás. "Terras, aqui e nos EUA", *Retrato do Brasil*. São Paulo : Política, 1985. p. 489.

(8) GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. São Paulo : Fulgor, 1964. p. 197.

(9) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1975. p. 163.

outras palavras, subvertem o conteúdo transformador da realidade social que é uma das características do direito em nosso tempo.

Vamos às leis.

3. Proclamações constitucionais e função social da propriedade

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, do qual o Brasil é signatário, prevê em seu art. 11 que: "1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua em suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para: a) melhorar os métodos de produção, conservação e de distribuição de gêneros alimentícios (...); b) assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios (...)".[10]

Por outro lado, o Estado brasileiro, recriado da luta contra a ditadura militar, tem como fundamentos, segundo o art. 1.° da Constituição Federal: I – a soberania; II – a cidadania; III – a *dignidade da pessoa humana*; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

E o art. 3.° da Carta assenta os objetivos fundamentais da República: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conclui-se que o Brasil tem um *programa* a ser realizado, em nome do povo. Seus dirigentes só podem desenvolver políticas públicas voltadas para a consecução desse programa, que se completa com os demais dispositivos constitucionais garantidores de direitos fundamentais. Pode-se cobrar isso por meio de lutas sociais, políticas e jurídicas.

A função social da propriedade (art. 5.°, XXII, da CF) constitui um dos princípios que orientam a ordem econômica do país (art. 170 da CF). No caso da propriedade rural, a própria Constituição, em seu art. 186, dá o conceito de função social: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância

[10] Ratificado pelo Brasil em 24.01.1992, com *status* de norma constitucional, por extensão, à vista do contido no art. 5.°, § 2.°, da CF.

das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Tais proclamações, ao menos se observados os postulados de um direito que se pode realizar por múltiplas formas, não podem cair no vazio pela inação dos homens, sejam eles integrantes da sociedade política, sejam representantes da sociedade civil. Acentua-se, na modernidade, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem jurídica. "Seu enunciado não representa mera proclamação retórica, desprovida de intensidade jurídica. Ao contrário, verifica-se mesmo uma força expansiva e atraente dos direitos fundamentais, cuja manifestação mais nítida é o princípio da efetividade".[11]

Deve o intérprete, pois, diante do caso concreto, orientar-se no sentido da realização do direito, de pronto, num "impulso antiformalista".[12] Objetiva-se a proteção substancial: observância máxima e restrição mínima, sempre tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana, suporte de todos os direitos fundamentais consagrados.

Não preenchendo os requisitos necessários para que seja considerada cumpridora da função social – conceito que não se esgota no de propriedade improdutiva, como visto –, a propriedade pode ser desapropriada por interesse social, para fim de reforma agrária, segundo dispõe o art. 184 da Constituição Federal.

Impende notar que a Constituição não fala em indenização pelo valor de mercado, mas em *justa* indenização, o que leva Fábio Comparato a ensinar que na desapropriação – pena de que se cuida, "a justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade, ou seja, adaptação da decisão jurídica às circunstâncias de cada caso", pois "ressarcir integralmente aquele que descumpre o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso".[13]

4. Questão agrária e questão social: a falta de políticas públicas e o conteúdo transformador do direito moderno

A questão agrária está relacionada, ademais, com outros problemas que destacam o Brasil como país de injustiças sociais e miséria. Sobretudo com a questão da concentração de renda. A concentração da propriedade é um dos fatores determinantes da concentração de renda.

(11) NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo : FTD, 1997. p. 77.

(12) BAQUER, L. Martin-Retortillo. "Antiformalismo y enjuiciamento efectivo en el sistema de la justicia constitucional". *Revista de Derecho Publico* 16, Madrid, 1983. Apud NALINI, op. e loc. cits.

(13) COMPARATO, Fábio Konder. "Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade". *A questão agrária e a justiça*. São Paulo : RT, 2000. p. 145.

A renda dos brasileiros mais ricos (10%) é trinta vezes maior que a renda dos brasileiros mais pobres (40%). Na França, a diferença é de cinco vezes. Na Argentina, de dez vezes.

As políticas públicas do governo federal, entretanto, estão hoje voltadas obstinadamente ao equilíbrio de contas e à estabilidade da moeda.

Para isso fala-se até em reformar a Constituição, cassando direitos sociais que estariam atrapalhando a tão propalada *governabilidade*, expressão que mal disfarça o interesse em um desenvolvimento econômico apartado do social, da cidadania, da redistribuição de renda e das reformas de base. Um desenvolvimento ditado pela economia globalizada sob o capitalismo.

Ora, enfrentar a questão social, que inclui a questão agrária, exige menos reformas à Constituição que imediata aplicação de seus preceitos. O desenvolvimento precisa estar ligado ao processo de eliminação das desigualdades, historicamente vinculadas à concentração da propriedade.

Há meios de vincular os governos ao cumprimento do *programa do Brasil* emergente da Constituição.

Em primeiro lugar, para cobrar a efetividade da ordem constitucional existem instrumentos jurídicos: ação popular, mandados de segurança e de injunção e ação civil pública.

Há, também, a luta do povo, inclusive do povo da terra, pressionando por políticas públicas adequadas.

Como revela Tarso Genro: "O conflito há muito deixou de ser mera contenda sobre o direito de propriedade em tese – pura questão de natureza cível – e se tornou social e político. Nele, as ações coletivas demandam o cumprimento substantivo da Constituição democrática: a extensão do direito de propriedade para um maior número de pessoas, alijadas dele quando seu exercício é fundamental à sobrevivência do próprio tecido familiar".[14]

Por fim, há também uma luta para resgatar no Judiciário a missão de trabalhar com o conteúdo transformador do direito moderno, do direito que se supera. Essa luta se dá pela conscientização do juiz para que em cada caso concreto verifique qual a decisão que melhor atenda aos objetivos fundamentais da República, amoldando-se ao vetor evolutivo do direito, que se exprime por aquela evidência de progresso moral desvelada por Bobbio.[15]

Em casos que envolvem o direito de propriedade da terra, importa desqualificar a posse desvinculada de sua função social.

Fixemo-nos, então, mais detalhadamente neste assunto: a relação do Judiciário com lides em que se discute a questão da função social da propriedade.

(14) GENRO, Tarso. "A criminalização dos sem-terra". *Folha de S. Paulo*, A-2, 20.04.1998.

(15) BOBBIO, Norberto. "A era dos direitos". *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 64.

5. O Judiciário em face do conflito

5.1 A cultura dos juízes

Não é de hoje que diversas correntes críticas do direito têm observado que as leis e procedimentos judiciais, assim como a estrutura do Poder Judiciário e a cultura jurídica dos juízes (no sentido de aplicar o saber jurídico, de maneira a corresponder ao que a sociedade contemporânea quer do Judiciário), não estão preparados para dar respostas satisfatórias e eficazes para os conflitos da atualidade.

O discurso dogmático da lógica formal transformou o juiz em técnico, que muitas vezes atribui comodamente ao legislador a responsabilidade por eventual decisão injusta. Seu universo é composto de conflitos idealizados pelo sistema, que são *afastados* sem serem *resolvidos*.[16]

Tal postura formalista, contudo, está-se exaurindo em conseqüência de movimentos pela ampliação do acesso ao Judiciário. Segundo José Eduardo Faria e Celso Campilongo, a industrialização acelerada das últimas décadas produziu uma nova e mais complexa composição de classes, gerando novos conflitos, que se caracterizam por ser, de uma forma ou de outra, *reivindicativos*, como ocorre com as ocupações de terras apontadas como desviadas de sua função social e os acampamentos de *sem-terra*.[17]

A política migrou para as massas e destas, em lides com forte presença de interesses coletivos – de um grupo, uma comunidade, uma favela –, para o Judiciário.

Em conseqüência, diz Celso Campilongo, a institucionalização do conflito, com base na dogmática jurídica formada pela concepção do Estado burguês e da democracia representativa, "tem sido questionada, politizada e transformada em agitado instrumento de expansão da cidadania" em que "os tribunais deixaram de ser a sede de resolução das contendas entre indivíduos e passaram a ser uma nova arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais. Ainda que os magistrados não desejem tal situação – quer por padrões de formação profissional, quer pela ruptura que a situação provoca no sistema de rotinas e procedimentos jurisdicionais – a politização que as partes (autores e réus), com freqüência e conscientemente, imprimem aos processos torna o fato irreversível".[18]

(16) FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. São Paulo : RT, 1991. p. 157. Segundo o autor, o volume da burocracia justifica a aplicação de doutrina e jurisprudência que se repetem mecanicamente, sem lugar para atividade criadora. Vale a advertência hegeliana: o que é dado por sabido, exatamente porque é dado por sabido, não é efetivamente conhecido.

(17) FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre : Fabris, 1991.

(18) CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Magistratura, sistema jurídico e sistema político". *Direito e justiça – A função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1989. p. 117.

Ocorre que o enfrentamento de lides deste tipo não pode ser feito com o modelo tradicional de cultura jurídica, cujo objetivo é fundir legitimidade com legalidade, substituindo a questão da justiça pela mera validade formal das leis. Há, pois, que se romper com aquele.

5.2 Leitura moderna de leis antigas

Os códigos antigos com que os operadores jurídicos trabalham no seu dia-a-dia não se reportam aos direitos emergentes da nova Constituição. Ignorando estes últimos, muitas vezes, os juízes cumprem um perverso papel que a tradição lhes reserva: de manter a coerência lógica do sistema para que tudo permaneça como está.

Aplicando leis editadas há muito tempo, para uma sociedade muito diferente, sem lhes fazer uma leitura moderna através do filtro da Constituição de 1988, o Judiciário, constantemente desafiado a fazer justiça, sofre uma crescente crise de identidade.

Nosso Código Civil é do início do século, quando a maioria da população brasileira vivia no campo e as relações sociais eram muito mais estáveis.

O direito processual civil pouco evoluiu também. Baseado em princípios liberais, que valorizam o indivíduo como sujeito de direitos, dentre os quais se destaca o direito subjetivo de ação, sempre ignorou a conflituosidade de massa, hoje tão presente.

Mas agora, em muitas lides que o Judiciário é chamado a compor, a questão da justiça é básica. Está no cerne de tudo. É o próprio modelo real de Estado que indiretamente se questiona no conflito. Cobram-se, em última análise, políticas públicas aptas a realizar relações que tornem viável um Estado que corresponda às proclamações constitucionais.

Quando se tem num processo o titular de um direito de propriedade expresso num papel e a realidade de uma comunidade instalada no espaço que seria o objeto daquele direito individual, como ocorre no caso de camponeses despossuídos que ocupam um latifúndio improdutivo, o assunto tem de ser tratado de forma diferente da tradicional, com um olho na Constituição e outro voltado a uma incessante atividade hermenêutica que não descarte jamais o valor *justiça*.

É justamente em face da insofismável necessidade de disciplinar, no geral, relações novas que as constituições modernas, como a brasileira, de 1988, prevêem a função social da propriedade.

As decisões técnicas de juízes que elaboram nada mais que a operação silogística de subsunção do fato às leis garantidoras da propriedade civil, sem se reportarem à sua dimensão constitucional atual, não resolvem a questão e são socialmente desconfirmadas, num evidente desprestígio para o Poder Judiciário.

Numa sociedade cambiante, que o direito positivo não dá conta de acompanhar, o papel do juiz não pode limitar-se à descoberta do espírito da lei, cumprin-

do-lhe mesmo completá-la, recuperando e atualizando seu conteúdo axiológico.[19] A dimensão simplesmente normativa do direito é inseparável de seu conteúdo ético-social. A solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

Tal interpretação crítica da lei resgata a matriz política do jurídico, optando por uma racionalidade e por um agir comunicativo fundados na ética da responsabilidade e da solidariedade.[20]

A Constituição Federal contém dispositivos – princípios e garantias a serem efetivadas – que refletem a vontade popular quanto a direitos básicos, inspirados nas conquistas históricas da humanidade. Há todo um ideário de consciência jurídica dos povos, expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sobretudo, que não pode faltar em lei fundamental de Estado que se proclame democrático.

Poulantzas bem observa que, além de integrar a ordem repressiva, a lei, no Estado capitalista moderno, apresenta-se como limitativa do arbítrio estatal. Há compromissos materiais impostos pelas classes dominadas (consentimento que legitima a dominação) através de lutas populares.[21] No mesmo sentido, Roberto Aguiar assevera que "o direito desenvolve um jogo com o destinatário de suas normas", uma "disputa retórica de avanços e de recuos, sempre tendo, de um lado, a busca do controle sem tensões exasperantes, e, de outro, a busca da maior liberdade, do reconhecimento dos interesses desses destinatários, necessariamente imersos em grupos sociais".[22]

As proclamações constitucionais têm que ver com tal jogo, do qual surgem *espaços abertos* a quem se disponha a trabalhar para mudar a realidade social.[23] E o juiz cada vez mais tem sido convocado a isto, considerando a crescente politização dos conflitos.

Sob o capitalismo, o ordenamento jurídico contém dispositivos tendentes à proteção da propriedade privada, base do sistema, mas, como contraponto à concentração de renda e de propriedade, que evidenciariam uma sociedade gradativamente mais injusta, foi criada a função social da propriedade.

Esta, analisada com maior ou menor conteúdo crítico, conduz à maior ou menor valorização do próprio instituto (propriedade privada) dentro do ordenamento jurídico.

(19) FARIA, op. cit., p. 30.

(20) WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre : Fabris, 1990. p. 55.

(21) POULANTZAS, Nikos. "A lei". *Crítica do direito*. São Paulo : Lech, 1980. vol. 1.

(22) AGUIAR, Roberto. *Direito, poder e opressão*. São Paulo : Alfa-Omega, 1980. p. 35.

(23) DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 67.

Juízes sensíveis à demanda por justiça social percebem que, mais que mera retórica, a propriedade só existe quando cumpre sua função social.

A função social da propriedade, como consignado em acórdão relatado pelo Des. José Osório, do Tribunal de Justiça de São Paulo, "atua no conteúdo do direito" e "introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário".[24]

5.3 As tentativas de "criminalização" de movimentos sociais que lutam por reforma agrária

Por outro lado, pode-se afirmar que o Judiciário incorre em erro quando considera *casos de polícia* conflitos informados pela questão agrária, não enfrentada por políticas públicas.

A primeira objeção está relacionada com a própria noção de *bem jurídico* protegido pelo direito penal.

Como observa Nilo Batista, com o apoio de doutrina de Francesco Palazzo, quer pela adoção do princípio da lesividade como um dos eixos do direito penal, quer pela progressiva constitucionalização das relações jurídicas, o bem jurídico deve ser "deduzido diretamente da Constituição".[25]

O bem jurídico *propriedade* só existe enquanto bem constitucionalmente garantido – um direito público subjetivo – se cumprir sua função social. Tanto que, não a cumprindo, fica autorizada sua negação máxima, a desapropriação. Em tal situação – conclui Nilo Batista –, ela "não supre as exigências que a Constituição formula, e portanto não constitui o bem jurídico propriedade", o que "teria o efeito técnico de converter numa espécie de crime impossível (tentativa inidônea de esbulho possessório) toda ocupação de terras sob tais pressupostos".[26]

Mas não é só.

O tipo penal do art. 161, § 1.º, II, do CP (esbulho possessório), normalmente invocado em casos de ocupação de terras, exige não apenas o dolo, mas, também,

(24) TJSP, 8.ª Câm., ApCiv 212.726-1-8, j. 16.12.1994.

(25) BATISTA, Nilo. "Ocupações do MST e propriedade". *Boletim IBCCrim* 95/7, out. 2000.

Sobre a necessidade de reconhecimento constitucional de um bem para que ele se torne um bem jurídico-penal, *vide*, também: PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, p. 163; ESPINAR, José Miguel Zugaldia. *Fundamentos de derecho penal*. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1993. p. 233-235; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : RT, 1996. p. 69; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo : RT, 2000. p. 380.

(26) BATISTA, Nilo, op. cit.

o específico ânimo do agente de se apropriar do bem como se fosse seu. Exige, em suma, o *fim especial de agir* identificado com o desapossamento da vítima,[27] ou, segundo a doutrina tradicional, o *dolo específico*.[28]

Aliás, a jurisprudência e a doutrina são concordes em que não havendo fim de esbulho, a mera turbação, ainda que pela *invasão* de terreno alheio, não caracteriza mais que um ilícito civil.[29]

Daí a incorreção de referências constantes, tanto no foro quanto em relatos históricos ou jornalísticos, ao verbo *invadir*, coincidente com o núcleo do tipo do delito mencionado, quando se trata, no caso da luta política dos sem-terra, de ação mais bem identificada com o verbo *ocupar*.

Ocupação pacífica de terras para o exercício de um direito inerente à cidadania, e que se identifica com a tradição da desobediência civil,[30] a ser respeitada no regime democrático, não pode ser confundida com *invasão de terras*.

A intenção reiteradamente proclamada por grupos que ocupam terras que não cumprem sua função social é pressionar o governo a desapropriá-las para fim de reforma agrária. Tudo é feito às claras, com aviso prévio, comunicação à imprensa e busca de apoio da população. Não poderia ser de outra forma já que se trata exatamente de focar aquele pedaço de chão, apontando-o como enquadrável nos critérios legais permissivos da expropriação.

Tal atividade se ajusta ao ordenamento jurídico, sendo "expressão do direito de cidadania", como proclamado em diversos votos pelo Min. Luís Vicente Cernicchiaro, no STJ,[31] e, mais recentemente, por diversos outros acórdãos.[32]

(27) DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo : Renovar. p. 288; FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo : RT. p. 2.087; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 247. vol. II, t. II.

(28) NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 1979. p. 310, vol. II.

(29) DELMANTO, Celso. Op. e loc. cits.; COSTA, Álvaro Mayrink da. Op. cit., p. 245, t. II; TACrim-SP, HC 117.648, 5.ª Câm., rel. juiz Silva Franco, j. 19.10.1982, *RT* 570/327; TACrim-SP, Queixa-crime 260.381, rel. juiz Wilson Castejón, j. 18.08.1981, *JUTACrim* 70/213; TACrim-SP, rel. Juiz Oliveira Costa, *RT* 547/351.

(30) GARCIA, José Carlos. *De sem-rosto a cidadão*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999. p. 84.

(31) STJ, 6.ª T., HC 5.574-SP. Apud DELMANTO JUNIOR, Roberto. "O movimento dos trabalhadores rurais sem terra em face do direito penal". *RBCCrim* 28/207, out./dez., 1999.

STJ, 6.ª T., HC 4.399-SP, *DJU* 08.04.1996. In *Justiça e democracia*. Publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo : RT. p. 322, vol. 2.

(32) TJESP, ApCrim 272.550-3/0, 5.ª Câm., rel. des. Dante Busana, j. em 26.10.200.
O relator, Des. Dante Busana, entendeu que não se caracterizara crime de quadrilha porque a finalidade para a qual os réus estavam associados não era criminosa. Afir-

É claro que pode haver crime durante a dita ocupação como pode haver crime em muitas situações da vida, o que é bem diferente. A ilicitude, aí, não está no ato coletivo, mas na ação individual de quem porventura desborde da finalidade manifesta do grupo que ocupa, protesta ou reivindica direitos.

6. Conclusão

Não se pode cogitar de enquadramento de quem exerce direitos de cidadania em crime de quadrilha ou bando.

Se a alegação for de violência, não custa lembrar que o processo de formação da propriedade da terra no Brasil foi marcado pela violência praticada pelos colonizadores, em nome da Coroa Portuguesa. As primeiras vítimas foram os índios, que tinham na terra, possuída em comum, seu maior bem, e que na descrição de Jean de Léry, viviam "presenteando-se diariamente uns aos outros com veações, peixes, frutas e outros bens do país e prezam de tal forma esta virtude que morreriam de vergonha se vissem o vizinho sofrer a falta do que possuem".[33]

O direito andou por aqui e por ali. Evoluiu extraordinariamente no século XX, sobretudo em razão da doutrina dos direitos humanos. Hoje, não se concebem mais posturas que se apegam a um direito de propriedade da terra de concepção privatista que, como adverte Fábio Comparato, já não confere com a conceituação moderna desta como um direito-meio, que não é mais garantido em si mesmo, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais.[34]

mou que "a invasão de propriedades rurais com a finalidade, ou sob o pretexto, de pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária (...) não configura o delito de esbulho possessório, porque ausente o elemento subjetivo do tipo". E, por outro lado, que pequenos danos ocorridos no curso da ocupação, inclusive abate de cabeças de gado, não podem ser atribuídos a todos os componentes do grupo porque nosso ordenamento jurídico não abriga a responsabilidade penal objetiva. O revisor, desembargador Celso Limongi, acompanhando-o no resultado, foi além. Partindo dos valores constitucionais e da adequada conceituação do bem jurídico *propriedade* no direito pátrio, concluiu que não se podia falar em formação de quadrilha ou bando porque "o Movimento Sem Terra não pratica esbulho possessório, nem seus integrantes se associam para a prática dessa espécie de crime". Segundo ele, constitui "imperdoável erro científico analisar o MST pela ótica penal, ao invés de fazê-lo sob o enfoque social".

(33) LÉRY, Jean de. *Viagem à terra do Brasil*. Apud RUY, José Carlos. "Do escravo ao metalúrgico". *Retrato do Brasil*. São Paulo : Política, 1985. p. 253.

(34) COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 147.

2.4

CONSIDERAÇÕES SOBRE O SIGILO BANCÁRIO

JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Histórico – 3. Fundamento constitucional – 4. A LC 105, de 10.01.2001: 4.1 Generalidades; 4.2 Regra geral; 4.3 Hipóteses de quebra: 4.3.1 Troca de informações para fins privados; 4.3.2 Fiscalização do Sistema Financeiro Nacional; 4.3.3 Comunicação para fins de investigação criminal ou administrativa; 4.3.4 Informações determinadas pelo Poder Judiciário; 4.3.5 Ministério Público; 4.3.6 Informações requisitadas pelo Poder Legislativo; 4.3.7 Informações de interesse da fiscalização tributária; 4.3.8 Consentimento do interessado – 5. Efeitos – 6. Crime – 7. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O sigilo bancário é tema que teve sua discussão renovada, no Brasil, pela entrada em vigor da LC 105/2001, a qual, entre outras medidas, possibilitou a polêmica quebra do sigilo por parte da autoridade fiscal, independentemente de autorização judicial, em medida que vem sendo objeto de questionamento em vários tribunais e já foi levada ao STF por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

A discussão é especialmente interessante por ser representativa da tensão existente entre o interesse social na apuração dos crimes do colarinho branco, como a sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro e a lavagem de dinheiro, e a necessária preservação da privacidade do cidadão, como previsto no inc. X do art. 5.° da CF, concluindo o artigo pela prevalência da dimensão social do direito fundamental.

Palavras-chave: Sigilo bancário – Quebra – Intimidade – Privacidade.

1. Introdução

O tema do sigilo bancário é de grande importância nos dias atuais, uma vez que, na sociedade moderna, praticamente a totalidade dos negócios são efetivados com intermediação bancária. Assim, o acesso às informações bancárias de determinada pessoa física ou jurídica permite conhecer muito sobre seus negócios, suas preferências, seus gastos, seus ingressos, seus hábitos e suas aquisições. Quanto às pessoas jurídicas, o conhecimento de sua situação bancária pode até mesmo ser uma forma de burlar a livre concorrência. Isso se torna ainda mais relevante com os modernos meios tecnológicos hoje existentes, especialmente o

computador,[1] a permitir um rápido entrecruzamento de informações, bem como a utilização de tais meios para a prática de crimes, especialmente no campo da macrocriminalidade de colarinho branco ou dourada, como em crimes de informática, contra a ordem tributária, o sistema financeiro e o consumidor, ou para a lavagem de dinheiro.

A problemática do sigilo bancário deve ser pensada dentro do contexto atual, de larga utilização da rede bancária para fins lícitos e ilícitos, não se podendo acobertar práticas criminais organizadas graves com o argumento da proteção da *intimidade econômica* do cidadão.

Estabelecidos que estavam, pela jurisprudência, os principais contornos da matéria à luz da legislação anterior (Lei 4.595/64, art. 38), reabriu-se a discussão com a regulamentação dessa matéria por lei complementar, como exige o *caput* do art. 192 da Constituição, a qual tomou o n. 105, de 10.01.2001, e "Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências".

O sigilo bancário tem implicações com vários ramos do direito, a saber: direito comercial, bancário e do consumidor, no que diz com as relações entre bancos e clientes; civil, essencialmente diante da possibilidade de reparação do dano proveniente de eventual divulgação indevida; penal, pois há tutela criminal na matéria; processual penal, pois a prova produzida com violação indevida do sigilo será ilícita e, portanto, inadmissível no processo; processual civil, pois há discussão sobre a possibilidade de quebra de sigilo bancário para fins processuais civis, por exemplo para encontrar bens passíveis de penhora em processo de execução; e tributário, pois as informações assim obtidas podem ser do interesse da fiscalização tributária para possibilitar o lançamento tributário ou identificar alguma infração cometida pelo contribuinte.

Além disso, pode ser utilizado como uma técnica de captação, uma estratégia econômica do país para atrair capitais estrangeiros, geralmente acompanhada de uma política de baixa incidência tributária sobre tais valores, como ocorre com a Suíça, Luxemburgo, Líbano e Uruguai.[2]

Evidentemente, neste trabalho não temos a pretensão de esgotar todos os problemas em cada um dos ramos do direito acima referidos, ficando cingido o objeto da discussão em uma exposição geral sobre a disciplina legal do sigilo, seguida da problematização de alguns aspectos atinentes ao direito processual penal.

2. Histórico

O sigilo bancário é fenômeno antigo na história, estando presente desde as primeiras instituições da fase embrionária desse ramo de negócios, havendo re-

(1) Sobre a matéria: LIMBERGER, Têmis. "A informática e a proteção à intimidade", *Ajuris* 80/319-333.

(2) ABRÃO, Nelson. *Curso de direito bancário*. 2. ed. São Paulo : RT, 1988. p. 51.

gistro de sigilo ligado ao fato de que a atividade de guarda de dinheiro e câmbio era realizada, inicialmente, pelos sacerdotes, funcionando os templos como casas bancárias, havendo aí algo de sagrado, na Babilônia, no Egito, entre os hebreus, bem como na Grécia e em Roma. Mesmo depois, com os banqueiros privados, chamados trapezistas na Grécia, argentários e numerários em Roma, o sigilo permaneceu, havendo registro disso no Digesto.[3]

Na Idade Média surgem os primeiros bancos, como o Banco de São Jorge, em Roma (1147-1767), o qual impunha o sigilo aos seus empregados.

Em 1706, surge na França a primeira referência legislativa ao sigilo bancário, com a Grande Ordenação sobre o Comércio.

Nos dias atuais, praticamente todos os países do mundo mantêm os negócios bancários sob alguma forma de sigilo, nunca absoluto, variando os limites em que este é admitido de país para país.

No Brasil, onde a atividade bancária teve início em 1808 com a criação do Banco do Brasil, já em 1850 o Código Comercial previa o segredo dos livros comerciais, em seus arts. 119-120, aí se fundamentando, igualmente, o sigilo bancário. Posteriormente, o art. 154 do CP de 1940 passou a punir a violação de segredo profissional, já se tendo entendido que o sigilo bancário era forma de sigilo profissional, relativo à profissão de banqueiro.

A Lei 4.595/64, que regulamentou o Sistema Financeiro Nacional, regulamentava o sigilo bancário, de forma bastante sucinta, em seu art. 38, abaixo reproduzido, o qual foi revogado, expressamente, pela LC 105/2001:

"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1.º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2.º O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3.º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.

§ 4.º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2.º e 3.º deste artigo deverão ser aprovados pelo plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado

(3) COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. São Paulo : Leud, 2001. p. 21 *et seq.*

Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5.º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6.º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7.º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis".

O art. 8.º da Lei 8.021, de 12.04.1990, de duvidosa constitucionalidade, dispunha que:

"Art. 8.º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1.º do art. 7.º".

De lembrar, ainda, o art. 12 da LC 70, de 30.12.1991, que instituiu a Cofins, adiante citado:

"Art. 12. Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).

§ 1.º Às informações recebidas nos termos deste artigo aplica-se o disposto no § 7.º do art. 38 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 2.º As informações de que trata o *caput* deste artigo serão prestadas a partir das relações de usuários constantes dos registros relativos ao ano-calendário de 1992.

§ 3.º A não-observância do disposto neste artigo sujeitará o infrator, independentemente de outras penalidades administrativas à multa equivalente a trinta e cinco unidades de valor referidas no art. 5.º desta lei complementar, por usuário omitido".[4]

Atualmente, como já dito, disciplina a matéria a LC 105/2001, adiante examinada.

3. Fundamento constitucional

Não há consenso acerca do fundamento constitucional do sigilo bancário, se é que encontra este um fundamento constitucional, tendo em vista que, em sua origem, o sigilo bancário tinha feição negocial e privada, devendo o banqueiro guardar sigilo para preservar o interesse privado de seu cliente. O sigilo bancário já foi visto, também, como espécie de sigilo profissional.

Tendo em vista, porém, o caráter histórico do fenômeno jurídico, temos que o exame da matéria deve dar-se à luz de cada ordenamento jurídico em determinado momento histórico, de acordo com a opção política do constituinte e do legislador.

A Constituição brasileira, apesar de seu alto grau de detalhamento e da existência de um capítulo destinado à regulamentação do Sistema Financeiro Nacional, não faz menção expressa ao sigilo bancário. Apesar disso, e da conseqüente dúvida sobre a própria existência de um fundamento constitucional para o sigilo bancário, predomina na doutrina o entendimento de que tal fundamento deverá ser buscado no direito à intimidade ou à privacidade previstas no inc. X do art. 5.º da Constituição, o qual, aliás, não era mencionado na Carta de 1967.[5]

O Min. Carlos Velloso, do STF, ao apreciar a Petição 577/DF, afirmou em seu voto que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade.[6] Também o STJ já afirmou representar a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial "indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5.º, X)".[7]

Afasta-se aqui a tentativa de fundamentar o sigilo bancário no inc. XII da Constituição, o qual trata apenas da correspondência e das comunicações de dados, e não dos dados em si, os quais não estão cobertos por sigilo. Caso se entenda que os dados referidos no inc. XII são quaisquer dados, entendidos estes como informações, independentemente de estarem ou não sendo comunicados, todo e

(4) Há parecer de Caio Tácito afirmando a inconstitucionalidade do dispositivo referido, publicado na *RDA* 188/375.

(5) SOVERAL. Adriana Pileggi de. "Sigilo bancário. Quebra. Observação do devido processo legal. Direito federal. *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe* 65/269.

(6) *RTJ* 148/366. No mesmo sentido: RE 219.780-PE, *Informativo STF* 161.

(7) REsp 37.566/RS, 1.ª T., un., rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 02.02.1994, *DJ* 22.09.1997, p. 46.337, *RSTJ* 60/357.

qualquer registro de informações em qualquer suporte, como papel, fitas gravadas, disquetes, computadores, enfim, todo e qualquer documento estaria coberto por sigilo. Esta solução inviabilizaria na prática a prova de qualquer ilícito, administrativo ou penal, bem como as provas no processo civil. É claro que não pode ser esta a interpretação do dispositivo constitucional.[8]

Isso terá, porém, importantes conseqüências, na medida em que o sigilo de dados está coberto por reserva de jurisdição expressa, somente podendo ser violado com autorização judicial, o que não se dá com o direito fundamental à privacidade ou à intimidade.

O direito à privacidade emana da proteção conferida à dignidade da pessoa humana, arrolada, no inc. III do art. 1.º da Constituição, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Esse direito à personalidade tem duas dimensões, uma negativa, de um círculo alheio a ingerências externas, dentro do qual pode o cidadão obrar livremente, e uma dimensão positiva, a permitir o livre desenvolvimento da personalidade do cidadão, tal como formulado expressamente na Constituição alemã.

Poderíamos definir o direito à privacidade como um direito subjetivo fundamental, emanado do direito de personalidade, que tem como sujeito qualquer pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, que resida ou transite no Brasil, que tem como conteúdo constranger os demais ao respeito, ao que é próprio ao cidadão, ao que é privado do cidadão, e como objeto a integridade moral do cidadão.

Como fundamentais entendem-se os "direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado".[9]

A Constituição Federal faz específica menção à vida privada e à intimidade no inc. X de seu art. 5.º. Assim também o fazem o Pacto de São José da Costa Rica, no art. 11, n. 2, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 12.

Essa problemática da privacidade assume uma dimensão bastante interessante no Estado moderno, porque na Grécia e em Roma não havia necessidade de proteção da privacidade e as esferas pública e privada distinguiam-se por critério diverso do atual, a saber, a utilidade: o que era de utilidade pública era público, e o que era de utilidade particular era particular.

Tal noção hoje não é satisfatória. Refere-se à existência de um espaço público-estatal, ligado ao aparelho do Estado, o qual deve ser informado essencialmente pelos critérios da igualdade e da transparência. O que se quer do Poder Público estatal é que ele respeite o princípio constitucional da igualdade e que funcione de forma transparente.

(8) Em sentido contrário: MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 11/31-38, São Paulo, RT.

(9) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 31-32.

Há também um espaço social-privado ou um público-privado que é imposto pelo contato social, assim entendido aquele espaço em que o cidadão se inter-relaciona com os demais, de modo que não há exclusão, na medida em que, por exemplo, o cidadão utiliza o seu nome, que lhe é próprio, no contato social, de modo que não se pode aí falar de privacidade. Com relação a esse social-privado, que é criado pela sociedade de massas, é que há uma necessidade de criar uma proteção em relação ao indivíduo para que ele possa preservar a sua individualidade.

Finalmente, há uma esfera individual. Nessa esfera individual é que vigora um princípio de exclusividade, de exclusão, no qual não devem ingressar o Estado ou outros cidadãos.

Nessa linha, e a tecnologia vai permitir, então, sucessivos avanços dentro daquilo que é privado, refere-se uma distinção interessante de se fazer entre intimidade e privacidade.

A imagem que se faz é de círculos concêntricos. Existe a esfera da vida pública, em que há vários círculos concêntricos, uma esfera da vida privada e uma esfera da intimidade. Então, intimidade diferenciar-se-ia de privacidade em termos de grau, mas já a esfera da vida privada fica, de modo geral, excluída do acesso dos demais cidadãos, havendo assim graus de exclusividade. Na intimidade, o grau de exclusividade é maior do que na privacidade.

Não há um consenso sobre o que seria intimidade, mas seria possível dizer-se que o que é privado, o que é íntimo é aquilo que não pode e não deve ser dividido.

Um modo de tentar apontar uma distinção entre intimidade e privacidade seria dizer o que não compõe a intimidade. Então, dentro da privacidade, nós temos, além da intimidade, o nome, a imagem e a reputação, que são exclusivos, são próprios do cidadão, mas se desenvolvem perante os outros. Quer dizer, o meu nome faz parte da minha privacidade, a minha imagem faz parte da minha privacidade, mas de nada me serve um nome só para mim. Esse nome, embora privado, necessariamente se desenvolve perante os outros. O mesmo vale em relação à imagem.

Especialmente diante da moderna criminalidade, no âmbito da criminalidade de colarinho branco, como é usualmente conhecida – alguns, hoje, falam em criminalidade dourada –, há, muitas vezes, necessidade de uma violação ou de uma quebra desse sigilo constitucional para possibilitar a identificação do fato criminoso ou a descoberta da autoria, e, se assim não for, vai ser muito difícil ou impossível chegar-se à elucidação desse tipo de fato.

Poderíamos mencionar crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro, crimes econômicos em sentido estrito – crimes de práticas de *dumping*, práticas que violem a livre concorrência – e crimes contra a Administração Pública, como essencialmente a corrupção e a concussão. Ouve-se falar muito em corrupção, mas vêem-se muito poucos processos penais envolvendo corrupção.

Então, há necessidade de, em alguns pontos, fazer uma relativização dessa proteção da privacidade. Essa ponderação não pode ser feita de outra forma que não seja por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Essa regra constitucional não escrita, a máxima da proporcionalidade – vai nascer, ou ao menos se fortalecer, ou ser trazido do seu âmbito originário, que era o direito administrativo, para o âmbito do direito constitucional, essencialmente depois da Segunda Guerra Mundial, com um novo estado de direito no qual se muda o eixo do pensamento, que era um eixo de legalidade, para um eixo de constitucionalidade.

A partir de então, a Constituição reforça-se, as leis passam a ser interpretadas à luz da Constituição, o princípio da proporcionalidade migra para o direito constitucional e passa a informar, então, toda a hermenêutica constitucional, já que, se não é também completamente tranqüilo, me parece que o princípio da proporcionalidade pode ser visto como um princípio também de hermenêutica constitucional.

Dentro dessa linha, e falando, ainda que rapidamente, do princípio da proporcionalidade, e como vai ser feita essa condenação, ele se compõe de três elementos, ou três partes ou três subprincípios.

Em primeiro lugar, pertinência ou aptidão pela qual deve ser verificado se a medida que está sendo tomada – é possível transpor isso perfeitamente para a situação de um juiz colocado diante de um pedido de autorização para que se forneçam documentos ou informações protegidas por sigilo fiscal bancário – representa o meio certo para levar a cabo uma finalidade baseada no interesse público. Portanto, se aquela medida é adequada, é pertinente, é apta.

Em segundo lugar, a necessidade pela qual uma medida deve ser necessária, ou seja, se existem várias medidas que servem para alcançar aquela finalidade, deve ser eleita aquela menos nociva aos interesses do cidadão, também chamada, em princípio, da escolha do meio mais suave ou do meio menos gravoso ao cidadão. Quer dizer, a quebra do sigilo bancário não pode ser um meio para obviar a dificuldade da Administração de chegar a uma determinada informação. Se for possível chegar a essa informação ou chegar a esse elemento por um outro meio, o outro meio que não viola o direito fundamental é o que deve ser escolhido.

Vai nessa linha a jurisprudência que admite a quebra de sigilo bancário como fim de alcançar bens passíveis de execução desde que a Administração comprove que esgotou todos os demais meios possíveis para alcançar os bens.

Por fim, o terceiro e último, a proporcionalidade em sentido estrito pelo qual a escolha deve recair sobre o meio ou meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo, que é esse sopesamento em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade funciona, então, como uma barreira ao arbítrio, um freio ao administrador e também ao juiz na aplicação da lei.

4. A LC 105, de 10.01.2001

4.1 Generalidades

Como visto, inexiste na Constituição brasileira regra específica a respeito de sigilo bancário, tendo sido feito no item anterior um esforço para determinar a existência de fundamento constitucional na matéria. Aliás, ainda que existisse menção explícita na Constituição a respeito, provavelmente não desceria ela a detalhes, de modo que não prescindiríamos de legislação infraconstitucional regulamentadora do sigilo bancário, hoje veiculada pela LC 105, de 10.01.2001.

Tendo sido a Lei 4.595/64 recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar, por força do disposto no *caput* do art. 192 da Constituição,[10] impôs-se a utilização de lei complementar para a regulamentação da matéria.

Inexiste mesmo uma determinação absoluta ou consensual acerca do que está ou não abrangido pelo sigilo bancário. Conquanto a maioria dos países tenham alguma proteção em relação a dados bancários, a determinação dos limites dessa proteção e sua extensão somente poderá dar-se à luz do exame da Constituição e da legislação vigentes em cada ordenamento em um momento determinado, o que dependerá essencialmente de critérios políticos de valoração. Esta lei regulamenta vários aspectos do sigilo bancário, contendo normas de conteúdo administrativo, processual e penal.

A lei complementar em exame começou a ser debatida no Senado Federal em 1995, quando apresentados os Projetos de Lei Complementar 219 e 007, de autoria, respectivamente, dos Senadores Lúcio Alcântara e José Eduardo Dutra, os quais propunham ampla revisão da disciplina do sigilo bancário, tendo em vista a defasagem do art. 38 da Lei 4.595/64. Tramitavam em conjunto tais projetos, aos quais foi apensado, também, o Projeto de LC 53, de 1997, da autoria do Senador Antônio Carlos Magalhães, que propunha nova redação para o art. 38 da Lei 4.595/64 e para o art. 18 da Lei 7.492/86.

Em 03.02.1998 o projeto foi aprovado no Senado Federal, apresentando-se, basicamente, com os contornos da lei atual e remetido à Câmara, onde tomou o n. 220/98. Após amplos debates, especialmente sobre a questão da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial por parte das autoridades fazendárias e do Ministério Público, o projeto é aprovado na Câmara em 13.12.2000.

Dito isso, ao exame da regulamentação veiculada pela LC 105/2001.

4.2 Regra geral

O art. 1.º da Lei Complementar estabelece a regra geral na matéria, ao dispor que "As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e

(10) STJ, RHC 1.290/MG, 5.ª T., un., rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 16.09.1991, *DJ* 21.10.1991, *RSTJ* 36/113.

passivas e serviços prestados". O dispositivo já aponta para uma primeira questão a ser respondida, que diz com a abrangência do sigilo.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., o sigilo não abrange o mero fato de possuir uma conta em banco, mas sim os valores depositados, os tipos de aplicações, os empréstimos, o contrato de locação de cofre. Também Saraiva Filho afirma não estarem protegidos pelo sigilo dados como o nome do correntista, o número de inscrição no CPF ou CGC (atualmente CNPJ) e os valores globais depositados.[11]

Com a devida vênia, ao que parece a proteção da lei é ampla, incluindo empréstimos, depósitos, descontos, valores recebidos por quem não é correntista, ou não mantém contrato com o banco, e mesmo informações pré-contratuais, tais como dados constantes de cadastro por quem solicita crédito bancário.

É certo que os extratos bancários, sendo documentos reveladores dos créditos e débitos na conta, são abrangidos pelo sigilo.[12]

Existe, então, um direito do cidadão ao segredo de tais informações, com o correspondente dever das instituições financeiras de não divulgá-las.

Em se cuidando de dados cobertos por sigilo, são vedados tanto o fornecimento de informações quanto a autorização para o exame de documentos por parte de terceiros.

Embora haja conceito legal de instituição financeira no art. 17 da Lei 4.595/64, que regulamenta o Sistema Financeiro Nacional, foi louvável a enumeração das instituições financeiras para os efeitos da nova lei no § 1.º do art. 1.º, afastando possíveis dúvidas sobre a abrangência da lei, especialmente pela inclusão das empresas de fomento comercial e *factoring* operada pelo § 2.º.

4.3 Hipóteses de quebra

Sendo certo que "o sigilo bancário não é um direito absoluto",[13] hipóteses haverá nas quais informações relativas a operações ativas e passivas ou serviços prestados por instituições financeiras poderão ser fornecidas sem que isto represente violação indevida do sigilo, correntemente chamadas de situações de *quebra* do sigilo bancário. O próprio STF já decidiu que "A quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5.º, X e XII da CF".[14]

(11) SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. "O direito do contribuinte ao sigilo bancário", *Repertório IOB de Jurisprudência* 9/223, 2000.

(12) STJ, REsp 175.381/RJ, 5.ª T., un., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 04.02.1999, *DJ* 1.º.03.1999, p. 362.

(13) STJ, ROMS 7.423/SP, 1.ª T., un., rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 12.06.1997, *DJ* 03.11.1997, p. 56.217.

(14) AgRg em Inquérito 897-5/DF, Pl., j. 23.11.1994, rel. Min. Francisco Rezek, *DJU* 24.03.1995, *RT* 715/547.

A lei traz essas hipóteses nos §§ 3.º e 4.º do art. 1.º, bem assim nos arts. 2.º a 7.º e 9.º. Como a regra geral é o sigilo e a possibilidade de violação, a exceção, as hipóteses do § 3.º do art. 1.º deverão ser interpretadas restritivamente.

O § 3.º do art. 1.º estabelece que não constitui violação do sigilo:

"I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2.º do art. 11 da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 9.º desta Lei Complementar".

Para fins didáticos, poderíamos agrupar as hipóteses de quebra do sigilo bancário como segue:

a) troca ou fornecimento de informações para fins privados (art. 1.º, § 3.º, I e II);

b) acesso a informações para a fiscalização do sistema financeiro nacional (arts. 2.º e 7.º);

c) comunicações para fins de investigação criminal ou administrativa (arts. 1.º, § 3.º, IV; 2.º, § 6.º, e 9.º);

d) informações determinadas pelo Poder Judiciário (arts. 1.º, § 4.º; 3.º e 7.º);

e) informações e documentos necessários ao exercício do Poder Legislativo ou para investigação por Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 4.º);

f) informações de interesse da fiscalização tributária (arts. 1.º, § 3.º, IV; 5.º; e 6.º;

g) consentimento do interessado.

Tais limitações legais decorrem da circunstância de ser o sigilo bancário estabelecido, essencialmente, por interesses privados, de modo que são possíveis limitações, especialmente quando fundadas no interesse público.[15]

(15) GUILLÉN FERRER, Maria José. *El secreto bancario y sus límites legales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1997. p. 265.

4.3.1 Troca de informações para fins privados

Os incs. I e II do § 3.º do art. 1.º da Lei Complementar dispõem que não constitui violação de sigilo bancário:

"I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil".

Na primeira hipótese há troca de informações para proteção ao crédito, permanecendo as informações, porém, dentro do sistema, na chamada troca de informações interbancária. Há aqui mera transferência de sigilo, na medida em que o receptor das informações também está alcançado pelo dever de sigilo imposto no art. 1.º.

Na segunda, ao contrário, as informações são fornecidas a centrais de proteção ao crédito, as quais não são instituições financeiras, de modo que não tem dever legal de sigilo. Demais disso, tais empresas têm como atividade justamente o fornecimento de informações para comerciantes, os quais também não estão abrangidos pelo dever de sigilo. Diga-se que não são raros os abusos na utilização de tais informações, a tal ponto que a matéria foi objeto do art. 43 do CDC (Lei 8.078, de 11.09.1990).

Em ambos os casos, as informações são fornecidas com fins privados, o que é importante observar na medida em que há grande resistência ao fornecimento de informações para a fiscalização tributária, bem como para a investigação criminal, malgrado a evidente finalidade pública das informações assim fornecidas.[16] Poderia contra-argumentar-se afirmando que o tipo de informação aqui fornecido é mais limitado, não abrangendo propriamente a movimentação dos valores por parte do cliente da instituição financeira, mas apenas eventuais inadimplementos de suas obrigações.

Nesse aspecto a nova lei limitou-se a deixar clara uma prática que já era amplamente tolerada, embora não estivesse regulamentada pelo art. 38 da Lei 4.595/64.

4.3.2 Fiscalização do Sistema Financeiro Nacional

Nos termos do inc. VIII do art. 10 da Lei 4.595/64, compete ao Banco Central do Brasil "exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalida-

(16) ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade.* Curitiba : Juruá, 2001. p. 117.

des previstas". Caso o sigilo bancário fosse oponível ao Bacen, sua atividade fiscalizadora restaria inviabilizada. Bem por isso, o art. 2.º da Lei Complementar, ao tempo em que estende o dever de sigilo "ao Banco Central do Brasil em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições", no *caput*, no § 1.º afasta a possibilidade de que o sigilo venha a ser oposto ao Bacen por parte das instituições financeiras nas seguintes hipóteses:

"I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras;

II – ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial".

Em outras palavras, o Banco Central tem o dever de manter sigilo em relação às suas operações e o direito de acesso às informações possuídas por outras instituições financeiras para apuração de ilícitos de ordem administrativa no âmbito de tais instituições. Caso seja verificada a ocorrência ou indícios de prática de crimes de ação penal pública, o Banco Central deverá comunicar o fato ao Ministério Público, como determinado no art. 9.º. Tal comunicação não representa violação indevida de sigilo, como deixa claro o inc. IV do § 3.º do art. 1.º da Lei Complementar.

Idênticos dever de sigilo e acesso a informações são conferidos à Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 2.º, § 3.º), quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, com idênticos limites, ou seja, quando a CVM estiver desempenhando suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração de ilícitos administrativos, como autorizam os arts. 8.º e 9.º da Lei 6.385, de 07.12.1976. Caso a CVM necessite de informações e documentos relativos a bens, direitos e obrigações de pessoa física ou jurídica submetida a seu poder disciplinar, mas que estejam na posse de outras instituições financeiras, estas não submetidas à sua fiscalização, poderá solicitar o acesso através do Poder Judiciário, como previsto no art. 7.º.

Em ambas as hipóteses as informações permanecerão no âmbito do sistema financeiro nacional, do qual fazem parte o Bacen e a CVM.

4.3.3 Comunicação para fins de investigação criminal ou administrativa

Nas hipóteses ora agrupadas, cuida-se de comunicações feitas por pessoas com acesso a informações protegidas pelo sigilo, as quais não constituem ilícito ou violação indevida porque expressamente autorizadas pela lei, diante do interesse público na apuração de ilícitos penais ou administrativos. Tais comunicações prescindem de autorização judicial.

Nos termos do inc. IV do § 3.º do art. 1.º não há violação de sigilo bancário na hipótese de "comunicação, às autoridades competentes, da prática de

ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa". Essa hipótese não guarda relação com a necessária autorização judicial para o acesso a dados bancários por parte da autoridade policial ou do Ministério Público, por exemplo. O efeito do dispositivo é afastar o dever de sigilo para o empregado ou administrador de instituição financeira que, no exercício de sua atividade, tem acesso a fatos que constituem ilícito penal ou administrativo em informações abrangidas pelo sigilo bancário. Em tal situação, poderá ser feita a devida comunicação, sem que isto represente violação indevida do sigilo, pelo evidente interesse público na apuração dos fatos ilícitos, sejam eles crimes ou infrações administrativas tributárias ou financeiras. O dispositivo poderá ser invocado, igualmente, pelo servidor fazendário que tiver acesso a informações protegidas pelo sigilo bancário, as quais constituem prova de crime contra a ordem tributária.

Diante do interesse público envolvido, aliás, é "Assentada a orientação dos tribunais, quanto à legitimidade da quebra do sigilo bancário, quanto indispensável à apuração de delito funcional com envolvimento de valores públicos".[17] Em caso de delito funcional que tenha por objeto dinheiro público, aliás, os princípios da publicidade e da moralidade, inscritos no art. 37 da Constituição, também corroboram a possibilidade da quebra do sigilo bancário.

A seu turno, o § 6.º do art. 2.º estabelece que "O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, de que trata o art. 14 da Lei 9.613, de 03.03.1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inc. I do art. 11 da referida Lei". A Lei 9.613/98 diz respeito à lavagem de dinheiro e o Coaf é o órgão encarregado do acompanhamento de operações suspeitas de tal crime, o qual, aliás, é mencionado no inc. VIII do § 4.º do art. 1.º como um dos especiais objetos da decretação de quebra de sigilo bancário. Também essas informações podem ser prestadas independentemente de determinação judicial, sem representar violação indevida de sigilo.[18]

Por fim, o art. 9.º regula a representação penal ou administrativa a cargo do Bacen e da CVM, nos seguintes termos:

"Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao

[17] STJ, Ag. Inq. 205, Corte Especial, un., rel. Min. José Dantas, j. 1.º.07.1998, *DJ* 18.08.1998, p. 3.

[18] Sobre a matéria: BARBOSA, Darli e PERRICONE, Sheila. "A lei de lavagem de dinheiro e suas implicações às instituições financeiras", *RT* 763/432-455.

Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.

§ 1.º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos respectivos serviços jurídicos.

§ 2.º Independentemente do disposto no *caput* deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes".

De lembrar, ainda, o art. 2.º da Lei 9.034/95, pelo qual "Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais". Esse dispositivo, porém, em tendo sido veiculado por lei ordinária, não poderia dispor sobre o sigilo bancário, matéria reservada à lei complementar, por força do art. 192 da Constituição.

4.3.4 Informações determinadas pelo Poder Judiciário

A quebra de sigilo por determinação do Poder Judiciário está prevista no art. 3.º, assim vazado:

"Art. 3.º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

§ 1.º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2.º Nas hipóteses do § 1.º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.

§ 3.º Além dos casos previstos neste artigo o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão à Advocacia-Geral da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte".

O dispositivo deixa claro que o caráter sigiloso das informações deverá ser mantido, o que equivale a dizer que o feito deverá tramitar em segredo de justiça, ou, no mínimo, que aos documentos que digam respeito a informações cobertas pelo sigilo bancário somente deverão ter acesso as partes e seus procuradores. De lembrar o inc. LX do art. 5.º da Constituição.

Entre os requisitos para a quebra de sigilo bancário estará, em primeiro lugar, a fundamentação da decisão, em decorrência do inc. IX do art. 93 da CF. O juiz deverá apontar, concretamente, na decisão os indícios de existência do crime e da sua autoria por parte da pessoa que terá seu sigilo quebrado, ou pelo menos da pertinência da quebra para a apuração do ilícito.

Além disso, como já afirmado pelo STJ, "é imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas".[19]

Por fim, deve a quebra guardar relação direta com a imputação feita.

A decretação judicial de quebra é possível para fins de: a) investigação criminal (art. 1.°, § 4.°); b) infração administrativa praticada por servidor (art. 3.°, § 1.°); c) defesa da União (art. 3.°, § 3.°); d) infrações administrativas financeiras, a requerimento da CVM (art. 7.°); e) ações civis.

O § 4.° do art. 1.° dispõe que "A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial".[20] Diante da menção a *qualquer ilícito*, feita no parágrafo, resulta ociosa a enumeração de crimes feita nos incisos, parecendo que a quebra é possível para a investigação de qualquer crime, ou mesmo contravenção, como o jogo do bicho, uma vez que utilizado o termo *ilícito*.

Embora ociosa, a enumeração parece bastante abrangente. O "terrorismo", também mencionado no inc. XLIII da Constituição, não é objeto de tipificação sob esta designação, devendo ser entendidos como tal os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social previstos na Lei 7.170, de 14.12.1983.

A utilização da expressão "em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial" afasta a possibilidade de pedido de quebra do sigilo bancário como expediente preparatório, anterior à instauração do inquérito policial, parecendo que é requisito para o pedido a existência de inquérito instaurado, o que se dá com a publicação da portaria pela autoridade judicial.

O § 1.° do art. 3.° deixa claro que é possível a quebra de sigilo não apenas para fins de investigação criminal – como ocorre com a interceptação telefônica, a teor do inc. XII do art. 5.° da CF – mas também em caso de infração praticada por servidor público no exercício das funções. Também o art. 7.° autoriza a decretação judicial de quebra de sigilo bancário para apuração de infração administrativa.

Demais disso, com fundamento no art. 2.° da Lei Complementar, o Bacen e a CVM podem ter acesso a informações sigilosas para a apuração de ilícitos administrativos, independentemente de autorização judicial, como já visto.

(19) REsp 152.455/SP, 2.ª T., un., rel. Min. Hélio Mosimann, j. 20.11.1997, *DJ* 15.12.1997, p. 66.371.

(20) Até mesmo na Suíça, país conhecido mundialmente por seu sigilo bancário reforçado, a investigação criminal é uma das hipóteses em que o sigilo pode ser quebrado (AUBERT, Maurice *et alli*. *El secreto bancario suizo*. Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1990. p. 145).

Não houve disciplinamento expresso da hipótese de quebra de sigilo para outras finalidades, como por exemplo em ações de execução civil ou fiscal ou mesmo de família. Apesar disso, a redação do dispositivo parece autorizar a conclusão de que tais quebras continuam sendo admitidas, desde que esgotadas outras medidas para a busca de bens. À luz da legislação anterior, era oscilante a jurisprudência a respeito da matéria.

Pela inadmissibilidade podemos arrolar os seguintes julgados:

"Processo civil. Execução fiscal. Quebra de sigilo bancário para a localização de bens. Inviabilidade. Lei 4.595/64, art. 38. O sigilo bancário não teria qualquer consistência se, para aparelhar a execução, o credor pudesse desvelar os saldos depositados pelo devedor em instituições financeiras; o art. 38 da Lei 4.595, de 1964, se refere a informações e esclarecimentos necessários ao julgamento da causa, a que não se assimila a execução paralisada por falta de bens penhoráveis. Recurso Especial não conhecido".[21]

"Processual civil. Agravo de instrumento. Execução. Diligências para localização de bens dos executados a órgãos sediados nesta capital. Sigilo fiscal. Não é incumbência do Juiz requisitar informações, se era dever da parte trazê-las ao juízo. Proteção ao sigilo fiscal garantido no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a parte agravante não fez provas de que tenha diligenciado no sentido de localizar prováveis bens passíveis de penhora dos executados, descabendo, portanto, ao Judiciário substituir a atividade probatória da parte interessada. Precedentes deste e Corte. Agravo improvido".[22]

Admitindo a quebra, em ações de execução fiscal:

"Tributário e comercial. Execução fiscal. Sigilo bancário, quebra (Lei 4.595/64, art. 38, § 1.º). 1. Lícito se afigura ao magistrado, a despeito do caráter excepcional da medida, quebrar o sigilo bancário do executado, a fim de obter informações sobre seus ativos financeiros. 2. Agravo provido".[23]

"Execução fiscal. Sigilo bancário. Pedido de informações ao Banco Central. Possibilidade. Prevalência do interesse público de satisfação do crédito tributário. A satisfação do interesse público que subjaz nas execuções fiscais prevalece sobre o direito ao sigilo bancário. Cabível, portanto, a requisição de informações ao Banco Central do Brasil acerca de contas bancárias ou aplicações financeiras em nome do executado, restrita ao domicílio do executado. Recurso provido em parte."[24]

(21) STJ, REsp 30.148/SP (9231478-3), STJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 16.12.1996, un., *DJU* 03.03.1997. p. 4.618.

(22) TRF 5.ª Reg., AgIn 9.549/PE, 1.ª T., rel. Juiz José Maria Lucena, j. 27.11.1997, un., *DJU* 13.03.1998, p. 261.

(23) TJRS, AgIn 594119067, 1.ª Câm. Civ., rel. Des. Araken de Assis, 01.11.1994.

(24) TJRS, AgIn 598396752, 2.ª Câm. Civ. do TJRS, rela. Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 21.10.1998, *DJ* 22.01.1999, p. 5.

"Agravo de instrumento. Requisição de informações bancárias. Possibilidade. Frente ao interesse público existente e diante do sigilo bancário imposto às instituições bancárias, mostra-se lícito que o julgador em executivo fiscal, determine a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil, com a finalidade de localizar ativos financeiros do devedor. Precedentes da Corte. Agravo provido."[25]

4.3.5 Ministério Público

A antiga Lei Orgânica do Ministério Público (LC 40/81), em seu art. 15, I e IV, embora autorizasse a requisição de documentos por parte do Ministério Público, já ressalvava as informações objeto de sigilo.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24.07.1985), aliás, embora autorize o Ministério Público a "requisitar, de qualquer organismo público, certidões, informações, exames e perícias" (art. 8.°, § 1.°), ressalva, no § 2.° do mesmo artigo, os casos em que a lei impuser sigilo, como ocorre com o sigilo bancário.[26]

A Lei 7.492/86, que dispõe sobre os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, em seu art. 29, assim dispõe:

"Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no *caput* deste artigo".

Atualmente, o fundamento constitucional para o poder de requisição ministerial é o inc. VIII do art. 129 da Constituição, segundo o qual é dado ao Ministério Público "requisitar diligências investigatórias".

O dispositivo constitucional foi regulamentado, para os Ministérios Públicos Estaduais, pela Lei 8.625/93, em seu art. 29, II e § 2.°, o qual, segundo o STJ, não pemite a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.[27]

Já se argumentou, também, com o disposto no § 2.° do art. 8.° da LC 75, de 20.05.1993, pelo qual "Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção do sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido".

(25) TJRS, AgIn 598153138, 2.ª Câm. Cív. do TJRS, rela. Desa. Teresinha de Oliveira Silva, j. 11.11.1998.

(26) STJ, REsp 66.854/DF, 6.ª T., un., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17.09.1997, *DJ* 16.12.1996, p. 50.960.

(27) HC 2.352-8/RJ, 5.ª T., rel. Min. Assis Toledo, j. 13.04.1994, *DJ* 09.05.1994, p. 10.882, *RSTJ* 82/271.

Ainda assim, quanto ao Ministério Público, é majoritária a jurisprudência pela impossibilidade da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.[28] Desse modo, predomina o entendimento no sentido de que pode o Ministério Público requerer a quebra de sigilo bancário, mas não solicitar diretamente os documentos.

Necessário, porém, o registro de que o STF, ao julgar mandado de segurança impetrado por instituição financeira, entendeu não ser oponível ao Ministério Público o sigilo bancário, no caso concreto, diante da origem pública de parte do dinheiro envolvido nas operações, levando em conta o princípio da publicidade insculpido no art. 37 da CF.[29]

Com a atual regulamentação, que permite a quebra de sigilo diretamente pela administração fazendária, parece incongruente não possa o Ministério Público obter tais informações sem intermediação judicial.

4.3.6 Informações requisitadas pelo Poder Legislativo

No art. 4.º está disciplinada a quebra por parte do Poder Legislativo, com autorização do plenário de suas casas (art. 4.º, § 2.º) ou de comissão parlamentar de inquérito, as quais têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, nos termos do § 3.º do art. 58 da CF. Ambas as hipóteses já eram previstas, em contornos assemelhados, pelo art. 38 da Lei 4.595/64.

Com relação às CPIs, o STF decidiu pelo cabimento da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, desde que a decisão seja fundamentada e seja preservado o caráter sigiloso das informações.[30]

4.3.7 Informações de interesse da fiscalização tributária

Mesmo à luz da legislação anterior, a possibilidade de quebra do sigilo bancário com fins fiscais já era admitida, embora com autorização judicial. O TRF da 3.ª Reg. assim decidiu: "A ordem jurídica vigente autoriza a quebra do sigilo bancário em defesa do interesse público consistente na fiscalização do cumprimento do dever legal de contribuir para com os cofres públicos".[31]

(28) STF, RE 215.301/CE, 2.ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.04.1999, *DJ* 28.05.1999, p. 24, e STJ, REsp 90.275/CE, 6.ª T., un., rel. Min. William Patterson, j. 09.09.1996, *DJ* 02.12.1996, p. 47.732.

(29) MS 21.729, rel. p/ ac. Min. Francisco Rezek, j. 10.05.1995, noticiado no *Informativo* 8, acórdão não publicado.

(30) MS 23.452-1/RJ, Pl., rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, *DJU* 12.05.2000.

(31) AMS 03.066659-1/SP, rel. Juiz Aricê Amaral, 2.ª T., un., j. 26.11.1996, *DJ* 05.02.1997, p. 5.171.

Registre-se que a atribuição de poderes mais amplos à autoridade fiscal é a tendência mundial.[32] Com efeito, Saldanha Sanches relata que o acesso a informações bancárias por parte da autoridade fiscal é aceita pacificamente nos Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e França, a tal ponto que sequer há controvérsia jurisprudencial e doutrinária. Na Espanha há um acesso sistematizado às informações por parte das autoridades fazendárias, já submetido ao crivo do Tribunal Constitucional, sendo esta também a tendência em Portugal.[33]

Na terceira hipótese prevista no § 3.º do art. 1.º há remissão à Lei 9.311, de 24.10.1996, a qual "Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF". O dispositivo referido traz a seguinte redação:

"§ 2.º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda".

Na redação originária, da lei, era vedado à Receita Federal o uso das informações obtidas por este meio para fins de lançamento de outros tributos. Atualmente, por conta de alteração promovida pela Lei 10.174, de 09.01.2001, isto é possível, passando o § 3.º a figurar com a seguinte redação:

"§ 3.º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei 9.430, de 27.12.1996, e alterações posteriores".

O art. 5.º estabelece uma obrigatoriedade de remessa de informações à autoridade fazendária federal, conforme critérios estabelecidos pela administração fazendária. A partir de tais informes, a autoridade fazendária poderá "requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos". O art. 6.º, a seu turno, estabelece que "As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

(32) SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998. p. 555.

(33) SANCHES, J. L. Saldanha. "A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português". www.idp.org.br, 25.05.2001.

Diante dos princípios da publicidade e da moralidade que regem a Administração Pública (CF, art. 37), compartilhamos a crítica de Maria Thereza Rocha de Assis Moura ao § 3.º do art. 5.º, o qual exclui do dever de informação as operações efetuadas pela Administração Pública.[34]

A polêmica instaurada em torno desses dispositivos diz com o fato de que tais intervenções por parte da autoridade administrativa se dão, pela lei, sem intervenção judicial.

Ao tempo da disciplina legal anterior, era pacífico o entendimento no sentido da impossibilidade da quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária e francamente majoritário o entendimento no sentido de que também o Ministério Público estava impedido de fazê-lo sem autorização judicial. Desse modo, apenas ao Poder Judiciário e à Comissão Parlamentar de Inquérito era dado autorizar a quebra de sigilo.

Quanto à impossibilidade de quebra de sigilo bancário por parte da autoridade fazendária, à luz da legislação anterior, podemos citar os precedentes seguintes:

"Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo fiscal. Impossibilidade. O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5.º, X). Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente. Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. Interpretação integrada e sistemática dos arts. 38, § 5.º, da Lei 4.595/64 e 197, II e § 1.º do CTN. Recurso improvido, sem discrepância".[35]

"Constitucional. Lei 4.595/64. Inconstitucionalidade. Inexistência. Não se aplica à espécie o § 5.º do art. 38 da Lei 4.595/64, porque, no caso, não há prova de instauração de processo administrativo de depósito e mesmo que houvesse, não poderiam os Agentes Fiscais Tributários do Ministério da Fazenda violar o sigilo bancário, porque dito dispositivo legal não foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor, por ser incompatível com o inc. X do art. 5.º da Carta Política. Não é caso de inconstitucionalidade, mas sim de incompatibilidade do dispositivo legal com a nova ordem constitucional."[36]

(34) MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. "Meios de impugnação à quebra indevida de sigilo bancário". *Direito penal empresarial.* p. 175.

(35) STJ, REsp 121.642/DF, STJ, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21.08.1997, un., *DJU* 22.09.1997, p. 46.337.

(36) TRF 4.ª Reg., AgRg em MS 950454943-8/RS, rela. Juíza Luiza Dias Cassales, j. 14.12.1995, un.

"Administrativo e tributário. Sigilo bancário. Quebra. I – O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios das Instituições Financeiras e de seus clientes, não podendo ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal (art. 5.º, X, da CF). O atendimento às solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente, observadas as vedações legais, não quebra o sigilo. Somente através do Poder Judiciário é possível eximir as Instituições Financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. Arts. 38, § 5.º, da Lei 4.595/64 e 197, II, § 1.º, e 198, do CTN. II – Remessa improvida. Decisão mantida."[37]

Esta é a grande novidade e um dos pontos de grande polêmica em torno da LC 105/91, o que é objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.386, 2.390 e 2.397, propostas pelo Partido Social Liberal, CNI e Confederação Nacional do Comércio, sendo relator o Min. Sepúlveda Pertence.

Apresenta-se aqui uma tensão entre o direito individual de preservação da privacidade do cidadão e o interesse social na arrecadação tributária, o que salta aos olhos pela mera leitura do § 1.º do art. 145 da Constituição, segundo o qual, "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, *respeitados os direitos individuais* e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

Somente se poderá falar em efetiva justiça fiscal se a administração tributária possuir instrumentos eficazes para identificar os fatos geradores em relação aos contribuintes que deixam de fazê-lo espontaneamente. Como refere Garcia, "En la situación actual, el Estado debe ser um Estado fiscal para poder ser um Estado social y de Derecho; los conceptos de Estado fiscal y Estado de Derecho no son antitéticos sino mutuamente complementarios".[38]

Na legislação infraconstitucional pode-se falar, então, de um dever geral de colaboração com a autoridade fazendária, disciplinado pelo art. 197 do CTN:

"Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação ao bem, negócios ou atividades de terceiros: (...)

II – os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras; (...)

[37] TRF 2.ª Reg., REOMS 960243223-3/RJ, 4.ª T., rel. Des. Fed. Frederico Gueiros, j. 28.05.1997, un., *DJU* 20.10.1998, p. 242.

[38] RUIZ GARCIA, José Ramon. *Secreto bancario y hacienda pública.* Madrid : Civitas, 1998. p. 41.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão".

Na mesma linha, o Dec.-lei 1.718/79:

"Art. 2.º Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização de tributos sob a administração do Ministério da Fazenda, ou, quando solicitados, a prestar informações, os estabelecimentos bancários, inclusive Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de Registro, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituírem, as Bolsas de Valores e as Empresas Corretoras, as Caixas de Assistência, as Associações e Organizações que possam, por qualquer forma, esclarecer situações de interesse para a mesma finalidade".

No campo do direito processual penal, igualmente, é evidente o interesse público na apuração dos fatos ilícitos, o que também informa a tensão entre o interesse coletivo e o individual.

A constitucionalidade da atribuição é discutida sob três argumentos, a saber: a) a reserva de jurisdição na matéria; b) o desrespeito ao devido processo legal; c) a proporcionalidade.

Sendo certo que a lei pretendeu conferir à autoridade fiscal o poder de acesso a dados cobertos pelo sigilo bancário, deve ser respondida a questão da constitucionalidade da atribuição conferida à autoridade fazendária. Em outros termos, questiona-se sobre a existência de reserva de jurisdição na matéria, assim entendidas aquelas situações nas quais ao Poder Judiciário é reservado não somente o monopólio da última palavra (CF, art. 5.º, XXV), mas também o monopólio da primeira palavra.[39]

São as seguintes as hipóteses expressas de reserva de jurisdição presentes no art. 5.º da Constituição: violação de domicílio (XI); interceptação telefônica ou de dados (XII); dissolução compulsória de associação (XIX) e prisão (LXI). A existência de reservas de jurisdição expressas, aliás, autoriza a conclusão de que, fora de tais hipóteses, o campo está aberto para conformação pelo legislador ordinário, desde que não afaste a possibilidade de exame posterior da questão pelo Poder Judiciário.

A jurisprudência do STF não é tranqüila na matéria. No julgamento do MS 23.480, afirmou não estar a quebra de sigilo bancário e fiscal, assim como a interceptação telefônica, "coberta pela reserva absoluta de jurisdição que resguarda outras garantias constitucionais", de modo que poderia ser examinada por CPI.[40] Já para o Min. Celso de Mello, o tema da reserva de jurisdição ainda não está definido no âmbito do STF, segundo consignado na ementa do MS 23.452.[41]

(39) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra : Almedina. p. 622.

(40) *DJ* 15.09.2000, p. 119.

(41) *DJ* 12.05.2000, p. 20.

No campo da privacidade, como visto, inexiste tal restrição, não se podendo, em princípio, invocar a pretendida reserva de jurisdição. Em linha de princípio, então, inexiste vedação constitucional à atribuição de competência à autoridade fazendária para o acesso aos documentos da empresa, ainda que cobertos por sigilo bancário. Quer dizer, o sigilo bancário é garantido contra particulares ou concorrentes, mas não contra a Fazenda Pública.

Ultrapassada a reserva de jurisdição, é de verificar se o acesso pretendido atende à cláusula do devido processo legal ou do devido processo jurídico, prevista no inc. LIV do art. 5.º da Constituição.

O princípio do devido processo legal (*due process of law*), ou do devido processo jurídico, uma vez que em sua vertente original anglo-americana o termo *law* não designa a *lei*, mas o *direito* quer significar procedimento, contraditório e participação.[42] No caso em que se examina, o procedimento está previsto na LC 105/01, bem como no Dec. 3.724, de 10.01.2001, que "Regulamenta o art. 6.º da LC 105, de 10.01.2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas".

Tanto é assim que o art. 6.º da lei, acima referido, dispõe que "As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, *quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso* e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

A regulamentação do dispositivo acima transcrito, para a administração tributária federal, foi veiculada através do Dec. 3.724, de 10.01.2001, no qual são estabelecidos vários requisitos para o acesso a documentos sigilosos. O decreto elenca onze situações suspeitas nas quais o exame das contas é considerado indispensável, tais como subfaturamento, operações com *paraísos fiscais*, omissão de rendimentos, gastos incompatíveis com a receita declarada, remessa para o exterior através de conta CC-5, pessoa jurídica com número no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas cancelado, pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, indício de utilização de interposta pessoa (*laranjas*) etc.[43]

Em relação ao contraditório, a decretação da quebra de sigilo não significa imposição tributária imediata e automática com os elementos assim admitidos, nem condenação criminal sem defesa, até porque todos os atos praticados pela administração poderão ser contrastados judicialmente. Ao contribuinte ou acusa-

(42) FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional.* São Paulo : RT, 1999. p. 43.

(43) Pela inconstitucionalidade da LC 105/2001, por violar o devido processo legal, manifesta-se: GOMES, Luiz Flávio, "Quebra do sigilo bancário sem ordem judicial: inconstitucionalidade flagrante", www.direitocriminal.com.br, 12.01.2001.

do serão assegurados todos os meios para sua defesa, posteriormente, em uma modalidade de contraditório diferido, que não é estranha ao nosso direito, sendo admitida em várias outras medidas, como a interceptação telefônica, a busca e apreensão, as perícias realizadas no inquérito policial etc. Não há, dessarte, violação ao preceito do inc. XXXV do art. 5.º da Constituição.

Demais disso, diga-se que os fatos a ser identificados por conta da violação do sigilo, no campo tributário, são fatos que dariam ensejo ao pagamento de tributo, em relação aos quais existe dever do contribuinte de declaração. Quanto ao aspecto criminal, embora não tenha o autor do fato criminoso o dever de declará-los à autoridade, por conta do direito a não se auto-incriminar, o interesse social na elucidação do fato autoriza a quebra do sigilo, desde que respeitados os pressupostos legais.

Segundo a moderna doutrina alemã, são três os subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade, a saber: adequação (*geeignetheit*), necessidade (*erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito.

"O pressuposto do princípio da necessidade ou da exigibilidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa."[44] De acordo com Paulo Bonavides, "de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo o princípio da necessidade ser também chamado de princípio da escolha do meio mais suave". [45]Quer dizer, a restrição deve ser a menor possível, através do meio menos gravoso.

Um argumento contrário à necessidade da quebra de sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal é a permanência dos dados, de modo que inexistiria urgência a determinar o imediato acesso, nada impedindo que seja buscado o mandado judicial. Embora isto seja verdadeiro, é de ver que o objetivo da lei é um acesso mais amplo por parte da autoridade fiscal aos dados bancários, assim como é comum o acesso por parte de centrais de crédito interbancárias e serviços de proteção ao crédito, e não como medida excepcional. Caso verificados indícios de sonegação, a investigação é aprofundada.

O princípio da adequação, da idoneidade, da pertinência ou da aptidão (*Geeignetheit*) deve ser entendido como exigência de que a restrição deve ser apta a produzir o fim colimado, pois, do contrário, há de ser considerado inconstitucional. Tal verificação somente pode ser levada a cabo diante de uma situação concreta.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito serve para indicar se o meio utilizado encontra-se em proporção com o fim perseguido, ou seja, para determinar se "a escolha recai sobre o meio ou meios que, no caso

(44) Op. cit., p. 79.

(45) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 10. ed. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 362.

específico, levarem mais em conta o conjunto de interesse em jogo".[46] É o momento da ponderação dos bens em conflito.

No caso da quebra de sigilo bancário para fins de lançamento tributário ou apuração de infração penal, a medida apresenta-se como necessária, idônea e proporcional. Necessária porque não há outro meio passível de demonstrar os fatos geradores dos tributos, caso o contribuinte se valha do sistema financeiro como meio para escondê-los. Adequada porque através de tal restrição ao direito fundamental é possível efetivamente alcançar os fins colimados, quais sejam, a efetivação da justiça fiscal material[47] e a identificação dos responsáveis por crimes econômicos. Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o interesse público na arrecadação tributária e na apuração dos ilícitos supera largamente o interesse individual na preservação da privacidade. Segundo Garcia, com base em precedente do Tribunal Constitucional alemão,[48] "É certo que a Lei Fundamental estabeleceu um ordenamento baseado em uma série de valores fundamentais que considera a proteção da liberdade e a dignidade humana como fim supremo; mas a imagem da pessoa humana que a Constituição projeta não é do indivíduo isolado; a Lei Fundamental resolveu a tensão indivíduo-comunidade no sentido da essencial sociabilidade da pessoa".[49]

De lembrar, ainda, que as informações coligidas pela autoridade fiscal continuarão cobertas por sigilo, como deixam claro o § 5.º do art. 5.º e o par. ún. do art. 6.º da Lei Complementar, bem como as regras específicas sobre sigilo fiscal (CTN, art. 198), o qual também recairia sobre tais informações a partir do momento em que chegam ao conhecimento do servidor fazendário, de modo que há mera transferência de sigilo.

Eis a nova redação do art. 198 do CTN dada pela LC 104/2001:

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (NR)

§ 1.º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (NR)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (AC)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (AC)

(46) BONAVIDES, Paulo. Op. e loc. cits.

(47) TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. "A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: tensão entre princípios", *Revista Dialética de Direito Tributário* 66/67-75.

(48) BverGE, 4, 7 (15)

(49) RUIZ GARCIA, José Ramon. Op. cit., p. 43.

§ 2.º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo (AC)".

Eventual violação dessa proibição por parte do servidor implicará responsabilização criminal (LC 105/2001, art. 10); funcional (Lei 8.112/90, art. 116, VIII) e civil (LC 105/2001, art. 11).

4.3.8 Consentimento do interessado

Sendo a privacidade um direito disponível, o consentimento do interessado afasta a ilicitude da divulgação da informação, como previsto no inc. IV. Presume-se o desejo do cliente de manter em segredo todos os aspectos de sua relação com o banco, salvo livre manifestação de vontade em sentido contrário, ou ato incompatível com a manifestação de manter o sigilo, como a divulgação pelo próprio cidadão.

Aspecto interessante é a inexistência, na lei complementar em estudo, de vedação a eventual comunicação por parte da instituição financeira ao seu cliente de que foi quebrado o seu sigilo bancário, como previsto no inc. II do art. 11 da Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613, de 03.03.1998).

5. Efeitos

As regras da nova lei, tendo caráter processual, poderão ser aplicadas mesmo para fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

O efeito processual penal da prova obtida mediante quebra indevida do sigilo bancário será a ilicitude e conseqüente imprestabilidade da prova (CF, art. 5.º, LVI).[50] O STJ já afirmou que "É ilícita a prova obstada por meio de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. (...)".[51]

Admite-se, porém, a utilização de tal prova em favor da defesa. O STF, aliás, já afirmou que "A quebra do sigilo bancário – não observado o disposto no art. 38, § 1.º, da Lei 4.595/64 – não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas regras da nova lei, tendo caráter processual, poderão ser aplicadas mesmo para fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

(50) PENTEADO, Jaques de Camargo. "O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas". *Justiça penal – Críticas e sugestões.* São Paulo : RT, 1997.

(51) RHC 6.566/PR, STJ, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. 09.09.1997, un., *DJU* 17.11.1997, p. 59.560.

Eventual violação posterior das informações, conquanto criminosa (LC 105/2001, art. 10), não invalida a prova produzida com a observância das determinações legais.[52]

6. Crime

O sigilo já era protegido pelos arts. 153 e 325 do CP, os quais dispõem, respectivamente, sobre os delitos de divulgação de segredo e violação de sigilo funcional. Ambos os dispositivos receberam nova redação por força da Lei 9.983, de 14.07.2000, para incluir a violação em sistemas informatizados e bancos de dados.

Da matéria também se ocupa o art. 18 da Lei 7.492/86, com apenamento mais severo:

"Art. 18. Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

Por fim, a LC 105/2001 trouxe dispositivo penal específico, com a seguinte redação:

"Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar".

Temos que, por aplicação do princípio da especialidade, em se tratando de violação de sigilo bancário, devem prevalecer as normas das leis especiais, e não aquelas previstas no Código Penal.

7. Conclusões

1. O sigilo bancário, no ordenamento jurídico brasileiro, tem fundamento legal na LC 105, de 10.01.2001, e constitucional no inc. X do art. 5.º da CF, precisamente na proteção concedida à intimidade e à vida privada.

2. A regra geral da lei é o sigilo das informações, dados, registros e documentos pertinentes à relação entre o banco e o cliente, em relação a terceiros.

[52] MIRABETE, Júlio Fabbrini. "As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário". *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. vol. 5.

3. Excetuam-se da regra geral de sigilo as seguintes hipóteses:

a) informações interbancárias;

b) informações para centrais de crédito;

c) informações de interesse da fiscalização por parte do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários;

d) fornecimento de notícia-crime ou ilícito administrativo;

e) informações determinadas pelo Poder Judiciário; pelo Poder Legislativo Federal ou Comissão Parlamentar de Inquérito e autoridade administrativa fazendária, desde que exista decisão fundamentada e a medida se mostre necessária e adequada, resguardando-se, em qualquer caso, o sigilo das informações obtidas;

f) informações fornecidas com o consentimento do interessado.

4. São constitucionais os dispositivos da Lei Complementar que autorizam a quebra de sigilo bancário.

Bibliografia

ABRÃO, Nelson. *Curso de direito bancário*. 2. ed. São Paulo : RT, 1988.

AUBERT, Maurice *et alii*. *El secreto bancario suizo*. Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1990.

BARBOSA, Darli e PERRICONE, Sheila. "A lei de lavagem de dinheiro e suas implicações às instituições financeiras", *RT* 763/432-455, São Paulo, RT.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra : Almedina.

COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. São Paulo : Leud, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo : RT, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. "Quebra do sigilo bancário sem ordem judicial: inconstitucionalidade flagrante". www.direitocriminal.com.br, 12.01.2001.

GUILLÉN FERRER, Maria José. *El secreto bancario y sus límites legales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1997.

LIMBERGER, Têmis. "A informática e a proteção à intimidade", *Ajuris* 80/319-333.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 11/31-38, São Paulo, RT.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. "As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário". *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. vol. 5.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. "Meios de impugnação à quebra indevida de sigilo bancário". *Direito penal empresarial*.

PENTEADO, Jaques de Camargo. "O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas". *Justiça penal – Críticas e sugestões*. São Paulo : RT, 1997.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade.* Curitiba : Juruá, 2001.

RUIZ GARCIA, José Ramon. *Secreto bancario y hacienda pública.* Madrid : Civitas, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada.* Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

SANCHES, J. L. Saldanha. "A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português". www.idp.org.br, 25.5.2001.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. "O direito do contribuinte ao sigilo bancário". *Repertório IOB de Jurisprudência* 9/223, 2000.

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

SOVERAL. Adriana Pileggi de. "Sigilo bancário. Quebra. Observação do devido processo legal. Direito Federal". *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe*, n. 65. 47.732.

TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. "A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: tensão entre princípios", *Revista Dialética de Direito Tributário* 66/67-75.

2.5

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A comissão e os anteprojetos – 3. O atual Código de Processo Penal – 4. A finalidade da reforma – 5. As reformas processuais penais na América Latina – 6. Prisão, medidas cautelares e liberdade – Projeto de Lei 4.208/01 – 7. Suspensão do processo e procedimentos – Projeto de Lei 4.207/01 – 8. Provas – Projeto de Lei 4.205/01 – 9. Interrogatório e defesa legítima – Projeto de Lei 4.204/01 – 10. Recursos e ações de impugnação – Projeto de Lei 4.206/01.

Resumo: Já se encontram em tramitação no Congresso Nacional os anteprojetos de lei que irão consubstanciar a tão almejada reforma do nosso vetusto Código de Processo Penal de 1941. Os referidos anteprojetos são frutos do trabalho de uma Comissão presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover, que teve como escopo principal adequar o velho Código à Constituição de 1988, além de conformá-lo com o modelo acusatório, tendência indiscutível do processo penal contemporâneo. A reforma contempla as seguintes matérias: a investigação criminal; o interrogatório e a defesa efetiva; prisão, medidas cautelares e liberdade; provas; procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; tribunal do júri; recursos e ações de impugnação. A reforma é urgente, pois, como se sabe, de há muito o nosso Código de Processo Penal está ultrapassado e, em vários dos seus dispositivos, inteiramente dissociado da nova ordem constitucional brasileira, não constituindo hoje um diploma que afiance ao acusado as suas garantias e os seus direitos fundamentais, além de ser excessivamente formalista e assistemático.

Palavras-chave: Código de Processo Penal – Reforma – Comissão – América Latina – Medidas cautelares – Liberdade – Procedimento – Provas – Defesa – Recursos.

1. Introdução

Realiza-se mais uma vez, e com o absoluto sucesso dos anteriores, o VII Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim que, dentre os vários temas abordados, abordará a reforma do Código de Processo Penal.

A preocupação com essa reforma revela-se na realização de alguns painéis pertinentes à matéria, tais como os que tratam da Execução Penal, da Reforma do Sistema de Justiça, do Novo Projeto do Júri, da Prisão Cautelar e, especificamen-

te, o painel "Reforma do Código de Processo Penal", sob a nossa responsabilidade e com a do Prof. Maurício Zanoide Moraes.[1]

Neste trabalho iremos analisar as principais modificações a serem introduzidas em nosso sistema processual penal, acaso aprovados os anteprojetos, furtando-nos a comentar, apenas, as mudanças previstas para o procedimento no Tribunal do Júri, tendo em vista as peculiaridades do tema e, principalmente, a sua abordagem pelos painelistas Professores Rui Stoco e Ana Paula Zomer.

Também não será alvo de nosso estudo a modificação já operada no art. 295 do CPP, que trata da prisão especial, visto que já foi devidamente sancionado o respectivo projeto de lei.

2. A comissão e os anteprojetos

O então Ministro da Justiça, Dr. José Carlos Dias, ao assumir o Ministério, editou o Aviso 1.151/99, convidando o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, do qual somos membros, a apresentar uma proposta de reforma do nosso Código de Processo Penal. Esse mesmo Ministro, agora por via da Portaria 61/00, constituiu uma Comissão para o trabalho de reforma, tendo como membros os juristas Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (que mais tarde saiu, sendo substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

Com a inesperada e lamentável saída do Min. Dias, o novo titular da Pasta, Dr. José Gregori, pela Portaria 371/00, confirmou a Comissão anteriormente formada, com a substituição já referida.

Ao final dos trabalhos, a Comissão de juristas entregou ao Ministério da Justiça, no dia 06.12.2000, sete anteprojetos (todos acompanhados de uma exposição de motivos) que, por sua vez, originaram os seguintes projetos de lei:

1.º) Projeto de Lei 4.209/01: investigação criminal;

2.º) Projeto de Lei 4.207/01: suspensão do processo/procedimentos;

3.º) Projeto de Lei 4.205/01: provas;

4.º) Projeto de Lei 4.204/01: interrogatório/defesa legítima;

5.º) Projeto de Lei 4.208/01: prisão/medidas cautelares e liberdade;

6.º) Projeto de Lei 4.203/01: júri (a respeito do qual não vamos discorrer pelos motivos já revelados);

7.º) Projeto de Lei 4.206/01: recursos e ações de impugnação.

(1) Autor da excelente obra *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, editada pela RT, São Paulo, 2000.

3. O atual Código de Processo Penal

O nosso Código de Processo Penal é do ano de 1941 e ao longo desse período poucas alterações sofreu em que pese serem evidentes as mudanças sociais ocorridas no País e tendo em vista a nova ordem constitucional vigente.

O seu surgimento, em pleno Estado-Novo,[2] traduziu de certa forma a ideologia de então, mesmo porque "las leyes son e deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las *contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas*" (grifos nossos).[3]

À época tínhamos em cada Estado da Federação um Código de Processo Penal, pois desde a Constituição Republicana a unidade do sistema processual penal brasileiro fora cindida, cabendo a cada Estado da Federação a competência para legislar sobre processo, civil e penal, além da sua organização judiciária.

Como notara o mestre Frederico Marques, "o golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal".[4]

Até que em 03.10.1941 promulgou-se o Dec.-lei 3.689, que entraria em vigor a partir de 1.º de janeiro do ano seguinte; para resolver principalmente questões de natureza de direito intertemporal, promulgou-se, também, o Dec.-lei 3.931/41, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

Esse Código, elaborado, portanto, sob a égide e "os influxos autoritários do Estado Novo", decididamente não é, como já não era "um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal", como dizia Frederico Marques. Segundo o genial mestre paulista, "continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito (...). O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. (...) A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não

(2) Período que abrange parte do governo de Getúlio Vargas (1937-1945) que encomendou ao jurista Francisco Campos uma nova Constituição, extraparlamentar, revogando a então Constituição legitimamente outorgada ao País por uma Assembléia Nacional Constituinte (1934).

(3) FIORE, Pascuale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Madrid : Reus, 1927. p. 579 (Trad. do italiano para o espanhol de Enrique Aguilera de Paz).

(4) MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1998. vol. I, p. 104.

condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confusionismo e absoluta falta de técnica".[5]

Assim, se o velho Código de Processo Penal teve a vantagem de proporcionar a homogeneidade do processo penal brasileiro, trouxe consigo, até por questões históricas, o ranço de um regime totalitário e contaminado pelo fascismo, ao contrário do que escreveu na exposição de motivos o Dr. Francisco Campos, *in verbis*: "Se ele (o Código) não transige com as sistemáticas restrições ao Poder Público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais".

É bem verdade que ao longo dos seus 60 anos de existência, algumas mudanças pontuais foram marcantes e alvissareiras como, por exemplo: o fim da prisão preventiva obrigatória com a edição das Leis 5.349/67, 8.884/94, 6.416/77 e 5.349/67; a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei 9.271/96); a revogação do seu art. 35, segundo o qual a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estivesse separada dele ou quando a queixa contra ele se dirigisse (Lei 9.520/97); modificações no que concerne à prova pericial (Lei 8.862/94); a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei 5.941/73); a revogação dos artigos atinentes ao recurso extraordinário (Lei 3.396/58) etc.

Por outro lado, leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o nosso sistema processual penal, podendo citar as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis 9.099/95 e 10.259/01), e que constituem, indiscutivelmente, o maior avanço já produzido em nosso sistema jurídico processual, desde a edição do Código de 1941. Há, ainda: a que disciplinou a identificação criminal (Lei 10.054/00); a proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei 9.807/99); a que possibilitou a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (Lei 9.800/99); a lei de interceptações telefônicas (Lei 9.296/96); a Lei 8.038/90, que disciplina os procedimentos nos Tribunais, e tantas outras, algumas das quais, é bem verdade, de duvidosa constitucionalidade.

4. A finalidade da reforma

Pois bem. Este é o quadro atual. Além de algumas alterações pontuais, seja no próprio texto consolidado, seja por intermédio de leis esparsas, nada mais foi feito para modernizar o nosso diploma processual penal, mesmo após a nova ordem constitucional consagrada pela promulgação da Carta Política de 1988.

E, assim, o atual código continua com os vícios de 60 anos atrás, maculando em muitos dos seus dispositivos o sistema acusatório, não tutelando satisfatoria-

[5] Op. cit., p. 108.

mente direitos e garantias fundamentais do acusado (vide o seu art. 594, a título de exemplo), olvidando-se da vítima, refém de um excessivo formalismo (que chega a lembrar o velho procedimentalismo), assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos (bastando citar a disciplina das nulidades[6]).

Destarte, podemos apontar como finalidades precípuas dessa reforma que ora se avizinha a modernização do velho código e a sua adaptação ao modelo acusatório, com os seus consectários lógicos, tais como a distinção nítida entre o julgador, o acusador e o acusado, a publicidade, a oralidade, o contraditório etc.

Sobre o sistema acusatório, assim escreveu Vitu:

"Ce système procédural se retrouve à l'origine des diverses civilisations méditerranéennes et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l'époque franque et dans la procédure féodale.

Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu'on retrouve dans les différents pays qui l'ont consacré.

Dans l'organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète *égalité entre l'accusation et la défense*".[7]

Ademais, a reforma está mais ou menos consentânea com os princípios estabelecidos pelo Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero américa. Nesse Código-Modelo há alguns princípios básicos, a saber:

1) "O julgamento e decisão das causas penais será feito por juízes imparciais e independentes dos poderes do Estado, apenas sujeitos à lei" (art. 2.º).

2) "O imputado ou acusado deve ser tratado como inocente durante o procedimento, até que uma sentença irrecorrível lhe imponha uma pena ou uma medida de segurança" (art. 3.º).

3) "A dúvida favorece o imputado" (art. 3.º).

4) "É inviolável a defesa no procedimento" (art. 5.º).

5. As reformas processuais penais na América Latina

Tais idéias serviram também de base para outras reformas feitas (ou por serem realizadas) em outros países, como Argentina, Guatemala, Costa Rica, El

(6) Comentando a respeito do Título que trata das nulidades no processo penal, o saudoso Frederico Marques adverte que "não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais penais, pois os respectivos artigos estão prenhes de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto. (...) Ainda aqui, dá-nos mostra o Código de Processo Penal dos grandes defeitos de técnica e falta de sistematização que pululam em todos os seus diversos preceitos e normas, tornando bem patente a sua tremenda mediocridade como diploma legislativo" (op. cit., vol. II, p. 366-367).

(7) VITU, André. *Procédure pénale*. Paris : PUF, 1957. p. 13-14.

Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai, Honduras, Equador, Itália e Portugal.[8]

Aliás, "el Derecho procesal penal de los países latinoamericanos, observado como conjunto, ingresó, a partir de la década del'80, en un periodo de reformas totales, que, para el lector europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo XIX. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Descrito sintéticamente, se puede decir que este proceso de reformas consiste en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios de los últimos ejemplos de la Inquisición – recibida con la conquista y la colonización del continente –, para sancionar, en más o en menos, leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en la materia durante el siglo XX".[9]

Pode-se, portanto, inferir que as reformas processuais penais já levadas a cabo em vários países da América Latina, e por virem em tantos outros, são frutos, na verdade, de modificações no sistema político desses países, que foram, paulatinamente, saindo de períodos autoritários para regimes democráticos. É como se a redemocratização impulsionasse o sistema processual do tipo inquisitivo para o sistema acusatório. Aliás, é inquestionável a estreita ligação entre o sistema processual penal de um país e o seu sistema político. Um país democrático[10] evidentemente deve possuir, até porque a sua Constituição assim o obriga, um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório, eminentemente garantidor. Ao contrário, em um sistema autoritário, o processo penal, a serviço do Poder, olvida os direitos e garantias individuais básicos, privilegiando o sistema inquisitivo, caracterizado, como genialmente escreveu Ferrajoli, por "una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad". O sistema inquisitivo, portanto, "confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga".[11]

(8) GRINOVER, Ada Pallegrini. "A reforma do processo penal". Disponível em <www.direitocriminal.com.br>, acesso em 15.01.2001.

(9) MAIER, Julio B. J. e STRUENSEE, Eberhard. *Las reformas procesales penales en América Latina.* Buenos Aires : Ad-Hoc, 2000. p. 17.

(10) Norberto Bobbio assinala, muito a propósito, que "direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais" (*A era dos direitos.* Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 1).

(11) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón.* 3. ed. Madrid : Trotta, 1998. p. 604.

Assim, a "uniformidade legislativa latino-americana – na verdade compreendendo agora a comunidade cultural de fala luso-espanhola – apoiada em bases comuns e sem prejuízo das características próprias de cada região, é uma velha aspiração de muitos juristas do nosso continente. Além disso, ela foi o sonho de alguns grandes homens, fundadores de nossos países ou de nossas sociedades políticas. (...)

Em nossos países, geralmente, a justiça penal tem funcionado como uma 'caixa-preta', afastada do controle popular e da transparência democrática. O apego aos rituais antigos; as fórmulas inquisitivas, que na cultura universal já constituem curiosidades históricas; a falta de respeito à dignidade humana; a delegação das funções judiciais; o segredo; a falta de imediação; enfim, um atraso político e cultural já insuportável, tornam imperioso começar um profundo movimento de reforma em todo o continente".[12]

É evidente que o ideal seria uma reforma total, completa, que propiciasse uma harmonia absoluta no sistema processual penal. Mas, como sabemos, se assim fosse, as dificuldades que já existem hoje seriam ainda maiores. Preferiu-se, de outro modo, uma reforma que, se não chega a ser total (o que seria de difícil aprovação, à vista das evidentes dificuldades de natureza legislativa que todos nós conhecemos), também não chega a ser simplesmente pontual, até porque, como esclarece Ada, não incide "apenas sobre alguns dispositivos, mas toma por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros". Não é, portanto, uma reforma isolada, mas "tópica".[13]

Este movimento reformista não se limita à América Latina. Na Europa também se encontram em franco desenvolvimento reformas no sistema processual penal. A título de exemplo, podemos referir a Alemanha, onde "también el Derecho procesal penal ha sido modificado en varias ocasiones entre 1997-2000",[14] a Itália[15] e a Polônia, país em que "desde hace 12 años se realizan reformas en la legislación, relacionadas con el cambio de régimen político, económico y social, que tuvo lugar en 1989 y también con la necesidad de adaptar las soluciones jurídicas polacas a las

(12) Exposição de Motivos do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, com a colaboração dos Professores Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira, *RePro* 61/111.

