

# REVISTA BRASILEIRA DE **ciências criminais**

ANO 7 – N. 28 – OUTUBRO-DEZEMBRO DE 1999

**28**

**REVISTA  
DOS TRIBUNAIS**



**Publicação Oficial do  
INSTITUTO BRASILEIRO DE  
CIÊNCIAS CRIMINAIS**

ISSN 1415-5400

**REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**  
**Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**

**INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

*Trimestral • ANO 7 • n. 28 • out.-dez./99*

**As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.**

*© Edição e distribuição da*

**EDITORA**   
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 3106-3772

CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil

Internet: <http://www.rt.com.br>

e-mail: [revista@rt.com.br](mailto:revista@rt.com.br)

*Diretor Responsável:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

*Diagramação eletrônica:* Solange Rigamont Palmeira, Rua Adelaide de Freitas, 123  
CEP 03150-050 – São Paulo, SP, Brasil.

*Impressão:* Gráfica Círculo, Av. Tucunaré, 299 – Tamboré, SP, Brasil.

*Impresso no Brasil*

# APRESENTAÇÃO

---

No fecho do ano de 1999, o que pode ser contraposto à lógica demoníaca do mercado, a esse processo desagregador que contamina o mundo moderno e o condena a transformar direitos de cidadãos e obrigações de Estados-nações em meros negócios empresariais? O que significa realmente reduzir seres humanos à simples condição de compulsivos consumidores de um mercado estruturado em termos globais? O que representa deixar o Direito à margem esvaziando inteiramente o paradigma do Estado Constitucional de Direito que se sustenta no conjunto de valores éticos-políticos que cimentam a própria produção jurídica e no complexo de princípios e garantias, explícitas e implícitas, que se traduzem numa conquista irrenunciável da modernidade? Que sentido teria viver num Estado-nação que trata a maioria de seus cidadãos como pessoas de segunda categoria e se predispõe sempre a brandir a arma de repressão penal, por qualquer conduta praticada? Que tipo de reação é capaz de frear ou, ao menos, diminuir o ritmo avassalador da globalização? Só o resgate da idéia da ética no foco de todas as discussões possíveis. “A dimensão ética começa quando entram em cena os demais. (...) São os outros, é o olhar deles, o que nos define e nos conforma. Nós (do mesmo modo como não somos capazes de viver sem comer ou sem dormir) não somos capazes de compreender quem somos sem o olhar e a resposta dos outros”. E, por certo, sem esse reconhecimento, “(...) quem vivesse numa comunidade na qual todos tivessem sistematicamente decidido nunca olhá-lo e se comportassem como se não existisse, correria o risco de morrer ou de enlouquecer”.<sup>1</sup> Por isso, Ana Messuti ressaltou corretamente que “(...) os homens são seres em relação, não somente em termos meramente fáticos ou contingentes, mas, sim, absolutamente fundamentais, pois a existência é sempre coexistência”.<sup>2</sup> Essa relação com o outro deixa à evidência a própria condição humana, ou seja, a necessidade imperiosa de viver em sociedade impondo a idéia de que todo ser humano tem dignidade na medida exata em que é um sujeito e não um objeto, um fim e não um meio. Desta forma, essa dignidade origina-se tanto do seu existir, como do seu coexistir. É, portanto, em torno dessa idéia-força – dignidade da pessoa humana – que se pode apoiar, num primeiro momento, um consistente núcleo de reação ao processo globalizador. Apenas tal idéia-força justifica, num momento subsequente, a formulação positiva de direitos fundamentais e de suas garantias e a irradiação da solidariedade em contraste com o individualismo grosseiro e brutal. É, destarte, no paradigma do Estado Constitucional de Direito que tem uma dimensão antropocêntrica – e apenas nele – que pode ser encontrado ainda poderoso anteparo à pressão e à opressão globalizadoras.

Destarte, não se pode desatrelar o sistema penal, enquanto controle social formal, do modelo garantístico a que deve dar suporte. É inimaginável um controle repressivo de máxima extensão, sem limites éticos e ao preço das garantias penais e processuais penais obtidas a tão alto custo e já incluídas, há tanto tempo, no patrimônio dos cidadãos. Bem por isso, o sistema penal brasileiro da última década é merecedor das mais severas críticas, por sua inidentificação e, mais ainda, por sua total falta de sintonia com o paradigma garantidor.

(1) Umberto Eco. *Em qué creen los que no creen*. Buenos Aires : Temas de Hoy, 1997, p. 89-90.

(2) Ana Messuti. *Obligaciones humanas*. Apuntes para la formulación de una idea. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, fasc. 2, 1997, p. 346.

Urge, deste modo, pôr fim à defasagem entre o modelo social e o controle social penal e restabelecer a ponte entre um e outro, o que só será possível quando cada operador de direito se convencer de seu papel de cúmplice dos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, do Estado Constitucional de Direito. O esquema garantidor não é um modelo superado, vencido, mas apenas um projeto inacabado que demanda novas tentativas de implementação. Os valores que, estão nele inseridos não estão esvaziados de seus conteúdos e continuam a ser o que de melhor se pensou até hoje sobre a existência e a coexistência do ser humano. Defender esse posicionamento não significa a adoção de uma atitude voluntarista, nem o propósito de concentrar uma confiança excessiva e insensata num paradigma qualquer.

Manter-se fiel ao esquema garantidor talvez possa parecer hoje uma posição utópica. Mas a utopia não é, como elucida Boaventura de Souza Santos, "(...) uma quimera, uma fantasia, algo irrealizável mas, sim, uma direção que se pode tomar e da qual o processo histórico não se aproxima necessariamente. Mas, na realidade, é a tentativa de construção de mundos impossíveis, destinada a iluminar a formação e a conquista de mundos possíveis. (...) Não é uma tarefa fácil, nem é uma tarefa individual. Mas se é verdade que a paciência dos conceitos é grande, a paciência da utopia é infinita".