(13) GRINOVER, Ada Pallegrini. "A reforma do processo penal". Disponível em <www.direitocriminal.com.br>, acesso em 15.01.2001.

(14) WALTER, Tonio (Professor da Universidade de Friburgo), "Sistemas penales comparados", *Revista Penal*, p. 133, Salamanca, La Ley.

(15) Segundo Daniele Negri, da Universidade de Ferrara, "quizá nunca como en estos últimos cinco años había sufrido el procedimiento penal italiano transformaciones tan amplias, numerosas y frecuentes. (...) La finalidad de dotar de eficiencia a la Justicia se ha presentado como la auténtica meta de las innovaciones normativas que se han llevado a cabo en los últimos años (1997-2001)" ("Sistemas penales comparados", *Revista Penal*, p. 157, Salamanca, La Ley).

soluciones aceptadas en la Unión Europea. (...) Las reformas de la legislación penal e procesal penal constituyen una parte esencial del 'movimiento legislativo reformador'", segundo nos informa a Dra. Barbara Kunicka-Michalska, do Instituto de Ciências Jurídicas da Academia de Ciências da Polônia, em Varsóvia.[16]

6. Prisão, medidas cautelares e liberdade – Projeto de Lei 4.208/01

Este projeto modifica o Título IX do CPP, que trata "Da prisão e da liberdade provisória", alterando-lhe para a seguinte epígrafe: "Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória" e revogando expressamente o § 2.º e incisos do art. 325, os arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408 do CPP.

Assim, acabar-se-á com a restrição que se faz àqueles autores de crimes presos em flagrante acusados de praticarem infrações penais contra a economia popular ou de sonegação fiscal, que não podem ser beneficiados com a liberdade provisória sem fiança; ademais, são extintas as absurdas normas estabelecidas nos arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408, que flagrantemente se chocam com o princípio da não-culpabilidade (ou presunção de inocência), insculpido na Constituição Federal.[17]

Procura-se estabelecer nesse Título critérios razoáveis para justificar as medidas cautelares no âmbito processual penal. Assim, a medida de natureza cautelar só será admitida se estiver comprovada a sua "necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais", ou seja, se presente o *periculum libertatis*. Além deste requisito, a medida deverá ser adequada "à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado", o que indica que elas poderão ser determinadas pelo Juiz ainda na fase do Inquérito Policial. Tais medidas, também por determinação expressa, "poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente", atendendo-se, evidentemente, aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de se chocarem com a Constituição.

De início, ressalve-se que "as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade".

Permite o projeto de lei que sejam decretadas de ofício pelo Juiz ou "a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial". Aqui vale uma advertência: no sistema acusatório é sempre perigoso deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias. Nos parece desaconselhável deferir-se ao Juiz a possibilidade de, *ex officio*, decidir acerca de uma medi-

(16) "Sistemas penales comparados", cit., p. 164.

(17) MOREIRA, Rômulo de Andrade. "O art. 594 do CPP – Uma interpretação conforme a Constituição". Disponível na página <http://www.ibccrim.com.br>, 17.03.2001.

da cautelar de natureza criminal, pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo.[18]

É evidente que o dispositivo é perigoso, pois não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), *ainda que ungido pelos deuses*, possa avaliar como "necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valore a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que 'o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor'".[19]

Parece-nos claro que há efetivamente um certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade[20] que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, o que não se coaduna com a determinação *pessoal e direta* de medidas cautelares e de diligências investigatórias. Nesse sistema, estão divididas claramente as três funções básicas, quais sejam: o Ministério Público acusa (ou investiga), o advogado defende e o Juiz apenas julga, *em conformidade com as provas produzidas pelas partes*. "Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demonstrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales", como bem acentua Alberto Binder.[21]

(18) Parece-nos interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico sistema inquisitivo. Após ser moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da Fé), cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe o brasileiro: "Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus". Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff telefonou quando o cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesiástica desabafou, chorando: "Ninguém me telefona... foi preciso você me telefonar! Me sinto isolado (...) Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano..." (*Revista Caros Amigos* – As grandes entrevistas, dez. 2000).

(19) LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. p. 74.

(20) Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, "en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión." (*Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999. p. 186).

(21) *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Buenos Aires : Campomanes Libros, 2000. p. 43.

Do pedido da medida cautelar, caso não haja urgência ou perigo de sua ineficácia, deve ser intimada a parte contrária, juntando-se à comunicação a "cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo". Parece-nos que em caso de a medida ser determinada de ofício pelo Juiz (quando não a ele solicitada), deve assim também se proceder, ou seja, cientificar-se à parte a quem a medida possa trazer algum prejuízo, ressalvadas as hipóteses de urgência ou de perigo para a eficácia da decisão.

A medida cautelar será imposta acompanhada de determinadas obrigações que, acaso descumpridas, poderão acarretar a substituição da medida, a imposição cumulativa de uma outra ou, até mesmo, "em último caso", a decretação da prisão preventiva, nos termos do par. ún. do art. 312, decisões que podem ser tomadas pelo "juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante".

A medida cautelar, evidentemente, só se justificará se estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (ou o *periculum in mora*), e só deverá ser mantida enquanto persistir a sua *necessidade*. Assim, determina o projeto que o "juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem". Ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua mantença só se justifica enquanto aquelas circunstâncias iniciais existirem e se mantiverem.

Atenta ao art. 5.º, LVII e LXI, a nova redação do art. 283 assim dispõe: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

Desta forma, a prisão provisória, ou seja, aquela anterior à sentença definitiva, só se legitima se for necessária nos termos da lei, tudo em conformidade com o princípio da presunção de inocência.

Pelo art. 311, "em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou por representação da autoridade policial", o que não constitui nenhuma novidade entre nós.

O art. 312, por sua vez, estabelece os novos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, a saber: a prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, exigindo-se, ademais, que haja "fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa". Como se disse acima, a prisão preventiva, *excepcionalmente*, "também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4 º)".

O art. 313 estabelece as condições legais que devem ser agregadas aos pressupostos e requisitos para justificar a prisão preventiva:

1) Nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos; ou

2) Se o indiciado ou acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP (reincidência).

Observando-se a exigência do art. 93, IX, da Constituição, o novo art. 315 exige que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva seja sempre motivada (trata-se, a propósito, de uma decisão interlocutória simples e não de mero despacho, como no atual art. 315).

Inovação importante e salutar é a possibilidade de que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar caso se trate de indiciado ou acusado maior de 70 (setenta) anos, ou sujeito a severas conseqüências de doença grave, ou seja necessário aos cuidados especiais de menor de 7 (sete) anos de idade, ou de deficiente físico ou mental, além da gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, devendo o Juiz, em todos os casos, exigir prova idônea dessas circunstâncias.

Essa prisão domiciliar "consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial", sob pena de sua revogação. Entendemos que estas hipóteses são taxativas, não podendo o julgador elastecê-las.

Se não for o caso de se decretar a prisão preventiva (por ausência de algum dos seus pressupostos, requisitos ou condições legais acima indicados), poderá o Juiz decretar outras medidas cautelares previstas no art. 319, quais sejam:

1) Comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades.

2) Proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.

3) Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

4) Proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; neste caso, a proibição será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, notificando-se o indiciado ou acusado a entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

5) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos.

6) Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais.

7) Internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e par. ún. do CP) e houver risco de reiteração.

8) Fiança – nas infrações que a admitem –[22] para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de

[22] Quanto à fiança, observa-se que "a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena máxima de prisão não seja superior a 4 (quatro) anos" e, "nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas". Em caso de recusa ou demora do Delegado de Polícia em arbitrar a fiança, "o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas". Ademais, em consonância com a Carta Magna (art. 5.°, XLII, XLIII e XLIV), são inafiançáveis os crimes de racismo, de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, os crimes hediondos (Lei 8.072/90) e os delitos cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Além desses casos, o art. 324 impede a concessão da fiança: "I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328; II – em caso de prisão civil; III – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)". O art. 325, por sua vez, estabelece os limites da fiança nos seguintes termos: "I – de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena de prisão, no grau máximo, não for superior a 2 (dois) anos; II – de 5 (cinco) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena de prisão, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; III – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena de prisão cominada for superior a 4 (quatro) anos". Dependendo da situação econômica do indiciado ou acusado, "a fiança poderá ser reduzida até o máximo de dois terços ou aumentada, pelo juiz, até cem vezes". Esta medida cautelar "poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória". Pelo art. 336, o "dinheiro ou objetos dados como fiança prestar-se-ão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária ou perda de bens e da multa, se o réu for condenado", ainda que seja o caso de "prescrição depois da sentença condenatória (CP, art. 110)". "Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado a sentença que houver absolvido o acusado ou declarado extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto", salvo no caso do art. 110 do CP. A fiança considerar-se-á quebrada quando o acusado "I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; IV – resistir injustificadamente a ordem judicial". Este quebramento "importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva", que, evidentemente, só poderá ser decretada se estiverem presentes os requisitos, pressupostos e as condições legais já estabelecidas. Já pelo art. 344, "entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta". Julgada perdida a fiança "seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido a fundo peniten-

resistência injustificada a ordem judicial, providência que poderá ser cumulada com outras medidas cautelares, em decisão devidamente motivada e justificada pela autoridade judiciária.

Por outro lado, se não for o caso de decretação da prisão preventiva, por ausência de seus pressupostos, requisitos e das suas condições legais, "o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no art. 319 (acima elencadas), atentando-se para aqueles critérios acima estabelecidos, quais sejam: "necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais" e "adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado".

Mesmo sendo o caso de pagamento de fiança, a liberdade provisória poderá ser concedida, sem fiança, se o juiz verificar ser o acusado insolvente, hipótese em que ele ficará sujeito às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do atual CPP e a outras medidas cautelares, se for o caso. Na hipótese de descumprimento injustificado, ser-lhe-á aplicado o disposto no art. 282, § 4.º, ou seja, "substituição da medida, imposição cumulativa de uma outra ou, em último caso, decretação da prisão preventiva", se for cabível.

Determina o projeto que "a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio", é dizer, resguardando-se a garantia constitucional da casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5.º, XI, da CF).

O novo art. 300 repete a regra estabelecida na Lei de Execução Penal (art. 84) e na que dispõe sobre a prisão temporária (art. 3.º), disposições que, na prática, nem sempre são obedecidas, apesar de constarem nas Regras Mínimas da ONU (n. 8.b): "As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas". Com o nosso atual sistema carcerário muito dificilmente tal artigo será observado, como não o são os artigos das Leis 7.210/84 e 7.960/89.

O novo art. 310 prescreve que o Juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente:

1) Relaxar a prisão ilegal, tal como já determina o art. 5.º, LXV, da CF.

2) Ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312, disposição que entendemos conflitante com o nosso sistema, pois se o flagrante está perfeitamente caracterizado e o respectivo auto em conformidade com a lei, qual o sentido de se decretar a prisão preventiva, que também é modalidade de prisão provisória e cautelar? Pergunta-se mais uma vez: se já há uma prisão provisória (em flagrante) regularmente efetuada, por que decretar uma outra (preventiva)?

ciário, na forma da lei". Por outro lado, decidindo-se pelo seu quebramento e feitas as deduções legais, "o valor restante será recolhido a fundo penitenciário".

3) Ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ademais, repetindo a regra estabelecida no atual *caput* do art. 310, estabelece-se que "se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do CP, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação". Estranhamente, esta nova redação dispensa a ouvida do Ministério Público, em mais um dispositivo que distancia-se do sistema acusatório; afinal de contas, quem melhor para avaliar se o agente atuou sob qualquer daquelas excludentes que não o Promotor de Justiça que, inclusive, poderá pedir o arquivamento do inquérito policial por faltar interesse de agir?[23] Entendemos que o Juiz, por cautela, e em respeito ao art. 129, I, da CF, deverá sempre, nada obstante o silêncio da lei, ouvir o representante do *Parquet* nestes casos.

7. Suspensão do processo e procedimentos – Projeto de Lei 4.207/01

Este projeto de lei visa a alterar o Código de Processo Penal nos dispositivos relativos à suspensão do processo, à *emendatio libelli*, à *mutatio libelli* e aos procedimentos.

A grande novidade trazida para nós é a possibilidade de na própria sentença condenatória penal o juiz fixar "valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido". Assim, além da pena, o Juiz criminal deverá também estabelecer a sanção civil correspondente ao dano causado pelo delito. Como no México, na lição de Bustamente, se "establece que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción (o sea, que es parte integrante de la acción penal), aun cuando no la demande el ofendido".[24] Disposição (apenas) semelhante já temos em nosso ordenamento jurídico-penal, mais especificamente no art. 630 do atual Código de Processo Penal, quando se estabelece que na Revisão Criminal o "Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos", caso em que o acórdão constituir-se-á título judicial executório a ser liquidado na ação civil respectiva, oportunidade em que se definirá o *quantum debeatur*.

Aqui, observa-se, mais uma vez, após a edição da Lei 9.099/95, a preocupação em resguardar os interesses da vítima no processo penal que, a bem da verdade, sempre esteve submetida a um papel secundário no Direito Processual Penal.

Como se sabe, o ofendido pelo crime, sujeito passivo da relação jurídico-penal, normalmente não integra a relação jurídico-processual penal, salvo nas

(23) A esse respeito, confira-se a excelente obra de Paganella Boschi, *Ação penal*, Rio de Janeiro, Aide, 1993, p. 62.

(24) Apud Tourinho Filho, *Processo penal*, 20. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, vol. II, p. 9.

ações penais de iniciativa privada, quando poderá, em nome próprio, interpor a ação penal, oferecendo uma queixa-crime.[25]

Já nas ações penais públicas (a grande maioria), a vítima desempenha um papel absolutamente secundário. Mesmo que se habilite como assistente de acusação, ainda assim tem suas atividades bastante reduzidas, não podendo sequer interpor todos os recursos previstos na legislação processual (veja-se o art. 271 do CPP).[26]

Na verdade, é fato inconteste que a vítima não ocupa na ciência criminal um papel de relevo, ao contrário do que ocorreu no início da civilização quando "teve relevante papel na punição dos autores de crimes".[27] García-Pablos, por exemplo, informa que "o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos (...). O Direito Penal contemporâneo – advertem diversos autores – acha-se unilateralmente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual".[28]

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano desimportante, inclusive pela "falta de mención de disposiciones expresas en los respectivos ordenamientos que provean medidas para salvaguardar aquellos valores ultrajados".[29]

O que ocorre é que a lide penal[30] se consubstancia, basicamente, no conflito entre a pretensão punitiva do Estado e a pretensão à liberdade do acusado (*status*

(25) A ação penal de iniciativa privada é um caso típico de substituição processual, pois o ofendido, defendendo interesse alheio, "age em nome próprio e é parte na causa", ao contrário do que ocorre nos casos de representação, "de vez que o representante processual age em nome de outro, de sorte que parte na causa é, na verdade, o representado" (cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, trad. Paolo Capitanio, Campinas, Bookseller, 1998, p. 301).

(26) Nas ações penais públicas pode também o ofendido interpor queixa-crime subsidiária, na hipótese de desídia do Ministério Público (art. 29 do CPP). Nesse caso, cabe ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

(27) FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 11.

(28) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo : RT, 1992. p. 42.

(29) SPROVIERO, Juan H. *La víctima del delito y sus derechos*. Buenos Aires : Depalma. p. 24.

(30) Advirta-se que a expressão "lide" penal é combatida por setores da doutrina, preferindo alguns autores falar em controvérsia penal, causa penal ou caso penal (a respeito, cf. Jacinto Miranda Coutinho, *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba, Juruá, 1998, e Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 15. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 132.

libertatis). Nesse contexto, a vítima não é considerada um sujeito de direitos, mas *um mero objeto ou pretexto da investigação*.[31]

É bem verdade que entre nós, com o surgimento da Lei 9.099/95, privilegiou-se o sujeito passivo do crime, dando-se extrema importância à reparação civil dos danos (arts. 72 e 89, § 1.º, I), chegando a eleger como um dos objetivos da lei *a reparação dos danos sofridos pela vítima* (art. 62, *in fine*).

De toda forma, ainda há um grande caminho a percorrer quando se trata de estabelecer exatamente o papel da vítima no processo penal. Como dizem os italianos Michele Correra e Danilo Riponti, "la storia della giustizia penale quasi coincide con il progressivo declino dell'influenza della vittima sulla reazione sociale alla criminalità".[32]

Ora, a consumação de uma infração penal não acarreta, tão-somente, o aparecimento da pretensão punitiva do Estado. Com o crime poderá vir a surgir, também, a pretensão individual de ressarcimento do dano causado à vítima.

Assim, a princípio, ao lado da pretensão punitiva, de regra (pois nem toda ação delituosa é necessariamente ressarcível), a prática da infração penal dá ensejo ao direito de alguém a ser indenizado civilmente pelo dano provocado. Entre nós esta norma vem expressa no art. 159 do Código Civil:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Atento a isto, Vitu já ponderava:

"En matière pénale, l'infraction donne naissance à deux actions: 'l'action pour l'application des peines' et 'l'action en réparation du dommage causé', ou encore l'action publique et l'action civile".[33]

Na verdade, é bom advertir que o direito à ação penal não surge apenas quando do cometimento do delito. Como se sabe, a ação penal é um direito subjetivo público e abstrato e, como tal, "precede ao delito, é a este anterior. O que decorre do crime é a pretensão punitiva. O direito de agir para pôr em movimento os órgãos da jurisdição penal, o Ministério Público o possui em abstrato, pela só razão de não ser auto-executável o direito de punir".[34]

Com o crime surge, sim, a pretensão punitiva e o *jus accusationis*. Pode ocorrer, por outro lado, que da prática delituosa, por não ter acarretado um dano, não decorra qualquer pretensão civil, pois "infrações penais há que originam tão-somente a pretensão punitiva, como ocorre, por exemplo, em certos casos de

(31) GARCÍA-PABLOS, op. cit., p. 70.

(32) *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*. Padova : Cedam, 1990. p. 18.

(33) VITU, André. *Procédure pénale*, cit., p. 144.

(34) MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, cit., p. 289.

tentativa branca, no crime impossível, nos crimes contra a paz pública, em alguns crimes contra a administração da justiça".[35]

Com tais ressalvas, o certo é que, via de regra, a prática do delito também faz surgir a pretensão da vítima a um ressarcimento pelo respectivo dano. Como escreveu Bettiol, "o crime ocasiona, portanto, não apenas um dano penal, mas também um dano civil que deve ser reparado. Assim, gravita em torno do crime toda uma série de interesses e de disposições não penais que, por se referirem ao crime, poderiam agrupar-se sob a denominação de *direito criminal civil*". Este autor, discordando desta última expressão, ressalva que ela foi cunhada por Rocco e acompanhada por Cavallo.[36]

Já Pimenta Bueno, o velho Marquês de São Vicente, advertia:

"Todo o crime sujeita o delinqüente a duas condições legais: a sofrer a sanção penal pelo delito que cometeu, e a reparar o mal ou dano que por ele causou".[37]

Comentando o art. 159 do CC, ensina Clóvis:

"Tal como resulta dos termos do art. 159, ato ilícito é a violação do direito ou o dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente".[38]

Quem causar um dano a outrem passa a ter responsabilidade para indenizá-lo, por força da chamada responsabilidade extracontratual ou delitual, que se baseia na existência de culpa do agente, "fonte genérica e abstrata da responsabilidade".[39]

Para o mestre Orlando Gomes, a responsabilidade delitual é a conseqüência "que a lei faz derivar da prática de um ato ilícito, que, por definição, há de ser culposo", alertando, com apoio em Josserand, "que o conceito de risco não expulsou o de culpa, que se conserva com a base normal e geral da responsabilidade".[40]

"Segundo a regra geral do Código Civil (art. 159), sem a culpa não existe responsabilidade civil por dano superveniente" (*RT* 494/35).

O ato ilícito é uma conduta contrária ao direito que traz para o seu transgressor uma determinada sanção jurídica, necessariamente institucionalizada. Se a conduta ilícita, tendo em vista a natureza dos interesses que lesa, acarreta uma sanção de natureza penal (privação da liberdade, por meio da aplicação das penas

(35) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., vol. II, p. 3.

(36) BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo : RT, 1976. vol. III, p. 229.

(37) BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro : H. Garnier, 1959. p. 73.

(38) BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1949. vol I, p. 449.

(39) GOMES, Orlando. *Obrigações*. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961. p. 377.

(40) Idem, ibidem.

de reclusão, detenção ou prisão simples; restrição de direitos; pecuniária e eventual medida de segurança) estamos diante de um ilícito penal, que tem sua origem no Código Penal e em leis penais extravagantes.

Como diz Tornaghi, "não há entre o delito civil e o delito penal nenhuma diferença intrínseca. A única divergência entre um e outro está exatamente na pena. No direito privado restabelece-se o equilíbrio jurídico, violado pelo ato ilícito, com a reparação do dano; no direito penal, em teoria pelo menos, com a execução da pena".[41]

Já o ilícito civil, *que pressupõe a infração de norma que tutela interesse privado*,[42] acarreta sanções de outra natureza, não penais. O ilícito penal, levando-se em conta os valores por ele atingidos, não admite outra sanção senão a de caráter penal.

Ocorre que determinados fatos (aliás a grande maioria) têm como conseqüência jurídica uma dupla sanção: uma de natureza penal; outra de natureza civil (esta última por ter também ferido um interesse privado). Por outro lado, as sanções civis têm aspectos visivelmente diversos das sanções penais, como a patrimonialidade, a transmissibilidade e o caráter não afligente.

Como diz Vitu, "l'action publique a pour objet le prononcé d'une peine ou d'une mesure de défense sociale", enquanto a ação civil, que tem como objeto a "réparation du dommage causé par une infration", "tend à obtenir un dédommagement pécuniaire".[43]

Orlando Gomes ensina, por exemplo, que para a caracterização do ilícito civil "basta que um interesse privado seja atingido em conseqüência da conduta culposa de alguém. Se do fato material da violação de um dever jurídico resulta dano, o Direito civil está caracterizado".[44]

Ou, como diz Zaffaroni "el instrumento de la coerción penal es la pena, con la finalidad de cumplimentar la función del derecho penal, es decir, proveer a la seguridad jurídica, a la seguridad de la co-existencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor".[45]

A responsabilidade jurídica pode ser civil ou penal.[46]

(41) *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. vol. I, t. II, p. 125.

(42) GOMES, Orlando, op. cit., p. 350.

(43) VITU, André, op. cit., p. 164.

(44) Idem, ibidem, p. 351.

(45) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Ediar, 1987. p. 63.

(46) Parte da doutrina ainda cita a responsabilidade disciplinar (atribuída exclusivamente ao funcionário público) e a contábil, que não deixam de ser, a nosso ver, espécies da responsabilidade civil.

A responsabilidade penal decorre sempre do cometimento do "fato punível". Sem a prática de um delito, é dizer, de um fato típico, antijurídico e culpável, não há de se falar em responsabilidade penal. E este fato típico tem que estar necessariamente cunhado em uma lei penal (*nulla poena sine lege*).

A responsabilidade civil também pode decorrer da prática delituosa, bastando que o crime tenha ocasionado um dano, patrimonial ou não.

Ocorre que, enquanto a responsabilidade penal é rigorosamente pessoal, a responsabilidade civil é ampla, atingindo as pessoas que, segundo a lei civil, devam responder pelo fato (art. 1.587 do CC).[47] "A obrigação à restituição é característica e típica sanção civil, porque consiste no restabelecimento do estado de fato que existia antes da prática do delito. A restituição pode dizer respeito às coisas móveis de que o culpado se apoderou ilicitamente, como também às coisas imóveis, através, por exemplo, da remoção das linhas de demarcação após um delito de usurpação. A restituição não diz respeito apenas à coisa, mas se estende também aos seus frutos".[48]

Adverte-se que a responsabilidade objetiva é rechaçada pelo Direito Penal moderno, pois todo crime deve, necessariamente, decorrer de culpa (*lato sensu*): *nullum crimen sine culpa*. Em direito civil, como se sabe, admite-se a responsabilidade sem culpa ou objetiva, explicada pela teoria do risco.[49]

Resumindo e simplificando, dizem Mazeaud e Mazeaud que a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal é a distinção entre o direito penal e o direito civil".[50]

Em relação às respectivas ações decorrentes do crime (ação civil e ação penal), são conhecidos quatro sistemas, senão vejamos:

1) Sistema da confusão: a mesma ação tem como finalidade a imposição de pena e a reparação civil.

2) Da solidariedade: apesar de haver duas ações distintas, a penal e a civil, ambas, porém, são aforadas no mesmo juízo (criminal) e em um só processo.

3) Da livre escolha ou da interdependência: permite a facultatividade, ou seja, a vítima (ou quem tenha legitimidade ativa) opta entre cumular as duas

(47) Diz a Constituição Federal: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor patrimonial transferido" (art. 5.°, XLV).

(48) BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 233.

(49) Para Orlando Gomes, "o dever de indenizar o dano produzido sem culpa é antes uma *garantia* do que uma *responsabilidade*" (op. cit., p. 410).

(50) Apud STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1994. p. 40.

ações no juízo criminal (em um mesmo processo) ou separar as demandas (em processos diferentes e em juízos diversos).

4) Da separação ou da independência: a ação civil só pode ser aforada no juízo cível, assim como a ação penal só o pode ser no juízo criminal.

O Brasil adotou o sistema da independência ou da separação, ou seja, "não há comistão nem cumulação, obrigatória ou facultativa. Quem quiser *mover ação civil* terá de fazê-lo na sede civil".[51]

Explicando esse sistema, Araken de Assis anota que "essa separação de ações denota a consolidação histórica de determinados fatores. Eles são três: primeiro, a individualização dos campos da ilicitude em razão da natureza do interesse infringido; ademais, a dissociação das situações legitimadoras, cabendo a ação proveniente do ilícito que, porventura, envolva interesse público a pessoa diversa da vítima; e, por fim, a diversidade de sanções aplicáveis em cada esfera de ilicitude".[52]

Em nosso Código de Processo Penal, a matéria da responsabilidade civil decorrente de crime vem estampada nos arts. 63 a 68 do respectivo código, que tratam da chamada ação civil *ex delicto* (*actio civilis ex delicto*).

Como já se viu, a ação civil "que procede do crime, é o direito de demandar a reparação ou satisfação plena do mal causado pelo delito".[53]

Entre nós, a ação civil para ressarcimento do dano causado pela infração penal (crime ou contravenção) pode ser interposta antes, durante ou depois da ação penal respectiva; o ofendido (ou os demais legitimados) pode aguardar o desfecho do processo criminal, executando, então, a sentença penal condenatória, ou, se preferir, pode, desde logo, intentar a ação indenizatória no Juízo cível, independentemente do andamento ou mesmo do início da ação criminal. Exige-se, apenas, que a infração penal tenha ocasionado algum dano à vítima, o que não ocorre necessariamente em todos os delitos, como, *v.g.*, o uso de droga, que não acarreta dano algum a ninguém salvo ao próprio usuário.[54]

Estas possibilidades resultam claras nos arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal:

"Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

(51) TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 116.

(52) *Eficácia civil da sentença penal.* 2. ed. São Paulo : RT, 2000. p. 196.

(53) BUENO, José Antonio Pimenta, op. cit., p. 73.

(54) Exatamente por isso inadmissível é a criminalização do uso de entorpecente. Como diz Maria Lúcia Karam, "a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal, da mesma forma que a autolesão ou a tentativa de suicídio, situa-se na esfera de privacidade de cada um, não podendo o Direito nela intervir (...), pois o Direito não pode punir o autoprejuízo, não pode intervir em condutas que não saiam da esfera individual, que não tenham potencialidade para afetar terceiros" (*De crimes, penas e fantasias.* Rio de Janeiro : Luam, 1991. p. 128).

"Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil".

Vê-se, portanto, que não se faz necessária uma sentença penal condenatória transitada em julgado para se pretender, no cível, a reparação do dano. O ofendido ou seu representante legal ou seus herdeiros podem, independentemente da ação penal, antecipar-se e pretender, desde logo, o ressarcimento. É evidente que neste último caso não terá o autor um título executivo judicial, representado pela sentença penal condenatória.

Esta possibilidade de se impetrar a ação civil, antes mesmo da ação penal, advém do fato de que ambas as instâncias são independentes (conforme o sistema adotado por nós), nada obstante, como veremos mais adiante, algumas decisões criminais influenciarem decisivamente o julgamento no cível.

O certo, porém, é que a ação penal e a ação civil são autônomas, ainda que a sentença penal seja determinante no cível em relação a determinados aspectos. A autonomia, portanto, não é absoluta, como queria Toullier.

Prevaleceu na doutrina a teoria de Merlin, adotada, inclusive, pelo nosso Código Civil, ao dispor no seu art. 1.525 que:

"A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

Esta disposição do Código Civil se justifica plenamente, a fim de que se evitem decisões absolutamente discrepantes, em evidente prejuízo para a ordem jurídica. Não seria admissível atestar um processo que alguém praticou um delito e, sob o mesmo sistema jurídico, afirmar o contrário em outro processo, ou, como bem diz Washington de Barros Monteiro, "decidir-se na justiça penal que determinado fato ocorreu e depois, na justiça civil, decidir diferentemente que o mesmo não se verificou".

Para este civilista "repugna conceber que o Estado, em sua unidade, na repressão de um fato reputado como ofensivo da ordem social, decida soberanamente, por um de seus órgãos jurisdicionais, que esse fato constitui crime, que seu autor é passível de pena e o condene a sofrer o castigo legal; e que esse mesmo Estado, prosseguindo na repressão do fato antijurídico, venha a declarar, por outro ramo do Poder Judiciário, que ele não é delituoso, que é perfeitamente lícito, que não acarreta responsabilidade alguma para seu autor, que não está assim adstrito ao dever de compor os danos a que deu causa".[55]

[55] *Curso de direito civil.* 2.ª Parte. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. vol. V. *Direito das obrigações.* p. 403.

Bem antes, João Monteiro já indagava: "Que papel representaria o Poder Público, se o mesmo crime pudesse existir e não existir, ou se X fosse e não fosse o autor de determinado crime?".[56]

Por sua vez, complementando essa relativa independência entre as duas instâncias, o Código de Processo Penal proclama:

"Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito".

Este artigo guarda estreita relação com o disposto no art. 160, I e II, do CC, *in verbis*:

"Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I – Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

II – A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520)".

Vê-se, portanto, que o sistema adotado pelo Brasil reconhece a independência entre o Juízo cível e o penal, ressalvando, no entanto, que quanto à autoria e à existência do delito prevalece o decidido no crime (art. 1.525 do Código Civil), bem como no que se refere às causas excludentes de ilicitude (art. 23 do CP); exatamente por isso o par. ún. do art. 64 "faculta" ao Juiz da ação civil suspender o curso do respectivo processo, até que se decida definitivamente a ação penal.[57]

Temos, então, que se na ação penal for decidido por sentença transitada em julgado que o réu não cometeu o delito, esta questão não pode ser mais discutida no cível, ou seja, o Juiz da ação civil não poderá decidir contrariamente. O mesmo

[56] Apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. vol. II, p. 28.

[57] Entendemos que este poder se traduz em verdadeiro dever, ou seja, o Juiz cível, ao invés de poder, deve suspender o curso do processo. Como ensina Maximiliano, "ater-se aos vocábulos é processo casuístico, retrógrado. Por isso mesmo se não opõe, sem maior exame, *pode* a *deve*, *não pode* a *não deve*. Se, ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, *pode* assume as proporções e o efeito de *deve*" (cf. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 7. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 336). Assim também pensa Tourinho Filho, ao afirmar com propriedade: "A faculdade que o parágrafo único do art. 64 do CPP concede ao Juiz da ação civil de suspender a instância desta, até que seja definitivamente julgada a ação penal proposta contemporaneamente com aquela, torna-se uma obrigação, pois que o Juiz, velando pelo decoro da Justiça, terá de evitar o conflito de decisões díspares, baseadas em um mesmo fato e na mesma ação antijurídica. E, para evitar essas conseqüências desastrosas, pelo atrito de julgados irreconciliáveis, a faculdade se há de converter em obrigação" (op. cit., p. 36).

se diga se a sentença penal absolutória fundamentar-se na inexistência *categórica* do fato ou admitir a licitude da ação pelo reconhecimento de qualquer uma das causas que excluem o crime previstas no art. 23 do CP.

"Realmente, o conflito entre sentenças que apreciam o mesmo fato, uma negando e a outra afirmando a sua existência, uma recusando a autoria do delito e a outra aceitando-a, criaria uma situação de contundente extravagância. Inclinou-se a doutrina, por isso, para a conclusão de Merlin, negando-lhe os fundamentos. A decisão proferida no Juízo criminal tranca o Juízo civil toda vez que declarar inexistente o fato imputado ou disser que o acusado não o praticou. Quando, porém, como bem esclareceu Mendes Pimentel 'a absolvição criminal teve motivo peculiar ao direito ou ao processo penal, como a inimputabilidade do delinqüente ou a prescrição da ação penal, a sentença criminal não obsta ao pronunciamento civil sobre a reparação do dano'".[58]

Observa-se, contudo, que a *inexistência material do fato* deve ser reconhecida *categoricamente*, sob pena de não vincular a decisão cível. Di-lo o art. 66 do CPP:

"Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato".

Assim, para fazer coisa julgada na área cível, a sentença penal absolutória deverá fundar-se no art. 386, I, do CPP (*O juiz absolverá o réu desde que reconheça estar provada a inexistência do fato*); se o fizer com fulcro no inc. II (*por não haver prova da existência do fato*) admite-se a ação *ex delicto*, podendo o Juiz cível reconhecer a materialidade do crime a partir das provas colhidas neste Juízo. Nesse último caso, observa-se que a decisão criminal não foi peremptória quando do decreto absolutório; faltaram provas contundentes em relação à materialidade do delito e, exatamente por isso, restou a via cível para provar a sua existência. Não foi negada a materialidade, mas apenas se declarou a inexistência de provas quanto a ela.

O Código de Processo Penal ainda estabelece (e, a bem da verdade, nem o precisaria) que a decisão penal extintiva da punibilidade não prejudica a ação civil (art. 67, II). É evidente esta outra ressalva, visto que as causas ensejadoras da extinção da punibilidade no campo penal são de natureza diversa das do civil. Mesmo quando se trata da prescrição (causa comum às duas ações), os prazos são outros em matéria penal. Outro exemplo: a morte do ofensor impede a propositura ou obstaculiza a continuação de uma ação penal; este mesmo fato, porém, não impossibilita nem macula a pretensão de ressarcimento, que poderá ser proposta contra os respectivos sucessores.

(58) GOMES, Orlando, op. cit., p. 352.

"É de ponderar, entretanto, que, se a causa extintiva da punibilidade for a prevista no art. 107, VII ou VIII, do CP, a ação civil perderá seu objetivo".[59]

Também não impede a propositura da ação civil *a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime* (art. 67, III c/c o art. 386, III). Assim, *verbi gratia*, um cheque emitido sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, porém pós-datado ou dado como garantia de dívida, pode vir a não constituir um delito (como entendem majoritariamente a doutrina e a jurisprudência pátrias, inclusive o STF), porém certamente constituirá um ilícito civil; ou seja, a decisão judicial/penal que entender pela atipicidade dessa conduta não terá o condão de impedir a ação civil, pois o fato poderá vir a ser reconhecido como um ilícito civil e, portanto, indenizável se causou dano. A conduta não se encaixa em um tipo penal, mas se ajusta a um ilícito civil.

O mesmo se diga quando a sentença absolutória fundar-se no art. 386, IV e VI, é dizer, na insuficiência de prova quanto à autoria e para a condenação, respectivamente. Em ambos os casos não houve categórica negação do fato ou da autoria delituosa, pelo que continua o Juiz cível livre para decidir e condenar.

Por fim, o art. 67, I do mesmo código ainda estabelece que a decisão judicial que determinar o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outra peça informativa não constituirá em impedimento para a propositura da ação civil. Este inciso também soa lógico, pois tal *decisum* sequer foi proferido em uma ação de conhecimento, sequer houve processo criminal.

Ainda no Código de Processo Penal, encontramos dispositivos relacionados com a mesma matéria, como por exemplo os arts. 118 a 124, que tratam da restituição de coisa apreendida e arts. 125 a 144 (das medidas assecuratórias); a respeito destes últimos dispositivos, assim comentou Tourinho Filho:

"O CPP prevê, nos arts. 118 a 120, a possibilidade da restituição ao lesado de coisas apreendidas no juízo criminal e até mesmo na fase investigatória que precede a propositura da ação penal. (...)

Além disso, admitem-se na sede penal várias medidas cautelares no campo da satisfação do dano. Seqüestro, arresto e hipoteca legal são providências precatórias que podem ser tomadas perante o Juiz penal. (...)

Em caso de condenação, os autos desse procedimento incidental (seqüestro, arresto e hipoteca levados a cabo na Justiça penal) serão encaminhados ao cível, para os fins do art. 63 do CPP".[60]

[59] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 47.

[60] Op. cit., p. 11.

Na restituição ocorre, na verdade, uma "execução administrativa independente de qualquer ação judiciária, *come provvedimento di polizia*", nas palavras de Nino Levi.[61]

Já no Código Penal estão estabelecidos diversos efeitos secundários da sentença penal condenatória, alguns de natureza penal e outros de natureza civil, entre os quais o de *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime* (art. 91, I). Assim, a sentença condenatória, além de aplicar a sanção de natureza penal, funciona como decisão declaratória de "que houve a prática de um ato ilícito e, conseqüentemente, de um ato que violou direito de outrem. É por esse motivo que a condenação torna 'certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime'". [62]

Ainda no Código Penal, merecem lembrança três outros dispositivos, quais sejam: o art. 16, que trata do *arrependimento posterior*, segundo o qual a *reparação do dano ou a restituição voluntária da coisa*, até o recebimento da peça acusatória, reduz obrigatoriamente a pena a ser aplicada pelo Juiz, desde que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; e o art. 65, III, *b*, que estabelece uma circunstância atenuante para o acusado que, antes do julgamento, repare o dano.

Há, ainda, o disposto no art. 43, I, c/c o art. 45, § 1.º: a pena restritiva de direito consubstanciada na prestação pecuniária, que, por sua vez, consiste *no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes*, ou a entidade pública ou privada com destinação social do valor compreendido entre 1 a 360 salários mínimos que serão deduzidos *do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.*

Luiz Flávio Gomes ressalta que esta "prestação pecuniária possui *cunho indenizatório*, seja de danos materiais, seja de danos morais".[63]

A Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, erigiu à categoria de fator extintivo da punibilidade a composição civil dos danos entre o *autor do fato* e a *vítima* nos crimes de ação penal de iniciativa privada e nos de ação pública condicionada à representação. Assim, se o autor do fato, em uma audiência preliminar e antes mesmo de iniciar o processo, aceitar reparar o dano causado ao ofendido, será homologado o respectivo acordo. que terá eficácia de título a ser executado no Juízo cível competente (art. 74). Mesmo nos casos de ação penal pública incondicionada, a lei não dispensa a realização dessa audiência preliminar, devendo sempre ser tentada a composição civil dos danos. Nesse último caso, apesar de não haver a extinção da punibilidade, o autor do fato no momento

(61) Apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* Campinas : Millennium, 1999. vol. III, p. 373.

(62) MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 369.

(63) *Penas e medidas alternativas à prisão.* São Paulo : RT, 1999. p. 131.

oportuno terá direito às diminuições de pena referidas na Parte Geral do Código Penal (arts. 16 e 61, III, *b*).

Ainda nessa lei há outro dispositivo que privilegia a reparação do dano: o art. 89, que disciplina o instituto da suspensão condicional do processo, estabelecendo como uma das condições legais para o benefício a reparação do dano, *salvo impossibilidade de fazê-lo* (art. 89, § 1.°, I). No seu § 3.° se estabelece a obrigatoriedade da revogação da suspensão caso, no curso do respectivo prazo, o beneficiário *não efetue, sem motivo justificado, a reparação do dano.*

Comentando essa lei, *verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro*, Ada, Magalhães, Scarance e Luiz Flávio ressaltam que a "preocupação com a vítima é postura que se reflete em toda a lei, que se ocupa da transação civil e da reparação dos danos na suspensão condicional do processo".[64]

Cezar Roberto Bitencourt, no mesmo entendimento, assevera:

"A Lei 9.099, de 1995, finalmente, dá uma importância extraordinária à *reparação do dano 'ex delicto'*, que surge como uma obrigação natural decorrente da realização da infração penal, tornando-a prioritária em relação à *composição da pena*. Enfim, uma lei que se preocupa com o *primo pobre* da *complexa* relação processual criminal, voltando 'seus olhos míopes, ainda que tardiamente, para a desventurada vítima'".[65]

Evidentemente que tanto a composição civil dos danos (art. 74) quanto a reparação do dano na suspensão condicional do processo (art. 89, III, *b*) não impedem posterior ação civil *ex delicto*. Nesse caso, o Juiz, ao fixar o valor da indenização, deverá abater o que teria sido pago nos Juizados Especiais Criminais.[66]

Na Lei 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, há a penalidade de multa reparatória que "consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1.° do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. (...) Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado (art. 297 e seu § 3.°).

Depois de observarem que *ao longo do tempo, a legislação penal procurou estimular a reparação do dano à vítima*, Paulo José da Costa Jr. e Maria Elizabeth Queijo aduzem que a multa reparatória "objetiva a indenização da vítima ou de seus sucessores e não a prevenção do delito e tem natureza civil, embora aplicada pelo Juízo criminal, tanto que se permite o seu desconto no valor da indenização civil do dano (§ 3.° do art. 297)".[67]

(64) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii. Juizados especiais criminais.* 3. ed. São Paulo : RT, 1999. p. 35.

(65) *Novas penas alternativas.* São Paulo : Saraiva, 1999. p. 115.

(66) Neste sentido vejam-se as disposições contidas na Lei 9.605/98, art. 12; no CP, art. 45, § 1.°, *in fine*, e no Código de Trânsito Brasileiro, art. 297, § 3.°.

(67) *Comentários aos crimes do novo Código de Trânsito.* São Paulo : Saraiva, 1998. p. 36.

Possuem legitimidade para a ação civil *ex delicto* o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Por ofendido entenda-se quem foi *diretamente* prejudicado pelo fato delituoso. Se esta vítima não mais existir, legitimam-se os seus herdeiros. Se não tiver capacidade para pleitear, o seu representante legal adquire legitimidade (art. 63 do CPP).

O Ministério Público também tem tal legitimidade, como substituto processual, sempre que o titular do direito à reparação do dano for pobre e assim o requerer ao *Parquet* (art. 68). Para efeitos processuais penais, considera-se pobre a pessoa "que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família" (art. 32, § 1.º, do CPP). Neste caso, segundo anota Tourinho Filho, o Ministério Público age excepcionalmente e "o faz para melhor tutelar os interesses particulares. É um caso típico de Administração Pública de interesses privados".[68]

É bem verdade que alguns já entendem que não tem mais o Ministério Público esta legitimidade para a ação civil, tendo sido, para eles, revogado pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) o referido art. 68. Dizem, outros, que a existência da Defensoria Pública dispensa essa atuação do *Parquet*, tendo em vista o disposto no art. 134 da CF, segundo o qual a "Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV".

A nosso ver o art. 68 continua em pleno vigor, nada impedindo que o Ministério Público aja civilmente em defesa da vítima pobre, quando for instado a fazê-lo, mesmo porque assim o permite o art. 129, IX, da CF.[69]

Mesmo após a Constituição Federal e já em vigência o estatuto da advocacia, assim já decidiram os nossos Tribunais, inclusive o STJ:

"Ministério Público – Ação *ex delicto*. Legitimidade *ad causam*. Substituto processual. O Ministério Público tem legitimidade para promover, como substituto processual do necessitado, a ação de indenização *ex delicto*, presumindo-se que a sua intervenção decorra da insuficiência dos serviços de defensoria pública. Precedentes do STF e do STJ. Art. 68 do CPP. Recurso conhecido e provido" (STJ, recurso especial, rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 08.10.1997, *DJ* 09.12.1997, p. 64.714).

"Processo civil. Substituição processual. Reparação de dano. Legitimidade do Ministério Público para propor a ação quando a vítima do crime for pobre. CPP, art. 68. A substituição processual e a representação das partes no processo são institutos diversos, bem por isso, a substituição processual prevista no art. 68

[68] Op. cit., p. 4.

[69] Sobre o assunto, cf. Mirabete, *Código de Processo Penal interpretado*, 7. ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 241.

do CPP subsiste, a despeito dos textos legais posteriores que conferiram privativamente aos advogados a representação das partes no processo. Recurso especial não conhecido" (STJ, recurso especial, rel. Ari Pargendler, j. 22.08.1996, *DJ* 16.09.1996, p. 33.711).

"A Constituição Federal não privilegiou apenas o advogado para o deferimento só a ele da capacidade postulatória da ação civil dos necessitados. Tanto a Constituição como as leis ordinárias procuram ampliar a proteção, nunca restringi-la, quanto aos necessitados, na busca da efetivação dos meios à prestação jurisdicional, sobre seus legítimos interesses. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil em favor de pessoa necessitada à reparação do dano, na conformidade do art. 68 do CPP" (TJSP, 7.ª C., AI, rel. Benine Cabral, j. 07.03.1990, *JTJ – Lex* 128/326 e *RT* 653/113).

A ação civil *ex delicto* deverá ser proposta contra o autor do delito, seus representantes legais ou seus herdeiros, respeitada, neste caso, a força da herança, nos termos do art. 1.587 do CC.

Nesse aspecto reside diferença palmar entre essa ação e a penal, pois na ação penal o sujeito passivo da relação processual só poderá ser, exclusivamente, o autor do delito.

Tal ocorre porque a "responsabilidade civil tem uma função essencialmente indenizatória, ressarcitiva ou reparadora, só acessória ou secundariamente assumindo caráter punitivo, ao invés do que sucede com a responsabilidade criminal, cuja função primordial é de caráter punitivo e preventivo".[70]

Agora, por força do novo dispositivo, acrescentou-se um par. ún. ao art. 63, nos seguintes termos: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do art. 387, VII, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido".

Além de estabelecer a reparação civil pelo dano causado, deverá o Juiz criminal decidir "fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar (art. 319), sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta", afastando-se a odiosa prisão decorrente da sentença condenatória recorrível, que fere de morte o princípio da presunção de inocência. Desta maneira, na sentença condenatória, seja o réu primário ou não, tenha ou não tenha bons antecedentes, poderá ele apelar e só o fará preso se for tal medida (ou uma outra) *necessária*.

Vejamos, então, o que se modifica em relação ao Ministério Público. Com efeito, diz o novo art. 257 que à Instituição cabe:

1) "Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código", em consonância com o já estabelecido pelo art. 129, I, da CF/88; e

[70] VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 1977. p. 228.

2) "Fiscalizar a execução da lei", tarefa que já lhe é deferida atualmente e que lhe dá, no processo penal, uma feição toda especial, pois ao lado de ser parte, também age como *custos legis*, devendo, neste mister, zelar pelo fiel cumprimento da lei e garantir que o devido processo legal seja obedecido nos seus estritos termos.

O novo art. 366 estabelece que "o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação pessoal, ou com hora certa, do acusado". Na verdade, como ensina Frederico Marques, "com a citação válida, estabelece-se a angularidade da relação processual, surgindo assim a instância".[71] A regra continua a ser a citação real, pessoal ou *in faciem*, e, apenas na hipótese de não ser encontrado "o acusado, será procedida a citação por edital", salvo se o réu "furtar-se, de qualquer modo, a receber a citação; caso em que, certificada a ocorrência pelo oficial de justiça encarregado da diligência, ela será efetuada com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do CPC". Observa-se aqui inovação importante, pois não se admite na atual sistemática processual penal a citação com hora certa, desde há muito usada no processo civil. No caso da citação com hora certa, não comparecendo o acusado, "ser-lhe-á nomeado defensor, passando a correr o prazo para oferecimento de defesa, na forma da lei", ou seja, será ele julgado à sua revelia, sem mais necessidade de intimação ou notificação, tendo tão-somente a assistência obrigatória e indeclinável do defensor (defesa técnica).

Uma segunda hipótese de citação por edital se dará quando "inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu".

Sendo o caso, porém, de citação editalícia, se ele não comparecer, nem constituir advogado (não tendo relevância aqui o defensor constituído na fase inquisitorial):

1) "Ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição (art. 109 do CP); decorrido esse prazo, recomeçará a fluir o da prescrição", findando-se, assim, a polêmica em torno do atual art. 366 quanto à duração da suspensão do prazo prescricional. O legislador, coerentemente, optou pelos prazos já estabelecidos pelo art. 109 do CP, o que merece aplausos. Finda a suspensão do prazo prescricional, o processo, no entanto, continuará suspenso até o comparecimento do acusado ou a extinção da punibilidade pela prescrição, que deverá ser decretada de ofício pelo Juiz (art. 61 do CPP).

2)"O juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou de ofício, determinará a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida", considerando-se como tais as perícias e a prova testemunhal, à vista do que dispõe o art. 92, *in fine*, do atual CPP ("inquirição de testemunhas e de *outras* provas de natureza urgente"). Tais provas "serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor nomeado pelo juiz".

(71) *Elementos de direito processual penal.* Campinas : Bookseller, 1998. vol. II, p. 183.

3) "O juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e 313", observando-se que não se trata de prisão preventiva obrigatória, mas nos estritos termos dos novos arts. 312 e 313. Repita-se: a prisão preventiva não pode ser conseqüência imediata da citação editalícia quando não haja o comparecimento do acusado ou do seu defensor constituído, como hoje vem se tornando praxe.

Dispõe o § 6.º do art. 366 que "comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo" seguirá o procedimento comum ou especial, na forma do art. 394 *et seq.*

Vejamos, então, como está disposta agora a questão da *emendatio libelli*:

"Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave". Nesta hipótese, como se sabe, a peça acusatória narrou perfeitamente o fato criminoso, tendo o Juiz "liberdade de atribuir ao delito conceituação jurídica diversa da que lhe foi dada pelo acusador, mesmo para impor pena mais grave, contanto que não substitua o fato por outro", como já explicou Basileu Garcia.[72]

Ao contrário, porém, da atual sistematização, ainda que seja apenas o caso de *emendatio libelli*, determina o novo art. 383 que "as partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença". Ademais, e, então, temos mais uma inovação importante e salutar, a *emendatio libelli* poderá ser antecipada para o instante do "recebimento da denúncia ou queixa", evitando-se que uma peça acusatória equivocada mantenha-se assim durante todo o processo criminal. Se com a *emendatio libelli* (seja no início do processo, seja ao final), "houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei", ou seja, dará vista ao Ministério Público para a proposta da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, sem a qual não poderá haver julgamento. Caso o Promotor de Justiça não ofereça a proposta, deve o Juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para ele próprio fazê-lo ou designar outro membro da Instituição para a tarefa. O que não se admite, tal como já decidiu o STF, é a concessão *ex officio* da suspensão pelo Juiz. Também não entendemos possível o cabimento da suspensão nas ações penais de iniciativa privada, até porque já dispõe o querelante de institutos como o perdão e a perempção para obstaculizar o andamento do feito criminal.

Por outro lado, se com a definição jurídica diversa surgir infração penal de menor potencial ofensivo, determina a lei que os autos deverão ser encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, até porque tal competência está estabelecida no art. 98, I, da CF/88.

[72] *Comentários ao Código de Processo Penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1945. vol. III, p. 495.

Vejamos, então, como está disciplinada a *mutatio libelli*, lembrando, com Basileu Garcia, que "veda-se ao juiz, no decidir a causa, a *mutatio libelli*".[73]

Assim está escrito o novo art. 384:

"Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente".

Preferiu o novo legislador substituir a expressão "circunstância elementar" por elemento ou circunstância da infração penal, o que muda pouco, pois estão enquadrados em ambas as definições aqueles "requisitos que tenham sido exigidos pelo direito objetivo para a existência do crime, senão também as causas de aumento e de diminuição de pena (distintas das circunstâncias agravantes e atenuantes), porque transplantam a entidade delituosa de um para outro preceito penal, instituindo, pois, comparativamente ao tipo originário ou fundamental da infração, especial modalidade".[74] No que se refere às agravantes (art. 61 e 62 do CP), continua em vigor o disposto no atual art. 385, ou seja, poderão elas ser reconhecidas na sentença, sem necessidade de nenhuma outra providência.

Agora, pouco importa se aumentará ou não a pena: de todas as maneiras o Ministério poderá aditar, inclusive verbalmente, a peça acusatória (denúncia ou queixa subsidiária). Tal providência, como se nota, só é cabível nas ações penais públicas ou na ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP).

Neste caso, "ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento".

Da mesma forma que se dá na *emendatio libelli*, se "houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei", ou seja, dará vista ao Ministério Público para a proposta da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, sem a qual não poderá haver julgamento. Caso o Promotor de Justiça não ofereça a proposta, deve o Juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para ele próprio fazê-lo ou designar outro membro da Instituição para a tarefa. O que não se admite, repita-se, tal como já decidiu o STF, é a concessão *ex officio* da suspensão pelo Juiz. Também não entendemos possível o cabimento da suspensão nas ações penais de iniciativa privada, até porque já dispõe o querelante, como disse-

(73) Idem, ibidem.

(74) GARCIA, Basileu, op. cit., p. 504.

mos acima, de institutos como o perdão e a perempção para obstaculizar o andamento do feito criminal. Outrossim, se com a nova definição jurídica do fato surgir infração penal de menor potencial ofensivo, determina a lei que os autos deverão ser encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, até porque tal competência está estabelecida no art. 98, I, da CF/88.

No caso de aditamento, "cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias"; caso não seja recebido o "aditamento, a audiência prosseguirá." O prazo de aditamento não está estabelecido na lei, donde concluir-se, com Tourinho Filho, ser possível a aplicação analógica do art. 46, § 2.º, ou seja, em três dias.[75]

Observa-se que o novo legislador restringiu o art. 384 às ações penais públicas ou às de iniciativa privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX, CF/88). De toda forma, estamos com Tourinho Filho que, nada obstante a restrição legal, "possa também o querelante proceder ao aditamento. Há duas situações: a) se, ao tempo da queixa, já havia prova sobre determinada circunstância elementar capaz de alterar a qualificação jurídico-penal do fato, objeto do processo, e o querelante não se deu conta, o aditamento seria até impossível por manifesta decadência; b) se a prova se deu posteriormente, o aditamento pode ser feito por aplicação analógica (...), não havendo violação ao princípio da disponibilidade que rege a ação privada, mesmo porque ninguém está fazendo o aditamento pelo querelante e tampouco obrigando-o a fazê-lo".[76]

O Livro II do novo CPP, acertadamente, terá como epígrafe "Do procedimento", diferenciando-se acertadamente o processo de um de seus aspectos, que é o procedimento. Na verdade, processo revela principalmente uma relação jurídica, sendo o procedimento apenas a sua face externa, exterior, ou seja, como ele se desenvolve visando à prestação jurisdicional, que é a sua finalidade. Assim, na lição de Calmon de Passos, podemos "entender o processo como referido ao fenômeno visto intrinsecamente, na sua essência, e em sua globalidade. Este o termo adequado para a espécie. Já procedimento é o processo em sua dinâmica, é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo. É o modo de atuar em juízo. Daí falar-se em modos típicos de atuar, prefixados na lei, como sejam o procedimento comum, desdobrado em ordinário e sumaríssimo, e os procedimentos especiais".[77]

Pois bem. Subseqüentemente, temos o Título I, "Das formas procedimentais" e, em seguida, o Capítulo I, sob a seguinte epígrafe: "Disposições aplicáveis às formas procedimentais".

(75) *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo : Saraiva, 1996. vol. I, p. 574.

(76) *Código de Processo Penal comentado*, cit., vol. I, p. 573. Nesta mesma oportunidade o autor esclarece que em caso de recusa ao aditamento pelo Ministério Público, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, posição com a qual concordamos inteiramente.

(77) *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. vol. III, p. 7.

Adiante, o novo art. 394 consagra os dois novos procedimentos: o comum e o especial. Por sua vez, o comum poderá ser ordinário, sumário ou sumariíssimo.

O procedimento comum ordinário será obedecido "quando tiver por objeto crime cuja pena máxima cominada seja igual ou superior a quatro anos de prisão". O sumário "quando tiver por objeto crime cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de prisão" e o "sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei".[78] Observe-se que a nova redação já não trata de distinguir pena de reclusão ou de detenção, referindo-se apenas à "pena de prisão", em consonância com o projeto de reforma da Parte Geral do Código Penal, que elimina esta dicotomia hoje existente entre as penas privativas de liberdade.[79]

Como está a indicar, o procedimento comum é a regra, "salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial", devendo-se também aplicar subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumariíssimo as disposições do procedimento ordinário.

Para os crimes dolosos contra a vida, por exemplo, aplicar-se-ão as novas regras estabelecidas nos arts. 406 a 497 do novo Código.

Vejamos, agora, os procedimentos ordinário e sumário, *in verbis*:

"Art. 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído". Adota-se aqui o que já ocorria nas hipóteses do art. 514 do CPP, do art. 4.º da Lei 8.038/90 e no art. 43, § 1.º, da Lei de Imprensa, ou seja, a ouvida do denunciado ou querelado antes do recebimento da denúncia, providência extremamente salutar, pois somente desta forma podemos dizer que há, no processo penal, efetivamente, uma defesa prévia. Discordamos apenas quando se determina a citação do acusado, pois, além de não haver ainda acusado (pois não há processo), o que deveria ocorrer seria a notificação ao imputado para preliminarmente defender-se, tentando convencer o Juiz da impossibilidade do recebimento da denúncia. Até porque, mesmo com esta anterior cientificação, a citação, acaso recebida a peça acusatória, seria de rigor.

Nesta sua "defesa prévia", o denunciado ou querelado "poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justifica-

(78) Neste ponto, observar que a Lei 10.259/01 (Juizados Especiais Criminais Federais) poderá ter ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo, modificando o art. 61 da Lei 9.099/95. Neste sentido, já se pronunciaram juristas dos mais importantes, como Adauto Suannes, Alberto Silva Franco, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio de Jesus, Cláudio dell'Orto, Luiz Flávio Gomes, dentre outros (conferir tais opiniões no *site* www.direitocriminal.com.br).

(79) Assim está redigido o art. 32 do projeto de reforma do Código Penal: "Art. 32. As penas são: I – prisão; II – restrição de direito; III – multa; IV – perda de bens".

ções, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as, e, dependendo o comparecimento de intimação, requerê-la desde logo". As exceções processuais acaso opostas serão processadas em conformidade com os atuais arts. 95 a 112 do CPP.

Se nos dez dias estabelecidos pela lei não houver resposta ou não se constituir advogado, "o juiz nomeará dativo para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por dez dias", até porque a defesa técnica é indispensável, ainda que a autodefesa não tenha sido querida.

"Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em cinco dias", prazo que deveria ser, também, de dez dias, em respeito ao princípio da igualdade. Poderá o Juiz, se assim entender como imprescindível, determinar "a realização de diligências, no prazo máximo de dez dias, podendo ouvir testemunhas e interrogar o acusado". Aqui, para nós, um outro erro terminológico: interrogar a quem ainda não teve contra si aceita a imputação? Melhor seria dizer-se: "ouvir o denunciado ou o querelado".

Após tais providências iniciais, agora sim, o Juiz "fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa". Rejeitará a peça acusatória quando:

1) "For manifestamente inepta";

2) "Faltar pressuposto processual (de existência ou de validade) ou condição para o exercício da ação penal (genérica ou específica)";

3) "Faltar justa causa para o exercício da ação", ou seja, lastro probatório mínimo para o oferecimento da denúncia ou da queixa (Afrânio Silva Jardim).

Contra esta decisão caberá apelação. Já da decisão que rejeitar parcialmente a acusação caberá agravo, como também a que receber a peça acusatória, como veremos adiante.

Se, nada obstante tenha sido recebida a peça acusatória, o Juiz considerar "plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas". Previu-se aqui nada mais nada menos do que o julgamento antecipado da lide, e julgamento de mérito, sujeito a produzir coisa julgada material, o que não se conhece no sistema atual, evitando-se que o processado tenha que se submeter a todas aquelas "cerimônias degradantes" de que falava Garfinkel, para, apenas na sentença final, após um longo tempo de "calvário", ser absolvido. Como dizia Carnelutti, "o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilidade".[80] Contra essa sentença de absolvição sumária também caberá recurso de apelação. Uma observação urge: na verdade, se a acusa-

[80] CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* São Paulo : Conan, 1995. p. 12.

ção era manifestamente improcedente ou militava em favor do acusado uma causa excludente de criminalidade ou culpabilidade, a denúncia ou queixa não deveria ter sido recebida desde logo, por faltar uma das condições genéricas da ação: o interesse de agir.[81]

Tais disposições (arts. 395 a 398) aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

No caso de recebimento da acusação, como o acusado já foi citado, "o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente". Note-se que mais uma vez o nosso legislador não fez a diferença técnica entre notificação e intimação. Câmara Leal, comentando o atual Código de Processo Penal e alertando que este diploma se afastara da técnica, "não estabelecendo distinção entre intimação e notificação, confundindo-as indevidamente", já afirmava que "a doutrina processual moderna diferencia essas duas modalidades – a notificação e a intimação, como atos distintos", pois "a notificação é a ciência que se dá a alguém de alguma coisa que deverá fazer ou omitir por determinação do juiz. Ao passo que a intimação é a simples ciência que se dá de algum ato já praticado na causa, sem que se lhe imponha qualquer prática ou omissão".[82] Seria imperioso que com a reforma se adotasse esta diferenciação que boa parte da doutrina exige.

Mantém-se a citação através de requisição para o acusado preso, "devendo o Estado providenciar sua apresentação", sob pena de nulidade absoluta.

Adota-se, agora, o princípio da identidade física do Juiz, segundo o qual o Magistrado "que presidiu a instrução deverá proferir a sentença". Como se sabe, tal princípio não era conferido no atual sistema processual penal, tal como o é no processo civil (art. 132 do CPC). Por ele, o Juiz que colher a prova deve julgar o processo, podendo, desta forma, "apreciar melhor a credibilidade dos depoimentos; e a decisão deve ser dada enquanto essas impressões ainda estão vivas no espírito do julgador".[83]

É extremamente salutar a adoção deste princípio, pois "a ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com lamentável freqüência, seres humanos que desconhece".[84]

Já no Capítulo II regula-se o procedimento ordinário, determinando-se, no art. 400, que na "audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nes-

(81) Sobre o assunto, confira-se a obra de José Antonio Paganella Boschi, *Ação penal*, Rio de Janeiro, Aide, 1993, p. 62.

(82) *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1942. vol. II, p. 421.

(83) BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro : Forense. vol. I, p. 327.

(84) DOTTI, René Ariel. "O interrogatório à distância". *Revista Consulex* 29/23, Brasília.

ta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado". Observa-se que o interrogatório do acusado é o último ato processual após a instrução criminal, o que vem a fortalecer a idéia daqueles que o vêm como autêntico meio de defesa e não mais como um meio probatório.

Assim, "na lei nova prevalece outra orientação: o interrogatório é o momento mais importante da *autodefesa*; é a ocasião em que o acusado pode fornecer ao juiz sua versão pessoal sobre os fatos, e sua realização após a colheita da prova permitirá, sem dúvida, um exercício mais completo do *direito de defesa*, inclusive pela faculdade de permanecer em *silêncio* (art. 5.°, LVIII, CF)".[85]

É sabido que se discute na doutrina se o interrogatório é um meio de prova ou um meio de defesa. Hoje, mais do que antes, aceita-se a idéia de que se trata, em verdade, de um meio de defesa, sendo esta a posição adotada por doutrinadores do porte de Tourinho Filho, Bento de Faria e Jorge Alberto Romeiro, entre outros. Frederico Marques, por sua vez, defendia o contrário. Tornaghi, identificando o problema como uma questão de "política processual" diz que o interrogatório "tanto pode ser aproveitado pela lei para servir como método de prova quanto como instrumento de defesa", sendo, portanto, "meio de prova quando a lei o considera fato probante (*factum probans*) e é meio de defesa e fonte de prova quando ela entende que ele por si nada prova, mas apenas faz referência ao fato probando e, por isso mesmo, é preciso ir buscar a prova de tudo quanto nele foi dito pelo réu".[86]

O Código de Processo Penal italiano, nos seus arts. 64 e 65 deixa clara a intenção do legislador italiano em considerar o interrogatório como meio de defesa, pois, salvo em caso de prisão cautelar, "la persona sottoposta alle indagini (...) interviene libera all'interrogatorio". Ademais, antes de iniciar o interrogatório, o imputado será advertido de seu direito "di non rispondere", excetuando-se os dados de mera identificação, devendo a autoridade judicial informar ao interrogado a respeito dos elementos de prova que pesam sobre ele, bem como as respectivas fontes, salvo "se non può derivarne pregiudizio per le indagini"; em seguida o Juiz, "invita la persona ad esporre *quanto ritiene utile per la sua difesa* e le pone direttamente domande" (grifo nosso).

Para nós é induvidoso o caráter de meio defensivo que possui o interrogatório.

Como já se disse, o princípio da ampla defesa insculpido no art. 5.°, LV, da CF engloba não somente a defesa técnica, a cargo de um profissional do Direito devidamente habilitado, como também a denominada autodefesa ou defesa pessoal, esta exercida pelo próprio acusado quando, por exemplo, depõe pessoal e livremente no seu interrogatório.

(85) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii. Juizados especiais criminais.* 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 176.

(86) TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 810.

Veja-se a respeito a lição de Germano Marques da Silva:

"A lei, com efeito, reserva ao argüido, para por ele serem exercidos pessoalmente, certos actos de defesa. É o que acontece, nomeadamente, com o seu interrogatório, quando detido, quer se trate do primeiro interrogatório judicial, quer de interrogado por parte do Ministério Público, do direito de ser interrogado na fase da instrução, das declarações sobre os factos da acusação no decurso da audiência e depois de findas as alegações e antes de encerrada a audiência".[87]

Ora, tratando-se como efetivamente se trata de um modo de defesa pessoal, é evidente que o interrogatório não pode ser considerado como meio de prova.

Não esqueçamos que o interrogado tem direito a calar-se, na forma do art. 5.°, LXIII, da CF, sem que o seu silêncio possa causar-lhe qualquer ônus processual ou qualquer presunção contrária à sua presumida inocência.

O interrogado tem também o direito indiscutível de não se auto-incriminar e o de não fazer prova contra si mesmo, em conformidade com o art. 8.°, 2, *g*, do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22.11.1969 e art. 14, 3, *g*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, assinado em 19.12.1966, ambos já incorporados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Dec. 678, de 06.11.1992 e do Dec. 592, de 06.07.1992.

Ressalte-se, ainda, que a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, no art. 81 disciplinou que o interrogatório deverá ser realizado após a ouvida da vítima e das testemunhas, afastando-o do início do procedimento e levando-o para o final, ou seja, após a colheita de todas a provas, o que veio a reforçar, também, a nosso ver, o seu caráter de meio de defesa.

Adepto desta tese, e para finalizar o assunto, Ferrajoli entende que o interrogatório é o melhor paradigma de distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório, pois naquele o interrogatório representava "el comienzo de la guerra forense", "el primer ataque del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión". Contrariamente, continua o mestre italiano, no processo acusatorio/garantista "informado por la presunción de inocencia, *el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse*".[88]

Não sendo, destarte, meio de prova, o interrogatório, no entanto, poderá ser considerado uma importante fonte de prova (como ressaltou Tornaghi), sempre que "ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias".[89]

(87) SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal.* 3. ed. Lisboa: Verbo. vol. I, p. 288.

(88) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón.* Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 607.

(89) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 223.

Ademais, tal como nos Juizados Especiais Criminais, também são adotados os princípios da imediatidade e da concentração dos atos processuais, pois as "provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias". Aqui, vale uma advertência: o indeferimento injustificado de provas poderá acarretar a nulidade absoluta do ato processual pelo princípio da ampla defesa, de forma que somente quando induvidosas as (más) intenções das partes é que legítimo será o indeferimento.

"Na instrução poderão ser inquiridas até oito testemunhas arroladas pela acusação e oito pela defesa", não se compreendendo neste número "as que não prestem compromisso e as referidas", podendo a "parte, com anuência da outra, desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas", ressalvadas aquelas inquiridas por força de determinação judicial (art. 209 do CPP).

Sem estabelecer um prazo, "produzidas as provas, ao final da audiência o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução", o que significa que tais requerimentos devem ser feitos de imediato e não mais nas 24 horas hoje previstas (o que não impede que, considerando-se a complexidade do processo, seja deferido às partes um prazo maior para tais requerimentos, atentando-se apenas para que não se protele o andamento processual). Não os havendo, ou tendo sido indeferidos, "serão oferecidas alegações finais orais, por vinte minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais dez, proferindo o juiz, a seguir, sentença", prazo que será individual para a defesa se houver mais de um acusado. Se houver assistente, a ele serão concedidos, após a manifestação do Ministério Público, dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

"O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de cinco dias, sucessivamente, para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de dez dias para proferir a sentença". Esperamos, apenas, que esse expediente aberto pela lei não se torne praxe, dilatando-se desnecessariamente o processo.

Caso as partes ou qualquer uma delas tenha requerido ao Juiz a feitura de diligência, e tenha sido a solicitação aceita pelo Juiz (se não o for é possível o uso da correição parcial, ou mesmo do *habeas corpus* ou do mandado de segurança), "a audiência será concluída sem as alegações finais". Após a realização dessas diligências, "as partes apresentarão, no prazo sucessivo de cinco dias, suas alegações finais, por memorial e, no prazo de dez dias, o juiz proferirá a sentença".

E, por fim:

"Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

Parágrafo único. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a

obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição". Disposição semelhante já encontramos na Lei 9.099/95, arts. 13, § 2.°, e 65, § 3.°, impelindo "a Justiça para que continue no seu processo de modernização".[90]

No Capítulo V temos a previsão do procedimento sumário.

Neste modo de proceder, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de quinze dias e nela deverá inicialmente ser ouvido o ofendido, se possível, depois as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, após o que colher-se-ão os esclarecimentos dos peritos, far-se-ão as acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, então, o acusado e procedendo-se, finalmente, aos debates orais.

Essas "alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, proferindo, o juiz, a seguir, sentença". "Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual" e ao "assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa".

Neste procedimento, o número de testemunhas evidentemente é menor: até cinco testemunhas para a acusação e cinco para a defesa.

Tal como no procedimento ordinário, neste também as "provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias". Valem aqui as observações feitas anteriormente, quanto ao cerceamento de defesa.

"Art. 535. Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer". Mais uma vez, repete-se regra estabelecida na Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 80).

Art. 536. A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência", atentando-se que as testemunhas arroladas pela acusação devem necessariamente ser ouvidas antes daquelas indicadas pela defesa, obedecendo-se ao contraditório.

Prevê a lei um prazo máximo para a conclusão desse procedimento, que será de noventa dias, ao cabo dos quais, estando o acusado preso, considerar-se-á constrangimento ilegal a ser remediado via *habeas corpus*.

Naquelas hipóteses em que se permite a remessa dos autos referentes a infrações penais de pequeno potencial ofensivo ao juízo comum (arts. 66, par. ún., e 77, §§ 2.° e 3.°, da Lei 9.099/95), o rito a ser adotado será o sumário previsto neste Capítulo.

(90) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii. Juizados especiais criminais*, cit., p. 85. Na página seguinte, advertem os autores: "Não basta. Mister se faz que as audiências possam ser simplesmente gravadas. Além da maior autenticidade no registro de tudo o que sucede, proporciona-se ainda grande dinamismo ao andamento da causa".

Por fim, o projeto de lei revoga expressamente os arts. 43 (que trata da rejeição da denúncia ou da queixa), 362 (citação por edital do réu que se oculta, que agora será citado com hora certa) e 498 a 502.

No que diz respeito ao direito intertemporal, acaso sancionado este projeto de lei, as suas disposições aplicam-se aos processos em que ainda não houve o recebimento da denúncia ou queixa, ainda que os procedimentos não sejam regulados pelo Código de Processo Penal.

8. Provas – Projeto de Lei 4.205/01

Este projeto altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova.

Permanecemos com o sistema do livre convencimento fundamentado, pois diz o novo art. 155 que o "juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial". Não pode, ademais, "fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas", o que vem a fortalecer o devido processo legal, com os seus corolários da ampla defesa e do contraditório, pois na fase investigatória, que é inquisitiva, não se permite o exercício do contraditório, tampouco a ampla defesa, o que macula qualquer decisão tomada com base exclusivamente na prova colhida naquela fase anterior. Assim, salvo as ressalvas feitas pela lei, aliás, perfeitamente compreensíveis, a prova produzida na peça informativa deve ser repetida, para que valha como meio de prova idôneo para o julgador. Grande regra!

Tal como hoje (art. 155), "somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil", pois, na lição do velho Câmara Leal, "a prova do estado das pessoas fica subordinada às regras civis para sua produção",[91] como no casamento, a idade etc.

O novo art. 156 repete, em parte, o atual, ao dizer que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer", facultando-se, porém, ao Juiz o seguinte:

1) "Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida";

2) "Determinar, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

A esse respeito, veja-se o que dissemos sobre a atividade persecutória do juiz no processo penal acusatório.

A propósito, Juan Montero Aroca adverte que "si el medio de prueba practicado de oficio por el tribunal de instancia tiene por objeto la comprobación de los

[91] Op. cit., vol. I, p. 429.

hechos, esto es, se dirige a probar su existencia o inexistencia, se produce la quiebra de la imparcialidad objetiva del tribunal".[92]

O projeto passa a considerar "inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais", bem como aquelas "derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras". São as chamadas provas ilícitas por derivação, baseadas na doutrina do *fruit of the poisonous* ou *the tainted fruit*, o que já era, na doutrina nacional, uma idéia mais ou menos pacífica.[93] Esta disposição é válida tanto em relação às provas ilícitas como às ilegítimas, para quem as diferencia.[94]

Caso não tenha havido o desentranhamento, e preclusa esta possibilidade, "serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório". E, mais: "O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença", para que dela não se contamine o seu espírito.

Quanto às perícias, houve nova modificação em relação àquela já ocorrida com a Lei 8.862/94. Assim, em vez de dois peritos oficiais, o "exame de corpo de delito e outras perícias serão, em regra, realizados por perito oficial" sendo que, na sua falta, será realizado, agora sim, "por duas pessoas idôneas, escolhidas, de preferência, dentre as que tiverem habilitação técnica". Neste último caso, os peritos inoficiais deverão prestar "o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo".

A outra novidade é que além da possibilidade da formulação de quesitos pelo Ministério Público e seu assistente, pelo querelante, pelo ofendido, pelo investigado e pelo acusado, poder-se-ão indicar assistentes técnicos, "que atuarão a partir de sua admissão pelo juiz".

Abandonando o nosso sistema tradicional de ouvida das testemunhas, que era o presidencialista (atual art. 212), adotar-se-á agora o sistema americano do *cross examination*, ou seja, "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida", como já ocorre hoje no plenário do Júri. O par. ún. do novo art. 212 estabelece que "sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição".

(92) *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales.* Valencia : Tirant lo Blanch, 1999. p. 89.

(93) A respeito confira-se a obra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Interceptação telefônica*, São Paulo, RT, 1997.

(94) Ada, Scarance e Magalhães Gomes, por exemplo, esclarecem que "quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida" (*As nulidades no processo penal*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 116).

9. Interrogatório e defesa legítima – Projeto de Lei 4.204/01

Este projeto de lei modifica os dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao interrogatório do acusado e à defesa efetiva.

Assim, o Capítulo III do Título VII passará a vigorar com algumas alterações importantes. A primeira delas, sem dúvida, é a necessidade impostergável da presença de advogado, nomeado ou constituído, quando do interrogatório do acusado, pois a nova redação do art. 185 assim prescreve: "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado".

Como se sabe o interrogatório é o meio pelo qual o acusado pode dar ao Juiz criminal a sua versão a respeito dos fatos que lhe foram imputados pelo acusador. Por outro lado, é a oportunidade que possui o Magistrado de conhecer pessoalmente aquele que será julgado pela Justiça criminal; representa, ainda, uma das facetas da ampla defesa (a autodefesa), que se completará com a defesa técnica a ser produzida pelo advogado do acusado.

A partir dessas primeiras considerações avulta a questão sobre a necessidade ou não de o Juiz que preside o interrogatório ser o mesmo que sentencie o interrogado; em outras palavras, pergunta-se se o Magistrado que irá julgar tem que ser necessariamente aquele que interrogou o réu. A resposta é positiva, visto que, como vimos, passará a vigorar no Processo Penal o princípio da identidade física do Juiz, tal como já acontece no processo civil, onde "o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor" (art. 132, *caput*, CPC). No processo penal vindouro obedecer-se-á este princípio, donde se conclui que o Juiz interrogante precisa necessariamente ser o respectivo julgador, salvo as escusas legais, até porque é de suma importância para o ato de julgar este contato pessoal entre julgador e julgado, e o interrogatório é justamente o momento em que o Juiz conhecerá o acusado, tomará conhecimento pessoal (e não somente através da leitura de um depoimento escrito) do *homem* a ser por ele julgado.

Como afirma Tourinho Filho, é "pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena". É, destarte, a oportunidade "para que o Juiz conheça sua personalidade, saiba em que circunstâncias ocorreu a infração – porque ninguém melhor que o acusado para sabê-lo – e quais os seus motivos determinantes". Por isso é meritório esse "contato entre julgador e imputado, quando aquele ouvirá, de viva voz, a resposta do réu à acusação que se lhe faz".[95]

[95] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., vol. 3, p. 266.

Ainda a esse respeito, o magistral Tornaghi se manifesta no mesmo sentido. Para ele "o interrogatório é a grande oportunidade que tem o juiz para, num contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d'alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral".[96]

Quanto à presença de advogado nesta fase, discute-se na doutrina e na jurisprudência a respeito desta necessidade. Boa parte da doutrina entende que sim. Nesse sentido, Tourinho Filho, Frederico Marques e Espínola Filho. Há quem entenda, porém, a sua desnecessidade por se tratar de um momento processual típico da autodefesa (e não da defesa técnica), podendo, ademais, haver retratação a qualquer instante. A jurisprudência claramente se inclina neste segundo sentido, a ponto de o próprio Tourinho Filho observar que "nunca se anulou qualquer processo pelo não-comparecimento do Advogado ao ato do interrogatório".[97] Agora certamente se anulará.

Mirabete, por exemplo, acompanhando essa corrente jurisprudencial majoritária, sustenta que "a presença do defensor no interrogatório é apenas facultativa, já que não pode normalmente intervir nesse ato processual, razão por que a sua ausência não constitui nulidade no processo (*RT* 600/369, 610/407, *JTACrSP* 59/340)".

Em sentido contrário, defende Ferrajoli "el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio, para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales".[98]

Recentemente a Suprema Corte, por meio de um dos seus mais destacados Ministros, Celso de Mello, através de liminar concedida em mandado de segurança deixou assentado que "*cabe reconhecer*, por isso mesmo, *que a presença do advogado em qualquer procedimento estatal*, independentemente do domínio institucional em que esse mesmo procedimento tenha sido instaurado, *constitui fator inequívoco de certeza de que os órgãos do Poder Público* (Legislativo, *Judiciário* e Executivo) *não transgredirão os limites delineados pelo ordenamento positivo da República*, respeitando-se, em conseqüência, como se impõe aos membros e aos agentes do aparelho estatal, o regime das liberdades públicas e os direitos subjetivos constitucionalmente assegurados às pessoas em geral, *inclusive àquelas eventualmente sujeitas*, qualquer que seja o motivo, a investigação parlamentar, ou a inquérito policial, ou, ainda, *a processo judicial*" (*RDA* 196/197 – HC 79.244-DF).

(96) TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal.* Rio de Janeiro : José Konfino, 1967. t. III, p. 812.

(97) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 273.

(98) FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 608.

Outra importante modificação está no art. 188, segundo o qual, "após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante", ou seja, será permitida a interferência das partes, ao contrário do que dispõe o atual art. 187. Esta inovação é absolutamente salutar, pois a assistência técnica do advogado deve sempre ser deferida pelo Juiz, sob pena de não se completar a ampla defesa (só teria havido, então, a defesa pessoal). Nesse sentido, já dissemos, decidiu o STF, em liminar concedida pelo Min. Celso de Mello, por meio da qual se reconheceu, garantindo-o, o direito do advogado de intervir na inquirição do seu cliente pela chamada "CPI do narcotráfico", sob o argumento de que a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), assim o permite. Nessa decisão monocrática, escreveu o Min. Celso de Mello ser direito do advogado "manter contacto com o seu cliente, podendo interferir, nas hipóteses contempladas em lei, com o objetivo de dispensar-lhe efetiva assistência técnica que dê sentido e concreção à garantia constitucional que confere, a qualquer um – indiciado, ou não –, o privilégio contra a auto-incriminação" (*RDA* 196/197 – HC 79.244-DF). Aqui, ao contrário do que ocorre na produção da prova testemunhal, as perguntas das partes devem ser dirigidas ao Juiz e não diretamente ao acusado.

Parece-nos que à vista da garantia da ampla defesa (que pressupõe o exercício da defesa técnica) indiscutível poder o advogado orientar o seu cliente durante o interrogatório, mesmo porque "el defensor interviene en el proceso con la finalidad de conseguir la absolución de su defendido, poniendo a disposición de este objetivo todos sus conocimientos jurídicos".[99]

Por expressa disposição legal, "não se admitirá o interrogatório à distância de acusado preso".

Há algum tempo, lembram-se, criticou-se a iniciativa do jurista Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito hoje aposentado, que procedeu a um interrogatório à distância feito por computador. Sob o argumento de que o "Judiciário não pode ficar alheio à modernidade tecnológica", o referido penalista admite o interrogatório *on line* "desde que assegurado o amplo direito de defesa".[100]

Condenando essa iniciativa e afirmando que o interrogatório *on line* inaugurava "um novo estilo de cerimônia degradante", Dotti afirmou que a "tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente. É preciso, enfim, a aproximação física entre *o Senhor da*

[99] CATENA, Víctor Moreno. *Derecho procesal penal*. Madrid : Colex, 1999. p. 143.

[100] GOMES, Luiz Flávio. "O interrogatório a distância através do computador", *Revista Literária de Direito*, p. 13, São Paulo, nov./dez. 1996.

Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão".[101] Sobre o assunto, leia-se "Interrogatório à distância", do Prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, publicado no *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 93, ago. 2000.

Cremos, realmente, que não seja o interrogatório o ato processual mais adequado para nele se utilizarem os meios tecnológicos postos à nossa disposição e tão necessários à agilização da Justiça criminal; a informática, evidentemente, trouxe avanços indiscutíveis em nosso cotidiano e devemos utilizá-la de molde a proporcionar a tão almejada eficiência da Justiça, mas com uma certa dose de critério e atentos a princípios inseparáveis do devido processo legal.

Note-se, porém, que há um projeto de lei, o de n. 2.504/00, dispondo sobre o interrogatório do acusado à distância com a utilização de meios eletrônicos. No seu art. 1.º se diz poder o Juiz, no processo penal, "utilizando-se de meios eletrônicos, proceder à distância ao interrogatório do réu", exigindo-se "que o réu seja assistido por seu advogado ou, à falta, por Defensor Público". Oxalá não seja aprovado!

O art. 186 do projeto de lei sob comento obriga que, "depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas", em conformidade com o direito ao silêncio insculpido no art. 5.º, LXIII, da CF/88. O que muda efetivamente é que o uso desse direito constitucionalmente garantido, ou seja, o de permanecer calado, "não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz".

Diz o art. 187 que o "interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos:

1) "Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais".

2) "Na segunda parte será perguntado sobre: I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita; II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; IV – as provas já apuradas; V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra

[101] DOTTI, René Ariel, op. cit., p. 25.

elas; VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa".

Na verdade, no interrogatório distinguem-se três fases: a de identificação ou de qualificação, oportunidade em que a autoridade perguntará ao interrogando a respeito de seus dados pessoais, visando a uma perfeita identificação; a de cientificação, quando se informa sobre a imputação feita pelo acusador e, por fim, a de mérito ou de conteúdo, onde serão feitas as indagações indicadas nos incs. I a VIII do art. 187, § 2.°, e no art. 190 do CPP ("Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam"). Evidentemente que estas perguntas não são exaustivas, podendo outras ser formuladas a depender das circunstâncias da infração.

O novo art. 189 não traz novidades, *in verbis*: "Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas".

Quanto ao interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo, será feito pela forma seguinte:

1) "Ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente";

2) "Ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as ele por escrito";

3) "Ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará ele as respostas".

Caso o "interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo", assim como se "não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete", donde se conclui que em nosso sistema o idioma nacional é exigido para o cumprimento de todos os atos processuais, ainda que isto não venha expresso no Código de Processo Penal, como o faz o CPC, no art. 156.

O art. 194 não apresenta novidades, pois estabelece que se "o interrogando for menor, o interrogatório será realizado na presença do curador, preferentemente advogado". Observa-se, apenas, que a Súmula 352 do STF prescreve não ser nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo. Pergunta-se: e se o advogado foi constituído, a ausência deste curador acarretará a nulidade do ato processual? Responda-se afirmativamente com o magistério de Adalberto José de Camargo Aranha ao dizer "que a distinção reside no fato da nomeação do dativo partir do juiz, como ocorre com o curador, o que não acontece quando o defensor for constituído. Vale dizer, é essencial que o curador seja pessoa nomeada e de confiança do juiz, nomeação essa que também ocorre com o dativo".[102]

[102] *Da prova no processo penal.* 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 100.

No novo art. 195, tampouco, há novidade: "Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo", assim como o art. 196: "A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes".

O não comparecimento injustificado do acusado poderá ensejar a sua condução coercitiva tal como o permite o art. 260 do CPP, que não foi alterado; evidentemente, que a obrigatoriedade em comparecer não pode significar, como foi visto acima, obrigação em falar nem em produzir prova contra si. Porém, é dever de todo cidadão atender ao chamamento da autoridade judiciária, até para que possa identificar-se perfeitamente (ressalvando a hipótese da recusa ser um ato legítimo de autodefesa); este é um reclamo da própria sociedade, primeira interessada no perfeito funcionamento da Justiça criminal. Não atendendo à respectiva notificação, desrespeita-se a administração da Justiça. Neste caso, a condução coercitiva não poderá significar qualquer mácula ao direito ao silêncio ou ao de não se auto-incriminar.

Se o acusado residir em comarca diversa do Juízo processante, poderá ser realizado o interrogatório mediante a expedição de carta precatória. Esta possibilidade é pacificamente aceita pela jurisprudência e por grande parte da doutrina, apesar de ser sempre aconselhável que o Juiz do processo interrogue o respectivo acusado, pelos motivos já explicitados. De toda forma, a enormidade do território brasileiro obriga aceitar-se a realização do interrogatório mediante carta precatória.

Se houver co-réus, os seus interrogatórios devem-se realizar separadamente (art. 191).

Por fim, modifica-se, outrossim, o art. 261, que está no Capítulo III do Título VIII do Código de Processo Penal ("Dos sujeitos processuais"), acrescentando-lhe um parágrafo único, afirmando que a "defesa técnica será efetiva, exigindo manifestação fundamentada".

Com efeito, todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do direito, a fim de que se estabeleça íntegra a ampla defesa; como se sabe a defesa ampla se compõe da autodefesa e da defesa técnica, aquela exercida pelo próprio acusado e esta por um advogado.

Aliás, é imperioso destacar que o direito de defesa no processo penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade:

"Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se considere en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión".[103]

Mesmo para o réu ausente ou foragido é indispensável, sob pena de nulidade absoluta, que se lhe nomeie um defensor; se menor de 21 anos, além do defensor,

[103] TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal.* Barcelona : Ariel, 1989. p. 184.

necessário se faz a presença também de um curador, ressalvando, como já se disse, que o STF já sumulou o entendimento segundo o qual "não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo" (Súm. 352); se o réu menor, porém, for defendido por um advogado constituído, entendemos subsistir a necessidade da presença de um curador, pois que este pressupõe pessoa da confiança do Juízo, o que coincide com a natureza do defensor dativo, mas não com a do constituído (ver acima).

O defensor nomeado ou dativo será obrigado a aceitar a defesa, sob pena de multa (art. 264 do CPP) e de responder por infração disciplinar (art. 34, XII, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). Se, porém, o acusado para o qual o Juiz nomeou um defensor na realidade não for pobre, será obrigado a pagar os honorários advocatícios arbitrados pelo Juiz (art. 263, par. ún., do CPP).

A constituição de advogado no processo penal pode ser feita por procuração ou por indicação verbal quando da realização do interrogatório, dispensando-se, neste último caso, a juntada do instrumento procuratório. Ainda que inicialmente tenha sido nomeado um defensor dativo, pode o acusado a qualquer momento constituir um profissional de sua confiança (art. 263, *caput*).

Como já assinalado, o defensor exerce a chamada defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa.

A propósito, veja-se a definição de Fenech:

"Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituidos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya".

Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, "que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecusión de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo".[104]

[104] FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Barcelona : Labor, 1952. vol. I, p. 457.

Ressalte-se que o defensor não é parte, nem sujeito processual, nem, tampouco, substituto processual, agindo apenas como um rèpresentante técnico da parte; neste mister, parece-nos que cabe a esse profissional exercitar a sua defesa mesmo contra a vontade do réu, até porque o direito de defesa é indisponível: "En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculpado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental".[105]

10. Recursos e ações de impugnação – Projeto de Lei 4.206/01

Este projeto de lei altera os dispositivos do Código de Processo Penal que dizem respeito aos recursos e às ações de impugnação.

Por primeiro, o Livro III passa a ter a seguinte epígrafe: "Das nulidades, dos recursos e das ações de impugnação".

Uma lástima que não se tenha alterado o Título I que trata das nulidades, um dos mais confusos e assistemáticos do nosso CPP. Sobre ele disse o mestre Frederico Marques:

"Não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais penais. Os arts. 563 *usque* 573 estão prenhes de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto".[106]

De toda maneira, o Título II, "Dos recursos em geral" e o seu Capítulo I, "Disposições gerais", assim se inicia: "Art. 574. Os recursos serão voluntários", acabando-se com a possibilidade dos "recursos de ofício", cuja natureza recursal é, inclusive, bastante discutível. Tourinho Filho, por exemplo, respaldando-se nas lições de Alcides de Mendonça Lima, assevera que "o recurso necessário não pode ser considerado como tal, pois o juiz, que tem o dever de recorrer de ofício, não haveria de ficar inconformado com a sua própria decisão... Ademais, quando alguém recorre, evidentemente há de desejar seja o seu recurso provido. No *ex officio* dá-se exatamente o contrário: o Juiz quer que a sua decisão seja mantida, donde decorre que, o recurso *ex officio*, tecnicamente, não é um recurso, posto não ser interposto por quem tenha interesse na reforma da decisão. Trata-se de providência administrativa visando a acautelar determinados interesses tutelados pelas leis que o admitem".[107] Na verdade, em tais hipóteses o que há é uma condição de eficácia da sentença.[108]

(105) TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 185.

(106) *Elementos de direito processual penal.* Campinas : Bookseller. vol. II, p. 366.

(107) *Código de Processo Penal comentado.* São Paulo : Saraiva, 1996. vol. II, p. 244. Em seguida, este mesmo autor diz cumprir "ao legislador extirpá-lo, por se tratar de verdadeira absurdez, nos termos em que o concebemos".

(108) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii. Recursos no processo penal.* 3. ed. São Paulo : RT, 2001. p. 35.

Há, inclusive, decisões jurisprudenciais entendendo pelo banimento do recurso de ofício em nossa sistemática, com fulcro no art. 129, I, da CF/88 (*RT*, 659/305; *Revista de Julgados e Doutrina do TACrimSP*, 13/118, 124, 204 e 206).

Vejamos, tão-somente, as novidades vindouras:

O art. 577 legitima para recorrer "o Ministério Público, o querelante, o ofendido nas hipóteses previstas em lei e o acusado ou seu defensor". Observa-se que o ofendido tem legitimidade para recorrer nas hipóteses previstas no *caput* do art. 598 do CPP, que não foi modificado, salvo o seu parágrafo único, que, dissipando dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao prazo, estabeleceu que "o prazo para interposição deste recurso, contado a partir do dia em que terminar o do Ministério Público, será de cinco dias para o assistente e de quinze dias para o ofendido não habilitado". Este prazo maior para o ofendido não habilitado como assistente é plenamente justificado, pois ele sequer será intimado da sentença, devendo-lhe ser concedido um prazo maior, a fim de que possa tomar conhecimento da decisão absolutória e dela recorrer.

O art. 578 estabelece que o recurso será interposto por petição, já acompanhada das razões. Assim, "no novo sistema as razões já serão oferecidas na própria petição de interposição, o que não ocorre na disciplina do CPP, em que há um outro prazo de oito dias (três nas contravenções) para que o recurso seja arrazoado. E quem milita na área criminal bem conhece as procrastinações que essa duplicidade de prazos acarreta".[109] Permite-se que o réu interponha "o recurso pessoalmente, por termo nos autos, devendo nessa hipótese ser intimado seu defensor para arrazoá-lo no respectivo prazo", atentando-se, evidentemente, para a outra face da ampla defesa, que é a defesa técnica, indispensável e irrenunciável no processo penal.

O novel art. 581 estabelece que "caberá recurso da sentença e da decisão interlocutória", definindo que "sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito", "decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente" e "despachos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte".

"Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário": são os chamados atos de movimentação, levados a efeito pelos serventuários da justiça e que visam a dar andamento ao processo.

No Capítulo II, ao invés do vetusto recurso em sentido estrito, estabelece-se a possibilidade do agravo, retido nos autos ou por instrumento, ambos no prazo de dez dias (art. 582).

Em regra caberá o agravo retido, podendo ser de instrumento da decisão que:

1) "Receber a denúncia ou a queixa ou rejeitá-la parcialmente"; note-se: é cabível o recurso também para o recebimento da peça acusatória, *como para a rejeição parcial de ambas.*

[109] GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii. Juizados especiais criminais*, cit., p. 189.

2) "Declarar a incompetência do juízo".

3) "Rejeitar exceção processual".

4) "Pronunciar o acusado"; ressalta-se que este recurso "suspenderá tão-somente o julgamento".

5) "Deferir, negar, arbitrar, cassar, julgar idônea ou quebrada a fiança ou perdido o seu valor; deferir ou indeferir requerimento de prisão temporária ou preventiva, ou revogá-las; deferir ou indeferir liberdade provisória, relaxar ou mantiver a prisão em flagrante e deferir ou indeferir medidas cautelares"; observa-se que o "recurso da decisão que julgar quebrada a fiança suspenderá unicamente o efeito de perda da metade do seu valor".

6) "Declarar lícita ou ilícita a prova".

7) "Conceder ou negar liminar em *habeas corpus*".

8) "Indeferir pedido de extinção da punibilidade".

9) "Conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena".

10) "Anular parcialmente o processo".

11) "Suspender o processo".

12) "Julgar o incidente de falsidade".

13) "For proferida pelo juiz da execução", revogando-se implicitamente o art. 197 da Lei de Execução Penal.

O agravo retido "terá efeito apenas devolutivo e o agravo de instrumento terá também efeito suspensivo nos casos em que, a critério do juiz, sendo relevante a fundamentação do pedido, da decisão puder resultar lesão grave ou de difícil reparação" e será "interposto por petição dirigida ao juízo recorrido, acompanhada de razões endereçadas ao tribunal competente para o julgamento da apelação, com requerimento de que o tribunal dele conheça preliminarmente", dele não se conhecendo "se o agravante deixar de requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo tribunal".

Este tipo de agravo poderá também ser interposto oralmente, quando a respectiva decisão for proferida em audiência, "a constar do respectivo termo, expostas, no ato da interposição, as razões que justifiquem o pedido de nova decisão".

Já o agravo de instrumento, disciplinado no art. 586, "será interposto perante o juízo recorrido, com razões dirigidas ao tribunal competente, por meio de petição contendo os seguintes requisitos:

1) 'A exposição do fato e do direito'.

2) 'As razões do pedido de reforma da decisão'.

3) 'A indicação das peças a serem trasladadas ao instrumento'; quanto a este traslado, será 'realizado sem ônus pelo cartório, no prazo de cinco dias, e dele constarão, na ordem numérica das folhas do processo originário, cópias da denúncia ou queixa, aditamentos e respectivas decisões de recebimento ou

rejeição; da decisão agravada e certidão da respectiva intimação; da procuração ou nomeação de defensor do agravante e do agravado e demais peças indicadas pelo agravante'.

4) 'O nome e o endereço completo dos advogados constantes dos autos'".

"Art. 587. O agravado será intimado, independentemente de despacho do juiz, para responder no prazo de dez dias". Nessa resposta, ele "poderá indicar peças a serem trasladadas, sem ônus, pelo cartório, em cinco dias, e juntadas ao instrumento segundo a ordem numérica das folhas do processo originário".

Dispensa-se, no art. 590, a autenticação de cópias de peças, salvo dúvida sobre a autenticidade.

No art. 589 consagra-se o que parte da doutrina denomina impropriamente de efeito iterativo, regressivo ou diferido do recurso, mas que, na verdade, como ensinam Ada, Gomes Filho e Scarance, trata-se do que eles denominam de juízo de confirmação ou retratação, "que nada mais representa do que um aspecto do próprio efeito devolutivo" da via impugnativa,[110] *in verbis*: "Se o juiz reformar a decisão agravada, a parte contrária poderá agravar, quando cabível, por simples petição, da nova decisão, sendo vedado ao juiz modificá-la e, às partes, apresentar novas razões".

Por fim, quanto ao agravo, abre-se uma possibilidade para disciplinar-se o seu julgamento no âmbito dos tribunais, ao se prescrever que "norma de organização judiciária poderá instituir órgão do tribunal para decidir sobre a admissibilidade do agravo de instrumento e o efeito suspensivo". Tal norma, a nosso sentir, poderá vir de uma lei ordinária estadual ou mesmo a partir do Regimento Interno do Tribunal.

No Capítulo III, temos a nova disciplina do recurso de apelação. Destarte, diz o art. 593 ser cabível este recurso, no prazo de quinze dias, da sentença. Por outro lado, a decisão proferida no Tribunal do Júri é também apelável quando: "ocorrer nulidade posterior à pronúncia; for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, caso em que o tribunal *ad quem* fará a devida retificação; houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança, caso em que o tribunal *ad quem* procederá à devida retificação; for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, caso em que o tribunal *ad quem* sujeitará o acusado a novo julgamento, não se admitindo, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação".

Permanece a regra estabelecida no § 4.º do art. 593, que traduz o chamado princípio da singularidade ou unirrecorribilidade dos recursos, pois "quando cabível a apelação, não se admitirá agravo, ainda que se recorra somente de parte da decisão".

[110] GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no processo penal*, cit., p. 57.

Modificação radical e absolutamente necessária trouxe o art. 597, pois, privilegiando mais uma vez o princípio da presunção de inocência (ou, como outros preferem, o da não-culpabilidade), estabelece-se que a apelação da sentença condenatória terá efeito suspensivo; no entanto (e então está o avanço) pode "o juiz decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação". Assim, tenha ou não bons antecedentes, seja ou não primário, recolha-se ou não à prisão, o apelo da defesa deverá ser sempre conhecido; de outro lado, só se manterá o apelante no cárcere ou submetido a outra medida cautelar, caso fundamentadamente se demonstre a *necessidade* da restrição.

Em conformidade com o art. 2.°, par. ún., da Lei de Execução Penal, estabelece-se que "durante o processamento da apelação, as questões relativas à situação do preso provisório serão decididas pelo juiz da execução, se necessário em autuação suplementar", o que significa que é possível anteciparem-se os efeitos da sentença condenatória, sem se falar em execução provisória da pena, como de há muito defendeu o Prof. Rogério Lauria Tucci.[111]

A apelação deverá ser interposta por petição dirigida ao Juiz da causa e conterá: "a designação de recorrente e recorrido; os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão", permitindo-se ao assistente arrazoar "em cinco dias, após o prazo do Ministério Público". Caso se trate de ação penal de iniciativa privada, o Ministério Público terá vista dos autos neste mesmo prazo. Caso haja "dois ou mais apelantes ou apelados, os prazos serão individuais e sucessivos".

Quanto ao outro efeito deste recurso, leia-se o novo art. 604, *in verbis*: "A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada", sendo, "porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro", ressalvando, ainda, que se "a acusação ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais".

Aqui vale repetir as lições de Ada, Magalhães e Scarance:

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício".[112]

Diz o projeto de lei que ao "receber a apelação, o juiz mandará dar vista ao apelado para responder"; caso haja dois ou mais apelados, os prazos serão individuais e sucessivos.

Note-se que sendo interposta apelação contra a decisão de *rejeição liminar* da denúncia ou queixa, "o acusado será citado pessoalmente para responder, va-

(111) Apud DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 188, em nota de rodapé de n. 324.

(112) Op. cit., p. 156.

lendo a citação para os termos ulteriores do processo". Providência extremamente salutar, pois, ainda que não haja processo, nem se tenha estabelecido a relação processual entre os três sujeitos principais, em face da ampla defesa esta medida se impõe, tal como no sistema atual se tem decidido quando se interpõe o recurso em sentido estrito do não recebimento da peça acusatória (*RTJ* 98/672, 98/679, 107/98; *RT* 552/403, 597/325, 607/358, 639/311 e 688/296).

E, para terminar este capítulo da apelação, duas últimas disposições:

"Art. 606. Apresentada a resposta, o juiz, se for o caso, reexaminará os requisitos de admissibilidade do recurso.

Parágrafo único. Findo o prazo para resposta, os autos serão remetidos à instância superior".

O Capítulo V trata do processo e do julgamento dos recursos nos Tribunais, respeitando-se, evidentemente, a Lei 8.038/90, as leis de organização judiciária, as Constituições Estaduais e os regimentos internos dos Tribunais.

Tanto é assim que se dispõe que as "câmaras, turmas, grupos ou outros órgãos fracionários terão a competência estabelecida pelas normas de organização judiciária".

No mais, são normas a serem obedecidas nos seguintes termos:

"Art. 610. Se a decisão desfavorável ao acusado, na apelação, tomada em órgão fracionário do tribunal, não for unânime, o processo será automaticamente colocado em pauta para reexame pelo órgão competente, pelo menos quinze dias após a publicação do resultado do julgamento.

§ 1.º O resumo dos votos vencedores e vencido, no julgamento da apelação, com seus fundamentos, constará da intimação do julgamento.

§ 2.º Os interessados poderão manifestar-se, por escrito, até a data do novo julgamento e sustentar oralmente na sessão", acabando com aquele odioso privilégio de apenas o representante do Ministério Público exarar parecer escrito em segunda instância, ferindo de morte o princípio do contraditório. Agora, além da defesa oral, o advogado do acusado poderá, tal como o representante do Ministério Público, oferecer suas alegações escritas, e depois daquele...

A esse respeito sempre nos pareceu que o parecer escrito do Procurador de Justiça na segunda instância, ainda que como *custos legis*, soava estranho, mesmo porque fiscal da lei também é o Promotor de Justiça atuante junto à primeira instância e, no entanto, nunca se dispensou a ouvida da defesa... Para nós, esse privilégio fere os princípios do contraditório (informação>reação), da isonomia (paridade de armas), do devido processo legal (a defesa fala por último) e da ampla defesa (direito de ser informado por último, bilateralidade da audiência).

A propósito, ouçamos a boa doutrina:

"Bem de ver é, porém, que na Justiça criminal se apresenta algo esdrúxula essa função consultiva do procurador-geral, uma vez que o Ministério Público

está constituído, precipuamente, como órgão da ação penal e da pretensão punitiva do Estado. Além disso, não se compadece muito com a estrutura contraditória do processo penal pátrio, e com as garantias de defesa plena do réu, que fale em último lugar um órgão investido de funções nitidamente persecutórias. Daí se nos afigurar errônea e infeliz a disposição contida no art. 610 do CPP, sobre a abertura de vista ao procurador-geral".[113]

"Mal saídos de uma fatigante atividade combativa, assumem função completamente imparcial, própria dos fiscais da lei e, muitas vezes, com várias e honrosas exceções, o *custos legis* é traído pelo Acusador, quebrando, assim, uma regra decorrente do devido processo legal, segundo a qual a Defesa fala por último... E, para evitar essas traições, a nosso ver, deveria o Ministério Público, na segunda instância, limitar-se à análise dos processos sob o aspecto formal, deixando a apreciação do mérito aos Tribunais".[114]

"A esta altura pergunta-se: no processo penal, quando o processo atinge o grau recursal qual das partes fala por último? O réu ou o Ministério Público? Os arts. 610 e 613 do CPP nos dão a resposta: o Ministério Público manifesta-se depois da defesa e, ordinariamente, a defesa sequer tem vista do que foi oficiado pelo Ministério Público – a não ser que requeira vista dos autos e se lhe for concedida. Alguns autores fundamentam tais incompreensíveis dispositivos legais com a função de fiscal da lei que o Ministério Público desempenharia nos recursos criminais. Ora, não se pode confundir a função de parte com a de fiscal da lei. No processo criminal por ação de iniciativa pública é o Ministério Público, uno e indivisível, quem oferece denúncia; é ele quem postula a aplicação da sanção penal; e é ele quem, mesmo em grau de recurso, tem legitimidade para sustentar oralmente o recurso do promotor, visando, até, à majoração da pena. Então, não se pode falar que o mesmo órgão publico, o mesmo órgão do Estado, possa ser, ao mesmo tempo, fiscal da lei e parte, a ponto de, na instância recursal, desaparecer a parte, permanecendo apenas o fiscal da lei, em uma estranha ação penal sem autor".[115]

Complementando o nosso estudo sobre o art. 610, o seu § 3.º estabelece: "O órgão competente para o reexame será composto de modo a garantir a possibilidade de reversão do julgamento". Por sua vez, o § 4.º diz que a "decisão da

(113) MARQUES, José Frederico, op. cit., vol. IV, p. 213.

(114) TOURINHO FILHO, op. cit., p. 318.

(115) CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 85. Nesta obra, em carta dirigida ao autor, Tourinho Filho reafirma a sua posição acima transcrita, nos seguintes termos: "Todos sabemos que os Procuradores eram Promotores. Como podem eles, da noite para o dia, perder a agressividade acusatória para adquirir a serenidade da toga? Com raríssimas exceções, os Procuradores quando se manifestam nas apelações e nos recursos em sentido estrito deixam entrever, com clareza, que o cordão umbilical que os liga à parte acusadora não foi cortado... Sendo assim, como podem atuar com imparcialidade? Ademais, como a defesa deve falar por último, a rigor, os autos deveriam sair da Procuradoria e ser encaminhados à OAB..." (p. 1).

apelação não terá eficácia enquanto não for cumprido o disposto no *caput* deste artigo" (veja a transcrição acima).

"Art. 611. Salvo o caso de requerimento expresso e destacado de efeito suspensivo no agravo de instrumento, este, após distribuição ao relator, irá, de imediato, independentemente de despacho, ao Ministério Público, para parecer em dez dias.

Parágrafo único. O relator, ou órgão instituído por norma de organização judiciária, decidirá sobre a concessão ou não do efeito suspensivo e comunicará ao juízo a sua decisão, remetendo-se após os autos ao Ministério Público para parecer.

Art. 612. Salvo disposição expressa em contrário, conclusos os autos, o relator os examinará em dez dias, enviando-os, em seguida, quando for o caso, ao revisor por igual prazo.

Parágrafo único. Os autos serão enviados à mesa de julgamento pelo relator ou revisor, conforme o caso.

Art. 613. Haverá revisor somente em recursos de apelação relativos a processos por crimes punidos com pena máxima superior a quatro anos.

Art. 614. No caso de impossibilidade de observância de qualquer dos prazos pelo julgador, os motivos da demora serão declarados nos autos.

Art. 615. O tribunal decidirá por maioria de votos.

§ 1.º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; caso contrário, prevalecerá o mais favorável ao acusado.

§ 2.º O resultado do julgamento será proclamado pelo presidente após a tomada dos votos, observando-se, sob sua responsabilidade, o seguinte:

I – prevalecendo o voto do relator e ressalvada a hipótese de retificação da minuta de voto, o acórdão será assinado ao final da sessão de julgamento ou, no máximo, em cinco dias;

II – no caso de não prevalecer o voto do relator, o acórdão será assinado pelo relator designado, sendo obrigatória a declaração de voto vencido, se favorável ao acusado;

III – no caso de retificação da minuta de voto, o acórdão será assinado no prazo máximo de dez dias;

IV – a secretaria do tribunal fará publicar, no dia subseqüente à assinatura do acórdão, a intimação, iniciando-se, a partir desta, o prazo para eventual recurso".

O capítulo VI, tal como hoje, trata dos embargos de declaração, nos arts. 618 e 619. Acaba com aquela dicotomia, ou seja, "unificou em uma só disposição, a previsão dos embargos de declaração contra sentença e acórdão, previstos no

Código de Processo Penal em artigos distintos: 382, para a sentença, e 619, relativamente ao acórdão".[116]

Assim, caberão embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição ou "for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal".

Eles só terão efeito modificativo "na medida do esclarecimento da obscuridade, da eliminação da contradição ou do suprimento da omissão", podendo, a nosso ver, inclusive, dar azo à modificação substancial da decisão, inclusive para alterar-se a pena, em caso de evidente contradição entre o *decisum* e a pena aplicada. Como dizem, mais uma vez, Ada, Gomes e Scarance, "a realidade dos fatos mostra que a decisão dos embargos declaratórios pode, por vezes, ter efeito *infringente*, modificando o primeiro julgado". Para eles não há razão em não se admitir este efeito infringente para aumentar a pena, pois "é preferível corrigir o erro em embargos de declaração – nos limites da contradição ou omissão – do que chegar ao mesmo resultado pela via de outro recurso".[117]

Unificando-se as hipóteses dos embargos, unifica-se também o respectivo prazo, que será de cinco dias, opostos "em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omisso" (não se admite, como nos Juizados Especiais Criminais, a interposição oral). "O relator apresentará os embargos em mesa na sessão subseqüente, independentemente de intimação, proferindo voto".

Terminando com a omissão do atual Código, firma-se que "os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes". Observa-se que outra é a disposição nos Juizados Especiais Criminais, quando haverá a suspensão do prazo (art. 83, § 2.º).

No novo Capítulo VII (Do recurso especial e do recurso extraordinário), e em apenas um artigo, está dito: "Art. 620. O recurso especial e o recurso extraordinário serão processados e julgados na conformidade da lei específica e, na forma estabelecida pelos regimentos internos". Leiam-se os arts. 102, III, e 105, III, da CF/88, Lei 8.038/90, regimentos internos do STJ e STF e suas respectivas súmulas, atentando-se que a "Lei 8.950/94 não revogou as disposições da Lei 8.038/90, relativamente ao processo penal", como afirmam os mesmos Ada, Gomes e Scarance (op. cit., p. 268).

Acrescentou-se a este Livro III, o Título III que tratará das ações de impugnação. No Capítulo I regula-se a revisão criminal, aditando-se apenas dois parágrafos ao art. 623, pelos quais no "STF e no STJ o processo e julgamento obedecerão ao que for estabelecido no respectivo regimento interno" e nos "tribunais estaduais o julgamento será efetuado pelas câmaras ou turmas criminais, reunidas em sessão conjunta, ou pelo tribunal pleno".

(116) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais*, cit., p. 193.

(117) *Recursos no processo penal*, cit., p. 239.

No Capítulo do *Habeas Corpus* alterou-se apenas o art. 664, *in verbis*:

"Art. 664. Recebidas as informações, ou dispensadas, o Ministério Público terá vista dos autos por cinco dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar sobre o decurso do prazo.

§ 1.° Decorrido o prazo, com ou sem manifestação, o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

§ 2.° Se o impetrante o requerer, destacadamente, na impetração, será intimado da data do julgamento.

§ 3.° A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente".

Para nós teria sido interessante que a lei, acompanhando o entendimento hoje pacífico da jurisprudência, e espancando dúvidas, previsse a possibilidade da concessão de liminar em *habeas corpus*, acaso patentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Olvidou-se, outrossim, de disciplinar o mandado de segurança em matéria criminal, nada obstante sabermos que a regulamentação legal da matéria encontra-se na Lei 1.533/51, mas nada custaria adequar-se aquela lei às peculiaridades do sistema processual penal, com todas as características próprias de seus atos processuais. Uma pena!

De mais a mais, revogam-se os arts. 594 e 595 (sobre os quais já nos referimos acima), 600 (que trata da apelação e em relação à qual já se tem nova disciplina), 607 e 608 (acabando com o protesto por novo Júri), 637 e 638 (que tratam do recurso extraordinário, o que permitirá que, pendente ainda o recurso extraordinário, possa o recorrente aguardar em liberdade o seu julgamento, tudo em consonância com o princípio da presunção de inocência) e o Capítulo IX do Título II do Livro III (extinguindo a Carta Testemunhável – arts 639 a 646, "tornada desnecessária ante o novo formato do agravo de instrumento, cuja agilidade e praticidade, diante do atual recurso em sentido estrito, é evidente", conforme se lê na respectiva exposição de motivos) do Código de Processo Penal.

2.6

TRIBUNAL DO JÚRI E O PROJETO DE REFORMA DE 2001

RUI STOCO*

SUMÁRIO: PRIMEIRA PARTE – GENERALIDADES: 1. Introdução: 1.1 O vetusto Código de Processo Penal em vigor e seu anacronismo; 1.2 O atual e ultrapassado sistema de julgamento pelo Tribunal do Júri; 1.3 O porvir: mais uma tentativa de dotar o País de um novo Código de Processo Penal; 1.4 A contribuição inestimável do jurista René Ariel Dotti – 2. Origem remota do Tribunal do Júri e direito comparado – 3. A instituição do Júri na legislação brasileira ao longo do tempo: 3.1 Origem e evolução do Júri no Brasil; 3.2 O Júri do período imperial em confronto com o atual Código de Processo Penal – 4. O Júri como criação política – 5. Críticas ao Tribunal do Júri e a questão de sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro – SEGUNDA PARTE – O PROJETO DE ALTERAÇÃO DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA PARTICULARIZAÇÃO: 6. A reforma que queremos – 7. Competência – 8. Soberania do Júri – 9. Sistema bifásico – 10. Desaforamento – 11. Jurados: 11.1 Alistamento; 11.2 Sorteio e convocação dos jurados; 11.3 Função e participação dos cidadãos como jurados; 11.4 Incomunicabilidade – 12. Primeira fase: juízo da formação da culpa (*iudicium accusationis*): 12.1 Acusação, denúncia e instrução preliminar; 12.2 Pronúncia, impronúncia e absolvição sumária – 13. Segunda fase: juízo da causa (*iudicium causae*) – Julgamento em plenário: 13.1 Atribuições do presidente do Tribunal do Júri; 13.2 Preparação do processo para julgamento em Plenário; 13.3 Organização da pauta; 13.4 Recusas peremptórias e sigilo das votações; 13.5 Separação dos julgamentos em caso de dois ou mais acusados; 13.6 Comparecimento do acusado na sessão de julgamento; 13.7 Instrução, exibição de objetos em Plenário e debates; 13.8 Desclassificação da infração; 13.9 Questionário: 13.9.1 Origem do questionário e suas características; 13.9.2 Questionário no Código do Império; 13.9.3 Questionário do Projeto; 13.10 Decisão dos jurados, sentença e fundamentação; 13.11 Ata de julgamento; 13.12 Reparação dos danos; 13.13 Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Desenvolve-se o trabalho através de estudo histórico do Tribunal do Júri, desde o seu nascimento, passando pelo regramento específico no tempo do Brasil Imperial (Código de Processo do Império) até o momento atual, com o objetivo precípuo de estabelecer comparação entre o sistema de julgamento atual, previsto no Código de Processo Civil em vigor, e o Projeto de Lei elaborado pela Comissão de Juristas nomeados pelo Ministro da Justiça e enviado ao Congresso Nacional em março de 2001. Para tanto, foram

(*) O autor é membro da comissão de reforma do Código de Processo Penal.

destacadas as mudanças principais introduzidas no atual procedimento do Júri, comparadas com a sistemática atual e desenvolvidas as considerações jurídicas que lhe dão supedâneo e sustentação. Trata-se de estudo crítico, voltado à provocação do debate e à obtenção de subsídios para o aperfeiçoamento do Projeto.

Palavras-chave: Júri – Tribunal do Júri – Projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal – Questionário – Quesitos – Código de Processo Penal – Tribunal popular – Comissão de reforma do Código de Processo Penal de 2001.

PRIMEIRA PARTE – GENERALIDADES

1. Introdução

1.1 O vetusto Código de Processo Penal em vigor e seu anacronismo

O Brasil, como tantas outras nações, passa por um momento especial, um período de transição, no que diz respeito ao seu sistema legal e à sua estrutura legislativa.

Nosso Código Comercial (Lei 556, de 25.06.1850) é do tempo do Império, posto a lume pelo Imperador Dom Pedro II.

O Código Civil (Lei 3.071, de 1.º.01.1916) remonta ao início do século passado e encontra-se em vigor há 85 (oitenta e cinco) anos.

A legislação que consolidou os direitos do trabalhador – a Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.-lei 5.452, de 1.º.05.1943) – foi imposta em 1943, no período do governo ditatorial de Getúlio Vargas.

Ainda convivemos com um Código Tributário Nacional ultrapassado e obsoleto, posto em vigor em 1966 (Lei 5.172, de 25.10.1966).

Todo esse arsenal legislativo tem que "conviver", interar-se e harmonizar-se com uma Constituição Federal bem mais recente (05.10.1988), editada à luz de novos pensamentos e em período de liberdade absoluta, de reconhecimento e atribuição de garantias individuais e fundamentais e, portanto, não recepcionou os estatutos citados por inteiro.

Por outro aspecto, se de um lado o Código Penal de 1940 (Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940) teve sua Parte Geral integralmente substituída pela Lei 7.209, de 11.07.1984 e, do seu nascimento até os dias atuais, sofreu algumas alterações significativas, sendo certo que também a legislação processual civil buscou modernidade e sofreu aprimoramentos ao longo do tempo, tanto que o Código de Processo Civil de 1939 foi simplesmente revogado e substituído por outro – inteiramente novo – posto em vigor pela Lei 5.869, de 11.01.1973 estando, ademais, em constante mutação, através de inúmeras alterações pontuais, o Código de Processo Penal (Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941), também imposto pelo mesmo governo ditatorial do chamado "Estado Novo", poucas alterações sofreu.

Porque nasceu em período de restrição a direitos e sob inspiração inquisitorial, mostra-se e mantém-se anacrônico, desajustado e desconforme com a Magna Carta.

É fonte e causa próxima da ineficiência do Poder Judiciário para dar uma resposta rápida às causas criminais ajuizadas (e também às demais, na área extrapenal), impondo aos acusados um dilargado período de angústia e sofrimento até que a ação chegue ao seu termo final.

Impõe-se, então, não olvidar a advertência do Min. Francisco Rezek:[1] "Há no Direito brasileiro dois vícios graves pedindo, já faz tempo, remédio urgente. Nossas regras de processo, antes de tudo, parecem não querer que o processo termine. Os recursos possíveis são muitos (creio não haver fora do Brasil trama recursiva tão grande e complicada) e pouca gente hoje crê que isso ajude mesmo a apurar melhor a verdade para melhor fazer justiça. Quando a Constituição garante em qualquer processo, 'ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes', o leitor de boa-fé supõe que isso é para que ninguém deixe de provar sua inocência por falta de instrumentos adequados. Não se dá conta de que, em número maior de casos, o que essa regra favorece é a eternizarão do processo civil, quase sempre em favor da parte mais forte (eventualmente o Estado), e o comprometimento do desfecho, ainda que justo, pela sua demora".

Em outra oportunidade o ilustre Ministro e integrante da Corte Internacional de Haia, mais enfático, advertiu: "Nosso sistema processual é extremamente perverso, parece concebido para que o processo não chegue ao fim. Prevê, tanto no âmbito civil quanto no âmbito penal, uma cadeia recursal quase interminável, o que quase não existe em outros países. Considero que a reforma dos sistemas processuais é a mais urgente de todas. Defendo que a principal alteração promova mudanças nesse sentido".[2]

Com propriedade e exação evidenciou a Profa. Ada Pellegrini Grinover,[3] membro e presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal: "É fato notório que o Código de Processo Penal de 1941 se encontra totalmente superado pela realidade dos novos tempos, que exige um estatuto que prime pela eficiência, evitando formalismos e procrastinações inúteis (...)". "(...) Por outro lado, a Constituição de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código processual de 1941 entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição".

(1) REZEK, Francisco. "Juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia", *Folha de S. Paulo*, Tendências/Debates, ed. de 15.11.1998, p. 1-3.

(2) Idem, *Informativo da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, jul. 2001, p. 6.

(3) GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do processo penal.* Escorço apresentado juntamente com a Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal.

Nessa passagem, essa estimada e admirada jurista de escol lembrou que "a defesa concreta e efetiva é um dos principais requisitos do devido processo legal. Sem o pleno exercício do direito de defesa, não pode haver processo e muito menos condenação".

Urge, diante desse descalabro, modernizar a legislação processual penal e colocá-la em consonância com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, posto que o atual sistema inquisitório de persecução penal não mais se compadece com os princípios da ampla defesa, do contraditório e do primado da liberdade como regra.

Importante então advertir que os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência.

1.2 O atual e ultrapassado sistema de julgamento pelo Tribunal do Júri

Não menos grave é o fato de que os julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri são custosos, demorados e sem a eficiência desejada, seja na sua organização, seja na seleção dos jurados, ou na demora das sessões e no equívoco dos resultados.

Mantém-se, ainda, um procedimento extremamente formal e pouco garantista.

A primeira fase é demorada e pressupõe sempre o recebimento da denúncia, sem qualquer oportunidade de impedir o processo e julgamento, ainda que reste evidente e palmar que a hipótese era de rejeição *ab initio* da acusação.

Sobrevive, ainda e desnecessariamente, a pronúncia posteriormente ao recebimento da denúncia e como ato formal que encerra a primeira fase, do juízo da formação da culpa.

O sistema atual insiste em manter a obrigatoriedade do libelo-crime acusatório, que apenas reabre a possibilidade de infindáveis recursos e do protesto por novo Júri, que apenas contribuem para eternizar o julgamento e impedir o trânsito em julgado das decisões.

Segundo parece, a previsão dessa fase processual de oferecimento do libelo no procedimento do Júri contribui, também, para a mantença de um sistema anacrônico e redundante, com sobreposição de fases. Atualmente não mais se justifica que entre a primeira e a segunda fases exista uma intermediária, pois a pronúncia traduz acolhimento da acusação contida na denúncia, quando admite que aquela reúne os requisitos mínimos (materialidade do fato e indícios de autoria ou de participação) para a submissão da causa ao Conselho de Sentença.

Como se verifica, hoje, lamentavelmente, o Júri converteu-se em perigosa fonte de nulidades e assumiu o estigma da ineficiência e da morosidade.

No sistema vigente, de cada quatro julgamentos dois são anulados por vícios do questionário ou por decisão contrária à prova dos autos, levando os Tribunais de Justiça a determinar sua renovação.

Exemplo claro e evidente desse equívoco do Código de Processo Penal em vigor, que sequer foi inteiramente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mantendo formalismos indesejados, a dano da garantia e dos princípios da defesa efetiva e da celeridade, foi o recente julgamento e condenação, pelo Tribunal do Júri da capital de São Paulo, de um coronel que comandou a invasão, pela força policial, da Casa de Detenção, considerada um dos maiores presídios do País, que a imprensa denominou de "Massacre do Carandiru".

Aos jurados foram submetidas duas séries de quesitos. A maioria deles sobre questões de direito. Os juízes leigos, homens do povo, não afeitos à teoria do Direito, tiveram que responder a questões acerca do "estrito cumprimento do dever legal", "excesso doloso e culposo no cumprimento do dever legal", "inexigibilidade de conduta diversa", "excesso doloso e culposo na conduta exigida" e outras.

As formulações e as respostas dadas poderão conduzir à anulação de um julgamento rumoroso, custoso, importante e demorado, levando ao descrédito e à desmoralização do Poder Judiciário, frustrando e aumentando e até perenizando a dor dos parentes das vítimas e impondo ao acusado uma demora na definição que não se coaduna com aqueles princípios constitucionais referidos.

Esses aspectos foram, em uma segunda reportagem, posterior àquela de 06.11.2000, evidenciados pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, afirmando que "se a reforma do Código de Processo Penal já tivesse sido aprovado pelo Congresso, os jurados do caso U.G. teriam tido uma tarefa muito mais fácil...".[4]

Impõe-se, desde há muito, como visto, dotar o País de instrumentos que permitam processar e julgar as ações penais segundo os princípios esculpidos na Carta Magna e com as garantias que o cidadão tem asseguradas, dentre as quais o direito de defesa, a garantia de um processo justo e igualitário e, fundamentalmente, a celeridade nas decisões definitivas, de modo que a pena que eventualmente venha a ser imposta ainda tenha o poder de inibir, produza os efeitos para os quais foi dimensionada e exerça efetivamente, em quem a recebe, as funções de natureza preventiva, repressiva e profilática ou recuperatória.

Nada justifica impor pena privativa de liberdade dez anos depois da ocorrência do fato, quando os resultados decorrentes de sua aplicação, pensados pelo legislador, já não são mais possíveis de alcançar, como, *ad exemplum*, aquela mulher que praticou aborto na juventude mas recebe pena que irá privar sua liberdade quando já casada e mãe de três filhos. Seria a suma injustiça.

(4) "Reforma pode diminuir contradições nos Júris", *O Estado de S. Paulo*, Caderno Cidades, de 08.07.2001, p. C-5.

1.3 O porvir: mais uma tentativa de dotar o País de um novo Código de Processo Penal

Conforme narrativa histórica de Petrônio Calmon Filho,[5] integrante da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal e que secretariou os trabalhos: "No dia 08.02.2000 o Ministro da Justiça instalou a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, nomeando 10 juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual para promover estudos e elaborar uma proposta de reforma do sistema processual penal brasileiro. Fizeram parte da Comissão a Profa. Ada Pellegrini Grinover (presidente) e os Professores Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Petrônio Calmon Filho (secretário), Rogério Lauria Tucci, Sidnei Agostinho Beneti e Rui Stoco, nomeado em abril de 2000 (René Ariel Dotti havia participado até este mês). Os trabalhos foram divididos em duas etapas. Na primeira, foram elaborados 11 anteprojetos, correspondentes aos projetos que haviam sido elaborados em 1994 por Comissão anterior do Ministério da Justiça, presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, retirados do Congresso Nacional a pedido do próprio governo. Profundas modificações foram introduzidas, apesar de 8 dos membros da atual comissão terem participado da comissão anterior. Ao final desta etapa, foi promovido um amplo debate, de âmbito nacional, com a participação de mais de 400 pessoas, representando todos os seguimentos envolvidos na persecução penal. Os debates foram realizados em Brasília, durante as III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, nos dias 23 a 26.08.2000. Em uma segunda etapa, foram examinadas todas as críticas e sugestões apresentadas durante o mencionado debate público, bem como as que foram entregues pessoalmente à Comissão ou enviadas por correio eletrônico. Muitas sugestões foram acatadas, o que faz com que os textos definitivos apresentem poucas semelhanças com os originais. Alguns anteprojetos foram fundidos, resultando na apresentação de sete propostas legislativas autônomas.

Após 10 meses de trabalho, com 20 dias completos de reuniões, a *Comissão Ada Pellegrini* apresentou ao Ministro da Justiça sete anteprojetos de lei, tratando dos seguintes temas: 1. Investigação criminal; 2. Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; 3. Provas; 4. Interrogatório do acusado e defesa efetiva; 5. Prisão, medidas cautelares e liberdade; 6. Júri; 7. Recursos e ações de impugnação".

Referidos anteprojetos, após analisados e revisados, foram encaminhados pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça ao Presidente da República, sem qualquer alteração significativa, mantendo-os na íntegra. Em 12.03.2001 foram remetidos pela Casa Civil da Presidência à Câmara de Deputados e lá se encontram para tramitação e debate.

(5) CALMON FILHO, Petrônio. *A investigação criminal na reforma do Código de Processo Penal: agilidade e transparência.*

O Projeto de Lei sobre o Tribunal do Júri recebeu o n. 4.203/01.

Foram treze reuniões em que os membros da Comissão discutiram e debateram os projetos apresentados, com absoluta independência, cada qual manifestando-se livremente sobre todos os projetos apresentados pelos demais.

As propostas foram objeto de ampla divulgação e consulta junto às autoridades e entidades.

Houve divulgação pela Internet e remessa de cópias a institutos, associações, universidades, Presidentes de Tribunais, sindicatos, escolas superiores e secretarias, bem como a criação de comissões de estudos.

A Comissão recebeu sugestões de dezenas de pessoas e entidades, impondo-se especial destaque para o trabalho e contribuição dada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que apresentou críticas e propostas fundamentais ao aperfeiçoamento dos Projetos.

O debate público encontrou o seu ápice nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, realizadas em Brasília, no período de 23 a 26.08.2000, com a participação dos mais expressivos e importante juristas e processualistas do País, que, através de painéis, apresentaram suas críticas e deram inestimável contribuição.

Não se nega o inconveniente de uma reforma pontual com alterações localizadas no sistema e possibilidade de prejudicar a harmonia que um estatuto deve ter, de modo a desfazer ou alterar sua estrutura sistêmica e seu arcabouço lógico.

Optou a Comissão por correr esse risco, mas sempre preocupada e preparada para arrostar e afastar dubiedades e incoerências, incluindo ou excluindo capítulos, seções, artigos ou parágrafos, tendo em vista o Código vigente como um todo orgânico e lógico.

Não se desconhece a grande dificuldade de lograr a aprovação de um Código por inteiro. O Projeto de Código Civil tramita no Congresso Nacional há mais de vinte anos, enquanto as propostas, como mera intenção, de reforma do Código Penal e os trabalhos de redação já passaram pelas mãos de três Comissões de juristas ao longo de vários mandatos presidenciais.

Portanto, o objetivo deste trabalho será a abordagem do sistema atual de processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, comparado com o Projeto de Lei apresentado e que se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

1.4 A contribuição inestimável do jurista René Ariel Dotti

O Ilustre e culto jurista e humanista René Dotti, um de nossos mais notáveis jurisconsultos, que já havia participado de outras comissões de notáveis, integrou a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal desde a sua instalação, dela se retirando por volta de março de 2000.

A esse excepcional cultor das letras jurídicas e de tantas outras letras, posto que todas domina e tem dado efetiva e inestimável colaboração para o engrandecimento do direito positivo em nosso País, coube a redação do Projeto do Júri.

Tivemos a honra de sucedê-lo em abril de 2000, com a difícil incumbência de substituí-lo naquela relatoria.

Antes de seu afastamento o ilustre experto entregou, como contribuição, um reexame do Projeto de Lei 4.900, de 1995, sobre o Tribunal do Júri, elaborado pela Comissão anterior.

Partindo do texto publicado no *Diário Oficial* de 25.11.1994, na *Revista de Processo* 85/149 *et seq.*, de 1997, e no livro *Tribunal do Júri*, São Paulo, RT, 1999 (coord. Rogério Lauria Tucci), sugeriu a introdução de modificações nos arts. 417 (inclusão do parágrafo único sobre prazo do edital); 419 (*caput* e parágrafos, para reintroduzir o libelo); arts. 420 a 422 (*in totum*, sobre o libelo); 423 e 424 (simples renumeração); 425 e 426 (renumeração e nova redação); arts. 427, 428 e 429 (somente ajuste de numeração); art. 455 (inclusão do § 2.°, para regular o prazo de ingresso do assistente do Ministério Público); 474 (nova redação ao § 3.°, para somente permitir a leitura de peças relativas às provas irrepetíveis) e 483 (inversão entre os incs. I e II).

Sobre o procedimento de instrução perante o juiz singular, sugeriu no *Anteprojeto sobre procedimentos* a inclusão de um § 4.° ao art. 394 ("Aplicam-se as regras do procedimento sumário à instrução dos feitos de competência do Tribunal do Júri, realizada perante o juiz singular") e um § 3.° ao art. 534 ("No procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri, aplicam-se as regras previstas no art. 406 *et seq.*").

Portanto, para a elaboração de um novo projeto sobre o Tribunal do Júri tomamos como ponto de partida o excelente trabalho desenvolvido pela Comissão anterior, dando-lhe continuidade, com os acréscimos sugeridos pelo jurista René Dotti, a quem se prestam justas homenagens e se reitera admiração e apreço.

É certo que a proposta apresentada e encaminhada ao Congresso, por nós elaborada e revisada e aperfeiçoada com esmero e exação por todos os integrantes da Comissão, difere do arcabouço anteriormente redigido por outras comissões. Contudo, o aproveitamento daquilo que havia de melhor nos projetos anteriores, a exação das proposições, o rigor técnico e o vernáculo escorreito, fizeram do atual Projeto um trabalho que expressa a experiência de muitos e os anseios de todos nós.

2. Origem remota do Tribunal do Júri e direito comparado

O Júri encontra prefiguração longínqua nos *judices* romanos, nos *dicastas* gregos, e nos *centeni comites* dos primitivos germanos e imortalizados por Tácito.

Recebeu os primeiros traços de sua forma definitiva na Grã-Bretanha, depois da conquista normanda, sob Henrique II. Cabe lembrar que a Cláusula 39

da Magna Carta de 1215 já estabelecia o direito de "um homem livre ser julgado por seus pares".

Instalou-se definitivamente na Inglaterra no século XVII.

A Revolução Francesa de 1789, por força de uma lei de 16.09.1791, instituiu o Júri clássico naquele país, que perdurou por mais de cem anos.[6] Aliás, na França atual, a chamada *Court D'Assise* mantém o sistema heterogêneo do "escabinado" e é composta por três juízes togados e nove juízes leigos.

Das Ilhas Britânicas o Júri espargiu-se para as antigas colônias inglesas da América, até sua consagração na Constituição dos Estados Unidos e nas Cartas de todas as unidades federadas daquela República.

Aliás, até a metade do século XIX o Júri era a única forma de julgamento usada nos países de *common law*, e no início do século XX continuava a predominar nas esferas cível e penal como forma de resolução de conflitos.[7]

Nesse mesmo século XIX nasceram na Alemanha as cortes-mistas ou *mixed-courts*, intituladas *scabinados* na Espanha, ou seja, Tribunal Popular com composição heterogênea, composto por juízes togados ou de carreira e juízes leigos e sorteados para atuar, episodicamente, nas sessões de julgamento.

A Dinamarca, desde 1919, mantém o sistema de Júri para crimes apenados com mais de quatro anos de reclusão.

3. A instituição do Júri na legislação brasileira ao longo do tempo

3.1 Origem e evolução do Júri no Brasil

O Júri já encontrava previsão expressa no Código de Processo do Império do Brasil de 1832.[8]

Segundo narrativa de Flory,[9] o sistema do Júri foi implantado no Brasil três meses antes da Independência, ainda sob o domínio português, apenas para crimes de imprensa, e com os jurados eleitos.

(6) A instituição do Júri com a Revolução de 1789 decorre da influência exercida pela obra *L'esprit des lois*, de Montesquieu.

(7) ZOMER, Ana Paula. "Tribunal do júri e direito comparado – Sugestões para um modelo brasileiro", *Boletim IBCCrim* 95/95, ed. especial, out. 2000.

(8) No Código do Império o procedimento era bifásico, com um "Grande Júri" composto por 23 jurados, sorteados na Sessão de Julgamento, nomes esses retirados de uma urna contendo 60 cédulas (art. 238). Durante o sorteio, à medida que o nome de cada jurado fosse anunciado, permitia-se a sua recusa imotivada. Tanto o acusado (defensor) quanto o acusador podiam recusar até doze jurados.

(9) FLORY, Thomaz. *El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial – Control social y establidad política en el nuevo Estado*. México : Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 181.

A Constituição Federal de 1891, no art. 72, § 31, manteve essa instituição.

A Carta de 1934, alterando em parte o texto da anterior, deslocou o Júri do Capítulo dos Direito e Garantias Individuais para o do Poder Judiciário, permitindo à lei ordinária proceder a alterações de forma e de fundo.

Apenas a Constituição de 1937, sob a inspiração do "Estado Novo", silenciou acerca dessa instituição, havendo quem afirmasse a sua extinção. Todavia, em 05.01.1938 o Dec.-lei 167 afirmou a subsistência desse Tribunal Popular mas sem a mantença do princípio da soberania dos veredictos.

Findo o período de ditadura com Getúlio Vargas, a Magna Carta de 1946 restaurou a soberania do Júri e o recolocou de volta ao Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, estabelecendo, portanto, limitações ao legislador ordinário.

Dois anos após, A Lei 263, de 23.02.1948, regulamentando o art. 141, § 28, da Constituição de 1946, restabeleceu o direito de apelar na hipótese de decisão contrária à prova dos autos (atual art. 593, III, *d*, do CPP).

A Constituição de 1967 manteve o Júri, com menção expressa à sua soberania (art. 150, § 18).

Ainda nesse período de restrição de direitos, a EC 1, de 1969 também manteve a instituição, omitindo-se, contudo, quanto à sua soberania.

A Constituição Federal de 05.10.1988, em vigor, não só manteve o Tribunal do Júri como lhe deu feições definitivas e imutáveis e garantias irretiráveis, tais como: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Mais do que isso, tornou imodificáveis por lei infraconstitucional essas características garantísticas e regulamentadoras, mas também irretirável, por emenda, o próprio Tribunal Popular, tal como previsto no art. 5.°, XXXVIII, posto que, sobre ser disposição superior à legislação ordinária, constitui, ademais, cláusula pétrea, por força do disposto no art. 60, IV, da mesma Carta.

3.2 O Júri do período imperial em confronto com o atual Código de Processo Penal

Em 25.03.1824 foi promulgada a Constituição Política do Império, estabelecendo preceitos e princípios garantidores de um processo criminal condizente com os princípios mais liberais do século XIX, editando-se em 29.11.1832 o Código de Processo Criminal, que no dizer de Frederico Marques "constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação".[10]

Tal como hoje ocorre, segundo o sistema do Código de Processo Criminal do Império, instaurava-se o procedimento penal mediante queixa do ofendido ou por

[10] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Campinas : Bookseller. v. 1, p. 94.

denúncia do Ministério Público, ou de qualquer do povo, e ainda, mediante atuação *ex officio* do juiz, instituindo-se ainda o grande e pequeno Júri, sendo o primeiro para decidir acerca da admissibilidade da acusação e o segundo sobre a procedência desta, sendo este último denominado "Júri de Sentença", ficando entretanto excluídas as contravenções e infrações mais graves da apreciação do Júri.[11]

Verificação ainda que perfunctória da legislação anterior a 1941, a partir das Ordenações e do Código do Império sobre a instituição do Júri, confirmará que o atual Código de Processo Penal em vigor pouco mudou.

Como observou Fauzi Hassan Choukr, "uma breve comparação histórica com a disciplina da matéria na época imperial e aquele hoje reservado ao tema no Código de Processo Penal demonstrará a notável coincidência em vários pontos".[12]

O jurista acima citado aponta a forma como os jurados julgavam como outro aspecto que guarda imensa correlação entre o sistema imperial e o atual, a saber, por questionários e respondendo a temas técnicos e fáticos, "sendo forçoso reconhecer, entretanto, que o sistema anterior era mais simples e direto".

Os quesitos tinham redação na própria lei: dois na fase do *iudicium accusationis*, indagando no primeiro se há suficiente esclarecimento sobre o crime e seu autor e o segundo consultando se a acusação procede.

Na segunda fase, após o oferecimento do libelo, aquele estatuto trazia a redação de mais cinco outros quesitos, perguntando o último aos jurados se "há lugar para indenização".

Como se verifica, há até hoje forte enredo e identidade entre os primórdios do Júri e a codificação atual.

Aliás, pode-se afirmar, no pertinente ao questionário, que o sistema previsto no Código do Império era melhor, pois havia previsão de um número reduzido de quesitos, com previsão de redação na própria lei, de modo a não gerar nulidades.

A legislação do Império mostrou preocupação em proteger e resguardar, de forma efetiva, a vítima e seus parentes e legitimados, prevendo a elaboração de quesito acerca da possibilidade de indenização, sistema esse abandonado na legislação específica atualmente em vigor.

4. O Júri como criação política

Demonstrou Ruy Barbosa,[13] com apoio em Gneist, Stubs, Tocqueville, Mittermayer e Ruttiman, ser o Júri uma criação política, e não apenas jurídica, "uma

(11) MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo : Atlas, 1991. p. 38.

(12) CHOUKR, Fauzi Hassan. "Participação cidadã e processo penal". Exposição feita no I Congresso Nacional de Direito Penal e Criminologia, Salvador, Bahia, 14.04.2000.

(13) BARBOSA, Ruy. *O júri e a responsabilidade penal dos juízes*. Rio de Janeiro, 1896.

instituição que surge e morre com a liberdade", de suprema relevância nos governos constitucionais, onde sempre figura em lugar de honra, garantindo que "a área geográfica do Júri é a da civilização moderna".

Em período mais próximo o tema foi abordado com profundidade, quando se discutiu a instituição do Júri como criação política, mecanismo de controle social e de exercício do poder.[14-15]

Segundo Ariosvaldo de Campos Pires,[16] "apresenta o Júri dúplice natureza: *judiciária*, como tribunal de julgamento preso às formulações jurídicas pertinentes; e *política* dada a usa conotação de instituição reveladora de direitos e garantias consagradas ao cidadão".

Calha ao estudo transcrever citação de Ana Paula Zomer[17] em seu excelente artigo sobre a instituição do Júri: "Nos idos de 1956, o célebre Lord Devlin, comentando o Tribunal do Júri, assim escreveu: 'Cada Júri é um pequeno parlamento. Nenhum tirano deixaria uma matéria como a liberdade nas mãos de doze cidadãos comuns. Portanto, o julgamento pelo Júri, mais do que um instrumento de justiça e do que um princípio constitucional é a luz que mostra a existência real das liberdades'".

Dúvida não resta, portanto, que participar de um julgamento popular, com atribuição de decidir acerca dos destinos da pessoa humana e do seu direito de participar da vida em sociedade ou dela ser segregada e, portanto, assumir a prerrogativa de privar alguém de sua liberdade, constitui o exercício de um poder muito grande.

É o próprio povo decidindo, politicamente, acerca de quanto quer delegar e quanto outorga a si mesmo como poder originário, pois todo poder emana do povo.

5 Críticas ao Tribunal do Júri e a questão de sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro

Desde pronto deve-se alertar que a discussão acerca da manutenção ou extinção do Tribunal do Júri para o julgamento dos acusados por seus pares e, portanto, por juízes leigos, mostra-se absolutamente despicienda e inócua. Pela simples razão de que o art. 5.º, XXXVIII, da CF reconhece a instituição do Júri para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida. E, ademais, essa disposição constitui cláusula pétrea e, portanto, irretirável (CF, art. 60, IV).

(14) STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri – Símbolos & rituais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

(15) CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento de controle social*. Porto Alegre : Fabris, 1999.

(16) PIRES, Ariosvaldo de Campos. "A problemática do júri", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, v. 6, n. 1, p. 31.

(17) ZOMER, Ana Paula. Op. cit.

Seja como for, impõe-se tomar posição acerca do tema, cabendo adiantar, desde logo, que, não obstante o Júri tenha mais opositores que prosélitos, o sistema de julgamento dos crimes contra a vida por Conselho de Jurados deve ser mantido, posto instrumento de salvaguarda do direito de liberdade dos cidadãos.

O querido e saudoso Adriano Marrey[18] lembrava que o Tribunal do Júri tem adeptos fervorosos e muitos detratores.

O grande Ruy Barbosa[19] a respeito do tema já havia se manifestado há mais de um século:

"Dizer-se que o Júri nos atrasa a um período instintivo da civilização, nos reconduz à idade média é, não obstante, os nomes do Lombroso, Ferri e Garofalo, um desses abusos da logomaquia dos sistemas, tão autorizado pela verdade, quanto é o que denunciasse uma entidade retardatária e medieval no governo representativo, cujas remotas origens se perdem, também muito longe, na Germânia de Tácito e na luta dos barões ingleses com João Sem Terra, em princípios do século treze. São duas teses irmãs, em que os panegiristas da autocracia política estariam naturalmente de acordo com "os novos terroristas do magistério penal (...)".

Esse grande jurista e paradigma de estadista afirmava e assim deixou escrito que "o Júri constitui a alma e o nervo da liberdade".

Portanto, como já afirmamos alhures, já decorridos dez anos, "enquanto o povo, através de seus representantes junto ao Poder Legislativo continuar preferindo a mantença do Júri e, ainda, alçá-lo à categoria de garantia constitucional, as autorizadas vozes representativas da doutrina processual penal hão de ceder diante daquela manifestação de vontade, pois a Justiça criada pelos homens deve projetar a sua própria imagem, com os defeitos e virtudes que lhes são inerentes".[20]

Não se pode esquecer nem olvidar que, segundo a concepção que inspirou o Tribunal do Júri em nosso País, o julgamento daquele que comete crime grave contra a pessoa foi entregue ao homem comum e leigo, que estará representando e expressando, com seu veredicto, o sentimento de justiça de um povo e da comunidade a que pertençam acusados e julgadores.

São os jurados que, desprezando as teorias, os conhecimentos específicos de direito e os processos zetéticos de dedução e indução, apenas com a sua sensibilidade e bom senso, decidirão quais valores morais e comportamentos coletivos escolheram para si mesmos e para os demais membros da sua comunidade. Essa é uma afirmação da cidadania e do exercício da própria democracia, permitindo que o homem seja julgado por seus pares; mais que semelhantes, a expressão da moral do grupo e da vontade popular.

(18) MARREY, Adriano. *Teoria e prática do júri.* Obra coletiva coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7. ed. São Paulo : RT, 2001. p. 30.

(19) BARBOSA, Rui. Op. cit.

(20) STOCO, Rui. "Crise existencial do júri no direito brasileiro", *RT* 664/250, São Paulo, RT, fev. 1991.

Não pode cair no esquecimento o fato de que o Júri constitui um órgão judiciário "a que a Constituição considerou fundamental para o direito de liberdade do cidadão".[21]

A mantença dessa instituição não se justifica apenas em razão de seu resguardo e proteção constitucional mas e principalmente porque assume contornos de cidadania e de proteção do sistema democrático, que assegura ao acusado o direito de ter o seu comportamento analisado e julgado por seus pares, pelos seus semelhantes que pertencem ao mesmo estrato social, alcançando o ideal de eqüidade.

E a eqüidade, conforme Agostinho Alvim, é a busca do justo.[22]

Ora, o Tribunal do Júri foi mantido como instituição na Carta Magna de 05.10.1988.

Significativamente, as sucessivas Constituições da República, por pressupostos específicos, deixaram de incluí-lo no capítulo do Poder Judiciário e, também, omitiram-no na parte relativa aos Estados.

Cabe reiterar, até a exaustão se necessário for, que ele se encontra enumerado entre os direitos e garantias fundamentais, o que resulta em conceituá-lo como uma das garantias essenciais do regime democrático.[23]

Tem-se afirmado que, por meio do Tribunal Popular, a Justiça toma contato com a terra, penetrando o julgamento de considerações éticas, psicológicas, econômicas etc., permitindo que se introduza a eqüidade nas decisões. Até porque – diz-se – "perde-se no mundo dos Códigos e dos parágrafos, tornando-se o juiz togado um frio aplicador da lei, enquanto que os jurados, que não conhecem a lei, julgam com o seu senso comum, colocando-se acima da lei, ajustando-a ao caso concreto".[24]

Portanto e em remate, não obstante a autoridade de alguns, que repudiam a instituição do Júri, quer parecer que a questão precípua e nuclear a ser abordada não será tanto de ordem *existencial*, em face de sua manutenção reiterada em nosso ordenamento jurídico e sempre alçada à categoria de garantia individual, só excepcionada em uma de nossas Constituições revogadas, mas de ordem *estrutural*, a merecer nova roupagem, repensando sua engenharia estrutural e dimensionando novas regras, desde que o seu tegumento orgânico possa ser permeado por garantias e enriquecido com o predicado da simplicidade e do equilíbrio.

Por todas essas razões, impõe-se a sua mantença em nosso ordenamento jurídico com as alterações que a sociedade reclama e a evolução que o pensamento jurídico impõe.

(21) MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo : Saraiva, 1963. v. 1, p. 53.

(22) ALVIM, Agostinho. "Da eqüidade", *RT* 132/3.

(23) TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito constitucional estadual*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. n. 116, p. 214.

(24) FRAGOSO, Heleno Cláudio. "A questão do júri", *RF* 193/26.

SEGUNDA PARTE – O PROJETO DE ALTERAÇÃO DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA PARTICULARIZAÇÃO

6. A reforma que queremos

Em alentado artigo de doutrina Cristiano Álvares Valladares do Lago[25] obtemperou que "adotamos em nosso país apenas um aparente sistema acusatório, manifestamente distante dos princípios acusatórios propriamente ditos, mas temos a esperança de que, com a implementação de nova legislação processual penal, notadamente, de um novo Código de Processo Penal mais afinado com as pretensões acusatórias prelecionadas por nossa Constituição Federal, haveremos de atingir algum dia os anseios de um processo penal realmente democrático, dotado de garantias essenciais aos direitos fundamentais dos seres humanos e de preservação da soberania do Estado em prol da tão desejada pacificação social".

As propostas constantes do Anteprojeto como um todo e, mais especificamente, as que dizem respeito ao Tribunal do Júri, buscam resgatar essa democratização desejada e aparelhar esse sistema de julgamento popular com mecanismos de proteção e defesa dos acusados, revalorizando a figura do jurado leigo e garantindo às partes um processo justo e rápido, de modo que a sociedade receba desde logo uma prestação de conta e resposta quase imediata da atuação do Estado, e o condenado receba a pena no momento em que esta ainda se mostra pertinente, eficaz e com força para alcançar o que dela se espera (prevenção, repressão, segregação, desestímulo, reparação e regeneração) e, pois, se apresente adequada para aquele momento, sabido que justiça tardia não é justiça mas arremedo.

O jornal *O Estado de S. Paulo*, sob o título "Reforma de Código deve acelerar julgamentos", justamente por esses fundamentos, prestou apoio ao Projeto em análise, enfatizando: "Com as mudanças sugeridas no projeto que será entregue ao Ministro da Justiça no fim do mês, decisões que demoravam até dez anos para sair terão de ser tomadas em, no máximo, seis meses".[26]

Mas, como observou Paulo José da Costa Júnior, "antes de compreendermos as normas, devemos entender o seu objetivo".[27]

Resta então saber o que queremos para a nossa Nação no tocante ao Direito Penal e ao veículo de sua aplicação e concreção, que é o procedimento sistematizado e instrumento de realização da justiça.

(25) LAGO, Cristiano Álvares do. "Sistemas processuais penais", *RT* 774/471, abr. 2000.

(26) "Reforma de Código pode acelerar julgamentos", *O Estado de S. Paulo*, Caderno Cidades, de 06.11.2000.

(27) COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo : Saraiva, 2000. Parte da Introdução, p. 1.

Impõe-se reiterar "que os valores fundamentais do moderno processo penal são o garantismo e a efetividade".[28]

É nesse caminho que se dirigiu, buscando imprimir um procedimento ágil, despido de formalismos mas não das formalidades – posto que estas são da essência dos atos – que permita um julgamento tão rápido quanto seguro; sem descurar das garantias constitucionais e do direito do acusado ao *due process of law*.

Esse, pois, o caminho a trilhar com a colaboração dos doutos, dos estudiosos; da participação popular e com o descortino e bom senso dos integrantes do Poder Legislativo.

Com essa visão e escopo imprimiram-se alterações profundas, dentre as quais podem-se destacar algumas mais expressivas (mas não todas), como se verá adiante.

7. Competência

O Projeto, como não podia deixar de ser, mantém a competência do Júri para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, por força do comando constitucional que estabelece, em *numerus clausus*, a competência desse Tribunal (CF, art. 5.º, XXXVIII, *d*).

Portanto, não haveria possibilidade de inovar nessa parte, nem razão aparente que a justificasse.

Os delitos da competência do Júri são:

a) homicídio doloso, simples, privilegiado ou qualificado (CP, art. 121, §§ 1.º e 2.º);

b) induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (CP, art. 122);

c) infanticídio (CP, art. 123);

d) aborto provocado pela gestante, ou com seu consentimento (CP, art. 124), ou por terceiro (CP, arts. 125 e 126).

Mostra-se desimportante que se trate de crime consumado ou tentado (CPP, art. 74, § 1.º).

O latrocínio (CP, art. 157, § 3.º e 2.ª parte) e o seqüestro com morte (CP, art. 150, § 3.º) são da competência do juiz singular e não do Júri.

No seqüestro com morte, esta última circunstância é apenas uma agravante especial, que não altera a natureza daquele, de crime patrimonial (CP, Título II, Capítulo II).

[28] GRINOVER, Ada Pellegrini. "Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina; Argentina, Brasil e Código Modelo para Ibero-América", *Revista de Processo* 58/121, 1990.

8. Soberania do Júri

Também a questão relativa à soberania não pode ser objeto de apreciação ou de alteração por parte da Comissão ou mesmo do Congresso Nacional, diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos, estabelecido na Magna Carta.

A soberania das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença é da essência do sistema, e sem ela o objetivo colimado não se realiza.

Permitir que os tribunais alterem o mérito da decisão, dando solução diversa à causa, significa desautorizar a vontade popular e ofender o conceito de cidadania com a extensão e contornos que lhe deu aquela Carta de Princípios.

9. Sistema bifásico

No Brasil, desde o Código do Império, adota-se nos procedimentos do Júri o sistema bifásico, tal como em alguns outros países.

Nosso grande processualista José Frederico Marques[29] preferia dizer que "o procedimento relativo aos processos da competência do Júri comum é de *caráter escalonado*" e que o Brasil é um dos poucos países em que se mantém o antigo "sumário de culpa", ou jurisdição instrutória, como fase propedêutica do juízo propriamente dito.

Portanto, o sistema processual do Júri no atual Código de Processo Penal é bifásico. Na primeira fase instaura-se o *iudicium accusationis*, ou seja, o juízo da formação da culpa, quando se examina a admissibilidade da acusação formulada, como base para que o acusado ingresse na segunda fase, do *iudicium causae*, durante a qual é submetido a julgamento perante o Conselho de Sentença.

Importa dizer que no Projeto sobre Procedimentos, encaminhado pela Comissão de Reforma ao Congresso Nacional, adotou-se, como inovação e instrumento de maior garantia e celeridade, esse mesmo sistema de instrução preliminar.

A redação proposta está assim vazada:

"Art. 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo 10 (dez) dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

§ 1.º Na resposta o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas

[29] FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro : Forense. vol. 3, p. 151.

pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e, dependendo o comparecimento de intimação, requerê-la desde logo.

§ 2.º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112.

§ 3.º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará dativo para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

§ 4.º Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.

§ 5.º Entendendo imprescindível, o juiz determinará a realização de diligências, no prazo máximo de 10 (dez) dias, podendo ouvir testemunhas e interrogar o acusado.

Art. 396. O juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa.

Parágrafo único. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

a) for manifestamente inepta;

b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

c) faltar justa causa para o exercício da ação.

Art. 397. Considerando plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, o juiz absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas.

Art. 398. Contra a sentença de absolvição sumária ou contra a decisão que rejeitar a denúncia ou queixa, caberá recurso de apelação.

Parágrafo único. Da decisão que rejeitar parcialmente a acusação caberá agravo".

A nova redação do art. 394, § 4.º, estabelece que "as disposições dos arts. 395 a 398 aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código".

Como se verifica, o sistema bifásico só adotado no atual CPP para o procedimento do Júri, restou por generalizar-se em todos os procedimentos previstos pela Comissão, que justificou essa feliz inovação através de sua Presidente, a erudita e incansável Ada Grinover:[30]

"Os procedimentos também passaram por uma profunda revisão, buscando a celeridade e a defesa efetiva, observados os esquemas do processo acusatório. As técnicas que garantem o atingimento desses objetivos são: a) defesa do acusado antes do recebimento da denúncia ou queixa; b) possibilidade de absolvição

(30) GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit.

sumária no momento do juízo de admissibilidade da acusação; c) procedimento oral, realizado em uma só audiência, com o interrogatório do acusado tomado após a produção da prova; d) alegações finais e prolação da sentença em audiência".

Porém, como se verifica, a "instrução preliminar" dimensionada para todos os procedimentos, inclusive o do Júri, este com algumas características próprias, difere, em muito, da anterior, prevista no atual CPP, pois a nova versão apresenta-se muito mais célere e garantidora, como se depreende da narrativa da ilustre Presidente da Comissão.

10. Desaforamento

O desaforamento mereceu alterações significativas e aprofundadas.

Legitima-se o assistente do Ministério Público para requerer o desaforamento.

O sistema atual, previsto no CPP em vigor, só admite o desaforamento para "comarca próxima".

Tenha-se em mente que, em verdade, o Tribunal não desafora julgamentos; apenas determina que a autoridade competente o faça.

Pareceu-nos que manter a possibilidade de desaforamento apenas para comarca próxima, como prevê atualmente o Código de Processo Penal e o Projeto anterior assim mantinha, não soluciona o problema.

A jurisprudência já comprovou que, muitas vezes, justifica-se e mostra-se mais conveniente o desaforamento para outras comarcas do Estado não tão próximas ou, mesmo, para a comarca da Capital.

Seria mais sensato deixar a questão à prudente apreciação do Tribunal *ad quem*.

Por força desses argumentos é que o Projeto passa a permitir o desaforamento para outra comarca dentro do próprio Estado, "preferencialmente as mais próximas", mas não necessariamente a mais próxima, sem restrição à própria capital do Estado, se preenchidos os pressupostos estabelecidos, sabido que a regra atual não satisfaz a exigência de um corpo de jurados isento de influências.

Define-se que o pedido de desaforamento terá distribuição imediata e será apreciado, com preferência, pela Câmara ou Turma do Tribunal, podendo o relator determinar a suspensão do julgamento pelo Júri, se forem relevantes os motivos apresentados.

Portanto o só pedido de desaforamento não tem efeito suspensivo, nem impede o julgamento com a só distribuição do requerimento. Caberá ao relator atribuí-lo ou não.

Lamentavelmente, a lei em vigor não disciplinou o julgamento dos pedidos de desaforamento nos tribunais, causando perplexidade.

Mas com a proposta de alteração, o sistema de desaforamento alcança um objetivo mais amplo e ganha um espectro de abrangência mais significativo.

Não será motivo de desaforamento apenas a garantia da ordem pública, a dúvida sobre a parcialidade do Júri ou a segurança pessoal do acusado, como no regime atualmente em vigor (CPP, art. 424).

O desaforamento funcionará como mecanismo de controle do tempo de espera para julgamento, com força de estabelecer que o acusado, como regra, sempre será julgado em um prazo não superior a seis meses.

Previu-se que, em havendo excesso de serviço comprovado e o julgamento não puder ser realizado no prazo de seis meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, o acusado – e somente ele – poderá requerer o desaforamento.

Observe-se que não havendo esse excesso de serviço mas constatando a inexistência de processos aguardando julgamento, em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, ficando assim demonstrado inexistir motivo para o retardamento, o acusado poderá requerer diretamente ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento.

Embora esta última hipótese não seja de desaforamento propriamente dito, pois o deslocamento do julgamento para outra comarca implicaria premiar o juiz desidioso, o julgamento dentro do prazo máximo de seis meses passa a ser direito subjetivo irretirável do acusado.

Impede-se a formulação do pedido de desaforamento na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando já efetivado o julgamento, salvo quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.

11. Jurados

11.1 Alistamento

O Projeto prevê o alistamento anual, por parte do Presidente do Tribunal do Júri, de pessoas que poderão prestar serviços, segundo os limites estabelecidos no art. 425 e escalonados conforme o número de habitantes da comarca.

Contudo, esse *quantum* não significa limite máximo, podendo ser aumentado, caso necessário, e, ainda, ser organizada lista de suplentes, de modo a atender à demanda e ao crescimento vegetativo de processos da competência do Júri nas grandes cidades.

Uma das críticas que se faz à instituição do Júri é a forma de arregimentação dos jurados, apontando-se o absoluto controle do Poder Judiciário na sua participação, esvaziando um dos significados políticos da previsão do julgamento do acusado pelos seus pares.

Agora, segundo o Projeto, a possibilidade de se buscar o alistamento de pessoas da própria comunidade, por meio do concurso de um número mais dilargado de entidades representativas, tornará mais dúctil o critério e mais democrático o instituto.

Esses os fundamentos em razão dos quais procurou-se democratizar as regras sobre o alistamento de jurados, ampliando-se a possibilidade de sua arregimentação pelas autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários.

Previu-se, também, a exclusão da lista geral, pelo prazo de dois anos, daquele que tiver integrado o Conselho de Sentença no ano anterior, evitando a profissionalização do jurado.

Essa providência acaba com o jurado profissional ou "de carteirinha", que, com o passar dos anos, perde a condição de juiz leigo e desvirtua o objetivo colimado pelo ordenamento jurídico.

Importante notar que essa exclusão somente ocorre se a pessoa tiver efetivamente integrado o Conselho de Sentença, corrigindo equívoco de propostas anteriores, que excluíam até mesmo aqueles que não tivessem participado de julgamento, frustrando um sem-número de cidadãos que gostariam de exercer esse dever cívico.

É suprimido, por absoluta inocuidade, o recurso contra a decisão (administrativa) que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir sem, contudo, impedir qualquer pessoa de representar ao juiz-presidente, que terá obrigação de decidir acerca da questão.

11.2 Sorteio e convocação dos jurados

O sistema de sorteio de jurados também sofreu importantes modificações.

O sorteio será realizado entre o décimo quinto e o décimo dia útil antecedente à instalação da reunião, e o jurado não sorteado poderá ter o seu nome reincluído para as reuniões futuras.

Contudo, o Projeto resguarda o interesse das partes em acompanhar o sorteio, determinando a sua prévia intimação.

A convocação será feita pelo Correio, ou por qualquer outro meio hábil.

Segundo previsão expressa, juntamente com o expediente de convocação serão transcritos os arts. 436 a 446 (do Projeto) e anexadas cópias da pronúncia e do relatório do processo (que deve ser sucinto e objetivo), de modo que o jurado tenha conhecimento prévio do processo que será julgado e das circunstâncias do caso, bem como de seus deveres e obrigações.

Uma outra alteração mostrou-se necessária e de fundamental importância.

Amplia-se o número de jurados sorteados para cada sessão de 21 para 25, bem como o número mínimo de jurados para que se possam instalar os trabalhos, que passa de 15 para 19, com o objetivo de evitar sua suspensão pelo não comparecimento do número mínimo exigido e, ainda, visando restringir a possibilidade de desmembramento do julgamento, quando haja mais de um acusado.

11.3 Função e participação dos cidadãos como jurados

Mantém-se a obrigatoriedade do serviço do Júri, compreendendo o alistamento de cidadãos de notória idoneidade.

Ajustando a lei codificada à Constituição da República, fica afirmado e determinado que "nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do Júri ou deixar de ser alistado em razão da cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução", de modo a valorizar a função e assegurar que o acusado seja julgado por seus iguais, dentro do mesmo contexto social.

Afasta-se, assim, qualquer possibilidade de tratamento discriminatório na convocação dos jurados.

A participação das pessoas como jurados também sofreu alterações, reduzindo-se o rol dos isentos, para afastar apenas os maiores de 70 (anos) e os médicos, somente quando eles próprios requeiram sua dispensa, que não poderá ser negada.

Atualmente, nos tempos modernos, nada justifica afastar simplesmente, de pronto, antecipada e definitivamente, os médicos e os maiores de 70 anos do serviço do Júri.

Grande parte dos médicos atua em horários compatíveis com essa atividade, enquanto a expectativa de vida vem aumentando rapidamente, de modo que uma pessoa da terceira idade mostra total higidez física e mental, sendo útil à sociedade.

Não se pode afastar a possibilidade de contar com a colaboração de pessoas experientes e cultas, para prestar relevantes serviços, como são os médicos e os maiores de 70 anos.

Fica a possibilidade de requererem sua dispensa, independentemente da demonstração de impedimento e que não poderá ser negada.

Retira-se da lei atual a previsão de multa ao jurado faltoso, impondo-lhe apenas perda do benefício de presunção de idoneidade moral, de prisão especial e de preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento de cargo, função ou promoção funcional.

Nada justifica a imposição de multa se as demais sanções mostram-se adequadas e suficientes para inibir e afastar a falta de civilidade ou a má vontade das pessoas.

Não há como negar correção à crítica formulada por Ana Paula Zomer ao indagar "o que sabemos sobre nossos jurados?" parà, em seguida responder: "Talvez a profissão, caso as fichas do tribunal respectivo estejam atualizadas".[31]

Mas, embora se imponha reconhecer que o critério de escolha desses juízes leigos é falho e insatisfatório, tanto que foi objeto de estudo e de preocupação por parte da Comissão, sofrendo as modificações possíveis, não menos certo que o Poder Judiciário não dispõe de estrutura suficiente para manter um cadastro atualizado, contendo o nome de pessoas previamente avaliadas sob todos os aspectos, e que possam ser consideradas como paradigmas e expressão do que há de melhor e mais representativo na sociedade.

Não obstante, nem o Código de Processo Penal em vigor, nem o Projeto do Júri em tramitação impedem que o juiz-presidente, por iniciativa própria, crie uma Comissão de apoio, composta por voluntários de diversas áreas profissionais, tais como sociólogo, psicólogo, representante da OAB, do Ministério Público e de entidades representativas de classes para, em separado ou em conjunto com o próprio Magistrado, analisar o *curriculum* de cada pessoa indicada e submetê-la a entrevista para posterior inclusão na Urna Geral.

Enfim, modernizam-se as normas sobre escusas de jurados.

Dá-se maior liberdade e oportunidade de participação ao jurado, permitindo que solicite ao orador a indicação "da folha dos autos por ele lida ou citada, bem como esclarecimento sobre questão de fato".

Poderá, ainda, o jurado examinar os autos a qualquer momento da discussão da causa e não apenas na sala secreta.

11.4 Incomunicabilidade

O Projeto manteve a incomunicabilidade dos jurados, embora haja vozes discordantes.

Mas não poderia ser diferente, considerando as características do sistema processual brasileiro, que mantém um Conselho de Sentença composto de apenas sete integrantes. Além disso, nada justificava alteração nesse sentido.

Corretas, pois, as observações de Ana Paula Zomer quando enfatiza: "Confesso que, em uma primeira análise, a interação do Conselho de Sentença que delibera parece solução a ser adotada. Entretanto, a eventual existência de um jurado líder, quero crer, ameaça as primeiras certezas. Com efeito, imaginar uma hierarquia entre os juízes de fato, na medida em que tal escalonamento lhes possa tolher a independência e o poder de decidirem de acordo com suas consciências, preocupa".[32]

(31) ZOMER, Ana Paula, op. cit., p. 11.

(32) Idem, ibidem.

A participação no Conselho significa um exercício de cidadania e a possibilidade de o jurado fazer um exame de consciência e um juízo de valor seu, individual e para ele soberano e inexpugnável. Submeter o julgamento a acertos, ponderações e acordos não se compadece, como antes observado, com o sistema processual dimensionado.

O "pensamento coletivo", a expressão do entendimento de um grupo sugere e pressupõe troca de idéias, capitulação e transigência, circunstância que não se compadece com a prerrogativa da convicção íntima que a Carta Magna outorgou a quem julga.

12. Primeira fase: juízo da formação da culpa (*iudicium accusationis*)

12.1 Acusação, denúncia e instrução preliminar

A Comissão de juristas abandonou o procedimento ordinário estabelecido no atual CPP para criar um procedimento próprio para os processos da competência do Júri, inspirando-se no procedimento sumário proposto, iniciando-se a primeira fase do *iudicium accusationis* perante o juiz preparador, com a acusação e realização do procedimento preliminar.

Neste, oferecida a denúncia e se esta não for rejeitada liminarmente, o acusado é citado para oferecer defesa prévia em dez dias, oportunidade em que poderá argüir preliminares, especificar provas, juntar documentos e arrolar testemunhas. A audiência será concentrada em um só ato processual, com a inquirição das testemunhas, interrogatório e alegações orais.

Mas, se no procedimento preliminar, estabelecido para os demais crimes (arts. 395 a 398 do Projeto), a produção de provas é faculdade do juiz – que poderá dispensá-las –, pois o art. 395, § 5.º, dispõe que o juiz determinará a realização das provas se as entender "imprescindíveis", no procedimento preliminar do Júri essa dilação probatória é indispensável e não fica no poder dispositivo do juiz instrutor.

Tanto que o art. 410 do Projeto dispõe que "o juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de dez dias".

Lembre-se, também, que o Projeto de Lei sobre *Procedimentos*, apresentado pela mesma Comissão, prevê nova redação ao art. 396, determinando que o juiz decida sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa, podendo rejeitá-la de plano quando: I) for manifestamente inepta; II) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III) faltar justa causa para o exercício da ação.

Exsurge evidente a vantagem deste sistema com relação ao atual, pois permite-se a sanação de irregularidades formais da denúncia desde logo, pois sua rejeição não impede que outra seja oferecida.

Mas escorreita a peça acusatória, impõe-se ao juiz que decida, no mais curto espaço de tempo, acerca da sua admissibilidade.

No sistema atual a denúncia é recebida sem a participação do acusado e sem lhe permitir uma defesa preliminar ou *initio litis*, retirando a possibilidade de demonstrar a sua improcedência.

Ora, tal ofende comezinhos princípios constitucionais.

Ademais, o constrangimento e dissabor de um processo é, o mais das vezes, mais nocivo, ofensivo, constrangedor e danoso do que a própria condenação.

12.2 Pronúncia, impronúncia e absolvição sumária

Ainda na primeira fase, perante o juiz singular, e somente após concluída a instrução preliminar, é que se fará o juízo de admissibilidade da acusação, como antes observado.

Recebendo a denúncia, através de decisão fundamentada, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, o juiz pronunciará o acusado. Desta decisão caberá agravo de instrumento, com efeito suspensivo, apenas com relação ao julgamento (Projeto sobre Recursos, art. 583, IV e § 1.º).

Perceba-se – porque fundamental – que entre o ato de citação e a decisão de pronúncia do acusado (recebimento da denúncia) ou o afastamento da acusação, deverá mediar interregno não superior a noventa dias, pois o art. 412 do CPP, com a redação proposta no Projeto de Lei, estabelece o prazo de noventa dias para a conclusão da instrução preliminar perante o Juiz Singular.

Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz proferirá, também fundamentadamente, decreto de impronúncia. Nessa hipótese, se não estiver extinta a punibilidade e colhendo-se outras provas que sejam suficientes, nova acusação poderá ser formulada, mediante apresentação de nova denúncia.

Poderá, ainda, na mesma oportunidade, absolver o acusado sumariamente, como adiante especificado.

Impõe-se admitir que, em verdade, a pronúncia, tal como prevista no art. 407 do atual Código de Processo Penal, passa a não mais existir.

Ali a sentença de pronúncia pressupõe que tenha ela sido recebida anteriormente, de modo que após percorrer demorado e angustiante procedimento de formação da culpa é que se pronunciará o acusado.

Aqui, no entanto, o recebimento da denúncia constitui a própria pronúncia, ou seja, dá-se àquele recebimento nova denominação e nada mais. Elimina-se uma

etapa e ganha-se tempo precioso, pois suprime-se nova e desnecessária manifestação das partes para alegações, como previsto atualmente no art. 406 do CPP.

Reduz-se, ainda, a influência que a motivação da pronúncia possa exercer sobre os jurados.

Como acima observado, inova-se também, com relação à absolvição sumária.

Esta poderá ser decretada em quatro hipóteses distintas: seja porque provada a inexistência do fato, ou provado não ser o acusado autor do fato; este não constituir infração penal ou demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Dá-se uma dimensão muito maior à essa espécie de absolvição, pois o sistema restritivo do atual art. 411 do CPP não mais se compadece com o moderno Direito Penal de intervenção mínima. Abandona-se o anacrônico e injustificado "recurso de ofício" previsto para a absolvição antecipada.

Ressalta-se, ainda, outra particularidade importante.

No atual sistema o CPP entregou a outro magistrado a tarefa de receber a denúncia, rejeitá-la ou absolver antecipadamente o acusado, pois a instrução se faz perante o juiz singular (arts. 394 a 405) mas, em seguida, os autos são enviados ao Presidente do Tribunal do Júri, ao qual se cometeu aquela importante tarefa de proferir o juízo de admissibilidade.

No Projeto *sub studio* o mesmo juiz singular que realizou a instrução na primeira fase e colheu a prova é que terá o *munus* de apreciar a denúncia, pronunciar ou absolver antecipadamente o acusado, afastando-se a possibilidade de o Juiz-presidente do Tribunal do Júri ficar influenciado e preconcebido na segunda fase e assim se comportar quando do julgamento perante o Conselho de Sentença.

Como se verifica, a exclusão (ou revogação) do art. 408 do atual CPP implica retirar a absolvição sumária do poder decisório do juiz-presidente, que não participou da colheita da prova na instrução preliminar.

E, como observado acima, inúmeras são as razões que justificam essa alteração da sistemática anterior.

Àquelas antes enunciadas pode-se acrescentar outra:

Como visto, por deliberação da Comissão, aplicam-se as disposições do procedimento sumário à instrução dos processos da competência do Tribunal do Júri. Ora, com essa providência a cognição na fase do *iudicium accusationis* reduz-se sensivelmente, transferindo para o Plenário uma fase instrutória mais ampla e robusta.

Seria incoerente o Projeto adotar o princípio da identidade física do Juiz e, ainda assim, permitir que o juiz-presidente faça amplo juízo de valor sobre questões importantíssimas acerca da materialidade, da autoria, da culpabilidade, do erro, das descriminantes e das causas de exclusão da ilicitude, dando um profundo mergulho valorativo no àcervo probatório que não colheu.

Preclusa a decisão de pronúncia, o processo será encaminhado ao juiz-presidente do Tribunal do Júri (Projeto, art. 421).

13. Segunda fase: juízo da causa (*iudicium causae*) – Julgamento em plenário

13.1 Atribuições do presidente do Tribunal do Júri

Entre as atribuições do juiz-presidente o Projeto incluiu o inc. XII ao art. 497 disciplinando "apartes", que sempre foram fonte de discórdia e de perturbação dos trabalhos.

Estabeleceu-se competir ao juiz-presidente "regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até três minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo desta última".

O acréscimo do tempo utilizado em favor de quem permitiu o aparte (e não o seu desconto do tempo de quem o obteve) visou cumprir o princípio da isonomia, de modo que a ambas as parte é concedido o tempo previsto no Projeto de Lei.

13.2 Preparação do processo para julgamento em Plenário

Como se pode verificar no Projeto de Lei, elimina-se o libelo-crime acusatório, antiga reivindicação já constante do Anteprojeto José Frederico Marques (1970) e dos Projetos de 1975 e 1983, devendo os autos, após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, ser remetidos ao Tribunal do Júri, com o que se ganha em celeridade e eficiência; evitando, mais uma vez, a interposição de recurso e a procrastinação do julgamento.

Fica, assim, suprimida a leitura do libelo ou da pronúncia para o início da acusação em Plenário.

Ao receber os autos deverá o juiz-presidente determinar a intimação das partes para, em cinco dias, apresentar o rol de testemunhas que irão depor em Plenário, até o máximo de oito, podendo juntar documentos e requerer diligências.

A preparação do processo para julgamento em Plenário é simples e rápida, tornando a passagem dos autos do Juízo Singular para o juiz-presidente despida de maiores formalidades.

Mas revela momento extremamente importante, pois prevê a possibilidade de deliberação do Juiz-presidente acerca das provas requeridas e que serão produzidas ou exibidas em Plenário e da realização de diligências para sanar nulidades ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa.

É nesse instante que o juiz-presidente fará o *relatório* do processo – que se pretende sucinto – e não em Plenário do Júri. Esse relatório será uma das peças obrigatoriamente remetidas aos jurados com o expediente de convocação, permitindo o conhecimento antecipado da causa que irá ser apreciada.

Em seguida, sem mais delongas e sem necessidade de nova manifestação das partes, determinará a inclusão dos autos em pauta de julgamento.

13.3 Organização da pauta

Tal como no sistema atual, terão preferência, na ordem dos julgamentos:

I) os acusados presos;

II) dentre eles, os que estiverem há mais tempo na prisão;

III) em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

Contudo, o juiz-presidente deverá reservar datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado.

13.4 Recusas peremptórias e sigilo das votações

O sigilo das votações é garantia constitucional insculpida no art. 5.º, XXXVIII, *b*, sendo, pois, irretirável e não sujeito a qualquer disceptação.

Aliás, o Júri permanece entre nós, tendo resistido a dois períodos ditatoriais, mantendo o sigilo das votações e o direito às recusas peremptórias.

Portanto, essas características são da tradição do nosso Direito, quando se fala em julgamento por esse tribunal especial.

O art. 72, § 31, da Constituição de 1891, mantendo, nessa parte, o sistema da lei do Império, reafirmou o sigilo do voto e as recusas imotivadas dos jurados.

Aliás, o Juiz Alcides de Mendonça Lima sofreu processo criminal e foi defendido por Ruy Barbosa porque, ao presidir o Tribunal de Júri, declarou inconstitucionais tais dispositivos e negou vigência a uma lei estadual da província do Rio Grande do Sul, que abolia tanto o voto secreto como as recusas dos jurados.

Nessa oportunidade o grande Ruy Barbosa,[33] defendendo tanto o corajoso magistrado como a instituição do Júri, deixou assentado que o "Júri constitui a alma e o nervo da liberdade".

Ressalte-se que o Dec.-lei 167, de 05.01.1938, concedia às partes o direito de recusar até três jurados (art. 53, § 2.º) e mantinha o sigilo nas votações (art. 81).

Também o Código de Processo Penal de 1941 (Dec-lei 3.689, de 03.10.1941), ainda em vigor, assegurou tanto as recusas peremptórias como a votação secreta.

A chamada "sala secreta", para onde se recolhem os jurados e é feita a votação dos quesitos com presença restrita apenas do juiz-presidente, dos jurados, do representante do Ministério Público, do advogado e do oficial de justiça é parte integrante dessa "votação secreta", não obstante alguns juristas tivessem entendi-

(33) BARBOSA, Ruy. *O júri e à responsabilidade penal dos juízes*, apud Cesar de Faria Júnior, "Ruy Barbosa, o júri e a responsabilidade penal dos juízes – O crime de hermenêutica", em homenagem ao sesquicentenário de Ruy Barbosa, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 34/265, São Paulo, RT, abr./jun. 2001.

do que a Constituição de 1988 a teria abolido. O C. STF, dirimindo a controvérsia, afirmou que a regra do art. 93, IX, afirmando que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos...", há de ser entendida tendo-se presente a regra específica do art. 5.º, XXXVIII (STF, RE 01409754/210, rel. Min. Paulo Brossard, *DJU* 13.02.1992, p. 1.068).

O Projeto não alterou esses dois aspectos, mantendo, como não poderia deixar de ser, posto que garantido pela imutabilidade, o sigilo das votações, e a recusa imotivada de até três jurados pelas partes, garantia mínima que se impõe conceder à acusação e à defesa para que o corpo de jurados se mantenha hígido, íntegro e isento de desconfianças, posto que nem sempre a argüição de suspeição ou de impedimento do jurado é suficiente para arrostar perigos e afastar inconvenientes.

13.5 Separação dos julgamentos em caso de dois ou mais acusados

O Projeto do Júri adota o princípio da unicidade dos julgamentos, dificultando a possibilidade de separação quando haja mais de um acusado.

Embora mantenha as recusas imotivadas de até três jurados e permita que sejam feitas por um só defensor, se assim convencionar a defesa, a separação dos julgamentos somente ocorrerá se, por duas sessões consecutivas, em razão dessas recusas, não for possível compor o Conselho de Sentença.

Significa, então, que a só recusa de jurado, quando não haja coincidência nas recusas entre acusação e defesa, não será mais causa de desmembramento, como atualmente previsto no Código de Processo Penal em vigor.

Preocupou-se a Comissão, ainda, em que, determinada a separação dos julgamentos, seja julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato, por razões óbvias, evitando, assim, decisões conflitantes, como sói acontecer quando o agente secundário ou co-partícipe, julgado em primeiro lugar, é condenado e o autor principal é posteriormente absolvido.

Além dessa alteração restritiva, o aumento dos jurados sorteados para a sessão de 21 para 25 e do número mínimo previsto para a instalação dos trabalhos de 15 para 19 torna quase impossível o desmembramento.

13.6 Comparecimento do acusado na sessão de julgamento

Ao contrário da legislação em vigor, o Projeto optou por não exigir o comparecimento do acusado solto, assim como do assistente ou do advogado do querelante que tiver sido regularmente intimado.

Portanto, permite-se a realização do julgamento sem a presença do acusado, que, em liberdade, poderá exercer a faculdade de não-comparecimento como um corolário lógico do direito ao silêncio constitucionalmente assegurado.

Como a prisão provisória, que era regra, converte-se em exceção, a exigência do acusado solto em Plenário como condição para o julgamento já não mais se harmoniza com o novo sistema.

Embora o acusado *preso* deva, obrigatoriamente e para a garantia de um julgamento justo, ser intimado a comparecer, sendo que a ausência desse ato impede a realização do julgamento, permite-se-lhe requerer dispensa de comparecimento à sessão de julgamento, sem prejuízo de sua realização. Contudo, também para maior segurança, o requerimento haverá de ser subscrito por ele e por seu defensor.

Mas, comparecendo em Plenário, dá-se-lhe tratamento humanitário, proibindo-se, como regra, o uso de algemas.

13.7 Instrução, exibição de objetos em Plenário e debates

Como se observou anteriormente, inexiste no Projeto previsão de libelo ou de sua leitura em Plenário.

A instrução tem início logo após os jurados prestarem compromisso, com a inquirição do ofendido ou vítima, se possível, e das testemunhas arroladas pela acusação e, em seguida, daquelas arroladas pela defesa.

O representante do Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor poderão formular perguntas diretamente às testemunhas e ao acusado. Os jurados as formularão por intermédio do juiz-presidente.

O interrogatório do acusado é o último ato da instrução, coerente com o entendimento de que constitui meio de defesa, permitindo-lhe arrostar a acusação e demonstrar a ausência de veracidade nos depoimentos que o incriminam.

Tanto no procedimento do Júri como em todos os demais, os Projetos permitem o registro do interrogatório e dos depoimentos das testemunhas por sistema de gravação, estenotipia ou similar.

Mas a Comissão optou por não permitir o interrogatório à distância de réu preso.

Como não se desconhece, a exibição de objeto aos jurados e a leitura de documentos sem prévia ciência da outra parte é fonte inesgotável de nulidades.

A jurisprudência não se pacificou sobre o tema, circunstância que conduz a incertezas e casuísmos.

Por essa razão a leitura de documentos e a exibição de objetos em Plenário foi adequadamente disciplinada, estabelecendo-se critérios objetivos de permissão e proibição.

Previu-se que a leitura de documento ou a exibição de objeto somente será permitida se tiver sido juntado aos autos com cinco dias úteis de antecedência, mediante ciência à outra parte (art. 479 do Projeto).

Mas optou por uma disciplina mais cautelosa e estabelecida em *numerus clausus*, com previsão prévia do que pode ou não ser apresentado no Plenário.

Essa a razão do acréscimo do § 2.º ao art. 479 do Projeto, dispondo que: "Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, 'croqui' ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados".

Significa, a *contrario sensu*, que não se compreende na proibição deste artigo a leitura de jurisprudência ou compêndio de doutrina ou a distribuição de cópias de peças dos autos, desde que sem quaisquer anotações, grifos ou realces.

Essencial também ao conhecimento dos fatos a previsão de a acusação, defesa e jurados poderem, a qualquer momento, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada ou que preste esclarecimentos aos jurados sobre fato por ele alegado (art. 480 do Projeto).

Encerrada a instrução, passa-se aos debates.

Não se admitirá a leitura de peças do processo, salvo as provas que não tenham sido produzidas em Plenário e consideradas irrepetíveis, pois não se justifica a leitura de peças produzidas na presença dos jurados.

Será concedida a palavra ao Ministério Público para formular a acusação, nos limites da pronúncia, por duas horas. Após, terá a palavra o Defensor pelo mesmo prazo, podendo a acusação replicar e a defesa treplicar, por meia hora cada qual.

O assistente falará depois do Ministério Público e com este dividirá o tempo previsto.

13.8 Desclassificação da infração

Segundo ficou estabelecido, se ocorrer a desclassificação da infração da competência originária do Júri ou do crime conexo para outra, de competência do juiz singular, caberá, como regra, ao juiz-presidente do Tribunal do Júri proferir sentença em seguida, exceto quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela Lei como infração de menor potencial ofensivo, hipótese em que os autos serão remetidos ao Juizado Especial Criminal.

Nada justifica que o juiz-presidente, diante da desclassificação da infração para outra, esta da competência do juiz singular, conhecendo todos os fatos e tendo colhido a prova, remeta os autos para outro juízo ou magistrado. Tal ofenderia o princípio da identidade física agora abraçado, de modo que deverá proferir sentença em seguida à desclassificação.

Mas se da desclassificação resultar infração da competência do Juizado Especial, impõe-se, por razões óbvias, remeter os autos a essa unidade judiciária, pois ali se permite a transação civil (art. 72 da Lei 9.099/95), mediante composição dos danos civis, resultando em extinção da punibilidade do agente agressor, por força de presunção legal e, portanto, *juris et de jure,* de que houve renúncia ao

direito de representação por parte da vítima, permitindo, também, a transação penal, de modo a abrir a possibilidade prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, de o Ministério Público propor a aplicação imediata e sem processo de pena restritiva de direitos ou multa.

13.9 Questionário

13.9.1 Origem do questionário e suas características

O sistema processual brasileiro de julgamento dos crimes dolosos contra a vida, através do Tribunal do Júri, adotou o sistema francês, ou do questionário, baseado na separação entre o juízo sobre as questões de fato, da competência dos jurados, e o juízo sobre questões de direito, da atribuição do juiz-presidente ("juiz togado"), segundo a proposição: *de jures judices, de facto juratores.*

Por questionário entende-se uma série de quesitos sobre os quais "se há de emitir julgamento ou opinião".[34]

Quer a lei que os quesitos sejam redigidos "em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza" (CPP, art. 484, VI).

Ou, segundo a nova redação proposta: "Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e bem distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão" (Projeto, art. 482, par. ún.).

Segundo escólio de Alberto Franco e Adriano Marrey,[35] "quesitos, são, portanto, perguntas comumente elaboradas, por escrito, pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, e endereçadas aos integrantes do Conselho de Sentença para que esses possam responder, na sala secreta, através de votação sigilosa, uma a uma dessas indagações, formulando, assim, uma decisão sobre a causa em exame. É óbvio que os quesitos devem versar sobre o fato criminoso e as circunstâncias que o cercaram, assim como sobre as teses sustentadas pela acusação pública ou pela defesa e não sobre teses ou conceitos jurídicos". E acrescentam: "Embora o questionário seja montado por inteiro pelo Juiz-presidente, cada quesito é proposto em separado e, oralmente, aos jurados. O questionário final é, portanto, o que resulta da votação. Não é exigível a entrega de cópia do esboço de questionário feito pelo Juiz-presidente porque pode ser ele modificado por requerimentos ou reclamações das partes".

Mas, diante da abertura permitida na lei para a redação das perguntas e da dificuldade prática de separar o fato, como fenômeno do mundo natural, do Di-

(34) NASCENTES, Antenor. *Dicionário da língua portuguesa*, 1967. t. IV, p. 14.

(35) FRANCO, Alberto Silva e MARREY, Adriano. *Teoria e prática do júri.* Obra coletiva coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7. ed. São Paulo : RT, 2001. p. 454.

reito, enquanto cientificação, dogmatização e classificação dos acontecimentos, para efeito de tipificação e enquadramento legal, sùrgiu justa crítica à instituição como um todo, ao prever a submissão aos jurados – que se pretende sejam juízes leigos – a teses jurídicas complexas, apresentadas pelas partes, por intermédio de um questionário de difícil elaboração e entendimento pelos próprios magistrados de carreira e demais *expertos* que atuam em Plenário, comprometendo, em significativo número ou percentual, a decisão dos jurados, decidindo pela absolvição quando sua intenção ou sentimento interno era condenar, ou condenando, certos e seguros de que estavam absolvendo.

Em excelente trabalho crítico Fauzi Choukr[36] lembrou, com propriedade, que outro aspecto do Código do Império que guarda imensa correlação com o sistema do Código de Processo Penal, "é a forma como os jurados julgam, a saber, por questionários e respondendo a temas técnicos e fáticos, sendo forçoso reconhecer, entretanto, que o sistema anterior era mais simples e direto".

A respeito dessa questão, fundamental transcrever a advertência de Edson O'dwyer, excepcional processualista: "É preciso que nos conscientizemos de que o jurado só quer condenar ou absolver. Em condenando, quer uma pena mais longa ou mais breve. O mais, as filigranas, as conceituações técnicas, as dificuldades, tudo é problema do juiz que presidir a sessão. É necessário que se faça do não-togado um julgador de fato, não de direito. De circunstancial, de conduta, de comportamento humano, não de assuntos essencialmente jurídicos, alguns dos quais difíceis e controversos até para os juristas" ("Sugestões para a revisão do Código de Processo Civil", *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Imprensa Nacional* 1/37, 1993).

Atualmente, os jurados, que a Carta Magna determina sejam leigos – pressuposto indeclinável do exercício da cidadania e de que nos crimes dolosos contra a vida o comportamento social do acusado deve ser julgado por seus iguais, seus pares e, portanto, pertencentes ao mesmo estrato social – são indagados sobre questões de direito, complexas e difíceis de entender até mesmo pelos especialistas na matéria e pelos juízes togados. Pior do que isso, a reiteração dessas questões e a não renovação do corpo de jurados os torna verdadeiros rábulas e desvirtua o sistema.

Constata-se, diante do sistema aberto de quesitação permitido na lei processual penal em vigor, com a liberdade concedida ao juiz-presidente de redigir essas proposições sem qualquer parâmetro prévio ou assentamento na lei, que o questionário converteu-se em perigosa fonte de nulidades, tornando essa corte popular de justiça ineficiente para dar a resposta esperada pela sociedade e insuficiente para atender à finalidade buscada pelo Direito Positivo, de dar a cada um o que é seu no exato momento em que a sua atuação e eficácia exige-se efetiva.

(36) CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit.

Agrava esse estado de coisas o fato de que ora os quesitos são formulados de um modo, ora de outro, muitas vezes na forma negativa, tornando-os de difícil entendimento, conduzindo à contradição.

Ressalte-se, por fim, que, à luz das regras atualmente vigentes para o processo e julgamento perante o Tribunal do Júri, os operadores do direito desenvolveram a prática de redigir e submeter quesitos impregnados de questões jurídicas.

O Projeto de Lei apresentado, coerente com a exigência constitucional de que os julgadores no Tribunal do Júri devam ser juízes leigos, determina no art. 482 que o Conselho de Sentença "seja questionado sobre matéria de fato", vedada qualquer proposição jurídica.

13.9.2 Questionário no Código do Império

No direito brasileiro o Código de Processo Penal em vigor dispõe sobre os quesitos nos arts. 484 a 491.

Não trouxe a redação de qualquer quesito, adotando um sistema "aberto", de modo a entregar ao juiz-presidente a prerrogativa de redigir quantos entender necessários e com a redação que lhe parecer mais adequada.

Esse sistema mostrou-se nocivo e perigoso, na medida em que a falta de padrão e de regras para a redação dos quesitos, ou mesmo de paradigmas predefinidos em estalões para as proposições fundamentais e nucleares, incentivou a imaginação e a criatividade, que, por sua vez, conduziram a equívocos e impropriedades, resultando em um número assustador de julgamentos anulados e renovados.

Se é certo que o arcabouço estrutural do procedimento do Júri do atual Código de Processo Penal guarda acentuada semelhança com aquele que vigorou ao tempo do Governo Imperial em nosso País, no que se refere ao questionário o sistema do Código de Processo do Império de 1832 era melhor e até mais adequado.

Naquele vetusto estatuto, que já assumia o sistema bifásico, havia previsão de formulação de quesitos nas duas fases.

Na fase do *iudicium accusationis* ou de formação da culpa a lei previa dois quesitos e determinava a sua redação:

"1. Há neste processo suficiente esclarecimento sobre o crime e seu autor para proceder à acusação?"

"2. Procede a acusação contra alguém?"

Após o oferecimento do libelo e já na segunda fase, aquele Código determinava, também com redação nele próprio estabelecida, a formulação de cinco quesitos:

1. Se existe crime no fato ou objeto da acusação.

2. Se o acusado é criminoso.

3. Em que grau de culpa tem incorrido.

4. Se houve reincidência? (se disso se tratar).

5. Se há lugar para indenização.

Com esse rigor, impedindo-se que a redação dos quesitos ficasse ao alvedrio do juiz-presidente, evitava-se a anulação do julgamento por vício, defeito, impropriedade, contradição dos quesitos entre si e contradição nas respostas dos jurados em virtude de má redação.