Ver o mundo, portanto, numa perspectiva mais humana e ética, deve ser, não obstante todas as dificuldades e embaraços, a expressão política de quem faz do Direito seu instrumento de atuação. Só assim será possível deter os males do fundamentalismo do mercado e resgatar do grande *apartheid* social que ele criou (três bilhões de desempregados), quatro quintos da população terrestre, devolvendo aos "ninguéns" a dignidade humana que lhes foi subtraída.

Oxalá o mágico ano 2000 permita à *Revista Brasileira de Ciências Criminais* prosseguir, por tempos afora, no seu papel de defesa da dignidade da pessoa humana, como ponto fulcral do Estado Constitucional de Direito e da intervenção penal mínima, como baliza infranqueável do poder repressivo estatal.

A Diretoria

(3) Boaventura de Souza Santos. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 6. ed. Porto : Edições Afrontamento, 1997, p. 297 et seq e p. 298.

# SUMÁRIO

---

|                                                                                                                                                                                                                                      |          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>APRESENTAÇÃO .....</b>                                                                                                                                                                                                            | <b>3</b> |
| <b>COLABORADORES .....</b>                                                                                                                                                                                                           | <b>7</b> |
| <b>1. DOUTRINA INTERNACIONAL</b>                                                                                                                                                                                                     |          |
| 1.1 Consensualismo e prisão – ANABELA MIRANDA RODRIGUES .....                                                                                                                                                                        | 11       |
| 1.2 Derecho penal y derechos humanos – Los círculos hermenéuticos de la pena – ANA MESSUTI .....                                                                                                                                     | 28       |
| 1.3 Criminologia clínica e perfeição criminológica na Itália – GIANLUIGI PONTI e ERNESTO CALVANESE .....                                                                                                                             | 39       |
| 1.4 La culpabilidad en el siglo XXI – EUGENIO RAÚL ZAFARONI .....                                                                                                                                                                    | 56       |
| <b>2. DOUTRINA NACIONAL</b>                                                                                                                                                                                                          |          |
| 2.1 Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? – ALBERTO ZACHARIAS TORON .....                                                                                                                                                | 73       |
| 2.2 Novas penas “alternativas”. Uma análise pragmática – CEZAR ROBERTO BITENCOURT .....                                                                                                                                              | 85       |
| 2.3 Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual – LENIO LUIZ STRECK ..... | 108      |
| 2.4 Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? – MIGUEL REALE JÚNIOR .....                                                                                               | 116      |
| 2.5 O nascituro e a criminalidade genética – PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA .....                                                                                                                                                 | 130      |
| 2.6 Proposta para uma nova consolidação das leis penais – RENÉ ARIEL DOTTI .....                                                                                                                                                     | 151      |
| 2.7 O movimento dos trabalhadores rurais sem terra em face do direito penal – ROBERTO DELMANTO JUNIOR .....                                                                                                                          | 175      |
| 2.8 Tribunal penal internacional – SYLVIA HELENA F. STEINER .....                                                                                                                                                                    | 208      |
| <b>3. DIREITO PENAL ESPECIAL</b>                                                                                                                                                                                                     |          |
| 3.1 A procedibilidade penal à luz da Lei 9.430/96 – IVES GANDRA DA SILVA MARTINS .....                                                                                                                                               | 219      |
| 3.2 Crimes contra o consumidor: art. 7.º da Lei 8.137/90 x Código de Defesa do Consumidor – JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO .....                                                                                                        | 225      |
| <b>4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL</b>                                                                                                                                                                                              |          |
| 4.1 Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: uma análise sob o enfoque da criminologia clínica – ALVINO AUGUSTO DE SÁ .....                                                                                            | 231      |
| 4.2 Previsibilidade de comportamento do apenado: uma missão totalmente impossível – ELZA IBRAHIM .....                                                                                                                               | 252      |

**5. POLÍCIA E DIREITO**

- 5.1 O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro? – BISMAL B. MORAES ..... 255

**6. SOCIOLOGIA JURÍDICA**

- 6.1 A garantia dos direitos fundamentais no processo penal: a implementação do controle do inquérito policial pelo Ministério Público do Estado de São Paulo – ANDREI KOERNER, CÉLIA SOIBELMANN MELHEM e FLÁVIA SCHILLING ..... 265
- 6.2 Reforma jurídico-institucional no Brasil e novas articulações entre direito e política: considerações sobre a atuação do Ministério Público na área dos direitos difusos – DÉBORA ALVES MACIEL ..... 272
- 6.3 Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça. Uma questão recorrente – JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS ..... 280

**7. JURISPRUDÊNCIA****7.1 Jurisprudência Comentada**

- 7.1.1 O exame da prova em *habeas corpus* – RANULFO DE MELO FREIRE .... 291

**7.2 Jurisprudência Recente**

- 7.2.1 Citação de acusado inimputável. Necessidade. Aplicação subsidiária do CPC – Rel. Juiz MÁRCIO BÁRTOLI ..... 297
- 7.2.2 Individualização da pena. Aferição da culpabilidade do imputado – Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO ..... 300