13.9.3 Questionário do Projeto

I – Anote-se, desde logo, que o Projeto de Lei sobre o Júri cria a Seção XIII (Do questionário e sua votação), de modo a lhe dar mais autonomia, importância e especificidade.

No Projeto o questionário é sensivelmente simplificado, perdendo em complexidade e ganhando em objetividade e simplicidade.

O Conselho de Sentença será questionado apenas sobre matéria de fato por razões óbvias antes esclarecidas.

Os quesitos devem ser redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, não se permitindo sua formulação com indagações negativas, atendendo a justa crítica reiteradamente feita pelos especialistas nessa área.

Franco e Marrey[37] observam, com precisão, que "a forma negativa deve ser expungida do questionário. Como afirmou José Frederico Marques, com base em julgado publicado na *RF* 123/533, 'as proposições simultaneamente interrogativas e negativas podem causar confusão no espírito dos jurados sobre a maneira de enunciarem o seu pensamento ou ocasionar dúvidas no tocante à intenção da resposta'. Ao jurado leigo a resposta positiva pode anular uma pergunta em forma negativa e uma resposta negativa pode ensejar uma conclusão positiva, em razão da existência de duas negativas".

II – A simplificação do questionário alcançou o máximo possível, com previsão, na própria lei, de formulação de apenas três quesitos básicos para obter a condenação ou absolvição: a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; e c) se o acusado deve ser absolvido ou condenado.

O terceiro quesito e, dentre todos, o mais importante e fundamental, tem redação na lei.

Aos jurados será indagado apenas se absolvem ou condenam o acusado, em cédulas especiais contendo as palavras "absolvo" e "condeno".

Assim, respondidos afirmativamente os dois primeiros quesitos acerca da materialidade do fato e sobre a autoria ou participação, será formulado o terceiro quesito, que engloba todas as teses apresentadas pela defesa.

[37] FRANCO, Alberto Silva e MARREY, Adriano. Op. cit., p. 459.

Com essa providência afasta-se a maior fonte de nulidades, atende-se à determinação constitucional de que aos jurados apenas se propõem questões sobre matéria de fato, simplifica-se o julgamento e, segundo nos parece, protege-se melhor o acusado, permitindo segurança e garantia de um julgamento justo.

III – Lembre-se que no atual Código de Processo Penal a fonte dos quesitos é:

a) o libelo-crime e a acusação oral;

b) a contrariedade ao libelo;

c) a defesa oral e os debates.

Contudo, essas regras constituem criação doutrinária e jurisprudencial mas não encontram previsão expressa no atual Código de Processo Penal. Ou seja, foram formuladas *de lege ferenda* e, portanto, sujeitas a disceptações.

No Projeto do Júri o art. 482, par. ún., é expresso em apontar a fonte dos quesitos ao afirmar que "na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia, do interrogatório e das alegações das partes".

Reafirma-se, portanto, que o interrogatório é peça de defesa e meio pelo qual o acusado busca exculpar-se.

O notável jurista Alberto Franco obtemperou, em resposta a entendimento contrário, que "o interrogatório constitui um dos momentos mais expressivos da autodefesa, e se o acusado, nesse ato, manifesta alguma posição defensiva, é evidente que o Juiz-presidente deve levá-la em conta mesmo em face da inércia ou da omissão da defesa técnica. Constitui, desse modo, dever inafastável do Juiz-presidente a formulação de quesitos com base no interrogatório do réu, sob pena de nulidade absoluta do julgamento".[38]

Não obstante a simplificação e a redução dos quesitos possíveis de serem formulados, diante da previsão expressa no Projeto, esses esclarecimentos e a indicação na própria lei, da fonte de onde se originam os quesitos e, ainda, como formulá-los, é de rigor e não constitui exagero, considerando as multifárias alternativas e variações que a ocorrência fática enseja, como a prática de delito contra a vida na forma tentada, por vários agentes em co-participação, o cometimento de vários delitos em concurso e outras variantes.

Note-se que uma série de normas didáticas sobre o encaminhamento dos quesitos visa a evitar nulidades, tão comuns nesse campo, equívocos e prosseguimento do julgamento, a dano do acusado, quando este já está absolvido.

Esse didatismo encontra razão de ser sob o aspecto histórico e decorre da experiência subministrada pela reiteração. Há de ficar claro na própria lei que "a resposta negativa, por mais de três jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incs. I e II encerra a votação e implica a absolvição do acusado" (Projeto, art. 483, § 1.º).

(38) Op. cit., p. 454-455.

Pode até parecer redundante tal esclarecimento, considerando que, negada a existência do fato (materialidade), inexiste crime e, negada a autoria, há o fato mas o acusado é inocente, pois não o praticou e, considerando, ainda, que outra norma estabeleceu que "as decisões serão tomadas por maioria de votos" (Projeto, art. 489).

Contudo, em se tratando de um conjunto de regras de caráter procedimental, por meio do qual se realiza o direito e se aplica a norma substantiva, melhor que se esclareça passo a passo esse procedimento, sendo certo que, como apregoava Afrânio Peixoto, "a repetição é uma força", posto que sendo a norma processual cogente e de interesse público, os atos hão de ser praticados segundo aquele modelo ou padrão, sob pena de invalidade.

Por outro lado, a opção inortodoxa, e que rompe com a tradição, de se obter votação com "sim", "não", "condeno" e "absolvo" busca estabelecer critério de igualdade entre as partes e de respeito ao acusado, que se presume inocente até a declaração de sua culpabilidade. Não foram poucas as críticas e, nesse passo, fundadas, verberadas por alguns juristas de escol, entre os quais Alberto Silva Franco[39] e James Tubenchlak[40] no sentido de que o terceiro quesito do Projeto anteriormente remetido ao Senado está redigido em dessintonia com o princípio constitucional da presunção de inocência. Chegou-se a indagar, com razão, por que formular o quesito se "o acusado deve ser condenado?" e não com redação que não induza os jurados a uma condenação por mera acomodação: "o acusado deve ser absolvido?".

Como tanto uma como outra indagação sob a forma de quesito iriam gerar discussões e conflito, buscou-se uma solução intermediária que não prejudicasse o acusado nem favorecesse a defesa ou a acusação, pois a indagação constante desse terceiro quesito tem a virtude de não induzir os jurados a resposta afirmativa ou negativa, como ocorreria caso o quesito indagasse, "se os jurados condenam" ou, alternativamente, "se os jurados absolvem o acusado".

IV – Nos inúmeros eventos e encontros para debate do Projeto, realizados em todo o País surgiram, felizmente e como não poderia deixar de ser, críticas ao terceiro quesito proposto.

Uma delas se refere ao fato de que, segundo o autor da crítica, o quesito, tal como formulado, não revela qual a tese defendida pelo defensor e, por essa razão, impede ou dificulta o recurso de apelação contra a sentença condenatória.

Tal crítica não tem procedência.

Não se deslembre que o art. 495 do Projeto determina que a Ata "descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente:

(39) FRANCO, Alberto Silva. "A proposta de novo questionário no tribunal do júri", *Boletim do IBCCrim* 24/3, São Paulo, 1994.

(40) TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri – Contradições e soluções*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 170.

XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos;".

Ora, se a tese da defesa foi a negativa de autoria, estrito cumprimento do dever legal, erro, legítima defesa e outras, esses aspectos e teses adotadas e defendidas constarão, obrigatoriamente, da Ata do Julgamento.

A preocupação da Comissão chegou a ponto de prever no Projeto a redação de minuta pelo escrivão, durante o julgamento, que servirá de base para a elaboração posterior da Ata, contendo um resumo dos trabalhos que deverá ser submetido ao juiz-presidente e às partes para verificação e assinatura.

V – Calha, ainda, advertir que o sistema adotado para o terceiro e fundamental quesito do Projeto e, portanto, a adoção do critério de apenas indagar se o jurado *absolve* ou *condena* não guarda empatia e perfeita aproximação com o sistema norte-americano do *guilty or not guilty* (culpado ou não culpado) e, portanto, não retira das partes a possibilidade de apresentar suas teses e variações, posto que ali – naquele sistema alienígena – inexiste o questionário, não se formulando quesitos. Os jurados apenas deliberam entre si e expressam sua decisão através de um deles, apontado como líder ou representante dos demais.

No Projeto de Lei apresentado pela Comissão a acusação propõe a sua tese na denúncia e esta resta estabelecida na pronúncia. Desse modo, se imputou crime consumado e se a defesa não alegou a tentativa, evidente que, respondendo os jurados com a cédula "condeno" no terceiro quesito, estão condenando o acusado por crime consumado. Se a acusação foi de crime tentado, os jurados estarão apreciando apenas o delito em sua forma tentada.

Mas se a acusação é de crime consumado e a tese da defesa é de que houve mera tentativa, caso os jurados votem pela condenação caberá ao juiz-presidente fixar a pena segundo o seu entendimento acerca da consumação ou tentativa.

Critica-se também o fato de um quesito tão simples e que apenas esclarece sobre a absolvição ou condenação não dar resposta, nem esclarecer questão importante acerca do excesso punível, seja no estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, ou no exercício regular de direito (CP, art. 23).

Em verdade havia necessidade de tomada de posição e de modificações profundas e radicais, rompendo com o sistema vigente, sem as quais não haveria possibilidade de modernizar e tornar mais ágil e eficaz o procedimento do Júri e, portanto, não se obteria o objetivo colimado.

Lembre-se que o sistema anglo-americano do *guilty or not guilty* é extremamente radical. Permite apenas que os jurados declarem se o acusado é culpado ou inocente. Todas as demais questões, inclusive a dosimetria e individualização da pena, são tarefas do magistrado que preside os trabalhos. E ali jamais se contestou a validade desse sistema de julgamento.

Mas a nós parece que se está diante de falso problema ou questão.

Isto porque, por força do critério adotado, apenas a teses efetivamente defendidas pelas partes é que estarão subentendidas nas respostas aos quesitos, pois são eles que congregam tais teses.

Desse modo, a partir de entrada em vigor do novo procedimento do Júri, o excesso punível só poderá ser considerado se for objeto de expressa invocação e provocação da acusação.

Caso a defesa sustente a tese da legítima defesa ou outra causa excludente da ilicitude e que importa em justificativa legal do fato e o Corpo de Jurados responda ao terceiro quesito com a cédula "absolvo", terá acolhido essa tese e o acusado estará absolvido.

Não há lugar ou espaço para apreciação de questões relativas ao excesso.

Se a denúncia e a pronúncia imputam ao acusado o crime de homicídio doloso mas o órgão da acusação muda em Plenário a sua tese para admitir a legítima defesa sustentada pelo defensor, alegando ter havido excesso doloso, a hipótese passa a ser objeto do terceiro quesito e a resposta da maioria dos jurados com a cédula "condeno" significa que o Conselho afastou a legítima defesa e reconheceu o excesso doloso. Caso respondam com a cédula "absolvo", significa que afastaram a tese do acusador e acolheram a do defensor de que o acusado agiu em legítima defesa, recusando o excesso doloso.

Não se pode esquecer que o *plus* intencional na legítima defesa assume caráter antijurídico.

Lembra Alberto Franco[41] que "neste caso, a vontade do agente não se acomoda mais ao dado de subjetividade próprio da justificativa, ou seja, ao *animus defendendi*, consciência e vontade da descriminante legal. Presente o excesso doloso, não há cogitar de legítima defesa".

Resta apenas a questão relativa ao excesso culposo.

É que para o Código Penal nem sempre o reconhecimento de causa excludente da ilicitude implica absolvição do réu. Caso tenha excedido em sua atuação ou repulsa culposamente, responderá pelo delito em sua forma culposa.

Assim, voltando ao exemplo anterior, caso a denúncia e a pronúncia tenham imputado ao acusado o crime de homicídio doloso, a questão do excesso somente surgirá se a defesa alegar uma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP. E o excesso somente poderá ser objeto de deliberação implícita no terceiro quesito se a acusação, reconhecendo durante os debates a ocorrência da causa de exclusão da ilicitude (como por exemplo a legítima defesa) expressamente defendida pela defesa, sustentar o excesso culposo (ou doloso), de modo

(41) FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7. ed. São Paulo : RT, 2001. v. 1, Parte Geral, p. 370.

que a resposta por maioria ao terceiro quesito na versão "condeno" sugira que a pena deverá ser correspondente ao crime culposo. Se a resposta for "absolvo", a tese do excesso terá sido repelida.

Do que se infere que o sistema não comporta a alegação do excesso doloso e culposo em um mesmo julgamento, pois, segundo a nova sistemática, apenas a acusação poderá alegá-los. A dupla alegação seria incompatível e verdadeira *contraditio*.

Dessume-se que à defesa caberá, em favor do acusado, apenas alegar as causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

Implicando – *grosso modo* – o acolhimento do excesso doloso em não reconhecimento da causa excludente da ilicitude, de sorte que a afirmação desse excesso conduz à condenação nos termos da pronúncia, e, por outro lado, implicando a declaração do excesso culposo reconhecimento do delito imputado em sua modalidade culposa, infere-se, *ictu oculi*, que ambas as alegações são prejudiciais ao acusado, posto que o resultado será a condenação. Nesses casos mostra-se evidente que apenas a acusação poderá alegar tais excessos. Se a defesa o fizer, o acusado deverá ser considerado indefeso pela razão simples de que a função do defensor será sempre e obrigatoriamente de buscar a absolvição, jamais a condenação, ainda que mitigada.

A submissão *ex officio* do excesso aos jurados foi banida. Note-se que nem a disposição do atual art. 484, III, do CPP (formulação de quesitos sobre o excesso doloso e culposo) foi reproduzida, posto não mais se compadecer com a sistemática adotada.

Segundo nos parece, mostra-se mais consentânea com o postulado do *due process of law* e, mais especificamente, com o princípio constitucional da ampla defesa.

Em síntese, apenas se for sustentada a tese do excesso doloso ou culposo é que tais questões restarão decididas com a resposta ao terceiro quesito.

VI – Estabelecida a condenação com o terceiro quesito, serão formulados mais dois outros: o quarto quesito indagará acerca da existência de causa de diminuição de pena alegada pela defesa e o quinto, se há circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia, nessa ordem.

Suprime-se a indagação sobre atenuantes ou agravantes, cabendo essa verificação ao juiz-presidente.

Exceto o quesito alternativo a ser formulado na hipótese de desclassificação da infração para outra do juiz singular, além daqueles cinco quesitos acima apontados, nenhum outro poderá ser formulado pelo juiz-presidente.

O presidente, no caso de condenação, fixará a pena-base, considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, imporá os aumentos ou diminuições de pena em atenção às causas admitidas pelo Júri e observará o disposto no art. 387, no que for cabível.

13.10 Decisão dos jurados, sentença e fundamentação

Nada se alterou com relação à decisão dos jurados e à sentença que expressa o seu resultado.

Terminada a votação dos quesitos, o presidente proferirá sentença, cujo relatório mencionará as alegações das partes e o respectivo fundamento jurídico.

Se condenatória, fixará a pena-base, levará em consideração as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates e imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo Conselho.

Se absolutória, colocará o acusado em liberdade ou revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas e, se for o caso, imporá a medida de segurança cabível.

Lembre-se que, pelo Projeto, a regra é a liberdade, sendo a prisão provisória ou cautelar exceção, de modo que o réu poderá apelar solto.

A sentença será lida em Plenário mas não conterá fundamentação, pois o resultado é expressão da vontade dos jurados, manifestada nas cédulas de votação.

Como enfatiza Cesar de Faria Junior:[42] "É, igualmente, da essência do Júri o julgamento dos cidadãos pela consciência de seus pares, não tendo, por conseguinte, que fundamentar suas decisões. Além disso, fundamentá-las implicaria também em quebrar o indispensável sigilo das votações".

Também James Tubenchlak[43] obtemperou nesse sentido: "O Júri não é órgão do Poder Judiciário; assim, não se submete à imposição constitucional de fundamentar suas decisões (art. 93, IX, da CF); é órgão político, como afirmara Rui, e não meramente um órgão estatal que deva, pela fundamentação, prestar contas de seus atos. Os jurados são cidadãos exercendo sua cidadania, tal como sucede no momento do exercício do voto".

13.11 Ata de julgamento

Como a Ata de Julgamento quase sempre é confeccionada em momento posterior à realização da sessão de julgamento, nem sempre apresenta absoluta fidelidade aos fatos ocorridos durante o julgamento, sendo causa de dissensões e de recursos.

O anteprojeto resgata reivindicação antiga dos juristas e prevê que o escrivão deverá redigir minuta contendo um resumo das principais ocorrências e inciden-

(42) FARIA JÚNIOR, Cesar de. Op. cit.

(43) TUBENCHLAK, James. Op. cit., p. 9.

tes durante o transcorrer do julgamento, que será submetido ao presidente e às partes para verificação e assinatura e servirá de base para a elaboração da ata.

Avulta ressaltar que a Ata deverá, obrigatoriamente, reproduzir as teses defendidas pelas partes e seu fundamento legal, de modo a permitir que a acusação ou a defesa possam recorrer e oferecer as razões que lhe dão supedâneo.

13.12 Reparação dos danos

O Projeto resgata, embora de forma mitigada, preocupação já constante do Código de Processo do Império, que indagava dos jurados "se há lugar para indenização".

Em harmonia com o art. 66 do CPP, estabeleceu-se que a decisão absolutória, quando afirmada a materialidade do fato pelos jurados, não faz coisa julgada no cível, nem impede a propositura de ação visando a reparação do dano. Desse modo, caberá ao juízo cível decidir, apenas para efeito indenizatório ou de reparação de danos, acerca da autoria, da injuridicidade, da culpabilidade e das causas de exclusão.

A *condenação* no juízo criminal cria o título executivo, impedindo qualquer discussão no juízo cível, bastando executar o título e fixar o *quantum* da condenação, como se infere do art. 63 do Código de Processo Penal em vigor.

Mas também a *absolvição* no Júri, quando negada a existência do fato (primeiro quesito), faz coisa julgada no cível, pois está-se diante do nada, do inexistente.

Fora dessa hipótese, a absolvição pelo Conselho de Sentença, desde que afirmada pelo menos a materialidade do fato, devolve ao juízo cível a discussão de toda e qualquer matéria, como a autoria, a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal, ou qualquer outra causa que, no âmbito criminal, exclua o acusado do crime ou o isente da pena. Isto porque apenas no cível caberá ao juiz dizer que, nesses casos, cabe ou não indenização.

Mesmo que o juiz singular, em sede de absolvição sumária, ou o Conselho de Sentença tenha absolvido o acusado, reconhecendo, *ad exemplum*, a legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, ou exercício regular de direito, tal circunstância não impede a pessoa legitimada de ingressar no juízo cível para pleitear reparação, nem inibe este juízo de reapreciar os fatos, suas circunstâncias e as provas aqui produzidas.

A disposição estabelecida no art. 65 do CPP, assim como os termos de sua dicção, estabelecendo que "faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito", não é empeço ou limitação à apreciação da ação civil de reparação de danos no juízo cível, devolvendo-lhe o conhecimento dessas circunstâncias.

Em verdade, a doutrina se equivocou em alguns momentos importantes, pois o dispositivo diz que essas causas de exclusão do crime fazem coisa julgada no cível, ou seja, não se pode mais discutir a causa em si, ou seja, se houve ou não legítima defesa, estado de necessidade etc. Mas não diz que a causa de exclusão da responsabilidade penal, reconhecida no âmbito penal, exclui a responsabilidade civil ou o dever de reparar, de modo que caberá à instância civil dizer se, por exemplo, a legítima defesa de terceiro constitui causa excludente da responsabilidade civil, ou não.

Mas, entre parêntesis, cabe lembrar que também a rejeição liminar da denúncia, a impronúncia e a absolvição sumária, desde que não tenha sido negada a existência do fato, não inibem o juízo cível de reapreciar as demais questões para efeito de responsabilização civil.

Esse dispositivo do Projeto e sob enfoque só terá aplicação no Júri. Não serve para os demais procedimentos, pois a sentença no Júri não dirá qual a tese acolhida para a absolvição, ao contrário da sentença do juiz togado, que sempre deve ser fundamentada.

Há quem defenda a possibilidade de permitir-se a rediscussão, no cível, sem qualquer restrição, do fato e suas circunstâncias jurídicas, de modo que nem mesmo a negativa da materialidade do fato seria óbice a sua reapreciação pelo juízo cível.

Mas, embora essa idéia possa seduzir em primeira visada, pois tornaria a proteção da vítima mais efetiva e daria uma abertura mais democrática, em reforço ao princípio da independência das jurisdições, que, atualmente, é relativo e não absoluto, podem-se antever alguns óbices que necessitam de acurada análise, embora a Comissão, acertadamente, não tenha adotado essa tese.

Há forte receio de que um estatuto apresente contradições e desarmonia entre seus preceitos, ou que uns infirmem os outros.

A doutrina clássica sempre afirmou que a decisão absolutória na ação penal somente exercerá influência e supremacia no cível no que for comum às duas jurisdições.

Mas, *de lege lata*, essa consideração não encontra reflexo, nem supedâneo, no vetusto Código Civil, nem no texto atualmente em vigor.

Lembre-se que o art. 1.525 do CC (que se reputa revogado em parte), excepcionando o princípio de que a responsabilidade civil é independente da criminal, dispunha que "não se poderá questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

Contudo, o art. 66 do CPP, mais arejado e mais afinado com a idéia de proteção à vítima, diminuiu o alcance da exceção ao princípio e estabeleceu que "não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato".

E, então, pergunta-se: por que não dar efetiva concreção ao princípio da independência das instâncias, tornando-o absoluto e não relativo, afastando também o último óbice que remanesce?

Em verdade, não há notícia de nenhuma legislação de outro país que tenha permitido essa abertura. E tal ocorre por força de poderosas razões.

É que o *fato*, como fenômeno do mundo exterior, é o fundamento nuclear da imputação, quando qualificado como ilícito e punível. Sem ele estamos diante do nada, de modo que, para rediscussão das conseqüências da prática de um fato, que ensejou absolvição no crime, impõe-se, como mínimo exigível, a existência efetiva desse fenômeno no mundo natural ou físico.

Ora, segundo a nova estrutura que se está dando ao Código de Processo Penal e, em especial, ao Projeto do Júri, quer parecer que, em havendo absolvição do acusado em Plenário, jamais haverá dúvida quanto à existência ou inexistência do fato (materialidade).

Isso decorre do sistema que se adotou nos Projetos apresentados, pois em dois momentos anteriores a existência do fato é indagada, questionada e posta em análise: quando apresentada a denúncia (que pode ser rejeitada *in limine*) e no momento de juízo de sua admissibilidade, após a instrução preliminar, com a pronúncia, impronúncia ou absolvição sumária do acusado.

E, como cediço, somente a inexistência de dúvida fundada sobre a materialidade do crime poderia ensejar rediscussão em outro estamento da estrutura judiciária, no plano da responsabilidade civil.

Vejamos novamente:

O art. 406 do Projeto do Júri, reiterando a disposição do art. 396 do Projeto sobre Procedimentos, permite, expressamente, a rejeição liminar da denúncia.

Aquele dispositivo do art. 396 estabelece como hipóteses de rejeição:

"Parágrafo único. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

a) for manifestamente inepta.

b) faltar pressuposto processual ou condição da ação para o exercício da ação penal;

c) faltar justa causa para o seu exercício".

Ora, a inexistência do fato traduz-se em ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

Portanto, recebida a denúncia, pressupõe-se, em tese, a existência do fato material.

Ocorre que o art. 414 do Projeto do Júri (que encontra símile nos demais procedimentos), ao tratar da pronúncia, estabelece que: "Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, rejeitará a acusação e impronunciará o acusado".

Ou seja, mais uma vez, estar-se-á fazendo juízo de valor para verificar a existência da materialidade (e não "indícios suficientes...", que só se aplica à autoria ou participação).

Perceba-se que a "prova nova" a que se refere o par. ún. do art. 414 (do Projeto do Júri), "para que se possa formular nova acusação, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade", fará com que, mais uma vez, a materialidade se torne indiscutível na própria ação penal, pois havendo "prova nova" nova acusação no juízo criminal poderá ser formulada, de modo que essa dúvida jamais existirá fora do âmbito penal ou poderá ser exteriorizada e projetar-se para o juízo cível.

Mas não é só.

O art. 415 do Projeto do Júri inclui entre as causas de absolvição sumária *a prova da inexistência do fato* (inc. I).

Perceba que, agora, após uma instrução preliminar, logrou-se provar a inexistência do fato, impondo-se a absolvição sumária.

Poder-se-ia rediscutir novamente a materialidade no âmbito civil, ainda assim? Parece que não.

Mais importante, ainda, é desenvolver o raciocínio, impregnado de lógica formal, no sentido de que se, após a colheita de prova na instrução preliminar, o acusado não logrou demonstrar a inexistência do fato, cabe admitir que o fato *existiu*.

Mas, avançando-se com o julgamento até a decisão do Conselho de Sentença, não podemos esquecer que os jurados, negando ou afirmando o primeiro quesito (que se refere à materialidade), não mais estarão se referindo à ausência ou insuficiência de provas, que poderia gerar dúvida.

Essa circunstância já terá sido superada ao longo de duas instruções e nas diversas fases em que se permite rejeitar liminarmente a denúncia, impronunciar ou absolver sumariamente o acusado.

No Plenário, estariam, sem dúvida afirmando a materialidade ou negando-a peremptoriamente, afirmando a inexistência do fato material, de modo que tal afirmação, acobertada pela imutabilidade do trânsito em julgado, não poderia mais ser discutida no cível.

Outro obstáculo que se antepõe é a existência de um Projeto de Código Civil em tramitação no Congresso Nacional, com previsão de redação diversa daquela apontada mas não acolhida pela Comissão. Poderá ocorrer que, aprovado o texto deste Código, advenha a votação e aprovação do Código Civil, retornando as coisas ao estado anterior e tornando o preceito do CPP (se o Projeto for aprovado) letra morta.

Fica, pois, demonstrado que o arcabouço sistêmico de que se está pretendendo dotar o Código de Processo Penal não permite avançar além do que foi proposto, sob pena de incongruência e desarmonia.

13.13 Conclusão

O Projeto preocupou-se tanto com o acusado, como detentor de direitos, entre eles um julgamento justo, como com a vítima e seus familiares. Ao primeiro assegurou um julgamento rápido e com a garantia do *due process of law*. Aos segundos, se condenado o acusado, dá-lhes a resposta que esperam e permite-lhes obter a reparação do dano de forma mais ampla e, principalmente, mais rápida.

Preocupou-se, também, com a higidez do procedimento e da conclusão sem jaça do processo, evitando o trabalho inútil e sua contaminação decorrente da quesitação.

Como se verifica, o Anteprojeto busca cumprir os objetivos de modernização, simplificação e eficácia, tornando o procedimento do Júri mais garantista, prático, ágil e atual, resgatando uma dívida de mais de um século.

Bibliografia

ALVIM, Agostinho. "Da equidade", *RT* 132/3, São Paulo, RT.

BARBOSA, Ruy. *O júri e a responsabilidade penal dos juízes.* Rio de Janeiro, 1896.

CALMON FILHO, Petrônio. *A investigação criminal na reforma do Código de Processo Penal: agilidade e transparência.*

CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento de controle social.* Porto Alegre : Fabris, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. "Participação cidadã e processo penal". Exposição feita no I Congresso Nacional de Direito Penal e Criminologia, Salvador, Bahia, 14.04.2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Crimes do colarinho branco.* São Paulo : Saraiva, 2000.

FARIA JÚNIOR, Cesar de. "Ruy Barbosa, o júri e a responsabilidade penal dos juízes – O crime de hermenêutica", em homenagem ao sesquicentenário de Ruy Barbosa, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, São Paulo, RT, abr./jun. 2001.

FLORY, Thomaz. *El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial – Control social y estabilidad política en el nuevo Estado.* México : Fondo de Cultura Económica, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. "A questão do júri". *RF* 193/26.

FRANCO, Alberto Silva. "A proposta de novo questionário no tribunal do júri", *Boletim do IBCCrim*, n. 24, São Paulo, 1994.

———. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7. ed. São Paulo : RT, 2001. v. 1, Parte geral.

——— e MARREY, Adriano. *Teoria e prática do júri.* Obra coletiva coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7. ed. São Paulo : RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do processo penal.* Escorço apresentado juntamente com a Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal.

———. "Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina; Argentina, Brasil e Código Modelo para Ibero-América", *Revista de Processo* n. 58, 1990.

LAGO, Cristiano Álvares do. "Sistemas processuais penais", *RT* 774/471, abr. 2000.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri.* São Paulo : Saraiva, 1963. v. 1.

———. *Elementos de direito processual penal.* Campinas : Bookseller, v. 1.

———. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro : Forense, v. 3.

———. *O júri no direito brasileiro.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1955.

MARREY, Adriano. *Teoria e prática do júri.* Obra coletiva coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7. ed. São Paulo : RT, 2001.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* São Paulo : Atlas, 1991.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário da língua portuguesa.* 1967. t. IV.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. "A problemática do júri". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia,* v. 6, n. 1.

REZEK, Francisco. *Informativo da Associação dos Juízes Federais do Brasil,* jul. 2001.

———. "Juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia". *Folha de S. Paulo,* Tendências/ Debates, de 15.11.1998.

STOCO, Rui. "Crise existencial do júri no direito brasileiro". *RT,* vol. 664, São Paulo, RT, fev. 1991.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos & rituais.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito constitucional estadual.* Rio de Janeiro : Forense, 1980.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri. Contradições e soluções.* São Paulo : Saraiva, 1994.

ZOMER, Ana Paula. "Tribunal do júri e direito comparado – Sugestões para um modelo brasileiro", *Boletim IBCCrim,* n. 95, ed. especial, out. 2000.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.7

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA*

SILVIA PIMENTEL
e
VALÉRIA PANDJIARJIAN

SUMÁRIO: 1. Acolhimento da legítima defesa da honra – 2. Acolhimento da legítima defesa da honra, em tese, mas não no caso concreto – 3. Não-acolhimento da legítima defesa da honra

Resumo: O artigo apresenta e critica 15 acórdãos do período 1988-1998 nos quais foi invocada a legítima defesa da honra em crimes passionais contra mulheres.

Critica argumentos culturalista de que a reação seria legítima socialmente. A hipótese não é prevista no direito e decisões que o transcendem só são legítimas se servirem para garantir os direitos das pessoas.

Ao contrário, a legítima defesa da honra contraria princípios de justiça e os direitos humanos, expressos em instrumentos jurídicos internacionais.

Palavras-chave: Tribunal do Júri – Homicídio – Adultério – Direitos da mulher – Direitos humanos.

O Código Penal brasileiro alberga a figura da legítima defesa enquanto excludente de ilicitude ou antijuridicidade. Em seu art. 25 estabelece: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

Para que se configure a legítima defesa, importa que a reação não seja exagerada e desproporcional e seja imediata à ameaça iminente ou agressão atual a direito próprio ou de outra pessoa.

A doutrina jurídica, de forma consensual, entende que todo e qualquer bem jurídico pode ser defendido legitimamente, incluindo-se a honra.

Não há consenso, entretanto, em relação ao uso desta figura nos casos em que o homicídio ou a agressão são praticados para defender suposta honra por parte

(*) Trabalho apresentado pela Profa. Silvia Pimentel em mesa-redonda sobre direitos sexuais e reprodutivos, promovido pela Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, com apoio da Fundação Frod, com a participação de Rebecca Cook, no Rio de Janeiro, 1999.

do cônjuge (concubino/companheiro/namorado) traído. Importa ressaltar que são poucos os casos em que a mulher faz uso de tal alegação, mesmo porque, são raros os casos em que, traída, a mulher reage com tal violência.

Assim sendo, a figura da "legítima defesa da honra" consiste em tese jurídica que visa "absolver" a prática de maridos, irmãos, pais ou ex-companheiros e namorados que matam ou agridem suas esposas, irmãs, filhas, ex-mulheres e namoradas fundada ou "justificada" ainda na motivação de defender a honra da família ou a honra conjugal. Entretanto, frise-se que, no entender de grande parte da doutrina e jurisprudência, não há honra conjugal ou da família a ser protegida, na medida em que a honra é atributo próprio e pessoal, referente a um indivíduo e não a dois ou mais indivíduos.

No final dos anos 70 e início de 80, o movimento de mulheres brasileiro mobilizou-se contra a tradicional invocação da tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais, criando o *slogan* que se tornou famoso em todo o país: "Quem ama não mata".

Entretanto, nestes últimos 15 anos pouca atenção se tem dado ao tema, não se podendo avaliar em que medida, ainda hoje, esta tese tem sido invocada e acolhida pelo Poder Judiciário brasileiro. Com tal preocupação, realizamos uma primeira aproximação do objeto a ser estudado: as decisões dos tribunais brasileiros sobre legítima defesa da honra.

Este esforço inicial já nos permitiu colher dados significativos sobre o tema. Constatamos que, ainda hoje, não é pacífica a jurisprudência a respeito, havendo acórdãos, em menor número, que admitem a legítima defesa da honra. Esta tese, portanto, ainda nesta década, continua a ser invocada, às vezes com sucesso, inclusive no Estado de São Paulo, considerado o mais desenvolvido do país.

A seguir, apresentamos algumas das argumentações mais relevantes encontradas nos 15 acórdãos – período de 1988 a 1998 – aos quais tivemos acesso. Convém esclarecer que este elenco não representa a totalidade dos acórdãos proferidos no país a respeito, mas sim aqueles publicados e divulgados pelas principais revistas de jurisprudência do país e pela Internet.

Importa dizer, ainda, que este breve estudo visa trazer alguma luz a respeito da utilização dos argumentos referentes à legítima defesa da honra e, assim, mostrar a relevância ou não de posterior aprofundamento sobre o tema.

1. Acolhimento da legítima defesa da honra

CASO 1 (Ap. 633.061-7, 06.12.1990, TACrimSP)

Resumo: Ofensa à integridade física de companheira em razão desta ter-lhe confessado infidelidade. Foi mantida, pelo TACrimSP, a decisão do juiz que em primeira instância acolhe a tese da legítima defesa da honra pelo acusado que, dominado por violenta emoção, com moderada repulsa e em consonância com sua realidade, lesou a integridade corporal de sua companheira, aplicando-lhe alguns socos.

Argumentações significativas: "Ora, diante do confessório da infidelidade da mulher, não se pode vislumbrar nenhum arbítrio do julgamento do MM. Juiz de 1.º grau admitindo o reconhecimento da legítima defesa da honra.

O *decisum* recorrido não está alheado da realidade social, não comportando um juízo de reforma.

O complexo probatório é determinado no sentido de evidenciar que N. era adúltera, inobstante o concubinato que não exclui o dever de fidelidade recíproca.

(...)

Embora hodiernamente se possa reconhecer a atitude de quem mata ou fere a esposa ou companheira que trai, como um preconceito arcaico, *in casu*, a honra do apelado foi maculada pela declaração da amásia, com quem vivia há longos anos, de que o traía com outro homem, não se podendo olvidar que, apesar da ilicitude da união, o casal possui quatro filhos".

CASO 2 (Ap. 137.157-3/1, 23.02.1995,TJSP)

Resumo: Acusado que, surpreendendo a mulher em situação de adultério, mata-a juntamente com seu acompanhante. A tese da legítima defesa da honra foi aceita por expressiva maioria pelo Tribunal do Júri e confirmada pelo TJSP, que negou provimento ao apelo do Ministério Público, mantendo a decisão do Júri.

Argumentações significativas: "Antonio, já antes ferido na sua honra, objeto de caçoada, chamado, agora sem rodeios, de chifrudo por pessoas daquela localidade... mal sabia o que o esperava.

Entrou em casa e viu sua esposa e J. J. dormindo a sono solto, seminus, em sua própria cama e na presença de seu filho, cujo berço estava no mesmo quarto...

Saísse ele daquela casa sem fazer o que fez e sua honra estaria indelevelmente comprometida.

Não se pode esquecer que o réu foi educado em outra época, nas décadas de 20 e 30, quando a moral e os costumes ainda eram outros e mais rígidos talvez que os de agora, mas que por certo estavam incrustados em seu caráter de maneira a moldar sua personalidade com reflexos futuros perenes.

Tudo isso, à evidência, deve ter sido aos jurados ou pelo menos por eles analisado, sem contar, ademais, que os juízes de fato, retirados que são do seio da sociedade, representam, no Tribunal do Júri a moral média desta...

Sabe-se, é claro, que a questão relativa à legítima defesa da honra não é nova. Nem por isso, contudo, perde a atualidade.

O assunto também não é pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

(...)

O adultério, em geral, em todos os tempos, em todas as leis as mais primitivas e modernas, sempre foi considerado um delito, uma ação imoral e anti-social.

(...)

As ofensas à honra, comumente, se exteriorizam de mil maneiras, numa infinidade de atos, palavras, símbolos, formas morais ou materiais, porém, nenhuma a atinge tão intensamente como a relação adulterina, como as ações libidinosas ou conjunção carnal com outrem que não o cônjuge. Traduz, em realidade, em nossa opinião, uma dupla agressão dos adúlteros, moral e física, ao cônjuge inocente, sendo a primeira mais grave, perturbadora, profunda e injusta que a materialidade que se descobre na cena do flagrante.

É incontestável, ademais, que um cônjuge tem em referência ao outro, na constância do casamento, o absoluto direito à fidelidade, de exigir-lhe tal, direito que vai a implicar numa honra como um bem jurídico a ser respeitado e a dever ser mantido.

(...)

A ofensa do adultério não ocorre somente em relação ao indivíduo mas, também, às normas de conduta do grupo social; a reação pessoal é algo que possui e é movido por uma visível carga social. Reage o indivíduo em função de sua dignidade e em função do sentimento comum de valorização da coletividade. Reage porque a honra só pode ser entendida e existir sob um duplo caráter e sob o dever para consigo mesmo e para com a sociedade. Na luta por seu direito, outra não pode ser a sua atitude ou conduta como pessoa e como membro de um grupo numa dada coletividade organizada.

Organismo social governado por valores que emanam das normas de cultura e das suas regras de conduta e que se relacionam com os seus princípios básicos...

(...)

Quem age em defesa de sua personalidade moral, em qualquer dos seus perfis, atua como um verdadeiro instrumento de defesa da própria sociedade ao combater o delito, a violência, a injustiça, no próprio ato em que se manifestam.

(...)

Eis uma das razões pelas quais se têm asseverado, constantemente, que a justiça penal, no Estado, e a legítima defesa, no particular, são um dos contramotivos para o crime, duas formas da luta contra o delito, aparecendo o instituto com tonalidades repressivas e preventivas. Daria ensejo, até, à conservação da ordem e paz social e jurídica...

Instituto, aliás, anterior e superior ao direito legislado, positivo, acima dos códigos... um direito natural e inalienável, misto de conteúdo individual e social. Instituto que por sua humanização e simplificação moderna tornou-se mais eficiente com a realidade humana e social".

Voto vencido: "(...) Pois na pretensa legítima defesa da honra o que ocorre é o sacrifício do bem supremo – vida – em face de meros preconceitos vigentes em algumas camadas sociais (...)

(...) 'Honra é atributo pessoal, independente de ato de terceiro, donde impossível levar em consideração ser um homem desonrado porque sua mulher é infiel' (...) 'A lei e a moral não permite que a mulher prevarique. Mas negar-lhe, por isso, o direito de viver, seria um requinte de impiedade'".

Considerações críticas

Nesses dois casos houve acolhimento da tese da legítima defesa da honra por tribunais do Estado de São Paulo. O primeiro refere-se à lesão corporal e, na primeira e segunda instância, entendeu-se que o fato de o réu ter dado alguns socos na mulher representou moderada repulsa, explicável pela violenta emoção do acusado.

Já no segundo caso houve o homicídio da mulher, e na decisão do Tribunal de Justiça, que confirmou a do Tribunal do Júri,[1] não aparece referência ao art. 25 do Código Penal, que apresenta a moderação da resposta à agressão como um dos requisitos da legítima defesa. O homicídio por parte do marido traído é visto como a única forma de este ter evitado que sua honra ficasse indelevelmente comprometida.

A argumentação da decisão é preocupante, pois significa mais do que uma justificativa da ação homicida. Significa mesmo uma louvação a ela, pois considera seu agente "um verdadeiro instrumento da própria sociedade"; ressalta não só o aspecto repressivo, mas o preventivo da legítima defesa (da honra).

Em termos filosóficos jurídicos, esta decisão, contrária à lei, apresenta referências ao culturalismo jurídico e ao direito natural.

Em país como o Brasil – aliás, em toda a América Latina –, que apresenta uma tradição jurídica marcada pelo positivismo formalista de Hans Kelsen, este aparente esforço de humanização é extremamente insidioso. *In casu*, serve para justificar e louvar o ato que tira a vida de mulheres. Importa registrar que as teorias críticas ao positivismo jurídico formalista só propõem um alargamento/expansão interpretativa da lei e, por vezes, mesmo uma decisão contrária a ela, nos casos em que, se aplicada, exegeticamente, vier a propiciar decisões injustas e absurdas.

Importa esclarecer que as várias correntes do pensamento jurídico deste século, incluindo o positivismo em suas várias manifestações, representam esforços no sentido de melhor resguardar os direitos das pessoas. Mesmo que, por vezes, isto se dê de forma explícita ou implícita. A grande crítica ao positivismo

(1) Compete ao Tribunal do Júri – composto por 7 membros da comunidade – o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. São garantidos constitucionalmente a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos. Para maiores informações, consulte-se a Constituição Federal em seu art. 5.°, XXXVIII, e CPP, em seu art. 406 *et seq.*

formalista é que ele é insuficiente para tal. Assim sendo, transcender-se o direito positivo, captando-se valores sociais e culturais não constituídos pelo ordenamento jurídico, seria apenas legítimo nos casos em que estes valores servissem para melhor e maior garantia dos direitos das pessoas.

Fica evidente que é a desvalorização da mulher, de sua vida, que está subjacente a decisões dessa ordem.

Princípios e normas de proteção aos direitos humanos estabelecidos pela ONU e pela OEA, em vários de seus documentos, servem de embasamento à firme rejeição de posturas como a desta decisão.

Este acórdão fere, dentre outros, o art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"; o art. V, *a*, da Convenção da Mulher que estabelece que "os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres"; fere, ainda, o art. I da Convenção de Belém do Pará, que preceitua: "Para o efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause a morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado".

No marco nacional, fere a Constituição brasileira, em seu art. 5.°, *caput*, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, garantindo-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e, em seu inciso I, ao explicitar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Fere, também, o art. 25 do CP.

O voto vencido apresenta firme argumentação que, entretanto, foi relegada pela maioria do colegiado do Tribunal que privilegiou preconceitos em detrimento do bem supremo da vida.

2. Acolhimento da legítima defesa da honra, em tese, mas não no caso concreto

CASO 3 (Ap. 75.026-3, 02.05.1990, TJSP)

Resumo: Acusado que mata esposa adúltera. O Tribunal do Júri absolveu o réu, reconhecendo a legítima defesa da honra. Entretanto, o TJSP, embora reconhecendo ser esta excludente admissível em tese, não cabe no caso em questão, pois ausente o requisito da atualidade da agressão.

Argumentações significativas: "Não se pode repelir, preconceituosamente, a possibilidade da legítima defesa da honra em casos do tipo *subjudice*. Há opiniões divergentes na jurisprudência sobre o tema...

'Não há negar que julgados dos tribunais têm admitido a legítima defesa quando o cônjuge ultrajado mata o outro cônjuge ou o seu parceiro. Mas, via de regra, nessas decisões há uma constante: a flagrância do adultério'...

Ora, na hipótese a repulsa não foi imediata...

CASO 4 (Ap. 11.266, 02.03.1988, TJES)

Resumo: Ex-concubino elimina a vítima sob a alegação de ter perdido a cabeça por ela ter insistido em dizer que iria dormir com outrem. O Tribunal do Júri acatou a tese da legítima defesa da honra. O TJES não reconheceu esta excludente no caso, ordenando novo julgamento.

Argumentações significativas: "(...) É manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do júri que reconhece legítima defesa da honra, ensejando a desclassificação para o excesso culposo, se o réu já não mais mantinha o concubinato com a vítima e barbaramente a esfaqueou sob a alegação de ter perdido a cabeça (...)".

Considerações críticas

Nestes dois casos, em que não há a aplicação da tese da legítima defesa da honra, revelam entretanto a aceitação deste instituto por parte dos TJSP e do TJES.

O acórdão de São Paulo afirma que não cabe a aplicação da tese da legítima defesa, pois ausente um dos requisitos do art. 25 do CP: a atualidade da agressão.

No caso 4, o TJES não reconheceu aplicável esta tese, pois "o réu já não mais mantinha o concubinato com a vítima". Preferiu uma interpretação baseada em parte da doutrina e da jurisprudência, preterindo argumentação baseada na ausência do requisito legal da moderação, que nem sequer foi mencionado; há referência à barbaridade das facadas, mas, insistimos, não foi esta barbaridade do ato o que levou à não aceitação da tese de legítima defesa da honra, mas, como se disse, o fato da relação concubinária entre réu e vítima não mais existir no momento do homicídio.

3. Não-acolhimento da legítima defesa da honra

CASO 5 (Ap. 279/81, 11.10.1989, TJPR)

Resumo: Agente que, suspeitando da infidelidade do cônjuge, desfere nele tiros e facadas, matando-o. O Tribunal do Júri acatou a tese invocada pela defesa – legítima defesa da honra –, considerada inaceitável no caso presente, por ausência de fato concreto, atual e iminente, pelo TJPR que decidiu submeter o apelado a novo júri.

Argumentações significativas: "Para defender o dever de fidelidade dispõe o cônjuge traído das ações que a lei lhe confere, a. s., dissolução da sociedade conjugal, no juízo cível, e a de adultério, no foro criminal. A morte violenta em resposta ao adultério, convenha-se, é reação inacolhível pelos princípios consa-

grados no Direito Penal... A uxoricida passional, a reconhecer-se que o crime tenha sido praticado em estado de exaltação emocional, aproveitaria, quando muito, a causa especial de redução de pena prevista no § 1.º do art. 121 do CP, não, porém, a legítima defesa.

(...) em parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, *verbis*: A insustentabilidade da decisão proferida está traduzida nas próprias contra-razões – no discursivo alinhavado têm-se frases genéricas, alguma jactância na certeza de que o Conselho de Jurados cultiva o despreparo para o julgamento sereno, o curioso desprezo pelos 'doutores', como se a cultura posta entre aspas fosse pecaminosa e dissociada, como um mal, dos valores mais caros ao povo, a incompreensível maniqueísta entre conhecimento e sensibilidade, como se essa fosse apanágio da rudeza e da ignorância; mas não indicação concreta de apoio para sequer o vislumbre de legítima defesa da honra".

CASO 6 (Ap. 73966-3, 28.03.1990, TJSP)

Resumo: O acusado matou concubina com quem vivia há pouco tempo. Informado pelo irmão da vítima de que esta iria se encontrar com outro homem, perdeu a cabeça, foi até o bar onde a vítima se encontrava e contra ela efetuou disparos. O Tribunal do Júri acatou a tese da legítima defesa da honra absolvendo o réu. O Tribunal de Justiça, entendendo estar diante de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, determina novo julgamento.

Argumentações significativas: "De há muito a doutrina e jurisprudência vêm entendendo que a honra é atributo personalíssimo, não se deslocando da pessoa de seu titular, para a de quem, de forma regular ou não, viva em sua companhia. Esse entendimento, já consagrado no passado, ganha maior relevo nos dias presentes, após a promulgação da Constituição de 1988, na qual, no relacionamento entre os casais, os direitos e deveres entre homens e mulheres são absolutamente iguais".

CASO 7 (Ap. 46.069-1, 22.11.1990, STM-DF)

Resumo: Soldado mata companheira e colega de farda, que supunha amantes, com arma da corporação. O Colegiado Julgador Militar condena o réu, policial militar, pelo homicídio e uso de arma da corporação, a 15 anos de reclusão. Defesa e acusação apelaram. Superior Tribunal Militar-Distrito Federal nega o apelo da Defesa e dá provimento ao recurso do Ministério Público Militar, condenando o réu à pena de 25 anos de reclusão e afastando as alegações de legítima defesa da honra argüidas pela Defesa.

Argumentações significativas: "(...) A defesa, sustentando a tese de que o acusado agiu em legítima defesa de sua honra, aduziu que, em relação à morte da sua esposa, por ter sido chamado de 'corno', quando em discussão com a mesma foi tomado por exacerbada emoção eis que passava por drama moral e social violentíssimo...

(...) testemunhas presenciais daquele crime, não confirmam tais agressões verbais...

(...) as demais testemunhas, tanto de acusação como de defesa nada aduzem em desabono da conduta da vítima companheira e, contrariamente, afirmam sobre o bom relacionamento daquele casal...

(...)

A tese esposada pelo Ilustre Defensor, concernente à legitima defesa da honra não está configurada nestes autos e, mesmo que estivesse, não excluiria a ilicitude daquela conduta...

CASO 8 (REsp 1.517, 11.03.1991, STJ)

Resumo: Duplo homicídio praticado pelo marido que surpreende sua esposa em flagrante adultério. Tribunal do Júri absolve o réu, acatando a legítima defesa da honra. O TJPR confirmou a decisão do júri de Apucarana, mas a Procuradoria-Geral da Justiça interpôs recurso especial e o STJ rejeita a tese da legítima defesa da honra, por manifestamente contrária à prova dos autos, e sujeita o réu a novo julgamento. (Informação quanto ao desfecho posterior deste caso: Em segundo julgamento pelo Tribunal do Júri, foi o réu novamente absolvido pelo acolhimento da legítima defesa da honra.)

Argumentações significativas: "(...) a figura da legítima defesa, tipificada no art. 25 do CP, apresenta regras inflexíveis e só se efetiva, quando o fato concreto revela a ação do agente que 'usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem'.

Ora, a hipótese dos autos jamais comportaria reação de quem supondo ofendido em sua honra, deixa de recorrer aos atos civis da separação e do divórcio, preferindo abater a mulher, ou o comparsa, ou a ambos, procedendo de modo absolutamente reprovável, desde que foi ela que, ao adulterar, não preservou a sua própria honra.

(...)

Ora, no Brasil não fazemos uso do direito costumeiro, a pretender justificar a ação do marido na hipótese dos autos, tão-só, porque assim entendem os jurados simples pessoas do povo. O direito positivo, ao dispor sobre o instituto da legítima defesa, delimitou as hipóteses de seu emprego não sendo elástico a ponto de se prestar para cobrir qualquer ação delituosa .

(...) Magalhães Noronha, citando Leon Rabinovicz 'é orgulho de macho ofendido'...

Entre os autores estrangeiros, vale citar o eminente Jimenez de Asúa... 'no existe esse honor conyugal. El honor és personal; el honor és propio. El hombre que así reacciona, o que sigue esa norma – y muchos han matado a la mujer porque no habia más remedio para conservar un falso crédito –, han realizado el acto acaso en un momento de transtorno mental transitorio, motivados por celos agudíssimos; pero no és posible hablar aqui de defensa personal'.

(...) o que temos é a forma privilegiada...

Voto vencido: "A norma jurídica há de ser interpretada culturalmente. É verdade, há de obedecer à coerência do ponto de vista dogmático, não é possível, porém, esquecer o aspecto valorativo que o tipo penal encerra... alguns autores e até decisões jurisprudenciais entendem ser possível a legítima defesa da honra quando o titular desta honra, no momento em que este valor está sendo afetado, reage a fim de fazer cessar a agressão. *Data venia*, o casamento acarreta obrigações recíprocas. Uma delas, a fidelidade do ponto de vista conjugal...

(...)

Enquanto os juízes togados se vinculam mais ao aspecto formal, dogmático da norma jurídica, os jurados, leigos – não são necessários especialistas em direito – julgam de acordo com as normas da vida, com as normas culturais, com as exigências históricas de um determinado instante.

Os magistrados ajustam o homem à lei. Os jurados adaptam a lei ao homem.

(...)

... O aspecto cultural há de ser interpretado de acordo com o lugar do fato. Se ainda, neste local, se entende que a honra do marido maculada desta forma enseja ou autoriza reação violenta, extrema – individualmente contrasta com meu pensamento-entretanto esse é o entendimento do júri.

(...)

Não podemos dizer que o Tribunal do Júri tenha errado. Podemos dizer que julgou mal. Ele está manifestando uma cultura brasileira.

(...)

O entendimento no Brasil é polêmico. Enquanto V. Exa. [o relator) e tantos outros entendem que a interpretação deve ser meramente dogmática, formal, há outros, e são os jurados, procuram fazer interpretação do ponto de vista da justiça material. De acordo com o art. 25 essa reação moderada está até na exposição dos motivos de 1940. Não é matematicamente dosada, mas analisada de acordo com as características da ação e da reação".

CASO 9 (REsp 31.881-0, 24.08.1993, STJ, e HC 73.124-4, 07.11.1995, STF)

Resumo: Homicídio. Julgamento do Tribunal do Júri reconhecendo a legítima defesa pessoal do réu, sobrevindo condenação por excesso doloso. Decisão anulada pelo TJDF por entender que cabia ao presidente do Tribunal do Júri prosseguir com as duas outras séries que quesitação (legítima defesa da própria honra e legítima defesa da honra dos filhos). O STJ restabeleceu a decisão do Tribunal do Júri, por entender que, ao não se prosseguir com a quesitação, não houve cerceamento de defesa. Contudo, decisão do STF anula a decisão do STJ, restabelecendo a do TJDF, a fim de que o réu seja submetido a novo julgamento popular por ter havido cerceamento de defesa no não prosseguimento da quesitação.

Argumentações significativas: "Os impetrantes se insurgem contra o não prosseguimento dos quesitos das outras séries, fundados na expectativa de que numa ou nas duas séries seguintes os jurados poderiam responder que não houve o excesso doloso, por se tratar de legítima defesa da honra: este é o cerne da controvérsia; invocam em favor da tese o único voto vencido na decisão atacada, (...) na passagem onde indaga: 'digamos que os jurados, ao afirmarem a imoderação hajam dito: não, a conduta da vítima não ensejaria resposta tão vigorosa mas, poderão entender que, com a defesa da honra, impunha aquela reação vigorosa".

CASO 10 (RSE 6940.10232, 18.08.1994, TJRS)

Resumo: Ré denunciada por homicídio qualificado pelo motivo torpe (ciúme), contra seu marido, suposto amante de sua própria irmã. Absolvição sumária pelo reconhecimento da legítima defesa própria. O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito visando à pronúncia, nos termos da denúncia. O Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento parcial do recurso, no sentido de que a ré fosse pronunciada, por homicídio simples e, assim, submetida a júri popular.

Argumentações significativas: "Segundo a ré, seu relacionamento com a vítima e seu marido não era dos melhores. Discutiam seguidame)nte. A ré desconfiava de relacionamento amoroso entre a vítima e uma irmã da própria ré".

Obs: não se menciona a honra, é discussão sobre legítima defesa apenas.

CASO 11 (Ap. 38.420-3, 17.08.1994, TJMS)

Resumo: Réu mata suposto amante de sua esposa em razão de meros boatos ou suspeita de adultério. O Tribunal do Júri aceita a tese de legítima defesa da honra e o TJMS, descaracterizando-a, determina que o réu seja submetido a novo júri.

Argumentações significativas: "A defesa postulou perante o plenário do Tribunal do Júri a tese da legítima defesa da honra, uma vez que a vítima vinha espalhando em toda cidade de Três Lagoas, que o acusado era um 'corno', porque ele vítima vinha mantendo relacionamento amoroso com a ex-esposa do apelado.

(...) tese manifestamente alheia à realidade processual, porque a situação fática é a de que 'Na época dos fatos o réu estava separado da mulher, embora o tivesse negado, mas afirma que perdera a confiança nela depois dos comentários a respeito de sua infidelidade consistente em um caso amoroso que teria tido com a vítima'".

CASO 12 (Ap. 9.029-1, 03.03.1994, TJPR)

Resumo: Réu mata companheira com a qual vivera por cerca de 20 anos como se casados fossem, por tê-la encontrado saindo abraçada de um "bailão" em companhia de outra pessoa com a qual mantinha relacionamento amoroso. Julga-

do pelo Tribunal do Júri foi condenado à pena de reclusão de 6 anos e oito meses em regime semi-aberto. Irresignado, apela, argumentando que o entendimento dos senhores jurados contrariara a prova dos autos e requer seja submetido a novo julgamento. O TJPR mantém a condenação do júri popular.

Argumentações significativas: "Na verdade, incensurável é que, a decisão do Conselho de Sentença, consentânea com a confissão do réu, reconhecendo o homicídio privilegiado e rejeitando a tese da legítima defesa, ajusta-se ao entendimento no sentido de que, o conceito de honra, por ser eminentemente pessoal, não se coaduna com o ato de infidelidade da companheira, nem confere ao varão o direito de ceifar-lhe a vida, ainda que, a eclosão da violência, decorrente do descontrole emocional, possa minorar a reprovabilidade da conduta".

CASO 13 (RSE 97.006669-4, 23.09.1997, TJSC)

Resumo: Marido que, suspeitando da traição da esposa, a mata com um tiro pelas costas. Pronunciado por homicídio doloso, o réu interpôs recurso objetivando a sua impronúncia ou alternativamente a desclassificação para homicídio culposo e, por fim, a absolvição sumária diante do fato de ter agido em legítima defesa de sua honra, sempre argumentando que agiu mediante violenta emoção. O Tribunal não acolheu a tese da defesa, determinando a pronúncia do réu e, por conseqüinte a sua submissão ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Argumentações significativas: "Controvertida é a possibilidade da legítima defesa da honra, inegavelmente, o sentido da dignidade pessoal, a boa fama, a honra, enfim, são direitos que podem ser defendidos, mas a repulsa do agredido há de ater-se sempre aos limites impostos pelo art. 25".

CASO 14 (Ap. 19.021/98, TJDF)

Resumo: Homicídio duplamente qualificado. O crime teria ocorrido porque a namorada do réu estaria mantendo relacionamento amoroso com a vítima. Não ocorreu de improviso, pois avisado de antemão, o réu teve tempo de fazer planos. Furtou uma faca e foi à procura do desafeto, matando-o. Condenado pelo Tribunal do Júri, foi apenado pelo juiz em 15 anos e seis meses. Apelou, alegando decisão manifestamente contrária à prova dos autos sustentando que não houve dolo de matar e que agiu em legítima defesa da honra ou pelo menos por relevante valor moral. O TJDF reconheceu que a pena foi exacerbada, fixando-a em 12 anos de reclusão.

Argumentações significativas: "A honra, como todo bem jurídico, é tutelada pelo direito. Pode seu titular, diante de agressão injusta a ela, atual ou iminente, valer-se dos meios necessários à sua salvaguarda. Não tenho, como muitos, o preconceito de afastar, de plano, a possibilidade de o agredido em sua honra agir na defesa desse direito. Principalmente quando a acusação pretende sua exclusão na ocorrência de homicídio... Dizer que não pode o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri absolver réus com esse fundamento é desprezar a soberania de seus veredictos, a ele outorgada pelo Constituinte (...)".

CASO 15 (Ap. 98.000047-5, 18.06.1998, TJAL)

Resumo: Marido mata esposa que comete adultério desferindo-lhe cinco tiros. Submetido ao Tribunal do Júri que rejeitou a legítima defesa da honra, o réu foi condenado. A defesa apelou, mas o TJAL manteve a decisão do júri popular.

Argumentações significativas: "A perda da honra é do cônjuge adúltero, não age em legítima defesa o marido que atira em sua esposa infiel, pois quem perde a honra é o cônjuge adúltero e não o inocente".

Considerações críticas

Das 15 decisões a que tivemos acesso, 11 delas, portanto a grande maioria, não acolhem a legítima defesa da honra. Mas, vale lembrar que, destas 11, em 5 o Tribunal do Júri havia absolvido o réu embalando-se na tese da legítima defesa da honra.

Observe-se, ainda, que mesmo quando tribunais hierarquicamente superiores (Tribunais de Justiça, STJ, Superior Tribunal Militar e STF) tenham entendimento diverso ao do Tribunal do Júri, cabe a este último, pela definição constitucional da soberania de seus veredictos, realizar novo julgamento, dando a última palavra.

Desta forma, muitas vezes, como no caso 8, apesar da manifestação de o STJ não acatar a tese da legítima defesa da honra, o réu, submetido a novo júri, em Apucarana, Paraná, foi absolvido.

Destacamos no caso 5 referência ao parecer da Procuradoria-Geral da Justiça (Ministério Público), por refletir significativa tensão existente entre a atuação dos Tribunais do Júri e a atuação dos Tribunais superiores hierarquicamente.

Importa dizer que há um debate nacional sobre a legitimidade ou não da existência deste tipo de tribunal popular. Alguns reconhecendo sua relevância e vendo-o como manifestação de um profundo espírito democrático. Outros, reconhecendo suas limitações em face do despreparo jurídico de seus componentes.

No caso 8, o voto vencido é exemplar. O Ministro que o proferiu, embora tenha expressado que, pessoalmente, não aceita a tese da legítima defesa da honra, por contrastar com seu pensamento, aceitou sua aplicação pelo Tribunal do Júri, por entender que, além de possuir um poder soberano para julgar o mérito da causa, este Tribunal popular manifesta a cultura do país. Em seu entender, os jurados, leigos, julgam de acordo com as normas da vida, com as normas culturais.

Como foi visto, a tendência atual do direito é no sentido de que cabe ir além do direito positivo, sempre que assim agindo, operadores do direito contribuem para a garantia e resguardo maior dos direitos das pessoas e nunca para justificar agressão a eles.

No caso 8, o voto vencido do senhor Ministro alberga uma reflexão que vai contra toda a construção filosófica jurídica moderna e contemporânea. Ao destacar os aspectos sociais e culturais da decisão absolutória do Tribunal do Júri, e

inclusive afirmar que "Os magistrados ajustam o homem à lei. Os jurados, a lei ao homem", inequivocamente manifesta um juízo de valor. E juízo de valor positivo com referência à utilização da tese da legítima defesa da honra como excludente de ilicitude, nos casos de homicídio por infidelidade da mulher. Queremos frisar que, a nosso ver, este entendimento fere o esforço civilizatório do direito, muito especialmente deste século, pois trata-se de construção teórica justificatória da mais grave violência do gênero: o assassinato de mulheres por homens. Como não temos, por enquanto, informações a respeito das decisões dos Tribunais de Júri do país que não receberam recursos, e como esses acórdãos não representam a totalidade dos acórdãos proferidos no país nos últimos anos, não podemos nem de longe quantificar ou mesmo estimar sua freqüência. Mas podemos afirmar que a legítima defesa da honra, avocada para absolver homens assassinos de suas respectivas mulheres ou ex-mulheres, é, incontestavelmente, ainda, uma prática cultural, por vezes presente em nossos tribunais, como se pode verificar através do presente estudo. Esta prática revela a existência de preconceitos e estereótipos que necessitam ser enfrentados criticamente.

A comunidade internacional reunida na Organização das Nações Unidas já se manifestou, por mais de uma vez – há vários documentos a respeito – sua não aceitação e mesmo repúdio às práticas culturais desrespeitadoras dos direitos humanos das mulheres.

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, 1995, em sua Plataforma de Ação, item 224, estabeleceu que a violência contra a mulher constitui ao mesmo tempo uma violação aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais e um óbice e impedimento a que desfrute deste direito. Ressalta a violência contra a mulher derivada dos preconceitos culturais e declara que é preciso proibir e eliminar todo aspecto nocivo de certas práticas tradicionais, habituais ou modernas, que violam os direitos da mulher.

2.8

A UTILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA QUESTIONAR E OBRIGAR A ADMINISTRAÇÃO A DESENVOLVER POLÍTICAS PÚBLICAS*

URBANO RUIZ

SUMÁRIO: 1. Reforma constitucional do Judiciário: 1.1 Concentração de poderes nas cúpulas; 1.2 O efeito vinculante – 2. As ações coletivas: 2.1 Ações coletivas, políticas públicas e cultura jurídica; 2.2 Casos exemplares; 2.3 Juiz é garantidor de direitos – 3. Valorização do Judiciário: utilização para acompanhar e cobrar o desenvolvimento de políticas públicas.

Resumo: O texto preconiza a utilização do Judiciário para cobrar, por meio de ações coletivas, a implementação de políticas públicas tendentes à realização dos objetivos constitucionais do Estado brasileiro.

Palavras-chave: Judiciário – Políticas públicas – Constituição Federal – Ações coletivas.

1. Reforma constitucional do Judiciário

1.1 Concentração de poderes nas cúpulas

Pode não haver nexo aparente entre o tema ora proposto, *A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas*, e o seminário no qual ele se insere.

Entretanto o assunto não terá mesmo alguma relação com a reforma do Judiciário?

A intenção é discutir formas de democratizar o acesso à justiça, diante da tentativa reformista de preservar a governabilidade, concentrar poderes na cúpula e esvaziar os poderes dos juízes e dos tribunais locais. O propósito, então, é repensar o Judiciário, justamente em face da reforma pretendida pela elite dominante.

Inicialmente importa salientar que embora o projeto de reforma do Judiciário, aprovado na Câmara dos Deputados e pendente de apreciação pelo Senado, tenha acarretado alguns avanços, como aumentar a oferta de trabalho sem mais

(*) Contribuição ao VII Seminário do *IBCCrim*.

permitir a paralisação nos períodos de férias, unificar os tribunais estaduais, eliminar as infindáveis discussões a respeito das dúvidas de competência e proibir a destinação dos valores das custas e emolumentos às entidades privadas, o mesmo projeto fortaleceu, sobretudo, a concentração de poderes na cúpula e esse aspecto é altamente negativo.

1.2 O efeito vinculante

Não bastasse o privilégio de foro que impede que a elite dirigente seja julgada criminalmente pelos juízes de primeiro grau, a súmula vinculante viria reforçar ainda mais os poderes daqueles que dirigem o país, pois na medida em que as Cortes Superiores de Brasília passassem a ditar com força vinculante as decisões judiciais, haveria melhor proteção dos interesses dos investidores externos.

No processo de globalização da economia o Judiciário passaria a ter importância na atração de investimentos, já que ofereceria maior segurança nas relações jurídicas. Os investidores, na aplicação de seus recursos em nosso país, entabulam contratos que eventualmente podem ser submetidos ao Judiciário e, assim, veriam seus interesses respeitados através das súmulas, diminuindo, por conseqüência, os riscos dos negócios, das aplicações.

Os juízes de primeiro grau – tanto quanto os tribunais locais – perderiam importância, pois a jurisprudência passaria a ser editada da cúpula para a base, com força vinculante. E exatamente nesse quadro que se anuncia, se aprovada a reforma como está no texto que saiu da Câmara dos Deputados, é preciso buscar mecanismos de reequilíbrio das forças, para valorizar os poderes que sobram aos juízes que não integram a cúpula do Judiciário.

2. As ações coletivas

2.1 Ações coletivas, políticas públicas e cultura jurídica

O caminho é o das ações coletivas. É necessário explorar melhor esse instrumento a serviço do povo, democratizando o Judiciário de modo a fazer dele um serviço público.

Por meio de tais ações é possível, por exemplo, fazer com que o administrador crie vagas no ensino de primeiro grau, que melhore o transporte coletivo, que amplie a distribuição de remédios e serviços de saúde aos carentes, entre outras coisas.

É bem verdade que o prestígio às ações civis públicas, de modo a permitir a utilização do Judiciário como meio de cobrar a implementação de políticas públicas, demandaria investimentos na formação de um novo juiz, que deixasse de lado a postura meramente positivista, mediante aplicação mecânica das regras legais, para se dar conta da realidade brasileira, buscando atingir, também por meio da atividade jurisdicional, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3.º da CF.

O art. 93, II, *c*, de nossa Carta Magna exige que o juiz freqüente cursos reconhecidos de aperfeiçoamento. Com essa finalidade é que foram criadas as Escolas de Magistratura. Necessário, entretanto, como salientam Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior[1] e Alberto Silva Franco,[2] que dita Escola de Magistratura deixe de atuar apenas na complementação do curso jurídico, como mero apêndice das faculdades de direito, para fazer com que os juízes se dêem conta de que há outras ciências além do Direito e passem a se preocupar em estudar nossa realidade de modo a saber como atuar em sua atividade para modificá-la, visando à realização daqueles objetivos previstos no art. 3.º da Carta Política.

Um dos fatores determinantes da crise do Judiciário é o ensino jurídico. Sempre tivemos um ensino moldado pelo positivismo jurídico, pelo mito da neutralidade da lei e da completude do ordenamento, harmônico e lógico, editado pelo Estado para a solução justa de todos os conflitos.

"Uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, auto-suficiente e corporativo. E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apóia na vontade popular ou nas leis de mercado, mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos, que atribuem dignidade ao ser humano, e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável".[3]

2.2 Casos exemplares

Feitas as primeiras considerações passo, agora, a enumerar casos concretos, a fim de mostrar a importância do Judiciário no desenvolvimento de políticas públicas:

I. A Delegacia de Ensino da cidade de Rio Claro, do interior do Estado de São Paulo, informou ao Promotor de Justiça que no ano letivo que se aproximava, o de 1998, faltariam cerca de 500 vagas na primeira série do ensino fundamental. Muitas crianças não teriam acesso à escola. A instituição documentou os fatos e promoveu ação civil pública para obrigar o prefeito a criar tais vagas, já que a Constituição Federal, nos arts. 211 e 212, obrigava a Municipalidade a atuar prioritariamente no ensino fundamental, investindo 25%, no mínimo, da receita resultante

(1) CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. "Esgotamento do modelo do Poder Judiciário – Proposta de mudança". *Revista do TRT da 15.ª Região,* n. 13. São Paulo, LTr, 2001.

(2) FRANCO, Alberto Silva. *O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização.* In MESSUTI, Ana e ARRUBLA, Sampedro (org.). *La Administración de justicia en los albores del tercer milenio.* Buenos Aires : Editorial Universidad, 2001. p. 99.

(3) FRANCO, Alberto Silva, op. cit.

de impostos. Bem por isso, obrigatório o ensino fundamental, gratuito (art. 208), sem que qualquer criança pudesse ficar sem escola (ECA, art. 208), tanto que os pais seriam responsabilizados criminalmente caso deixassem de matricular os filhos (CP, art. 246). O procedimento não previa audiência prévia de conciliação, mas ela foi designada, ganhando o fato repercussão na imprensa. Embora o alcaide relutasse em criar aquelas vagas, a liminar foi deferida e o chefe do Executivo municipal terminou por permitir que aquelas crianças tivessem acesso ao ensino público, sem contestar a ação.[4]

II. Na Grande São Paulo, os trens de subúrbio viajavam com as portas abertas, por causa do excesso de passageiros, transportados até sobre os tetos dos vagões. Eram freqüentes mortes, mutilações nos acidentes e quedas. Foi promovida ação civil pública, também pelo Ministério Público Estadual, para obrigar a concessionária daquele serviço público a oferecer transporte digno, regular e seguro aos usuários. Ela terminou sendo julgada procedente, com a aquisição de trens novos e a recuperação daqueles antigos, com melhorias significativas para os usuários.[5]

III. Idêntica ação foi promovida para obrigar a Administração Pública a distribuir gratuitamente remédios para pessoas carentes, sobretudo aidéticos que não tinham condições de adquiri-los.[6]

IV. O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente ação civil pública de iniciativa do Ministério Público Estadual perante a Fazenda do Estado de São Paulo, cominando a obrigação de não fazer consistente em se abster de implantar programa de troca, permuta, distribuição ou fornecimento de agulhas, seringas descartáveis e outros instrumentos, incluídos ou não em *kits*, aos usuários de drogas injetáveis. Entendeu, com efeito, que tal conduta não violava os arts. 37 e 195 da CF e também não configurava o crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76.[7]

2.3 Juiz é garantidor de direitos

Esses fatos mostram a possibilidade de utilização do Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram deveres, que tomem atitudes em prol da cidadania.

Também servem para mostrar que o juiz deve ser visto pelo cidadão como um garantidor de direitos. Se modernamente o Estado deve ser encarado como um implementador de políticas públicas, de modo a construir uma sociedade mais justa, igual e solidária, que tenha por meta a erradicação da pobreza e da margina-

(4) Processo 608/97, 2.ª Vara Criminal da Infância e da Juventude da Comarca de Rio Claro-SP.

(5) ApCiv 45.028-5/5, da Capital, 7.ª Câm. de Direito Público do TJSP.

(6) ApCiv 56.673-5/3, de Franca, 2.ª Câm. de Direito Público do TJSP.

(7) ApCiv 33.788/5, 1.ª Câm. de Direito Público do TJSP.

lização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º da CF), é possível exigir judicialmente que os administradores públicos implementem medidas ou políticas que permitam vida mais digna e justa a cada brasileiro.

O tema tem sido tratado por alguns de nossos melhores juristas, destacando-se Fábio Konder Comparato,[8] Rodolfo de Camargo Mancuso[9] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que abordou esse tema no seminário sobre os 15 anos da Ação Civil Pública, organizado pelo Ministério Público Federal e outras entidades, inclusive a Escola Paulista de Magistratura, realizado em São Paulo, de 22.05 a 09.06.2000.

Bem explicou referida professora que a omissão implica responsabilidade civil do Estado, consoante o disposto no § 6.º do art. 37 da CF. É possível, pois, exigir do Estado que cumpra seu dever legal. Se o Judiciário pode controlar a ação, igualmente pode controlar a omissão. Estar-se-ia, através da ação coletiva, evitando a ameaça de lesão. Há apenas que verificar se a Administração estava obrigada a fazer (ato vinculado) ou se ela apenas tinha a faculdade (ato discricionário). Quando a atividade é vinculada, é plenamente possível ir a Juízo exigir o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer do administrador. Quando o ato é discricionário não se pode exigir o cumprimento da obrigação de fazer. O poder de polícia, o disciplinar, o regulamentar não são discricionários. A Administração pode decidir quando fazer, a melhor maneira de fazer sem, contudo, deixar de fazer. É que a lei já lhe determinava que fizesse. O mesmo se diga com respeito aos serviços públicos, que não podem deixar de ser prestados pelo Estado.

É importante lembrar que a obrigação de indenizar, de reparar os danos, tem por fundamento o universal princípio de que não se pode lesar ninguém (*neminem laedere*). É possível cobrar do administrador público que não continue omisso, que, em outras palavras, deixe de causar lesões.

3. Valorização do Judiciário: utilização para acompanhar e cobrar o desenvolvimento de políticas públicas

As ações coletivas valorizam o Judiciário na medida em que fazem dele instrumento de democratização e amplia o acesso da grande massa de excluídos aos serviços públicos. É preciso estimulá-las.

Importante acrescentar, contudo, que o Professor Fábio Konder Comparato[10] mostra que o Judiciário também pode ser utilizado para questionar as políticas

(8) COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". *RT* 737/20, São Paulo, RT.

(9) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo : RT. p. 707.

(10) COMPARATO, Fábio Konder, op. cit.

públicas desencadeadas pelo Estado. Assim, se a Constituição Federal prioriza o trabalho, a cidadania (art. 1.º), pretendendo construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, com a conseqüente redução das desigualdades sociais, não poderia o administrador público priorizar os interesses dos credores externos, a política monetária, o controle da inflação, a política recessiva.

A Constituição Federal oferece o único balizamento dos atos públicos em geral. A única alternativa possível ao Executivo é, por evidente, a execução da lei.

Norberto Bobbio enfatizou que o problema fundamental em relação aos direitos humanos, hoje, não é o de fundamentá-los, mas o de protegê-los.[11] Boaventura de Souza Santos diz que não se pode fazer das leis promessas vazias. De nada adianta assegurar direitos se não há, depois, como fazê-los respeitados.

O Judiciário destina-se, sobretudo, à garantia de direitos. É preciso, pois, que passemos a utilizá-lo como instrumento para cobrar e acompanhar o desenvolvimento de políticas públicas.

Isso, por evidente, significará democratizar o Judiciário. À falta da outra, que se esboça frustrante, essa seria a grande reforma.

(11) BOBBIO, Norberto. "Sobre os fundamentos dos direitos do homem". *A era dos direitos*. São Paulo : Campus, 1992. p. 24.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

NOTAS SOBRE A MÍDIA NOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO E O JUDICIÁRIO: OS NOVOS PADRÕES

ALBERTO ZACHARIAS TORON

"Uma interessante idéia do jornalista Luis Nassif, concebida para explicar atitudes de certos colegas seus, serve também para alguns dos nossos, assim como de uns tantos magistrados ou membros do Ministério Público. Segundo Nassif, ninguém gostava tanto assim dos militares, nem tinha tanta sofreguidão para bajulá-los. Eles gostavam, mesmo, era do 'centro de poder', que então calhava ser ocupado por militares, mas que hoje atende por 'opinião pública'. E os mesmos áulicos que antes lambiam fardados hoje cortejam a tal opinião pública ... Vel espe, vel metu, ou por esperança da glória 'unanimosa' ou por medo dos apupos."
(ARNALDO MALHEIROS FILHO, "Per ardua ad astra"[1])

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A mídia em ação – 3. O despertar do "são sentimento" do povo brasileiro – 4. Liberdade de imprensa x Construção da realidade e julgamento *by media* – 5. Poderes da República combalidos, opinião pública e mídia – 5.1 O Legislativo – 5.2 O Executivo – 5.3 O Judiciário – 6. Conclusões e propostas – Bibliografia.

Resumo: A idéia central do texto é mostrar como a imprensa numa sociedade de massas tem o poder de formar a opinião pública, já que a informa e constrói a realidade. De outro lado, conquanto seu papel seja essencial para a democracia, esta pode ser perigosamente ameaçada quando fatos são manipulados ou inventados pela imprensa. Este proceder não repercute apenas no âmbito dos interesses do cidadão afetado em sua honra ou intimidade. Compromete, sobretudo nos julgamentos pelo Júri, a realização de um julgamento justo e, em última análise, a própria democracia. Discute-se o problema do *fair trail* X *free press*. Em paralelo, mostra-se como se repetem padrões de tratamento em relação aos ricos, antes criticados como violadores dos Direitos Humanos quando pobres eram escrachados nas páginas policiais, mas que agora soam como a democratização da imprensa e do direito penal. Por fim, com especial ênfase ao Judiciário, tomam-se em consideração a situação dos Poderes da República em face da mídia e são apresentadas propostas de regulação limitativa da atividade da imprensa.

Palavras-chave: Mídia – Opinião pública – Judiciário – Julgamento justo – Colarinho branco.

(1) In *Antonio Evaristo de Moraes Filho por seus amigos*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 78.

1. Introdução

São múltiplas e variadas as relações entre a imprensa e a democracia, não sendo exagero a afirmação de Giulio Illuminati, segundo a qual a sociedade contemporânea faz da informação um elemento estruturante da sua própria organização.[2] Entre nós, o jornalista Eugênio Bucci é contundente ao explicar o papel integrador da mídia e, sobretudo, o da TV, realçando que o espaço público brasileiro é iluminado pelo jorro multicolorido dos monitores e, assim, o país "se informa sobre si mesmo, situa-se dentro do mundo e se reconhece como unidade".[3]

No passado mais recente de nossa história, ainda no governo do general Geisel, a publicação dos primeiros escândalos, como, por exemplo, o das mordomias ou da distribuição de dinheiro público para a construção de hotéis no Nordeste, foi importante para conscientizar pessoas, agregá-las e mobilizar entidades civis, além das diferentes oposições. Mais adiante, já em 84, o eclodir da campanha das "Diretas-Já" reforçou os laços do movimento popular pelo fim da ditadura. Após a promulgação da Constituição de 88, com a ampliação e consolidação das franquias democráticas, órgãos de controle como a polícia, Procuradorias das diferentes Fazendas, Ministérios Públicos dos Estados e o Federal, com uma nova mentalidade e vontade política, passaram a investigar condutas de um outro segmento social tidas, em sua maioria, como *irrelevantes* ou que ficavam *em aberto* ou, pior ainda, *encobertas*.

Os recentes episódios envolvendo o ex-Senador Antonio Carlos Magalhães e, agora, o próprio presidente do Senado, Jader Barbalho, dão conta, expressivamente, de mostrar como a pressão da mídia, mobilizando a opinião pública, trouxe conseqüências amargas para esses e outros políticos. Noutro pólo, ninguém, por certo, esquecerá do memorável dia em que o Jornal Nacional, que ainda é o detentor dos maiores índices de audiência no país, exibiu as cenas de violência de um grupo de policiais militares na favela Naval em Diadema (SP). Do escárnio provocado, não foram apenas a deflagração da investigação criminal ou a expulsão dos milicianos a toque de caixa as conseqüências mais relevantes. A própria mudança da competência para processar e julgar os policiais militares nos crimes contra a vida, que já havia sido alterada após o Massacre do Carandiru e passou a ser da Justiça Comum (Lei 9.299/96), deixou de ser questionada. Este caso, não fosse a ressonância e a eloqüência de sua divulgação em horário nobre, seguramente, não teria alcançado tantos resultados.

É inegável, portanto, o papel importante para a democracia e para o próprio respeito dos direitos civis que a imprensa desempenha. Mas, ao lado de tudo o que se disse, também não é possível esquecer a pífia, para não dizer criminosa,

(2) "Divieto di pubblicazione e formazione del convincimento giudiziale". *Processo penale e informazione*. Università degli studi di Macerata, Facoltà di Giurisprudenza, Istituto di Diritto e Procedura Penale, 2001. p. 53.

(3) *Brasil em tempo de TV*. São Paulo : Boitempo, 1997. p. 11.

atuação da mídia em casos como o da Escola Base e do Bar Bodega.[4] Pesando tudo, o tema deste trabalho poderia, aparentemente, circunscrever-se ao confronto entre o direito à honra, à intimidade e à imagem do(s) cidadão(s) individualmente considerado(s), de um lado e, de outro, o instituto da liberdade de imprensa. Sobre isto, porém, já escreveram muitos e, por todos, valha a lembrança do excelente trabalho do Prof. Manoel Costa Andrade.[5]

O fato, porém, é que dada transcendência do papel da imprensa nas sociedades contemporâneas, que Israel Drapkin qualificou como o "Quarto Poder do Estado",[6] não está em jogo apenas a contraposição dos direitos individuais do cidadão em face da liberdade de imprensa, ambos de índole constitucional, mas algo até mais grave que é a crescente *manipulação de fatos* pela mídia, chegando, em não poucas oportunidades, até a criá-los como bem demonstra Luiz Guilherme Vieira[7] e, assim, levar a opinião pública[8] e, até mesmo membros do próprio Judiciário, a hostilizar determinado suspeito ou acusado. O trabalho procura exatamente mostrar como isso dificulta a realização de um julgamento justo, isto é, livre de pressões e preconceitos. Situamo-nos aqui no embate entre *fair trial* e *free press*.

Um Judiciário que vem sendo severa e nem sempre criteriosamente criticado por práticas que, entre outras, "insistem" em não obedecer o *timing* da imprensa, mas, em contrapartida, tem-se mostrado ávido por mostrar um novo perfil, como quem procura resgatar sua legitimidade preterindo, às vezes, a observância de formalidades legais em detrimento do possível desgaste perante a opinião pública,[9] como se desta haurisse sua legitimidade, não pode ficar imune a uma reflexão quanto à tutela das condições de imparcialidade na distribuição da justiça.

(4) Estes casos são os mais recentes. Sebastião Nery no seu *Grandes pecados da imprensa*, arrola vários outros de Ruy Barbosa, passando por Juscelino Kubitschek até o caso do ex-Governador Quércia, que veio a ser denunciado em época eleitoral e, ao depois, foi excluído da denúncia pela Corte Especial do STJ (São Paulo, Geração Editorial, 2000).

(5) "Liberdade de imprensa e tutela penal da privacidade – A experiência portuguesa". *RBCCrim* 20/28.

(6) *Imprensa e criminalidade*. Trad. Esther Kosovsky. São Paulo : José Bushatsky, 1983. p. 15.

(7) "O fenômeno opressivo da mídia: uma abordagem acerca das provas ilícitas". *Casos penais*. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 49 *et seq.*

(8) Por definição tomada como "um modo de ver da multidão questionável no cerne" (cf. Habermas, *Mudança estrutural da esfera pública*, trad. Flávio Kothe, Rio de Janeiro, 1984, p. 110-111, capítulo sobre opinião pública).

(9) Já se chegou ao absurdo de afirmar que, em alguns casos, o Judiciário é levado a julgamento pela opinião pública, "não devendo ser escandalizada com o reconhecimento de nulidades meramente formais" (TJSP, ApCrim 152.151-3). Tal acórdão, no entanto e sem nenhum abalo para a opinião pública, no REsp 86.097, foi reformado pelo STJ.

Não é que se queira uma *virgin mind* do juiz, togado ou popular, pois este, obviamente, está inserido na sociedade e é permeável às influências culturais e ideológicas como lembraram em memoráveis ocasiões Ranulfo de Mello Freire[10] e Alberto Silva Franco,[11] mas é preciso reprimir condutas que têm passado ao largo da legislação vigente e tornam uma quimera o sonho da imparcialidade e de um julgamento justo. E isto não interessa apenas ao Judiciário, mas à correta distribuição da justiça, que diz com os interesses da cidadania como um todo.

Em paralelo, o trabalho procura mostrar como a ampliação do espectro de incidência do direito penal com a edição de novas leis e da ação das agências de controle (polícia, procuradoria, ministérios públicos etc.), e também da imprensa, resultou na prática de espezinhar e escrachar os *novos personagens* do mundo do crime (banqueiros, empresários, políticos etc.), reiterando uma antiga praxe contra os pobres, que então se dizia violadora dos direitos humanos, mas que agora, paradoxalmente, reforçando o caldo de cultura do arbítrio, é aplaudida como *democrática*.

Tudo o que se diz sobre mídia e crime, em última análise, atina com a própria democracia. Porque em se permitindo que nos casos criminais seja exercida a eufesmística "publicidade opressiva"[12] (o certo em algumas situações é tratá-la como publicidade criminosa), abre-se um enorme campo para que, também no jogo político, estabeleçam-se práticas que reduzam o rival à condição de inimigo e, com isso, torne-se possível estabelecer o fim do dissenso e da pluralidade.

As notas que se seguem não são nada mais que reflexões ainda não sedimentadas, decorrentes de constatações, sobretudo vividas na advocacia. O texto presta-se a incrementar uma discussão que se mostra inadiável.

2. A mídia em ação

Luiz Estevão, antes de ser preso preventivamente em razão do rumoroso caso da construção do fórum trabalhista de São Paulo – o qual, ao menos por ora, por razões pessoais e éticas não posso comentar –, o foi, em fim de junho de 2000, por ordem de um Juiz Federal de Brasília. O destaque dado à prisão do ex-Senador e, sobretudo, às condições de sua cela, provida de uma latrina, uma pia e um cano apenas com água fria, aliado ao fato de o delegado de Polícia Federal que a exe-

(10) *Carta de despedida da judicatura*. Apud SUANES, Adauto. "O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal". *Julgados do TACrim*, vol. 74, São Paulo, Lex.

(11) Discurso de posse no TACrim, proferido em 13.11.1980, inserto no *JUTACrim*, vol. 64.

(12) Sobre o tema é imperiosa a leitura do ensaio: "O fenômeno opressivo da mídia: uma abordagem acerca das provas ilícitas", cit., p. 49. Este trabalho também foi publicado na Revista *Discursos sediciosos* do Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998, ano 3, ns. 5 e 6, p. 249-257.

cutou tê-la organizado "para que repórteres, fotógrafos e cinegrafistas tivessem o melhor ângulo",[13] deixa patente não só a colaboração dos agentes da lei com a imprensa, mas a necessidade de se exibir a aplicação de um castigo pronto, exemplar e marcado por requintes de certo sadismo. Trata-se agora de mostrar como os que usam *black tie* são tratados pela República Democrática do Brasil e sua igualmente democrática imprensa.

Sérgio Naya, ex-Deputado Federal e empresário do ramo de construções, alvo de um autêntico, mas inescrupuloso julgamento pela mídia (*trial by media*), não foi apenas execrado. Segundo o Juiz Heraldo Saturnino de Oliveira, que sentenciou o processo, a mais poderosa emissora de TV do país exibiu argamassa como se fosse concreto e exibiu para todos cenas de "reboco esfarinhado entre os dedos em meio a gritos de que tinha sido utilizado como concreto; impurezas encontradas na massa eram apresentadas como causa da ruína do edifício".[14] Acontece que no âmbito das provas do processo, assegura a sentença que o Instituto de Criminalística, o Instituto Nacional de Tecnologia e professores de nomeada, provaram que o concreto utilizado na construção do Palace II, o qual veio a ruir em 1998, era de boa qualidade.

Desmentida pela realidade, que fazia ruir ou ao menos contestava a imagem construída do prédio e do empresário (este um tremendo mau-caráter e aquele um 'castelo de cartas', segundo se propalava), ainda assim a Globo não se deu por vencida, distorceu o quanto pôde a divulgação do laudo do Instituto de Criminalística. Tanto que o Juiz de Direito, enfrentando o poder da emissora e mostrando a que servem os predicamentos da magistratura, assinalou: "A divulgação do laudo foi *falseada* e *distorcida* (grifei). O *Jornal Nacional*, principal órgão informativo da televisão, *noticiou de forma desleal* – mais com os seus espectadores do que com os envolvidos – as conclusões da prova técnica, fazendo crer que no laudo existia o que ali não se continha, que os peritos tinham concluído de uma forma quando na realidade suas conclusões eram outras".[15] Em outra passagem da sentença, após registrar as dificuldades técnicas do caso, está dito: "Optou-se então pela *simples* e *escancarada distorção*. Frases foram destacadas e, para dar credibilidade à indignação estudada do narrador ou narradora, mostradas em *close-up* sem qualquer menção ao texto que lhes dava sentido".[16]

Aliás, conclui o magistrado, "a técnica (refere-se à manipulação jornalística) sequer era original. Já tinha sido empregada no resumo de famoso debate eleitoral".[17] Exemplos como os lembrados neste trabalho, e também na

(13) Jornal *Folha de S. Paulo* de 1.º.07.2000, p. A4.

(14) Citação extraída da sentença prolatada nos autos da Ação Penal 98.001.184167-8, p. 62, que tramitou perante a 33.ª Vara Criminal da cidade do Rio de Janeiro (RJ).

(15) Idem.

(16) Idem.

(17) Para quem não se recorda, o juiz alude ao famoso debate realizado no segundo turno da eleições presidenciais de 1989 entre os então candidatos Fernando Collor e Lula do

sentença destacada, poderiam ser citados aos montes,[18] mas convém realçar que o estilo de manipular informações, seja para reforçar a culpa de alguém, ou escondê-la como no abominável caso da bomba colocada por militares no Rio-Centro e, nesta hipótese, para atender aos interesses do poder, constitui a marca registrada do comportamento da imprensa nos regimes eufemisticamente chamados de fortes.

Como relatou Israel Drapkin no seu clássico *Imprensa e criminalidade*, sonegar notícias ou retardar a publicação de outras até quando fosse oportuno; misturar notícias com opiniões condenatórias ou de aprovação; ampliar fatos insignificantes e reduzir o destaque de outros, de real importância; utilizar frases sentimentais, com vista a despertar a simpatia ou a antipatia (...) são práticas conhecidas, e era exatamente o que fazia a imprensa hitlerista.[19]

Mas, se num regime que se funda sob a força é facilmente concebível e explicável um direcionamento único e monolítico da divulgação dos fatos, numa democracia torna-se espantoso, para não se dizer odioso, perceber que os diferentes órgãos da imprensa agem dentro de uma mesma lógica para elevar os índices de audiências e liderar a concorrência. Com propriedade, a jornalista Betch Cleinnman, sob o título "There's no business like news business",[20] advertiu para o fato de que a existência de uma grande quantidade de meios e veículos informativos não gera uma pluralidade de temas, abordagens, personagens, pontos de vista, desmentindo as potencialidades tão louvadas da era da comunicação.[21] Invocando o trabalho de Ignacio Ramonet[22] a autora explica que esse fenômeno ocorre porque "contrariamente a qualquer indústria em que a concorrência obriga cada um a propor produtos diferentes, na indústria midiática ela leva os jornalistas a fazer prova de *mimetismo*, a dedicar todo o seu talento a repetir a mesma história, a tratar o mesmo assunto que mobiliza, no mesmo momento, todos os veículos".[23]

Partido dos Trabalhadores. Ao lado deste lamentável episódio não se pode olvidar o caso "Proconsult", em que se tentou manipular os votos atribuídos ao então candidato ao governo do Estado do Rio de Janeiro, Leonel de Moura Brizola. Eleito governador, denunciou vigorosamente a manobra da Globo que retardava a divulgação dos resultados dos centros mais importantes.

(18) Para os acadêmicos: *ex-abundantia*.

(19) Op. cit., p. 19.

(20) Não há negócio como o negócio de notícias.

(21) "A muralha dos procedimentos inquisitoriais". *CPI: os novos comitês de salvação nacional*. Org. Antonio Carlos Barandier. Rio de Janeiro, 2001. p. 23.

(22) *La Tyranie de la comunication*. Paris : Galilée, 1999. p. 192-193. Há tradução espanhola deste trabalho que me foi gentilmente cedida pelo Prof. Sérgio Salomão Shecaira: *La tiranía de la comunicación*, Madri, Debate, 1998.

(23) "A muralha dos procedimentos inquisitoriais", cit., p. 24.

3. O despertar do "são sentimento" do povo brasileiro

Exigência de uma sociedade sequiosa de representações fortes, nas quais a palavra não é suficiente, as prisões, inquéritos policiais e sessões das diferentes CPIs, com sua ampla cobertura pela imprensa, fornecem, como os autos de fé outrora, o suporte visual da argumentação vitoriosa. O espetáculo é definitivo. Trata-se, antes de mais nada, de uma apresentação pública de abjuração, da reconciliação e do castigo. Como advertiu o Juiz francês Antoíne Grapon, membro do respeitado *Institut des Hautes Études sur la Justice*, o "*trial by media*", onde a controvérsia é reduzida a um espetáculo muito mais próximo da arte de tourear do que da discussão razoável, "reforça o efeito de verdade em detrimento da verdade; a sedução em detrimento da argumentação".[24]

Cria-se um sentido (e um sentimento) da informação que busca, não tão silenciosamente quanto supôs a citada jornalista, impor-se "como único pensamento possível".[25] Os exaltados âncoras dos telejornais reeditam a fórmula do *são sentimento* do povo brasileiro, qualificando os fatos como vergonhosos e vociferando por prisões. Antes eram os pobres, como bem demonstrou Nilo Batista em "Comunicação e crime", salientando, ainda, "as funções legitimadoras da ordem que a página policial desempenha".[26] Sílvia Lesser de Mello anota que se trata quase de "uma campanha de culpabilização coletiva dos pobres pela violência (...) eles são fotografados e rotulados. Não se vêem mais pessoas. Vêem-se carentes, favelados, ladrões, menores delinqüentes, criminosos, bandidos viciados".[27]

A novidade, no caso brasileiro do fim dos anos 80 para cá, é que toda a atenção da mídia, sobretudo para escrachar publicamente o envolvido, agora é estendida ao segmento mais bem aquinhoado da sociedade, leia-se, políticos, empresários, banqueiros etc. Com a aparição dos *novos* personagens do mundo do crime, os abusos praticados contra os pobres que antes eram objeto de viva repulsa por parte da esquerda e de entidades civis, passaram a ser não apenas tolerados, como, de certa forma, incentivados. Assim, prisões preventivas são requeridas e decretadas amiúde, empresários e homens de governo são linchados publicamente, mesmo que se trate de meros suspeitos. Incisivo a respeito foi um acórdão do TJSP ao "lembrar" que também "poderosos" têm direito à justiça no sentido de que o Judiciário agirá sempre com serenidade, sem se levar por ondas de opinião pública ou alarde nos meios de comunicação, "sem distinções e sem pré-julgamento".[28] Tem-se a impressão de que a imprensa cultiva uma ideologia da "hora e a vez da burguesia na polícia".

(24) *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro : Revan, 1999. p. 79.

(25) Idem, ibidem.

(26) *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro : Revan, 1990. p. 137.

(27) "A cidade. A violência e a mídia", *RBCCrim* 21/194.

(28) Acórdão da 5.ª Câm. criminal prolatado no HC 311.499-3, relatado pela Desa. Luzia Galvão, j. 04.05.2000.

Com esta forma de pensar, esquece-se que, numa sociedade edificada sobre a base da dignidade humana, estampada na Constituição como valor reitor (art. 1.º, III) e que presume a inocência do cidadão (art. 5.º, LVII), não se pode conviver com a execração pública, degradação e linchamento moral dos cidadãos, ainda que abastados, como forma de exercício do poder, tal qual se fazia sob o absolutismo. Por outras palavras, o que ontem se combateu como opressão dirigida aos segmentos desfavorecidos, porque afrontoso aos Direitos Humanos, não pode, perversamente, vir validado e aplaudido hoje, como se fosse a "democratização do direito penal" ou a da *cobertura da imprensa*, que agora também atinge os ricos.