**7.3 Ementário de Jurisprudência – FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO**

- e ROBERTO DELMANTO JUNIOR ..... 304

**8. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS**

- 8.1 Lei 9.804, de 30 de junho de 1999 ..... 323
- 8.2 Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 ..... 325
- 8.3 Lei Complementar 851, de 9 de dezembro de 1998 ..... 328
- 8.4 Resolução 179, de 26 de julho de 1999 ..... 329
- 8.5 Provimento 15/99 ..... 330
- 8.6 Provimento 653/99 ..... 331
- 8.7 Decreto 44.214, de 30 de agosto de 1999 ..... 331
- 8.8 Emenda Constitucional 23 ..... 335
- 8.9 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional ..... 336

**9. RESENHA**

- 9.1 Jesús-Maria Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* – Resenha por WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA ..... 383

**10. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO ..... 387**

# COLABORADORES

---

## **ALBERTO ZACHARIAS TORON**

Advogado criminalista em São Paulo. Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

## **ALVINO AUGUSTO DE SÁ**

Psicólogo. Doutor em Psicologia Clínica. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Psicólogo (Assistente de planejamento e controle II) da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Diretor da Clínica Psicológica da Universidade Guarulhos. Professor de Psicologia Criminal da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

## **ANA MESSUTI**

Advogada da Universidade de Buenos Aires. Especialização em Filosofia do Direito pela Universidade de Roma – Itália. Professora colaboradora do Instituto Vasco de Criminologia.

## **ANABELA MIRANDA RODRIGUES**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal.

## **ANDREI KOERNER**

Doutor em Ciência Política pela FFLCH/USP. Professor de Sociologia do Direito no UNIFIEO e de Política Pública na Escola de Sociologia e Política de São Paulo.

## **BISMAL BATISTA DE MORAES**

Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor da Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra” de São Paulo e da Faculdade de Direito de Guarulhos. Ex-Presidente da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo.

## **CÉLIA SOIBELMANN MELHEM**

Doutora em Ciência Política pela FFLCH/USP. Pesquisadora de Políticas Públicas da Fundação SEADE.

## **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**

Doutor em Direito Penal. Ex-Procurador de Justiça. Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal. Advogado e Parecerista.

## **DÉBORA ALVES MACIEL**

Professora da Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Doutoranda em Sociologia pela FFLCH/USP, com pesquisa, em desenvolvimento, sobre a atuação do Ministério Público de São Paulo na área dos direitos difusos.

## **ELZA IBRAHIM**

Membro do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro. Psicóloga do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho (Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro).

**ERNESTO CALVANESE**

Professor de Criminologia na Universidade de Milão – Itália.

**EUGENIO RAÚL ZAFARONI**

Professor Titular na Universidade Nacional de Buenos Aires – Argentina

**FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO****FLÁVIA SCHILLING**

Doutora em Sociologia pela FFLCH/USP. Assessora especial da Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo.

**GIANLUIGI PONTI**

Professor de Psicopatologia Forense na Universidade de Milão – Itália.

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

Professor Emérito da Universidade Mackenzie. Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia e do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.

**JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO**

Procurador de Justiça. Chefe de Gabinete da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito do Consumidor, nível de graduação da Faculdade de Direito na FMU-SP, e pós-graduação na Escola Superior do Ministério Público e Faculdade de Direito da “Fundação Eurípedes Soares da Rocha”, Marília – SP. Integra a Comissão de Assessoramento Jurídico da delegação brasileira junto ao Comitê Técnico n. 7 do Mercosul (Defesa do Consumidor).

**JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS**

Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Doutor pela UFSC/ Université de Montpellier I – França), Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Unisinos e UNISC. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

**LENIO LUIZ STRECK**

Procurador de Justiça – RS. Doutor em Direito. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Unisinos – RS.

**MÁRCIO ORLANDO BÁRTOLI**

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACrimSP) e 2.º Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim.

**MIGUEL REALE JÚNIOR**

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

**PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA**

Advogado. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Mestrando em Ciências Criminais pela mesma universidade.

**RANULFO DE MELO FREIRE**

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP.

**RENÉ ARIEL DOTTI**

Professor Titular de Direito Penal. Membro da Associação Internacional de Direito Penal e da Sociedade Mexicana de Criminologia.

**ROBERTO DELMANTO JUNIOR**

Advogado criminalista em São Paulo. Membro do Conselho Diretivo da RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais, do IBCCrim. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

**SYLVIA HELENA F. STEINER**

Desembargadora Federal. Participou das reuniões da Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional, realizadas na Organização das Nações Unidas – ONU.

**WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA**

Membro da Diretoria da RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais, do IBCCrim (Relações Internacionais). Promotor de Justiça. Doutorando pela Universidade Complutense de Madrid – Espanha.

LEIA NA

**REVISTA BRASILEIRA DE *ciências criminais***

n. 29 • janeiro-março • 2000

- **La política criminal y el derecho penal de la Constitución:  
nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales**  
Alessandro Baratta
- **Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas**  
Maria Lúcia Karam
- **La violencia desde la perspectiva de la salud publica.  
La experiencia de Cali - Colombia**  
Rodrigo Guerrero
- **Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica  
da Lei 9.099/95, sob a perspectiva criminológica**  
Sérgio Salomão Shecaira
- **“Também morre quem atira”.**  
Risco de uma pessoa possuir arma de fogo ser vítima fatal de um roubo  
Renato Sérgio de Lima, Jacqueline Sinhoretto, Luci Gati Pietrocolla
- **Las cárceles de América Latina: qué ofrecen para el tercer milenio?**  
Carlos Alberto Elbert

# 1. DOCTRINA INTERNACIONAL

## 1.1

### CONSENSUALISMO E PRISÃO

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

**Resumo:** Aborda a função socializadora da prisão e nesse contexto, surge a necessidade da participação do recluso numa visão contratualista impedindo a imposição de qualquer tratamento coativo a ele.

**Palavras-chave:** Prisão – Consensualismo – Socialização – Política criminal – Direitos do recluso.

1. Não é possível falar de “consensualismo e prisão” sem problematizar a compreensão clássica da justiça penal.<sup>1</sup>

Tradicionalmente monolítica e autoritária, estranha a toda a forma de concertação, de transacção ou de compromisso, a justiça abriu-se inusitadamente à “contratualização”.<sup>2</sup> Uma justiça “imposta”, de carácter unilateral e vertical, que encontrava legitimação na transcendência e na autoridade “mística” de que falava Montaigne, cede o passo a uma justiça negociada, interactiva e horizontal que procura a

composição dos interesses utilizando uma racionalidade dialéctica.

Justiça “imposta” e justiça “negociada” são formas extremas que fazem apelo, respectivamente, à *participação* e ao *consenso*, dando lugar a modelos *nuancés* e complexos. Ambos conferindo um papel activo à vítima ou ao delinquente, seja através da *participação*, seja através do *consentimento*.<sup>3</sup>

A tendência consensualista na justiça penal obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia, mas não é alheia ao movimento de expansão dos direitos do homem.

Na verdade,<sup>4</sup> nas sociedades modernas, complexas e plurais, o indivíduo reforçou a sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projecto e limite. O aparelho estadual deixou de identificá-lo, como até então, pelo lugar que ocupa e pelos papéis que desempenha. Atenuaram-se os laços de reciprocidade que o ligavam ao Estado, surgindo, perante este, enquanto tal, pelo simples facto de existir.

Esta revalorização dos direitos do homem vai para além das declarações revolucionárias que privilegiavam o “cidadão”.

(1) Sobre o tema, vide J. Pradel. “Le consensualisme en droit pénal comparé”, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia” – 1984, p. 5 et seq.; idem, *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Aspects historiques et comparatives, Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruxelles, 1997, p. 31 s.

(2) Fala de “contratualização” do direito penal P. Salvage. *Le consentement en droit pénal*, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1991, n. 4, p. 702.

(3) Neste sentido, cf. F. Tulkens e M. van de Kerchove. *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?*, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996, p. 443 et seq.

(4) No que se segue, J. de Maillard. *Crimes e leis*. Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, 1994, p. 108 et seq.

O Estado já não se sente imbuído de uma missão de socialização que, mantendo os indivíduos submetidos a um interesse geral, autorize métodos de coacção individual ou colectiva próprios do controle social. Deixou também de existir, entre o Estado e o indivíduo, qualquer relação que funde um equilíbrio socializante.<sup>5</sup>

O Estado renunciou à sua função integradora, recuou e aceitou funcionar como garante, contra si próprio, da protecção e promoção dos direitos da pessoa (direitos “egoístas”). Em síntese, o Estado restringiu o seu domínio para aumentar aquele que reserva à livre determinação da pessoa.

Os direitos do homem sobre os quais se constrói a sociedade “constituem a afirmação de uma ética social fundada sobre uma certa ideia do Homem considerado como um ser livre, titular de direitos fundamentais, cujo respeito se impõe a todos, aí incluído o Estado”.<sup>6</sup>

A “nova” justiça penal assume-se como guardiã desta concepção do Homem, que se exprime através de declarações solenes e convenções internacionais.

As exposições de motivos de códigos recentes reflectem esta tendência: “Sem negligenciar a salvaguarda das instituições republicanas e a paz pública, sem menosprezar a necessidade de proteger os bens e as trocas económicas, defende-se que o novo código penal deve ter por fim primeiro a defesa da pessoa humana e contribuir para assegurar o seu pleno desenvolvimento, protegendo-a de todos os atentados, quer visem a sua vida, o seu corpo, as suas liberdades, a sua segurança, a sua dignidade, o seu ambiente” — assim se lê no Projecto de Código Penal apresentado ao Parlamento francês, em 1986, pelo Ministro da Justiça Robert Badinter.

A política criminal foi, assim, apanhada no centro de uma insuperável contradição, pois tornou-se prisioneira de um paradoxo. Observado como principal ameaça à liberdade individual, o Estado é intimado simultaneamente a desenvolver um sistema de protecções jurídicas para garantir o exercício de direitos e a apagar-se precisamente pelas mesmas razões. É um movimento circular de demanda de protecção ao Estado e de exigência de autonomia do indivíduo.

Neste contexto, é natural que os sistemas penais contemporâneos multipliquem as situações em que o consentimento é exigido. Não só na acção penal — basta pensar nas diversas formas de transacção processual — como no sistema punitivo.

É uma nova compreensão que emerge. Evocar o consentimento do delinquente no domínio punitivo era estranho ainda não há muito tempo. A pena exprimia o *imperium* da justiça penal. Hoje, compreende-se que, numa preocupação de individualização e de eficácia, o delinquente deva ser associado à aplicação e à execução da sanção. O direito penal trilha uma via original procurando, cada vez mais, fazer assentar a punição no consentimento do delinquente. Desta forma, por um lado, considera-o como sujeito de direitos, e, por outro lado, tem em vista uma maior eficácia. Reconhece-se que a sanção mais útil é a sanção aceita pelo condenado, porque, ao mesmo tempo que estimula a sua participação no atingir dos objectivos pretendidos, desenvolve o seu sentido de responsabilidade. A ponto de se levantar esta interrogação: contratualizada em si mesma ou na sua execução, a sanção penal não estará em vias de mudar de natureza?<sup>7</sup>

Neste espaço de consensualismo que os ordenamentos jurídicos da actualidade procuram levar tão longe quanto possível, a prisão constitui a *ultima ratio* da política

(5) J. de Maillard, op. cit., p. 98.