Dignas de nota são as insólitas declarações de um Procurador da República reinante em Brasília, o qual, ao ver concedida a liminar no *habeas corpus* pelo Juiz Tourinho Neto,[29] colocando em liberdade o já referido ex-Senador, disparou que isso representava uma injustiça diante do fato de que há milhares de pobres presos por um simples "roubo de galinha". Repete-se aqui a lógica binária, radicalizando o bem e o mal, que implica, quando acentuada pela mídia, a renovação de uma tensão que rende audiência.

4. Liberdade de imprensa x Construção da realidade e julgamento *by media*

Como destaca Silvia Lesser de Mello, com apoio no pensamento de Elias Canetti:[30] "há um prazer inegável em julgar, afirmar o certo e o errado de todas as coisas e pessoas. (...) Separando o número vago e amorfo dos existentes em dois grupos e propiciando o enfrentamento, dá a eles algo como densidade. Concentra-os como se devessem lutar entre si: radicaliza-os e deixa-os cheios de inimizade".[31] Essa lógica, que tempos atrás poderia ser entendida como o acirramento da luta entre as classes sociais, hoje é vista como a conseqüência da democratização da sociedade.

Sabemos, não obstante, como apontou com muita proficiência o professor de Coimbra, Costa Andrade, em memorável conferência num dos Seminários do IBCCrim, que "o instituto da imprensa livre" é "garantia institucional da imprensa como um dos portadores e difusores da opinião pública no interesse de uma democracia livre".[32] Contudo, isso não pode significar que se tolerem manipulações que importem no alijamento da verdade para satisfazer a elevação dos índices de audiência ou outros interesses pouco claros. É certo que nem sempre é

(29) Presidente do TRF da 1.ª Reg.

(30) *Massa y poder*. Madri : Alianza/Muchnik, 1987. p. 293. Apud "A cidade. A violência e a mídia", cit., p. 192-193.

(31) "A cidade. A violência e a mídia", cit., p. 192.

(32) "Liberdade de imprensa e tutela penal da privacidade ...", *RBCCrim* 20/28.

possível separar um juízo de valor do de realidade, para utilizarmo-nos de uma distinção weberiana. Mas há uma diferença muito grande entre manipular e confundir as coisas, mostrando reboco como se fosse concreto ou levar gente com ovos quando os acusados saem das audiências para criar o fato jornalístico consubstanciado no clamor popular e, de outro lado, as dificuldades filosóficas ou sociológicas sobre a verdade.

Bem a propósito, com agudeza de espírito, Márcio Thomaz Bastos, em memorável palestra proferida na sede da Apamagis[33] a convite do IBCCrim, destacou que a imprensa não é um espelho inerte da sociedade ou da realidade.[34] Na sua expressiva manifestação: "Nada mais falso do que essa visão mecanicista, simplista e deformadora. Ao contrário, o que se verifica hoje, tanto nos países centrais como nos periféricos, é que a mídia não é apenas uma cronista da realidade; ela se torna, cada dia mais, a protagonista da realidade, influindo, modificando e construindo os fatos, interagindo com atores da vida real a ponto de constituir uma outra realidade – diferente da vida real".[35] Na síntese de Sérgio Salomão Schecaira, os meios de comunicação se amoldam às noções de valores que supõe dominantes, "mas também os modificam e deformam o comportamento social".[36]

Pode-se dizer, portanto, sem exagero, que a atuação dos meios de comunicação cria a realidade no sentido de construir verdades que se inculcam nas pessoas, máxime naquelas mais simples e, via de regra, com menor capacidade de crítica. Não que a mídia possa manipular as consciências; há aqui uma interdependência, de condicionamento recíproco, em que os meios de comunicação dependem das atitudes preexistentes. Há como destaca Alessandro Baratta "uma situação pré-comunicativa".[37] O que acontece, no dizer do jornalista Eugênio Bucci, é que a televisão "se apresenta com os mecanismos necessários para integrar expectativas diversas e dispersas, os desejos e as insatisfações difusas, consegue incorporar novidades que se apresentem originalmente fora do espaço que ela ocupa e, em sua dinâmica, vai dando os contornos do grande conjunto, com um tratamento universalizante das tensões".[38]

(33) Associação paulista dos magistrados.

(34) No mesmo sentido é o trabalho doutrinário de Sérgio Salomão Schecaira: "A criminalidade e os meios de comunicação de massa", na *RBCCrim* 10/137, São Paulo, RT, 1995.

(35) "Mídia e júri". *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. Org. Rogério Lauria Tucci. São Paulo : RT, 1999. p. 113.

(36) "A criminalidade e os meios de comunicação de massas". *RBCCrim* 10/137.

(37) "Introducción a una sociologia de la droga", inserto nos anais da Conferência internacional de Direito Penal de outubro de 1988, Rio de Janeiro, editado pelo Centro de Estudos da Procuradoria-Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1991, p. 55.

(38) *Brasil em tempo de TV*, cit., p. 12.

Como nas sociedades contemporâneas a comunicação das experiências, da ocorrência de fatos e até de sentimentos cada vez mais acontece no âmbito da mídia, sobretudo pela televisão,[39] a grande maioria das pessoas crêem no que vêem, ouvem e lêem nos rádios, televisões, jornais e revistas. Nesse contexto, não seria exagero que o velho brocardo latino, segundo o qual *quod non est in acta, non est in mondo*, fosse lido como "o que não está na tela da TV não está no mundo", ou, como preferiu Eugênio Bucci, "o que é invisível para as objetivas da TV não faz parte do espaço público brasileiro".[40]

5. Poderes da República combalidos, opinião pública e mídia

5.1 O Legislativo

Com um Legislativo debilitado pelas nem sempre justas críticas que sofre, entre outras razões pela distorcida representatividade, morosidade, excesso de privilégios e o envolvimento de muitos parlamentares em escândalos, assistimos a uma perversão: a função de editar leis ficou subjugada pela das CPIs, onde são investigados os mais diferentes fatos. A atividade nestas Comissões dá aos parlamentares maior visibilidade e, conseqüentemente, votos nas eleições. A imprensa alimenta os apuratórios que fazem lembrar os procedimentos da Santa Inquisição com sua ampla cobertura. O investigado recebe o rótulo de testemunha e é obrigado a falar. Caso contrário, seja como testemunha ou indiciado, vai ser preso. E se o advogado protestar, vai preso também.[41] Não é à toa que muitos parlamentares elegeram-se Prefeitos ou Governadores com estrondosas votações. O público aplaudiu o *show* desempenhado em nome da moralidade.

Espicaçado pela imprensa, o Legislativo passou a atender mais celeremente aos reclamos estampados em editoriais jornalísticos: ampliou o rol dos crimes hediondos após o bárbaro assassinato de uma jovem e talentosa atriz da Globo, praticamente extinguiu a chamada "prisão especial" e, a cada passo, foi cedendo às pressões impondo políticas criminais mais duras, expressas em leis questionáveis em vários aspectos quanto à constitucionalidade como registraram Maria Lúcia Karan, em *De crimes, penas e fantasias*;[42] Alberto Silva Franco, em *Crimes*

(39) Nesse sentido, entre muitos outros autores, Alessandro Baratta em "Introducción a una sociologia de la droga", cit., p. 56.

(40) Op. cit., p. 11.

(41) O caso mais recente de inusitado arbítrio deu-se na sessão do Senado em que se ouvia o ex-presidente do Banco Central do Brasil, Francisco Lopes, e seu advogado, uma das expressões mais ilustres da nova geração de advogados criminalistas; também foi preso por instruir o cliente a permanecer calado como, aliás, autoriza a Constituição.

(42) Rio de Janeiro : Luam, 1999. p. 142 *et seq.*

hediondos;[43] e Luiz Flávio Gomes e Cervini, em *Crime organizado*[44]). É bom recordar também que parlamentares ainda não julgados pela justiça foram cassados ou lhes foi *dada* a "chance" de renunciar para evitar maiores desgastes institucionais e, eventualmente, pessoais.

5.2 O Executivo

No âmbito do Executivo as coisas não são muito diferentes. Lembremo-nos que a iniciativa de rever o conteúdo da prisão especial só ocorreu em razão do debate que mobilizou a sociedade por conta de um juiz aposentado que se achava encarcerado. Aqui, aliás, ocorreu algo curioso. O direito à prisão especial vem expresso no art. 295 do CPP de 1941 e o rol dos contemplados foi muitas vezes ampliado por meio de leis especiais para contemplar outras categorias profissionais, inclusive jornalistas. Sua regulamentação deu-se em 1955 nos termos do Dec. 38.016. Este, por sua vez, quase que secretamente, na surdina,[45] foi revogado no governo Collor, tanto que todos os organizadores de códigos davam-no como vigente e bem assim os doutrinadores. Advogados o invocavam e juízes o aplicavam normalmente. Na verdade, muitas das diferenciações estabelecidas pelo decreto quanto ao tratamento a ser dispensado ao preso especial já estavam superadas com o advento da Lei de Execução Penal em 1985. Quando, porém, um juiz aposentado foi colocado no regime de prisão especial ascendeu-se a ira contra a situação e o Executivo apressou-se em mandar um Projeto para o Legislativo limitar as benesses. Até mesmo um documentário sobre a fome no Brasil, levado ao ar pela Globo no *Jornal Nacional*, levou o presidente a se manifestar publicamente, como se houvesse alguma novidade no ar.

5.3 O Judiciário

Enquanto políticos estão sujeitos às pressões do povo, da imprensa e da mais variada gama de entidades da sociedade civil, torna-se claro que isto compõe o jogo institucional da democracia. Todavia, as dificuldades e os temores aumentam quando se pensa na pressão que o Judiciário sofre por parte da opinião pública ou naquela publicada pela mídia. De forma muito simplista, alguns imaginam que o Judiciário deva tornar-se mais permeável à mídia. Outros acham que seus

(43) 4. ed. São Paulo : RT, 2000. p. 78 *et seq.*

(44) São Paulo : RT. p. 25 *et seq.*

(45) A dificuldade de se descobrir a revogação do Dec. 38.016/55 decorreu do fato de que o Dec. 99.999, de janeiro de 1991, que, expressamente, veio para revogar decretos em vigor desde os primórdios da República não tê-lo feito. No entanto, o Dec. 11, de janeiro de 1991, que veio para estruturar regimentalmente o Ministério da Justiça, num de seus anexos, revogou o decreto que regulamentava a prisão especial. Até mesmo o *site* do Senado dava-o como em vigor na data de 15.01.2001.

integrantes devam falar e aparecer mais, saindo do claustro, rompendo com a tradicional – e importante – discrição ou circunspecção. O juiz moderno, pensam uns e outros, deve ser *up to date* e participar desse esforço moralizador. Sustentam que a crise deste Poder "tem empurrado a imprensa para uma função que não é sua". "O cidadão descrente da eficácia do caminho judicial, procura o repórter."[46] No famoso caso Collor, o Jornal *O Estado de S. Paulo*, em 22.11.1994, no seu editorial sustentava que "o país não resistiria a uma absolvição". Nossa Suprema Corte, naquele episódio, independentemente das posições políticas que se possam ter, deu um exemplo histórico de independência ao absolvê-lo. Fosse o Judiciário refém da mídia, o ex-Presidente deveria ter sido condenado no processo-crime a que respondeu.

Com a inegável e maciça penetração da imprensa no "mundo da justiça", os casos penais ficam submetidos a um "duplo debate" como registrava o saudoso Evaristo de Moraes Filho no Memorial do "Caso Collor submetido ao STF". Este *trial by media*, onde a paridade de armas é inexistente, pois, além de vocalizarem-se fortemente as versões acusatórias, que na óptica da imprensa são sempre as mais interessantes de se divulgar para o grande público, criam-se situações para ensejar o "fato jornalístico", que estampa o clamor popular construído por pessoas, como já dito, adredemente arrebanhadas para o protesto contra o "criminoso" e, com isso, possibilitar a prisão preventiva ou pressionar pela condenação.

É assustador perceber que a imprensa é utilizada para colocar "em palpos de aranha" o juiz que deixar de decretar a preventiva de um suspeito. Não foi por acaso que Daniel Piza, articulista do jornal *O Estado de S. Paulo*, bradou que ninguém "agüenta a busca sórdida por supostos 'furos', o microfone aberto para quem quiser acusar alguém famoso sem prova nenhuma".[47] Não por acaso, em recente acórdão do TJSP registrou-se haver no país "um clima de verdadeira caça às bruxas, onde os investigadores (aqui a referência abrange Promotores de Justiça), ainda que os fatos sejam complexos e necessitem de uma apuração mais tranqüila e sem açodamento, atuam com pressa e estardalhaço, mais preocupados com as luzes das câmaras de televisão e com os aplausos antecipados do que com os direitos e garantias das pessoas envolvidas nas investigações".[48]

Aqui o ponto nevrálgico da questão: Embora alguns juízes possam ser intimidados pela ação da mídia, às vezes até por características pessoais como, quem sabe, personalidade tímida, aversão à polêmica ou mesmo falta de estrutura emocional para suportar as inevitáveis críticas, e outros não, o certo é que isto não deveria acontecer. A seleção dos juízes deve também ser voltada ao recrutamento de pessoas estruturadas com adequação para enfrentar os avatares do ofício e a

(46) Carlos Alberto Di Franco em: "Grampos, imprensa e Judiciário", *O Estado de S. Paulo*, de 09.07.2001, Espaço Aberto, p. A2.

(47) "Jornalistas", *O Estado de S. Paulo*, 08.07.2001, Caderno 2, Cultura, p. D3.

(48) Acórdão prolatado no HC 305.016-3, 5.ª Câm. criminal, rel. Des. Gomes de Amorim, j. 22.02.2000.

imprensa limitada nesta que poderia ser considerada uma espécie de coação indireta no curso do processo.

O mais grave, porém, ocorre quando se verifica o desejo de o magistrado aparecer bem com a opinião pública, como se a fonte legitimadora da atividade jurisdicional fosse a subserviência àquela e não a correta aplicação da lei dentro do devido processo legal. No expressivo comentário do Juiz de Direito e Mestre em Processo Penal Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, "há os que deixam de decidir sob o patrocínio das provas, para fazê-lo conforme os índices de audiência".[49] Para os que imaginam ser este um modo democrático de realização da justiça, tal conduta, não custa insistir, realiza o ideal nazista, segundo o qual "Direito é aquilo que é útil aos interesses do povo" (*Recht ist was dem Volk nutzl*).[50]

Há quase vinte anos, a professora Ada Pellegrini Grinover, com sua conhecida inteligência, já advertia sobre as influências que os modernos meios de comunicação provocam na serenidade do juiz, que "não pode permanecer completamente imune".[51] Seja por problemas pessoais, de ordem subjetiva, seja em razão de vícios, é preciso mecanismos legais que limitem a ação da imprensa em casos ainda submetidos à investigação ou ao crivo do Judiciário. Não é apenas o linchamento moral do suspeito ou acusado que está em jogo, é a própria correção da distribuição da justiça que se põe em questão. Mais do que leis limitadoras da atividade midiática, é preciso que o nosso instituto da Resposta (Lei de Imprensa, art. 29) seja repensado para ser mais ágil e permitir ao agravado uma contraposição mais rápida. Hoje o cidadão que for vítima de uma simples erronia, ou mesmo de uma inverdade por parte de algum órgão da imprensa, deve primeiro bater às portas deste, para só depois de esgotado um prazo que nunca é inferior a quarenta e oito horas da notificação extrajudicial, poder ingressar com o pedido perante o Judiciário.

6. Conclusões e propostas

A divulgação dos casos penais coloca em foco não apenas a ética concorrencial jornalística, mas a urgente necessidade de se repensar o balizamento legal do tema. O problema, como adverte o Prof. Giulio Illuminati, é que a tutela da imparcialidade do juiz e o direito de informação sobre o processo não parecem valores fáceis de se balancear e, menos ainda, de conciliar.[52] Mais grave, registra o professor da Universidade de Bologna, é que o remédio jurídico limitador da atividade da imprensa pode ser pior do que o dano que se quer

(49) "Opinião pública e processo penal", *Legislativo Adcoas*, p. 852.

(50) Gilmar Ferreira Mendes, *Folha de S. Paulo*, 24.10.1993.

(51) *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 50, n. 8.

(52) "Divieto di pubblicazione e formazione del convincimento giudiziale". *Processo penale e informazione*, cit., p. 51.

evitar. Temos aí um problema cultural que, segundo o prestigiado autor, não será resolvido com leis restritivas.[53]

Ousando discordar do Professor bolonhês, a incidência de leis restritivas é uma necessidade não apenas para se preservar a honra e a imagem alheias, mas para se evitar a montagem do caso pela mídia de modo a se impedir que, posteriormente, uma absolvição ou arquivamento sejam identificados pela desqualificadora expressão *"tudo acabou em pizza"*. Programas como "Linha Direta" e similares, que normalmente reconstroem os fatos a partir de um prisma acusatório, deveriam ser proibidos antes do julgamento do acusado, sobretudo nos casos submetidos ao júri, pois tornam inarredável a futura condenação. De idêntica maneira, buscas policiais não podem ser alvo de acompanhamento, em tempo real, pela imprensa. Os policiais posam como agentes dos famigerados esquadrões da *Swat* e o espectador tem a impressão de que está diante de um cenário criminoso. Quando nada é encontrado na busca, afirma-se que os investigados são tão organizados que já sabiam da ação policial. Não há saída para o suspeito, a regra é a *vox* incriminadora, ou, no mínimo, comprometedora. A investigação deve ser coberta pela discrição.

Também, hoje, lamentavelmente, são comuns casos em que o melhor acompanhamento do inquérito ou do processo é feito pela própria televisão. Veda-se o acesso do advogado ao inquérito, mas na televisão mostram-se cópias dos depoimentos "em primeira mão". As assessorias de imprensa dos tribunais logo distribuem cópias das decisões aos seus colegas, mas os advogados e estagiários para obterem-nas devem percorrem caminhos formais e demorados.

Por fim, malgrado os exemplos de independência do Judiciário, não são incomuns juízes que se sentindo em "palpos de aranha" pela ação de órgãos da acusação pouco éticos, que se intitulam representantes da sociedade, vergam-se à pressão da mídia. Daí que a criação de um tipo penal, como constava do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal apresentado pelo grupo de trabalho constituído em 1987 pelo então Ministro da Justiça Paulo Brossard, criminalizando a coação indireta no curso do processo, com os aprimoramentos necessários, pode representar uma saída promissora. O art. 352 do diploma apresentado tinha o seguinte teor:

"Fazer em jornal, rádio, televisão, ou qualquer outro meio de comunicação, antes da intercorrência de decisão definitiva em processo judicial, comentários, com o fim de constranger ou exercer pressão relativamente a declaração de testemunhas ou a decisão judicial:

Pena: detenção de 3 meses a um ano".

O tipo penal, é verdade, pode necessitar de reparos, sobretudo quando alude à pressão como fim especial no agir do agente, que, no entanto, pode ser substituído por algum elemento normativo do tipo, de modo a precisar situações e confi-

(53) Op. cit., p. 58.

nar a incriminação. Soluções definitivas não há, mas como está não pode ficar. "Nunca mais Escola Base ou Bar Bodega" não é apenas um bordão que representa uma recomendação ética, impõe-nos o dever de procurar regras jurídicas para se impedir a consumação de abusos e injustiças. Como advertiu Márcio Thomaz Bastos, citando Evaristo de Moraes Filho, "a liberdade criou a imprensa. E a imprensa não pode se transformar na madrasta da liberdade".[54]

Bibliografia

ANDRADE, Costa: "Liberdade de imprensa e tutela penal da privacidade – A experiência portuguesa", *RBCCrim*, n. 20.

BARATTA, Alessandro: "Introducción a una sociologia de la droga", inserto nos Anais da Conferência internacional de Direito Penal de outubro de 1988, Rio de Janeiro : Centro de Estudos da Procuradoria-Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1991.

BASTOS, Márcio Thomaz. "Mídia e júri". *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira.* Org. Rogério Lauria Tucci. São Paulo : RT, 1999.

BATISTA, Nilo. "Comunicação e crime". *Punidos e mal pagos.* Rio de Janeiro : Revan, 1990.

BUCCI, Eugênio. *Brasil em tempo de TV.* São Paulo : Boitempo, 1997.

CANETTI, Elias: *Massa y poder.* Madri : Alianza/Munchnik, 1987.

CLEINNMAN, Betch: "A muralha dos procedimentos inquisitoriais". *CPI: os novos comitês de salvação nacional.* Org. Antonio Carlos Barandier. Rio de Janeiro, 2001.

DI FRANCO, Carlos Alberto: "Grampos, imprensa e Judiciário". *O Estado de S. Paulo*, de 09.07.2001, Espaço Aberto.

DRAPKIN, Israel. *Imprensa e criminalidade.* Trad. Esther Kosovsky. São Paulo : José Bushatsky, 1983.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos.* 4. ed. São Paulo : RT, 2000.

———. Discurso de posse no TACrimSP. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, vol. 64, São Paulo, Lex.

FREIRE, Ranulfo de Melo. *Carta de despedida da judicatura.* Apud SUANNES, Adauto. "O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal". *Julgados do TACrim*, vol. 74, São Paulo, Lex.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. *Crime organizado.* São Paulo : RT.

GRAPON, Antoine. *A juiz e a democracia.* Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade – II.* Rio de Janeiro : Forense, 1984.

HABERMAS, Jürgem. *Mudança estrutural da esfera pública.* Trad. Flávio Kothe. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

(54) "Mídia e júri", cit., p. 116.

ILLUMINATI, Giulio: "Divieto di pubblicazione e formazione del convincimento giudiziale". *Processo penale e informazione*. Università degli studi di Macerata, Facoltà di Giurisprudenza, Istituto di Diritto e Procedura Penale, 2001.

KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro : Luam, 1999.

MELLO, Silvia Lesser de. "A cidade. A violência e a mídia". *RBCCrim*, n. 21.

NÉRY, Sebastião. *Grandes pecados da imprensa*. São Paulo : Geração Editorial, 2000.

PIZA, Daniel. "Jornalistas". *O Estado de S. Paulo*, 08.07.2001, Caderno 2, Cultura.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. "Opinião pública e processo penal". *Legislativo Adcoas*.

RAMONET, Ignácio. *La tiranía de la comunicación*. Madri : Debate, 1999.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. "A criminalidade e os meios de comunicação de massa". *RBCCrim*, vol. 10, São Paulo, RT, 1995.

VIEIRA, Luis Guilherme. *Casos penais*. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

3.2

RESPONSABILIDADE FISCAL: novos parâmetros para o Poder Público

ANDRÉ RAMOS TAVARES

SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais da Lei de Responsabilidade Fiscal: 1.1 Origem e fundamentação da lei; 1.2 A responsabilidade fiscal na Constituição; 1.3 Dificuldades preliminares na implementação da lei; 1.4 A transformação pretendida pela lei; 1.5 Referências estrangeiras; 1.6 Uma nova roupagem do direito público brasileiro – 2. A consagração do princípio do controle do Poder Público: 2.1 Os princípios do planejamento, da transparência e do monitoramento; 2.1.1 Planejamento; 2.2.2 Transparência; 2.2.3 Monitoramento; 2.2.4 Instrumentos criados pela legislação – 3. Possíveis inconstitucionalidades da Lei de Responsabilidade Fiscal: 3.1 Ocorrência de irregularidade no processo legislativo da Lei de Responsabilidade Fiscal; 3.2 A regulamentação de parte das matérias elencadas nos incisos do art. 163 e a necessidade de lei complementar única; 3.3 Lei de Responsabilidade Fiscal: lei nacional que deve respeitar o princípio do federalismo; 3.4 A separação de Poderes e a Lei de Responsabilidade Fiscal; 3.5 Art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal: inconstitucionalidade da obrigatoriedade de se instituir tributos – 4. Um enfoque jurídico-penal da Lei de Responsabilidade Fiscal: 4.1 Análise da pertinência de se criminalizar condutas que ofendam o espírito da Lei de Responsabilidade Fiscal. Bibliografia.

Resumo: A Lei de Responsabilidade Fiscal implementa uma verdadeira "revolução". A busca por uma gestão patrimonial saudável e sustentável é o objetivo primordial. Ademais, a regulamentação racional das finanças públicas abre campo, automaticamente, para o desenvolvimento da democracia, porque valoriza, por si mesma, a cidadania e a responsabilização dos governantes, implementando o sentimento de moralidade administrativa. Percebeu a sociedade que o oferecimento de serviços não pode dar-se ao arrepio do equilíbrio das contas públicas, como medida demagógica das autoridades eventualmente detentoras do poder. É necessário planejamento, transparência e fiscalização contínuas. Nesse contexto, a abordagem penal foi inevitável. Mas não é desejável transformar a tarefa de administrar a sociedade em atividade de risco, "engessando" o agente político. É preciso alcançar o justo equilíbrio entre ambas as necessidades: de um lado, a propalada regularidade fiscal e, de outro, a punição dos abusos.

Palavras-chave: Responsabilização – Controle da Administração Pública – Finanças públicas – Moralidade – Estabilidade fiscal – Lei de Responsabilidade Fiscal.

1. Aspectos gerais da Lei de Responsabilidade Fiscal

1.1 Origem e fundamentação da lei

Em 04.05.2000 foi publicada a LC 101, que tratou de disciplinar as finanças públicas, voltada para a responsabilização do administrador na gestão fiscal, denominada comumente "Lei de Responsabilidade Fiscal" (LRF).

Consoante a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de lei que culminou na referida legislação, e que fora, na realidade, originalmente, elaborado pelos ministros do Orçamento e Gestão e da Previdência e Assistência Social, consignou-se que "Este Projeto integra o conjunto de medidas do Programa de Estabilidade Fiscal – PEF, apresentado à sociedade brasileira em outubro de 1988, e que tem como objetivo a drástica e veloz redução do déficit público e a estabilização do montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto da economia". Reconhece-se, ainda, que o projeto pretende uma regulamentação "inovadora e abrangente".

Na realidade, a legislação consagra – como se poderá analisar mais detidamente adiante – institutos e instrumentos que permitem um maior controle do Poder Público.

Já que, como lembra Seabra Fagundes, "Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica",[1] tanto mais a legislação prevê e especifica princípios e rotinas a serem adotados administrativamente, maior o grau de controle que se poderá sobre as mesmas exercer.

Sem se pretender aqui questionar a clássica teoria da tripartição de poderes, é preciso reconhecer a inserção de uma "nova" e essencial função do Estado, justamente a de controle político, como quer Karl Loewenstein.[2]

Toda a Lei de Responsabilidade Fiscal está ancorada na idéia de controle do Poder, como se poderá verificar. Nesse sentido, a realização legislativa é digna de

(1) M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 80. Em outras palavras: "Em um Estado de Direito, tal como adotado pelo Brasil, a Administração Pública – entendida esta expressão em seu sentido mais lato, vale dizer, englobando além do Poder Executivo, igualmente o Legislativo e o Judiciário –, está jungida à lei. Isto significa, basicamente, que ao se estruturar o Poder Público, são claramente delimitadas as competências de cada um dos órgãos e agentes públicos, criando-se formas de controle da atuação administrativa, para a garantia da própria Administração e dos direitos dos administrados" (André Ramos Tavares *et alii*, *Manual de direito administrativo*, p. 175).

(2) Indaga o autor: "Como se exerce a função de controle? A resposta varia segundo o tipo de governo, e de fato a diferença entre as formas de governo está no modo de se estabelecer a função de controle entre os diferentes detentores do poder, assim como na intensidade com que funcionam referidos controles" (*Teoría de la Constitución*, p. 68, tradução livre).

elogios, embora tenha resvalado para a extremismos inconstitucionais em alguns aspectos. Muito oportuna, pois, a ponderação de Marcelo Figueiredo, em lição que se pode perfeitamente generalizar, no sentido de que "o controle (...) não é um cheque em branco ao questionamento irresponsável do administrador; à sindicância política, à paralisação de negócios, obras e serviços públicos sem concretas evidências de ilícito administrativo".[3] E, ademais, a própria previsão do ilícito há de atentar para as limitações e contornos impostos pela Lei Maior.

1.2 A responsabilidade fiscal na Constituição

Logo no *caput* do art. 1.º da Lei de Responsabilidade Fiscal vem estampado o seu fundamento constitucional: "Esta lei complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição".

A Constituição Federal de 1988 dedica o Capítulo II do Título da Tributação e do Orçamento para disciplinar as finanças públicas, ou seja, a entrada de recursos públicos através de tributos ou outras receitas e saída de dinheiro dos cofres públicos. Ao comentar este Capítulo, Ives Gandra da Silva Martins qualifica-o como "(...) um admirável conjunto de princípios constitucionais a regrar a capacidade dispenditiva do Estado brasileiro, que é exercida por aproximadamente 5.500 administrações autônomas (...)".[4]

O art. 163 determina que cabe à lei complementar disciplinar as finanças públicas, dívida pública interna e externa, concessão de garantias pelas entidades públicas, emissão e resgate de títulos da dívida pública e outras matérias relativas à fiscalização de instituições financeiras privadas (que já foi disciplinada na lei sobre mercado de capitais), operações de câmbio realizadas por entes e órgãos públicos (matéria que também é considerada regulada pela lei de mercado de capitais) e compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União.

O art. 165, § 9.º, II, declara que cabe à lei complementar: "estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos".

Por sua vez, o art. 169 dispõe que "a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar".

Com o objetivo de regular estas disposições constitucionais é que surgiu a LC 101/2000, que, nos dizeres de Ives Gandra Martins, "representa o mais avançado instrumento legislativo da história brasileira para controle dos orçamentos".[5]

(3) *O controle da moralidade na Constituição*, p. 97.

(4) "Os fundamentos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000". In Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo : Dialética, 2001. p. 166.

(5) Idem, ibidem, p. 165.

Márcio Novaes Cavalcanti lembra, ainda, que a Lei de Responsabilidade Fiscal tem um fundamento constitucional mais amplo, visto que, além do Capítulo II, também encontra arrimo no art. 24 (competência para legislar sobre direito tributário, financeiro, econômico e orçamento) e nos arts. 157 a 162 (repartição de receitas tributárias). O fundamento de sua posição é assim exposto: "Ao criar o conceito de gestão fiscal responsável, determinando um novo padrão administrativo, o da responsabilidade e o da transparência, a LRF não só disciplina o uso ordenado e responsável das finanças públicas, do orçamento, das políticas fiscais adotadas pelos entes da federação – entendendo-se políticas fiscais por endividamento, arrecadação, subsídios e renúncias de receitas –, mas também consolida e aperfeiçoa a Federação brasileira e o nosso sistema de federalismo fiscal, até então imperfeito".[6]

Segundo este autor a consolidação do federalismo fiscal brasileiro acontece porque o sistema de repartição de receitas tributárias entre os entes da federação é melhorado por meio da imposição de parâmetros para a arrecadação e renúncia de receitas.

É relevante notar que se houver a ampliação da fundamentação constitucional da Lei de Responsabilidade Fiscal, a legislação ordinária que foi criada com fundamento em todos estes artigos da Constituição deverá ser compatível com o campo privativo de atuação que foi reservado constitucionalmente para referida lei complementar.[7]

1.3 Dificuldades preliminares na implementação da lei

Diversas têm sido as apreciações acerca das possíveis e prováveis vantagens e desvantagens da lei, sempre fundamentadas, como não poderia deixar de ser, nas opções político-ideológicas de seus analistas.

Alguns aspectos pontuais também têm sido levantados com freqüência e geraram manifestações de diversos setores do Estado.

Em especial, pode-se mencionar a questão dos limites impostos ao Poder Judiciário, traçado em 6% para os gastos com pessoal. Este percentual, tendo em vista as elevadas despesas com os inativos, tem sido alvo de críticas. Há, inclusive, aqueles que aventam a possibilidade de ultrapassá-lo quando houver disponibilidade financeira dos estados.

(6) *Fundamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 82-83.

(7) "No que diz respeito à relação existente entre lei complementar e lei ordinária, vale ressaltar, que a lei ordinária retira a sua validade da sua conformidade com a Constituição e não da lei complementar como gostariam aqueles que defendem a superioridade hierárquica desta última em relação à lei ordinária. Todavia a lei ordinária é obrigada a respeitar o campo privativo da lei complementar estabelecido pela própria Lei Maior, da mesma maneira que é vedado à lei complementar invadir o campo de atuação da lei ordinária (...)" (Celso Ribeiro Bastos, *Lei complementar: teoria e comentários*, p. 72).

De outra parte, os prefeitos revoltam-se contra o alegado "engessamento" das cidades, que estaria sendo promovido pela aplicação da Lei de Responsabilidade, o que, a comprovar-se, denotaria o desrespeito da legislação à autonomia dos entes federais. Na mesma linha, governadores protestam contra o aspecto temporal, clamando por maior prazo para a futura adequação da Administração Pública aos termos e patamares da Lei de Responsabilidade Fiscal.

E há até mesmo aqueles administradores públicos, geralmente de cidades mais remotas, que criticam a dificuldade de cumprir as metas da lei, pois não há pessoal com capacitação técnica para realizar os relatórios exigidos e, ademais, por faltarem condições materiais para cumpri-los na periodicidade estipulada. A LRF, por pretender ser uma lei nacional, parece ter ignorado particularidades e especificidades de diversas regiões e comarcas brasileiras. Faltou um tratamento diferenciado para as situações diferenciadas, certamente por entender o legislador que a vontade constitucional exigiria uma postura rígida pela lei, sem exceções ou ressalvas. Isto, contudo, num Estado federal e democrático, não pode ser aceito.

1.4 A transformação pretendida pela lei

Todo o debate gerado pelo advento da lei pode ser melhor compreendido quando se situa a Lei de Responsabilidade Fiscal como um dos sustentáculos da *normalização orçamentária*, ou seja, como a parte normativa do programa de estabilidade fiscal[8] e, ainda, como inserida no problemático contexto do controle das contas públicas. Mais abstratamente, a lei é parte integrativa do princípio da moralidade e responsabilidade públicas.

Como muito bem colocou a questão Marcelo Figueiredo, pelo prisma da moralidade temos que "a Constituição quer, deseja, um controle eficaz, eficiente, percuciente, de mérito, de razões, de motivos. Afasta-se dessa idéia o mero e pobre controle formal das contas e valores públicos. A grande inovação, portanto, está agregada à profundidade e extensão do controle a ser empreendido de todos quantos lidem com 'valores públicos', patrimônio público. Esse o norte, o objetivo constitucional".[9] Fica claro, portanto, a existência de um forte elo entre o princípio constitucional da moralidade administrativa e o programa de estabilidade fiscal do Estado.

Neste sentido, Wilson Abrahão Rabahy, Professor titular da ECA, destaca os objetivos macroeconômicos e os específicos da lei: "Como objeto macroeconômico, busca estabelecer mecanismos de controle e de avaliação das metas fiscais, com vistas à manutenção da estabilidade da moeda, em consonância com o cumprimento dos compromissos de eliminação do déficit público e à conseqüente e

(8) Nesse sentido a Exposição de Motivos é expressa em reconhecer o contexto no qual se insere o novo conjunto normativo.

(9) *O controle da moralidade na Constituição*, cit., p. 94-95.

gradual redução dos níveis da dívida pública. Em termos específicos, a lei tem como objeto estabelecer normas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, enfatizando os pressupostos das ações planejadas e transparentes".[10]

Este caráter político da lei é enfatizado pelos próprios doutrinadores do Direito, que, de modo geral, identificam como missão da Lei de Responsabilidade Fiscal o combate das nefastas conseqüências das deficiências de planejamento e falta de controle do Poder Público. Com este objetivo, aparentemente simples, pode-se afirmar que a lei exige uma mudança no comportamento dos gestores públicos e, por isso, revoluciona o ordenamento jurídico, imprimindo um novo padrão de conduta para a Administração Pública.

As normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois, vão além da simples instituição de comandos que devem ser observados e seguidos pelos administradores quando estiverem lidando com as finanças públicas. Como visto, com a lei pretende-se implementar uma transformação radical no próprio modo de se fazer política. Vale ressaltar que toda esta inspiração da lei deve ser considerada por ocasião de sua escorreita interpretação e exata aplicação.

Também se deve considerar que o direito é apenas uma das formas, dentre os vários mecanismos hábeis, de "implantação" deste novo modo de se fazer política, como também observa Wilson Rabahy: "(...) na atual condição de organização do Estado, mecanismos de controle como os preconizados pela LRF são até desejáveis para garantir o mínimo ético na gestão dos negócios públicos, mas não são suficientes. Avaliação de gestão é avaliação de resultados".[11]

O controle da Administração Pública parece ser muito mais legítimo quando é feito pelo acompanhamento realizado por uma sociedade instruída e bem informada, que não só elege seus representantes, mas também participa da responsabilidade de todo o mandato destes.[12] A insuficiência do instituto da representação faz com que se caminhe para "a adoção de modelos 'alternativos', vale dizer, suplementares, que possibilitem a participação em todas as fases do poder político e a legitimidade plena no exercício deste. Numa segunda vertente, essa nova conotação dada à participação política tem apoio na transcendência que certas decisões políticas assumem no Estado contemporâneo, demandando uma legitimidade incompossível nos estreitos limites da legitimidade via representação política (que só é capaz de oferecer uma legitimidade presumida do exercício do poder)".[13] Este acompanhamento, preferencialmente, deve ser garantido por medidas jurídicas de exigên-

(10) "LRF inflexível é necessária para retomar planejamento", *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 29.12.2000, Legal & Jurisprudência, p. 2.

(11) Idem.

(12) Como já se afirmou: "Fala-se em ciclo do poder para designar o processo que tem início com a destinação daquele, passa por sua atribuição, exercício, distribuição e contenção, e acaba com a sua detenção" (André Ramos Tavares, *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, p. 418).

(13) André Ramos Tavares, *As tendências do direito público*, cit., p. 416.

cia de uma política transparente e com padrões morais de conduta, mas não deve reduzir-se ao controle estritamente jurídico ou econômico.

Bilac Pinto, após constatar que a "corrupção política e administrativa constitui um dos mais salientes vícios dos regimes políticos latino-americanos", conclui: "O que torna mais grave esse fenômeno, que ocorre em todos os níveis de governo, é a apatia da opinião pública".[14] Assim, a sociedade tem considerado como incontornáveis a corrupção, o desvio de verbas e a pura incompetência na gestão administrativa. Neste sentido, a legislação tem todo o mérito de preocupar-se em recuperar a necessária responsabilidade e transparência que se espera dos administradores públicos.

Nesta perspectiva de um maior controle social sobre a Administração Pública, algumas classes profissionais passam a adotar "atitudes em defesa da LRF".[15]

1.5 Referências estrangeiras

A inspiração de política macroeconômica da lei brasileira, por sua vez, baseia-se numa tendência mundial de se valorizar o controle orçamentário. "Volta-se a discutir os 'orçamentos equilibrados', como forma de se poder enfrentar crescentes problemas de inadministrabilidade pública", conforme informa Ives Gandra da Silva Martins.[16]

Márcio Novaes Cavalcanti[17] alerta para o controle orçamentário de origens européias, que passa a ter destaque diante da formação de um bloco regional tão forte como é a União Européia. E aponta também esta preocupação de estabelecer um controle orçamentário mais rígido em leis dos Estados Unidos e da Nova Zelândia,[18] sendo que todos esse modelos influenciaram a legislação brasileira.

(14) Francisco Bilac Moreira Pinto, *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*, p. 21.

(15) Os Tribunais de Contas, por exemplo, decidiram criar um fórum de cooperação para estabelecer padronizações para os relatórios de gestão fiscal dos Municípios e Estados, discutindo, ainda, sobre a melhor forma de treinamento de seus funcionários.

O Conselho Federal de Contabilidade decidiu lançar o Certificado de Gestão Responsável, que visa premiar, no primeiro ano, os prefeitos que sigam mais à risca os princípios da Lei de Responsabilidade Fiscal. Para conseguirem o certificado os administradores públicos devem consentir num acompanhamento de suas atividades por um profissional indicado pelo Conselho.

(16) "Os fundamentos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000". In Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 168.

(17) *Fundamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 73.

(18) Ricardo Lobo Torres esclarece que a influência do modelo neozelandês no Brasil aconteceu porque "(...) a Nova Zelândia adotara modelo, incentivado pela OCDE, que oferecia grande semelhança, do ponto de vista *econômico* e *político*, com as diretrizes básicas do neoliberalismo do Governo Fernando Henrique Cardoso" ("Alguns proble-

Tais influências do direito comparado no legislador pátrio parecem coadunar-se com a orientação daqueles que admitem forte imbricação entre Direito e política.

1.6 Uma nova roupagem do direito público brasileiro

Ricardo Lobo Torres – destacando, ao lado da Lei de Responsabilidade Fiscal, as normas antielisivas (LC 104/2001), as regras anti-sigilo (LC 105/2001) e o Código de Defesa do Contribuinte (Projeto de LC 676 do Senado Federal) – vislumbra que certas normas acarretam uma profunda reforma do Direito público brasileiro que tem "(...) a finalidade precípua de combater os riscos que ameaçam a integridade das finanças públicas, assim os provocados pelo contribuinte ou pela própria Fazenda".[19]

Nota-se que os administrativistas e demais especialistas em teoria do Estado têm constatado que o modelo de Estado atual vem sofrendo importantes modificações que acabam por indicar que um novo paradigma[20] está em construção, e por conseqüência, que igualmente um novo Direito Público deve acompanhar, e provocar, estas mudanças.

A crescente preocupação com a "saúde" das finanças públicas é um dos grandes fatores da modificação do modelo atual de Estado. Porém, outros relevantes fatores modificativos também são percebidos, dentre os quais destacam-se: a valorização da participação democrática dos cidadãos na Administração Pública e o fortalecimento da responsabilização dos governantes por seus atos na gestão da coisa pública.

Há um caráter dúplice (porém, complementar) na Lei de Responsabilidade Fiscal. Trata-se do resultado de todo um processo evolutivo (e revolucionário) e, ao mesmo tempo, é um dos alicerces para a construção de um novo modelo de Estado, que vem substituir aquele outro, do Estado-provedor, que tem prevalecido no Brasil. Este último teve como principal característica a preocupação, pelo menos na teoria, de oferecer à população uma ampla gama de benefícios sociais,

mas econômicos e políticos da Lei de Responsabilidade Fiscal". In Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 283).

(19) Idem, ibidem, p. 281.

(20) A respeito de um novo paradigma do conceito de Estado, é oportuno observar que: "Muitos têm sido os autores que se preocuparam com o futuro do Estado. Neste campo, duas são as indagações comumente formuladas. Em primeiro, procura-se saber em que sentido o conceito de 'Estado' tende a desenvolver-se, ou seja, busca-se traçar o perfil do Estado para o próximo século. Mas, numa segunda linha de preocupações, encara-se a possibilidade de o Estado não ter futuro algum, ou seja, do surgimento de um mundo sem Estado algum. (...)" (André Ramos Tavares, *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, cit., p. 114).

delegando a segundo plano a efetivação de um planejamento orçamentário ou a prestação de contas à sociedade.

A respeito desta falta de cultura de controle orçamentário, são significativas as palavras de Egon Bockmann Moreira: "Note-se que desde sempre vigorou um conceito alegórico de orçamento, especialmente no Brasil. O 'orçamento' era de tal forma apresentado ao espírito do agente público que sugeria a idéia de outro objeto: o 'benefício social' (isso sem contar com o objeto 'promoção pessoal do governante'). A gestão e o controle fiscal eram formalidades, executados na medida da vontade do agente. (...) Tanto isso é verdade que o Estado brasileiro já teve governos federais exercidos sem a aprovação do orçamento pelo Congresso".[21]

A conseqüência desta desconsideração com o planejamento e o controle dos gastos públicos gerou uma grande crise fiscal, pois o arrecadado através de tributos não é suficiente para cobrir os vultosos gastos estatais. Isso sem contar com a corrupção e os desvios de verbas dos caixas públicos.

A população, por sua vez, mesmo se quisesse exercer um controle sobre estes gastos públicos, poucos instrumentos tinha para realizá-lo.[22]

Diante deste quadro de crise foi sendo criada, inicialmente, a figura do Estado-regulador, que é aquele que transfere muitas das atribuições de prestação de serviços à coletividade para a iniciativa privada, e passa a exercer apenas a função de regulação e controle sobre estas atividades delegadas.

Com isso, o Estado vai diminuindo e torna-se mais fácil a realização de planejamentos e controles das verbas púbicas. Vai surgindo, assim, um novo Estado que a Lei de Responsabilidade Fiscal ajuda a construir. Neste sentido, Egon Bockmann Moreira escreve: "(...) estima-se que a LRF gere uma nova concepção de Estado, o 'Estado Responsável'. Não apenas uma Administração que se comprometa com a prestação do bem-estar coletivo ou que regule e controle a execução de tais benfeitorias sociais. A LRF exige o Estado Responsável, que responda por suas ações e satisfaça adequadamente os compromissos assumidos".[23]

(21) "O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal". In Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal,* cit., p. 136.

(22) Dentre estes poucos instrumentos, destaca-se, com a devida relevância de instrumento apto a garantir uma administração pautada pela moralidade e pela legítima gestão do patrimônio público, a ação popular. Neste sentido: "A ação popular permite que o cidadão a qualquer momento interfira no processo político, provocando o Poder Judiciário, e atuando através desta, na função pública de controle. É assim um instituto de grande incentivo à participação e mobilização política, despertando o cidadão consciente para a prerrogativa cívica que a Constituição lhe outorga" (André Ramos Tavares e Guilherme Amorim Campos da Silva, "Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa", *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* n. 11, abr./jun. 1995, p. 116).

(23) *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal,* cit., p. 140.

2. A consagração do princípio do controle do Poder Público

O estudo mais detido da Lei de Responsabilidade Fiscal incontestavelmente demonstra que as suas regras foram criadas com o objetivo de concretizar o princípio da moralidade, como já se fez referência aqui.

A idéia de que o administrador público moral é aquele que segue – com muito mais cuidado e preocupação – os padrões éticos que devem ser observados por um cidadão comum pertencente a determinada sociedade, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, passa a ser marcante. O propósito da Lei de Responsabilidade é justamente o de impor um padrão de conduta financeira aos administradores públicos.

No entanto, não se pode olvidar que anteriormente à Lei de Responsabilidade Fiscal já integravam o ordenamento jurídico brasileiro normas que impunham limites ao exercício da Administração Pública. A própria Constituição Federal trata genericamente dos princípios e regras que devem pautar e controlar a conduta dos administradores públicos. Aliás, a própria Constituição prevê instrumentos para a fiscalização da Administração Pública pelo cidadão, podendo ser indicados, dentre outros, o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação popular e a prestação de contas ao cidadão.[24] Ademais, existem instituições ordenadas a exercer esse controle, como o Ministério Público, por meio da ação civil pública, e o Tribunal de Contas.

Fala-se em controle externo para indicar, comumente, o controle exercido por um dos "poderes" sobre o outro. Assim, cada Poder possui mecanismos de controle sobre os demais Poderes. Isso já era previsto anteriormente à Lei de Responsabilidade Fiscal, não constituindo qualquer novidade da lei pretender implementar essa vertente.

O controle pelo Legislativo é exercido por meio das comissões parlamentares de inquérito, com convocações e pedidos de informações, além da fiscalização promovida pelos Tribunais de Contas dos Estados, órgãos auxiliares dos respectivos Poderes Legislativos. Já o controle judiciário é feito mediante a provocação pelos cidadãos e pelo Ministério Público, dentre outros legitimados, visando ao controle da legalidade e juridicidade dos atos administrativos, por meio das ações judiciais de berço constitucional acima já indicadas.

Também há normas que prevêem um autocontrole interno feito pelas Administrações Públicas. Elucidativo é o conteúdo da regra disposta no art. 35, II, da Constituição do Estado de São Paulo, onde se explicita o objetivo deste tipo de controle: "II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração estadual, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado".

(24) Lembre-se que estabelece o art. 75 da CF: "§ 2.° Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União".

Dentre as leis de maior vulto no controle da Administração e da própria moralidade destaca-se a Lei da Improbidade Administrativa (a Lei Federal 8.429/92) que, tal como a Lei de Responsabilidade Fiscal, vincula não só a Administração Pública exercida pelo Poder Executivo, mas também aquela praticada pelos Poderes Judiciário e Legislativo.[25]

Esta lei foi criada com a finalidade de regulamentar o art. 37, § 4.°, da CF, que assim dispõe: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

A lei, portanto, cuida da previsão dos atos que caracterizam a improbidade administrativa e as respectivas sanções. Improbidade administrativa, de forma sucinta, pode ser concebida como "(...) o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos".[26]

Como visto, o tipo de normatização da Lei de Responsabilidade Fiscal, que objetiva estabelecer parâmetros de moralidade para a Administração Pública, não é inédito. O caráter inovador da lei existe, mas advém da abrangência e da minúcia com que trata os assuntos relacionados à Administração Pública, especialmente no que se refere à moralidade no exercício da gestão financeira, estabelecendo um forte parâmetro de controle.[27]

(25) "Sabe-se que a Administração exerce suas funções por meio da prática de atos, que se diferenciam, substancialmente, dos atos praticados pelos dois outros poderes. Assim, encontram-se 1) os atos administrativos, (...); 2) os atos do Judiciário, que são as decisões judiciais e, finalmente; 3) os atos do Legislativo, que são as leis propriamente ditas.

"Neste contexto, é preciso lembrar que todos os poderes, quando no exercício de função tipicamente administrativa, praticam atos administrativos. Isto ocorre quando o Judiciário e o Legislativo atuam sobre os seus servidores e os seus serviços. (...)" (André Ramos Tavares, "Ato administrativo". In Celso Ribeiro Bastos (coord. geral). *Manual de direito administativo*, cit., p. 85).

(26) Marino Pazzaglini Filho *et alii, Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público,* p. 35.

(27) Lembra Ana Lucia Sabadell aspecto de grande interesse na discussão das formas de controle pretendidas pelo Direito: "Os teóricos do conflito discordam, porém, de forma radical no que se refere às finalidades do controle. Consideram que o controle realizado através do direito exerce funções latentes, diferentes das suas funções declaradas, e criticam o funcionalismo por adotar idéias provenientes do 'senso comum'. Estas idéias

2.1 Os princípios do planejamento, da transparência e do monitoramento

Ao estabelecer o conceito de *gestão fiscal responsável*, a Lei de Responsabilidade Fiscal concedeu especial importância aos princípios da transparência e planejamento, ao lado de outros requisitos que se encontram consagrados expressamente em seu art. 1.º, § 1.º: "A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação *planejada* e *transparente*, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar".

2.1.1 Planejamento

O princípio do planejamento é consagrado pela lei quando esta disciplina a feitura do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento, a serem preparados pelos entes federativos, consoante impõe a Constituição Federal em seu art. 165.

Mas novos instrumentos de planejamento também foram previstos pela lei, podendo-se, aqui, elencar o anexo de Metas Fiscais (constante do art. 4.º, § 1.º), o anexo de Riscos Fiscais (art. 4.º, § 3.º) e o Relatório Resumido de Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal (art. 48, *caput*).

Note-se que o princípio do planejamento significa, numa acepção mais imediata, traçar metas para a arrecadação e gastos públicos. O planejamento, de fato, não é um mecanismo inédito do ordenamento jurídico brasileiro, pois desde o Dec.-lei 201/67 já havia a sugestão de que os entes federativos realizassem planejamentos. A grande novidade da lei é tornar o planejamento obrigatório e prever instrumentos para cobrá-lo. Assim, o planejamento, atividade essencialmente política, passa também a ter que atender a determinados requisitos jurídicos.

2.2.2 Transparência

O princípio da transparência também adquiriu *status* constitucional. Para Gilmar Ferreira Mendes "poderia ser considerado mesmo um princípio constitu-

são expressas pela maioria das pessoas, porém não correspondem aos dados de uma análise científica. Trata-se de opiniões que possuem um caráter ideológico e que servem para legitimar o controle social através do direito, ocultando assim a sua verdadeira função social" (*Manual de sociologia jurídica*, p. 134). A aplicação da tese é relevante, especialmente, no campo penal, analisado ao final deste trabalho.

cional vinculado à idéia de segurança orçamentária. Nesse sentido, a idéia de transparência possui a importante função de fornecer subsídios para o debate acerca das finanças públicas, o que permite uma maior fiscalização das contas públicas por parte dos órgãos competentes e, mais amplamente, da própria sociedade. A busca pela transparência é também a busca pela legitimidade.

"No contexto específico da Lei de Responsabilidade, a transparência aparece como princípio da gestão orçamentária responsável ou como subprincípio da responsabilidade".[28]

É interessante atentar para o fato de que a transparência das contas públicas só será efetiva se houver um planejamento prévio. Donde se conclui que o princípio do planejamento é um pressuposto do princípio da transparência, já que esta ocorrerá, preferencialmente, pela publicação da lei de diretrizes orçamentárias, plano plurianual e orçamento dentre outros mecanismos de planejamento já citados .

O princípio da transparência, por sua vez, nada mais é do que a explicitação do princípio constitucional da publicidade consagrado no art. 37 da CF. Hely Lopes Meirelles conceitua o princípio da publicidade como "(...) a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos",[29] e sobre a sua natureza, com a acuidade científica que lhe é peculiar, lembra que "A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade".[30]

Note-se que a publicidade está intimamente relacionada com a moralidade e a idéia de que o administrador público deve constantemente deixar transparecer sua retidão e eficiência transforma-se, assim, numa constante exigível pela sociedade. Além disso, o princípio da transparência possibilita um efetivo controle do modo pelo qual está administrando os bens públicos.

2.2.3 Monitoramento

O planejamento e a transparência são exigidos do administrador público através da efetivação de um outro princípio da lei, que é o do monitoramento. Este princípio não se encontra expresso na lei nem esta nomenclatura é utilizada por todos os doutrinadores. Na realidade, a lei no seu Capítulo IX trata, além da transparência, também do controle e da fiscalização. Considera-se o monitoramento como o conjunto de medidas de controle e fiscalização da gestão financeira dos entes da federação.

2.2.4 Instrumentos criados pela legislação

Os arts. 48 e 49 da LRF prescrevem formas de efetivação desta transparência. O primeiro dispõe: "São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais

(28) *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 334-335.

(29) *Direito administrativo brasileiro*, p. 87.

(30) Idem, ibidem, p. 88.

será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e lei de diretrizes orçamentárias (...). Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos".

O segundo artigo determina: "As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade". Observa-se que em relação às contas dos municípios, o prazo estabelecido pelo art. 31, § 3.°, da CF, que é de sessenta dias para apreciação das contas públicas por qualquer contribuinte, é ampliado para todo o exercício financeiro com o advento Lei de Responsabilidade Fiscal.

Já os arts. 50 e 51 estabelecem regras de natureza contábil sobre o modo como as contas devem ser apresentadas; os arts. 52 a 55 dispõem sobre as informações que devem conter o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório da Gestão Fiscal, que são os novos instrumentos de planejamento criados pela lei; os arts. 56 a 58 estabelecem requisitos formais da prestação de contas.

O controle é realizado pelos mecanismos técnicos de transparência dispostos na lei, sendo que os relatórios e demais documentos de planejamento devem ser apresentados nos prazos previstos na lei, sob pena da aplicação de sanções de natureza administrativa, civil e/ou penal.

Os Tribunais de Contas adquiriram a obrigação específica de, nos termos do art. 57, emitir "(...) parecer prévio conclusivo sobre as contas no prazo de sessenta dias do recebimento, se outro não estiver estabelecido nas constituições estaduais ou leis orgânicas municipais".

A fiscalização da gestão fiscal será realizada nos termos do art. 59: "O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio do Tribunal de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta lei complementar (...)".

É interessante também a incumbência consagrada no art. 59, § 1.°, atribuída aos Tribunais de Contas, que passarão a alertar o ente da federação que esteja em situação de desequilíbrio. Cria-se, assim, um sistema de advertência que antecipa a repressão a possíveis (prováveis) desrespeitos à lei.

Percebe-se, portanto, que o princípio de monitoramento da lei encontra-se bem positivado, pois a lei possui fortes instrumentos preventivos e repressivos para garantir a sua efetividade.

3. Possíveis inconstitucionalidades da Lei de Responsabilidade Fiscal

3.1 Ocorrência de irregularidade no processo legislativo da Lei de Responsabilidade Fiscal

O processo legislativo de formação da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme se apreende da leitura dos Projetos de lei complementar votados na Câma-

ra dos Deputados e no Senado Federal (Projeto de LC 18/2000 da Câmara dos Deputados que, com o seu encaminhamento ao Senado Federal, passou a ser identificado como Projeto de LC 4/2000), está eivado de vício caracterizador de inconstitucionalidade formal, pois não foram observadas as regras procedimentais previstas na Constituição Federal.

O desrespeito às disposições constitucionais aconteceu quando o Senado Federal, apesar de ter modificado a redação do *caput* do art. 20,[31] alterando-o e o desmembrando em mais um parágrafo acrescido ao artigo, não retornou à Câmara dos Deputados o Projeto assim emendado, contrariando disposição expressa do art. 65, par. ún., da CF, que determina: "Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora".

A justificativa do Senado Federal para não remeter o Projeto emendado à Câmara foi a de que a emenda não alterava o *sentido* do artigo, pois limitava-se a modificar a sua redação, por supostas incorreções de linguagem, o que, segundo o Regimento Comum do Congresso Nacional, não ensejaria reexame.

Comentando tal justificativa, Celso Ribeiro Bastos concluiu que "(...) o Senado Federal agiu com malícia ao pretender que apenas efetuava um deslocamento de parcela do conteúdo do *caput* para formar um novo parágrafo (§ 6.º do art. 20). Ora, fosse esta mudança irrelevante do ponto de vista jurídico, e certamente o Senado Federal não se disporia a realizá-la, já que não se vislumbrava, à evidência qualquer necessidade de correção gramatical do projeto oriundo da Câmara dos Deputados".[32]

Com o encaminhamento do projeto para sanção presidencial, justamente aquela parcela do *caput* do art. 20, que determinava a excepcionalidade da aplicação dos percentuais previstos pela lei, e que foi deslocada para o § 6.º do artigo através da emenda do Senado Federal, foi vetada pelo Presidente da República, sob a justificativa de que contrariava a própria intenção do legislador de estabelecer limites efetivos de gastos com pessoal para os diversos órgãos ligados aos entes da federação.

O raciocínio do veto do presidente foi o seguinte: sem os limites impostos pela lei complementar, certos órgãos poderiam ter maiores verbas para gastos com pessoal, mas, como o limite global das despesas com pessoal é fixado pela própria lei

(31) A redação original do Projeto era a seguinte: "Art. 20. A repartição dos limites globais do artigo anterior, caso não seja fixada na lei de diretrizes orçamentárias, não poderá exceder os seguintes percentuais". Com a emenda sofrida no Senado Federal, o *caput* do artigo ficou assim redigido: "Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais". E foi acrescentado o § 6.º com a seguinte redação: "Somente será aplicada a repartição dos limites estabelecidos no *caput*, caso a lei de diretrizes orçamentárias não disponha de forma diferente".

(32) "Lei de Responsabilidade Fiscal", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 33/291, out./dez. 2000.

no art. 19, este aumento nas despesas com pessoal de determinados órgãos acarretaria a necessária redução para outros órgãos politicamente mais frágeis.

Desta maneira, o art. 20, que em sua redação original determinava que os limites das despesas de gastos com pessoal deveriam ser seguidos apenas na hipótese de não haver outra determinação na lei de diretrizes orçamentárias dos respectivos entes da federação, passou a dispor, com a emenda do Senado e o veto do Presidente da República, que aqueles limites constituiriam a regra geral.

Uma leitura menos ingênua de todo este suceder de atos do procedimento legislativo de formação da LC 101/2000 leva a concluir que não houve o simples deslocamento de parcela do *caput* do art. 20 para um novo parágrafo (6.º) através da emenda realizada no Senado Federal, mas sim uma alteração completa do artigo e da própria seção da lei que regulamenta as "Despesas com Pessoal", alteração que foi concluída com o veto ao parágrafo pelo Presidente da República.

Entretanto, o STF, quando julgou liminarmente a ADIn 2.238/DF (interposta pelo Partido Comunista do Brasil, Partido Socialista Brasileiro e Partido dos Trabalhadores), entendeu, entre outras considerações, que "as alterações introduzidas pelo Senado não importaram alteração do sentido da proposição legislativa".[33]

3.2 A regulamentação de parte das matérias elencadas nos incisos do art. 163 e a necessidade de lei complementar única

Ainda tratando de aspectos da constitucionalidade formal da Lei de Responsabilidade Fiscal, é pertinente mencionar a discussão sobre o fato de a lei não ter disciplinado todas as matérias mencionadas nos incisos do art. 163 da CF. Este questionamento também foi objeto de deliberação pelo STF na decisão liminar da ação direta de inconstitucionalidade que discute a inconstitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Genericamente, pode-se afirmar que determinados assuntos, a serem abordados por lei, necessitam ou suscitam o tratamento de outros temas, por questões mais lógicas do que propriamente jurídicas. Em algumas hipóteses, contudo, o tratamento isolado ou fracionado, vale dizer, avulso, esparso, de determinado ponto ou aspecto de dado instituto constitucional poderá implicar a descaracterização ou mesmo a ineficácia da norma constitucional que se refira à lei integrativa de sua vontade.

Contudo, a regra é a de que, matérias autônomas, que independem umas das outras, não necessitam de previsão em uma única lei, ainda que a Constituição esteja a referir-se a uma lei única, por estar utilizando do vocábulo no singular. Só não se desligam assuntos que sejam incindíveis por sua própria natureza.

[33] *Informativo do STF*, n. 204.

É o que ocorre, dentre outros casos que poderiam aqui ser relembrados, com a regulamentação dos contratos públicos. Há várias leis que tratam do tema, como a Lei 8.987/95, a Lei 8.666/93, a MedProv 1.017/95, só para citar algumas delas.

Neste sentido, ainda, Celso Ribeiro Bastos: "Há que se notar, contudo, a absoluta imprescindibilidade desse nexo a ligar uma matéria à outra. Se elas forem autônomas, passíveis, portanto, de uma regulamentação independente, podem perfeitamente constar de leis esparsas".[34]

Ademais, se assim não fosse, sempre que se pretendesse alterar algum dispositivo, por mais irrisória que fosse a modificação, ter-se-ia de renovar a lei a ser alterada em sua totalidade, o que seria um grande despautério.

É interpretação fraca a de se apegar à letra do texto gramatical para, com este dado puro e simples, pretender extrair conseqüências de ordem jurídica que não foram, absolutamente, a preocupação do constituinte. Onde a Constituição fala em "lei", no singular, ou remete à "lei complementar", não quis dizer, necessariamente, uma única lei.

A regra, pois, aqui, foi bem posta por Celso Bastos, que se debruçou sobre o assunto, embora na questão específica da lei complementar a que se refere o art. 192, mas cuja solução vale como lição a ser aplicada sempre: "Não é possível, contudo, fazer-se uma apreciação genérica. É preciso examinar em cada caso, para verificar acerca da matéria a ser versada. Se esta comportar um tratamento normativo independente, porque voltada a dar aplicação a um tópico também autônomo do art. 192, não se vê como seja de exigir-se a extensibilidade do seu objeto a outros tópicos absolutamente divorciados entre si. Não se vê como uma lei que defina as condições para participação do capital estrangeiro nas instituições financeiras tenha a ver com uma lei que venha a baixar critérios restritivos da transferência de poupanças de regiões com renda inferior para outras de maior desenvolvimento (incs. III e VII). (...)

"Em síntese, tem-se que dar tratamento unitário ao que é individual do ponto de vista lógico-material. No mais, deve prevalecer a regra geral que consagra a liberdade normativa".[35]

Realmente, exigir-se, sempre, o tratamento unitário de matéria referida pela Constituição em determinado artigo é impor uma limitação a um dos poderes que é completamente inadmissível. O Legislativo é o senhor do momento oportuno para tratar de determinadas matérias, bem como da extensão com que efetuará o trabalho.

O Supremo Tribunal tratou da questão no acórdão proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 4 (*RTJ* 147/719), pronunciando-se no sentido da falta de executoriedade de seu § 3.º do art. 192. Na realidade, o que se procurou

[34] *A Constituição de 1988 e seus problemas.*

[35] Idem, ibidem, p. 235.

alcançar foi a falta de aplicabilidade isolada do referido parágrafo. É que não podem os juros reais, de que trata o parágrafo, ser rêgulados senão com uma lei ampla sobre o "novo" sistema financeiro.

Os votos dos ministros tiveram como preocupação fundamental aquilatar a possibilidade de se aplicar unicamente a questão dos juros. Foi neste contexto geral que se concluiu sobre a necessidade da lei complementar. É por isso que se fala do caráter "unitário" da matéria. Não que se pretendesse uma regulamentação de maneira abrangente, completa, cabal, da matéria financeira, por uma única lei. Apenas se enfatizava a necessidade de que, preliminarmente, estivesse regulado o sistema, porque a questão dos juros só poderia surgir no bojo de um novo sistema financeiro.

"Reconheceu-se, de outra parte, o caráter sistêmico dos diversos elementos do art. 192, eis que eles têm de harmonizar-se para exatamente dar lugar ao sistema financeiro nacional, sem deixar-se, contudo, de também consignar que esse sistema já existe, por força da legislação ordinária não revogada pela Constituição de 1988, e que acaba por amoldar-se a diversos preceitos desse art. 192, o que está perfeitamente a demonstrar que nada obstante a sua sistematicidade, a estrutura financeira do país é hoje sujeita a uma regulação esparsa e nada impede já agora por via de lei complementar, que ela seja gradativamente alterada, inclusive para o efeito de integrar-se o § 3.° e conferir-lhe aplicabilidade. Da mesma forma os outros preceitos são passíveis de regulação específica sem que com isso esteja-se a quebrar a harmonia sistêmica da matéria.

"Apenas que quanto ao caso específico da taxa de juros, já ficou decidido que a norma não é auto-aplicável, e também não o será eventual legislação complementar isolada que verse o assunto nos mesmos termos do parágrafo comentado, mas sem tratar das demais matérias que exigem uma precedência lógica a esta dos juros. (...)

"Do lado contrário, dos quais votaram pelo caráter não auto-executável, sempre do indigitado parágrafo, na sua maioria não fizeram referência à questão da sistematicidade e unicidade dos preceitos do art. 192, salvo dois Ministros, Néri da Silveira e Octávio Gallotti. Passagens dos seus votos deixam clara uma posição favorável ao tratamento unitário do art. 192. Mas ainda assim, sempre levando em conta uma conexidade material, o que significa dizer, não resultante da circunstância de estarem incluídas no mesmo artigo, mas em razão da própria dependência lógica de um item com relação ao outro. É isto que impressionou, sem dúvida, os dois votos referidos. Muito provavelmente, se tivessem de enfrentar um inciso isolado do art. 192, onde não figurasse a relação de dependência material com outros temas, eles não teriam dúvida nenhuma em aceitar a regulamentação esparsa de ditos incisos".[36]

Conforme conclui Ives Gandra da Silva Martins: "O art. 164, de rigor, depende de outra lei complementar a ser produzida para regular o sistema financeiro,

[36] Celso Ribeiro Bastos, *A Constituição de 1988 e seus problemas*, p. 238-9.

conforme determina o art. 192, devendo uma única lei normar tanto o art. 164, quanto o 192 da CF, na inteligência da Suprema Corte (....)".[37]

O raciocínio, pois, leva à conclusão de que, mesmo estando determinada matéria tratada por diversos artigos da Constituição, como a questão da aposentadoria (arts. 40, 202), poderá ocorrer a necessidade de uma regulamentação unitária, na medida em que a lógica imponha este procedimento. Assim, dependerá da análise do aspecto material específico que merecerá o tratamento. A questão gramatical, vale dizer, dos termos com que a Constituição se refere às leis regulamentadoras, se no singular, se no plural, é absolutamente secundária, senão despicienda.

É preciso considerar que o *caput* do art. 163 determina que "lei complementar disporá sobre" as matérias arroladas nos seus respectivos incisos.

Ao analisar se seria admissível regulamentar de forma esparsa as matérias incorporadas ao art. 163 da CF, o Supremo, na mesma linha acima indicada, já decidiu pela possibilidade da regulamentação destas matérias de maneira fragmentada.

Esta decisão parece ser acertada, pois da leitura deste artigo constata-se que as matérias relacionadas: 1) à fiscalização das instituições financeiras; 2) a operações de câmbio dos entes públicos e; 3) à compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União são, todas elas, estranhas aos assuntos englobados pelo tema "finanças públicas" e, portanto, o mais lógico seria que fossem reguladas matérias diferentes em diversas normas.

3.3 Lei de Responsabilidade Fiscal: lei nacional que deve respeitar o princípio do federalismo

No que diz respeito ao âmbito de abrangência desta lei complementar, discute-se se seria lei federal ou nacional. Se se entender que há o interesse comum de cada ente da federação em regular a matéria de finanças públicas, o que parece ser verossímil até mesmo pelo disposto no art. 24 da CF, então a lei em comento tem caráter nacional, quanto às normas gerais, incumbindo à União apenas "(...) emprestar seu aparelho legislativo à federação para que esta, por maioria absoluta, determine o desenho legal com que as finanças públicas devam ser tratadas".[38]

O art. 24 da Constituição trata da competência legislativa concorrente, elencando as matérias de direito financeiro e de orçamento.

É a partir desta constatação de que se trata de uma lei de caráter nacional que surge uma das maiores indagações a respeito da Lei de Responsabilidade Fiscal: estaria ela respeitando o princípio federativo?

(37) "Os fundamentos constitucionais...", cit., p. 166.

(38) Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 6.º vol., t. II, p. 114.

A análise desta questão afigura-se mais complexa do que aparenta, conforme assinala Estevão Horvath ao escrever sobre a relação entre as normas gerais de finanças públicas e o princípio federativo: "Este subtema se nos afigura de sobeja importância porquanto, dependendo de como se interprete o conteúdo e alcance – em última análise, o próprio papel – da lei complementar veiculadora de normas gerais de direito financeiro, a aferição da constitucionalidade de um de seus dispositivos penderá para um ou para outro lado".[39]

A grande dificuldade deste tema está justamente em estabelecer o limite da coexistência entre um padrão comum de gestão econômica e financeira para todo os entes da federação com o resguardo da autonomia dessas pessoas políticas, que não devem qualquer grau de subordinação hierárquica à União.

Cogita-se, desde a primeira leitura da lei, sobre uma provável violação dos pressupostos do federalismo, já que se desconsidera a diversidade e a autonomia dos Municípios e Estados brasileiros, impondo-se um padrão único de conduta a todos os entes da federação.

Ricardo Lobo Torres acredita que "Os maiores problemas políticos trazidos pela LRF estão ligados à centralização de poderes nas mãos do Governo Federal e, dentro deste, nas do Executivo. O modelo da Nova Zelândia serviu perfeitamente a esses objetivos políticos, eis que lá prevalece o parlamentarismo, com concentração de poderes na pessoa do Primeiro Ministro e a estrutura unitária de Estado, sem divisões políticas internas".[40]

Neste campo, contudo, é preciso proceder com grande cautela. Assim, impõe-se a análise de dois aspectos da lei: o grau de especificidade de suas regulamentações e a compatibilidade de suas disposições com as normas constitucionais.

Quanto ao primeiro aspecto, deve-se partir do pressuposto de que a própria Constituição estabelece um parâmetro para o tipo de regulação na qual se enquadra a lei em comento, já que o art. 24, § 1.º, dispõe que: "No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais".

Verifica-se, no que tange aos gastos com pessoal, a ofensa ao princípio do federalismo, ofensa esta pontualmente localizada já que a autorização do art. 169 da CF, que dispõe que caberia à lei complementar estabelecer limites para estes gastos, foi extrapolada para além dos limites do que se esperaria de uma norma de cunho geral.

Ademais, para bem compreender a razão e os limites da norma geral neste caso, é pertinente socorrer-se da regra de hermenêutica constitucional da unidade da Constituição, que permite afirmar que a forma de estabelecer estes percentuais

(39) "A Constituição e a LC 101/2000 ('Lei de Responsabilidade Fiscal'). Algumas questões". In Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 149-150.

(40) *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 287.

para gastos com pessoal deve respeitar às disposições constitucionais como um todo, visto que a Constituição Federal deve ser interpretada como um conjunto inter-relacionado e unitário de normas.

Ao proceder à verificação da adequação das disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal com a Constituição Federal apreende-se que, apesar de ter regulamentado os limites de gasto com pessoal de acordo com o disposto do art. 169, está em dissonância com o princípio do federalismo, consagrado expressamente no art. 1.º da CF.

A violação ocorre porque um dos principais pressupostos do federalismo, que é a autonomia dos entes federativos (que engloba as capacidades de auto-organização, autogoverno e auto-administração), não foi respeitado.

Acerca desta forte característica do federalismo, que é a autonomia dos entes federativos que decorre, em grande parte, de limites claros de competência estabelecidos na Constituição, são pertinentes as considerações tecidas por Celso Bastos: "A resposta a todas as indagações que surgem na realidade prática se colhe na exata compreensão do que seja uma federação. Esta é a forma mais descentralizada que se conhece de exercer o poder, uma vez que entidades locais gozam de prerrogativas legislativas com força idêntica às federais, respeitadas, é óbvio, a partilha constitucional de competências. Daí se pode dizer que na Federação há a incidência de diversas ordens jurídicas sobre o mesmo território, cada uma atuando no específico âmbito de suas competências".[41]

A regulamentação dos limites das despesas com pessoal na Lei de Responsabilidade Fiscal consagra um "limite global" para todos os gastos, expresso no art. 19, *in verbis*: "Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I – União: 50% (cinqüenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento)".

No artigo subseqüente, o de n. 20, foram estabelecidos "sublimites" para a repartição dos referidos "limites globais", que os entes federativos devem observar quando forem repartir as verbas para gastos com pessoal entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e os seus respectivos órgãos, e para o Ministério Público.[42]

No momento em que essas limitações pretenderam vincular os orçamentos dos entes federativos, configurou-se a violação do princípio federativo por parte

(41) "Lei da responsabilidade fiscal...", cit., p. 294.

(42) Porém, conforme já assinalado no tópico referente à inconstitucionalidade formal da lei, estes limites que no Projeto inicial da Câmara dos Deputados tinham um caráter subsidiário (pois só seriam aplicados caso a lei de diretrizes orçamentárias do respectivo ente federativo autônomo não dispusesse de forma diferente), passaram a ter caráter obrigatório sobre os orçamentos dos entes federativos.

da lei, pois do contrário a autonomia (constitucional) das pessoas jurídicas de direito público teria sido restringida por meio de lei.

A Constituição Federal, no art. 169, quando estabeleceu que os limites das despesas com pessoal seriam determinadas em lei complementar, pretendeu, no máximo, impor limites às despesas globais com pessoal, não se podendo cogitar de que tudo o que respeite às despesas com pessoal tivesse sido passado para a alçada da União. Qualquer interpretação que dê ensejo a limitações mais particularizadas por meio de lei da União acabará por ferir a autonomia dos entes da federação.

Interessante notar que a justificativa do veto do Presidente da República ao dispositivo que reconhecia o caráter subsidiário da lei em comento em relação à lei de diretrizes orçamentárias de cada entidade federativa contraria, igualmente, a forma de Estado Federal brasileira, pois fundamenta-se, como já mencionado anteriormente, numa possível falta de efetividade que teria a lei se os demais entes federativos não estivessem obrigados a seguir estes limites, numa indiscutível afronta à sua autonomia.

É oportuno, ainda, mencionar que a regra do art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que regulava provisoriamente o limite com os gastos gerais, restringia-se a estabelecer um limite global, sem qualquer pretensão de determinar quotas para certas atividades ou funções desenvolvidas em concreto. Prevê referido dispositivo que "Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes".

Entretanto, o STF também decidiu, numa análise perfunctória, que a subrepartição dos limites globais de despesa com pessoal, disposta no art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal, não seria incompatível com a Constituição Federal.

Ademais, a lei em comento adotou um tipo uniforme de normatização que pode prejudicar a sua própria efetividade. A título ilustrativo, basta citar a já referida problemática vivida pelo Poder Judiciário, que na esfera estadual tem o seu limite de gastos com pessoal permitido até o percentual de 6%, sendo que, sem se pretender adotar aqui qualquer discriminação qualitativa entre o Judiciário dos Estados brasileiros, a verdade é que não há a possibilidade de comparar um Estado com o grau de litigiosidade que tem São Paulo[43] com outros que tenham estruturas menos complexas.

Por um outro lado há doutrinadores, como já foi mencionado, que defendem que a Lei de Responsabilidade Fiscal ajuda no aperfeiçoamento do sistema de

(43) Isso porque se trata de um Estado no qual se concentra o maior pólo industrial, além de ser o palco no qual ocorre o maior número de relações sociais, dado o contingente populacional existente, sem se falar do comércio, que, sem dúvida, já fornece uma fonte inesgotável de litígios e conflitos a desembocarem no Judiciário.

federalismo fiscal brasileiro. Neste sentido, Márcio Novaes Cavalcanti afirma: "(...) Manter o federalismo e a distribuição automática de recursos fiscais são premissas constitucionais inatacáveis. São cláusulas pétreas de nosso ordenamento constitucional. Nesse sentido, lei complementar que venha a disciplinar as finanças públicas, objetivando a criação e implantação de gestão fiscal responsável, é norma que não só se adapta ao ordenamento constitucional, mas principalmente busca fazer com que princípios constitucionais tidos como premissas fundamentais tenham validade e eficácia plena. (...)".[44]

3.4 A separação de Poderes e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Logo no art. 2.° da CF, quando se afirma que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", encontra-se consagrada expressamente a teoria da separação dos poderes.[45]

A independência, muito sinteticamente, significa que entre estes poderes não há qualquer nível de hierarquia, todos gozando de plena autonomia para gerir suas funções.

A harmonia, por sua vez, sinaliza que deve haver certo entrosamento nas atuações destes Poderes.

A lei, ao endereçar as normas de responsabilidade fiscal não só ao Poder Executivo, mas também ao Poder Judiciário, Legislativo, Tribunais de Contas e Ministério Público, acabou por transpor o limite entre a independência dos três poderes e a harmonia que deve pautar as suas atuações.

Se por um lado é pertinente a observação feita por Régis Fernandes de Oliveira de que: "Evidente está que uma lei que pretenda dispor sobre a moralidade no gasto público e submetê-lo à fiscalização, não poderia deixar de alcançar o Legislativo e o Judiciário, bem como os órgãos que lhes são paralelos, quais sejam, os Tribunais de Contas, em relação ao Legislativo e o Ministério Público em relação ao Judiciário",[46] por outro existe a preocupação com o limite de sacrifício de outros valores que esta busca prioritária pela moralidade pode causar.

É grande a celeuma sobre a constitucionalidade do art. 9.°, § 3.°, da Lei, que dispõe: "No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério

(44) *Fundamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 85.

(45) "Desde então (Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789), o princípio da separação de poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional. Transformou-se esse princípio no cerne da estrutura organizatória do Estado, verdadeiro dogma dos dogmas" (André Ramos Tavares. "Separação de poderes". In Carlos Valder do Nascimento e Geraldo Magela Alves (coord.). *Enciclopédia do direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 21).

(46) "Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal". In Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 276.

Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias", onde se admite que o Poder Executivo reduza, invadindo a autonomia dos outros Poderes, os gastos daqueles entes federativos que não estiverem de acordo com as metas estabelecidas pela legislação.

O STF acabou por julgar este artigo, em decisão liminar, inconstitucional por afronta à separação de poderes. Há autores, porém, como Régis Fernandes de Oliveira, que acabam considerando o dispositivo constitucional, pois no caso o Poder Executivo estaria agindo dentro da esfera de competência que lhe é dada de controlar o orçamento de acordo com o previsto na lei de diretrizes orçamentárias. Nesse mesmo sentido manifestou-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pretendendo realizar uma interpretação "que compatibiliza o polêmico dispositivo com a sistemática constitucional da separação de Poderes a partir da distinção doutrinária entre constituição e execução de um ato".[47] A intervenção de um dos "poderes" sobre outro é, contudo, inadmissível.

Em relação ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, e em grande parte também ao Poder Judiciário e Legislativo, cabe a observação de que os seus gastos são predominantemente com pessoal. Como afirma o próprio Régis Fernandes de Oliveira: "(...) Os prédios públicos não pertencem a eles, mas integram o patrimônio público, que é gerido pelo Executivo. Não fazem reformas, não têm grandes despesas com veículos, não realizam obras etc.".[48] Por esta razão, os seus gastos com pessoal não poderiam estar submetidos às mesmas regras impostas ao Poder Executivo. Sobressai, nesse sentido, a falta de adequação da lei, que pelo amor à uniformidade gera inconvenientes insuperáveis.

Em relação especificamente ao Ministério Público, além de ferido em sua autonomia funcional e administrativa, consagrada no art. 127 da CF, há o desrespeito ao § 3.º desse próprio art. 127. Realmente, determina referida norma que "O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias", o que acaba por estabelecer que incumbe exclusivamente ao Ministério Público delimitar os recursos necessários para atender às suas necessidades, só devendo observar os limites gerais dispostos na lei de diretrizes orçamentárias.

3.5 Art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal: inconstitucionalidade da obrigatoriedade de se instituir tributos

O art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, inserido no Capítulo que disciplina a "Receita Pública", estabelece que: "Constituem requisitos essenciais da

(47) *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*, p. 136-137.

(48) *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 276-277.

responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação".

Esta obrigatoriedade de se instituir tributos está em absoluta dissonância com o modelo tributário adotado pela Constituição Federal de 1988, que prevê que o exercício da competência legislativa pelos entes da federação deve ser facultativo, da mesma forma como é faculdade do sujeito ativo da relação jurídico-tributária (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) exigir os tributos instituídos.

Assim, ao prever as modalidades de tributos do ordenamento jurídico brasileiro, o art. 145 da CF prescreve: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *poderão* instituir os seguintes tributos". Parece, portanto, ser impossível que haja qualquer interpretação constitucionalmente adequada que possa apontar a *obrigatoriedade* de se instituir tributos. Não resta dúvida, portanto, sobre a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Neste sentido é a opinião de Betina Treiger Grupenmacher: "Com a previsão contida no art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o legislador complementar afrontou irreversivelmente o Texto Constitucional, na medida em que estabeleceu restrição à prerrogativa constitucional das pessoas políticas de direito público, para exercer a competência tributária, instituindo tributos, o que representa afronta aos Princípios Federativo, da Autonomia Estadual e da Autonomia Municipal".[49]

4. Um enfoque jurídico-penal da Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe em seu art. 73, inserido no Capítulo das Disposições Finais e Transitórias, sobre a forma de punição para o descumprimento dos seus dispositivos: "As infrações dos dispositivos desta lei Complementar serão punidos segundo o Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal); a Lei 1.079, de 10.04.1950; o Dec.-lei 201, de 27.02.1967; a Lei 8.429, de 02.06.1992; e demais normas da legislação pertinente".

Em 19.10.2000 foi publicada a Lei 10.028 com duas finalidades: 1.ª) adaptar as disposições do Código Penal, da Lei 1.079/50 e do Dec.-lei 201/67 à Lei de Responsabilidade Fiscal (ou seja, adaptar três leis para regular a punição pelas infrações à Lei de Responsabilidade Fiscal); e 2.ª) estipular quatro infrações administrativas a serem aplicadas caso haja o descumprimento de determinados aspectos da Lei de Responsabilidade.

A legislação específica, portanto, insere-se no contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal, exatamente na responsabilização que esta pretendeu implementar quando do descumprimento de seu desiderato de ordenar as despesas públicas. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini observam: "A dispersão,

[49] "Lei de Responsabilidade Fiscal, competência tributária, arrecadação e renúncia". In Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 17.

desperdício e descaso com os bens públicos impunha urgência na elaboração de um conjunto normativo capaz de responsabilizar os agentes públicos não muito afeitos aos limites orçamentários".[50]

O Código Penal teve o *caput* do seu art. 339 modificado, e o art. 359, desdobrado em mais oito artigos, passou a estabelecer novas modalidades de condutas criminosas.

Com a modificação do art. 339, acrescentou-se ao crime de *denunciação caluniosa* (além das condutas de dar causa à instauração de investigação policial e de processo judicial) os atos típicos de instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, todos com a finalidade de imputar crime à pessoa que o autor da denunciação caluniosa sabe ser inocente.[51]

Com as mudanças trazidas pela Lei 10.028/2000, foi criado o Capítulo IV, que passa a tratar "Dos Crimes Contra as Finanças Públicas", e que é constituído pelos crimes dos arts. 359-A até 359-H.

Os crimes previstos são os seguintes: contratação de operação de crédito sem prévia autorização legislativa (pena de reclusão de 1 a 2 anos); inscrição de despesas não empenhadas ou que excedam limite estabelecido em lei em restos a pagar (detenção de 6 meses a 2 anos); assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura cuja despesa não possa ser paga no exercício financeiro ou que não haja no exercício seguinte contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa (reclusão de 1 a 4 anos); ordenação de despesa não autorizada por lei (reclusão de 1 a 4 anos); prestação de garantia em operação de crédito sem que tenha constituído contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada (detenção de 3 meses a 1 ano); não-cancelamento de restos a pagar inscritos em valor superior ao permitido em lei (detenção de 6 meses a 2 anos); aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura (reclusão de 1 a 4 anos) e oferta pública ou colocação no mercado de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia (reclusão de 1 a 4 anos).

A Lei 1.079/50, que define e regulamenta o processo de julgamento dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, ministros de Estado, ministros do STF e procurador-geral da República, sofreu alterações significativas, tanto pela inovação quanto às condutas tipificadas quanto pela ampliação do rol dos ocupantes de cargo público passíveis de responsabilização.

O art. 10 da Lei, que já tratava dos "Crimes Contra a Lei Orçamentária" que podem ser cometidos pelo Presidente da República, foi acrescido de mais oito crimes que foram dispostos em seqüência aos quatro itens existentes.

(50) *Crimes de responsabilidade fiscal: Lei 10.028/00*, p. 13.

(51) A pena para este crime, que continuou a mesma, é de reclusão de 2 a 8 anos e multa.

O art. 39, onde foi utilizada a mesma técnica legislativa de alteração do Código Penal, desdobrou-se em dois, sendo criado o art. 39-A, que imputa os mesmos crimes de responsabilidade do art. 10 ao presidente do STF e dos Tribunais Superiores, Tribunais de Conta, Tribunais Regionais Federais, Tribunais do Trabalho, Tribunais Eleitorais, Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e Distrito Federal e aos juízes diretores de foro.

Aos crimes de responsabilidade do procurador-geral da República também foram acrescidos os do art. 10. Houve, ainda, a extensão desta responsabilidade ao advogado-geral da União e aos procuradores-gerais de Justiça comum e especializada e àqueles procuradores que exerçam função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições.

A pena para todos estes crimes encontra-se contemplada no art. 2.º da Lei 1.079/50, que dispõe: "Os crimes definidos nesta Lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis de pena de perda de cargo, com inabilitação, até 5 (cinco) anos, para exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal (...)", sem prejuízo do processo e julgamento do acusado por crime comum (art. 3.º).

O Dec.-lei 201/67, que disciplina a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, teve acrescentado ao seu art. 4.º mais oito incisos caracterizadores de novos crimes. As penas para estes crimes, estabelecidas nos §§ 1.º e 2.º do artigo, são de detenção de 3 meses a 3 anos e a condenação definitiva acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública. Além da possibilidade de haver reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular. Como anotam Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: "Os tipos penais acrescentados pela Lei 10.028/2000 ao Dec.-lei 201/67 têm, todos, como bens jurídicos: *planejamento e equilíbrio das contas públicas*. Em alguns casos, surge, também, a preocupação com o *controle das finanças*".[52]

A Lei 10.028/2000 também prevê modalidades de infração administrativa ao tipificar as atividades contrárias às leis de finanças públicas, quais sejam: deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal nos prazos e condições estabelecidos em lei; propor lei de diretrizes orçamentárias que não contenha as metas fiscais na forma da lei; deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira nas formas previstas em lei; deixar de ordenar e promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para redução do montante de despesa total de pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.

A punição para tais infrações é a de multa, que equivalerá à trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa. O processamento e julgamento destas infrações administrativas ocorrerá perante o Tribunal de Contas que seja considerado o titular da competência de fiscalizar a pessoa de direito público envolvida.

[52] *Crimes de responsabilidade fiscal*, cit., p. 59.

A Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de função pública direta, indireta ou fundacional, que não sofreu alterações pela Lei de Responsabilidade Fiscal, é também citada como instrumento normativo de punição daqueles que descumprirem as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Régis Fernandes de Oliveira elenca[53] como "normas de legislação pertinente" mais duas leis, quais sejam: a Lei da Ação Civil Pública (que confere legitimidade a um rol de pessoas e órgãos para defesa do patrimônio e da moralidade administrativa) e a Lei 8.137/90 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica e de relações de consumo). Nesta linha, poder-se-ia acrescer, ainda, a Lei da Ação Popular.

Flávio da Cruz[54] inclui também a LC 64/90, que regulamenta o art. 14, § 9.°, da CF dispondo sobre casos de inelegibilidade e prazos de cassação para crimes eleitorais.

Diante deste quadro relativamente vasto de normas penais, pode-se concluir, no mesmo tom de Régis Fernandes de Oliveira, que praticamente aquilo "(...) que era mera infração administrativa ou política ou, ainda, civil, passa a ser crime, o que agrava a situação daquele que gerencia a coisa pública de forma irresponsável"[55] e que, conforme afirma Flávio da Cruz, "Se, por um lado, a presente lei valoriza as penas já em vigor para condutas lesivas ao interesse social, perde a oportunidade de, num único diploma legal, reunir as informações ainda esparsas, correlacionando crime/pena".[56]

4.1 Análise da pertinência de se criminalizar condutas que ofendam o espírito da Lei de Responsabilidade Fiscal

Procurando realizar um aprofundamento da questão criminal, há de se discutir a própria pertinência em promover a criminalização de condutas que ofendam às disposições constantes desta novel legislação. Esta apreciação é de grande envergadura numa época em que se divulga e se torna mais admissível o direito penal mínimo. Realmente, "A aplicação de penas alternativas implanta um regime mais racional quanto ao controle da criminalidade no atual estágio de desenvolvimento social e cultural dos povos".[57]

A primeira indagação que deve ser feita é a de se constatar até que ponto a ausência de punições criminais prejudicaria a eficácia da lei. Sabe-se que a idéia

(53) Op. cit., p. 94.

(54) *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada,* p. 172.

(55) Op. cit., p. 95.

(56) *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*, cit., p. 173.

(57) André Ramos Tavares, *As tendências do direito público*, cit., p. 505.

de que sanções rigorosas tendem a intensificar a força das leis é muito corrente. Porém, assim, o direito penal estará sendo utilizado para uma função alheia às suas finalidades clássicas, função que, numa nomenclatura moderna, passa a ser determinada como gestão atípica da moral.

Em uma leitura completa da lei, identificam-se mecanismos próprios para assegurar a eficácia de suas normas, pois ao lado das detalhadas regras que impõem padrões ao modo de se administrar as finanças públicas, encontram-se, por vezes, especificadas conseqüências a serem impostas aos administradores, e em certos casos também ao ente público respectivamente administrado, no caso de descumprimento dessas determinações.

Veja-se, por exemplo, o art. 9.°, *caput*, da Lei, que dispõe: "Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias". E no § 3.° do mesmo artigo já vem descrita a penalidade para o não-cumprimento desta regra: "No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias".

O art. 11 e seu par. ún. também é, dentre outros artigos, um exemplo elucidativo: "Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos de competência constitucional do ente da Federação". No parágrafo único vislumbra-se a conseqüência pelo descumprimento do estatuído no *caput*: "É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos".

Observa-se, portanto, que a lei é bem rigorosa e contém mecanismos hábeis a garantir a efetividade de muitas de suas disposições, independente do estabelecimento de sanções penais.

No que se refere ao Direito Comparado, Márcio Novaes Cavalcanti,[58] fazendo uma comparação entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Pacto de Estabilidade da União Européia, aponta que os instrumentos utilizados pela União Européia para garantir a efetividade de seu plano de estabilidade são, basicamente, dois regulamentos. Um dos regulamentos serve para criar medidas preventivas de monitoramento (o Estado, por exemplo, deve ser obrigado a corrigir as suas metas) e efetiva-se por meio de uma análise, feita pelo Conselho Europeu, dos relatórios que são entregues pelos Estados. O outro regulamento estabelece sanções aos Estados e o modo de sua aplicação. Há a peculiaridade de as penas não serem

(58) *Fundamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 78-79.

aplicadas imediatamente, pois ao Estado-membro é concedido um prazo para corrigir as atitudes que estão em dissonância com o Pacto de Estabilidade, até porque o objetivo maior é corrigir eventuais distorções, e não aplicar alguma penalidade.

É interessante notar que no modelo de lei da União Européia os mecanismos repressivos de punição são raramente utilizados, conforme informa Márcio Novaes Cavalcanti: "Aliás, a lentidão do rito e a flexibilidade que é concedida ao Conselho para iniciar a notificação a um Estado faltoso acabam gerando dúvidas quanto à eficácia do controle. No fundo, dificilmente haverá punição. Há a possibilidade de uma sanção pesada ao Estado, mas ninguém acredita que isso vá acontecer. Não há nenhum tipo de sanção criminal ou pecuniária aos governantes. Não há processo de afastamento ou inelegibilidade. Nada. Somente um monitoramento extremamente eficiente e a possibilidade de advertências e notificações para correções de rumos. Há a possibilidade de imposição de multa. Porém, a multa seria imposta ao Estado faltante e não ao governante".[59]

Consoante o autor, esta ausência de punições repressivas não prejudica em nada a efetividade do sistema, já que o mecanismo de monitoramento tem uma força coercitiva grande.

Ademais, o sistema europeu, assim como acontece com o brasileiro, conta com uma forte inspiração do princípio da transparência, que possibilita o acompanhamento do modo de gerenciamento do patrimônio público por parte dos cidadãos, investidores privados e imprensa. Isso representa a possibilidade de uma punição dos governantes nas urnas, bem como a possibilidade de punição pela falta de investimentos e execração pública ao administrador.

Para finalizar, é oportuno mencionar que um controle baseado em mecanismos predominantemente penais, portanto baseados na tipicidade e anterioridade de leis, pode não ser tão efetivo quanto se deseja, especialmente se surgirem novas maneiras de se burlar o mero formalismo de uma lei. A imprensa tem noticiado, por exemplo, uma nova irregularidade que pode estar sendo praticada e que não é expressamente proibida pela legislação em vigor: "Muitos municípios podem ter cancelado empenhos de despesas liquidadas para conseguir apresentar equilíbrio fiscal e 'driblar' a Lei de Responsabilidade Fiscal".[60] Trata-se de uma despesa feita que não é empenhada nos termos da lei e que irá aparecer num relatório seguinte. Tal prática é uma forma de omitir a verdadeira realidade financeira dos municípios.

De qualquer maneira, embora a criminalização exacerbada de condutas não seja desejável, o intuito da moralização, que a lei pretende ver implementada imediatamente, é elogiável. O alcance de um grau elevado de ordenação nas con-

(59) *Fundamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 80.

(60) "Relatórios contábeis de muitos municípios tentam driblar a LRF", *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 14.05.2001, Legal & Jurisprudência, p. 1.

tas públicas talvez necessite, no Brasil, ser acompanhado da certeza de punição penal dos transgressores. A cultura atual de desperdício, de despreparo e de abusos não poderia ser desconsiderada pelo legislador. É impositivo, contudo, que este se mostre sensível às eventuais falhas ou exageros cometidos nesta seara tão delicada, que atinge um dos valores mais caros atualmente, que é o da liberdade.

Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. *A Constituição de 1988 e seus problemas*. São Paulo : LTr, 1997.

———. *Lei complementar: teoria e comentários*. 2. ed. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1999.

———. "Lei de Responsabilidade Fiscal". *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 33, São Paulo : RT, ano 8, out./dez. 2000.

CAVALCANTI, Márcio Novaes. *Fundamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo : Dialética, 2001. 137p.

CRUZ, Flávio da (coord.). *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*. São Paulo : Atlas, 2001. 346p.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1984.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio F. Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio*. São Paulo : Atlas, 1996.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo : Malheiros, 1999.

GAZETA MERCANTIL, São Paulo, 14.05.2001. Legal & Jurisprudência, p. 1.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal: Lei 10.028/00*. São Paulo : RT, 2001 (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 2).

GRUPENMACHER, Betina Treiger. "Lei de Responsabilidade Fiscal, competência tributária, arrecadação e renúncia". In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo : Dialética, 2001.

HORVATH, Estevão. "A Constituição e a Lei Complementar 101/2000 ('Lei de Responsabilidade Fiscal'). Algumas questões". In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo : Dialética, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona : Ariel, 1970.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Os fundamentos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000". In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo : Dialética, 2001.

———. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1991. 6.º vol., t. II.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo : Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal.*

MOREIRA, Egon Bockmann. "O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal". In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.* São Paulo : Dialética, 2001.

MOREITA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas.* Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. "Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal". In ROCHA, Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.* São Paulo : Dialética, 2001.

———. *Responsabilidade fiscal.* São Paulo : RT, 2001. 183p.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos.* Rio de Janeiro : Forense, 1960.

RABAHY, Wilson Abrahão. "LRF inflexível é necessária para retomar planejamento". *Gazeta Mercantil,* São Paulo, 29.12.2000. Legal & Jurisprudência, p. 2.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito.* São Paulo : RT, 2001.

TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio.* São Paulo : Saraiva, 2000.

TAVARES, André Ramos; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. "Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* n. 11, São Paulo, RT, ano 3, abr./jun. 1995.

TAVARES, André Ramos *et alii. Manual de direito administrativo.* São Paulo : Celso Bastos, 1999.

———. "Separação de poderes". In NASCIMENTO, Carlos Valder do e ALVES, Geraldo Magela (coord.). *Enciclopédia do direito brasileiro.* Rio de Janeiro : Forense, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. "Alguns problemas econômicos e políticos da Lei de Responsabilidade Fiscal". In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.* São Paulo : Dialética, 2001.

3.3

DA COMPETÊNCIA NOS DELITOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO

ÂNGELO ROBERTO ILHA DA SILVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O bem jurídico nos delitos de lavagem de dinheiro – 3. Disciplina normativa – 4. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho pretende examinar quais critérios que delimitam a competência federal e a competência estadual nos delitos de lavagem de dinheiro, a partir dos critérios constitucionais e legais, passando pela identificação do bem jurídico.

Palavras-chave: Delitos de lavagem – Competência federal e estadual.

1. Introdução

Dentre os vários temas que exsurgem da Lei de Lavagem de Dinheiro merecedores de atenção está o da fixação da competência ou, mais especificamente, do estabelecimento de uma delimitação de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal. Para o exame de uma busca de soluções há que se ter em conta o bem jurídico tutelado que irá nortear a interpretação tanto do texto constitucional quanto da Lei 9.613/98, bem como as regras do Código de Processo Penal, especialmente as relativas à conexão.

2. O bem jurídico nos delitos de lavagem de dinheiro

Muito se tem discutido acerca de uma determinação do bem jurídico no que tange aos delitos de que cuidamos. Para Rodolfo Tigre Maia,[1] "o objeto jurídico prevalente na Lei de Regência de fato é a administração da justiça". A seu turno, Roberto Podval indica a polêmica existente em torno do estabelecimento do preciso bem que a lei visa a resguardar passando, no primeiro momento, pela tutela da saúde pública[2] e, posteriormente, entendido como sendo a ordem sócio-econômica

(1) *Lavagem de dinheiro*, p. 54.

(2) Leia-se a precisa descrição de Podval: "Enquanto o objetivo de criminalizar a lavagem de dinheiro era a contenção do tráfico ilícito de entorpecentes, o bem jurídico tutelado era também o mesmo bem jurídico do tráfico, qual seja – a saúde pública" (*O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro*, p. 211).

e outros como "a circulação de bens no mercado para seu normal funcionamento e para a economia em geral"[3] além da transparência do sistema financeiro, a legitimidade da atividade econômica, bem como a incolumidade da saúde pública".[4]

Fato é que o delito de que se cuida é pluriofensivo e o intérprete ao verificar o bem tutelado pela lei deverá atentar para o delito antecedente, o qual, se for de competência da Justiça Federal, atrairá também o processo e julgamento para esta Justiça.

3. Disciplina normativa

A competência da Justiça Federal é estabelecida de forma expressa pela Constituição da República Federativa do Brasil, a qual preceitua que aos juízes federais compete processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral (art. 109, IV). Também os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (art. 109, V), e, ainda, no que tange a crimes, os praticados contra a organização do trabalho e, nos casos determinados em lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (art. 109, VI).

Por sua vez, a Lei 9.613/98 preceitua, na dicção do art. 2.º, III, ser da competência da Justiça Federal os crimes que prevê quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (inc. III, *a*), e quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal (inc. III, *b*). Este último preceito segue, em certa medida, orientação sedimentada na jurisprudência e consagrada pela Súm. 122[5] do STJ, nos seguintes termos: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do CPP". A diferença entre essa regra processual genérica e a regra da Lei de Lavagem está em que a súmula se refere a julgamento unificado entre crimes conexos de competência federal e estadual, ao passo que nos crimes de lavagem de dinheiro não se exige a unificação dos feitos, ou seja, basta que o crime antecedente seja de competência da Justiça Federal para o que o crime de lavagem também o seja, ainda que o primeiro já tenha sido objeto de decisão definitiva (sentença de mérito) e com trânsito em julgado, o que, à evidência, inviabilizaria o julgamento conjunto.

Note-se que os crimes contra o sistema financeiro, embora estejam referidos expressamente na letra *a* do inc. III do art. 2.º enquadram-se, também, na letra *b*

(3) Posição de Juana del Carpio Delgado, consoante se pode conferir no artigo de Podval, op. cit., p. 212.

(4) Idem, p. 212.

(5) A Súm. 122 do STJ traduz-se na literal repetição da Súm. 52 do antigo TFR.

do referido dispositivo legal, porquanto são infrações de competência da Justiça Federal,[6] que, não obstante constituírem espécie de delito contra a ordem econômica, não são de competência da Justiça Federal apenas em razão disso, já que os ilícitos penais contra a ordem econômica apenas serão da competência desta Justiça quando a respectiva lei de regência assim prever expressamente. Essa regra advém da própria Constituição, ao estabelecer que aos juízes federais compete processar e julgar, "*nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira*" (art. 109, VI). Assim, somente quando a própria lei prevê a competência da Justiça Federal nessas duas últimas hipóteses é que tal se dará. À guisa de exemplo, podemos referir que os crimes previstos na Lei dos Crimes contra a Economia Popular, não obstante afrontar a ordem econômica, são da competência da Justiça Estadual (Lei 1.521/51), ao passo que os crimes contra o sistema financeiro ficam sujeitos à jurisdição federal, justamente por haver dispositivo expresso (Lei 7.492/86, art. 26, *caput*).[7]

Vista a primeira parte do que preceitua o art. 2.°, III, *a*, vejamos, ainda que de forma breve, a segunda parte do dispositivo, segundo o qual serão de competência da Justiça Federal os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Nesses casos há que se verificar se o delito antecedente figura em algum dos incisos do art. 1.° e se atinge algum daqueles valores antes referidos, de modo a atingir a União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim, um peculato – crime contra a Administração Pública – perpetrado em detrimento do patrimônio de Estado-membro cujo produto fosse objeto de lavagem faria com que o processo fosse julgado pela Justiça Estadual, enquanto que se o mesmo delito fosse praticado em detrimento de algum bem pertencente à União a competência ficaria a cargo da Justiça Federal.

Com relação à lavagem de bens, direitos ou valores havidos do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, há que se verificar se o tráfico é interno, caso em que a competência será da Justiça Estadual, ou se o tráfico é

(6) Lei 7.492: "Art. 26. A ação penal, nos crimes previstos nesta Lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal".

(7) Confira-se o seguinte aresto: "Constitucional. Processual penal. Competência. Crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira. Ausência de previsão legal de competência. Competência da justiça estadual. CF, art. 109, VI. A Constituição Federal, ao prever a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (art. 109, VI), estabeleceu como pressuposto expressa previsão legal ('nos casos determinados por lei'). – O crime de concessão de empréstimos vedados, previsto no art. 34, I, da lei n. 4.595/64, embora atente contra o Sistema Financeiro Nacional, nem se encaixa na regra do art. 109, I, nem se ajusta ao cânon do art. 109, VI, ambos da Carta Magna, seja por não ferir objetivamente bens, serviços ou interesses da União, seja por não haver expressa definição da competência da Justiça Federal. – Recurso conhecido e provido" (STJ, 6.ª T., rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 20.02.1995, p. 3.213).

internacional, que, sendo da competência da Justiça Federal,[8] fará com que a competência assim também o seja para o crime de lavagem. Se o delito antecedente for o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção (CP, art. 334) a competência será da Justiça Federal,[9] consoante confirma a Súmula 151 do STJ.[10] Tratando-se o crime antecedente de extorsão mediante seqüestro, a competência será em princípio da Justiça Estadual, visto que tal delito é contra o patrimônio. As infrações penais perpetradas contra a Administração Pública dependerão de esta ser do âmbito da União, caso em que a competência será da Justiça Federal, ou se darem em face do Estado-membro ou Município, o que leva a competência para a Justiça Estadual. Quanto ao crime de terrorismo, estamos ainda no aguardo do legislador infraconstitucional.

4. Conclusão

Este breve e despretensioso trabalho não teve por objetivo aprofundar de forma exaustiva o tema da competência para o "processo e julgamento dos crimes de lavagem", mas apenas delimitar, de uma forma indicativa alguns pontos de referência para distinguir os feitos que ficam sujeitos à competência da Justiça Federal daqueles da Justiça Estadual. Poderíamos sintetizar que a Justiça Federal será competente quando os bens jurídicos atingidos forem aqueles expressos no art. 2.°, III, *a*, ou quando for competente para o processo e julgamento do crime antecedente (art. 2.°, III, *b*), ficando os demais casos a cargo da Justiça Estadual.

Bibliografia

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98*. São Paulo : Malheiros, 1999.

PODVAL, Roberto. "O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24.

[8] Ensina Vicente Greco Filho que "o tráfico de entorpecentes será da competência da Justiça Federal se tiver conotações internacionais e da Justiça Estadual se não extravasar o território nacional" (*Tóxicos: prevenção-repressão*, p. 153).

[9] Lei 5.010: "Art. 61. Na Seção em que houver Varas da Justiça Federal especializadas em matéria criminal, a estas caberá o processo e julgamento dos mandados de segurança e de quaisquer ações ou incidentes relativos à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente do país, ficando o juízo prevento para o procedimento penal do crime de contrabando ou descaminho" (CP, art. 334).

[10] Súm. 151 do STJ: "A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens".

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.4

CRIMES PREVIDENCIÁRIOS: ARTS. 168-A E 337-A DO CP – Aspectos gerais

HELOISA ESTELLITA SALOMÃO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O art. 168-A, *caput* e § 1.°, do CP: "apropriação indébita previdenciária": 2.1 A questão da *abolitio criminis*; 2.2 A questão do *animus rem sibi habendi*; 2.3 Os tipos penais: o *caput* e o § 1.°, I; 2.4 Os tipos penais: § 1.°, II; 2.5 Os tipos penais: § 1.°, III – 3. O art. 337-A do CP: "sonegação de contribuição previdenciária" – 4. Análise dos dispositivos à luz da Constituição Federal: 4.1 O bem jurídico tutelado; 4.2 Princípio da isonomia: 4.2.1 Introdução; 4.2.2 Sistema constitucional tributário e dignidade penal; 4.2.3 Espécies tributárias, destinação do produto arrecadado e a instrumentalidade do bem jurídico-penal tutelado; 4.2.4 O princípio constitucional da isonomia, a tutela penal da arrecadação tributária e o disposto nos arts. 168-A, § 1.°, I, do CP, e § 2.°, II, da Lei 8.137/90; 4.3 Princípio da proporcionalidade – Bibliografia.

Resumo: A Lei 9.983, de 14.07.2000, revogou expressamente o art. 95 da Lei 8.212/91 e, dentre outras, definiu novas figuras típicas destinadas a proteger a arrecadação em benefício da Previdência Social; assim, foram incorporados ao Código Penal os arts. 168-A (*Apropriação indébita previdenciária*) e 337-A (*Sonegação de contribuição previdenciária*). A alteração na disciplina dos chamados *crimes previdenciários*, na verdade, crimes contra a arrecadação tributária, suscitou questões como a da *abolitio criminis*, a da necessidade de *animus rem sibi habendi* (art. 168-A), que são analisadas no artigo, assim como aquelas relativas à definição do bem jurídico tutelado e à observância dos ditames constitucionais de isonomia e proporcionalidade da tutela penal.

Palavras-chave: direito penal tributário, crimes previdenciários, arts. 168-A e 337-A do CP, arts. 1.° e 2.° da Lei 8.137/90, sonegação fiscal, apropriação indébita previdenciária, sonegação fiscal previdenciária, princípio da isonomia, princípio da proporcionalidade, bem jurídico tutelado, arrecadação tributária.

1. Introdução

A Lei 9.983, de 14.07.2000, alterou o Código Penal através da inserção de novas figuras delituosas. Dentre elas, duas importam ao tema tratado: as do art. 168-A e as do art. 337-A, que tratam, por assim dizer, de alguns aspectos da formação de receita tributária em favor da Seguridade Social.

Até a entrada em vigor da nova disciplina, a matéria relativa aos crimes "contra a Seguridade Social" encontrava-se disciplinada pelo art. 95 e suas alíneas, da Lei 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui seu Plano de Custeio e dá outras providências.

E, antes mesmo dessa lei, é importante lembrar, os crimes que tivessem por objeto quaisquer tributos e, portanto, aí incluídas as contribuições sociais (gênero no qual se incluem as contribuições previdenciárias),[1] submetiam-se ao tratamento uniforme da Lei 8.137/90, especialmente por seus arts. 1.º e 2.º.

Embora dando cumprimento ao que determina o art. 12, III, *b*, da LC 95/98,[2] fato é que a distribuição dos acréscimos pela Parte Especial do Código Penal deu-se, em nosso sentir, na forma de um "polvilhar" aleatório e assistemático.

Segundo observa o inestimável Alberto Silva Franco, ao "invés de adotar um posicionamento mais harmônico e concentrado, deu preferência à dispersão dos crimes previdenciários entre vários tipos já codificados, com o que deixou de dar o mínimo de coerência que seria exigível no tratamento das figuras típicas previdenciárias".[3] Daí ponderar que "seria bem mais razoável que os crimes previdenciários continuassem na legislação especial, com melhor reformulação, principalmente no tocante ao preceito sancionatório, e não fossem incorporados, de forma aleatória, no Código Penal".[4]

No mesmo sentido, entende Antonio Lopes Monteiro que o legislador deveria disciplinar a matéria numa lei específica; não o fazendo, acabou por criar enorme confusão: "Assim, se de um lado facilitou o trabalho do intérprete e do aplicador da lei situando as condutas criminalizadas dentro de um título e de um capítulo no Código Penal, por outro, em alguns casos, dificultou ao subsumir ao tipo penal principal as novas condutas descritas nas alterações".[5]

(1) Embora o entendimento predominante – adotado, inclusive, pelo STF (RE 146.733) –, entenda pela natureza tributária das contribuições sociais, cumpre registrar entendimentos divergentes (cf., neste sentido: GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura sui generis)*. São Paulo : Dialética, 2000, especialmente p. 73 *et seq.*).

(2) "Art. 12. A alteração da lei será feita: (...) III – nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: (...) *b*) no acréscimo de dispositivos novos entre preceitos legais em vigor, é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração, devendo ser utilizado o mesmo número do dispositivo imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos" (esta redação da alínea *b*, em vigor quando da aprovação da Lei 9.983/00, acabou por receber nova redação com a LC 107, de 26.04.2001).

(3) FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo : RT, 2001. p. 2.777.

(4) Idem, ibidem, p. 2.776.

(5) MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a Previdência Social: Lei 9.983, de 14 de julho de 2000 – Texto, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 31.

Assim não parece pensar, porém, o renomado Rui Stoco, que observa que a nova lei "redefiniu os crimes contra a Previdência Social e não contra a 'Seguridade Social', como o fizera anteriormente, por equívoco, mas pulverizou as figuras admitidas como criminosas realocando-as em diversos títulos e capítulos do Código Penal". Tal proceder, em seu entendimento, está correto, na medida em que a inserção se fez "segundo a proteção jurídica estabelecida, ou seja, segundo o bem jurídico tutelado".[6]

Nestas anotações, nossa atenção estará exclusivamente voltada para os novos tipos penais inseridos pelos arts. 168-A e 337-A do CP, razão pela qual, neste momento, deixaremos de lado as questões relativas à extinção da punibilidade e ao perdão judicial nestes crimes.[7]

2. O art. 168-A, *caput* e § 1.°, do CP: "apropriação indébita previdenciária"

"*Apropriação indébita previdenciária*

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1.° Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

(6) FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 4.094.

(7) Remetemos o leitor, então, além das obras citadas no decorrer do texto, às seguintes: EISELE, Andreas. "A reparação do dano no direito penal tributário". In SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 9-30; SALOMÃO, Heloisa Estellita. "O princípio constitucional da isonomia e o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 168-A, § 1.°, I, Código Penal)". Ibidem, p. 93-106; BORGES, Paulo Cesar. "Apontamentos sobre os crimes tributários e a quebra do sigilo bancário". Ibidem, p. 213-234; ROSENTHAL, Sérgio. "A extinção da punibilidade nos crimes de natureza fiscal após o advento da Lei 9.983/2000". Ibidem, p. 257-272; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. "As causas de extinção da punibilidade após o advento da Lei 9.983/2000". Ibidem, p. 289-303; JESUS, Damásio E. de. "Sonegação de contribuição previdenciária e perdão judicial". *Boletim Síntese*, out. 2000, p. 3-4; SALOMÃO, Heloisa Estellita. "Novos crimes previdenciários. Lei 9.983, de 14 de julho de 2000: primeiras impressões". *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/70-90, 2001.

§ 2.º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3.º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais".

2.1 A questão da abolitio criminis

A Lei 9.983/00 não se restringiu a criar novas figuras penais mas, além disso, determinou, em seu art. 3.º, a revogação do art. 95, e suas letras, da Lei 8.212/91,[8] dispositivo no qual, justamente, encontrava-se a figura típica de maior ocorrência na matéria, descrita na letra *d*.

Em função disso, levantou-se a questão acerca da possível *abolitio criminis* das condutas antes consideradas delituosas sob a égide do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, dada a aparente diversidade entre os tipos penais novo e revogado.

De fato, não se pode negar que a descrição típica não é idêntica. Vejamos:

"Art. 95. Constitui crime:

(...)

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público; (...)" (Lei 8.212/91).

"Apropriação indébita previdenciária

Art. 168-A. (...)

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; (Código Penal)".[9]

[8] Cumpre relembrar, pelo caráter inusitado, que somente às condutas descritas nas letras *d*, *e* e *f* foi cominada sanção penal, tendo-se quedado silente o legislador quanto à cominação sancionatória para as demais condutas previstas nas demais alíneas. Cf., a respeito: SOUZA, Nelson Bernardes de. "Ilícitos previdenciários: crime sem pena?", *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 16/285-297, Bauru, nov./mar. 1996/1997.

[9] Não entendemos que o *caput* do art. 168-A aplique-se a todas as hipóteses antes definidas na alínea *d* do art. 95 (cf. *infra*).

Em razão da diversa redação e da revogação da figura antecedente, entendem pela *abolitio criminis* das condutas descritas no dispositivo revogado renomados penalistas como Roberto Podval, Janaína Paschoal e Luiz Henrique Pinheiro Bittencourt.[10]

Há, inclusive, decisões nesse sentido:

"Penal. Constitucional. *Habeas corpus*. Art. 95, *d* e *f*. Apropriação indébita previdenciária. Revogação Lei 9.983/2000, art. 3.º. Princípio constitucional da irretroatividade da lei penal. *Abolitio criminis*. Extinção da punibilidade.

– Dispositivos contidos na denúncia, art. 95, *d* e *f*, da Lei 8.212/91, foram revogados pelo art. 3.º da Lei 9.983, de 14.07.2000, por força do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal (art. 5.º, XXXIX e XL, da CF), também presente no art. 2.º e par. ún. do CP.

– Concessão do *habeas corpus* para declarar extinta a punibilidade de (...)" (TRF 5.ª Reg., HC 2000.05.00.026463-7, rela. Juíza Margarida Cantarelli, j. 03.05.2001, *DJU* 06.07.2001, Seção 2, p. 248);

"Processo penal. Recurso em sentido estrito. Crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias – Lei 8.212/91, art. 95, *d* – Revogado pela Lei 9.903, 14.07.2000.

Extinção da punibilidade na forma do art. 107, III, do CP.

Recurso improvido" (TRF 5.ª Reg., RC 98.05.52855-3, rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, *DJU* 07.05.2001, Seção 2, p. 198).

"Processo penal. Recurso em sentido estrito. Crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias revogado (Lei 8.212/91, art. 95, *d*, revogado pela Lei 9.983, 14.07.2000.

Extinção da punibilidade na forma do art. 107, III, do CP.

Recurso improvido" (TRF da 5.ª Reg., ReCrim 283-CE, 1.ª T., rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, *DJU* 06.04.2001, Seção 2, p. 302).

"Penal. Lei 8.212/91, art. 95, *d*, revogado pela Lei 9.983/2000, art. 3.º. *Abolitio criminis*.

– Em face de expressa revogação do dispositivo legal (Lei 8.212/91, art. 95, *d*) que ensejaram o oferecimento da denúncia, evidentemente não há mais como aplicá-los nem como fazer incidir sobre tais condutas os dispositivos da lei mais nova.

[10] Cf. PODVAL, Roberto. "Legislação e tributos". *Valor Econômico* de 09.01.2001, São Paulo, p. E1; PASCHOAL, Janaína C. "Houve *abolitio criminis* nos crimes previdenciários". In <www.direitocriminal.com.br>, acesso em 27.02.2001; BITTENCOURT, Luiz Henrique Pinheiro. "A *abolitio criminis* do art. 95 da Lei 8.212/91, pela Lei 9.983, de 14 de julho de 2000", *Boletim IBCCrim*, São Paulo 95/15, out. 2000.

– Necessário se faz a utilização da *abolitio criminis*, contida no art. 2.º do CP, declarando-se a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do mesmo *Codex*.

– A nova definição jurídica do fato não acarreta conseqüência para a hipótese tratada nos autos, sob pena de ofensa à garantia constitucional da irretroatividade.

– Extinta a punibilidade, julgado prejudicado o recurso, em razão da *abolitio criminis*, com fulcro no art. 107, III, do CP" (TRF da 5.ª Reg., ReCrim 297-CE, 1.ª T., rel. Juiz Castro Meira, 16.11.2000).

"Penal. Lei 8.212/91. Art. 95, *d* e *f*, revogado pela Lei 9.983/2000, art. 3.º. Art. 171 do CP. *Abolitio criminis*.

– Em face de expressa revogação dos dispositivos legais (Lei 8.212/91, art. 95, *d* e *f*) que ensejam o oferecimento da denúncia, evidentemente não há mais como aplicá-los nem como fazer incidir sobre tais condutas os dispositivos da lei mais nova.

– Necessário se faz a utilização da *abolitio criminis*, contida no art. 2.º do Código Penal, declarando-se a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do mesmo *Codex*.

– A nova definição jurídica do fato não acarreta conseqüência para a hipótese tratada nos autos, sob pena de ofensa à garantia constitucional da irretroatividade.

– Não subsiste o crime do art. 171 do CP, tendo em vista que a ilicitude referida na denúncia foi mero instrumento para a consumação do delito ora atingido pela *abolitio criminis*, em face do princípio da especialidade.

– Extinção da punibilidade do réu, prejudicada a apelação, em face da *abolitio criminis*, com fulcro no art. 107, III, do CP" (TRF da 5.ª Reg., ApCrim 351-CE, 1.ª T., rel. Juiz Castro Meira, 09.11.2000, *DJU* 22.12.2000, Seção 2, p. 76).

Parece-nos, porém, e com a devida vênia dos que entendem desta forma, que não é o caso de *abolitio criminis*.

Embora, efetivamente, a descrição típica não seja idêntica, a conduta incriminada é a mesma. Basta o seguinte questionamento: quem deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público, estará cometendo algum delito à luz do disposto no art. 168-A? A resposta, parece-nos, será positiva. Ora, a conduta acima descrita é exatamente aquela inserida no revogado art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, que passa, agora, a ser regida pelo novel art. 168-A do CP.

Não se pode negar, porém, que há novos elementos típicos, como, por exemplo, *prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social, descontada de pagamento efetuado a segurados*, a terceiros ou arrecadada do público.

Ocorre que não são elementos que tornem este tipo especial relativamente àquele revogado. O estabelecimento do prazo por lei estava inserido na expressão *época própria* e esteve, anote-se, por todo o período de vigência da Lei 8.212/91,

Paulo Baltazar Júnior.[17] Registrando-se, inclusive, algumas decisões que já apreciaram a matéria:

"I – Com o transcurso, em 16 de outubro de 2000, do período de *vacatio legis* da Lei 9.983/2000, operou-se a revogação do art. 95 da Lei 8.212/91 e a implementação do delito de 'Apropriação Indébita Previdenciária', previsto no art. 168-A do CP, figura delitiva que manteve as mesmas linhas da descrição típica veiculada no vetusto art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, diminuindo de 6 (seis) para 5 (cinco) anos a pena máxima abstrata cominada ao delito" (TRF da 3.ª Reg., ReCrim 1856-SP, 1.ª T., rel. Des. Theotonio Costa, j. 17.04.2001, *DJU* 05.06.2001, p. 924).

"III – A promulgação da Lei 9.983, de 14.07.2000, não implica na descriminalização da conduta do agente, na medida em que o não recolhimento de contribuição destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público, continua sendo crime. Basta comparar os dois dispositivos (o art. 95, *d*, da Lei 8.212 e o art. 1.º da Lei 9.983, de 14.07.2000), para se verificar que subsiste como fato típico, antijurídico e culpável a conduta daquele que não recolhe contribuição destinada à previdência social e que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados ou a terceiros" (TRF da 3.ª Reg., HC 2000.03.00.014818-9/SP, rel. Juiz Federal convocado Manoel Álvares, *DJU* 04.04.2001, Seção 2, p. 227).

"Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Lei 9.983/2000. *Abolitio criminis*. Inocorrência. Art. 168-A do CP.

O art. 3.º da Lei 9.983/00 revogou expressamente o art. 95, *d*, da Lei 8.212/91. Ocorre que se por um lado houve a revogação do citado artigo, por outro, a própria Lei 9.983 dispôs sobre a mesma conduta prevendo-a, agora, no art. 168-A do CP. Dessa forma, não há falar em *abolitio criminis*" (TRF da 4.ª Reg., RSE 2001.72.04.001525-6, rel. Juiz Vilson Darós, *DJU* de 06.06.2001, Seção 2, p. 1443, j. 03.05.2001).

2.2 *A questão do* animus rem sibi habendi

Orientado-se pela rubrica atribuída pelo legislador ao novo dispositivo legal ("apropriação indébita previdenciária") e por sua colocação topográfica, sustentam renomados estudiosos que quaisquer das condutas descritas no art. 168-A do CP exigem, do autor, para a adequação típica, o *animus rem sibi habendi*.

Para aqueles que assim entendem, a colocação topográfica dos crimes entre aqueles contra o patrimônio e logo em seguida ao clássico delito de apropriação indébita, foi um acerto.[18]

(17) Conferência proferida em abril de 2001, Porto alegre-RS, ITEC – IBCCrim.

(18) PODVAL, Roberto e MANDEL, Paula Kahan. "Crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária: comentários críticos à Lei n. 9.983, de 14.07.2000", *Revista Dialética de Direito Tributário* 65/107, São Paulo.

Roberto Podval e Paula Kahan Mandel, com base nesses fundamentos, afirmam que "a Lei 9.983/00 submeteu o antigo delito de não-recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 95, *d*, da Lei 8.212/91) ao regime jurídico do delito de apropriação indébita",[19] passando a ser necessária "a prova, não somente do dolo genérico de não recolher o valor devido ao Instituto Nacional do Seguro Social (isto é, da intenção do agente apropriar-se dos valores), como também, e principalmente, do dolo específico do agente em querer trazer com isso um benefício a si mesmo ou a terceiros".[20]

Luiz Flávio Gomes julga, igualmente, necessária a aferição do *animus rem sibi habendi*. Com a didática que lhe é peculiar, diferencia a mera apropriação da apropriação indébita: "Recorde-se que a simples omissão do emprego da coisa ao fim determinado não significa automaticamente o delito de apropriação indébita. Isso significa uma apropriação, sim, mas pode ser ou não ser indébita. Para que se configure a apropriação indébita urge que a omissão seja precedida ou acompanhada (leia-se: iluminada) de circunstâncias que revelem um especial *animus rem sibi habendi* (ânimo de ter a coisa para si embora podendo repassá-la à previdência)".[21] E, continua: "o delito de apropriação, em suma, 'pressupõe, conceitualmente, a intenção definitiva de não restituir a coisa ou desviá-la do fim para que foi entregue... é óbvio que tal intenção ou ciência é integrante do dolo do agente. A ausência do *animus rem sibi habendi* exclui, subjetivamente, a apropriação indébita'. Não existe a figura culposa".[22]

Arremata o festejado Professor:

"O que justifica a intervenção penal, portanto, não é a simples apropriação daquilo que se devia repassar e não se repassou ao INSS. Até aqui temos apenas um ilícito administrativo. O castigo penal cobra relevância somente quando a apropriação se torna indevida (indébita), isto é, quando é acompanhada de alguma fraude ou engano ou má-fé. Quando se trata, enfim, de um não pagamento atribuível a um devedor fraudulento, contumaz, relapso. São todas essas circunstâncias que iluminam a apropriação indébita previdenciária, para transformá-la numa apropriação criminosa. Ao juiz, em cada caso concreto, cabe discernir (e bem) o inadimplente do delinqüente".[23]

O mesmo entendimento é, ainda, compartilhado por Cezar Roberto Bitencourt: "Tratando-se de *apropriação indébita* é indispensável o *elemento subjetivo especial do injusto*, representado pelo *especial fim* de apropriar-se dos valores pertencentes à previdência social, isto é, o agente apossa-se com a intenção de não restituí-los".[24]

(19) Ibidem, p. 109.

(20) Ibidem, p. 110.

(21) GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 48.

(22) Ibidem, p. 48.

(23) Ibidem, p. 55.

(24) BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit.

Já há, inclusive, decisões neste exato sentido:

"Penal. Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Lei 8.212, art. 95, *d*. Lei 9.983/2000. Materialidade. Comprovação. Dolo. Necessidade. Real capacidade de agir. Precedentes.

1 – Conforme se depreende da simples leitura do tipo do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, analisando-se a questão sob a ótica anterior à promulgação da Lei 9.983/2000, que revogou o dispositivo legal mencionado e que entendia o delito como omissivo, é indispensável que os valores não recolhidos aos cofres públicos tenham sido arrecadados pelo agente; não se punindo a simples desídia de não se proceder à arrecadação e posterior repasse.

2 – Não há que se confundir o inadimplente com o sonegador fiscal, vez que, em ambos, existe um ponto comum – o não pagamento –, porém, em relação a este último, impõe-se o demonstrativo de que tenha agido de forma fraudulenta, sob pena de se travestir a ação penal em verdadeira execução fiscal.

3 – Sob a ótica da nova Lei 9.983/2000 que, revogando o dispositivo legal em análise, inseriu o tipo no Código Penal, no Capítulo da 'Apropriação Indébita', no art. 168-A – 'Apropriação indébita previdenciária – AC' –, temos que volta a ser o delito da modalidade de apropriação indébita, como indica o próprio texto legal e o *nomen juris*, pelo que, novamente passa a ser exigido o dolo específico referente ao *animus rem sibi habendi* (a vontade de apropriação da coisa alheia, sem pretensão de restituí-la), de modo que não demonstrado tal elemento subjetivo pela acusação, exclui-se o tipo legal.

4 – Dessa forma, tem-se que para a configuração do crime agora tipificado no art. 168-A do CP, por cuja prática responde a recorrida, é imprescindível a comprovação do dolo consistente na vontade de apropriar-se dos valores não recolhidos à Previdência, ou ainda, desviá-los para outros fins, sendo o *animus rem sibi habendi* de sua essencialidade.

5 – De toda sorte, quer se entenda o delito na modalidade de crime omissivo, nos termos do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, quer na modalidade de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do CP, em cuja redação se inseriu por força da Lei 9.982/2000, não tendo produzido, *in casu*, o órgão acusatório qualquer prova a evidenciar que a recorrida não atuou conforme o resultado esperado pela norma penal (recolhimento do tributo) de forma livre e consciente, ou seja, não comprovou a real possibilidade de agir conforme previsão legal, tendo atuado com vontade livre e consciente de não recolher as contribuições previdenciárias junto ao INSS, ou que tenha ela atuado de forma dolosa, seja o dolo de não recolher, o dolo específico de fraudar e o dolo específico de apropriar-se, cuja ação é exigida pelo 'novo' tipo penal, não tendo restado comprovado nos autos a existência do elemento subjetivo do tipo, a absolvição se impõe.

6 – Recurso a que se conhece e a que se nega provimento" (TRF 2.ª Reg., AC 2000.02.01.053709-7, rel. Juiz Rogério Vieira de Carvalho, *DJU* 19.06.2001, Seção 2, p. 347, j. 23.03.2001).

"Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia. Apropriação indébita previdenciária. Art. 168-A do CP. Comprovação do *animus rem sibi habendi*. Eficácia retroativa da *lex mitior*. Demonstração da efetiva ocorrência dos descontos pelo empregador. Descabimento. Incidência da presunção *iuris tantum* de regularidade e oportunidade dos descontos previdenciários a cargo da empresa. Inteligência do § 5.º do art. 33 da Lei 8.212/91. Recurso provido.

I – Com o transcurso, em 16.10.2000, do período de *vacatio legis* da Lei 9.983/2000, operou-se a revogação do art. 95 da Lei 8.212/91 e a implementação do delito de 'Apropriação Indébita Previdenciária', previsto no art. 168-A do CP, figura delitiva que manteve as mesmas linhas da descrição típica veiculada no vetusto art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, diminuindo de 6 (seis) para 5 (cinco) anos a pena máxima abstrata cominada ao delito.

II – A inovação de maior relevo residente no fato de que a apropriação indébita previdenciária, como subtipo do delito de apropriação indébita, tem a mesma natureza desta figura delitiva e está sujeita a todos os requisitos exigidos para a sua configuração, dentre eles, o elemento subjetivo da apropriação indébita, qual seja, a vontade livre e consciente do sujeito de apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção, o *animus rem sibi habendi*.

III – Assim como na pena, também neste aspecto a lei possui efeitos retroativos, por se tratar de inovação mais benéfica ao acusado e limitativa da atividade persecutória do Estado, alcançando os fatos a ela anteriores, de tal forma que mesmo nos delitos consumados sob a vigência da Lei 8.212/91, a demonstração do elemento subjetivo do tipo da apropriação indébita previdenciária constitui requisito indispensável à configuração do delito.

IV – Nos delitos de apropriação indébita previdenciária afigura-se incabível a exigência de comprovação da efetiva realização dos descontos lançados na folha de pagamentos, ou mesmo da confrontação dos valores constantes da folha de salários com os lançamentos contábeis a eles referentes, pois a mesma Lei 8.212/91, no § 5.º de seu art. 33, erigiu em presunção *iuris tantum* a regularidade e oportunidade dos descontos previdenciários efetuados pela empresa.

V – Ainda que o resumo da folha de pagamentos não espelhe com fidelidade os fatos geradores das contribuições devidas tanto pela empresa como pelos empregados, o art. 235 do Dec. 3.048/99 (Regulamento de Custeio) permite à Autarquia lançar de ofício as contribuições devidas caso a fiscalização venha a constatar que a contabilidade não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

VI – Veicula descrição fática hábil à instauração da *persecutio criminis* denúncia amparada nas peças de informação colhidas no processo administrativo fiscal instaurado pela Autarquia Previdenciária, no qual houve o lançamento dos créditos tributários apontados na denúncia através de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, baseada nos valores dos descontos constantes de resumo da folha de salários emitido pela própria empresa autuada, e que foi por esta apre-

sentado à fiscalização, documento que especificou, mês a mês, as remunerações pagas ou creditadas a todos os seus empregados durante o período da retenção incriminada, bem como as deduções sobre elas incidentes, inclusive da contribuição devida ao INSS.

VII – Uma vez certa a efetiva ocorrência do fato gerador das contribuições sociais devidas pelos empregados, constitui a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD que instruiu a denúncia prova suficiente da efetiva ocorrência da retenção incriminada, sendo que os eventuais questionamentos acerca da regularidade do lançamento e da exigibilidade do débito incriminado na denúncia encontram na via do devido processo tributário a sede adequada para a sua dedução, prevalecendo, para todos os efeitos, a certeza e liquidez do crédito tributário definitivamente constituído no processo administrativo que acompanhou a denúncia a conferir inequívoca justa causa para a ação penal.

VIII – Recurso improvido" (TRF da 3.ª Reg., ReCrim 1999.61.06.003103-4, 1.ª T., rel. Des. Theotonio Costa, 17.04.2001, *DJU* 05.06.2001, p. 924).

"*Habeas corpus*. Crime contra a seguridade social. Art. 95, *d*, da Lei 8.212/91. Dificuldades financeiras. Depositário infiel – Lei 8.866/94. Alegação de descriminalização da conduta – Lei 9.983/00. Refis – Lei 9.964/2000.

I – As dificuldades econômicas alegadas pelos impetrantes e que serviriam de causa para excluir tanto o ânimo de apropriação, como a reprovabilidade da conduta, é matéria a ser discutida e comprovada no âmbito da ação penal, ultrapassando, em muito, os estreitos limites de cognição do presente *habeas corpus*.

II – A Lei 8.866/94 disciplinou a questão do depositário infiel de valores pertencentes à Fazenda Pública. Com sua promulgação, o que aconteceu foi que o arrecadador de contribuições sociais de terceiros passou, na esfera cível, a ser considerado depositário, sujeitando-se às penas de depositário infiel quando não as recolher no prazo legal. Todavia, referida norma não configura hipótese de supressão da figura descrita no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91.

III – A promulgação da Lei 9.983, de 14.07.2000, não implica na descriminalização da conduta do agente, na medida em que o não recolhimento de contribuição destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público, continua sendo crime. Basta comparar os dois dispositivos (o art. 95, *d*, da Lei 8.212 e o art. 1.º da Lei 9.983, de 14.07.2000), para se verificar que subsiste como fato típico, antijurídico e culpável a conduta daquele que não recolhe contribuição destinada à previdência social e que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados ou a terceiros.

IV – A redação dada pelo art. 1.º da Lei 9.983, de 14.07.2000, que insere no Código Penal a conduta delitiva da apropriação indébita previdenciária, não resultou na extinção da punibilidade das condutas realizadas na vigência do art. 95, *c*, da Lei 8.212/91, mas exige, para condenação dos acusados, a comprovação da intenção de apropriar-se da coisa, qual seja a presença do elemento subjetivo do tipo que é o dolo de apropriar-se do bem juridicamente tutelado pela norma.

V – A Lei 9.964, de 10.04.2000, regulamentada pelo Dec. 3.431, de 24.04.2000, instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, que tem por objetivo promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29.02.2000.

VI – A inclusão da empresa nesse programa de recuperação fiscal resulta no âmbito penal na suspensão da pretensão punitiva do Estado, algo novo em nosso ordenamento jurídico, já que esta não se confunde com a suspensão do processo e da prescrição em razão da revelia (art. 366 do CPP); com a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP) ou com a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). A suspensão da pretensão punitiva do Estado resulta na suspensão da pretensão do Estado de punir o ilícito criminal, de modo que a ação penal não poderá sequer ser proposta enquanto perdurar a inclusão da empresa no Programa de Recuperação Fiscal. A contrapartida da suspensão da pretensão punitiva é a suspensão do curso da prescrição. Mas a citada suspensão somente ocorrerá se a inclusão da empresa no referido Programa tiver ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal (art. 15, *caput*, da Lei 9.964/00).

VII – A inclusão dos impetrantes no Programa de Recuperação Fiscal ocorreu após o recebimento da denúncia e também não houve pagamento integral do débito, inocorrendo, assim, a pretendida extinção da punibilidade.

VIII – Ordem denegada" (TRF da 3.ª Reg., HC 2000.03.00.014818-9/SP, 2.ª T., rel. Des. conv. Manoel Álvares, j. 06.03.2000, *DJU* 04.04.2001, Seção 2, p. 227).

Inobstante a força dos argumentos empregados e a autoridade dos que sustentam a necessidade do *animus rem sibi habendi*, pensamos que melhor entendimento é aquele adotado por Alberto Silva Franco, Andreas Eisele,[25] Rodrigo Sánchez Rios,[26] Francisco Dias Teixeira,[27] dentre outros, no sentido da desnecessidade deste especial ânimo.

"A posição topográfica do tipo do art. 168-A logo abaixo do art. 168 do CP não permite, por outro lado, que os elementos de composição de um tipo se extrapolem para o outro",[28] assevera Alberto Silva Franco. E mais: a sua inserção "no Código Penal não o transforma, por um passe de mágica legislativa, em crime de

(25) EISELE, Andreas. *Apropriação indébita e ilícito penal tributário*. São Paulo : Dialética, 2001. p. 132.

(26) RIOS, Rodrigo Sánchez. *Tutela penal da Seguridade Social*. São Paulo : Dialética, 2001. p. 35.

(27) TEIXEIRA, Francisco Dias. "Crime contra a Previdência Social em face da Lei 9.983/2000", *Boletim dos Procuradores da República* 30/5, out. 2000.

(28) FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 2.779.

apropriação indébita, nem faz perder sua condição de delito relativo à arrecadação de contribuições previdenciárias".[29]

Parece-nos, assim, que o fato de inserir-se um artigo "x-A" não implica torná-lo como que um parágrafo do artigo "x"; trata-se de um novo e autônomo artigo, no caso, de uma nova e autônoma norma incriminadora. Não se aperceber desta circunstância é que conduz à interpretação de que, por exemplo, o art. 168-A seria uma nova modalidade da apropriação indébita prevista no art. 168, passando-se a exigir, naquele fato típico também, o *animus rem sibi habendi* (apropriar-se indevidamente), o que uma leitura detida o art. 168-A não parece sugerir.[30]

A autonomia dos artigos "-A"s, "-B"s, "-C"s, e assim por diante, colhe-se, ainda, do exame da colocação topográfica do art. 337-A – que trata de verdadeira hipótese de crime de lesão à arrecadação tributária das contribuições previdenciárias –, precedido pela seguinte norma incriminadora:

"*Subtração ou inutilização de livro ou documento*

Art. 337. Subtrair, ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave".

Aliás, o fenômeno da existência de normas incriminadoras tutelando bens jurídicos diversos no interior de um mesmo artigo não é novo. Para nos restringirmos apenas aos crimes contra a arrecadação tributária, basta pensar no caso do art. 334 do CP, que tutela tanto a arrecadação tributária (descaminho), como a saúde e a moralidade públicas (contrabando),[31] e que é fruto de uma intervenção legislativa muito parecida com a feita pela novel Lei 9.983/00, na medida em que, como observa Sérgio Rosenthal, "a redação atualmente estampada no Código Penal brasileiro é fruto da alteração trazida pela chamada Lei dos Crimes de Sonegação Fiscal, que em 1965 introduziu os §§ 1.° e 2.° aos tipos já anteriormente definidos".[32]

(29) Idem, ibidem, p. 2.783-2.784.

(30) Com esta afirmação e as ponderações que a cercam, atualizamos entendimento anterior (cf. SALOMÃO, Heloisa Estellita. "O crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias", *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 6, especialmente p. 38, São Paulo).

(31) Neste sentido, cf. por todos: ROSENTHAL, Sérgio. *A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no descaminho*. São Paulo : Ed. Nacional, 1999. p. 24-25. O mesmo fenômeno ocorre no interior das normas incriminadoras do art. 2.° da Lei 8.137/90 (cf. SALOMÃO, Heloisa Estellita, *A tutela penal das obrigações tributárias na Constituição Federal*, São Paulo, RT, 2001).

(32) ROSENTHAL, Sérgio, A extinção da punibilidade..., p. 25.

A par disso, a leitura das figuras típicas encartadas no art. 168-A não trazem como elemento a apropriação, muito menos indébita, da quantia recolhida, descontada, reembolsada, razão pela qual, em respeito ao princípio da legalidade, parece-nos que não se pode exigi-la como requisito da adequação típica.

Luiz Flávio Gomes faz severas e acertadas críticas ao posicionamento que confunde *inadimplente* com *delinqüente*.[33] E, conforme se colhe do que dizíamos acima, efetivamente nos parece que o legislador pretende punir uma simples desobediência à norma, especialmente no caso do § 1.º, I, do art. 168-A do CP, não exigindo fraude ou má-fé, mas a mera inadimplência, precedida do anterior desconto.[34] Dizer isto, porém, não é, de forma alguma, afirmar o acerto da norma incriminadora, mas, sim, que está estabelecido o pressuposto de uma outra questão: seria esta norma incriminadora compatível com o sistema jurídico-constitucional, especificamente com a vedação constitucional de prisão por dívida?

2.3 Os tipos penais: o caput *e o § 1.º, I*

Aparentemente, o *caput* e o inc. I do § 1.º deste art. 168-A do CP incriminariam condutas idênticas e reproduziriam, com pequenas alterações, a antiga norma do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91.

A figura do *caput* parece destinar-se, porém, às instituições financeiras que recebem as quantias recolhidas dos contribuintes, conforme exige o tipo e de acordo com o disposto no art. 60, *caput*, da Lei 8.212/91, que autoriza a arrecadação das contribuições através da rede bancária.[35]

E esta parece ser a interpretação mais adequada na medida em que não há, aí, obrigação tributária, já que a quantia devida pela rede bancária à Seguridade Social não se coaduna com a definição legal de tributo: a prestação pecuniária de que trata o *caput* do art. 168-A não é instituída em lei, mas, sim, em convênio.

O Código Tributário Nacional assim define o tributo:

"Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

"Essa hipótese", afirma Francisco Dias Teixeira, "refere-se aos estabelecimentos bancários, ou quaisquer outros, autorizados a receber, do contribuinte, o recolhimento de contribuição previdenciária, e que, no entanto, deixam de repas-

(33) GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 28, 31, 32 e 54.

(34) Sobre a questão do *desconto*, cf. *infra*.

(35) Lei 8.212/91, art. 60, *caput*: "A arrecadação da receita prevista nas alíneas *a*, *b* e *c* do par. ún. do art. 11 e o pagamento dos benefícios da Seguridade Social serão realizados através da rede bancária ou por outras formas, nos termos e condições aprovados pelo Conselho Nacional de Seguridade Social".

sar à Autarquia, no prazo legal ou convencional, os valores recolhidos pelo contribuinte".[36]

Tecnicamente, a hipótese que mais nos interessa é a prevista no § 1.°, I:

"§ 1.° Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público".

Segundo a lei de regência, a empresa é obrigada a "arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração" (art. 30, *a*, da Lei 8.212/91) e a "recolher o produto arrecadado na forma da alínea anterior" (art. 30, *b*, da Lei 8.212/91).

Neste § 1.°, I, o autor do delito é a "empresa" (ainda que instituição bancária, mas na condição de empregadora, e, portanto, de sujeito passivo de uma relação tributária) que, em perfeita consonância com o disposto no art. 30, *a* e *b*, da Lei 8.212/91, é a responsável pelo desconto e recolhimento das contribuições devidas pelos segurados empregados e trabalhadores avulsos.

A diferenciação perde, porém, sua força quando nos atentamos para o período final do § 1.°, I, que acrescenta: "e arrecadadas do público"; o que permite, perfeitamente, afirmar que a incriminação se volta, aqui também, contra as instituições bancárias enquanto órgãos competentes para o recebimento dos pagamentos feitos ao INSS,[37] não, todavia, o contrário: que a conduta prevista no § 1.°, I, possa encontrar guarida naquela prevista no *caput*.

De qualquer forma, a conduta antes abrangida pelo art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, e de maior incidência, encontra-se agora, s.m.j., definida neste § 1.°, I, do art. 168-A, primeira parte.

A nova redação exige, porém, e ao contrário da anterior, que falava em época própria (!), que o prazo tenha origem legal, isto é, que esteja estabelecido em lei. Este prazo é aquele estabelecido no art. 30, *b*, da Lei 8.212/91 (cf. *supra*).

Deve-se chamar a atenção para o fato de que, embora entendamos não haver exigência de apropriação da quantia descontada, deverá ela ter sido efetivamente descontada do pagamento feito ao segurado, ou seja, o numerário deve existir quando do pagamento e deve, posteriormente, deixar de ser recolhido pelo responsável tributário, a "empresa-empregadora". Não basta, assim, a pura e simples omissão do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, é neces-

(36) TEIXEIRA, Francisco Dias, op. cit., p. 4.

(37) Sobre o tema e na vigência do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, consulte-se: CONRADO, Paulo César. "Crimes de falta de recolhimento de contribuição previdenciária: o art. 2.°, II, da Lei 8.137/90 *versus* o art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91", *Revista Dialética de Direito Tributário* 16/36-41, São Paulo.

sário seu anterior e real desconto dos pagamentos efetuados aos segurados e a terceiros. Nas palavras de Alberto Silva Franco, "o delito do art. 168-A do CP não se exaure no simples não repasse ou não recolhimento da contribuição previdenciária retida, mas exige, como pressuposto material, a comprovação de que foi realmente efetuado esse desconto".[38]

Esta exigência típica, todavia, não é nova – embora desatendida sistematicamente na vigência da Lei 8.212/91 – e já se encontrava contemplada pelo revogado art. 95, *d*, quando exigia que a quantia tivesse sido anteriormente *arrecadada* do segurado pois, como vimos, *arrecadar implica descontar* (art. 30, *a*, Lei 8.212/91).

Trata-se de hipótese de crime de conduta mista: uma comissiva antecedente e outra omissiva subseqüente.[39] A omissão – o deixar de fazer o que a lei determina – deverá, neste caso, ser precedida de uma conduta comissiva: a) a de descontar a (o montante devido a título de) contribuição previdenciária do pagamento efetuado a segurados; ou, b) a de arrecadar do público (o montante devido a título de contribuição previdenciária).

A par disso, elemento do tipo objetivo dos crimes omissivos é a *capacidade concreta de agir*, que exprime o "poder de realizar a ação mandada, definida pela natureza da ação e condições pessoais do autor (...). A legislação brasileira consagra esse requisito no art. 13, § 2.°, CP: a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado".[40]

Conseqüentemente, talvez devam ser redimensionadas duas situações freqüentemente verificáveis: quando o agente, que previamente descontou do pagamento do segurado a quantia devida a título de contribuição previdenciária, (a) não tem possibilidade de recolhê-la no prazo legal, há ausência de omissão penalmente relevante e, assim, estaria excluída a *tipicidade*;[41] (b) quando, por outro lado, o agente, podendo concretamente proceder ao recolhimento, não o faz em situação na qual não se lhe poderia exigir conduta diversa, estaria afastada a *culpabilidade*.[42]

(38) FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 2.780-2.781.

(39) No mesmo sentido: EISELE, Andreas, op. cit., p. 116. Em sentido um pouco diverso: GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 32 *et seq.*

(40) SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 136.

(41) Neste ponto, já em sentido congruente, o entendimento de Luiz Flávio Gomes: "Quem não tem real possibilidade de realizar a ação determinada pela lei penal não cria um risco proibido de lesão ao bem jurídico (...). Conseqüentemente, não há fato típico quando presente 'um motivo razoável para a omissão'" (op. cit.).

(42) Estas hipóteses foram tratadas, sob diversa perspectiva, por Luiz Flávio Gomes, *verbis*: "Cuidando-se de um empresário cioso de suas obrigações, mas que momentaneamente deixou de honrar seus compromissos por circunstâncias adversas imprevisíveis (mudança radical na economia, alteração cambial brusca, dificuldades financeiras comprovadas etc.), não há dúvida que se dá a apropriação, porém, nessas circunstâncias, não é indevida (não é indébita). E o crime só se caracteriza quando a apropriação é indébita" (op. cit., p. 54).

Conforme põe em relevo André Luís Callegari, "faltará tipicidade do delito omissivo não só quando o obrigado a atuar cumpre com êxito o que está requerido, senão quando se esforça de forma séria, ainda que sem resultado, para alcançar o fim fixado".[43] Integrando a capacidade individual de ação o tipo dos delitos omissivos, entende ele que "se o sujeito comprova que não repassou à Previdência Social as contribuições devidas porque atravessava dificuldades financeiras, preferindo continuar o negócio, pagar os empregados e mantê-los, não se tipifica a conduta descrita no art. 168-A do CP, porque, justamente, falta a capacidade individual de poder realizar a conduta ordenada. Se falta dita capacidade individual, elemento da estrutura típica do delito omissivo, não se aperfeiçoa o tipo penal em concreto".[44]

Por outro lado, enquanto a ausência do desconto é irrelevante para a responsabilidade tributária da empresa, o mesmo não vale – como não poderia mesmo – para a responsabilização penal, cabendo ao órgão do Ministério Público, como é comezinho, a prova do anterior e real desconto das contribuições "previdenciárias". Talvez essa diferença explique – embora não justifique – o sem-número de condenações fundadas no simples não recolhimento, prescindindo da demonstração do anterior e real desconto. É que, conforme já foi dito, a responsabilidade tributária independe deste elemento, conforme se colhe do § 5.º do art. 33 da Lei 8.212/91:

"§ 5.º O desconto de contribuições e de consignação legalmente autorizado (*sic*) *sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada*, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta lei" (g. n.).

Em virtude desta presunção legal é que, normalmente, as NFLDs não vêm acompanhadas das provas relativas ao anterior, tempestivo e adequado desconto, e daí a sua insuficiência para embasar, por si só, a denúncia, sendo imprescindível – e não só por esta razão, mas também por aquela relativa à apuração da autoria –[45] a instauração de inquérito policial tendente a fornecer subsídios

(43) CALLEGARI, André Luís. "Considerações sobre o art. 168-A do Código Penal – Apropriação indébita previdenciária". In SALOMÃO, Heloisa Estellita (org.). *Direito penal empresarial*, cit., p. 35.

(44) Idem, ibidem, p. 36-37. Cf., na mesma obra, p. 37 *et seq.*, a abordagem do autor a respeito da inexigibilidade de outra conduta como excludente da culpabilidade.

(45) É impressionante que até hoje sejam oferecidas e recebidas denúncias contra sócios sem poder de gerência ou sem a menor participação na administração fiscal ou contábil da empresa, em flagrante desrespeito às normas constitucionais e processuais penais. E os argumentos em favor de tamanha aberração são de uma criatividade igualmente impressionante. Só uma questão: por qual razão não podem ser ouvidos os suspeitos num inquérito policial para apurar a provável autoria quando o que está em jogo é "só" um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa huma-

suficientes para preencher o requisito da justa causa para a eventual proposição da ação penal.

A pretensão de se aplicar à esfera penal esta presunção esbarraria – a par de outros óbices até mais relevantes –, na vedação constitucional de prisão por dívida (art. 5.º, LXVII, da CF).[46] Como se viu, porém, a própria definição típica impede a utilização de tal via para a responsabilização penal.[47]

José Paulo Baltazar Júnior, ainda na vigência do art. 95 da Lei 8.212/91, e especificamente a respeito de sua alínea *d*, já chamava a atenção para um dado importantíssimo: a impossibilidade material do *prévio desconto* em alguns casos. Explica: "É que o prazo para o recolhimento da remuneração referente ao mês de competência vence no dia 2 do mês seguinte e nesta data estará consumado o delito. Exemplificando, o prazo para o recolhimento das contribuições referentes ao mês de janeiro, ou seja, incidentes sobre a remuneração do trabalho prestado no mês de janeiro, terá de ser recolhida até o dia 2 de fevereiro. Pois bem, de acordo com o § 1.º do art. 459 da CLT, 'Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subseqüente ao vencido'. Em outras palavras, o crime estará consumado antes do pagamento, pois a arrecadação antecederá o pagamento dos salários. Mesmo na hipótese de pagamento semanal, isto poderá acontecer em relação à parte dos valores".[48]

Por esta razão, conclui o ilustre magistrado: "a resposta à pergunta se o 'arrecadar' ou 'descontar' integra ou não a conduta tem que ser negativa. O desconto é legalmente presumido, pois faticamente é uma operação meramente contábil".[49] Daí que, em seu entendimento, o "ônus da prova na matéria, a fim de quebrar a presunção relativa de ocorrência do desconto, é da defesa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal".[50]

na (art. 1.º, III, CF)? Isto já não se pode negar, em nossos dias, a estigmatização ínsita à sujeição ao processo penal e às suas "cerimônias degradantes", expressão consagrada por Luiz Flávio Gomes. Aliás, fala-se hoje, até, em sujeição ao processo penal como "sanção" suficiente e satisfativa, prescindindo-se – obviamente, em alguns casos –, da aplicação da pena, tamanha a carga de sofrimento nela envolvida.

(46) A respeito, recomenda-se a leitura do primoroso trabalho de Clèmerson Merlin Clève: "Contribuições previdenciárias. Não-recolhimento. Art. 95, *d*, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade", *RT* 736/503-532, São Paulo.

(47) Em sentido contrário, cf., *supra*, a ementa do acórdão proferido pelo TRF da 3.ª Reg., no ReCrim 1999.61.06.003103-4, 1.ª T., rel. Des. Theotonio Costa, 17.04.2001, *DJU* de 05.06.2001, p. 924.

(48) BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *O crime de omissão no recolhimento de contribuições sociais arrecadadas*: Lei 8.212/91, art. 95, *d*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000. p. 110.

(49) Idem, ibidem, p. 110.

(50) Idem, p. 112. A questão não escapou, também, a Andreas Eisele, *verbis*: "Logo, não há arrecadação, recolhimento ou desconto físico, pois o objeto sobre o qual a operação

Embora não possamos concordar com tal conclusão, com a devida vênia e conforme já consignamos, a informação que nos traz o estudioso é da maior relevância, uma vez que o *prazo legal* mencionado no dispositivo penal acarreta, em alguns casos, a impossibilidade material da conduta comissivia antecedente, que, tal qual a omissiva, é elemento do tipo objetivo, sem a qual, como se sabe, não se pode firmar juízo de tipicidade.

Mas, além disso, a circunstância reforça a suspeita, que é recorrente nessa matéria, da incompatibilidade entre essa norma incriminadora e a vedação de prisão por dívida (art. 5.º, LXVII, da CF; art. 7.º, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969[51]).[52]

Some-se a isto a circunstância de que, na responsabilidade tributária, o pagamento do crédito incumbe exclusivamente ao responsável (neste caso, o empregador), nos termos do que dispõe o Código Tributário Nacional:

"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso *a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa*, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, *excluindo a responsabilidade do contribuinte* ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação" (g.n.).

A *dívida*, por assim dizer, parece ser encargo exclusivo do *empregador* (leia-se: dívida própria), tanto assim que, segundo a legislação em vigor, o pagamento da contribuição "previdenciária" do empregado tem de ser feita pelo *empregador*, antes mesmo e independentemente (segundo o § 5.º do art. 33 da Lei 8.212/91) do desconto no pagamento efetuado.

Esta é uma questão que, todavia, merece abordagem mais profunda, que, no momento, extrapola os objetivos deste breve artigo. De qualquer forma, não poderíamos deixar de apresentar estes elementos que, em nosso sentir, são suficientes para que se renovem as reflexões quanto à admissibilidade desta particular norma incriminadora.

De qualquer forma, tendo sido diminuído o limite máximo da pena de seis para cinco anos de reclusão, a norma penal, neste ponto, retroagirá em benefício dos réus, conforme disposto na Constituição (art. 5.º, XL) e no CP (art. 2.º).

incide (numerário correspondente ao salário) pode sequer estar sob a posse do agente de arrecadação (por falta de liquidez momentânea ou, ainda, por configurar o conteúdo de um crédito a ser recebido posteriormente, por exemplo). Por este motivo, o conteúdo semântico da elementar 'repassar' (refere-se o autor ao *caput* do art. 168-A) deve ser interpretado sistematicamente em face da forma elaborada pela legislação tributária para a prática da conduta e, portanto, adequar-se ao conceito de recolhimento abstraído da Lei 8.212/91" (op. cit., p. 124).

(51) "Art. 7.º (...) 7. Ninguém deverá ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

(52) Pela ausência de antinomia, o minucioso trabalho de Andreas Eisele (*Apropriação indébita...*, cit., p. 133-162).

2.4 Os tipos penais: § 1.º, II

O tipo penal inserido no dispositivo ora analisado confronta-se abertamente com a vedação de prisão por dívida, já que define como crime o não recolhimento de contribuição devida pela própria empresa. A par disso, seria tarefa hercúlea, senão impossível, lograr a acusação comprovar quando e em que medida os valores devidos à "previdência social" tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços. O mesmo entendimento é adotado por Alberto Silva Franco, Francisco Dias Teixeira e Wladimir Novaes Martinez.[53]

Nessa hipótese, inclusive, não se pode falar em prévio desconto do consumidor, já que se trata de mero repasse da carga econômica. Como adverte Carrazza, "podemos dizer que quase sempre, embora de maneira menos explícita, a empresa repassa ao preço final de suas mercadorias os tributos (inclusive as contribuições previdenciárias) que é obrigada a pagar. Tudo acaba compondo o custo final das mercadorias. E nem poderia ser de outro modo. Deveras, se a empresa deixasse de fazer tal repasse, em breve estaria operando com prejuízo e, nessa medida, caminhando a passos largos para a falência. O repasse, nesses casos, também existe; apenas não é contabilizado".[54] Conclui o renomado tributarista que, nestes casos, o "comerciante" – e ele faz referência ao ICMS, mas suas conclusões aplicam-se perfeitamente ao caso das contribuições "previdenciárias" nesta hipótese – "não está deixando de recolher, no prazo legal, tributo descontado de terceiro. O tributo é devido por ele (em nome próprio)".[55] Ora, dado que "em nosso ordenamento constitucional não há crime por dívida tributária", não há que se falar em crime.[56]

Embora o IPI e o ICMS admitam, por sua própria natureza jurídica, o repasse (cf. na própria nota fiscal), as contribuições sociais são monofásicas e, por sua natureza jurídica, não suportam o repasse. Trata-se de posição tranqüila do STJ, havendo, inclusive, uma Portaria do INSS (8.927, de 04.12.2000) determinando que não haja recurso quando a discussão versar sobre o repasse do encargo financeiro.

Andreas Eisele, por outros fundamentos, afasta a aplicabilidade deste dispositivo. Segundo ele, o dispositivo "repete a impropriedade anteriormente con-

(53) FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 2.782.

(54) CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 387, grifos do original.

(55) Idem, ibidem, p. 388.

(56) Idem. Aliás, pensar de outra forma conduziria à inevitável e absurda conclusão de que, quando o empresário embute no preço de seu produto (mercadoria ou serviço) o custo da energia elétrica, das ligações telefônicas etc. e não paga à companhia elétrica ou telefônica a verba devida, preenchidos os demais requisitos do tipo, estaria praticando o delito de apropriação indébita (art. 168 do CP).

tida no art. 95, *e*, da Lei 8.212/91, pois amplia o âmbito de abrangência do tipo de modo a não se poder identificar os seus limites, pois todos os custos de produção ou despesas contábeis da atividade empresarial levam em consideração os reflexos econômicos da carga tributária/fiscal", assim, ainda que não o queira o empresário, "os reflexos de tais custos incidirão sobre a atividade".[57] Por tais razões, "a interpretação sistemática do art. 168-A do CP não permite tal elastério ao tipo, com o que este resta vazio de conteúdo eficacial, devido a não ter sido observada a taxatividade que, sendo o requisito do tipo que permite a individualização da conduta típica, proporciona a segurança jurídica".[58]

2.5 Os tipos penais: § 1.º, III

A última figura típica prevista nesse dispositivo é a de deixar de pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social (§ 1.º, II). São verbas como a do salário-maternidade (excepcionalmente), salário-família, as quais, porém, não são reembolsadas (no sentido de "restituídas") às empresas. O que sucede é que as empresas pagam e compensam o valor pago com débitos que eventualmente tenham para com o INSS. Enquanto mantida esta disciplina, o dispositivo carecerá de repercussão prática.

"Salvo a hipótese do salário-família (art. 68 da Lei 8.213/91)", pondera ainda Andreas Eisele, "apenas *de lege ferenda* é possível vislumbrar-se uma hipótese de outro benefício cujo pagamento pode ser feito pela empresa, mediante convênio a ser celebrado com a previdência social, na forma do art. 117, III, da Lei 8.213/91". Além disso, conforme ressalta, "a forma de pagamento de tais prestações pelo empresário não corresponde à modalidade típica, eis que o sujeito não é reembolsado de tais quantias, nem antes, nem depois do pagamento", já que, segundo aquele mesmo dispositivo, "a empresa pagará o valor do benefício ao segurado e posteriormente compensará o valor pago com a quantia a recolher a título de contribuição social".[59] Por isso, conclui: "como a fórmula adotada pelo Plano de Benefícios da Seguridade Social (art. 95 da Lei 8.213/91), sucedido pelo art. 168-A do CP é diversa da conduta tipificada penalmente no Plano de Custeio (Lei 8.212/91), tal dispositivo penal resta igualmente vazio de conteúdo eficacial".[60]

3. O art. 337-A do CP: "sonegação de contribuição previdenciária"

Assim está redigido o art. 337-A do CP:

(57) EISELE, A. *Apropriação indébita...*, cit., p. 126.

(58) Idem, ibidem, p. 127.

(59) Idem.

(60) Idem.

"*Sonegação de contribuição previdenciária*

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1.º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2.º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – (*Vetado.*);

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais".

Este artigo se assemelha, em muitos aspectos, ao art. 1.º da Lei 8.137/90, especialmente no que diz respeito à exigência de lesão do bem jurídico-tutelado (*caput*: "suprimir ou reduzir") e às penas cominadas.

Nas palavras do consagrado Rui Stoco: "Salta aos olhos que o legislador, para estabelecer as figuras penais de sonegação de contribuição previdenciária no art. 337-A do Código Penal, inspirou-se, felizmente, nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, que define os crimes contra a ordem tributária".[61]

Exige-se aqui – ao contrário do que ocorre no art. 168-A –, a "fraude" ("omitir", "deixar de lançar") como meio ("mediante as seguintes condutas") para a obtenção do resultado. Cuida-se, portanto, de crimes de conduta vinculada, ao contrário daqueles de forma livre, em que a figura penal está centrada precipuamente sobre o desvalor do resultado.

[61] FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 4.081.

Essa diferença entre a formulação típica dos dois artigos conduz a uma importante conseqüência: há evidente desproporção entre as penas previstas para as condutas descritas no art. 168-A e para as condutas descritas neste art. 337-A, indicando violação ao princípio da proporcionalidade, como veremos a seguir.

Uma leitura atenta do inc. I deste art. 337-A, s.m.j. e ao contrário do que ocorre no art. 168-A, leva-nos a concluir que a conduta ali prevista só terá relevância penal quando for praticada no contexto de uma *empresa*, isto é, a mesma conduta fora deste âmbito – ou seja, por uma pessoa física, leia-se, empregador doméstico (v. *infra*) – não tem relevância para este tipo penal, embora possa ter alguma repercussão no âmbito da tipicidade do art. 168-A.

E o termo empresa, utilizado freqüentemente pelo legislador da Lei 9.983/00, tem uma definição legal no art. 15 da Lei 8.212/91:

"Art. 15. Considera-se:

I – empresa – a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e as entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

II – empregador doméstico – a pessoa ou família que admite a seu serviço, sem finalidade lucrativa, o empregado doméstico.

Parágrafo único. Considera-se empresa, para os efeitos desta lei, o autônomo e equiparado em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeira".

Interessante notar, já neste ponto, que o § 3.º deste art. 337-A, em consonância com o conceito legal de empresa oferecido pelo art. 15 acima transcrito, determina que se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha pagamento mensal não supera determinada quantia, a pena poderá ser reduzida. Portanto, a sonegação de contribuição "previdenciária" poderá ser praticada no âmbito de uma empresa não necessariamente dotada de personalidade jurídica.

Os incisos subseqüentes, II e III, tratam de omissões na escrituração contábil e fiscal de dados relevantes para a apuração e pagamento das contribuições sociais previdenciárias, quer na forma da omissão das quantias descontadas dos segurados ou devidas pela própria empresa (inc. II), quer na forma de omissão, total ou parcial, de informações relevantes à apuração da ocorrência do fato gerador ou da base de cálculo dessas contribuições (inc. III).

Importante destacar que todas essas condutas fraudulentas devem ter por escopo e conseqüência (resultado) a supressão ou redução de quantia devida a título de contribuição social previdenciária, conforme claramente estabelecido no *caput* do artigo.[62]

[62] Cf., no mesmo sentido, *v.g.*: GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 80-81, e STOCO, Rui in FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op.cit., 4.081 *et seq.*

4. Análise dos dispositivos à luz da Constituição Federal

É tempo de estabelecer o confronto entre os arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90, os arts. 168-A e 337-A do CP e a Constituição Federal, quer no que tange ao bem jurídico-penal tutelado, quer no que diz respeito aos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

4.1 O bem jurídico tutelado

Em nosso sentir, a Lei 9.983/00 inseriu verdadeiros crimes contra a arrecadação tributária[63] no Código Penal: no Título II, dedicado aos "crimes contra o patrimônio", como é o caso do novel art. 168-A, e no seio do Título XI, dedicado aos "crimes contra a administração pública", sendo o caso do art. 337-A. Isto para nos restringir, dentre as várias normas incriminadoras trazidas pela nova lei, aos crimes relativos às contribuições "previdenciárias".

Conseqüência disso – que aliás, já se verificava, embora com menor espectro, na disciplina anterior, regulada pelo art. 95 da Lei 8.212/91, agora expressamente revogado – é, como veremos, a criação de perplexidades oriundas do tratamento diferenciador estabelecido entre crimes contra a arrecadação de contribuições "previdenciárias" e contra a arrecadação dos demais tributos.

O fenômeno foi identificado, também, por José Paulo Baltazar Júnior ao afirmar que "a existência de disposições em corpos legislativos diferentes, bem como a diferenciação entre os fatos perpetrados contra a ordem tributária em geral e aqueles que causam prejuízo para a previdência social, tem como conseqüência uma falta de sistematização, geradora de várias incongruências, no âmbito das penas e das causas de extinção de punibilidade, sendo desejável que houvesse um tratamento sistemático na matéria".[64]

Neste passo, embora cumprindo determinação do art. 12 da LC 95/98 e do art. 19 do Dec. 2.954/99 que a regulamenta, não foi observada a regra – fundamental, aliás – inserida no art. 9.º, I, deste diploma, que dispõe:

"Art. 9.º Os projetos de lei que contenham normas penais deverão:

I – compatibilizar as penas previstas, com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico, de modo a *evitar a desproporção entre os bens jurídicos protegidos e as penas aplicadas para delitos diversos ou semelhantes*" (g.n.).

(63) Entendida como "instrumento de formação de receita pública e de consecução e implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais" (SALOMÃO, Heloisa Estellita, *A tutela penal...*, cit.).

(64) BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. "Sanção penal nos crimes contra a ordem tributária". Trabalho apresentado na *I Semana de Estudos sobre Ilícitos do Colarinho Branco*, Porto Alegre, 15 a 18.05.2001, inédito.

A forma, em nosso entender aleatória, com que o legislador inseriu os novos crimes no Código Penal pode levar a crer que houve mudança do bem jurídico tutelado. Assim, o art. 168-A do CP estaria a tutelar o Patrimônio Público e o art. 337-A, a Administração Pública. Não nos parece que seja este o melhor entendimento.

O fenômeno da existência de normas incriminadoras tutelando bens jurídicos diversos no interior de um mesmo dispositivo legal, porém e conforme dissemos alhures, não é estranho ao nosso ordenamento positivo.

Entendemos que, apesar da defeituosa e censurável localização topográfica dos novos "crimes previdenciários" descritos nos arts. 168-A e 337-A, no seio da Parte Especial do Código Penal, o bem jurídico tutelado é o mesmo que já o era por algumas figuras do art. 95 da Lei 8.212/91, ou seja, a arrecadação tributária.[65]

Esta afirmação decorre, essencialmente, do reconhecimento da imprestabilidade daquelas correntes que identificam o bem jurídico-penal com a *ratio* da norma[66] e da adoção do entendimento que postula uma necessária fundamentação constitucional dos bens jurídico-penais num Estado Democrático de direito fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, CF).[67]

O reconhecimento da identidade do bem jurídico-penal tutelado pelas normas incriminadoras previstas nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90 e arts. 168-A, 334 (descaminho) e 337-A do CP, demanda um tratamento sistemático, harmônico e coerente – ainda que com o sacrifício de algumas normas, tendo em vista seu

(65) Em sentido similar, Alberto Silva Franco (op. cit., p. 2.778-2.780) e Rui Stoco (op. cit., p. 4.081). Não compartilham deste entendimento, *v.g.*: Rodrigo Sánchez Rios, para quem o patrimônio da autarquia é o bem jurídico imediato e o financiamento da Seguridade Social, o bem jurídico mediato (op. cit., p. 36); Luiz Flávio Gomes, entendendo que nos dois novos delitos o bem jurídico tutelado é o patrimônio da previdência social, ou, do INSS (op. cit., p. 80); Cezar Roberto Bitencourt, para quem o bem jurídico tutelado pelo art. 168-A são as fontes de custeio da seguridade social ou a subsistência financeira da previdência social (op. cit., item "bem jurídico tutelado"); Andreas Eisele, entendendo que, no que tange ao art. 168-A, o bem jurídico imediato é a receita do órgão arrecadador (INSS) e o bem jurídico mediato consistiria na prestação dos serviços de previdência social ("Apropriação indébita e...", cit., p. 128).

(66) Referimo-nos, especialmente, à concepção metodológica do bem jurídico, desenvolvida, dentre outros, por Honig, Schwinge e Grünhut. Segundo esta concepção, o bem jurídico seria um instrumento metodológico na fase de interpretação da norma incriminadora, consubstanciando-se no escopo atribuído pelo legislador às disposições penais. Subtrai-se, assim, ao bem jurídico qualquer capacidade crítica e limitadora do poder punitivo, já que, identificado com o escopo da norma, pouco importa qual seja este escopo. Daí a afirmação de Angioni de que "uma das críticas mais freqüentemente opostas à concepção metodológica foi exatamente a do seu positivismo sem limites" (ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano : Giuffrè, 1983, p. 29).

(67) A respeito da relação entre estes postulados e a tutela penal do "fenômeno tributário", cf. SALOMÃO, Heloisa Estellita, *A tutela penal...*, cit.

contraste com a Constituição – no interior de sua disciplina legal. No mesmo sentido, o entendimento de José Paulo Baltazar Júnior acima transcrito e que relaciona, entre os crimes tributários, os mesmos acima indicados.[68]

Cumpre advertir, finalmente, que restabelecer (ou, até mesmo, estabelecer) tal harmonia, especialmente no que tange à proporcionalidade das sanções, não é tarefa da qual se possa desincumbir com algumas poucas linhas, daí nos limitarmos a esboçar alguns aspectos que poderão servir para reflexão.

4.2 Princípio da isonomia

4.2.1 Introdução

O Direito Penal, num Estado de Direito, Democrático e Social como o delineado em nossa Constituição Federal, destina-se exclusivamente à tutela de bens jurídicos contra os mais graves ataques.

A determinação do que seja um bem jurídico e o seu conteúdo, porém, é uma questão cercada de controvérsias. Há, não obstante, uma corrente, hoje dominante, segundo a qual o ponto de referência da descoberta deve ser a Constituição. A fundamentação do conteúdo de todo o sistema penal residiria, assim e em última análise, nas opções axiológicas feitas nesse instrumento constitutivo de uma determinada sociedade como expressão máxima de seus valores e interesses.

Podemos notar, agora especificamente em nossa Constituição Federal, que o valor central, o núcleo axiológico, o eixo central de todo o ordenamento jurídico nacional, é a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF). A descoberta dos bens jurídicos dignos de tutela penal deve, portanto, nortear-se por este valor.

Sabe-se que o direito penal pode estender sua tutela a bens jurídicos individuais e super-individuais (coletivos ou difusos). Mas mesmo estes últimos, para poderem receber a qualificada tutela penal, terão de guardar uma relação, ao menos instrumental, com a consecução da dignidade humana. A ausência desta relação retira-lhes a dignidade penal.

Assim, dentre os interesses supra-individuais, só serão merecedores de tutela penal aqueles "teleologicamente orientados à realização de concretos interesses individuais".[69]

[68] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, "Sanção penal...", cit.

[69] FIANDACA, Giovanni. "Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 72, 1982.

4.2.2 Sistema constitucional tributário e dignidade penal

É essa investigação que se deve fazer quando se busca a fundamentação constitucional dos crimes relacionados ao fenômeno tributário: a descoberta da existência, ou não, de sua instrumentalidade relativamente à realização da dignidade da pessoa humana.

Uma detida análise do sistema tributário concebido pela Constituição Federal demonstra que ele se propõe, claramente, a servir de instrumento dessa finalidade "antropocêntrica" que legitima a tutela penal. Especificamente, coloca-se de instrumento à consecução dos objetivos fundamentais arrolados no art. 3.º da Constituição: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos.

Afirma Anabela Miranda Rodrigues, com agudeza, que "o sistema fiscal não visa apenas arrecadar receitas, mas também a realização de objectivos de justiça distributiva, tendo em conta as necessidades de financiamento das actividades sociais do Estado".[70]

Pensamos, então, que seja questão serena esta do merecimento de tutela penal por parte do fenômeno tributário. O mesmo não se pode dizer, todavia, da necessidade desta tutela e de seus limites.

Mas, neste breve estudo, queremos nos fixar num outro ponto.

4.2.3 Espécies tributárias, destinação do produto arrecadado e a instrumentalidade do bem jurídico-penal tutelado

O "olhar teleológico" que guia a investigação do merecimento de tutela penal deve permear toda a análise do sistema tributário constitucional, já que a arrecadação tributária somente faz sentido em razão de sua instrumentalidade na consecução da dignidade da pessoa humana.

Penetrando com este "olhar" no interior do sistema tributário construído por nossa Constituição Federal, poderemos notar que ele "serve" à dignidade humana de três formas: a) como instrumento por excelência na formação da receita pública, destinada à manutenção da estrutura dos três Poderes, à segurança interna e externa e às prestações sociais a cargo do Estado etc.; b) como instrumento de redistribuição de riquezas pelas camadas sociais e pelas regiões do País; c) como instrumento de realização da política sócio-econômica teleologicamente orienta-

(70) RODRIGUES, Anabela Miranda. "Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal". In PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo : RT, 2001. p. 181.

da; ou seja, através da *fiscalidade* (formação de receita pública) e da *extrafiscalidade* (interferência na realidade social e econômica).[71]

A primeira destas formas deve ser, igualmente, compreendida sob seu ponto de vista teleológico e, portanto, interessa-nos uma análise das espécies tributárias em função da destinação do produto de sua arrecadação, porque somente este ponto de vista viabilizará a afirmação do merecimento de tutela penal, como dizíamos alhures.

Um detido exame do sistema constitucional tributário nos autorizará a afirmar que, em consonância com as normas jurídico-constitucionais, não se pode dizer que, por exemplo, os impostos sejam mais ou menos importantes do que as contribuições especiais, no que tange à sua instrumentalidade para o cumprimento das metas de justiça social atribuídas ao Estado (compreendidos, aí, os entes da Federação).

Os impostos, como se sabe, são tributos não-vinculados, no sentido de não implicarem uma contraprestação do Estado em benefício do contribuinte. Destinam-se, indiscriminadamente, a todas as despesas estatais: desde segurança, manutenção da máquina administrativa, até saúde, educação, habitação, saneamento, manutenção do patrimônio artístico, histórico e cultural. Formam grande parte da receita tributária.[72] Esta característica – ausência de destinação específica do produto arrecadado – é enfatizada pelo art. 167, IV, da CF, que afirma, em sua primeira parte, que: é vedada "a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa" (salvo as exceções ali contempladas).

As contribuições especiais, por seu turno, são tributos igualmente não-vinculados mas *finalisticamente* afetados, ou seja, só podem ser instituídos quando a respectiva lei contiver a precisa destinação do produto de sua arrecadação. As contribuições especiais dividem-se em: a) sociais (dentre as quais as de seguridade social); b) de intervenção no domínio econômico; c) de interesse de categorias profissionais ou econômicas.

As contribuições sociais "são todas aquelas que dizem respeito a algum padrão de relacionamento em comunidade, o que abrange não apenas as chamadas contribuições de seguridade social (previdência, assistência e saúde), mas também dentro da categoria genérica das contribuições sociais aquelas que decorrem da relação de trabalho, tal como resulta do art. 7.º (...), ou estão voltadas a uma

(71) Por esta razão é que entendemos que o bem jurídico-penal tutelado neste âmbito não pode ser identificado com o patrimônio público, esfera dentro da qual a extrafiscalidade perde toda a sua relevância, especialmente sob a modalidade dos estímulos fiscais.

(72) Estimada em 6,56% do PIB, para 2001, segundo o Relatório de Avaliação das Estimativas da Receita – Anexo ao Parecer Preliminar sobre o Projeto de Lei 17, de 2000 – CN, que "Estima a Receita e fixa a Despesa da União para o exercício financeiro de 2001". Congresso Nacional, Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, relatoria Geral do Orçamento para 2001, p. 15.

questão de educação em geral (art. 212, salário-educação); enfim, aquelas que decorrem de algum tipo de padrão de convivência em sociedade".[73-74]

O fato de o produto da arrecadação das contribuições sociais estar *finalisticamente* afetado não lhes atribui, todavia, importância maior ou menor do que a dos impostos e o respectivo produto da sua arrecadação, que não só se destina a metas tão importantes como as das contribuições sociais, como, ainda, auxilia na formação da própria receita da Seguridade Social,[75] conforme se colhe do *caput* do art. 195 da CF: "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)".

Sob o ponto de vista normativo-constitucional, as duas espécies tributárias têm papéis igualmente relevantes na instrumentalização da implementação das prestações sociais atribuídas ao Estado de Direito, Democrático e Social delineado na Constituição Federal e, principalmente, de seus objetivos fundamentais arrolados no art. 3.º.

Por estas razões, já entendíamos, antes mesmo das Emendas Constitucionais 29 e 31 e do advento da Lei 9.983/00, pela inconstitucionalidade do tratamento desigual atribuído aos "não-recolhedores" das contribuições de seguridade social (art. 95, *d*, da Lei 8.212/91) relativamente aos "não-recolhedores" de quaisquer outras contribuições ou tributos (art. 2.º, II, Lei 8.137/90).

As Emendas Constitucionais 29 e 31 vieram a reforçar a afirmativa de que, em termos normativos, não se pode estabelecer hierarquia entre as espécies tributárias, especialmente entre impostos e contribuições sociais, sob a ótica de seu papel instrumental (destinação do produto arrecadado) na consecução da dignidade da pessoa humana.

(73) GRECO, Marco Aurélio, op. cit., p. 151.

(74) Para que se tenha uma idéia de sua representatividade, a receita tributária oriunda das contribuições sociais para 2001 é estimada em 6,94% do PIB e das contribuições previdenciárias em 5,41% do PIB (Relatório de Avaliação das Estimativas da Receita – Anexo ao Parecer Preliminar sobre o Projeto de Lei 17, de 2000 – CN, que "Estima a Receita e fixa a Despesa da União para o exercício financeiro de 2001". Congresso Nacional, Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, relatoria Geral do Orçamento para 2001, p. 15).

(75) Esta norma está se refletindo nas leis orçamentárias anuais que têm destinado recursos do orçamento fiscal da União para o orçamento da Seguridade Social. Especificamente para 2001, o par. ún. do art. 4.º da Lei 10.171, de 06.01.2001, determina que: "Do montante fixado no inc. II deste artigo para o Orçamento da Seguridade Social, parcela de R$ 8.460.827.969,00 (oito bilhões, quatrocentos e sessenta milhões, oitocentos e vinte e sete mil, novecentos e sessenta e nove reais) será custeada com recursos do Orçamento Fiscal".

A EC 29, de 14.09.2000, dentre outras alterações, modificou a redação do inc. IV do art. 167 da Constituição, que previa a vedação da vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesas.

Na redação original, o art. 167, IV, previa três exceções: a) a repartição do produto da arrecadação de determinados impostos (IR, ITR, IPVA, ICMS, IPI) entre a União, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal; b) a destinação de recursos para a manutenção e desenvolvimento do ensino (de acordo com o art. 212); c) a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita.

Com a nova redação, foi inserida uma outra exceção: d) a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de *saúde*.

A forma desta destinação está especificada no art. 198, § 2.º, CF, c/c o art. 77 do ADCT, acrescidos por esta emenda, segundo os quais e a *grosso modo*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente (até 2004, com a edição da necessária lei complementar), em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados de certos percentuais:

a) a União terá de empregar 5% a mais do que empregou em 1999;

b) os Estados e o Distrito Federal, 12% do produto da arrecadação dos impostos e recursos indicados no § 2.º, II, do art. 198 (leia-se: dos impostos de transmissão *causa mortis*, do ICMS, do IPVA e das parcelas das transferências que a União faz a estes entes federativos oriundas do produto da arrecadação do IR, do imposto previsto no art. 154, I, da CF, e do IPI);

c) os Municípios e o Distrito Federal, 15% do produto da arrecadação dos impostos e recursos indicados no § 2.º, III, do art. 198 (leia-se: do IPTU, dos impostos de transmissão *inter vivos*, do ISS e das parcelas das transferências que a União faz a eles oriundas do produto da arrecadação do IR, do ITR e do IPI, e das parcelas das transferências que os Estados fazem a eles oriundas do produto da arrecadação do IPVA e do ICMS).

Como se vê, a partir desta Emenda Constitucional, parcela considerável do produto da arrecadação de quase todos os impostos (IR, ITR, IPVA, ICMS, IPI, ISS, impostos de transmissão *causa mortis* e *inter vivos*, imposto previsto no art. 154, I, da CF) passa a compor o orçamento destinado à saúde, parte da Seguridade Social.

Por outro lado, a EC 31, de dezembro de 2000, alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inserindo os arts. 79 a 83.

O art. 79, *caput*, tem a seguinte redação:

"É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida".

A composição das receitas destinadas ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza está disciplinada no art. 80 da seguinte forma:

I – parcela da arrecadação correspondente a um adicional de oito centésimos por cento, aplicável de 18.06.2000 a 17.06.2002, na alíquota da CPMF;

II – parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional 5% na alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre produtos supérfluos e aplicável até a extinção do fundo (de acordo com o art. 83, lei federal definirá o que são serviços e produtos supérfluos);

III – o produto da arrecadação com o imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, da CF);

IV – dotações orçamentárias;

V – doações, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas do País ou do exterior;

VI – outras receitas, a serem definidas na regulamentação do Fundo.

A estes recursos não se aplica o disposto nos arts. 159 (distribuição do IPI entre os entes da Federação) e 167, IV (não vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa), da Constituição.

O art. 82, por sua vez, determina que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, cuja receita será formada pelos seguintes recursos:

a) no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, poderá ser criado adicional de até 2% na alíquota do ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos (não se aplicando sobre o adicional o disposto no art. 158, IV, da CF, ou seja, a remessa de 25% ao Município);

b) no âmbito dos Municípios, poderá ser criado adicional de até 0,5% na alíquota do ISS, sobre serviços supérfluos.

Como se vê, a alteração constitucional reforça,[76] uma vez mais, o papel equânime dos impostos e das contribuições sociais na implementação das condições necessárias à dignidade da pessoa humana.

4.2.4 O princípio constitucional da isonomia, a tutela penal da arrecadação tributária e o disposto nos arts. 168-A, § 1.º, I, do CP, e § 2.º, II, da Lei 8.137/90

Em virtude de todos estes fundamentos, e agora já tratando da tutela penal do fenômeno tributário, "deixar de recolher contribuição anteriormente arrecadada e destinada à previdência social" (art. 168-A, § 1.º, I, do CP: pena de

(76) Em que pese sua questionável constitucionalidade sob o ponto de vista tributário, justamente por seu contraste com o disposto no art. 167, IV, da CF.

reclusão de dois a cinco anos e multa) não pode ser conduta punida mais severamente do que "deixar de recolher um imposto anteriormente arrecadado", nas mesmas condições (art. 2.°, II, da Lei 8.137/90: pena de detenção de seis meses a dois anos e multa).[77]

Ora, se, como sustentamos, o bem jurídico-penal tutelado é o mesmo, o tratamento dado aos crimes destinados à sua proteção deve formar um subsistema coerente e fiel aos princípios da isonomia e proporcionalidade. Até aqui, nenhuma novidade. Mas, observe-se: *subsistema coerente* implica dizer tratamento isonômico e proporcional, *inclusive no que tange aos benefícios penais previstos para as condutas delituosas envolvidas*. Ou seja, não pode haver disparidade de tratamento com base exclusiva na espécie de tributo (embora possa existir com base em outros fatores de discriminação, como, por exemplo, o montante do valor pago/devido) que foi "suprimido", "reduzido" ou que se deixou de recolher.

Não se pode admitir, à luz do princípio da isonomia, uma pena mais severa para o agente que não recolheu a contribuição "previdenciária", descontada do mesmo empregado, e uma pena mais branda para aquele que não recolheu o imposto de renda, retido na fonte, deste mesmo empregado.

Além disso, se tivermos em conta que o orçamento da Seguridade Social é formado por "recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (e das contribuições sociais) (art. 195, *caput*, da CF), a omissão no recolhimento de quaisquer outros tributos implicará a redução da dotação orçamentária atribuída àquele ente. O que deslegitima, uma vez mais, o tratamento diferenciado estabelecido pela legislação penal de regência.

Para tornar a aberração mais clara, imaginemos que o legislador, na mesma lei e em vez da criação do art. 168-A, tivesse inserido, no art. 2.° da Lei 8.137/90, o seguinte parágrafo:

"§ 1.° No caso do inc. II, tratando-se de contribuição devida à previdência social, a pena será de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão, e multa".

Neste caso, em nosso sentir, ouviríamos uníssono protesto quanto à sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da isonomia. Ora, o fato de a norma estar ali (CP) e não aqui (Lei 8.137/90) não pode alterar a situação, uma vez que se trata da tutela do mesmo bem jurídico que merece tratamento harmônico, principalmente à luz dos princípios mais caros à Constituição Federal.

(77) Este não parece ser o único vício de inconstitucionalidade que pesa sobre o dispositivo do Código Penal, que, na verdade, parece desafiar a norma contida no art. 5.°, LXVII, da Constituição e que veda a prisão por dívida. Aliás, sob este aspecto, sequer a conduta típica descrita no art. 2.°, II, da Lei 8.137/90, escaparia ao vício. Mas este é um tema que merece um estudo próprio, incabível nos limites deste pequeno texto. Sobre o assunto, recomenda-se a leitura do trabalho, já indicado, de Clèmerson Merlin Clève.

E, mais, o texto dos arts. 168-A, especialmente deste, e 337-A referem-se, ao que parece, às "contribuições devidas à previdência social" na medida em que são empregadas as seguintes expressões: a) art. 168-A: deixar de repassar à *previdência social as contribuições* recolhidas dos contribuintes; *contribuição ou outra importância destinada à previdência social; contribuições devidas à previdência social*; contribuições, importâncias ou valores e prestar as informações devidas *à previdência social*; *contribuição social previdenciária; contribuições devidas*, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela *previdência social*; b) art. 337-A: suprimir ou reduzir *contribuição social previdenciária*; demais fatos geradores de *contribuições sociais previdenciárias*; importâncias ou valores e prestar as informações devidas à *previdência social*; o valor das *contribuições devidas*, inclusive acessórios (...).

Assim, não poderiam ser objeto dos crimes definidos nos arts. 168-A e 337-A, as condutas que envolvessem: Cofins, PIS-Pasep, CSSL, CPMF, por exemplo,[78] as quais, porém, continuariam, de acordo com a respectiva hipótese, abrangidas pelos crimes definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90 (e, some-se, sob o manto do art. 34 da Lei 9.249/95).

A par disso, não há, sob o ponto de vista da estrita legalidade, contribuição devida à Previdência Social, uma vez que todas as contribuições sociais são devidas à Seguridade Social (cf. arts. 10, 11, 22 e 30, da Lei 8.212/91, este último, principalmente: "A arrecadação e o recolhimento das *contribuições ou outras importâncias devidas à Seguridade Social* obedecem às seguintes normas...).

Pode-se, porém, e agora em nível doutrinário, e não legal, entender que *contribuições "devidas" à Previdência Social* são aquelas previstas no art. 195, I, *a*, e II, da CF (conforme o disposto no art. 167, XI, da CF), ou seja:

a) a contribuição do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

(78) Cofins: contribuição social de financiamento da Seguridade Social, 3% sobre o faturamento mensal (destinada à Seguridade Social como um todo); PIS-Pasep: seguro-desemprego e abono salarial (art. 239 da CF) que é uma contribuição social para a Seguridade Social e de intervenção no domínio econômico (40% serão destinados ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico, através do BNDES – art. 239, § 1.º); CSSL: Contribuição social sobre o lucro, 9% sobre o lucro líquido, contribuição de Seguridade Social (Lei 8.212/91 e CF, art. 195); CPMF: Contribuição provisória sobre movimentações financeiras, contribuição de Seguridade Social (com a Emenda 31 o adicional de 0,08% irá para o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza); Salário educação: contribuição social destinada à educação, e não à Seguridade Social (art. 212, § 5.º, da CF); Sesc, Senai, Sebrae (sistema "S"): contribuições de interesse de categorias.

b) a contribuição do trabalhador e dos demais segurados da previdência social (...).

Excluídas restariam, então, as contribuições sobre a receita ou faturamento (Cofins), sobre o lucro (CSSL), sobre a receita de concursos de prognósticos, cujo não recolhimento ou *sonegação* estaria disciplinado pela Lei 8.137/90, com a respectiva disciplina sancionadora (e, advirta-se, sujeitas à disciplina do art. 34 da Lei 9.249/95). Ora, isto não guarda pertinência com os valores constitucionais e o princípio da isonomia.

Note-se, inclusive, que, durante um certo período, o produto da arrecadação com o aumento de 0,13% na alíquota da CPMF era destinado ao custeio da Previdência Social (ADCT, art. 75, § 2.º); ora, se a disciplina retornar – e em termos tributários isso não é nem um pouco improvável – o agente que lograr não recolher CPMF terá cometido dois crimes em concurso formal com duas distintas disciplinas quanto à pena (e, acrescente-se, quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento)?

Parece-nos, por todas estas razões, que o tratamento desigual atribuído a condutas iguais é inconstitucional por contrastar com o princípio da isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF), na medida em que estabelece tratamento jurídico desigual com fundamento em critério discriminatório (espécie tributária) sem que haja justificativa racional para tanto, além de dissonante com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.[79]

O vício, que já atingia, como dissemos, o revogado art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, foi trazido, agora, para o art. 168-A, § 1.º, I, do CP, inserido pela Lei 9.983/2000.

O fenômeno não escapou a Paulo César Conrado, que, ainda na vigência do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, antes do advento das Emendas Constitucionais 29/2000 e 31/2000 e utilizando o argumento para sustentar conseqüências um pouco distintas das ora propostas, ponderava, relativamente à divergência entre as penas cominadas para aquela conduta e para aquela outra prevista no art. 2.º, II, da Lei 8.137/90, que:

[79] Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas (...); III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrímen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrímen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrímens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita" (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 47-48, grifamos).

"Consoante assinalado, poder-se-ia afirmar que o ato de descontar a contribuição previdenciária incidente sobre remunerações, por ser conduta flagrantemente daninha à Seguridade Social, mereceria ser apenado mais severamente, tendo sido essa a intenção do legislador de 1991, ao introduzir em nosso ordenamento o tipo a que alude o pré-falado art. 95, *d*, da Lei 8.212/91.

Fosse efetivamente válido tal argumento, todavia, seria de se indagar por que as contribuições previdenciárias (e apenas elas), quando descontadas e não recolhidas, ensejariam um tratamento mais enérgico por parte do direito penal, se outras espécies tributárias são igualmente destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

Queremos com isso dizer, por outros termos, que não faz sentido pretender afirmar, que, deixando de recolher contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados, estariam os representantes de uma dada empresa agindo de maneira mais gravosa do que os de outra, que deixa de recolher, por exemplo, o imposto de renda retido na fonte (...). De se frisar, com tal assertiva, que, como o financiamento da Seguridade Social não é feito apenas com o produto da arrecadação de contribuições dos empregados, o argumento que poderia ser oposto à orientação presentemente deflagrada acaba por perder sua eloqüência, não se nos afigurando possível entrever, dentro do sistema de financiamento da Seguridade Social, que este ou aquele tributo, quando não recolhido, gera maior gravame".[80]

Francisco Dias Teixeira não deixa de, igualmente, registrar sua perplexidade quanto à disparidade do tratamento quando, analisando a aplicação por isonomia da causa de extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei 9.249/94, também ao crime previsto no antigo art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, pelo STF, observa que: "Porém, no entanto, ao primeiro o legislador cominou uma pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção, e ao segundo, uma pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão! Assim, por coerência, o Judiciário haveria de aplicar o princípio da isonomia aqui também. Mas, até onde sei, não se chegou a tanto".[81]

A referência feita por esse autor ao entendimento acolhido pelo STF é de inteira propriedade. De fato, no julgamento do HC 73418-9/RS, em 05.03.1996, o Pretório Excelso, em voto da lavra do e. Min. Carlos Velloso, estendeu a aplicação da causa de extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei 9.249/95 (que expressamente remetia tão-só aos crimes definidos na Lei 8.137/90 e 4.729/65) ao crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, justamente tendo em vista a coincidência entre as figuras típicas deste dispositivo e daquele contido no art. 2.°, II, da Lei 8.137/90.[82] Conforme destacou Sylvia Helena Steiner, o Min. Carlos Velloso deixou consignado que: "o fundamento da decisão, para estender o

(80) CONRADO, Paulo César, op. cit., p. 40-41.