(6) J. de Maillard, op. cit., p. 112.

(7) Nesta interrogação, P. Salvage, op. cit., p. 715.

criminal, a previsão de penas de substituição é generosa e a pena reconforma-se em sentido positivo, prospectivo e socializador.

Este sentido socializador é fiel aos direitos do homem e respeita a vontade do condenado.

A aplicação de penas de substituição, nalguns casos, só é possível com o consentimento do condenado (é o caso da prestação de trabalho a favor da comunidade).

Na execução da sanção, a concepção autoritária evolui-se, não admitindo o tratamento com vista à socialização contra a vontade do recluso.

Por todas estas razões, o tema do consensualismo na prisão reenvia-nos para o velho e sempre novo tema da socialização.

Mas, a esta luz, com um sentido renovado e mais profundo.

2. Nem sempre foi pacífico o conceito de socialização. Se se quiser traçar um quadro evolutivo, é necessário recordar os anos sessenta e o início dos anos setenta, quando a socialização dominava o pensamento político-criminal.

Como se sabe, este pensamento deu o flanco à crítica provinda quer de sectores “progressistas” e “críticos”, quer de sectores “conservadores” e “repressivos”: os primeiros, questionando a sua legitimidade, os segundos, imputando-lhe um rotundo fracasso.<sup>8</sup>

Registre-se que a crise do modelo socializador — em que pontificou a emergência, nos anos setenta, dos modelos penais de justiça — é destituída de razão. Basta ver

a situação na Europa continental, do sul e central, em que a abertura à socialização nunca teve as manifestações que a fizeram ficar ligada a um criticável modelo médico coactivo de tratamento.

Quer sejam abolicionistas ou neogarantistas (neo-clássicas), as teses críticas mais relevantes atacam a socialização com base na defesa da autonomia do indivíduo face ao Estado. O aspecto positivo destas posições foi, sem dúvida, a atenção que concitaram sobre os direitos fundamentais, designadamente, o direito à integridade física e psíquica, gravemente atingido pela imposição coactiva de terapias médicas ou psicológicas tendentes à modificação físico-psíquica do recluso.

Nos Estados Unidos da América, o renovado interesse pela retribuição encontrou fundamento imediato na discricionariedade quase ilimitada com que eram tomadas decisões, quer quanto à determinação da medida da pena, quer quanto à libertação do condenado em cumprimento de uma pena de prisão.

É certo que o modelo de justiça, dito neo-clássico, que pretendeu substituir-se ao modelo socializador, não pôs em causa, por si mesmo, a limitação das sanções através dos princípios da proporcionalidade e da culpa. A verdade, porém, é que a importância dada à noção de “*just deserts*” — sobretudo quando articulada com objectivos utilitários de inocuidade ou de intimidação geral — levou a que se gerasse, em muitos países, um clima repressivo e potencialmente desumanizante.

De resto, o abandono do modelo socializador que este movimento representou não produziu as mudanças desejadas: a criminalidade não decresceu, o sistema judiciário tornou-se mais lento, as prisões ficaram mais sobrelotadas, o clima dentro das prisões piorou visivelmente e a motivação profissional do pessoal diminuiu.

3. Por tudo isto, não é de estranhar que se assista, hoje, num movimento de sentido

<sup>(8)</sup> Esta confluência, à primeira vista paradoxal, foi posta em destaque por Anabela Miranda Rodrigues. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. Seu fundamento e âmbito*. Coimbra, 1982, p. 99 et seq. e em Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social, Cidadão delinquente: reinserção social?, Instituto de reinserção social, 1983, p. 177 s.

inverso àquele que procuraram desenhar as novas correntes – inspiradas, repita-se, pela protecção do indivíduo e da sua eminente dignidade –, à inflexão das políticas estaduais e a um redesenhar da fisionomia das sociedades europeias, atingidas por uma espécie de “pânico moral” importado dos Estados Unidos da América. “O seu objecto (...) é a delinquência dos “jovens”, as “violências urbanas”, as desordens de que os “bairros sensíveis” seriam o cadinho, e as “incivilidades” de que os seus habitantes seriam os primeiros culpados”.

Dissimula-se, neste movimento, uma redefinição da função do Estado que “se retira da arena económica e afirma a necessidade de reduzir o seu papel social e de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal”. O “novo senso comum penal” é “a tradução e complemento, em matéria de justiça, da ideologia económica e social baseada no individualismo”.<sup>9</sup>

É, afinal, a política de emagrecimento do Estado providência.

A “excessiva generosidade das políticas de apoio aos desfavorecidos” recompensa a “inactividade” e induz a “degenerescência moral das classes populares” e seria responsável pela subida da pobreza e da criminalidade. Favoreceria a emergência de uma espécie de “underclass” de pobres “alienados, devassos e perigosos”.<sup>10</sup>

As ligações entre o declínio do sector social do Estado e o desenvolvimento do seu braço penal são evidentes. Em simultâneo com o pedido de “menos Estado” na ordem económica e social, exige-se “mais Estado” para mascarar e conter as con-

sequências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da protecção social. O Estado individualista deve ser também um Estado punitivo. O aumento da demanda de segurança relativiza a demanda de igualdade. Ideia chave da “qualidade de vida” é a “santidade dos locais públicos”, indispensável à vida urbana. A segurança – estritamente definida em termos físicos e não em termos de risco de vida (salarial, social, médica, educativa etc.) – emerge como prioridade da acção pública.