(81) TEIXEIRA, Francisco Dias, op. cit., p. 7.

(82) Cf. *Informativo STF* 22, 1996.

benefício da extinção da punibilidade prevista para os crimes de apropriação indevida de tributo em geral ao crime de apropriação indevida de contribuições previdenciárias, é o princípio da isonomia, por se considerar que, na essência, esses crimes são iguais".[83]

Seguindo esta orientação, as decisões no âmbito do STJ: ED em RHC 4888/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves ("Como se vê, o fato de não estar a Lei 8.212/91 mencionada expressamente no art. 34 da Lei 9.249/95 não interfere na extinção da punibilidade pelo pagamento antes do recebimento da denúncia, porquanto, em sentido amplo, segundo a inteligência ministrada pelo STF, a omissão no recolhimento de contribuições devidas à Previdência Social está incluída nos crimes contra a ordem tributária") e RHC 5.625/SC, rel. Min. Vicente Cernicchiaro ("A extinção da punibilidade toma como referência fato jurídico-penalmente qualificado. Não basta o fato bruto. Assim, secundária a fonte de referência, a lei que o menciona. Interessa, isso sim, a matéria, a substância. (...) Repita-se. Não importa a forma. O importante é o conteúdo da norma. Percebe-se, com facilidade, o Estado entre punir o sonegador e favorecer o pagamento do tributo, preferiu a segunda hipótese. Abre mão do poder de punir, a fim de ensejar maior arrecadação. Há, pois, de entender-se a Lei 9.249/95, compreendendo qualquer tributo, conceito a que se fez presente à contribuição previdenciária. (...) Em palavras mais simples: a extinção da punibilidade compreendeu, independentemente da lei definidora da infração penal, o agente de conduta que, antes do recebimento da denúncia, efetuou o pagamento devido a título débito tributário").

No sentido ora preconizado, o entendimento do ilustre magistrado gaúcho José Paulo Baltazar Jr., para quem as penas cominadas para os crimes tributários são, de um modo geral, adequadas, "exceção daquela prevista para o crime de apropriação indébita previdenciária, atualmente fixada em 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão, e multa. Como já tive oportunidade de afirmar, esse quantitativo de pena é excessivo, por superar em muito a pena cominada para a conduta análoga prevista no inc. II do art. 2.º da Lei 8.137/90. Impositiva aqui a redução da pena para quantitativo que permita a suspensão da ação penal, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95".[84] Cumprindo acenar até, já que o autor fez menção, com a possibilidade de sujeição à disciplina dos Juizados Especiais Criminais Federais, uma vez que, segundo a recente disciplina inaugurada com a Lei 10.259, de 12.07.2001, passariam a ser consideradas *infrações de menor potencial ofensivo*.

Entendemos, portanto, que a norma incriminadora do art. 168-A, § 1.º, I, do CP, ao estabelecer tratamento mais severo para conduta idêntica àquela descrita no art. 2.º, II, da Lei 8.137/90, com base em fator de discrímen que não só não

[83] STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. "As causas de extinção ...", cit., p. 296.

[84] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sanção penal...*, cit.

guarda pertinência lógica com o regime adotado mas, mais que isso, conduz a efeitos dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente, fere o princípio da isonomia e é, por tal razão, inconstitucional.

4.3 Princípio da proporcionalidade

Por outro lado, um outro fundamento sustenta a inconstitucionalidade do art. 168-A do Código Penal: a do maltrato ao princípio da proporcionalidade.

Para Francesco Angioni, o princípio da proporcionalidade é elemento imprescindível à própria idéia de justiça e adquire sentido no campo do direito penal com o seguinte significado: uma reação (a pena), para ser legítima, deve ser proporcional à ação (ofensiva). Esta regra, adotada explicitamente na previsão legal da legítima defesa, "é característica fundamental ou limite interno teleológico de qualquer teoria racional sobre a função da pena (retribuição, prevenção geral, prevenção especial)".[85] Por tal razão, qualquer que seja a função atribuída à pena pela Constituição, valerá sempre o princípio da proporcionalidade que se encontra mediatamente constitucionalizado por implicação lógica.[86]

O princípio da proporcionalidade tem, em nosso sistema, natureza constitucional, ainda que implícita. Nas precisas palavras de Suzana de Toledo Barros, seu fundamento encontra-se na tutela dos direitos fundamentais (art. 5.°, c/c o art. 60, § 4.°, IV, da CF):

"O princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (Hesse)". [87]

O reconhecimento do princípio, inclusive, não é estranho à jurisprudência do STF, conforme se colhe dos acórdãos analisados por esta autora[88] e, especialmente, da decisão proferida nos autos do HC 2.419, j. em 08.02.1993, tendo por relator o e. Min. Ademar Maciel, cuja ementa está assim redigida:

"Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Exame médico vencido. Inteligência das *verbalegis* 'devida habilitação' para dirigir

(85) ANGIONI, Francisco, op. cit., p. 164.

(86) Idem, ibidem, p. 165.

(87) BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996. p. 89.

(88) Idem, ibidem, p. 98 *et seq.*

veículo automotor (Lei das Contravenções Penais, art. 32). Interpretação sistemática (CTN, art. 79). Ilícito administrativo. Princípio da proporcionalidade da pena. *Writ* concedido. Ação trancada".

Pois bem, dentre as conseqüências da incidência do princípio da proporcionalidade em sentido estrito no direto penal, destaca-se a exigência de que exista uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da sanção e a gravidade do ataque.[89]

Conforme observa o grande filósofo italiano Luigi Ferrajoli, enquanto a pena é "quantificável", o delito não o é e daí a dificuldade em se estabelecer uma relação de proporcionalidade abstrata entre delito e pena.[90] Inobstante isto, o princípio da estrita proporcionalidade em matéria penal não é estéril, já que, ainda "que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, porém, afirmar, conforme ao princípio da proporcionalidade, que desde o ponto de vista interno, se dois delitos se castigam com a mesma pena, é porque o legislador os considera de gravidade equivalente, enquanto que, se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é mais grave que o segundo. Disto se segue que, se desde o ponto de vista externo, dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um se estima menos grave que o outro, é contrário ao princípio de proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena ou, pior ainda, o primeiro com uma pena mais elevada que a prevista para o segundo. Em todos os casos, o princípio da proporcionalidade equivale ao princípio de igualdade em matéria penal".[91]

Ora, a análise das condutas descritas nos arts. 168-A e 337-A demonstra a inadequação da pena cominada no primeiro artigo.

As condutas descritas no art. 337-A exigem – ao contrário do que ocorre com as previstas no art. 168-A – a "fraude" ("omitir", "deixar de lançar") como meio ("mediante as seguintes condutas") para a obtenção do resultado. Cuida-se, portanto, de crimes de conduta vinculada – em contraposição aos de forma livre, onde a figura penal está centrada precipuamente no desvalor do resultado.

Essa diferença entre a formulação típica dos dois artigos conduz a uma conseqüência seriíssima: há evidente desproporção entre as penas previstas para as condutas descritas no art. 168-A e aquelas previstas para as condutas descritas no art. 337-A. Todas pressupõem igual lesão ao bem jurídico-penal tutelado, mas as previstas neste último artigo destacam-se pela maior gravidade do ataque, feito mediante fraude, o que não sucede com as condutas previstas pelo art. 168-A.

(89) Cf., com farta indicação bibliográfica e jurisprudencial: AGUARDO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal.* Madrid : Edersa, 1999. especialmente p. 282 *et seq.*

(90) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* Trad. Perfécto Andrés Ibáñez *et alii.* 3. ed. Madrid : Trotta, 1998. p. 399.

(91) Idem, ibidem, p. 402, grifamos.

Ora, na medida em que se punem com a mesma pena condutas de gravidade diversa, é evidente a violação ao princípio da proporcionalidade e, em última análise, da isonomia, ambos de assento constitucional.

Pense-se nas seguintes situações: a) o agente deixa de registrar na folha de pagamento da empresa segurado empregado, de quem foi descontado o valor devido a título de contribuição social previdenciária, e com isso "suprime"[92] contribuição social previdenciária; b) o agente registra na folha de pagamento o empregado segurado, lança mensalmente nos títulos próprios da contabilidade a quantia descontada deste segurado, mas não a recolhe no prazo legal. Evidente a maior gravidade da situação "a", todavia os limites penais previstos para as duas condutas são absolutamente idênticos: de dois a cinco anos de reclusão e multa!

O mesmo equívoco não foi cometido pela Lei 8.137/90, que, no tratamento de hipóteses muito assemelhadas, observou a exigência constitucional de proporcionalidade ao cominar penas diferentes, em quantidade e qualidade, para condutas de gravidade diversa: dois a cinco anos de reclusão e multa para o crime de dano praticado mediante fraude (por exemplo, art. 1.°, I) e seis meses a dois anos de detenção e multa para o crime de dano praticado sem fraude (art. 2.°, II).

Aliás, a prova de que as condutas praticadas mediante fraude são consideradas mais graves do que aquelas onde este elemento não é exigido decorre, justamente, de critério legal: aquele estabelecido pela Lei 8.137/90, ao punir diversamente as condutas descritas no art. 1.°, I a V, e no art. 2.°, II.[93-94]

Bibliografia

AGUARDO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal.* Madrid : Edersa, 1999.

(92) Não é possível, frise-se, "suprimir" ou "reduzir" uma contribuição social previdenciária – como, de resto, nenhum tributo –, por meio das condutas descritas nos diversos incisos do art. 337-A, pois a supressão ou redução de um tributo qualquer só pode ser feita por meio de lei. No lugar de "contribuição social previdenciária", leia-se "quantia devida a título de contribuição social 'previdenciária'".

(93) Nos restringimos à comparação entre os arts. 1.° da Lei 8.137/90 e 337-A do CP e os arts. 2.°, II, da Lei 8.137/90, e 168-A do CP, em virtude a equivalência de dois elementos da construção típica (fraude e lesão). O mesmo não foi feito em relação ao disposto no inc. I do art. 2.° desta lei, tendo em vista que, neste caso, o fundamento da pena mais branda é desnecessidade do resultado lesivo (sendo um crime de resultado cortado), não guardando relação, portanto, com os critérios que (des)fundamentam a disparidade do tratamento dado nas hipóteses analisadas.

(94) As conseqüências destas ponderações não se limitam à inconstitucionalidade do disposto no art. 168-A, *caput* e § 1.°, mas se estendem, igualmente, à disciplina das causas de exclusão da punibilidade inseridas pelos arts. 168-A e 337-A do CP. Neste sentido, confira-se: SALOMÃO, Heloisa Estellita, "Novos crimes...", cit., p. 82-88.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano : Giuffrè, 1983.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *O crime de omissão no recolhimento de contribuições sociais arrecadadas*: Lei 8.212/91, art. 95, *d*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

———. "Sanção penal nos crimes contra a ordem tributária". Trabalho apresentado na *I Semana de Estudos sobre Ilícitos do Colarinho Branco*, Porto Alegre, 15 a 18 de maio de 2001, inédito.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. "Da apropriação indébita previdenciária". In <www.direitocriminal.com.br>, acesso em 22.07.2001.

BITTENCOURT, Luiz Henrique Pinheiro. "A *abolitio criminis* do art. 95 da Lei 8.212/91, pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000". *Boletim IBCCrim*, n. 95, São Paulo, out. 2000.

BORGES, Paulo Cesar. "Apontamentos sobre os crimes tributários e a quebra do sigilo bancário". In SALOMÃO, H. E. (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo : Dialética, 2001.

CALLEGARI, André. "Considerações sobre o art. 168-A do Código Penal – Apropriação indébita previdenciária". In SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo : Dialética, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2000.

CARVALHO, Américo A. Taipa. *Sucessão de leis penais*. Coimbra : Coimbra Ed., 1990.

CONRADO, Paulo César. "Crimes de falta de recolhimento de contribuição previdenciária: o art. 2.°, II, da Lei 8.137/90 *versus* o art. 95, *d*, da Lei 8.212/91". *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 16, São Paulo.

EISELE, Andreas. "A reparação do dano no direito penal tributário". In SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo : Dialética, 2001.

———. *Apropriação indébita e ilícito penal tributário*. São Paulo : Dialética, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfécto Andrés Ibáñez *et alii*. 3. ed. Madrid : Trotta, 1998.

FIANDACA, Giovanni. "Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (org.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo : RT, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários*. São Paulo : RT, 2001 (As ciências criminais no século XXI, 1).

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura* sui generis*)*. São Paulo : Dialética, 2000.

JESUS, Damásio E. de. "Sonegação de contribuição previdenciária e perdão judicial". *Boletim Síntese*, out. 2000.

MANDEL, Paula Kahan e PODVAL, Roberto. "Crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária: comentários críticos à Lei n. 9.983, de 14.07.2000". *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 65.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo : Malheiros, 1993.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a Previdência Social: Lei 9.983, de 14 de julho de 2000 – Texto, comentários e espectos polêmicos*. São Paulo : Saraiva, 2000.

PASCHOAL, Janaína C. "Houve *abolitio criminis* nos crimes previdenciários". In <www.direitocriminal.com.br>, acesso em 27.02.2001.

PODVAL, Roberto. "Legislação e tributos". *Valor Econômico*, de 09.01.2001, São Paulo.

_____ e MANDEL, Paula Kahan. "Crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária: comentários críticos à Lei n. 9.983, de 14.07.2000", *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 65, São Paulo.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Tutela penal da seguridade social*. São Paulo : Dialética, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal". In PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo : RT, 2001.

ROSENTHAL, Sérgio. "A extinção da punibilidade nos crimes de natureza fiscal após o advento da Lei 9.983/2000". In SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo : Dialética, 2001.

———. *A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no descaminho*. São Paulo : Ed. Nacional, 1999.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal das obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo : RT, 2001.

———. "Novos crimes previdenciários. Lei 9.983, de 14 de julho de 2000: primeiras impressões". *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 64, 2001.

———. "O crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias". *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 6.

———. "O princípio constitucional da isonomia e o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 168-A, § 1.º, I, Código Penal)". In SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo : Dialética, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000.

SOUZA, Nelson Bernardes de. "Ilícitos previdenciários: crime sem pena?". *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n.16, nov./mar. 1996/1997.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. "As causas de extinção da punibilidade após o advento da Lei 9.983/2000". In SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo : Dialética, 2001.

STOCO, Rui e FRANCO, Alberto Silva (org.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo : RT, 2001.

TEIXEIRA, Francisco Dias. "Crime contra a Previdência Social em face da Lei 9.983/2000". *Boletim dos Procuradores da República*, n. 30, out. 2000.

4. CRIMINOLOGIA

4.1

VITIMOLOGIA:
tendência ou inclinação da vítima para o crime

EDMUNDO OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. A concepção inicial sobre tendência pessoal ao crime – 2. A formação da estrutura jurídica do delinqüente por tendência – 3. Implicações da essência jurídica do delinqüente por tendência para a Criminologia e para a Vitimologia – 4. O comportamento humano diante das novas abordagens da ciência e da espiritualidade: a psicologia transpessoal, a doutrina espírita e a neurolingüística – 5. A "parelha penal" e a "parelha criminal" – Bibliografia.

Resumo: O estudo sério em torno da vítima é um dos grandes desafios desse início de século aos cultores das ciências criminais, razão pela qual nos dedicamos a essa problemática, tendo por específicos objetivos:inserir na dogmática penal princípios vitimológicos; destacar a importância do exame vitimológico; compreender o núcleo vitimológico da personalidade da vítima; destinar medida de segurança para a perigosidade vitimal; configurar a trajetória vitimal, *o iter Victimae;* identificar as oportunidades de precipitação do crime pela vítima.

Palavras-chave: Vitimologia – Vítima – Vitimogeno – Vitimização.

Na complexidade do estudo envolvendo as circunstâncias em que a Vitimologia aponta para os casos em que a vítima pode ensejar ou contribuir para a caracterização do ato criminoso, entender o alcance técnico da figura do delinqüente por tendência é de expressiva importância. Afinal, a tendência a delinqüir pode eclodir como derivação do sentimento ou sensação do padecimento concreto de ser vítima.

1. A concepção inicial sobre tendência pessoal ao crime

Essa tendência pessoal não apresenta, em nossos dias, a mesma orientação esposada pela Escola Positiva, no século XIX, ao defender a doutrina do "delinqüente por tendência congênita", a qual, em resumo, era a mesma coisa que se referir ao "delinqüente nato". As pesquisas indicam como antecedente mais remoto, sugerindo a classificação jurídica de "criminoso por tendência congênita", a tese apresentada por Enrico Ferri em *Archivio di Psichiatria* (1880, p. 474).

O Código italiano de 1889 não fez qualquer alusão ao criminoso por tendência. Ao ser elaborado, o Projeto Preliminar de Código Penal para os Delitos, conhecido como Projeto Positivista de Ferri, falava no art. 2.1, n. 3, em "condições orgânicas e psíquicas anormais, que podiam revelar tendências criminosas". Foi também inserida no art. 33 a figura "do delinqüente que, sem ser alienado, estivesse em estado de intoxicação crônica pelo álcool ou outra substância venenosa, ou se encontrasse em estado de grave anomalia psíquica". Em tal situação, "o criminoso deveria ser segregado em colônias especiais de trabalho". Este dispositivo, porém, não se aplicava quando a anomalia psíquica consistia, de modo exclusivo ou principalmente, na tendência ao delito, congênita ou adquirida.

O positivismo criminológico valorizou substancialmente a individualização do tipo de delinqüente por tendência congênita ou delinqüente nato. Tendência congênita significava inclinação natural, disposição inata ao delito, necessidade instintiva de cometê-lo, constituindo, no indivíduo, uma anormalidade de sentido ético e social, que determina o modo específico de reagir aos estímulos do ambiente.

Neste sentido, Ferri (1929, p. 189) argumentou que "entre os homens, delinqüentes ou não, existe, em certos casos, um tipo biossocial no qual os caracteres congênitos, ou aqueles adquiridos, prevalecem e fazem com que o indivíduo seja mais ou menos disposto, pela sua constituição fisiopsíquica, a certa atividade ou profissão. Assim, existe também um tipo puramente biológico ou antropológico de delinqüente, no qual as tendências criminosas são congênitas e se manifestam desde os primeiros anos, acompanhadas por profundas características anatômicas, fisionômicas e também psíquicas, que não se podem explicar como produzidas no indivíduo pelos únicos hábitos de vida, nem tampouco pelas condições sociais em geral".

Ferri não estava isolado com seus estudos. Sua doutrina recebia o apoio de renomados criminólogos que à época defendiam a validade da tese da transmissão dos caracteres degenerativos como efeito da lei da hereditariedade. Garofalo (1916, p. 119) foi um dos que sustentaram "a concepção de que as tendências e predisposições criminosas transmitem-se especialmente por fatores hereditários".

"Tendência" ou "disposição" supõe um fundamento biológico, sendo grande a sua potencialidade genética. Pode significar, por um lado, uma série de potencialidades biológicas específicas, em desenvolvimento e, por outro prisma, outras da mesma índole que se podem desenvolver. Possui, destarte, duplo aspecto: um atuante, já manifesto ou se manifestando, e outro latente, que pode ou não chegar a se manifestar, sem que entre ambas as zonas exista um limite rígido, nem claramente estabelecido.

A tendência não é precisamente qualidade nem característica, ainda que dê lugar a elas. Não consiste, tampouco, em uma maneira absoluta de ser, ainda que influa no modo de conduzir-se. Trata-se de um conjunto de possibilidades atuantes e não atuantes, que varia de acordo com a natureza complexa de cada personalidade e respectiva dinamização desta no mundo circundante. Cada pessoa, embora procedendo dos mesmos pais, tem uma disposição própria e distinta, sendo ínfima a probabilidade de dois filhos serem genotipicamente iguais, pois mesmo nos irmãos gêmeos a identidade não é absoluta.

Não se trata, portanto, de conceber a tendência ou disposição como algo adquirido, fixado em forma definitiva para a mesma pessoa, mas sim algo variável, evolutivo, conseqüência da série de potências que constituem a índole, e das forças do mundo circundante que sobre elas atuam.

As características externas de uma pessoa podem, em virtude de diversas interações e coatuações, não corresponder exatamente às potências genotípicas, visto que essas, por serem, em princípio, uma série de probabilidades ou possibilidades, são capazes ou não de se manifestar completamente e, ainda que se manifestem, estão sujeitas à atuação configuradora de outras potências da constituição humana, ou mesmo das características adquiridas por adaptação do organismo ao mundo circundante, originando um resultado diferente do que, por si mesmas, sozinhas, podem dar.

2. A formação da estrutura jurídica do delinqüente por tendência

Com o advento dos trabalhos preparatórios do Código Penal italiano de 1930, conhecido como Código Rocco, nova feição foi atribuída à figura do criminoso por tendência, conforme evidenciaram as divergências marcantes entre o art. 104 do Projeto Preliminar de 1927 e a redação definitiva que foi adotada no art. 108 desse CP.

Embora os estudiosos do assunto tenham procurado elidir, nos distintos tempos, as dúvidas concernentes à estruturação jurídica do delinqüente por tendência, alguns aspectos necessitam, ainda, de análise mais acurada, pois foram inúmeras as conseqüências do surgimento dessa classificação para as especulações e interpretações suscitadas na seara da Criminologia, da Vitimologia e do direito penal.

As solicitações científicas, que nos estimularam a estabelecer com possível precisão os pontos convergentes e divergentes do chamado delinqüente tendencial, não excluem a possibilidade de eventual omissão neste trabalho, visto que estamos diante de tema controvertido, sujeito, portanto, à formulação de várias hipóteses interpretativas.

A Relação Ministerial do Projeto Definitivo de Código Penal da Itália de 1930 fez questão de tornar patente que a disposição do art. 108 desse Código nada tinha a ver com o emprego da expressão "delinqüente por tendência instintiva", adotada pelo Projeto primitivo.

Em resumo, esclareceu a Relação Ministerial:

"Tendência instintiva outra coisa não significava a não ser uma inclinação natural, disposição para o delito, de natureza própria, por assim dizer, uma anormalidade no sentido moral e social do agente. Normalidade no sentido moral é conceito bem diverso de normalidade de inteligência e da vontade. O Projeto tomou por base a imputabilidade, ou seja, a capacidade de entender ou de querer, mas em nenhum caso requer do agente a consciência dos princípios morais e sociais.

O anormal, desde que não penetre no quadro dos doentes do intelecto ou da vontade, é também um imputável. Para evitar toda a dúvida que pudesse surgir sobre o significado da palavra 'instintivo', esta foi eliminada do artigo" (1929, t. 1, p. 156).

Foi oportuno o esclarecimento, por evidenciar a exclusão das hipóteses do vício total ou parcial da mente e por mostrar que a particular inclinação para o delito não pode encontrar, de modo algum, a sua base em doenças do intelecto ou da vontade.

Acompanhando esse entendimento, Manzini (1959, p. 263-264) inseriu em seu tratado que o Código Penal italiano, ao retirar a expressão "delinqüente por tendência instintiva", deixando apenas "delinqüente por tendência", "evitou o equívoco de afirmar que o Projeto queria aludir ao delinqüente nato ou qualquer outro sujeito impelido para o delito pelas forças psicopatológicas. Delinqüentes por tendência são indivíduos que, embora possuindo o intelecto lúcido e a vontade perfeita, carecem apenas do sentido ético e social".

Essa filosofia do Código da Itália foi a que projetou, internacionalmente, a figura do delinqüente por tendência e ofereceu condições para a análise e estimativa dos fins concretos almejados pela lei italiana.

As palavras do Mestre e Frei Gemelli (1948, p. 311-312) traduzem a filosofia adotada pelos legisladores italianos de 1930:

"A divergência não foi só de redação, mas também de conceito. No Projeto cuidava-se em definir um tipo de delinqüente por tendência instintiva; no Código Penal a especial inclinação para o delito, do delinqüente por tendência, encontra a sua causa na índole particularmente perversa, que se revela em alguns delitos devido à existência de algumas circunstâncias objetivas e subjetivas".

Diante da argumentação apresentada pelos seguidores da Escola Positiva, quando afirmaram que a categoria da tendência a delinqüir, adotada pelo Projeto Ferri, representava o reconhecimento da doutrina que eles defendiam, as "Comissões Consultivas", responsáveis pelos longos debates em torno da elaboração do Código italiano, decidiram abandonar a fórmula primitiva para admitir uma categoria que se identificasse com a conclusão lógica da existência de condutas que possuem inclinação para repetir, com certa facilidade, ações criminosas.

Desse modo, os termos do art. 108 do CP italiano de 1930 assim definem a tendência a delinqüir:

"Será declarado delinqüente por tendência aquele que, embora não reincidente, habitual ou profissional, praticar um delito não culposo contra a vida ou a integridade individual, conquanto não previsto no capítulo primeiro do título doze do livro segundo deste código, e que, por si mesmo e juntamente com as circunstâncias indicadas no parágrafo do art. 133, revelar uma inclinação especial para o delito, inclinação que tenha sua origem na índole particularmente maldosa do culpado. A regra deste artigo não se aplicará se a inclinação para o delito se originar da enfermidade prevista nos arts. 88 e 89 deste Código".

No que diz respeito ao tratamento específico, de acordo com o art. 109, a acentuada periculosidade social de tão violentos delinqüentes induziu o legislador italiano a formular a declaração judicial de tendência a delinqüir, com a finalidade de aplicar, em conseqüência, adequadas medidas de segurança.

A disciplina do criminoso por tendência, no atual Direito positivo italiano, embora de conteúdo mais restrito, apresenta, em linhas gerais, uma caracterização biopsíquica e social nos mesmos moldes da tese anteriormente defendida pelos partidários do positivismo criminológico. Além das fixações circunscritas no bojo do art. 108, anote-se que, enquanto para a Escola Positiva não foram estabelecidas limitações ao conceito de imputabilidade (consagração do princípio da responsabilidade legal ou social), ao contrário, para o Código Penal italiano não são imputáveis aqueles que não têm "a capacidade para entender e para querer". Por outro lado, o conceito de tendência acolhida no Código italiano faz com que tal imputabilidade subsista, porém com um conceito mais amplo envolvendo certa aproximação ao princípio positivista da responsabilidade legal ou social.

Sobre a questão, o jurista Raoul Alberto Frosali diz que "o art. 108 não impede que uma anormalidade de consciência moral seja acompanhada ou se apresente como causa ou como efeito, em confronto com um estado fisiopsíquico, no qual se possa reconhecer determinada enfermidade que produza a incapacidade genérica de entender, de querer ou de agir de acordo com a lei.

Os elementos característicos do delinqüente por tendência definidos pelo diploma legal italiano de 1930, no que tange aos fins de uma racional defesa social, não o distanciaram da categoria dos inimputáveis, uma vez que o Código impôs tratamento com medida de segurança reservado às várias categorias de não imputáveis. Pelo entendimento do art. 108 não se admite que a declaração de tendência possa ser resultado de inclinação constatada em delinqüentes inimputáveis ou semi-imputáveis contemplados, respectivamente, nos arts. 88 e 89. O mesmo raciocínio é destinado aos atos praticados, em estado de intoxicação crônica produzida pelo álcool ou substâncias estupefacientes, previstos pelo disposto no art. 95 do estatuto em exame" (Frosali, 1952, p. 450).

O conceito dogmático de criminoso por tendência, instituído pela lei italiana, como sendo aquele que revela notável inclinação ao delito devido à índole particularmente perversa, conseguiu atingir, rapidamente, insofismável projeção internacional, na seara das pesquisas e debates específicos, o que contribuiu, de modo decisivo, para a inclusão dessa categoria em várias legislações penais do mundo.

Este foi mais um dos consagrados méritos da cultura jurídica italiana: abriu portas para ulteriores elucubrações, com tantos pontos questionáveis em torno da eficácia do entendimento sobre o criminoso por tendência nos domínios do Direito Penal, da Criminologia e da Vitimologia, exatamente nas oportunidades em que essas Ciências se voltam ao processo de identificação das categorias de

criminosos e de vítimas susceptíveis de aparecerem e se destacarem no cenário de um crime.

3. Implicações da essência jurídica do delinqüente por tendência para a Criminologia e para a Vitimologia

Muitos especialistas têm indagado, com razão, qual o critério lógico para situar no âmbito da Criminologia (estudo do delinqüente) e da Vitimologia (estudo da vítima) a estruturação jurídica do criminoso por tendência.

Entendemos que a figura do delinqüente por tendência, projetada por legislações penais estrangeiras seguidoras do Código Penal italiano, foi uma formulação decorrente da exigência de uma fórmula prática, embora sem a garantia da experimentação científica, que indicasse tal realidade ante a ordem natural das coisas.

É evidente que, diante da previsão legal, será sempre necessário o estudo minucioso e especializado da formação biopsíquica e dos estímulos que determinaram a conduta anti-social. Os exames das manifestações, dos transtornos funcionais da personalidade e das perturbações do comportamento humano, que alteram a vida subjetiva do indivíduo ou suas relações em sociedade, são campos para atuação tanto da Criminologia como da Vitimologia, importantes para o julgamento criminal e execução das medidas sancionadoras aplicadas pelo direito penal. Por conseguinte, esses vasos de estreita relação entre os propósitos práticos da Criminologia, da Vitimologia e do direito penal legitimam a preocupação com o característico tipológico da orientação seguida pelo legislador ao qualificar o delinqüente por tendência com a imagem típica de um crime horroroso, perverso ou com forte dose de malvadez.

Temos, então, dois enfoques a considerar:

a) a maneira usual e objetiva de enquadrar o criminoso como portador de tendência prevista legalmente;

b) a preocupação com os aspectos criminológicos da análise completa da personalidade delinqüente.

Chega-se, portanto, a concluir que a qualificação jurídica do delinqüente por tendência tem duplo aspecto: legal e criminológico. Bettiol (1973, p. 33) apresenta a mesma linha de pensamento ao pontificar que "se trata de tipo criado pelo legislador (tipo legal) na verificação presumida de uma inclinação ao crime (tipo criminológico), para que a sociedade seja colocada em condições de preparar medidas adequadas de defesa".

A explicação para a face criminológica da estruturação do delinqüente tendencial se baseia, como já dissemos, na valoração do estudo da personalidade, com a precisão de relacionar os fatores individuais ou fisiopsíquicos aos fatores socioculturais inerentes à evolução do comportamento humano na vida social.

Ainda que se admitam traços de predisposição ou motivação interior para a caracterização prática do delinqüente por tendência, conforme expressou Altavilla (1964, p. 284), jamais se pode contestar a participação poderosa dos fatores exógenos, que incentivam a personalidade às atividades anti-sociais.

Trazemos de berço nossas aptidões, nossos instintos, nossas paixões, mas os padrões morais são formados na sociedade em que vivemos, pois o meio social impele a determinada direção. Desse modo, em que pesem as aptidões, instintos e paixões, o ambiente criminógeno será sempre propício para a proliferação de comportamentos delinqüentes.

Com grande prazer, o autor deste trabalho verificou que sua conclusão sobre os fatores que podem motivar a atuação do delinqüente por tendência foi a mesma defendida por Alessandre Lacassagne, apenas com a diferença de o escritor francês não se referir especificamente ao criminoso por tendência ou por inclinação, do qual não se falava em seu tempo. Desde o 1.º Congresso Internacional de Antropologia Criminal, celebrado em 1885, na Cidade de Roma, Lacassagne, segundo Casanova (1937, p. 134), defendia a supremacia do fator social sobre o fator endógeno.

4. O comportamento humano diante das novas abordagens da ciência e da espiritualidade: a psicologia transpessoal, a doutrina espírita e a neurolingüística

No vasto horizonte dessas abordagens avultam três especialíssimos domínios:

a) a Psicologia Transpessoal;

b) a Doutrina Espírita;

c) a Neurolingüística.

Na diretriz relativa ao princípio da tendência a delinqüir ressalte-se também a proposta da moderna *Psicologia Transpessoal*, que se propõe a apresentar uma visão do ser humano integrado e interdependente dentro do Universo, fundamento esse amparado pela Teoria da Física Quântica, de Max Planck, e pela *Teoria da Física Relativista*, de Albert Einstein (Tabone, 1993, p. 165-174).

O que efetivamente define o contexto transpessoal é a capacidade do terapeuta em comunicar, por meio de suas atitudes, métodos e técnicas psicoterápicas, a confiança necessária para ajudar a pessoa necessitada a explorar os domínios transpessoais. Trata-se justamente de alta capacidade profissional para ampliar a consciência da pessoa carente, criando oportunidades para que essa possa viver melhor no plano psicológico e espiritual.

Em seu livro *O ser quântico*, a Profa. Danah Zohar, pós-graduada em Filosofia e Religião pela Universidade de Harvard, faz uma interessante análise da *Nova Física* defendida pela *Teoria Quântica*, mostrando que existe uma fonte de energia com partículas subatômicas a nos revelar o fundamento físico da

consciência e, por conseguinte, a nossa grande responsabilidade no ato de ser, de nos relacionarmos com as outras pessoas, usar a nossa liberdade e em que medida o uso da liberdade nos faz responsáveis por nossas escolhas. Cada coisa e cada homem há de ser sempre parte de um Universo, no qual se insere um sistema de referências. Em resumo, diz Danah Zohar, "a cosmovisão quântica enfatiza o relacionamento dinâmico como a base de tudo o que existe. Diz que nosso mundo surge por meio de um diálogo mutuamente criativo entre mente e corpo (interior e exterior, sujeito e objeto), entre o indivíduo e seu contexto material e pessoal, e entre a cultura humana e o mundo da natureza. Dá-nos uma visão do ser do homem como livre e responsável, reagindo aos outros e ao ambiente, essencialmente relacionado e naturalmente comprometido, e, a cada instante, criativo" (Zohar, 1990, p. 293).

Na pesquisa sobre as ligações do homem com o mundo da Física, igualmente notável é a discussão sobre as relações vida-morte com a natureza do universo.

Uma grande parte dos habitantes da terra acredita em reencarnação, apoiados em fundamentos de Religiões que pregam a existência de vida depois da morte. Há, realmente, relatos fascinantes de pessoas que recordaram detalhes de uma vida anterior, reportados por Sogyal Rinpoche. Segundo ele, tudo o que acontece conosco agora reflete nosso carma passado, por isso o carma – encadeamento de ações e efeitos inseridos na existência de uma pessoa – tem um significado realmente vivo e prático no cotidiano, sendo essa a base da ética Budista. Ainda que tenhamos nascido na mesma família, todos temos personalidades diferentes, coisas diferentes nos acontecem e temos diferentes talentos, inclinações, desejos e destinos (Rinpoche, 1999, p. 116-130).

A seguir, apresentamos o fundamento da *Doutrina Tibetana* a respeito da reencarnação e presença do carma, sustentada por Sogyal Rinpoche, uma das maiores expressões do diálogo entre a Ciência e a Espiritualidade:

"O Ocidente e o Oriente têm maneiras características de fugir às responsabilidades que advêm de compreender o carma. No Oriente as pessoas usam o carma como desculpa para não ajudar ninguém, dizendo que se eles sofrem é devido ao 'carma deles'. No Ocidente, da 'liberdade de pensamento', fazemos o contrário. Os ocidentais que acreditam no carma podem ser exageradamente 'sensíveis' e 'cuidadosos', e dizem que, na verdade, ajudar alguém seria interferir em alguma coisa que essa pessoa tem de 'trabalhar sozinha'. Que a fuga é traição da nossa humanidade. É talvez igualmente possível que o nosso carma seja encontrar um modo de ajudar. Conheço muitas pessoas ricas: sua riqueza pode ser sua destruição, quando encoraja a preguiça e o egoísmo, ou quando desperdiçam a oportunidade que o dinheiro dá de auxiliar os demais, e com isso auxiliar a si mesmos.

Nunca devemos esquecer que é por meio de nossas ações, palavras e pensamentos que temos escolha. E, se escolhermos assim, podemos pôr um fim ao sofrimento e às suas causas, ajudando nossas verdadeiras potencialidades, nossa natureza búdica – a despertar em nós. Até que essa natureza búdica esteja totalmente desperta e nós estejamos livres da ignorância e unidos à mente iluminada

e imortal, não pode haver fim para o círculo da vida e da morte. Assim, os ensinamentos nos dizem que, se não assumirmos a maior responsabilidade possível por nós mesmos agora, nesta vida, nosso sofrimento continuará não apenas por algumas outras vidas, mas por milhares delas.

É esse conhecimento grave e sério que faz com que os budistas afirmem que as vidas futuras são ainda mais importantes que a vida atual, porque há muitas mais à nossa espera no futuro. Essa visão de longo prazo governa o modo como vivem suas vidas. Eles sabem que, se sacrificássemos toda a eternidade por esta vida, seria como gastar a economia de toda uma existência num trago, irresponsavelmente ignorando as conseqüências.

Mas se de fato observarmos a lei do carma e despertarmos em nós o bom coração, aberto para o amor e a compaixão, se purificarmos nossa mente e passo a passo despertarmos a sabedoria da natureza dessa mente, poderemos nos tornar verdadeiros seres humanos, essencialmente iluminados" (Rinpoche, 1999, p. 136-137).

Partidários da *Psicologia Transpessoal*, os psicólogos alemães Thorwald Dethlefsen e Rudiger Dahlke abordam a descrição da personalidade com predisposição típica aos riscos de acidentes, seja no trânsito, seja na vida doméstica, seja no trabalho, o que implica a interpretação de cada acontecimento a partir de uma perspectiva interior da pessoa envolvida.

Eis a análise de Dethlefsen e Dahlke:

"A *Lei da Ressonância* (causa e efeito) faz com que nunca tenhamos contato com algo que nada temos a ver. As correlações funcionais sempre são o meio material necessário a uma manifestação no âmbito físico. A fim de pintar um quadro, precisamos de tela e tintas. No entanto, elas não são a causa primordial do quadro, e sim os meios materiais com cuja ajuda o artista pode concretizar formalmente sua imagem interior. Seria uma rematada tolice pretender eliminar a interpretação do quadro como argumento de que as tintas, a tela e o pincel são de fato as causas primordiais do mesmo.

Nós é que provocamos os nossos acidentes, da mesma forma como buscamos nossas doenças. Nesses casos, não temos nenhum escrúpulo em considerar um dado assunto como se ele fosse capaz de ser uma causa. No entanto, a responsabilidade de tudo o que acontece em nossa vida é nossa. Não há exceção a esta regra; portanto, convém parar de procurar por ela. Quando alguém sofre, só ele é responsável pelo sofrimento (o que nada tem a ver com a gravidade do mesmo!). Toda pessoa é ao mesmo tempo autor e vítima. Enquanto o ser humano não descobrir que desempenha esse duplo papel, é-lhe impossível tornar-se perfeito. Na medida de intensidade com que se queixa dos supostos autores exteriores, podemos ver com facilidade o grau de rancor que alimenta contra si mesmo como autor. Aqui, falta-lhe percepção intuitiva, aquela visão que permite ver que o autor e vítima são um só.

O conhecimento de que os acidentes têm uma motivação inconsciente não é novo. O próprio Sigmund Freud sugeriu tempos atrás, em seu clássico *Psico-*

patologia da vida cotidiana, que acidentes como lapsos lingüísticos, esquecimentos, perda de objetos e outros deslizes são de fato o resultado de intenções inconscientes. Desde essa época, a pesquisa psicossomática tem sido capaz de demonstrar – com base em meros dados estatísticos – a existência do tipo de pessoa 'com predisposição para acidentes'. Com isso se menciona uma estrutura específica de personalidade que tende a elaborar seus conflitos na forma de acidentes. Já em 1926, o psicólogo alemão Karl Marbe descreveu suas observações no livro *Psicologia prática dos acidentes em geral e dos acidentes de trânsito.* Diz ele que uma pessoa que sofreu um acidente tem mais possibilidades de sofrer novos acidentes do que as que nunca foram vítimas deles" (Dethlefsen e Dahlke, 1983, p. 211-212).

Acrescentam Dethlefsen e Dahlke sobre essa diferenciada interpretação filosófica em torno da complexa vivência humana:

"Em sua obra essencial sobre a *Medicina Psicossomática,* publicada em 1950, Franz Alexander escreveu as seguintes notas sobre este tema: 'Numa pesquisa sobre acidentes de trânsito em Connecticut verificou-se que, durante um período de seis anos, 36,4% de todos os acidentes aconteceram com um pequeno número de 3,9% de pessoas. Uma grande empresa que contratava numerosos motoristas de caminhões de carga, preocupada com o alto custo dos acidentes em sua frota, buscou pesquisar as causas dos mesmos num esforço para reduzir sua freqüência. Entre outras abordagens, eles também fizeram algumas pesquisas acerca do histórico dos casos de acidentes de vários motoristas. Os que haviam sofrido maior número de acidentes foram colocados em outros empregos. Essa medida muito simples reduziu a freqüência dos acidentes a um quinto de seu valor original. Mas o resultado interessante dessa pesquisa foi o fato de que aqueles motoristas, com grande cota de acidentes sofridos, continuaram a sofrer acidentes também nos novos empregos. Isso mostra de forma incontestável que existe algo como *pessoas com predisposição para acidentes* e que elas mantêm essa tendência independentemente do tipo de serviço e em sua vida diária'".

Alexander ainda deduz que "na maioria dos acidentes, está implícito um elemento intencional, mesmo que mal se possa percebê-lo conscientemente". Em outras palavras: "a maioria dos acidentes tem uma motivação inconsciente. Essa citação da literatura psicanalítica mais antiga tem o intento de mostrar, entre outras coisas, que nossa visão dos acidentes não é nova e como é demorado o processo de conscientização das coisas (desagradáveis) se é que ele acaba ocorrendo de fato.

Para um posterior desenvolvimento desse assunto, a descrição de uma determinada personalidade com predisposição típica a acidentes nos interessa bem menos do que o significado de um acidente em nossa vida. Mesmo quando uma pessoa não é do tipo que tenha tendência a sofrer acidentes, o que vier a acontecer em sua vida por certo terá um significado pessoal, e nós vamos aprender a descobri-lo. Se na vida de uma pessoa acontece um acidente depois do outro, esse fato revela que ainda não conseguiu resolver seus problemas na consciência e que,

portanto, faz escala no aprendizado à força. O fato de um determinado indivíduo concretizar primariamente suas correções por meio dos acidentes corresponde ao assim chamado *locus minoris resistentiae.* Um acidente questiona de forma súbita o modo de a vítima fazer as coisas. Trata-se de uma ruptura em sua vida e, como tal, deve ser analisada. Todavia, ao fazer essa análise, não devemos observar o curso geral do acidente como se se tratasse de uma peça teatral, tentando entender sua estrutura exata a fim de transferi-la para a situação concreta. Um acidente é uma caricatura da própria problemática – e é exatamente tão dolorosa e incisiva quanto qualquer outra caricatura" (Dethlefsen e Dahlke, 1983, p. 213).

Em harmonia com esse juízo, defendido pelos partidários da *Psicologia Transpessoal*, posiciona-se a *Doutrina Espírita*, que não incorpora a teoria da hereditariedade criminal, embora não rejeite a transmissibilidade de caracteres morfofisiológicos.

No livro *Espiritismo e criminologia,* Deolindo Amorim sustenta que a inclinação para o crime pode ser condicionada pelos fatores anátomo-psíquicos. Isso não quer dizer que a inclinação para o crime derive desses fatores, uma vez que ela tem raízes mais profundas e constitui uma degenerescência inerente ao espírito encarnado na personalidade constituída por três elementos: biológico, ambiental e espiritual.

A *Doutrina Espírita* não nega, então, que as circunstâncias ambientais, disposições constitucionais e efeitos psicológicos decorrentes podem ser condições favoráveis à criminalidade, porque "sendo o espírito anterior ao corpo, traz consigo, ao reencarnar, toda a bagagem de erros, qualidades, propensões e aptidões que podem se reproduzir por meio de outras existências" (Amorim, 1993, p. 77-78). Assim se explica a influência da reencarnação na etiologia do crime, isto é, o espírito como causa de propensão para o crime e não a hereditariedade moral ou física para o crime.

Uma Ciência nova voltada ao estudo do acúmulo das experiências subjetivas do ser humano é a *Neurolingüística,* surgida por meio das pesquisas experimentais que o lingüista Richard Blandler e o matemático John Grinder divulgaram a partir de 1975, na Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos (Robbins, 1987, p. 40-47).

O *Programa da Neurolingüística (Neuro Lingüistic Programming)* oferece técnicas para o ser humano usar os recursos que ele tem em seu próprio benefício, para ultrapassar obstáculos, amadurecer, ser mais feliz, ser mais firme em suas decisões e, assim, ter sucesso e se tornar um ponto de importância e influência positiva no sistema em que ele opera, dentro dos círculos da família, do trabalho e de amizade.

A Neurolingüística alia recursos da Lingüística e da Neurologia. Congrega, para essa finalidade, dois aspectos:

a) o estudo do processo de organização da experiência subjetiva consciente e inconsciente;

b) o estudo dos sistemas neurológicos que formam a base do comportamento, das emoções, da linguagem verbal e não verbal relacionadas às características sensoriais da comunicação humana.

Todos esses estudos levam à identificação de confrontos interpessoais, em que fatores como hábitos indesejáveis, sentimento de culpa, agressividade, desgosto, vergonha, medo, fobia, insegurança e falta de auto-estima podem desencadear o subterrâneo da violência.

A obra *O poder sem limites* escrita por Anthony Robbins, um *best seller* que trata basicamente do Programa Neurolingüística traz a precisão da essência dessa questão:

"Uma das constantes na vida é que sempre estão sendo produzidos resultados. Se você não decide conscientemente que resultados quer produzir e não representa as coisas em consonância com isso, então algum agente externo, como uma conversa, um show de televisão, poderá criar estados que gerarão comportamentos desfavoráveis a você. A vida é como um rio. Está em movimento, e você pode estar à mercê do rio, se não tomar medidas deliberadas e conscientes para se manter na direção que predeterminou. Se não plantar as sementes mentais e fisiológicas dos resultados que quer, sem dúvida crescerão ervas daninhas. Se não orientarmos com consciência nossas próprias mentes e estados, nosso ambiente pode produzir, por acaso, estados indesejáveis. Os resultados podem ser desastrosos. É fundamental, pois, que, diariamente, fiquemos de guarda à porta de nossa mente, visto que bem sabemos como estamos sempre representando coisas para nós mesmos. Devemos todos os dias tirar ervas daninhas de nosso jardim" (Robbins, 1987, p. 57).

Ementem-se, na mesma linha complementar de raciocínio, as considerações de Steve Andreas e Connirae Andreas:

"Algumas pessoas são violentas porque aprenderam que a violência é uma reação adequada em certas situações. Trata-se de um comportamento assimilado. Entretanto, a maioria das pessoas torna-se violenta quando deixa de ter opções. Pense numa situação em que foi violento, ou sentiu que estava prestes a se tornar violento. Será que a violência foi uma *escolha* dentre várias opções? Ou será que sentiu que não tinha outra alternativa, frustrado porque nada do que havia tentado até então tinha dado certo?

As pessoas tornam-se violentas quando deixam de ter opções e sentem-se frustradas e impotentes. Quando a sociedade como um todo deixa de ter opções para lidar com a violência, recorre à repressão, ao controle e ao aprisionamento. Isso aumenta o sentimento de impotência do transgressor, o que por sua vez gera mais violência. A solução ao problema da violência não é mais violência, e sim ensinar outras maneiras positivas de pensar e se comportar. No nível individual, aprender a enxergar os outros em três dimensões, obter recursos pessoais para se sentir emocionalmente seguro e saber lidar com a intimidade e a distância podem fazer uma grande diferença" (Andreas & Andreas, 1993, p. 198-199).

5. A "parelha penal" e a "parelha criminal"

O efeito da iniciativa para ser cúmplice de alguém com base no princípio de que "a união faz a força" levou o Professor francês Vasile Stanciu a dedicar especial atenção às teorias da "parelha penal", e da "parelha criminal", hipóteses em que se identifica ou não a junção de entendimentos do ofensor com a vítima, os quais se sujeitam à possível punição pela concretização da "delinqüência associada" pela cumplicidade (Stanciu, 1985, p. 14-16).

Não se deve confundir o tecnicismo da "parelha penal", teoria formulada originalmente por Binyamin Mendelsohn, com o sentido técnico da "parelha criminal" (cópia criminal ou criminalidade a dois), doutrina idealizada pelo Prof. Scipio Sighele, considerado uma das maiores expressões no campo do direito penal italiano, especialmente pela produção intelectual e embasamento científico a respeito da figura do delinqüente no contexto social (Sighele, 1892, p. 9).

A "parelha penal", cujo fundamento tem origem no relato bíblico do assassinato de Abel por Caim,[1] se compõe de um vitimário e de uma vítima, cada um se posicionando em ângulos distintos ou antagônicos, daí podendo surgir tanto a vítima completamente inocente, como a vítima que, por alguma forma de expressão do comportamento, tira proveito na trajetória do crime. Cite-se como exemplo o assalto a Banco, no qual o gerente, mesmo coagido, aproveita-se da situação para também ficar com alguma parte do dinheiro subtraído.

A "parelha criminal" traduz interesses homogêneos e harmônicos das pessoas que agem como personagens do crime, seja o próprio autor, seja a vítima, quando juntos, em passos sincronizados, convergem e se projetam em uma das múltiplas formas de adesão ao crime. É o caso do conluio entre o traficante e o viciado, o qual, por exemplo, furta ou rouba no sentido de obter dinheiro para adquirir e consumir a droga.

Em ambas as hipóteses – "parelha criminal" e "parelha penal" – devem ser averiguadas todas as circunstâncias e pormenores inerentes ao crime cometido, para que o possível juízo de reprovabilidade, lançado sobre o comportamento de cada agente, seja apurado de modo justo e adequado.

Luís Rodriguez Manzanera observa a possibilidade da "parelha penal" se converter em uma "parelha criminal", como na probabilidade de atitudes do rufião e da prostituta que juntos cometem infrações. O Jurista mexicano lembra também que nem sempre o autor e a vítima se contrapõem claramente, pois há situações em que não se encontra uma diferença óbvia, a exemplo do que se pode notar em certos casos de incesto ou de pacto suicida (Manzanera, 1988, p. 129).

(1) De acordo com a Bíblia, Caim matou Abel e, assim, Abel logrou o lugar na História de ser a primeira vítima na Terra, em um pioneiro caso de "parelha penal". Abel foi o exemplo de vítima submissa, eliminada por obra da natureza humana rebelde representada por Caim.

Na análise lógica da vinculação vitimário-vítima, Manzanera diz ser importante também levar em conta o aparecimento do oportunista de tragédias, denominado por ele "terceiro penal", o qual, aparentemente, pode fingir e se apresentar, por exemplo, como testemunha da situação, quando, na verdade, mesmo sem conivência com o vitimário ou com a vítima, aproveita-se com habilidade da ocasião para tirar, de algum modo, vantagem do crime (Manzanera, 1988, p. 130).

Lembremos o caso da pessoa que pede propina para proteger ou não denunciar o vitimário ou a vítima.

Na relação dinâmica entre o autor e sua vítima, ensejando os componentes da "parelha penal" e da "parelha criminal", é importante sublinhar que a vítima e o delinqüente podem ter relação de família, de amizade, de companheirismo ou de negócio, daí por que muitas das vezes o Sistema de Justiça Penal é o menos apropriado para a solução dos conflitos dessas pessoas.

Sobretudo no envolvimento de crimes de baixo potencial ofensivo, o processo penal, ao invés de conciliar as pessoas, propicia maior distanciamento, aumentando a animosidade e incitando um desprezo maior às regras do direito e da ética.

Punindo um que é declarado delinqüente e dando satisfação a outro que é declarado vítima, resolve-se a questão no âmbito do Poder Judiciário, mas podem-se complicar as relações pessoais, razão pela qual a figura do mediador,[2] em *certas ocorrências,* é mais condizente para promover a reaproximação, a reconciliação salutar, minimizando as desvantagens para as pessoas envolvidas na problemática e, ao mesmo tempo, ensejando maior prestígio para o exercício da cidadania responsável, de maneira a prevalecer o ideal de que respeitar os direitos dos outros e se dispor a arcar com a solidariedade humana são exigências do bem comum.

Jean Pinatel, sobre o tema em exame, expressa que a "parelha criminal" se refere a um fenômeno de identificação, cujos mecanismos primários são a *intros-*

(2) Dois institutos trazem a vantagem da administração mais célere *e* mais eqüitativa da Justiça em consonância com a moderna vocação do Direito Penal, no sentido de tão-só punir o que realmente ultrapassa o mínimo de tolerabilidade:

a) o instituto da *diversão* ou *desjudicialização*; b) o instituto da *mediação.*

A *diversão* ou *desjudicialização* deve ser entendida como a forma de resolução de um conflito humano que tem a natureza de um problema jurídico-penal, colimando a pacificação ou reconciliação do infrator com a vítima, sem a utilização dos procedimentos normais da justiça penal. Assim, as situações conflituais que tenham solução antes da declaração da culpa ou da determinação da pena na sentença devem ser consideradas como *diversão* ou *desjudicialização.* A *mediação,* por outro lado, não diverge, no essencial, da *diversão,* todavia tem uma especificidade. A *mediação* se opera fora dos ritos judiciais e se concretiza com o que podemos chamar de "intervenção do mediador", isto é, uma terceira pessoa que entra no conflito para desempenhar o papel social de sugerir ou estabelecer novas pontes de comunicação, aproximação e reconciliação entre as partes. O mediador deve maximizar o útil da situação mais favorável e minimizar a desvantagem da situação mais desfavorável.

pecção (colocação do outro em si) e a *projeção* (colocação de si no outro). Esse fenômeno da identificação se pode observar, em outra conjuntura, na dialética *hegeliana* do *amo-escravo*, na qual o escravo, que deve oferecer ao patrão o fruto de um trabalho do qual depende quase totalmente, nutre em relação a este um sentimento de ódio que pode manifestar-se tanto no desejo da morte do patrão como na sua própria. É o estereótipo de uma situação que pode ser aceita como submissão, com o desenvolvimento de um complexo de inferioridade e ainda com o sentido de culpabilidade, em relação à qual devem ser considerados os fatores que influem na constituição somática, se refletem no psiquismo e, conseqüentemente, na motivação do crime.

Entre esses fatores não estão apenas aqueles de que a pessoa tem consciência, mas também os fatores do inconsciente que, mesmo não transcendendo o limiar da consciência, entram na engrenagem psíquica e influem na deliberação dos motivos e na decisão de delinqüir. Essa dialética desenha tanto o mecanismo das reações coletivas, de massa, como os fenômenos interpessoais. Veja-se, por exemplo, que a psicologia de comportamento dos povos colonizados, a partir das manifestações de uma dependência coletiva, dirigida por um sentimento de inferioridade ou culpabilidade, pode arrastar à revolta movida por uma agressividade violenta. Em hipótese similar, se vê, freqüentemente, a via seguida pela "parelha criminal" transformar-se em "parelha penal", isto é, a mutação da "criminalidade a dois" em "criminalidade dirigida só por um dos dois *partenaires*", ocorrência que Pinatel chama de um "crime de liberação" (Pinatel, 1961, p. 342).

A periculosidade da "parelha criminal" foi estudada por Sighele, que desenvolveu pesquisa sobre o tema (Pinatel, 1961, p. 343). Sighele acreditava que o súcubo (subordinado, comandado, dirigido) tem o potencial da "periculosidade positiva", resultante do mesmo estar disposto a fazer o mal espontaneamente, como também é possuidor da "periculosidade negativa", decorrente de estar disposto a fazer o mal por sugestão ou dependência. Pinatel não pensa assim. Para ele, a causa psicológica do delito do *súcubo* consiste na ação persistente, enérgica, do *íncubo* (subordinador, comandante, dirigente), que tanto faz e tanto persiste, a ponto de vencer toda a resistência do comandado (*non agit sed agitur*). Ainda que seja oriunda de débil periculosidade, a ação do súcubo não pode existir sem a intervenção do caráter dominante. Levando em conta os posicionamentos de Sighele e Pinatel, cremos que o problema da periculosidade das vítimas que se inserem na "parelha criminal" está estritamente ligado à concepção da vítima por tendência, assunto que tratamos anteriormente.

O estudo das relações interpessoais na "parelha criminal" e na "parelha penal" nos conduz à conclusão de que, em uma ou outra situação, raramente aparecerá uma oposição absoluta entre o delinqüente e a vítima, até porque há freqüentemente uma ação recíproca, sendo que, em alguns casos, é o próprio azar que vai determinar quem será um ou outro, a exemplo do que se sucede no caso do duelo, onde ambos os contendores têm a mesma intenção de utilizar a arma mais rapida-

mente para combater o rival. Será a sorte e a destreza que determinará quem se converterá em vítima.

Outro aspecto a considerar é a questão levantada por Lewis Lawes, citado por Cornil, quando se refere à realidade do "quem é quem" nas relações que se estabelecem nos paradigmas da "parelha criminal" e da "parelha penal" (Cornil, 1959, p. 598). Saber "quem é quem", em várias infrações de sexo pode levar, por exemplo, à configuração do mecanismo de adesão da vítima, consoante se verifica na formalização de condutas selecionadas pela prostituta e pelo proxeneta, o explorador da prostituição.

Nas possíveis projeções do autor e da vítima para ensejar a identificação da "parelha penal" ou "parelha criminal", Versele situa três tipos de relações: a) *relação neurótica*; b) *relação psicológica*; c) *relação genobiológica.* Anote-se que esses três mecanismos de relação podem, inclusive, atuar em combinação (Versele, 1962, p. 593-595).

A *relação neurótica* é capaz de surgir através de uma perturbação precoce dentro dos limites afetivos que vinculam uma pessoa a seus progenitores. Uma acentuada vinculação de dependência e respeito ao pai, acompanhada por uma tendência *edipiana* (complexo de Édipo) muito acentuada em direção à mãe, pode preparar o terreno favorável para converter a pessoa em vítima.

A relação *psicológica* diz respeito à atração recíproca entre o autor e a vítima, por via de estruturas constitucionais dessas pessoas, sempre em busca de uma complementaridade comportamental. É o que acontece do engajamento da masoquista com as tendências sádicas do seu parceiro, como também pode ocorrer nas relações envolvendo o vigarista e a vítima desonesta, que aproveita a vigarice ou trapaça para também levar algum tipo de vantagem.

A *relação genobiológica* se fundamenta em uma atração que deriva de uma carga hereditária similar, atração que, segundo Versele, foi demonstrada pelas pesquisas genealógicas feitas por L. Rittler, na Alemanha, em 1937, ao descobrir as maneiras pelas quais os descendentes de um certo número de desocupados, mendigos e ladrões estavam como que atraídos uns pelos outros, independentemente de seus níveis de vida social e econômica na comunidade.

Jean Pinatel enquadrou essas três modalidades de relações interpessoais em três tipos de vítimas: *vítima determinante*, *vítima facilitadora* e *vítima socializável* (Pinatel, 1961, p. 344).

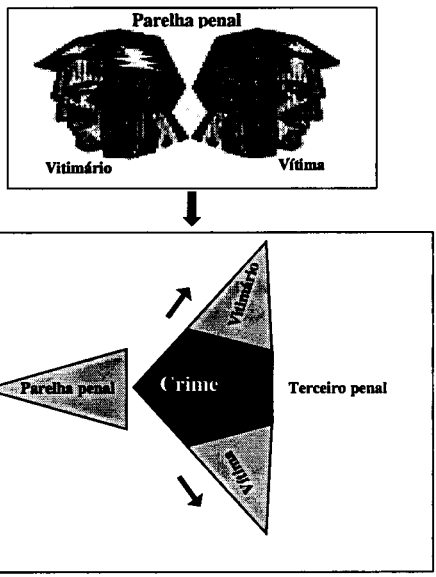
Na *relação neurótica* se encontra a *vítima determinante*, que provoca, com seus distúrbios de personalidade, atos desastrosos para si mesma.

Na *relação psicológica* aparece a *vítima facilitadora*, que desperta o apetite do autor *(la victime éveille l'apetit)* ao gerar a ocasião para o ato criminoso, como se evidencia na chantagem ou em práticas de estelionato, quando o delinqüente joga com o instinto de desonestidade da vítima, que pode estar manifestando um

desejo inconsciente de se deixar lesar, por se sentir atraída pela ânsia de proveito fácil ou vantagem ilícita.

Na *relação genobiológica* avulta a possibilidade de aplicação dos princípios e regras da Pedagogia, da Psicologia e da Psiquiatria, para a reorientação da *vítima socializável*, em condições de obter a sua readaptação social e elevação moral na comunidade.

As questões envolvendo a personalidade da vítima, os traços biológicos e morais da mesma, as diversidades ambientais, as mutações socioculturais, a possível correlação com o criminoso, além da conexão do papel vitimológico possível de fluir na gênese do crime, tudo isso tem sido objeto de contemplação em sucessivos estudos e pesquisas, não só pelas suas implicações científicas, como também pelas preocupações inerentes à correta aplicação do ordenamento jurídico, na interação dos valores na sociedade, favorecendo o exercício sadio da cidadania.

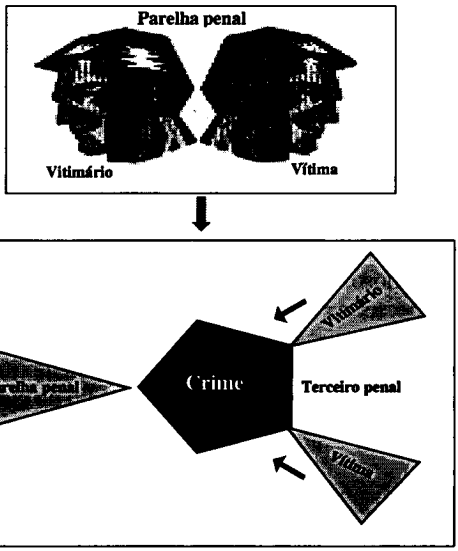


Parelha penal: O vitimário e a vítima se posicionam em ângulos distintos ou antagônicos, ainda que a vítima venha tirar proveito do crime.

Exemplo: em assalto a banco, o gerente, mesmo coagido, aproveita-se da situação para também ficar com alguma parte do dinheiro subtraído.

Terceiro penal: É aquele que, mesmo sem estar conivente com o vitimário ou com a vítima, busca, de algum modo, vantagem no crime.

Exemplo: pessoa que pede propina para proteger ou não denunciar o vitimário ou a vítima.



Parelha penal: O vitimário e a vítima, em passos sincronizados, revelam interesses homogêneos e harmônicos nas relações que convergem ao crime.

Exemplo: a "criminalidade a dois" praticada pelo traficante de droga em conluio com o viciado.

Terceiro penal: É aquele que, mesmo sem estar conivente com o vitimário ou com a vítima, busca, de algum modo, vantagem no crime.

Exemplo: pessoa que pede propina para proteger ou não denunciar o vitimário ou a vítima.

Bibliografia

ALTAVILLA, E. *O delinqüente e a lei penal.* Trad. Fernando de Miranda. Coimbra : Coimbra Ed., 1964. vol. 2.

AMORIM, D. *Espiritismo e criminologia.* Rio de Janeiro : Celd, 1993. vol. 2.

ANDREAS, S. & ANDREAS, C. *A essência da mente.* São Paulo : Summus, 1993.

BETTIOL, G. *Direito penal.* Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo : RT, 1976. vol. 3.

CASANOVA, P. *Antropologia jurídica.* Havana : Cultural, 1937.

CORNIL, P. "Contribution de la victimologie aux sciences criminologiques", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie,* n. 2, Bruxelles, 1959.

DETHLEFSEN, T. & DAHLKE, R. *A doença como caminho.* Trad. de Zilda Hutchinson Schild. São Paulo : Pensamento/Cultrix, 1983.

FERRI, E. *Archivio di psichiatria.* Torino: Bocca, 1880. vol. 1.

———. *Sociologia criminale.* Torino : Utet, 1929. vol. 1.

FROSALI, R. A. "II deliquente der tendenza nel diritto positivo". *Studi in memoria di Arturo Rocco.* Milano, 1952. vol. 1.

GAROFALO, R. *Criminologia.* Trad. Julio de Mattos. Lisboa : Clássica, 1916.

GEMELLI, A. *La personalità del delinqüente.* Milano : Giuffrè, 1948.

———. *La personalitá del delinquente; nei suoi fondamenti biologici e psicologici.* 2. ed. Milano : Giuffrè, 1948.

MANZANERA, L. R. *Victimología.* México : Porrua, 1988.

MANZINI, V. *Trattato di diritto penale italiano.* Torino : Utet, 1959. vol. 3.

PINATEL, J. "Les aspects interpersonnels de la conduite criminelle", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé,* n. 2, Paris, 1961.

RELAZIONE MINISTERIALE AL PROGETTO DEFINITIVO DEL CODICE PENALE. Roma : Tipografia Ufficiale, 1929.

RINPOCHE, S. *O livro tibetano do viver e do morrer.* Trad. Luiz Carlos Lisboa. São Paulo : Talento, 1999.

ROBBINS, A. *Poder sem limites.* Trad. Muriel Alves Brazil. São Paulo : Best Seller, 1987.

STANCIU, V. *Les droits de la victime.* Paris : PUF, 1985.

TABONE, M. *A psicologia transpessoal.* São Paulo : Cultrix, 1993.

VERSELE, S. C. "Appunti di diritto e di criminologia con riguardo alle vittime dei delitti nella scuola positiva. Milano : Giuffrè, 1962. n. 4, p. 593-595.

ZOHAR, D. *O ser quântico.* Trad. Maria Antonia Van Acker. São Paulo : Best Seller, 1990.

4.2

A MULHER E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: algumas notas*

JULITA LEMGRUBER

SUMÁRIO: 1. Mulheres presas: uma visão geral – 2. Quem são as mulheres presas – 3. Prisões para mulheres – 4. Mulheres estrangeiras nas prisões – 5. Mulheres como vítimas: a questão da violência doméstica – 6. Tráfico de seres humanos – 7. A mulher como operadora do Sistema de Justiça Criminal – 8. Temas para pesquisa: 8.1 Na área da criminalidade feminina: 8.1.1 O aumento significativo nas taxas de encarceramento de mulheres reflete um aumento equivalente no número de crimes cometidos, ou apenas reflete uma mudança de atitude dos Sistemas de Justiça Criminal de diferentes países em relação aos crimes cometidos por mulheres?; 8.1.2 Como está mudando o perfil da criminalidade feminina?; 8.1.3 A "cifra obscura" (crimes cometidos mas não notificados à Polícia) é mais alta para as mulheres do que para os homens?; 8.1.4 O endurecimento da legislação penal na área do tráfico de drogas, em diferentes países, produziu impactos semelhantes no aumento do número de mulheres presas?; 8.2 Mulheres presas/crianças pequenas e crianças dependentes: 8.2.1 Quais são as alternativas mais apropriadas para lidar com crianças pequenas, filhas de presas? Há limites de idade ideais para uma criança permanecer com sua mãe na prisão?; 8.2.2 Quais os custos ocultos do encarceramento para mulheres presas?; 8.3 Violência doméstica e de gênero: 8.3.1 Quais as melhores estratégias policiais para lidar com a violência contra a mulher?; 8.3.2 Quais as melhores respostas penais para lidar com a violência contra mulheres, especialmente a violência doméstica?; 8.3.3 Pesquisas de vitimização internacionais abrangendo a violência contra a mulher; 8.4 Mulheres como operadoras do Sistema de Justiça Criminal: 8.4.1 Como o crescimento rápido do número de mulheres nas diferentes carreiras do Sistema de Justiça Criminal está afetando as políticas públicas?; 8.4.2 É verdade que juízas tendem a ser mais severas quando julgam mulheres criminosas do que quando julgam homens?

Resumo: O Trabalho discute algumas questões relacionadas à mulher e o Sistema de Justiça Criminal. Constata o crescente encarceramento de mulheres e as difíceis condições a

(*) Uma outra versão deste artigo foi publicada pelo Heuni (European Institute for Crime Prevention and Control) em: *Women in the criminal justice system: international examples and national responses*, Natalia Ollus and Sami Nevala (ed.), Helsinki, 2001, como resultado de worskshop no 10.° Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes realizado em Viena, em abril de 2000.

que estão sujeitas, devido às suas necessidades específicas. Propõe uma perspectiva de gênero para abordar o Sistema da Justiça Criminal e sugere alguns temas de pesquisa futura.

Palavras-chave: Mulheres presas – Encarceramento – Sistema de Justiça Criminal – Violência de gênero.

Este trabalho pretende discutir algumas questões importantes relacionadas ao tema Mulher e o Sistema de Justiça Criminal, sugerindo áreas de investigação que precisam ser urgentemente incorporadas à agenda de pesquisas. O objeto das reflexões aqui desenvolvidas é a mulher como criminosa e presa, como vítima e operadora do Sistema de Justiça Criminal. Sem pretensão de esgotar o assunto, ou de oferecer um trabalho acabado, enfatizam-se questões freqüentemente ignoradas e ressalta-se a necessidade de abordar a temática a partir de uma perspectiva de gênero.

1. Mulheres presas: uma visão geral

As mulheres constituem, em média, metade da população livre nos diferentes países e apenas cerca de 5% da população carcerária. Não obstante, na maior parte do mundo, o número de mulheres presas vem crescendo muito rapidamente e, em algumas regiões, muito mais rapidamente do que o número de homens presos.[1] Em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, por exemplo, a população carcerária feminina vem aumentando duas vezes mais rapidamente do que a masculina.

No Brasil, e em particular no Estado do Rio de Janeiro, esse fenômeno se verifica de forma acentuada entre os anos 1988 e 2000. Em 1988, havia 230,4 presos em cada 100.000 homens maiores de 18 anos e 6,7 presas em cada 100.000 mulheres maiores de 18. Os números para 2000 apontam um salto da taxa de encarceramento para ambos os sexos, e maior ainda para as mulheres: são 364,4 presos e 12,6 presas por 100.000 habitantes do respectivo sexo com mais de 18 anos de idade.[2]

O crescimento da população carcerária feminina tem sido objeto de numerosos estudos e, embora as explicações para o fenômeno tenham variado ao longo do tempo, admite-se usualmente hoje em dia que a maior participação das mulheres nas várias esferas da vida social resultaram na abertura de novas oportunidades, inclusive de oportunidades para cometer crimes. Por outro lado, o endurecimento da legislação penal em muitos países e uma mudança da abordagem em relação às mulheres criminosas por parte da Polícia, do Ministério Público e do Judiciário parecem estar contribuindo para a maior presença de mulheres nas estatísticas carce-

(1) Para uma visão abrangente da problemática da mulher presa em diferentes países (cf. Vivien Stern, *A sin against the future*, London, Penguin Books, 1998, Part Two).

(2) Barbara Soares, *População carcerária feminina no Estado do Rio de Janeiro*, a ser publicado.

rárias. Argumenta-se, em diversas regiões do mundo, que o Sistema de Justiça Criminal tornou-se mais enérgico ao lidar com mulheres autoras de delitos e que as estatísticas atuais refletem essa mudança, mais do que um mero aumento na prática de crimes. Este último é, inclusive, muito difícil de avaliar, pois, como também se argumenta, grande parcela dos delitos praticados por mulheres ocorre dentro de casa, na esfera privada, o que faz com que a "cifra obscura" (diferença entre o número de crimes cometidos numa sociedade, calculados a partir de pesquisas de vitimização, e o número de crimes conhecidos pela polícia) tenda a ser bem mais alta para os crimes de autoria feminina do que para os de autoria masculina.

No que se refere aos delitos não-domésticos, estudos de populações carcerárias femininas em vários países mostram que o endurecimento da legislação penal, sobretudo na área do tráfico de drogas, vem tendo profundo impacto no crescente número de mulheres privadas da liberdade, embora nesse ramo de atividade criminosa as mulheres quase sempre ocupem posições periféricas e freqüentemente acabem na prisão por envolvimento de companheiros e parentes, ou porque foram usadas como "mulas", levando drogas de um país para outro, em troca de pequenas somas de dinheiro.

Nos Estados Unidos, o número de mulheres presas por crimes relacionados a drogas aumentou nada menos que 888% entre 1986 e 1996, contra um acréscimo de 129% do encarceramento feminino por outros tipos de crimes.[3] No Brasil, os números do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro mostram que 20% das mulheres presas em 1976 estavam condenadas por tráfico de drogas e, em 1999, esse percentual havia subido para 56%.[4]

Junto com o endurecimento da legislação e a menor complacência em relação às mulheres, tem-se ressaltado também a maior vulnerabilidade destas últimas diante da Justiça Criminal: na medida em que ocupam posições subalternas ou periféricas nas redes do tráfico de drogas, e não detêm *inside information* relevante sobre o funcionamento dessas redes, é difícil conseguirem escapar da condenação lançando mão de recursos como, por exemplo, o *plea bargain*, amplamente utilizado nos Estados Unidos. Além disso, em locais onde a polícia é muito corrupta e negocia ilegalmente a liberdade em troca de informação ou de dinheiro, como ocorre com freqüência no Brasil, as mulheres que atuam no tráfico de drogas estão numa posição francamente desfavorável: não só não têm informações valiosas a oferecer, como não dispõem das somas de dinheiro exigidas por policiais corruptos em pagamento da liberdade.

2. Quem são as mulheres presas

As características básicas da população carcerária feminina são muito semelhantes em diversos países e comparáveis às da população carcerária masculina.

(3) Marc Mauer. *Gender and Justice: women, drugs and sentencing policy.* Sentencing Project, Washington, 1999.

(4) Julita Lemgruber. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres.* 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

Tal como os homens, as mulheres presas são basicamente jovens, com menos de 30 anos de idade, são na maioria pobres, têm baixo nível de instrução e, quando trabalham, estão envolvidas em ocupações pouco qualificadas.

As minorias étnicas estão sempre sobre-representadas nas populações prisionais, tanto masculina quanto feminina. Barbara Soares, no trabalho acima referido, constatou que negras e pardas compunham 55% da população carcerária feminina, no Rio de Janeiro, e brancas apenas 43%. Os números da PNAD de 1999, para o mesmo estado, apontam para uma composição diversa da população feminina maior de 18 anos: 35% são negras e pardas e 64% são brancas.

Apesar das semelhanças gerais, há algumas diferenças importantes, que devem ser ressaltadas, entre as populações carcerárias masculina e feminina.

Na maior parte dos países, mulheres presas respondem majoritariamente por crimes sem violência, em geral crimes contra a propriedade ou relacionados ao tráfico de drogas, e as taxas de reincidência tendem a ser inferiores às dos homens. Quando a mulher está presa por um crime violento, usualmente a vítima foi alguém da família ou do círculo próximo de relações. Em alguns países asiáticos, há grande número de mulheres presas por homicídio. Nesses países – a Índia é um bom exemplo – uma alta proporção das mulheres presas, condenadas por homicídio, matou seus maridos depois de anos de submissão a variadas formas de violência doméstica. Há, também, muitas mulheres idosas privadas da liberdade por matarem suas noras, em função de disputas por dotes.

Em diversas áreas do mundo, verifica-se que de 1/3 a 2/3 das mulheres presas foram vítimas de violência física ou sexual antes de entrar na prisão – parcela bem superior à observada entre os homens. Nos Estados Unidos, por exemplo, uma pesquisa realizada pelo National Institute of Justice mostrou que 43% das mulheres presas e apenas 12% dos homens presos tinham sido vítimas de violência física ou sexual, antes de serem privados da liberdade.[5]

Algumas constatações de Barbara Soares, no trabalho já mencionado, são impressionantes. O levantamento, que cobre toda a população carcerária feminina do estado do Rio de Janeiro, mostrou que 71,9% das mulheres presas haviam sido vítimas de violência praticada por seus pais ou responsáveis e 74,6% foram vítimas de violência praticadas por seus maridos ou companheiros.

Com freqüência as presas são chefes de família e únicas responsáveis por filhos ainda dependentes, que acabam em instituições destinadas ao abrigo de menores, ou ficam aos cuidados de parentes próximos. O estudo já citado do National Institute of Justice verificou que, nos Estados Unidos, mais de 2/3 das mulheres presas tinham filhos menores de idade e, entre elas, apenas 25% disseram que seus filhos estavam com algum parente. Já entre os homens com filhos menores, esse percentual foi de 90%, indicando que o encarceramento feminino

(5) Morash, Bynum e Koons, *Women offenders: programming needs and promising approaches*, National Institute of Justice, Research in Brief, August 1998.

pode trazer efeitos de desagregação familiar e de abandono de crianças ainda mais sérios que o masculino.

As condições de saúde da população carcerária feminina tendem, também, a ser piores que as da masculina: basta sublinhar que, em diversos países, o número de portadores do HIV e de doenças mentais é muito maior entre as mulheres presas do que entre os homens presos.

3. Prisões para mulheres

Prisões são basicamente planejadas e desenhadas para homens e suas regras são definidas por homens. Na medida em que o número de mulheres presas é sempre muito pequeno, elas são, em muitos países, freqüentemente alojadas em unidades pertencentes a um complexo prisional masculino, estando sujeitas a regras que não dão conta das suas necessidades específicas. Sendo um grupo minoritário e tendo de dividir espaço com os homens, há sempre menor número de atividades para mulheres presas, e menor número de horas fora das celas.

Em países onde existem prisões exclusivamente para mulheres, estas são em número reduzido e distantes entre si. Às vezes, há uma única prisão de mulheres em todo o país e diferentes tipos de presas são ali alojadas. Assim, o isolamento geográfico resulta em poucas visitas e grande abandono. Levando em consideração que mulheres presas com mais freqüência têm filhos que delas dependem, o isolamento é um fardo muito maior para a população carcerária feminina do que para a masculina.

Acredita-se que o estigma associado à criminalidade seja muito maior para mulheres do que para homens. Em alguns países, o estigma e a vergonha estendem-se a toda a família, e mulheres criminosas são rejeitadas por seus parentes e por suas comunidades. O que se dizia em 1864 parece ainda vigorar nos dias de hoje: "quando uma mulher abandona as virtuosas restrições sociais e se deixa tomar pelo mal, ela é muito mais perigosa para a sociedade do que os homens".[6]

Durante meus anos de envolvimento com a questão prisional, particularmente com a questão da mulher presa, muitas vezes ouvi homens afirmarem que escondiam dos filhos o fato de suas mães estarem presas, preferindo dizer que haviam morrido e insistindo que uma mãe não tem o "direito" de ser criminosa.[7] Certa vez, ouvi de um membro da equipe de uma unidade prisional feminina a seguinte opinião: uma criminosa reincidente deveria ser esterilizada e jamais ter o direito de se tornar mãe. Perguntado sobre o que se deveria fazer com o criminoso reincidente, a resposta veio rápida: "Homens são diferentes".

Mulheres criminosas são freqüentemente vistas como tendo cometido uma dupla infração: elas ousaram desafiar as leis do país e ao mesmo tempo desafia-

(6) Dobash, Dobash and Gutteridge. *The imprisonment of women.* Osford : Basil Blackwell, 1986. p. 109.

(7) Esta constatação é comum em muitos países. Para os Estados Unidos, ver Jean Harris, *Stranger in two worlds*, New York, MacMillan, 1986.

ram as leis da família, recusando-se a preencher o papel que delas se espera: de boas mães e esposas. Por isso sofrem uma punição também dupla: além da perda da liberdade, estão sujeitas a níveis de observação e controle muito mais rígidos, que visam a reforçar nelas a passividade e a dependência. Atos de indisciplina absolutamente desconsiderados em prisões masculinas resultam em punições severas para mulheres presas. E há ainda discriminação na área de visitas íntimas: no Estado de São Paulo, por exemplo, as mulheres presas continuam até hoje privadas de manter relações sexuais com seus esposos e companheiros (situação diferente da do estado do Rio de Janeiro, onde as mulheres desfrutam desse direito desde os anos 70).

As questões acima elencadas apontam para a extrema urgência de se incorporar a perspectiva de gênero na elaboração e implementação de políticas penitenciárias, assim como no desenho de programas de reabilitação, devendo-se levar em conta o fato de o estigma e a rejeição pela comunidade serem mais agudos quando se trata de mulheres.

Autoridades prisionais às vezes explicam a ausência de programas especialmente desenhados para mulheres argumentando que elas representam uma parcela muito pequena da população carcerária e que o custo-benefício de elaborar programas específicos não justifica o esforço. Essa lacuna, entretanto, fere a isonomia de direitos entre homens e mulheres presos, já que, sendo diferentes as necessidades dos dois grupos, a igualdade de direitos pressupõe obrigatoriamente que recebam um tratamento diferenciado dentro do sistema.

4. Mulheres estrangeiras nas prisões

O crime organizado transnacional afeta todas as regiões do mundo e tem contribuído muito para o aumento significativo de mulheres criminosas provenientes de diferentes países alojadas num mesmo estabelecimento, cidade e país. No Rio de Janeiro, por exemplo, apenas 1% das presas eram estrangeiras em 1976 e, vinte anos mais tarde, esse percentual já chegava a 11%. Elas são, basicamente, "mulas" muito mal remuneradas e com freqüência abandonadas quando detidas pela polícia.

Essas mulheres se defrontam com problemas muito singulares quando são presas, na medida em que não estão familiarizadas com o idioma local, não entendem as regras jurídicas e prisionais, e, assim, o isolamento cultural e lingüístico significa o agravamento de uma situação já repleta de dificuldades. Em geral, estão a milhares de quilômetros de distância de suas casas e cumprem sentenças longas sem jamais receberem uma única visita.

Raramente existe apoio por parte do país de origem, e o país que as condena e priva da liberdade tampouco provê assistência jurídica adequada. Em função de sua "permanência irregular" no país, é muito difícil obter alguns dos benefícios legais concedidos aos nacionais. Alguns países – e o Brasil é um deles – tornam praticamente impossível aos presos estrangeiros a obtenção de

benefícios como a progressão de regime. No caso do livramento condicional, uma série de exigências legais, como o decreto de expulsão, também dificultam a concessão do benefício.

5. Mulheres como vítimas: a questão da violência doméstica

Desde os anos 60, pesquisas regulares sobre violência doméstica são realizadas nos Estados Unidos, Canadá e países europeus. Em muitas áreas do mundo – a América Latina é um bom exemplo – nada foi feito antes dos anos 80 e, em alguns países, dados sobre violência doméstica praticamente inexistem. Pesquisas de vitimização especialmente desenhadas para investigar violência contra mulheres não são comuns, e análises comparativas entre países são muito difíceis, devido a diferentes definições ou mesmo à falta de definições de violência doméstica, violência contra mulheres ou violência de gênero.

Sabe-se que, na área da violência contra a mulher, os níveis de subnotificação são altíssimos. Vários fatores explicam isso: a mulher agredida freqüentemente tem vergonha de denunciar, é ameaçada por seu companheiro para não fazê-lo e/ou teme as implicações econômicas da prisão e condenação do provedor da família. Por outro lado, quando a polícia não recebe treinamento específico para lidar com a violência doméstica, muitos policiais não registram as ocorrências por considerarem que se trata de assunto privado, fora do âmbito de atuação, ou mesmo de interesse, dos agentes de segurança pública.

Mesmo assim, muitos países têm realizado campanhas de esclarecimento em relação à violência doméstica e à violência de gênero. Na medida em que o tema ganha visibilidade, mais pessoas aprendem a reconhecer essas formas de violência como crimes, tendem a reportá-los mais e, conseqüentemente, os registros oficiais se elevam.

Geralmente se estima que 25% a 33% das mulheres no mundo são agredidas por seus maridos; em alguns países tais estimativas resultam de pesquisas de vitimização, mas em outros não passam de suposições, podendo encobrir uma realidade ainda mais dramática.

Informações detalhadas e impressionantes sobre violência doméstica e de gênero são coletadas regularmente nos Estados Unidos, e foram sistematizadas por Barbara Soares:[8]

- 1/7 das mulheres nos Estados Unidos são vítimas de agressão física;
- uma mulher é agredida a cada 15 segundos;
- as mulheres são vítimas em 95% dos casos de agressão no casal;
- a cada dia 4, mulheres são mortas por seus maridos;

(8) Barbara Soares. *Mulheres invisíveis*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1999.

– a pena para um homem que matou sua companheira (esposa, namorada etc.) é, em média, de 2 a 6 anos, enquanto para mulheres que matam seus maridos, namorados etc. a pena é, em média, de 15 anos;

– apenas 18% dos casos de estupro e violência sexual que vitimam as mulheres norte-americanas são cometidos por estranhos;

– as mulheres vítimas de violência doméstica se machucam fisicamente mais do que aquelas que sofrem ataque de um estranho.

De acordo com dados da Unifem, na América Latina e no Caribe de 25 a 50% das mulheres são vítimas de violência doméstica; 33% das mulheres sofrem abuso sexual entre os 16 e 49 anos e pelo menos 45% delas são objeto de ameaças, insultos e destruição de bens pessoais. Em algum momento de suas vidas, metade das latino-americanas é vítima de alguma violência.

Levantamentos do Banco Interamericano de Desenvolvimento indicam que, em alguns países, as mulheres são vítimas de violência doméstica grave em proporção muito significativa: 12% das mulheres entrevistadas em Santiago do Chile e 28% daquelas ouvidas em Manágua (Nicarágua) admitiram ter sofrido grave violência doméstica. No México, pesquisa realizada em 1992 detectou que 33% das mulheres de uma determinada amostra tinham sido agredidas e 20% haviam sido agredidas quando grávidas.[9]

No Brasil, segundo a Sociedade Mundial de Vitimologia, 23% das mulheres estão sujeitas à violência doméstica. Por outro lado, as estatísticas disponíveis nas Delegacias Especializadas de Crimes contra a Mulher demonstram que 70% dos incidentes registrados acontecem dentro de casa, e o agressor é o próprio marido ou companheiro.

Não há dúvida de que é necessário investir seriamente nessa área para que diminua a vulnerabilidade das mulheres à violência, e de que isto só será conseguido quando a discriminação contra as mulheres for eliminada e quando elas forem consideradas indivíduos com todos os direitos: civis, sociais, econômicos, políticos e culturais. Mas está claro que algumas ações precisam ser empreendidas imediatamente, se desejamos que se produzam resultados a curto prazo. Levando isso em consideração, é importante admitir que estratégias efetivas e campanhas para reduzir a violência doméstica só produzirão resultados se dispusermos de dados qualitativos e quantitativos confiáveis e precisos, inclusive dados que possibilitem a comparação entre diversos países.

6. Tráfico de seres humanos

Mais de um milhão de mulheres e crianças são "traficadas" a cada ano no mundo. Estima-se que o tráfico de seres humanos seja um negócio bilionário,

(9) Maria Teresa Traverso. *Violencia en la pareja.* Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2000.

gerando de 5 a 7 bilhões de dólares por ano e sendo a terceira maior fonte de lucros do crime organizado. Mesmo assim, esse tráfico parece ser considerado menos grave do que o de drogas e armas.

As mulheres envolvem-se nessa atividade como vítimas e criminosas, embora pouca investigação exista sobre a extensão do envolvimento de mulheres no recrutamento de outras mulheres, que acabam sendo negociadas para a indústria do sexo, ou na seleção de crianças que são objeto de tráfico entre diversos países.

Não existem estatísticas confiáveis e precisas sobre o tráfico de seres humanos, principalmente porque as vítimas dessa atividade não são detectadas pelas autoridades de imigração, e a maior parte dos países não coleta dados com regularidade. Por outro lado, a ameaça de deportação usualmente impede as mulheres que são vítimas de procurar ajuda das autoridades governamentais.

Devem-se empreender esforços para que países diferentes construam definições similares em relação ao que seja considerado tráfico de seres humanos. Da mesma forma, deve ser criada legislação específica – nacional e internacional – para lidar com a questão, e é preciso informar amplamente o público sobre a gravidade desse problema.

7. A mulher como operadora do Sistema de Justiça Criminal

A incorporação de mulheres como operadoras do Sistema de Justiça Criminal é fenômeno recente em vários países. Com exceção dos sistemas penitenciários onde as populações carcerárias femininas de há muito são "vigiadas" por guardas do sexo feminino, as outras instâncias do Sistema de Justiça Criminal passaram a contar com um número razoável de mulheres a partir do início do século XX. E, nos últimos vinte anos, tem havido um crescimento significativo da participação de mulheres como policiais, defensoras públicas, promotoras e juízas.

Em muitos países, o sistema de quotas ou ação afirmativa contribuiu para o aumento mencionado e os números são realmente impressionantes. Entre 1984 e 1994, o número de mulheres policiais, por exemplo, passou de 4 a 23% no Canadá; de 2,7 a 19,3% na Dinamarca; de 10 a 33,3% na Suécia; e de 5,5 a 23,4% na Escócia. No mesmo período, o número de mulheres promotoras cresceu de 28,6 para 41,4% na Bulgária; de 19,8 a 37,9% no Peru; e de 15,1 a 39,8% na Espanha. Na área da magistratura, a participação de mulheres elevou-se, entre 1984 e 1994, de 3,1 a 7,2% no Japão; de 0 a 9% em Chipre; e de 13 a 30% na Suécia.

Mesmo considerando a importância desse aumento, quando se analisa a maior participação das mulheres nessas carreiras como novas oportunidades de inserção no mercado de trabalho, é preciso distinguir entre "participação" e "representação". Fazer-se "representar", numa área tradicionalmente dominada por homens, quer dizer fazer valer suas opiniões na condução de políticas para o Siste-

ma de Justiça Criminal. Fazer-se "representar" quer dizer introduzir uma perspectiva de gênero na operação do Sistema de Justiça Criminal.

8. Temas para pesquisa

Há muita pesquisa a ser desenvolvida sobre os temas acima, entre os quais alguns deveriam ser enfatizados, a fim de esclarecer várias dúvidas que ainda persistem, como, por exemplo:

8.1 Na área da criminalidade feminina

8.1.1 O aumento significativo nas taxas de encarceramento de mulheres reflete um aumento equivalente no número de crimes cometidos, ou apenas reflete uma mudança de atitude dos Sistemas de Justiça Criminal de diferentes países em relação aos crimes cometidos por mulheres?

Para responder a essa questão, há necessidade de cruzar dados sobre o número de prisões realizadas pela polícia e de condenações a penas privativas de liberdade com informações sobre crimes cometidos, provenientes de pesquisas de vitimização. Ao mesmo tempo, é fundamental empreender estudos qualitativos, incluindo entrevistas aprofundadas com operadores do Sistema de Justiça Criminal (desde policiais até promotores e juízes), que permitam perceber como o endurecimento da legislação penal e as mudanças das políticas na área do Sistema de Justiça Criminal têm afetado o número de mulheres nas prisões.

8.1.2 Como está mudando o perfil da criminalidade feminina?

Em muitos países não existem séries históricas de dados que permitam estabelecer mudanças ocorridas ao longo de um determinado número de anos, e é preciso investir esforços para que se produzam esses dados. Numa perspectiva comparativa, cabe analisar, entre outras coisas, como e porque as principais transformações vêm ocorrendo, e até que ponto se trata de um fenômeno internacional.

8.1.3 A "cifra obscura" (crimes cometidos mas não notificados à Polícia) é mais alta para as mulheres do que para os homens?

O fato de muitos crimes cometidos por mulheres ocorrerem em espaços privados leva a crer que as "cifras obscuras" possam ser mais altas para delitos de autoria feminina, mas isto deve ser pesquisado. Caso a hipótese se confirme, talvez verifiquemos que, em algumas áreas, não há grande diferença nas taxas de

criminalidade por gênero, embora possam ser muito distintos os tipos de delitos mais freqüentemente perpetrados por homens e por mulheres.

8.1.4 O endurecimento da legislação penal na área do tráfico de drogas, em diferentes países, produziu impactos semelhantes no aumento do número de mulheres presas?

Como já dito, a população carcerária feminina aumentou consideravelmente nos últimos anos, em ritmo bem mais acelerado do que a população carcerária masculina. É preciso verificar o que tem ocorrido em diversos países, analisando mudanças legislativas adotadas e outras transformações incidentes sobre as práticas e atitudes de operadores dos Sistemas de Justiça Criminal em várias partes do mundo.

8.2 Mulheres presas/crianças pequenas e crianças dependentes

8.2.1 Quais são as alternativas mais apropriadas para lidar com crianças pequenas, filhas de presas? Há limites de idade ideais para uma criança permanecer com sua mãe na prisão?

Muita pesquisa qualitativa deve ser feita nessa área, e não é mais possível adiar a realização de análises comparativas entre países que empregam estratégias diversas. Estudos já realizados na Grã-Bretanha,[10] mostraram, por exemplo, que o desenvolvimento cognitivo e motor de crianças que passam quatro meses ou mais com suas mães nas prisões é retardado. Na maior parte dos países da América Latina, assim como na Rússia e na Polônia, as crianças permanecem com suas mães até os três anos de idade; na Suécia, até os dois anos. Já nos Estados Unidos, as mulheres são, em geral, separadas de seus bebês um a dois dias após o parto e justifica-se tal atitude alegando-se problemas gerenciais e de segurança. Qual a idade-limite ideal para um bebê permanecer na prisão com sua mãe? Qual o melhor tipo de arranjo? Ainda não há respostas para essas perguntas: só a análise comparativa de diferentes experiências e de seus resultados permitirá uma avaliação conseqüente, capaz de orientar a escolha das estratégias mais adequadas.

8.2.2 Quais os custos ocultos do encarceramento para mulheres presas?

Se já é extremamente difícil calcular e comparar o custo explícito envolvido na manutenção de populações prisionais, porque diferentes países utilizam diferentes métodos de cálculo, mais difícil ainda é dimensionar os custos ocultos do encarceramento, que, no caso das mulheres, deveriam ser examinados com espe-

(10) Andrew Coyle. *The prisons we deserve*. London : Harper Collins, 1994. p. 49.

cial atenção. Sabe-se, por exemplo, que crianças separadas das mães em tenra idade correm risco muito maior de vir a se envolver com a criminalidade e de acabar encarceradas na idade adulta. Logo, há custos econômicos e sociais futuros embutidos na manutenção de mulheres presas, cuja estimativa poderia ser feita a partir de estudos objetivando acompanhar crianças com mães encarceradas ao longo de vários anos, mesmo após a libertação dessas mães.

8.3 Violência doméstica e de gênero

8.3.1 Quais as melhores estratégias policiais para lidar com a violência contra a mulher?

A criação de unidades especiais de polícia, nos últimos anos, em alguns dos estados brasileiros, provou ser uma experiência bem-sucedida na condução de casos de violência contra a mulher, particularmente estupro e violência doméstica. Com equipes de mulheres policiais especialmente treinadas, essas unidades vêm-se multiplicando, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo. Além de registrarem e investigarem os casos, algumas dessas unidades trabalham em conjunto com diferentes agências governamentais e não-governamentais, num esforço coordenado para manter as vítimas seguras e livres de novas violências. Críticos dessa estratégia dizem que serviços especialmente destinados a lidar com a questão da violência doméstica deveriam ser oferecidos em toda e qualquer delegacia. Qual a melhor abordagem? Não há consenso em torno desse ponto; é necessária a realização de pesquisas para avaliar a eficácia de diferentes linhas de atuação.

8.3.2 Quais as melhores respostas penais para lidar com a violência contra mulheres, especialmente a violência doméstica?

Países diferentes lidam de formas diversas com homens autores de violência contra mulheres, e mais especificamente de violência doméstica. Em alguns países, legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores e registrarem suas queixas. Sempre que o companheiro ou esposo é o único provedor da família, o medo de sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade. Em alguns países existem formas criativas e alternativas de punir homens perpetradores de violência contra mulheres, sobretudo se não forem reincidentes. As estratégias que até agora têm-se mostrado mais eficazes são as que combinam prestação de serviços à comunidade com tratamento psicológico ou mesmo teatro experimental, o que é feito na Grã-Bretanha com muito sucesso. É urgente que se amplie o conhecimento das experiências alternativas à imposição de penas de prisão nessa área, pois já existe evidência de que, em vários casos, o encarceramento de homens agressores pode aumentar, ao invés de diminuir, os níveis de violência contra a mulher e as taxas gerais de impunidade para esse tipo de crime.