Promove-se, à luz desta lógica penal expansionista e puramente repressiva, a ideia de que “a prisão funciona” e inverte-se a estratégia anti-institucional outrora delineada na política criminal.<sup>11</sup> Elaboram-se estudos para fundamentar as conclusões de que “o triplicar da população prisional nos Estados Unidos da América entre 1975 e 1989 teria, unicamente pelo seu efeito “neutralizador”, prevenido 390 mil assassinios, violações e assaltos violentos só durante o ano de 1990” e de que “as despesas com as penitenciárias são um investimento ponderado e rentável para a sociedade”.<sup>12</sup>

O que dizer?

Tem de reconhecer-se<sup>13</sup> que o “clima moral-social”, o alargamento indiferenciado da intervenção penal às novas formas de criminalidade, organizada e de massa, e a insegurança (ou sentimento de insegurança) da população potenciam e caucionam um discurso repressivo. Estes aspectos, aliados a uma percepção social da vio-

<sup>(9)</sup> As citações são extraídas de um artigo intitulado *L'ideologie de l'insécurité. Ce vent punitif qui vient d'Amérique*, publicado no *Le Monde Diplomatique*, n. 541 – 46.º ano, da autoria de Loïc Wacquant, Professor da Universidade da Califórnia, Berkeley, e investigador no Centro de Sociologia Europeia do Colégio de França.

<sup>(10)</sup> Op. ult. cit.

<sup>(11)</sup> Denunciando esta política, cf. E. Lotke, *Criminal justice and human dignity in the United States, The National Center on Institutions and Alternatives*, Setembro de 1998 (gentilmente cedido pelo autor; versão em português publicada na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 24, 1998, p. 39 et seq.).

<sup>(12)</sup> Loïc Wacquant, op. cit.

<sup>(13)</sup> Neste sentido, Anabela Miranda Rodrigues, *Temas fundamentais de execução penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 24, 1998, p. 11 et seq.

lência, do risco e da ameaça que se tornam omnipresentes, fazem perder terreno a uma política criminal que dê prioridade à “garantia da liberdade” em face do “combate ao crime”.

A política criminal tende então a reduzir-se a uma “política de segurança”.

A sobrelotação nas prisões e a alteração da população prisional – uma população cada vez mais de toxicodependentes, de estrangeiros, de reclusos a cumprir penas muito longas e com problemas de saúde mental – não é senão o resultado do endurecimento penal verificado nos outros níveis do sistema.<sup>14</sup>

A invocação da finalidade de socialização na execução da pena de prisão ou de direitos e liberdades fundamentais afigura-se, neste quadro, “anacrónica e ingénua”. O discurso da lei e da ordem tende a ganhar terreno.

4. Na “cultura da transacção, da participação e do consentimento”, em que se busca hoje a “relegitimação” do penal, deve procurar-se também a “relegitimação” da socialização.

Nesta lógica, o instituto da prisão dilui-se num caldo de cultura em que prevalecem os direitos do homem e só tem cabimento a *socialização voluntária*.

As críticas à socialização deixam de ter fundamento quando a socialização reinterpreta os seus limites.

O “renascimento” do pensamento socializador pode explicar-se de diversas maneiras.

Em primeiro lugar, porque os resultados da política de “justa punição” não foram satisfatórios.

Depois, porque se dispõe, hoje, de investigações mais fiáveis sobre factores psico-sociais que interferem no comportamento criminal. A acumulação de experiências permite a concepção de programas mais precisos e mais eficazes e as avaliações são realizadas de maneira mais adequada e diferenciada.

Finalmente, em sede de tratamento da exclusão, verifica-se a “redescoberta da ética nas relações sociais” como resultado da “tomada de consciência colectiva das disfuncionalidades da nossa sociedade e da impotência do Estado providência face ao desenvolvimento da nova pobreza”.

Aplicado aos reclusos, este novo modo de regulação social – alicerçado em orientações reabilitadoras – aplica e desenvolve, neste domínio, o conceito de “pertença à comunidade”.<sup>15</sup>

O renascimento da socialização entrará, no entanto, em perda, se não ocorrer no quadro das garantias jurídicas consubstanciadas no princípio do Estado de direito democrático.

Efectivamente, as novas resistências à aceitação da socialização como finalidade da execução da prisão não se reduzem ao cepticismo com que ainda se encara a eficácia da intenção socializadora. Alimentam-se, em última análise, do medo de que ela ressuscite uma filosofia penal baseada em poderes discricionários alargados à forma, natureza e duração da pena de prisão, o que, a acontecer, atentaria, de maneira insuportável e injustificada, contra as liberdades e os direitos dos reclusos.

É certo que não sabemos rigorosamente até que ponto foram os resultados (negativos) da avaliação sobre o seu êxito que contribuíram para o “declínio” do conceito de socialização. Intuímos que, pelo menos em parte, a crise se deveu ao facto

<sup>(14)</sup> A este propósito, apontando vias de solução, cf. M. Galesloot, *Outwardly-oriented prison management* (gentilmente cedido pela autora; actas das Jornadas de Lisboa – 1999 – da Fundação Internacional Penal e Penitenciária, em curso de publicação).

<sup>(15)</sup> Neste sentido, A. M. Marchetti (avec la coll. De P. Combessie). *La prison dans la cité*, 1994, p. 296 et seq. (p. 299).

de, em certos países (nomeadamente, os países escandinavos), a socialização aparecer combinada com penas de prisão de duração indeterminada.

A questão reside então em saber se a colocação da tónica na eficácia do tratamento socializador não corre o risco de fazer ressurgir os problemas de poder discricionário ilimitado e de falta de respeito pelos direitos dos reclusos que lançaram o descrédito sobre o ideal de socialização.

Estes receios são fundados e por isso se insiste em que qualquer forma de intervenção potencialmente lesiva dos direitos fundamentais seja submetida às garantias previstas na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e em outros diplomas internacionais, tais como as Regras Europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade (Recomendação n. R (92) 16).<sup>16</sup>

O novo tipo de intervenção junto do recluso fundar-se-á, assim, no reconhecimento da necessidade de obter o seu *consentimento* esclarecido, da importância de o colocar em condições de optar pela adesão à intervenção (*motivação*) e das vantagens da utilização da noção de “contrato” quando se quiser obter a sua *participação* num programa de tratamento.

Só deste modo é possível compatibilizar a intervenção de socialização com o respeito pelos direitos, liberdades e garantias. Perante as carências individuais e sociais dos reclusos, incumbe ao Estado recriar hipóteses de mudança que excluam a via da coacção. Por outras palavras: é possível realizar um equilíbrio entre o dever de ajudar os reclusos a evitar a passagem ao acto

criminoso e o dever de os proteger contra os abusos de poder fundados no arbítrio e na repressão.

A via que se abre é, pois, a da procura desse “ponto de equilíbrio”.

5. Neste entendimento, é de rejeitar a tendência que abandona os objectivos de socialização sob pretexto de que seriam inatingíveis.

Como é conhecido, na década de setenta, as discussões em torno da política criminal foram marcadas por uma forte convicção sobre a ineficácia total da socialização<sup>17</sup> ou, pelo menos, sobre a impossibilidade de tirar conclusões estatisticamente fundadas<sup>18</sup>. E, ainda que parte dos resultados tenha sido objecto de avaliações positivas — mesmo Martinson relativizou o discurso negativista<sup>19</sup> —, a socialização perdeu terreno.

A situação agravou-se, na década de oitenta, quando qualquer debate sério sobre “o que corria bem” com a socialização esteve praticamente interdito. Proavam-no os vinte cinco anos de ausência ou de empobrecimento de discussão no seio do Conselho da Europa. Interrompida na década de sessenta, a discussão só foi reatada em 1993<sup>20</sup>. Os que pretendiam ter encontrado “tratamentos” penais eficazes suscitaram a desconfiança entre muitos criminólogos.

(17) Cf. R. Martinson, *What works? Questions and answers about prison reform* (1974) e a conhecida resposta: “Nothing works”.

(18) Cf., nomeadamente, D. Lipton, R. Martinson, J. Wilks, *The effectiveness of correctional treatment*, New York, 1975 e C. Logan, *Evaluation research in crime and delinquency: a reappraisal*, *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1972, 63, p. 378 et seq.

(19) Cf. New findings, new views: a note of caution regarding sentencing reform, *Hofstra Law Review*, 1979, 7, p. 242 et seq.

(20) Cf. *Actes. Rapports présentés à la 20<sup>e</sup> Conférence de Recherches Criminologiques* (1993), cit.

(16) Salienta este aspecto, M.R. Hood, *Rapport Général, Actes, Rapports présentés à la 20<sup>e</sup> Conférence de Recherches Criminologiques* (1993), subordinada ao tema “Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale”, *Conseil de l'Europe, Recherche Criminologique*, v. XXXI, p. 207 et seq.

Os seus “resultados” positivos eram sistematicamente negligenciados ou rejeitados, a título de lacunas ou de erros de avaliação ou de presunções injustificadas pela insuficiência de dados.

A utilidade do tratamento foi especialmente posta em causa a partir do ponto de vista da reincidência que, dizia-se,<sup>21</sup> não conseguia evitar.

Sendo redutor querer substituir o bordão *nothing works* pela generalização aventureira de que “o tratamento funciona sempre”, desde há alguns anos ganha peso a influência dos que refutam esta tese negativista.

Existem dados, fornecidos por *meta-análises*,<sup>22</sup> cujos resultados vêm sendo publicados desde meados dos anos oitenta, e outros instrumentos de estudo, que permitem concluir que certas intervenções exercem um impacto não negligenciável sobre as taxas de reincidência e sobre outros critérios de aferição do êxito da finalidade de socialização.

Além disso, aceita-se que a *intervenção psico-social*<sup>23</sup> pode fornecer um amplo número de oportunidades aos reclusos

e servir para atingir outros objectivos que não apenas o da diminuição das taxas de reincidência. Trata-se de insistir na necessidade de colocar “serviços” à disposição dos reclusos.<sup>24</sup> São várias as hipóteses: ajudar os reclusos desfavorecidos, promovendo a igualdade real; restabelecer a saúde mental; melhorar o clima institucional na prisão e diminuir as taxas de suicídio.

Reconhece-se, por sobre tudo isto, o relevo de variáveis externas que condicionam a socialização, o que alerta para a necessidade de a obtenção desta finalidade envolver uma intervenção dirigida à sociedade. É preciso preparar a sociedade para receber os ex-reclusos. Uma adequada política de socialização exigirá, assim, uma coordenação e colaboração efectiva entre a administração penitenciária e as entidades responsáveis, na sociedade, pelos vários sectores sociais. A socialização intra-muros só terá sentido se for uma socialização de transição para a liberdade.

Finalmente, é ainda a ligação automática tratamento-socialização que definitivamente, e bem, é posta em causa.<sup>25</sup> A oferta de *meios* – de tratamento – ao recluso com vista à sua socialização é sempre tendencial. Não há uma relação necessária.