8.3.3 Pesquisas de vitimização internacionais abrangendo a violência contra a mulher

A Heuni, organismo afiliado à ONU, já iniciou uma pesquisa de vitimização internacional desse tipo, com um questionário padrão e a mesma metodologia para os países participantes – única forma de produzir dados que permitam análises comparativas. O Brasil deve incorporar-se a este esforço, não só participando de pesquisas internacionais, mas desenvolvendo pesquisas locais regulares e detalhadas. A implementação de políticas públicas conseqüentes na área da violência contra a mulher, aliás como em qualquer outra área, só são possíveis com o conhecimento da realidade com a qual se está lidando.

8.4 Mulheres como operadoras do Sistema de Justiça Criminal

8.4.1 Como o crescimento rápido do número de mulheres nas diferentes carreiras do Sistema de Justiça Criminal está afetando as políticas públicas?

A realização de pesquisas qualitativas é o único modo possível de determinar se e como o crescente número de mulheres policiais, promotoras e juízas na produção vem afetando as políticas públicas nessa área.

8.4.2 É verdade que juízas tendem a ser mais severas quando julgam mulheres criminosas do que quando julgam homens?

Aqui também a pesquisa qualitativa é necessária para clarificar a presunção, aceita em muitos países, de que juízas e promotoras são mais duras quando estão lidando com mulheres criminosas do que quando lidam com homens.

Mais do que uma discussão sistemática ou exaustiva, pretendi neste trabalho ressaltar alguns temas e problemas que demandam esforços especiais de pesquisa nesta área que estou chamando de "Mulher e Justiça Criminal". É muito importante o fato de diversos institutos das Nações Unidas estarem presentemente investindo em pesquisas com o objetivo de reduzir a violência contra as mulheres e o tráfico de seres humanos, mas, para que essas iniciativas sejam realmente bem-sucedidas, torna-se fundamental uma conjunção de esforços de governos e agências não-governamentais em nível local e internacional, tanto na esfera dos recursos materiais quanto na dos dos recursos humanos.

Por outro lado, alguns temas aqui discutidos jamais foram adequadamente estudados no Brasil, constituindo material para urgente investigação. É preciso, sobretudo, entender melhor a problemática da criminalidade feminina e seu perfil, pesquisar os cultos ocultos do encarceramento de mulheres chefes de família e únicas responsáveis por filhos pequenos, e determinar as melhores estratégias policiais e penais para lidar com a violência contra a mulher e a violência doméstica em particular.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

A NOVA PREVENÇÃO: UMA POLÍTICA INTEGRADA DE SEGURANÇA URBANA*

THEODOMIRO DIAS NETO

SUMÁRIO: 1. A democracia em uma sociedade pluralista – 2. A descentralização do Estado – 3. As políticas de segurança pública – 4. A nova prevenção: 4.1 Uma compreensão interdisciplinar do tema da segurança; 4.2 A multiagencialidade das políticas públicas de segurança; 4.3 A participação da sociedade civil; 4.4 Descentralização – 5. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: "Nova prevenção", "policiamento orientado ao problema", "policiamento comunitário", "tolerância zero" são conceitos que emergem na agenda política dos países para expressar novidades no âmbito das políticas de segurança urbana. A expectativa é que com o aporte de competências e óticas disciplinares diversas, o sentido de insegurança possa ser compreendido e abordado em sua inteira complexidade causal e não somente em sua vertente criminal. Neste artigo, são discutidas características e ambigüidades destas estratégias, que, dependendo do contexto, podem suscitar alternativas ao controle penal, mas, ao mesmo tempo, revelar formas suplementares de controle sobre segmentos sociais vistos como portadores do risco criminal.

Palavras-chave: Prevenção criminal – Segurança pública – Nova prevenção – Policiamento comunitário – Política criminal.

A partir da década de oitenta, consolida-se um debate internacional sobre novas formas de interpretação e abordagem da "questão criminal", associadas na Europa freqüentemente ao conceito da "Nova Prevenção". No centro da reflexão estão as limitações do sistema de justiça criminal e o desenvolvimento de um modelo integrado de proteção de bens jurídicos, capaz de coordenar as políticas criminais com um amplo leque de intervenções preventivas e reativas, estatais e não-estatais.

Uma leitura adequada do sentido e alcance dos rumos das políticas públicas de segurança exige um olhar mais abrangente para tendências de reorganização das esferas públicas, que se manifestam em possibilidades diversas de articulação entre os pólos do Estado, do mercado e da sociedade civil. O objetivo de inserir o

(*) Este artigo foi escrito para uma Coletânea em homenagem a Alessandro Baratta, organizada por Vera Regina Pereira de Andrade, em publicação pela Fundação José Arthur Boiteux (Universidade Federal de Santa Catarina).

tema da Nova Prevenção nesse contexto de transformações globais justifica uma discussão introdutória sobre as mais recentes reflexões e experiências nos campos da teoria da democracia e da reforma do Estado.

1. A democracia em uma sociedade pluralista

A teoria política vem se confrontando com o desafio de interpretar dilemas da democracia contemporânea num contexto de transformações sociais que invalidam paradigmas tradicionais. Claude Lefort entende tal desafio como um esforço de "reinterpretação do político" (1990).

O processo de esvaziamento do Estado de Bem-Estar, freqüentemente diagnosticado como uma crise de natureza fiscal que reduz a capacidade estatal de investimentos na área social, manifesta, mais além, um quadro de saturação dos mecanismos de regulação e legitimação política que asseguravam a sua reprodução. O sistema político-estatal torna-se incapaz de coordenar interesses e produzir decisões.[1]

A globalização das relações sociais, especialmente no plano econômico, e a globalização dos conflitos e dos riscos esvaziam a capacidade regulatória do Estado-nação, sem que haja instâncias supranacionais em condições de suprir tal vácuo e oferecer respostas eficazes e democráticas aos problemas globais.[2] O espaço geopolítico do Estado-nação perde para o sistema mundial a condição de "unidade privilegiada e exclusiva de gestão econômica, direção política, controle social e iniciativa legislativa" (Faria, 1996: 237).[3]

No plano interno, esse movimento de retração do Estado manifesta-se sob as formas de transferência de responsabilidades para outros sistemas (crise do Estado Social), de esvaziamento de suas funções econômicas (privatização, desregulamentação do mercado), de ressurgimento de identidades étnicas e religiosas e de esvaziamento da eficácia regulatória do direito estatal e do monopólio da força legítima (pluralismo jurídico, privatização do sistema policial e prisional) (Santos, 1994: 271-275).

Norberto Bobbio constata que o tema da democracia não pode ser hoje destacado do tema do pluralismo (1983; 1984: 33-61).[4] Ao contrário do ideal demo-

(1) Erhard Denninger descreve um quadro de "saturação estrutural" do Estado de Direito, que se traduz em carência de mecanismos decisórios capazes de incorporar novos temas e atores políticos, processar conflitos e definir critérios para seleção de prioridades diante de demandas sociais divergentes (1990: 34).

(2) Sobre o fenômeno da globalização, especialmente suas implicações nas esferas do direito e da democracia: Santos, 1994, 1995; Faria, 1996; Habermas, 1998; Beck (org.), 1998.

(3) Nas palavras de Boaventura Santos, "a transnacionalização da economia e o capital político que ela transporta transformam o Estado numa unidade de análise relativamente obsoleta, não só nos países periféricos e semiperiféricos, como quase sempre sucedeu, mas também nos países centrais" (1994: 80).

(4) Sobre a evolução histórica do conceito de pluralismo: Bobbio, 1983; McLure, 1992.

crático de uma sociedade centrípeta, fundada no Estado como expressão única da soberania popular, a sociedade atual é centrífuga, diferenciada funcionalmente e articulada em torno de inúmeros centros de poder e blocos antagônicos de interesses que atuam dentro e fora do campo estatal. A democratização dessa pluralidade de espaços de poder representa o desafio fundamental de uma nova teoria democrática. A democracia contemporânea deve ser pluralista, conclui Bobbio.[5]

Na teoria política alemã, a discussão sobre alternativas ao centralismo político estatal tem se dado em torno do conceito de *Bürgergesellschaft* ("sociedade de cidadãos") (Preuß, 1994: 123-170; Habermas, 1992: 442-445). Se o modelo de cidadania moderna equivale a uma posição perante o Estado (*Staatsbürgergesellschaft*), a nova teoria democrática caminha para uma compreensão ampliada do político, que se destaca do estatal para alcançar novos domínios de interação social e novos instrumentos de validação de direitos (Santos, 1994).[6] A cidadania estatal não perde a sua importância, mas a sua condição de exclusividade.

Jean Cohen e Andrew Arato desenvolvem o conceito de "pluralidade de democracias" para apresentar os desafios práticos da questão democrática em uma sociedade complexa, na qual a materialização do princípio da soberania popular deve ser ajustada às especificidades funcionais dos diversos sistemas sociais (1992: 451-491).

O argumento por um modelo político policêntrico decorre ainda da constatação de que questões relevantes da atualidade não se enquadram em dualismos tradicionais como "indivíduo contra Estado" ou "classe contra classe" e não são passíveis de solução no âmbito restrito das medidas estatais ou econômicas. Exemplos destas pautas que mobilizam o debate político são: a formulação de modelos emancipatórios de desenvolvimento, os direitos do consumidor, os riscos ambientais, os limites morais ao progresso técnico-científico, a legitimidade de novos modelos familiares e as inúmeras formas de violência e exclusão da "nova pobreza".

A produção dos recursos materiais e éticos necessários à gestão desses "conflitos pós-industriais" deve ser decorrência de uma cultura política participativa, fundada na idéia da co-responsabilidade pela tarefa de integração social (Preuß, 1994: 152-170). O conceito de esfera pública de Hannah Arendt tem sido uma referência nesta reflexão sobre a natureza participativa e não institucional da ação política (1958: cap. II).[7] Arendt vê a vitalidade de uma democra-

(5) A idéia de uma democracia pluralista consiste para Bobbio na evolução de um projeto de "democratização do Estado" para um projeto de "democratização da sociedade" (1984: 50).

(6) Boaventura Santos acena a perspectiva de um "novo equilíbrio entre subjetividade e cidadania" fundado numa "repolitização global da prática social", capaz de "identificar relações de poder e imaginar formas práticas de as transformar em relações de autoridade partilhada" nos vários espaços estruturais da vida social (1994: 233).

(7) Sobre a atualidade da obra de Hannah Arendt, ver: Rödel, Frankenberg e Dubiel, 1989: cap. 3; d'Entrèves, 1992; Hansen, 1993.

cia na existência de espaços públicos de liberdade, espaços de questionamento do poder, nos quais os interesses e temas adquirem visibilidade e tornam-se objetos de deliberação coletiva.

A tarefa de construção coletiva da *polis* não corresponde ao cenário idílico de uma sociedade sem dissenso, mobilizada em torno de valores e interesses comuns, mas à capacidade de uma sociedade confrontar-se consigo própria, dando ressonância política aos seus conflitos. A expectativa é, em outras palavras, a constituição de uma "cultura democrática do conflito" (Rödel, Frankenberg e Dubiel, 1989; Frankenberg, 1995).[8]

2. A descentralização do Estado

A discutida relativização da hegemonia estatal não significa que o Estado seja uma forma de associação como as outras. Ainda que enfraquecido diante de uma "constelação pós-nacional" (Habermas, 1998), o Estado continua a ser uma instância privilegiada de afirmação de direitos e da democracia. Uma "sociedade de cidadãos" não se constrói à margem do Estado, mas compreende um Estado democratizado.

As transformações nos campos da ação política, da economia, do direito, da ciência evidenciam, contudo, o anacronismo dos padrões tradicionais de organização e funcionamento da administração estatal. Os governos se defrontam com a necessidade de atuar em um ambiente externo complexo e dinâmico, que exige processos decisórios flexíveis e ágeis e sistemas mais sólidos e eficientes de comunicação e coordenação interagencial (Osborne e Gaebler, 1992; Dowbor, 1994).

Princípios norteadores do modelo burocrático de administração pública, como a "auto-suficiência" ou a "provisão direta de serviços", moldados às exigências do Estado social, mostram-se inadequados para garantir as condições de governabilidade em uma sociedade pluralista, cujos conflitos não mais comportam interpretações ou soluções setoriais emanadas do pólo estatal, mas demandam estratégias integradas envolvendo a participação de atores do Estado, da sociedade civil e do mercado (Leach, Stewart e Walsh: 1994).[9]

O debate em torno da reforma do Estado articula-se, pois, em suas diversas vertentes ideológicas, em torno do conceito-chave da "descentralização", ou seja, da transferência de recursos e competências, tanto no plano subestatal (dos governos centrais aos governos locais, do Executivo para o Legislativo), como no plano extra-estatal (do Estado para as organizações do mercado e da sociedade

(8) Sobre a relação entre dissenso e democracia, afirma Bobbio: "[U]na società in cui il dissenso non sia ammeso è una società morta o destinata a morire" (1984: 58).

(9) A série "*Government beyond the center*", organizada por Gerry Stocker e Steve Leach (London, MacMillan) possui vários publicações descrevendo a experiência inglesa de reforma do Estado, especialmente no âmbito municipal.

civil).[10] Gerry Stoker, observador da experiência municipal inglesa, diagnostica um movimento de transição de um sistema estatal de "governo local" (*local government*) para um sistema pluriagencial de "governança local" (*local governance*) (1996: 1).[11] Os desdobramentos dessas tendências sobre as políticas de segurança serão posteriormente discutidos.

A perspectiva democrática de um projeto de reforma do Estado está na superação da polarização entre Estado e mercado, por um modelo de descentralização política alicerçado na sociedade civil. É esse o argumento central desenvolvido pelo cientista político norte-americano Robert Putnam (1993), em sua abrangente pesquisa empírica sobre o desempenho dos governos regionais e locais italianos. Putnam defende a tese de que o nível de eficiência de um governo e de um sistema econômico está estreitamente relacionado ao grau de engajamento cívico dos cidadãos ou, em suas palavras, ao "capital social" disponível.

3. As políticas de segurança pública

A discussão mais específica deste artigo inicia-se com uma avaliação crítica do conceito de "segurança pública", conceito seletivo centrado em duas dimensões fundamentais: a primeira centrada na fusão entre as idéias de segurança e de criminalidade, ou de certas formas de criminalidade; a segunda, na equivalência "hobbesiana" entre "segurança dos cidadãos" e "segurança do Estado", entendida como capacidade de imposição repressiva da paz.

A crescente hegemonia do discurso penal, a insistência da sociedade em tematizar os seus conflitos sob a forma de demanda punitiva, é o outro lado de uma obstrução dos canais de comunicação política. O discurso sobre os conflitos sociais converte-se em um discurso sobre a criminalidade. Assim tem sido com a questão juvenil, nos debates públicos cada vez mais reduzida à sua vertente criminal, ou, na Europa, com o complexo tema da imigração estrangeira, que associado à criminalidade organizada, ao tráfico de drogas e ao terrorismo, torna-se alvo da demanda repressiva. Em vez de "politizados", os problemas são "policializados".

Quanto mais limitadas são as possibilidades de absorção e processamento de conflitos pelo sistema político, mais fértil o terreno para soluções simbólicas cal-

(10) Se há hoje amplo entendimento acerca das vantagens de um esvaziamento de poder dos núcleos centrais do poder estatal, é grande a divergência sobre qual deve ser a instância beneficiária de tal medida. Sobre os vários modelos de descentralização estatal, ver Felicíssimo, 1994. Leach, Stewart e Walsch (1994) analisam o tema explorando a experiência inglesa.

(11) "[W]e are witnessing the transformation of the structure of government beyond Westminster and Whitehall from a system of local government into a system of local governance, involving complex sets of organisations drawn from the public, private and voluntary sectors" (Stoker, 1996:1).

cadas no instrumentário penal.[12] O direito penal esvazia-se enquanto sistema de garantias ao mesmo tempo em que amplia as suas competências regulatórias para novas fronteiras. O "direito penal do inimigo", o "direito penal de risco", o "direito penal simbólico e eficiente" são conceitos que surgem de análises críticas sobre o uso instrumental do sistema penal para fins político-sociais.[13]

A análise destas evoluções – ou "involuções", como pondera Müller-Dietz (1996) – no âmbito do direito penal possibilita, contudo, uma visão somente parcial da atual situação das políticas criminais. Peter Alexys Albrecht (1996) refere-se a uma mudança no paradigma do controle social, de uma lógica repressiva para uma lógica preventiva.[14] O campo das políticas criminais expande-se para além de suas fronteiras tradicionais, abrangendo novos sujeitos e subsistemas da política que se estruturam no plano estratégico e ideológico para exercer a tarefa da prevenção.[15]

Discute-se, ainda, o surgimento de um modelo "atuarial" de política criminal, que se expressa na difusão de técnicas, competências e estruturas de controle e vigilância sobre situações, territórios ou grupos considerados de alto risco sob o ponto de vista criminal (Feeley e Simon, 1994; Baratta, 2000).[16] Esse sistema de "justiça atuarial" caracteriza-se por uma aceitação racional e economicista do fenômeno criminal, que passa a ser abordado como uma contingência, um risco inerente à vida em sociedade e, como tantos outros sinistros, passível de prognóstico, cálculo e gestão planificada de seus danos (Garland, 1996: 451).[17] No próximo item, aspectos desses novos modelos de prevenção serão analisados.

(12) A fraqueza externa do Estado é compensada pelo aumento de seu autoritarismo, afirma Boaventura Santos (1994: 80).

(13) Sobre o eficientismo penal: Albrecht, 1988; Hassemer,1990, 1995; Baratta, 1991, 1995; Jung, Müller-Dietz e Neumann (1996). Sobre o eficientismo na Itália: Moccia, 1995. No Brasil: Toron, 1996; Silva Franco, 2000.

(14) Em seu sentido contemporâneo, explica Albrecht, o termo prevenção extrapola as dimensões jurídicas das funções de prevenção geral e especial atribuídas ao direito penal liberal.

(15) Stanley Cohen refere-se a uma bifurcação das políticas criminais, em uma vertente *hard*, dominada pela lógica repressiva e excludente do sistema penal, e uma vertente *soft*, permeada por estratégias de controle social preventivo e cotidiano, envolvendo uma variedade de atores não-penais e não-estatais (1985: 232-235).

(16) Alessandro De Giorgi (1998) analisa a formação de um modelo atuarial de tratamento dos imigrantes na Itália, grupo social ao qual o risco desviante é atribuído e que se torna alvo de controle seletivo e tratamento jurídico específico. Para outro exemplo concreto da lógica de controle atuarial, consultar descrição de Bellot e Cousineau (1996) sobre o sistema de segurança privada no metrô de Montreal.

(17) "Crime becomes a risk to be calculated (both by the offender and by the potential victim) or an accident to be avoided (...), rather than a moral aberration which needs to be specially explained" (Garland, 1996: 451).

4. A nova prevenção

"Nova prevenção", "policiamento comunitário", "policiamento orientado ao problema", "prevenção comunal", "tolerância zero" são conceitos que emergem nas agendas dos países para expressar novidades operacionais das políticas de segurança urbana. O risco de vincular tais novidades a um único conceito é o de ocultar as profundas variações nos distintos contextos nos quais se desenvolvem.

Em termos gerais, é possível mencionar dois modelos básicos de Nova Prevenção: o modelo anglo-saxônico do "policiamento comunitário",[18] no qual a polícia assume a coordenação das ações locais de prevenção e o modelo de "prevenção comunal", desenvolvido na França e, mais recentemente, em países como Itália e Alemanha, no qual a tarefa de coordenação é assumida pelo governo municipal.[19] As características e ambigüidades destes modelos serão discutidas através de quatro conceitos-chaves: interdisciplinaridade, multiagencialidade, participação e descentralização.

4.1 Uma compreensão interdisciplinar do tema da segurança

Em suas vertentes mais progressistas, a Nova Prevenção representa uma tentativa de superação de alguns paradigmas em torno dos quais o tema da segurança urbana vem sendo discutido.[20] Isto implica o reconhecimento das limitações do instrumentário penal, enquanto método de compreensão da realidade, por fazer uma leitura descontextualizada e individualizada dos conflitos sociais, e enquanto instrumento de produção de segurança, por intervir somente no nível sintomatológico dos problemas, respondendo reativamente a ações puníveis de indivíduos (Baratta, 1991a: 44; 1998: 144).

A experiência de novos atores, a ótica de novas disciplinas, a contribuição de novas culturas profissionais favorecem a construção de modelos explicativos mais abrangentes e, portanto, mais aptos a compreender a questão da segurança em sua inteira complexidade causal. Uma interpretação interdisciplinar deve equivaler a um esforço de desconstrução do conceito de segurança pública, para que a vertente criminal da insegurança deixe de ser vista como o todo e passe a ser compreendida no contexto de outras variáveis.

Um produto da interdisciplinaridade, bastante pesquisado nos últimos anos, refere-se à diferenciação entre o crime e o medo do crime, fenômenos que podem ou não guardar relação direta entre si. O medo do crime passa a ser estudado

(18) Sobre o desenvolvimento da experiência americana de policiamento comunitário: Dias Neto, 2000.

(19) Graham e Bennett (1995) oferecem uma descrição global das novas estratégias de prevenção criminal na Europa e na América do Norte.

(20) Exemplo significativo é o projeto *Città Sicure* da região italiana de Emilia Romagna.

como um conceito multidimensional; o risco efetivo de criminalidade (insegurança objetiva) é reconhecido como somente um dos fatores indutores de medo. A maior ou menor relevância desse fator varia em função da combinação de outras variáveis, como tipo de crime, idade, gênero, etnia, raça, classe social, localização geográfica, características da área, entre outras. O fato de o sentimento de medo poder ser expressão de outras formas de insegurança social não desqualifica a sua relevância. O medo é um problema em si, que deve ser enfrentado, esteja ou não associado a um risco concreto de vitimização.[21]

Segurança e criminalidade são conceitos apenas parcialmente interligados. O trânsito, a poluição, o desrespeito, a solidão, a falta de solidariedade, o preconceito, o desemprego, a mídia, a pobreza, a degradação urbana, o descaso governamental são fontes cotidianas de insegurança difusa, que encontram na criminalidade um denominador comum que atua como um simplificador da realidade social (Tullio Aymone, *Progetto Città Sicure*, 1996: 43).[22] Somente uma leitura interdisciplinar permite uma compreensão da relação entre essas diversas fontes de insegurança.

Uma política de Nova Prevenção não deve estar vinculada às construções analíticas do direito penal. O modelo do "policiamento orientado ao problema" (*problem-oriented policing*), articulado teoricamente por Herman Goldstein, é expressão deste entendimento (1990). Trata-se de uma nova concepção da função policial, na qual a polícia, em coordenação com outras instituições, mobiliza os seus esforços, recursos e competências na identificação, análise e solução dos problemas de um território. Ao invés de reiteradamente reagir a incidentes, meros sintomas de problemas, a polícia adota uma abordagem preventiva, buscando soluções definitivas para os problemas em si.[23]

(21) Não há consenso sobre a natureza da relação entre crime e medo do crime. A bibliografia sobre o tema é vasta. Para uma visão geral das pesquisas na área: Rountree,1998. Para uma avaliação das pesquisas realizadas na Alemanha: Boers, 1996; Forschungsgruppe "Kommunale Kriminalprävention in Baden-Würtenberg", 1998. Para uma discussão do tema do medo tendo em vista o fator *gênero*: Walklate, 1997; Smith e Torstensson, 1997. Sobre a influência do fator *incivilidades*: Lagrange, Ferraro e Supancic, 1992. Sobre o fator *idade*: Kury e Obergfell-Fuchs, 1998.

(22) Pavarini define bem a questão: "Il panico sociale per la criminalità sempre più si transforma in un *concetto 'piglia-tutto'*, capace de omologare insicurezze soggettive e collettive diverse ed eziologicamente anche disomogenee" (1994: 17).

(23) Goldstein propõe a transição de um modelo de policiamento reativo orientado ao controle de incidentes, para um modelo preventivo orientado à solução de problemas: "The first step in problem-oriented policing is to move beyond just handling incidents. It calls for recognizing that incidents are often merely overt symptons of problems. This pushes the police in two directions: (1) It requires that they recognize the relationships between incidents (similarities of behavior, location, persons involved etc.); and (2) it requires that they take a more in-depth interest in incidents by acquainting themselves with some of the conditions and factors that give rise to them" (1990: 33).

De fundamental importância é a noção de que problemas distintos merecem soluções distintas e de que o sistema de justiça criminal é somente um dos instrumentos disponíveis. A formulação de respostas apropriadas depende de um amplo esforço analítico de reagrupamento dos conflitos, com base em critérios mais coerentes e elucidativos do que os oferecidos pela lei penal. A criminalização deixa de ser um critério necessário para a inclusão de um conflito na pauta da segurança; uma conduta não necessita ser classificada como criminal para ser reconhecida como problemática.[24] Desta autonomia em relação às classificações penais resultam inúmeras possibilidades de interpretação e gestão dos conflitos geradores de insegurança.

De fato, a experiência tem demonstrado que o envolvimento dos cidadãos na discussão dos problemas locais, mesmo em áreas de alta criminalidade, costuma destacar a relevância de uma série de condutas e situações, não necessariamente criminais, genericamente definidas como "incivilidades" ou "desordem", às quais se atribui deterioração da qualidade de vida e disseminação de um sentimento difuso de insegurança.[25]

É grande o risco de que a definição social de desordem acabe refletindo preconceitos perante valores ou estilos de vida não-convencionais ou simplesmente minoritários.[26] Compatibilizar o respeito a regras de convivência civil com a proteção da diversidade é, pois, requisito necessário a uma gestão democrática da segurança. Em contraposição a um modelo dirigido à imposição coercitiva da "tolerância zero", o que se propõe é um modelo de máxima tolerância urbana.

4.2 A multiagencialidade das políticas públicas de segurança

A análise interdisciplinar do sentimento de insegurança dos cidadãos revela a inviabilidade de estratégias setoriais e a necessidade de uma redistribuição das

(24) Em debates envolvendo o consumo de certas substâncias psicoativas ou a prática do aborto, o discurso pela descriminalização costuma ser equivocadamente interpretado como uma proposta de desregulamentação, como negação do caráter problemático destas condutas, e não como proposição por outros tratamentos, em face dos constatados custos da intervenção penal. Em artigo envolvendo o tratamento penal dado à questão do consumo e da comercialização de substâncias entorpecentes, Baratta refere-se expressamente a esta confusão entre descriminalização e desregulamentação (1991b: 71).

(25) Wesley Skogan discute o assunto em *Disorder e decline* (1990), um estudo aprofundado de processos de degradação urbana nos Estados Unidos, sua relação com o fenômeno criminal e das estratégias que vêm sendo adotadas em seu enfrentamento. Para uma análise crítica do livro de Skogan, ver Wacquant (1994).

(26) Esta tendência de deturpação preconceituosa do conceito de desordem para fins de alienação de grupos de estrangeiros ou de membros de subculturas está constantemente mencionada nas descrições do projeto de prevenção "Viena – cidade segura" ("Wien – sichere Stadt"). Para detalhes do projeto de Viena e das conotações práticas de conceitos como "incivilidade" ou "desordem" em um projeto de prevenção comunitária, ver seleção de artigos em Hammerschick, Karazman-Morawetz e Stangl (1996).

competências. Nem mesmo a vertente criminal do fenômeno da insegurança é passível de enfrentamento somente com os recursos oferecidos pelo sistema penal. O debate interdisciplinar favorece a visão crítica de que o direito penal é somente um dos instrumentos disponíveis para o enfrentamento de situações problemáticas e, mais além, de que a insegurança é freqüentemente produto da própria intervenção do sistema penal, do problema social criminalizado.[27]

A expectativa é que inserido numa política integrada de proteção dos direitos, o direito penal renuncie às suas pretensões monopolistas, liberando-se de funções que só pode cumprir no plano simbólico (Baratta, 1995).[28] Está em questão, pois, a transversalidade das políticas públicas de segurança, através da ação sinérgica do conjunto das competências capazes de intervir nos fatores de insegurança local e produzir condições materiais, e não meramente simbólicas, de segurança (Pavarini, 1994).

Mesmo no modelo do policiamento comunitário, no qual a coordenação das ações preventivas é exercida pela polícia, esta tem as suas competências e estruturas redefinidas, para que possa interagir com outras organizações no processo de identificação, análise e solução dos problemas locais. Nos Estados Unidos, a sensibilidade para a importância da interagencialidade surge nos anos sessenta, quando a polícia, confrontada com protestos raciais, passou a alertar os governos para deficiências na prestação dos serviços públicos – coleta de lixo, transporte público, áreas de lazer – que contribuíam para fomentar tensão nos bairros negros. As fronteiras entre polícia e administração tornam-se mais tênues: a polícia passa a dispor de competências e recursos não-penais para o exercício de suas funções e, ao mesmo tempo, a ter voz na discussão de políticas públicas, com reflexo, direto ou indireto, sobre a sua esfera de ação.

A constituição de uma rede de prevenção não deve estar necessariamente centrada no eixo policial. Pelo contrário, a polícia é um ator central, mas deve ser vista como parceira de uma ampla coalisão de sujeitos. A multiagencialidade pressupõe que o tema da segurança deixe de ser visto como "questão de polícia", para converter-se em "questão de política".

4.3 A participação da sociedade civil

Uma condição de êxito de uma estratégia de Nova Prevenção é a participação direta dos cidadãos no planejamento da segurança da cidade. Em contraposição a

(27) O tema das drogas é seguramente aquele no qual os custos sociais da intervenção do sistema penal se mostram mais evidentes e alarmantes. Ver: Baratta, 1991.

(28) "Risulta evidente che una politica integrata della protezione e dello sviluppo dei beni giuridici, nella quale agiscono, sinergeticamente in senso preventivo o reattivo, diverse agenzie dello Stato e della società, è la reale alternativa dello Stato al monopolio delle agenzie del sistema punitivo sui problemi della sicureza, alla legislazione simbolica, alla «dismisura» e alle tendenze autoritarie del diritto penale" (Baratta, 1995: XXII).

um modelo tradicional de segurança pública, orientado ao vértice estatal, a proposta é que o tema da segurança seja apropriado pela sociedade civil (*Città Sicure*, 1995, v. 1, 14).

Convivência civil não corresponde ao cenário idílico de uma "comunidade" sem conflitos. O tecido social urbano constitui-se de uma variedade de manifestações de insegurança e expectativas de segurança que correspondem à diversidade de interesses, experiências e posições sociais. Essas expectativas de segurança – do jovem, do idoso, do trabalhador noturno, da prostituta, do imigrante, do homossexual, do policial, do comerciante, do consumidor, do motorista, do pedestre, do usuário de drogas, da mulher, do sem-teto – são não somente diversas, como freqüentemente conflitantes. Uma intervenção dirigida à satisfação da necessidade de segurança de um grupo pode ser fator de insegurança para outro. Em sociedades heterogêneas, a produção de segurança é um projeto que deve viabilizar a convivência democrática entre distintas expectativas de autonomia em um mesmo espaço territorial.

Conferir aos cidadãos o papel de protagonistas em políticas de prevenção criminal envolve, contudo, aspectos complexos a serem ponderados. O princípio da democracia direta não possui aplicação uniforme em todos os espaços da atividade pública. É função de um Estado democrático zelar para que as pautas e estratégias propostas pela sociedade civil estejam em harmonia com a lei e reflitam a diversidade de valores e interesses locais. O potencial emancipatório de participação da sociedade civil em projetos de prevenção local está no surgimento de uma nova cultura de defesa contra a criminalidade, capaz de dar dimensão política aos conflitos e dar visibilidade à pluralidade de necessidades sociais de segurança (*Città Sicure*, 1995).

4.4 Descentralização

O conceito de prevenção local consolida-se, em diversos países, como a alternativa mais eficaz e democrática de intervenção nos fatores geradores de insegurança.[29] A complexidade causal da questão criminal indica a inviabilidade de estratégias centralizadas e homogêneas. Os fatores de insegurança estão freqüentemente relacionados a condições locais, e mesmo problemas de natureza global apresentam manifestações diferenciadas nos diversos contextos urbanos. A relevância de uma política descentralizada de segurança torna-se naturalmente maior em sociedades de alta diversidade étnica, cultural e econômica, onde as necessi-

[29] Nos últimos anos, cresce o interesse de autores alemães por modelos de prevenção local. Para uma visão da literatura, com descrição de projetos, ver: Kube, Schneider e Stock (1996) e Hammerschick, Karazman-Morawetz e Stangl (1996). Para uma visão cética da Nova Prevenção: Lehne (1996) e Finkel (1995).

dades de segurança, as regras de convivência, os códigos morais, os níveis de tolerância a condutas podem ser díspares de uma localidade para outra.[30]

A contextualização, a diagnose das condições de segurança de um espaço urbano, exige um esforço analítico capaz de estabelecer as conexões causais entre o fenômeno criminal e a pluralidade de fatores de insegurança local. Quanto maior a representatividade das fontes de informação empregadas nessa diagnose e quanto maior o envolvimento da sociedade no processo, mais contextualizada será a leitura da situação local e mais talhadas serão as estratégias para enfrentamento dos problemas.

As condições de eficácia de projetos de prevenção local dependem, contudo, de sua capacidade de coordenação com iniciativas mais abrangentes, dirigidas aos fatores externos de insegurança. As possibilidades de autonomia no espaço local dependem, cada vez mais, do exercício de influência política sobre estruturas decisórias nacionais e internacionais, desde onde são traçadas as bases de organização política, jurídica e econômica da sociedade contemporânea.

5. Considerações finais

O risco de se aglomerar esse conjunto de reflexões e experiências sob um conceito comum – como Nova Prevenção ou Policiamento Comunitário – está em ocultar suas profundas variações nos diversos contextos. As inúmeras possibilidades de combinação entre elementos repressivos e preventivos, estratégias sociais e situacionais, intervenções policiais e multiagenciais, dão aos programas conotações bastante distintas.

Com os olhos críticos, há que se constatar que, em regra, a consolidação de modelos participativos e integrados de prevenção criminal não tem sido capaz de reverter uma tendência paralela de recrudescimento dos poderes penais do Estado. Um exemplo é o de Nova York, onde a filosofia de policiamento comunitário apresenta-se como núcleo do modelo de "tolerância zero" do prefeito Rudolph Giuliani.[31]

A dificuldade de se demarcar fronteiras é talvez o aspecto mais sensível da Nova Prevenção. Ações voltadas ao aprimoramento do ensino ou à criação de espaços de lazer para jovens em uma área de baixa renda e de alto risco criminal devem ser classificadas como medidas de prevenção criminal? Como seriam as mesmas medidas classificadas se dirigidas a um público de maior poder aquisitivo?

O risco da generalização do conceito de prevenção está na colonização das políticas públicas pelas políticas criminais, ou, como alerta Baratta, na "criminali-

(30) Northoff (1996) descreve um projeto (*Vicelin-Viertel Projekt*) direcionado à integração de imigrantes em um bairro de alta diversidade étnica e social na cidade alemã de Neumünster.

(31) O conceito "tolerância zero" tem sido, por razões históricas óbvias, objeto de intensa polêmica na Alemanha. Para uma visão crítica do chamado "modelo de Nova York", ver: Hecker, 1997; Ortner, Pilgram e Steinert, 1998.

zação das políticas sociais" (1997: 60). A prestação estatal de direitos fundamentais passa a ser vinculada à finalidade de prevenção social do delito (Baratta, 1997). Essa concepção penal da segurança – não como segurança dos direitos, mas segurança contra o crime – acaba por polarizar a sociedade entre potenciais infratores e potenciais vítimas, entre controlados e protegidos. Presta-se assistência não em função de um dever de prestação de segurança a cidadãos marginalizados em seus direitos fundamentais, mas em função de um dever de proteção contra delinqüentes potenciais (Baratta, 1997; Cremer-Schäffer, 1995).[32]

Uma política integrada de segurança nasce da sinergia das competências, da experiência de aprendizado mútuo entre as disciplinas e instituições. Temas como delinqüência juvenil, violência doméstica, alcoolismo ou incivilidade no trânsito adquirem contornos bastante distintos se analisados desde um prisma policial, terapêutico, médico, legal, assistencial ou urbanístico. A perspectiva é um novo equilíbrio entre o espaço da pena e o da política, entre a resposta punitiva e a preventiva no confronto da exclusão, do delito e do sentimento de insegurança dos cidadãos. Um equilíbrio no qual as políticas criminais inserem-se num amplo leque de intervenções públicas orientadas à proteção de bens jurídicos e não o contrário, em que essas intervenções são instrumentalizadas para o controle penal.

Uma política integrada de segurança deve ter como meta a viabilização das condições materiais para a contenção do sistema punitivo dentro dos seus limites constitucionais. Alessandro Baratta (2000) propõe um projeto de "garantismo positivo", orientado não somente à limitação do sistema punitivo (aos direitos de proteção contra o abuso do Estado), mas e principalmente à segurança dos indivíduos em todos os seus direitos fundamentais, o que inclui os direitos de prestação. O espaço subsidiário reservado ao Direito Penal da Constituição, observa Massimo Pavarini, um dos articuladores teóricos da Nova Prevenção na Itália, não resulta de uma mera opção legislativa por um "direito penal mínimo nos códigos", mas da disponibilidade de estratégias políticas, sociais e econômicas capazes de responder às necessidades de segurança da sociedade sem o recurso ao sistema penal, criando, pois, as condições para um "direito penal mínimo nos fatos" (1994: 16).

Bibliografia

ALBRECHT, Peter-Alexis (1986). "Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem". *Kritische Vierteljahreschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, p. 55-82.

(32) Baratta expressa o risco de uma superposição das políticas criminais às políticas sociais: "O Estado intervém, através da prevenção social, não tanto para cumprir seu próprio dever de prestação a sujeitos lesionados, mas sim para realizar (através de ações preventivas não penais que se somam às repressivas) o próprio dever de proteção (mais especificamente, o de 'prestação de proteção') em relação a sujeitos fracos, já considerados ofensores em potencial. Estamos diante de uma superposição da política criminal à política social, de uma criminalização da política social" (1997: 60).

——— (1988). "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtstaat zum sozialen Interventionstaat: Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts". *Kritische Vierteljahreschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, p. 182-209.

BARATTA, Alessandro (1991). "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica". *Pena y Estado.* vol. 1, p. 37-55.

——— (1991a). "Principios del derecho penal mínimo". *Anais da Conferência Internacional de Direito Penal – Outubro de 1988*, n. 1, p. 21-51, Procuradoria Geral da Defensoria Pública (Rio de Janeiro), 1991.

——— (1991b). "Introducción a una sociología de la droga". *Anais da Conferência Internacional de Direito Penal – Outubro de 1988*, n. 1, p. 51-78, Procuradoria Geral da Defensoria Pública (Rio de Janeiro), 1991.

——— (1995). "Prefácio". In MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale.* Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane.

——— (1997). "Defesa dos direitos humanos e política criminal". *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, n. 3, p. 57-69, Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro.

——— (1998). "Das Theater des Rechts und die Dramaturgie des Lebens. Zur Zurechnung von Verantwortlichkeit im Strafprozeb". In JUNG, Heike (org.). *Das Recht und die schönen Künste. Heinz Müller-Dietz zum 65. Geburtstag.* Baden-Baden : Nomos.

——— (1999). "La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2, 1999. p. 89-114.

——— (2000). "El concepto de seguridad en Europa". Monografia apresentada em seminário na Escola de Policía da Catalunia (Criterios para el análisis de la seguridad: estado actual de la investigación).

BECK, Ulrich (Hrsg.) (1998). *Politik der Globalisierung.* Frankfurt/M : Suhrkamp.

BELLOT, C. e M. M. Cousineau (1996). "Le métro: espace de vie, espace de contrôle". *Déviance et Société*, Bd. 20, 4: 377-395.

BOBBIO, Norberto (1983). "Pluralismo". In BOBBIO, Norberto. N. Matteucci e G. Pasquino (Org.): *Dizionario di politica.* Torino : Utet. p. 815.

——— (1984). *Il futuro della democrazia.* 3. ed. Torino : Einaudi.

BOERS, Klaus (1996). "Sozialer Umbruch und Kriminalität in Deutschland". *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 79 Jg., H. 5: 314-337.

CITTÀ SICURE (1995). "1995: Il progetto, i referimenti, le attivitá". *Quaderni di Città Sicure*, vol. 1, 1995. Periodico della Regione Emilia-Romagna: Progetto Città Sicure.

——— (1996). "Modena: Un'azione di prevenzione comunitaria". *Quaderni di Città Sicure*, vol.3. Periodico della Regione Emilia-Romagna: Progetto Città Sicure.

COHEN, Jean L. e ARATO, Andrew (1992). *Civil society and political theory.* Cambridge: MIT Press.

COHEN, Stanley (1985). *Visions of social control.* Cambridge: Polity Press.

CREMER-SCHÄFFER, Helga (1995). "'Kriminalität als Anlab für eine Politik des Sozialen: zum Verhältnis von Sozial-und Kriminalpolitik". In GÖSSNER, Rolf (org.). *Mythos Sicherheit: Der hilflose Schrei nach dem starken Staat.* Baden-Baden : Nomos. p. 311-323.

DENNINGER, Erhard (1990). "Der Präventionstaat" in Erhard Denninger, *Der gebändigte Leviathan*. Baden-Baden : Nomos. p. 33-49.

D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin (1992). "Hannah Arendt and the idea of citizenship". In MOUFFE, Chantal (org.). *Dimensions of radical democracy: pluralism, citizenship, community*. London : Verso. p. 145-168.

DIAS NETO, Theodomiro (2000). *Policiamento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência norte-americana*. São Paulo : IBCCRIM.

DOWBOR, Ladislaw (1994). "Governabilidade e descentralização". *Jornal da Ciência Hoje*, n. 298.

FARIA, José Eduardo (1996). *O direito na economia globalizada*. Tese apresentada em concurso para professor-titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo.

FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonatham (1994). "Actuarial justice: the emerging new criminal law". In NELKEN, David (Hrsg.). *The futures of criminology*. London : Sage. p. 173-201.

FELICÍSSIMO, José Roberto (1994). "A descentralização do Estado frente às novas práticas e formas de ação coletiva". *Revista da Fundação Seade*, Bd. 8, 2 (*São Paulo em Perspectiva*): 45-52.

FINKEL, Roland (1995). "Kriminalitätsverhütung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe: Kommunale Präventiosräte als kriminalpolitisches Konzept am Beispiel Schleswig-Holsteins". In GÖSSNER, Rolf (org.), *Mythos Sicherheit: Der hilflose Schrei nach dem starken Staat*. Baden-Baden : Nomos. p. 415-427.

FORSCHUNGSGRUPPE. "Kommunale Kriminalprävention in Baden-Würtenberg" (1998). *Viktimisierung, Kriminalitätsfurcht und Bewertung der Polizei in Deutschland. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 81 Jg. H. 2: 67-82.

FRANKENBERG, Günther (1995). "Republik und Sozialstaat: Stichworte zum Zusammenhang von öffentlicher Freiheit und ziviler Solidarität". *Kritische Vierteljahreschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*. p. 25-41.

GARLAND, David (1996). "The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society". *British Journal of Criminology*, Bd. 36: 445-471.

DE GIORGI, Alessandro (1998). *Le teorie della penologia attuariale*. Tesi di Laurea. Bologna : Università degli Studi di Bologna – Facoltà di Giurisprudenza.

GOLDSTEIN, Herman (1990). *Problem-oriented policing*. New York : MacGraw-Hill.

GRAHAM, John e BENNETT, Trevor (1995). "Crime prevention strategies". In *Europe and North America*. Helsinki : European Institute for Crime Prevention and Control (UN).

HABERMAS, Jürgen (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. (1994). Frankfurt/M : Suhrkamp.

——— (1998). *Die postnationale Konstellation*. Frankfurt/M : Suhrkamp

HAMMERSCHICK, Walter; KARAZMAN-MORAWETZ, Inge e STANGL, Wolfgang (org.) (1996). *Die sichere Stadt: Prävention und kommunale Sicherheitspolitik. Jahrbuch für Rechts-und Kriminalsoziologie*. Baden-Baden : Nomos.

HANSEN, Phillip (1993). *Hannah Arendt: politics, history and citizenship*. Cambridge (UK) : Polity Press.

HASSEMER, Winfried (1990). "Das Schicksal der Bürgerrechte im 'effizienten' Strafrecht". In ALBRECHT, Peter-Alexis e BACKES, Otto (Hrsg.). *Verdeckte Gewalt*, Frankfurt/M : Suhrkamp. p. 191-203.

——— (1995). "Perspektiven einer neuer Kriminalpolitik". *Strafverteidiger* 9/95: 483-490.

HECKER, Wolfgang (1997). "Vorbild New York? Zur aktuellen Debatte über eine neue Sicherheits-und Kriminalpolitik". *Kritische Justiz*. p. 395-410.

JUNG, Heike; MÜLLER-DIETZ, Heinz e NEUMMAN, Ulfried (orgs.) (1996). *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*. Baden-Baden : Nomos.

KUBE, Edwin; SCHNEIDER, Hans e STOCK, Jürgen (orgs.) (1996). *Vereint gegen Kriminalität: Wege der kommunalen Kriminalprävention In Deutschland*. Lübeck : Schmidt-Römhild.

LAGRANGE, Randy L.; FERRARO, Kenneth F. e SUPANCIC, Michael (1992). "Perceived risk and fear of crime: role of social and physical incivilities". *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Bd. 29, 3: 311-334.

LEACH, Steve; STEWART, John e WALSH, Kieron (1994). *The changing organisation and management of local government*. London : MacMillan.

LEFORT, Claude (1990). "Die Frage der Demokratie". In RÖDEL, Ulrich (org.) *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*. Frankfurt/M : Suhrkamp. p. 281-297.

LEHNE, Werner (1996). "Präventionsräte, Stadtteilforen, Sicherheitspartnerschaften. Die Reorganisation des Politiksfeldes 'Innere Sicherheit'". In VON TROTHA, Trutz (org.). *Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse. Beiträge zur interdisciplinären wissenschaftliche Kriminologie; Festchrift für Fritz Sack zum 65. Geburtstag*. Baden-Baden : Nomos. p. 299-319.

McCLURE, Kirstie (1992). "On the subject of rights: pluralism, plurality and political identity". In MOUFFE, Chantal (org.). *Dimensions of radical democracy: pluralism, citizenship, community*. London : Verso, 108-127.

MOCCIA, Sergio (1995). *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane.

MÜLLER-DIETZ, Heinz (1996). "Gibt es Fortschritt im Strafrecht?". In JUNG, MÜLLER-DIETZ e NEUMAN (orgs.). p. 31-56.

NORTHOFF, Robert (1996). "'Integration' von Minderheiten: Kriminalprävention in etnisch und sozial gemischten Gebieten unter besonderer Berücksichtigung des Vicelin-Viertel-Projekts". In KUBE, SCHNEIDER e STOCK (orgs.). p. 261-291.

ORTNER, Helmut; PILGRAM, Arno e STEINERT, Heinz (Hrsg.) (1998). *Die Null Lösung: New Yorker 'Zero-Tolerance'-Politik – das Ende der urbanen Toleranz?* Baden-Baden : Nomos.

OSBORNE, David e GAEBLER, Ted (1992). *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. New York : Plume.

PAVARINI, Massimo (1994). "Produrre le condizioni materiali della sicurezza". *Sicurezza e territorio*. p. 15-22.

PREUß, Ulrich K. (1994). *Revolution, Fortschritt und Verfassung: zu einem neuen Verfassungsverständnis*. Frankfurt/M : Fischer Taschenbuch Verlag.

PUTNAM, Robert D. (1993). *Making democracy work: civic traditions in modern Italy.* Princeton : Princeton University Press.

RÖDEL, Ulrich, FRANKENBERG, Günter e DUBIEL, Helmut (1989). *Die demokratische frage.* Frankfurt/M : Suhrkamp.

ROUNTREE, Pamela Wilcox (1998). "A reexamination of the crime-fear linkage". *Journal of Research in Crime and Deliquency*, Bd. 35, 3: 341-372.

SACK, Fritz (1995). "Prävention – ein alter Gedanke in neuem Gewand: zur Entwicklung und Kritik der Strukturen 'postmoderner' Kontrolle". In GÖSSNER (org.). p. 429-456.

SANTOS, Boaventura de Souza (1994). *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade.* Porto : Afrontamento.

——— (1995). Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition. London : Routledge.

SILVA FRANCO, Alberto (2000). "Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90". 4. ed. São Paulo : RT.

SKOGAN, Wesley G. (1990). *Disorder and decline: crime and the spiral of decay* in *American neighborhoods.* New York : Free Press.

SMITH, William e TORSTENSSON, Marie (1997). "Gender differences in risk perception and neutralizing fear of crime". *British Journal of Criminology*, Bd. 37, 4: 608-29.

STOCKER, Gerry (1996). "Introduction: normative theories of local government and democracy", in KING, Desmond e STOKER, Gerry (orgs.). *Rethinking local democracy.* London : MacMillan: 1-27.

TORON, Alberto Zacharias (1996). *Crime hediondos: o mito da repressão penal.* São Paulo : RT.

TROTHA, Trutz von (Hrsg.) (1996). *Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse. Beiträge zur interdisciplinären wissenschaftliche Kriminologie; Festchrift für Fritz Sack zum 65. Geburtstag.* Baden-Baden : Nomos.

WACQUANT, Loïc J. D. (1994). "Disordine nella città". *Sicurezza e territorio*, vol. 15. p. 43-46.

WALKLATE, Sandra (1997). "Risk and criminal victimization: a modernist dilemma". *British Journal of Criminology*, Bd. 37, 1: 35-45.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1

CORRUPÇÃO, CRIME ORGANIZADO E DEMOCRACIA

FLÁVIA SCHILLING

SUMÁRIO: 1. A corrupção e as ilegalidades toleradas – 2. A crise das ilegalidades toleradas – 3. As dimensões contemporâneas da corrupção e do crime organizado – 4. Segredo e visibilidade: os dilemas da democracia – Bibliografia.

Resumo: Esta discussão revela novas faces do diagnóstico clássico sobre a deterioração que a corrupção provoca na possibilidade de uma gestão democrática. Une-se a análise da corrupção com a do crime organizado, pois não há crime organizado sem corrupção, constatação que ocorre simultaneamente à percepção da corrupção como uma das formas do crime organizado, que questiona radicalmente os fundamentos das práticas de governo, abrindo fossos entre "o que é" e o que "deve ser" na gestão, minando a confiança na política. A invenção de novas formas e conteúdos de ação política aparece como um antídoto eficiente contra os crimes que nos preocupam. Podemos supor que a ênfase posta neste processo, da co-participação na gestão pública, na visibilidade, na crítica à mentira e ao segredo na política demonstra uma vontade de mudança que poderá dar conta dos desafios contemporâneos.

Palavras-chave: Corrupção – Ilegalidade tolerada – Democracia – Segredo – Foucault.

1. A corrupção e as ilegalidades toleradas

A primeira reflexão tratará sobre o conceito de corrupção. Propõe-se que o termo "corrupção" agrupa de forma generosa um conjunto de práticas heterogêneas e com alcances diversos que supera e questiona por momentos os limites das figuras penais que o contêm. Seguindo uma linha já apontada por alguns analistas, vê-se que "pareceria, antes bien, que la corrupción compreende una muy amplia variedad de temas, preocupaciones, y problemas, apenas hilvanados por un nombre común" (*Pena y Estado*, 1995: 17). Trabalharemos, portanto, com o conceito de corrupção como um termo generoso que acolhe uma diversidade de práticas, temas e preocupações que variam no tempo histórico e em cada sociedade.

Se o que é considerado "corrupção" varia segundo o momento e as concepções vigentes em cada sociedade, o que se revela especialmente interessante é saber por que, seguindo a proposta de José de Souza Martins (1994), determinados conjuntos de práticas começam, em determinado momento, a ser reiterada-

mente questionados: "condutas e práticas que, nos episódios recentes, foram incluídos no conceito de corrupção têm ocorrido, na sociedade brasileira, ao longo de sua história, sem causar estranheza, indignação ou repulsa política. A questão, portanto, que a situação atual oferece à reflexão sociológica, é a de buscar explicação para a mudança de concepção havida, o que mudou no Brasil que levou a sociedade a classificar negativamente o que até há pouco aparecia interpretado pelo senso comum na perspectiva de valores positivos" (1994: 35).

Trabalharemos, portanto, com o conceito de corrupção como agrupando uma série de práticas, situadas de forma privilegiada no âmbito político e administrativo, que, se não eram consideradas como valores positivos, eram vistas como toleráveis ou como inevitáveis, próprias da única forma possível de governar ou de administrar. Ilegalidades toleradas? É possível discutir a corrupção como manifestação de um tipo peculiar de "ilegalidade tolerada" ligada a determinados setores da sociedade e a mobilização em torno da luta contra a corrupção como um momento de crise dessa ilegalidade tolerada?

Foucault trata das ilegalidades toleradas em *Vigiar e punir* (1984a) no Cap. I da II Parte, que tem como título "A Punição Generalizada", e no Cap. II da IV Parte, "Ilegalidade e Delinqüência". Este autor propõe que o contexto da reforma do sistema judiciário no século XVIII é dado por uma nova política em relação às ilegalidades. No antigo regime, os diferentes estratos sociais tinham, cada um, sua margem de ilegalidade bem delimitada, de modo que a não aplicação da regra, a inobservância dos éditos ou ordenações eram condição do funcionamento político e econômico da sociedade. Estas ilegalidades eram conquistadas de forma estatutária (privilégios e isenções para as camadas sociais altas), pela inobservância geral e maciça, pelo desuso progressivo, pelo consentimento mudo do poder, pela negligência ou pela impossibilidade efetiva de impor a lei e reprimir os infratores, margens de tolerância conquistadas pela força e pela obstinação, claramente delimitadas de acordo com o estrato social. Serrano Gonzalez explicitará o estatuto destas "ilegalidades toleradas", que seriam "unas peculiares relaciones de poder que no se plasman jurídicamente, aunque si atraviesan distintas instituciones de derecho. (...) serian tipos de normatividad, zonas de gestión en donde el derecho *no reina*" (1987: 82).

As ilegalidades toleradas funcionariam nos interstícios das leis, apresentando uma heterogeneidade de modalidades, encaixando-se no jogo das tensões entre os ordenamentos legais, as práticas e técnicas administrativas e o que cada sociedade vai reconhecendo como normal e anormal, lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo.

Ressaltamos os seguintes aspectos: a inobservância dos éditos como condição do funcionamento econômico e político da sociedade sugere a funcionalidade, portanto, dessas práticas, com o jogo recíproco das ilegalidades fazendo parte da vida econômica e política da sociedade (Foucault, 1984a: 78); a distribuição diferenciada das ilegalidades nos diferentes estratos sociais; as formas de instalação e de conquista dessas margens de ilegalidade, tanto do ponto de vista dos

inobservantes, quanto do ponto de vista dos encarregados da observância das leis ou dos éditos, desenvolvendo-se por meio de privilégios e isenções, pelo consentimento, pela impossibilidade de impor o cumprimento da lei, pela inobservância geral e maciça conquistada pela força e pela obstinação.

O quadro resultante refletiria as distribuições desiguais de força e poder na sociedade e levaria à constatação da existência de um pluralismo jurídico, com formas de gestão diversas que, mais do que ocorrer em confronto com as leis escritas, ocorreriam em suas brechas, a partir de seus silêncios ou suas imprecisões.

Qual seria a relação existente entre essas ilegalidades em sua distribuição diferenciada entre os estratos sociais? Na segunda metade do século XVIII, Foucault localiza uma crise das ilegalidades populares, ou o estabelecimento de uma nova economia das ilegalidades. Como causas são apontadas as novas formas de acumulação das riquezas (capital), as novas relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade e o crescimento demográfico. A economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista, com a ilegalidade dos bens sendo separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que correspondeu a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta da propriedade –, enquanto que de outro lado, a burguesia "se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato" (1984a: 80).

Essa nova economia das ilegalidades, descrita por Foucault, redefine o limite entre ilegalidades toleradas e ilegalidades intoleráveis. O novo sistema penal refletirá esses limites através de uma gestão diferenciada: "Um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas" (Foucault, 1984a: 82). Redistribuição, portanto, que aparecerá impressa em novas leis, em novas formas de desempenho da justiça. A justiça terá, para Foucault, o papel de atuar como um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades, sendo que a delinqüência própria à riqueza é tolerada pelas leis e quando cai no domínio dos tribunais, certa de sua indulgência.[1]

Para Foucault, a relação entre as ilegalidades em sua distribuição diferenciada implicaria uma variedade de possibilidades: "Ora, entre essa ilegalidade de baixo e as das outras castas sociais, não havia exatamente convergência, nem oposição fundamental. De maneira geral as diversas ilegalidades próprias a cada grupo tinham umas com as outras relações que eram ao mesmo tempo de rivalidade, de concorrência, de conflito de interesse e de apoio recíproco, de cumplicidade" (Foucault, 1984a: 77). Se essa distribuição desigual das ilegalidades toleradas

(1) Foucault prosseguirá: "a lei e a justiça não hesitam em proclamar sua necessária dissimetria de classe" (Foucault, 1984a: 243).

por classe ou grupo social reflete as oposições entre as classes e os grupos sociais (a desigual distribuição de poder e riqueza), as formas do conflito serão complexas: estas não são apresentadas como de necessária oposição e negação umas das outras, comportando momentos de tolerância recíproca, alianças e cumplicidade.

As ilegalidades, portanto, se tem um papel na manutenção de uma dada ordem social, ao mesmo tempo comportam um movimento de constante negociação, oposição e consentimento, de acordo com as forças em disputa e os negócios em questão. A definição do que será tolerado e do que será considerado intolerável deslocar-se-á de acordo com as posições dos participantes da contenda.

O campo fecundo da ilegalidade dos direitos que a burguesia se reserva nos remete de forma direta à discussão sobre a corrupção, sugerindo que esta teria um espaço privilegiado – uma relação entre quem tem poder decisório e quem tem poder econômico –, com uma função social assemelhada à das ilegalidades toleradas como um todo, ou seja, permitir a manutenção de uma dada ordem política e econômica da sociedade, obtida em função da uma desigual distribuição de riqueza e poder, acontecendo ou às margens da lei, ou nos seus silêncios, ou, então, com a formulação de algumas leis tão específicas que abandonam seu caráter de universalidade e dirigem-se a um pequeno grupo, exemplificando, desta forma, o desvio das próprias leis e regulamentos. Com uma tensão entre uma certa permanência, dada pelo caráter estável das trocas corruptas e uma certa precariedade, fruto das mudanças das forças sociais e econômicas envolvidas, que implica uma constante negociação tanto com quem tem o poder decisório – Estado e administração – como com os demais setores da sociedade, com suas margens de ilegalidades toleradas.

2. A crise das ilegalidades toleradas

Se a relação entre a corrupção e as ilegalidades toleradas é produtiva, situando tais práticas em sua complexidade social, marcando suas várias facetas e características, mais complexa é a introdução da relação entre esta e as transformações sociais em curso. O que aconteceu para que práticas tidas como "normais" começassem a ser progressivamente vistas como ilegais ou ilegítimas?

A crise de uma determinada "economia das ilegalidades" ligar-se-ia a transformações mais gerais da sociedade, tanto de ordem econômica como de ordem cultural. A idéia de crise é para nós especialmente frutífera: introduz na discussão o caráter de permanente tensão entre esse conjunto de normatizações ou formas de gestão, o seu caráter de constante negociação tanto com as leis ou normas "editadas" como entre si, revelando o estado das lutas sociais. Aponta-se a relação para a redistribuição das ilegalidades – a crise das ilegalidades toleradas –, com os movimentos mais gerais da sociedade, se entrecruzando com os conflitos sociais, participando da luta contra os regimes políticos, respondendo aos efeitos das crises econômicas (Foucault, 1984a: 240).

Temos, dessa forma, por um lado, as ilegalidades em seu papel de manutenção e conservação de uma dada distribuição desigual de riqueza e poder e, por outro, no momento da "crise das ilegalidades", a sua utilização como arma política, tanto sendo incorporadas como incorporando movimentos políticos e sociais mais amplos. Momento de questionamento, portanto, dos limites ou fronteiras do tolerado e do intolerável, do que será considerado legítimo e do que será considerado ilegítimo, do cruzamento do legal e do legítimo, do que será, doravante, considerado crime.

Poderíamos supor, portanto, a presença de um campo de litigiosidade estruturando-se através da crítica e da denúncia sobre corrupção na administração e nos diversos poderes públicos, de tentativa de criminalização de práticas que, mesmo definidas como crimes no Código Penal, eram até então toleradas, ou incorporando novas práticas, não previstas no Código Penal, como criminosas. Campo de litigiosidade que envolve vários setores da sociedade em torno de uma discussão sobre o que é um bem público, o que é comum e deve ser defendido, com a corrupção progressivamente sendo vista como lesiva, como um dano, como um mal público.

3. As dimensões contemporâneas da corrupção e do crime organizado

Existiriam peculiaridades na corrupção e na luta contra as práticas agrupadas sob esta denominação na contemporaneidade? Foucault recupera essa discussão no último capítulo do livro mencionado, quando situa o que se poderia chamar de uma nova crise das ilegalidades, ou a constituição de uma nova economia das ilegalidades. Esta nova economia das ilegalidades caracterizar-se-ia pela constituição em escala nacional ou internacional de grandes ilegalidades ligadas aos aparelhos políticos e econômicos, passando por ilegalidades financeiras, serviços de informação, tráfico de armas e drogas. Trata-se de uma multiplicidade de ilegalidades organizadas em torno do comércio e da indústria, com sua diversidade de natureza e de origem e seu papel específico no lucro (Foucault, 1984a: 267-269).

"A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento do dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período (crise do Estado-Providência) e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social" (Souza Santos, 1996b: 39). No Nono Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento dos Transgressores, o Secretário Geral da ONU, Boutros Boutros-Ghali fez o seguinte comentário: "os poderosos cartéis do crime estão fora do alcance das leis nacionais e internacionais (...) esses elementos criminosos se aproveitam tanto da liberalidade da nova ordem econômica internacional quanto das diferenças existentes nas leis e práticas dos países. Eles movimentam gigantescas somas de dinheiro, que usam para subornar autoridades e alguns desses impérios do crime são mais ricos do que muitas nações do mundo" (ONU, 1995: 2). Chama a nossa atenção para a dimensão do crime organizado internacional, como este se vincula com a

nova ordem econômica e para as diferenças existentes entre as leis internas e as práticas dos países no comércio e relações internacionais.

Estas novas dimensões do crime organizado constituiriam um "poder secreto", "sub-Estados", "criptogovernos", com enorme poder de influência tanto na política como na administração. Formariam um substrato que ameaçaria profundamente o exercício da democracia e a possibilidade de um Estado de Direito, com seu exercício de poder necessariamente ligado à visibilidade e transparência.

4. Segredo e visibilidade: os dilemas da democracia

O que é o governo do Poder Público em público? Bobbio (1986: 83) discute o significado do público como contraposto ao que é privado e do público como contraposto ao que é oculto. Público também no sentido do que, pela visibilidade, é apresentado – representado ao público – ao espectador. Bobbio comenta que um dos lugares-comuns de todos os discursos sobre a democracia é de que este é o governo do poder visível. Estes dois significados do público – como *res publica* – e do público – como o que é visível –, não se superpõem: porém, um dos princípios do Estado constitucional é o de que o caráter público das atividades públicas é a regra, com o segredo sendo a exceção, justificável apenas se limitado no tempo. Este é, portanto, um dos traços essenciais do Estado constitucional. Através do acesso aos fatos e ações do governo, criam-se as condições para que o soberano – o povo – forme sua opinião, participe e julgue.

"Entende-se que a maior ou menor relevância da opinião pública [2] entendida como opinião relativa aos atos públicos, isto é, aos atos próprios do Poder Público que é por excelência o poder exercido pelos supremos órgãos decisórios do Estado, da *res publica*, depende da maior ou menor oferta ao público, entendida esta como visibilidade, cognocibilidade, acessibilidade e portanto controlabilidade dos atos de quem detém o supremo poder" (Bobbio, 1986: 89). Arendt segue a mesma linha ao propor que a liberdade de opinião será uma farsa, a não ser que a informação fatual esteja garantida e que os próprios fatos não sejam questionados ou manipulados (Arendt, 1988: 295-296).

A verdade fatual informa o pensamento político, questionando profundamente a justificativa dos *arcana imperii,* que cercam aqueles fatos considerados técnicos ou os "julgamentos técnicos", supostamente incompreensíveis para o povo leigo (Bobbio, 1986:101).

Se o poder visível nunca é capaz de se livrar completamente ou de anular o poder invisível, "o tema mais interessante, com o qual é possível realmente colocar à prova a capacidade do poder visível de debelar o poder invisível, é o da publicidade dos atos do poder que, como vimos, representa o verdadeiro momen-

(2) Seguindo Habermas, neste caso a opinião pública significaria a instância crítica em relação à "publicidade" no exercício do poder político e social (Habermas, 1984: 274).

to da reviravolta na transformação do estado moderno que passa do estado absoluto a estado de direito" (Bobbio, 1986: 103).

Quais são os limites para o segredo e para a mentira na política? Bobbio trabalhará com a história do segredo e da mentira na política, com o poder que se oculta – o segredo de Estado – e com o poder que oculta – a mentira. Duas são as razões que justificam tradicionalmente o segredo e a mentira na política: a necessidade de rapidez de toda decisão que diga respeito aos interesses do Estado e o desprezo pelo povo. Quando o poder é invisível, pois cercado pelo segredo ou pela mentira, proliferam as histórias de conspirações e "assaltos ao poder". O contato com o público só é feito portando-se a máscara: "torna-se *communio opinio* que quem detém o poder e deve continuamente se resguardar de inimigos externos e internos, tem o direito de mentir, mais propriamente 'simular', isto é, de fazer aparecer aquilo que não existe, e de 'dissimular', isto é, de não fazer aparecer aquilo que existe" (Bobbio, 1986: 95-96).

Assinala-se uma assimetria fundamental: a que existe entre governantes e governados. Se os governados devem aparecer e se mostrar em sua veracidade, os governantes escudam-se no direito de mentir sob determinadas circunstâncias.

Arendt discute como a veracidade nunca foi incluída entre as virtudes políticas. As mentiras sempre foram consideradas como ferramentas necessárias e justificáveis no ofício do político e do estadista (Arendt, 1988: 283).

Porém, "toda mentira, sea cual fuere su naturaleza objetiva, produce por su esencia un error acerca del sujeto que miente; pues consiste en que el mentiroso esconde a su interlocutor la verdadera representación que posee" (Simmel, 1977: 362). O erro produzido pela mentira vê-se cercado de diferentes graus de gravidade. Se, de forma geral, a mentira conduz ao erro, a mentira na política – em uma democracia – torna-se grave, por introduzir o erro e o engano na relação entre governantes e governados e dificultar o controle do exercício do Poder Público. Da mesma forma, a ênfase da condenação da mentira na vida pública traduz uma das questões da "mentira política moderna", com o uso das imagens como "sucedâneos da realidade" (Arendt, 1988: 312): a política como construção de imagens e a arte de fazer o povo acreditar nestas imagens (Arendt, 1973: 18).

A mentira passa a ser vista, dessa forma, como um problema político, que suscita dilemas éticos, põe em risco princípios – o público como norma e o segredo como exceção – e resultados, como a capacidade de o povo intervir na gestão da coisa pública, problema político que leva à ingovernabilidade, "porque a democracia se baseia no princípio da confiança e da boa-fé, e não do medo, ela sucumbe quando a esfera do público perde transparência e se vê permeada pelo *segredo* e pela *mentira*, que é o que ocorre quando a palavra esconde e engana, ao invés de *revelar*, conforme determina o princípio ético da veracidade" (Lafer, 1994: 234).

Como fica esta premissa do poder visível, governo do público em público, pré-condições da democracia, quando se detectam os poderes e articulações do crime organizado em sua inevitável relação com a corrupção em suas novas di-

mensões internacionais e nacionais, criando novos espaços de segredo e de influência na gestão? Como ficam práticas de governo/administração nessa nova configuração do crime contemporâneo, com sua organização transnacional, global, que utiliza, tal como o mercado financeiro, o sistema mundial de comunicação em tempo real, com seu poder econômico de determinar decisões políticas?

Esta discussão revela novas faces do diagnóstico clássico sobre a deterioração que a corrupção provoca na possibilidade de uma gestão democrática. Une-se a análise da corrupção com a do crime organizado, pois não há crime organizado sem corrupção, constatação que ocorre simultaneamente à percepção da corrupção como uma das formas do crime organizado, que questiona radicalmente os fundamentos das práticas de governo, abrindo fossos entre "o que é" e o que "deve ser" na gestão, minando a confiança na política. Neste contexto a corrupção deixa de ser vista como uma "ilegalidade tolerada" e começa a ocupar sua dimensão como crime ligado a outros crimes.

Partidos políticos e movimentos sociais reivindicam radicalmente o princípio da transparência, da publicidade, da visibilidade do Poder Público, da participação na gestão da coisa pública. A invenção de novas formas e conteúdos da ação política aparece como um antídoto eficiente contra os crimes que nos preocupam. "É por este motivo que, por obra do legado kantiano, no *como* são tomadas as decisões numa democracia, o princípio da visibilidade do poder é constitutivo, pois permite a informação sem a qual todos não podem formar uma opinião apropriada sobre a gestão da coisa comum, para, desta maneira, exercer seu poder de participação e controle" (Lafer, 1994: 233). Podemos supor que a ênfase posta neste processo, da co-participação na gestão pública, na ênfase na visibilidade, na crítica à mentira e ao segredo na política mostra uma vontade de mudança que poderá dar conta dos desafios contemporâneos.

Bibliografia

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo : Forense Universitária/Edusp, 1981.

———. *Crises da República*. São Paulo : Perspectiva, 1973.

———. *Entre o passado e o futuro*. 2. ed. São Paulo : Perspectiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Estado governo sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992.

———. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.

BOUTROS-GHALI, Boutros. *Enfrentando nuevos retos*. New York : ONU, 1995.

FOUCAULT, Michel. "Deux Essais sur le sujet et le pouvoir". In DREYFUS e RABINOW. *Michel Foucault: un parcours philosophique*. Paris : Gallimard, 1984b.

———. *Genealogia del racismo – De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Madrid : La Piqueta, 1992.

———. "Le gouvemement des vivants", *Résumé des Cours 1970-1982*. Paris : Julliard, 1989.

———. "Omnes et singulatim: por uma crítica da 'razão política'". *Novos Estudos Cebrap*, n. 26, mar. 1990.

———. "Qu'est-ce que la critique?". *Bulletin de la Société Française de Philosophie*. 84(2), 1990.

———. *Vigiar e punir*. 3. ed. Rio de Janeiro : Vozes, 1984a.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984.

———. *Une flèche dans le coeur du temps présent*. Paris : Critique XLIV, 1985.

LAFER, Celso. "A mentira: uma capítulo das relações entre ética e política". In NOVAES, Adauto (org). *Ética*. São Paulo : Companhia das Letras, 1994.

———. *Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.

MARTINS, José de Souza. *O poder do atraso. Ensaios de sociologia da história lenta*. São Paulo : Hucitec, 1994.

ONU. *Nono Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento de delinqüentes*. Cairo, 28 abr. 8 mai. 1995. Rio de Janeiro : Centro de Informações das Nações Unidas, 1995.

SERRANO GONZALEZ, Antonio. *Michel Foucault: sujeto, derecho, poder*. Zaragoza : Prensas Universitárias de Zaragoza, 1987.

SIMMEL, Georg. *Estudios sobre las formas de socialización*. Madrid : Alianza Editorial, 1977 (especialmente: "El Secreto y la Sociedad Secreta" e "La Lucha").

PENA Y ESTADO. *Corrupción* INECIP, Buenos Aires : Ed. del Puerto, 1995.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo : Cortez, 1995.

———. "Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-modema do direito", *Revista do IBCCrim*, n. 3, ano 4, jan./mar. 1996a.

SOUZA SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel; e PEDROSO, João. "Os tribunais nas sociedades contemporâneas". *RBCS*, n. 30, ano 11, fev., 1996b.

6.2

CRIME, CASTIGO E DISTOPIA NO CAPITALISMO GLOBAL

LAURINDO DIAS MINHOTO

"A grande fratura da nossa sociedade não é aquela que separa ricos e pobres, mas aquela que separa indivíduos capazes e incapazes de serem responsáveis por si mesmos."

(Lawrence Mead, cientista político, professor da Universidade de Nova York, 1997.)

"O que está em jogo hoje é a criação de condições favoráveis à confiança dos investidores."

(Hans Tietmeyer, presidente do Banco Central da Alemanha, 1996.)

SUMÁRIO: 1. Eficiência e senso comum: o paradigma do controle atuarial – 2. Risco e intolerância (I): a nova política de policiamento – 3. Risco e intolerância (II): a nova política de sentenciamento – 4. Estado forte, Estado fraco – 5. Rigidez e flexibilidade – 6. Disciplina e exclusão.

Resumo: O artigo procura, sob a perspectiva da sociologia jurídica, lançar luz sobre um dos paradoxos constitutivos da formulação da política de combate à criminalidade no mundo contemporâneo. De um lado, tem-se verificado ao longo das últimas décadas, especialmente nas sociedades capitalistas avançadas, o aumento exponencial das taxas de aprisionamento e o uso intensivo da penitenciária como estratégia privilegiada de controle da violência. De outro, cresce a percepção social, sobretudo nos meios acadêmicos, de que a pena privativa de liberdade não vem conseguindo cumprir, com um mínimo de eficiência, as suas promessas. A análise da nova onda de encarceramento procede pela tentativa de identificação de nexos estruturais entre a reorientação do sistema de justiça criminal e as transformações sociais engendradas pela globalização do capitalismo.

Palavras-chave: Criminalidade – Prisão – Tolerância zero – Controle social – Exclusão – Globalização.

Desde as últimas décadas ultraliberais do século XX, as sociedades capitalistas avançadas do Ocidente vêm apresentando taxas exponencialmente crescentes de aprisionamento. No âmbito de um novíssimo processo histórico que já foi descrito em termos de uma vigorosa restauração do "grande encarceramento", em alusão ao contexto europeu setecentista em que foram gestadas algumas das principais instituições disciplinares do mundo moderno, a pena

privativa de liberdade parece voltar decididamente ao centro da política criminal contemporânea.

A volta da prisão como estratégia privilegiada de controle social ocorre no exato momento em que se verifica uma tendência à disseminação, em amplos circuitos da sociedade, de uma significativa descrença na capacidade do sistema penitenciário de cumprir, com um mínimo de eficiência, as suas promessas. Notadamente no círculo dos especialistas no estudo da dinâmica de funcionamento do sistema de justiça criminal, abarcando politicólogos, criminólogos e sociólogos do direito, com suporte em extenso material empírico e teórico, a decretação da falência da instituição prisional moderna *vis-à-vis* os fins a que se destina já se tornou de certa forma um *topos* do discurso penal contemporâneo. O objetivo deste trabalho é o de indicar algumas pistas na tentativa de lançar luz sobre esse paradoxo que, a meu ver, constitui um dos desafios centrais com que se defronta hoje a sociedade no que respeita à formulação de uma política adequada de controle e prevenção da criminalidade.

1. Eficiência e senso comum: o paradigma do controle atuarial

Uma das dimensões mais significativas da nova maneira de se conceber o controle da criminalidade certamente se relaciona com a institucionalização, na sociedade, de um viés econômico, tanto do ponto de vista da formulação das políticas penais, quanto da percepção social do desvio. A partir da incorporação de uma lógica estrita de custo-benefício, as atuais estratégias de controle direcionam-se especialmente àqueles setores da população percebidos como potencial fonte de risco, a serem devidamente identificados, classificados e monitorados com base em técnicas de gestão atuarial.

Num ambiente social que enfrenta quotidianamente a *malaise* de um difuso e endêmico sentimento de insegurança, seja no âmbito das relações sociais formais, seja no âmbito das informais – no espaço do trabalho, da casa, das ruas, do lazer –, nota-se uma tendência à privatização da idéia mesma de risco na sociedade contemporânea, ou seja, a passagem do tratamento público, coletivo e político dos riscos sociais para um tratamento crescentemente individual, administrativo e privado. Assim como se migra da previdência pública para a previdência privada, migra-se da *social net* característica dos Estados de Bem-Estar para a *drag net* do sistema de justiça criminal. No processo, e isto parece decisivo, as classes perigosas são redefinidas como classes criminosas.[1]

O potencial de dessublimação embutido numa sociabilidade não por acaso cada vez mais siderada com o problema da ordem constitui solo fértil à edificação de um Novo Senso Comum Penal (NSCP), produzido e reproduzido por setores

(1) BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

do *establishment* político, acadêmico e midiático e crescentemente globalizado graças às intervenções públicas de uma rede de *think-tanks* neoconservadores conectados a partir dos pólos difusores estabelecidos prioritariamente em Londres e Manhattan.

O NSCP inclui a repressão estrita a delitos de pequeno potencial ofensivo, o agravamento generalizado das penas, a erosão da especificidade da delinqüência juvenil, o sitiamento de populações e territórios considerados de risco, a desregulamentação da administração penitenciária, a descontextualização da responsabilidade penal, a análise economicista da questão do crime e do castigo, atrelada ao dogma da eficiência do mercado, como também a amplificação social de um medo-pânico sobretudo nos setores mais conservadores da classe média dos países centrais pela veiculação e reiteração *ad nauseam* de uma imagem do cidadão ultrajado, emparedado e restringido no âmbito do exercício dos seus direitos de cidadania, em razão da escala de violência.

O NSCP apresenta pelo menos duas dimensões:

a) Uma dimensão moralista-autoritária – presente no âmbito do novo discurso penal, que se expressa exemplificativamente na *trouvaille* do politicólogo conservador da Universidade de Nova York, Lawrence Mead, mencionada na epígrafe deste trabalho: "a grande fratura da nossa sociedade não é aquela que separa ricos e pobres, mas aquela que separa indivíduos capazes e incapazes de serem responsáveis por si mesmos".[2] Daí à rotulação ideológica dos supostos irresponsáveis como pertencentes a uma subclasse (*underclass*) – convertida na esfera da desordem e da barbárie – foi um passo, um passo decisivo, a bem da verdade, pelo qual se vêm baralhando cada vez mais as fronteiras entre o campo da criminalidade comum ou de varejo e o campo da desobediência civil. Note-se que essa indistinção entre crime comum e desordem aparece freqüentemente nas leituras conservadoras a respeito de uma suposta ameaça de ruptura do contrato social por parte dos novos perdedores globais.

b) Uma dimensão atuarial – do ponto de vista da criminologia que se vem tornando hegemônica, não se trata mais de diagnosticar as causas da criminalidade, nem, como conseqüência, de prescrever um tratamento adequado ao criminoso em face de um esforço de contextualização do delito no âmbito da estrutura social, mas simplesmente de identificar, monitorar e segregar populações consideradas de alto risco – as novas classes perigosas – a partir do emprego de práticas gerenciais e da incorporação de técnicas desenvolvidas no setor de análise de sistemas; dessa forma, a pesquisa operacional tende a substituir a sociologia como quadro cognitivo de referência, e o discurso dos direitos tende a ceder o lugar ao discurso da eficiência administrativa; de cambulhada, o ideal reabilititativo, que já constituiu o nervo das políticas penitenciárias do *Welfare State*, tende a sucumbir frente ao imperativo da pura segregação e da incapacitação.

(2) Apud WACQUANT, Loic. *Le prisons de la misère*. Paris : Raisons d'Agir, 1999. p. 42.

Nos termos do NSCP, enfrentar os delitos dos novos descontentes globais implica assim a montagem de uma maquinaria pública e privada de controle que declara guerra à pobreza e militariza o combate à pequena criminalidade (visível sobretudo na área da repressão às drogas e à migração ilegal). Em 1996, valendo-se justamente de uma metáfora marcial, o governo britânico justificou a adoção de medidas enérgicas de combate à violência perante o público – e que na verdade assinalava o transplante do modelo norte-americano de controle para *Albion* – como uma "efetiva e compreensiva estratégia destinada a travar a guerra contra a criminalidade".[3] Vale a pena perscrutar de modo mais detido algumas das engrenagens dessa maquinaria.

2. Risco e intolerância (I): a nova política de policiamento

Um componente decisivo da nova forma de controle se materializa na política de policiamento adotada na cidade de Nova York durante os anos 90. Na dicção franca do momento global, a famigerada *Zero Tolerance* (ou *Broken Windows*) vem rapidamente se mundializando e não por acaso assumindo a forma de um novo esperanto repressivo (*Tolérance Zéro*, *Null Toleranz*, *Tolleranza Zero*, *Tolerância Zero* etc.). William Braton, chefe de polícia do prefeito Giuliani, e pioneiro executor do modelo nova-iorquino, percorre hoje o planeta na qualidade de consultor em matéria de segurança pública e divulgador dessa política que já foi batizada, pela pena irreverente de um arguto analista, como "the science of kicking ass".[4]

A Tolerância Zero nutre-se numa ponta do NSCP, operando a partir da associação espúria entre violência e desordem. A percepção singela que anima as novas práticas repressivas é a de que qualquer infração, ainda que pequena, pode no limite contribuir para a instauração de um quadro crescentemente anômico, que por sua vez tende a alimentar a prática de delitos mais graves – nos termos da pregação de seus principais formuladores, trata-se de combater a microcriminalidade (ou criminalidade de varejo) para prevenir a macrocriminalidade (daí o caráter potencialmente hediondo das triviais *janelas quebradas*).

Na outra ponta, a Tolerância Zero prega, em sintonia com a cartilha dos programas de *total quality management*, a necessidade de se operar um choque empresarial no aparato repressivo do Estado, envolvendo a informatização e a integração em tempo real de extensivos bancos de dados, a fixação de indicadores de *performance* para a corporação policial, o aumento do rigor na cobrança de resultados e, especialmente, uma agressiva estratégia de *marketing*. Foi exa-

(3) "Comments on the white paper 'protecting the public': the government's strategy on crime in England and Wales". *The prison reform trust*. Londres : Prison Reform Trust's Publications, junho, 1996. p. 1.

(4) PARENTI, Christian. *Lockdown America. Police and prisons in the age of crisis*. New York : Verso, 1999.

tamente a partir do bordão veiculado na mídia norte-americana – "retomando o metrô para você" – que se definiram os alvos preferenciais da intolerante atuação policial nova-iorquina: limpadores de pára-brisas, alunos gazeteiros e o setor vinculado à prostituição e à pornografia. Note-se que o sucesso da operação, bem como o seu potencial de expansão, têm envolvido em larga medida a reedição da velha estratégia do "divide and rule", graças à utilização de crianças para combater crianças, de migrantes para delatar migrantes e de sem-teto para remover sem-teto. O aumento da eficiência na estratégia de neutralização das populações perigosas obviamente tem levado a um aumento expressivo da brutalidade policial e gerado uma série de protestos por parte de setores organizados da sociedade civil norte-americana.

Note-se ainda que a política de Tolerância Zero anda de mãos dadas com aquilo que alguns analistas vêm chamando de "gentrificação" da metrópole contemporânea, ou seja, a segmentação do espaço urbano a partir de um critério de classe que dá lugar à formação da chamada "cidade parque temático", no âmbito da qual a retomada da zona degradada dos grandes centros urbanos, durante os anos 90, para fins de valorização imobiliária e de atração de capital estrangeiro, notadamente pela provisão de uma infra-estrutura adequada, em termos de serviços e opções de "lazer cultural", ao estabelecimento dos escritórios de grandes corporações transnacionais, tem implicado uma espécie de *higiene social de livre mercado*. Dito de outra maneira, para que a cidade se converta em *playground gentrificado*, para que a velha *polis* possa se transmudar literalmente numa nova e vigorosa *city* – trata-se de uma óbvia alusão aos bairros onde tradicionalmente se situam as principais praças financeiras globais, e que assinala a transformação das cidades contemporâneas em autênticos balcões de negócios à busca de investimentos e turismo –, o controle policial público e privado dos novos *enclosures* é absolutamente estratégico.

3. Risco e intolerância (II): a nova política de sentenciamento

Na década de 80, muitos Estados norte-americanos reformaram sua legislação penal e, entre outras medidas, adotaram uma nova política de sentenciamento. As sentenças "mandatórias" e "determinadas" foram pensadas basicamente como fórmulas de redução da discricionariedade do magistrado no momento da aplicação da pena. A sentença "mandatória" prevê para determinadas categorias de crime a compulsoriedade do encarceramento. Por exemplo, uma lei adotada em Nova York, em 1978, prescreveu, em termos bastante genéricos, a obrigatoriedade da pena de prisão para todos os crimes considerados violentos e a possibilidade da suspensão condicional foi eliminada. Já a sentença "determinada" obriga o juiz a fixar o tempo exato da duração da pena de prisão.

Em especial, as sentenças "determinadas" constituem uma resposta legislativa à prática tradicional do direito anglo-saxão das sentenças "indeterminadas", em que a duração exata da pena de prisão é fixada durante o período da execução,

a cargo de uma comissão encarregada de analisar a observância dos requisitos necessários ao livramento condicional (*parole board*), cuja concessão deve levar em conta o comportamento do detento. Na prática, as novas modalidades de sentenciamento têm contribuído para alimentar a superpopulação do sistema penitenciário e agravar ainda mais suas distorções.

Conjugada às sentenças "mandatórias" e "determinadas", a introdução de uma técnica de contenção dos índices de reincidência, (a) o admirável *three strikes and you are out* (bordão do beisebol, que significa algo como três falhas seguidas no rebatimento da bola e o rebatedor está fora do time), bem como do (b) *truth in sentencing* (estratégia de restrição ao regime de progressão das penas), (c) a proliferação de presídios de segurança máxima (*the supermax option*), (d) os programas de encarceramento de alto impacto para os jovens, mais conhecidos como *boot camps*, (e) a adoção da prática do toque de recolher em inúmeras cidades, (f) as limitações crescentes à prática da barganha judicial (*plea bargain*), à remição e ao livramento condicional, constituem medidas que atestam claramente o caráter socialmente regressivo das novas estratégias de controle e gestão atuarial da violência nos Estados Unidos.

Examine-se o caso da Califórnia, Estado que se encontra na liderança no que toca à adoção de uma política criminal mais truculenta. Um dos primeiros criminosos a serem sentenciados sob as novas regras, o hispano-americano Duane Silva, recebeu pena de prisão perpétua por furto a uma residência. Anteriormente, ele tinha sido condenado duas vezes por atear fogo a uma caminhonete e a duas latas de lixo. Circunstâncias atenuantes não puderam ser levadas em conta no julgamento. Fulano foi condenado à prisão perpétua, em Sacramento, por furtar dois maços de cigarros; Sicrano, em San Bernardino, por um pedaço de pizza; e ainda Beltrano, em Santa Ana, por quatro barras de chocolate! De uma vez por todas, não se questione a eficiência do aparato repressivo norte-americano no setor da microcriminalidade.

4. Estado forte, Estado fraco

A reorientação da política criminal operada nessas bases permite matizar os termos do debate a respeito da reestruturação e da crise fiscal do Estado contemporâneo. Ao mesmo tempo em que se observa a redução da presença do Estado na esfera do bem-estar, verifica-se a ampliação e o reforço da presença do Estado na esfera da lei e da ordem. Na esteira da ascensão da Nova Direita e da entronização da ortodoxia econômica neoclássica, bem como da panacéia privatizante que as acompanha, pode-se verificar a promoção de uma crescente deslegalização e desregulação dos direitos sociais e, no mesmo passo, a extensão do aparato de justiça criminal como estratégia privilegiada de controle das ilegalidades da nova *underclass*. A expansão contemporânea do Estado Penal constitui a contrapartida necessária do seu enxugamento na esfera social.

As políticas antiinflacionárias e as medidas de contenção do déficit público, justificadas desde os tempos da *reaganomics* e do thatcherismo como estratégia

para debelar a crise fiscal, têm convivido – muito bem, obrigado – com o investimento maciço na repressão da criminalidade. Por trás do discurso de austeridade, verifica-se um claro enviesamento político no modo como a crise fiscal do Estado tem sido administrada. À medida que o consenso interclassista que conferiu suporte às políticas sociais dos Estados de Bem-Estar vai sendo progressivamente minado, uma nova prática estatal bifronte tende a entrar em cena, a um tempo autoritária em relação aos reclamos do populacho e extremamente diligente em relação ao atendimento às demandas do capital.[5]

Na acurada percepção de um estudioso desse fenômeno, a criação de um ambiente seguro no melhor interesse dos investidores tende a converter os governos, no mundo das finanças globais, em autênticos distritos policiais superdimensionados:

"A quantidade e qualidade dos policiais em serviço, varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores de 'confiança dos investidores' e, portanto, entre os dados principais considerados quando são tomadas as decisões de investir ou de retirar um investimento. Fazer o melhor policial possível é a melhor coisa (talvez a única) que o Estado possa fazer para atrair o capital nômade".[6]

Se, de um lado, na esteira da globalização do capital, o Estado se defronta (a) com o desafio da erosão de sua soberania, à medida que inúmeras variáveis econômicas tendem a escapar freqüentemente à possibilidade de controle interno e à medida que a sua pauta tradicional de competências é crescentemente esvaziada pela emergência de novos atores regionais e globais, no plano supranacional, e pela política de privatizações, no plano infranacional; (b) com o desafio da restauração de sua legitimidade, entre outros fatores, deflagrado pela deterioração da infra-estrutura e dos serviços públicos nos grandes centros urbanos; (c) e com o desafio da regulação social coerente num contexto marcado pela juridificação e pelo pluralismo jurídico, questões bastante exploradas pela sociologia jurídica contemporânea, de outro lado, no bojo do processo de "terceiro-mundialização" do planeta, ou seja, de reprodução em escala ampliada e crescentemente global dos dualismos estruturais que caracterizam as sociedades periféricas, o Estado se expande e se fortalece numa dinâmica de controle militar sobre os setores extraterritoriais da miséria e da barbárie.

5. Rigidez e flexibilidade

As metamorfoses do sistema econômico mundial, ao instituírem, em ritmo acelerado, miríades de situações e espaços de exclusão, abrem caminho para o

(5) SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Toward a new common sense*. London : Routledge, 1995. p. 277-278; *Pela mão de Alice*. Porto : Afrontamento. p. 110-111.

(6) BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1999. p. 128; no mesmo sentido, ver Robert Kurz, "Perdedores globais", *Folha de S. Paulo*, 1.°.10.1995, Caderno mais!, p. 5-9.

desenvolvimento de uma florescente indústria da miséria, que vem operando em escala crescentemente planetária. Num contexto de alta volatilidade financeira, reengenharia, *downsizing*, desemprego tecnológico, feminização e precarização do trabalho (*minimum-wage "hamburger-flipping" jobs*), fluxos migratórios desestabilizadores, desconstituição de direitos, neodarwinismo social e o dramático aumento das desigualdades de renda, riqueza e poder, os efeitos devastadores do capitalismo turbinado constituem combustível altamente inflamável à conversão do controle dos novos párias em *big business*.[7]

No âmbito da sociedade da informação, em que se verifica um processo acelerado de compressão do espaço-tempo, assinalando a convivência tensa entre o simultâneo e o diferido, o local e o global, a maior capacidade de mobilidade dos atores sociais constitui um diferencial extremamente significativo. Uma dialética de mobilidade e imobilidade parece presidir aos esforços de reconfiguração do mercado de trabalho hoje, simultaneamente mais flexível do ponto de vista da procura, ou seja, do empregador e do tomador de serviços, e muito mais rígido do ponto de vista da oferta, ou seja, do empregado e do prestador de serviços. A flexibilização do trabalho vista na perspectiva da mobilidade e da produtividade dos fatores do capital tem como contrapartida a suspensão da liberdade de escolha do trabalhador, num jogo de redistribuição de poder que implica a expropriação da capacidade de resistência e mobilização daquele cuja resistência está a ponto de ser superada.

Como afirma Baumann, "a mobilidade e sua ausência indicam a nova polarização moderna avançada ou pós-moderna das condições sociais. O topo da nova hierarquia é extraterritorial; suas camadas inferiores são marcadas por graus variados de restrições espaciais e as da base são, para todos os efeitos, *glebae adscripti*".[8]

Com efeito, vistas as coisas dessa perspectiva, não deve surpreender de todo que, nas abarrotadas prisões contemporâneas, "a população potencialmente perigosa seja apartada e alojada sob controle completo enquanto matéria-prima para o mesmo complexo industrial que a tornou supérflua fora das grades. Matéria-prima para controle ou, se se preferir, consumidores cativos dos serviços da indústria do controle".[9] Fazer um *fast buck* às custas da "mais-população" devidamente descartada do novo jogo econômico que estrutura o capitalismo global parece constituir precisamente a lógica que preside à instauração contemporânea de um autêntico complexo comercial sócio-penal.

Por essa mesma razão, segundo Loic Wacquant, eminente professor da Universidade da Califórnia, a passagem do *Welfare State* para um Estado Penal na

(7) Capitalismo turbinado pelos ganhos de produtividade, pela revolução tecnológica, pela flexibilidade do mercado de trabalho e pelo aumento das desigualdades; ver a respeito Edward Luttwak, *Turbo-capitalism*, London, Orion Business, 1999.

(8) BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*, cit., p. 113.

(9) CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry: towards gulags, western style*. London : Routledge. p. 118.

cena contemporânea, longe de ser incompatível com o programa neoliberal de desregulamentação e desmonte do setor público, "revela o quadro verdadeiro, refletindo uma política de criminalização da pobreza que inevitavelmente anda em conjunto com a imposição de empregos inseguros e sub-remunerados e com a reestruturação dos programas de bem-estar".[10]

6. Disciplina e exclusão

As instituições disciplinares compreendidas no arquipélago carcerário da modernidade, como as casas de correção do século XVII e a penitenciária do século XIX, garantiram substrato social ao florescimento de uma ideologia da reabilitação do condenado, na medida em que nessas "casas panópticas" o que se tinha em vista era primordialmente a introjeção do *ethos* protestante do trabalho, num contexto de formação do moderno proletariado urbano industrial. Adestrar, moldar, conformar, bem como tatuar no corpo e na alma dos criminosos o código disciplinar subjacente à sociedade do trabalho define o sentido e o alcance da primeira onda do "grande encarceramento", conforme a clássica leitura foucaultiana. A prisão podia funcionar então como fábrica de trabalho disciplinado e laboratório experimental para o desenvolvimento de novas tecnologias de adestramento social.

Hoje, o enfraquecimento da ideologia da reabilitação e a guinada rumo à valorização da função meramente incapacitadora do cárcere, para além do debate estritamente acadêmico, parece ter mais a ver com a transformação da prisão em fábrica de exclusão social, na medida em que o confinamento tende a se configurar como uma alternativa ao emprego, uma estratégia de neutralização dos setores da população que se tornam descartáveis aos olhos do sistema produtivo, para os quais não há trabalho ao qual se reintegrar. Nas sofisticadas instalações dos novos presídios de segurança máxima erigidos recentemente nos Estados Unidos, como o de Pelican Bay, situado no *golden state* da Califórnia, "nenhum trabalho produtivo é feito dentro dos muros de concreto (...) não se pretende nenhum treinamento para o trabalho (...) para os condenados, Pelican Bay não é escola de coisa alguma – sequer de uma disciplina meramente formal. O que os internos *fazem* em suas celas solitárias *não importa*. O que *importa* é que *fiquem ali* (...) a prisão de Pelican Bay é um laboratório da sociedade 'globalizada' no qual são testadas as técnicas de confinamento espacial do lixo e do refugo da globalização e explorados os seus limites".[11]

Com a progressiva exaustão da estrutura sócio-econômica fordista – produção em massa, pleno emprego, a grande fábrica, a relativa estabilidade da vida organi-

(10) WACQUANT, Loic. "From welfare state to prison state". *Le monde diplomatique*, jul. 1998, p. 20.

(11) BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*, cit., p. 121 (ênfases no original).

zacional – que conferia lastro histórico-social às estratégias disciplinares de controle e à ideologia da reabilitação, tende a ganhar fôlego uma reorientação da política criminal em direção às estratégias de contenção seletiva e de neutralização e incapacitação das categorias sociais percebidas como produtoras de risco.

Se a prisão foi institucionalizada no mundo moderno para gerenciar as ilegalidades das classes menos abastadas, atendendo aos requerimentos da sociedade fabril em formação, a sua expansão, em tempos de capitalismo turbinado, parece relacionar-se ao fato de que o cárcere continua a desempenhar basicamente o mesmo papel em outro contexto histórico. Para além da constatação acadêmica da falência da pena privativa de liberdade, a normalização do trabalho precário, a criminalização da miséria e a privatização da insegurança existencial tendem a repor a penitenciária no centro das atuais estratégias de combate à criminalidade. Redimensionado como mecanismo eficiente de contenção do novíssimo *lumpen* pós-correcional da acumulação flexível, o cárcere volta à cena contemporânea num contexto social antiutópico e regressivo, em que a sociedade, ela própria, tende a se converter mais e mais numa gigantesca prisão ao ar livre.