A oferta de programas de tratamento, entretanto, terá sempre como efeito diminuir ou evitar as consequências da prisionização. Sendo assim, o juízo negativo sobre as potencialidades do tratamento oferecido ao recluso nunca poderá fundamentar-se unicamente no não alcançar do objectivo de socialização, tendo em vista a sua utilidade para afastar ou minorar os efeitos nefastos da prisão – em último termo, valorando-o como factor de “humanização” da prisão.

funcional y aplicaciones, *Delincuencia*, v. 1, n. 2, 1989, p. 133-161.

(21) Deve referir-se aqui, para além dos estudos de Martinson, Lipton e Wilkes, o de T. B. Palmer, Martinson revisited, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1975, 12, p. 133 et seq.

(22) Sobre o método da meta-análise, cfr. M. F. Lösel, L'évaluation des interventions psychosociales en prison et en d'autres contextes pénaux, *Recherche criminologique*, cit., p. 84 et seq. e 106 et seq.; idem, Meta-analytische Beiträge zur wiederbelebten Diskussion des Behandlungsgedankens, M. Steller, K.-P. Dahle, M. Basqué (Eds.), *Straftäterbehandlung. Argumente für eine Revitalisierung in Forschung und Praxis*, 1993.

(23) Sobre isto, cf. S. Redondo, V. Garrido, E. Pérez. Entorno penitenciario y competencia psicosocial: un modelo integrado de reinserción social, *Papers d'Estudis y Formació*, n. 4, 1988, p. 9-21 e S. Redondo, El ambiente penitenciario: su análisis

(24) Nesta via, L. Daga, Trattamento penitenziario, *Enciclopedia del diritto*, XLIV, p. 1.329 et seq.

(25) Assim, também, L. Daga, op. cit., p. 1.310.

Aliás, não é exacta a ideia de que a socialização é actualmente um conceito “velho” ou “esquecido” na generalidade dos países europeus, designadamente nos países nórdicos ou mesmo nos Estados Unidos da América e na Grã-Bretanha, países onde se verificou um maior declínio da ideia de socialização, por contraposição ao maior apogeu que também aí conheceu.

Desde logo, não pode dizer-se que já não existem programas de socialização nas prisões americanas. Apesar de muitos analistas pedirem o abandono de tal modelo depois da publicação dos trabalhos de Martinson em 1974 e de Lipton e outros em 1975 e das conclusões negativas das investigações sobre a eficácia das técnicas de socialização, o certo é que, de acordo com dados obtidos a partir de 1983, a grande maioria dos directores penitenciários não estão dispostos a abandonar os programas de socialização. De facto, estão convencidos de “tais programas são eficazes naqueles grupos de delinquentes que manifestam suficiente interesse e são motivados para os aproveitar. Para além do mais, estes programas oferecem alguma evasão aos fenómenos negativos da prisão, tais como a solidão, a perda de autonomia e de capacidade de iniciativa, ameaças latentes e manifestas de violência, a rotina, a monotonia e a massificação de actividades e relações”.<sup>26</sup>

Na Grã-Bretanha, a situação é muito semelhante. Da mesma forma que nos Estados Unidos, os programas de tratamento resistiram ao desaparecimento. A situação não é de molde a poder dizer-se que existe uma planificação básica quanto à organização das prisões ou linhas mestras que definem o quadro de intervenção socializadora. De qualquer modo, pode identificar-se uma corrente com alguma influên-

cia, denominada de construtivista.<sup>27</sup> Com esta expressão designa-se fundamentalmente um método de tratamento baseado na aprendizagem de competências sociais e no restabelecimento de relações interpessoais, bem distinto e afastado dos modelos terapêuticos. A ênfase não está tanto em desenhar programas com grande rigor metodológico, capazes de demonstrar aptidão para diminuir a reincidência, quanto em implicar todos os funcionários da prisão — de vigilância e técnicos de socialização — e os próprios reclusos em programas destinados a maximizar o seu desempenho com vista ao desenvolvimento de competências de relacionamento e de adequação sociais.

De igual forma, no modelo canadiano de “gestão do risco” é possível ver menos uma ruptura do que a continuidade com o sistema correcional de ajuda, tratamento e reabilitação.<sup>28</sup>

Em resumo, pode dizer-se que a socialização sobreviveu a políticas penais que gozaram (ou gozam ainda) do carisma de serem “moda”. E que, hoje, em países onde encarniçadamente se combateu esse objectivo, fala-se do seu ressurgimento, com a mesma ênfase com que se tinha falado do ressurgimento da prevenção geral e da nova repressão penal, cumprindo os ciclos das finalidades da punição.

É, pois, na via aberta pela solidariedade e pela protecção dos direitos fundamentais da pessoa que a socialização se renova e aprofunda.

Importa traçar as principais linhas de força desta renovação e aprofundamento.

(26) D. Farrington e L. Wilson. *Understanding and controlling crime*, 1986, apud V. Garrido e S. Redondo, *El tratamiento y la intervención en las prisiones, Delincuencia*, 1991, v. 3, n. 3, p. 302.

(27) Cf. V. Garrido e S. Redondo, op. cit., p. 303 et seq. Veja-se, também, o *Annual Report and Accounts do Prison Service of England and Wales* (Apr 1997-Mar 1998) intitulado *Developing constructive regimes*.

(28) Neste sentido, cf. M. Vacheret, J. Dozois, G. Lemire, *système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie: la notion de risque, Déviance et Société*, 1998, v. 22, n. 1, p. 37 et seq.

6. Diz-se que, quando o contributo empírico põe em evidência os efeitos dessocializadores da prisão, o principal objectivo deve ser não tanto a socialização quanto *evitar a dessocialização* do recluso.<sup>(29)</sup>

De facto, a criminologia tem revelado que a prisão não só produz efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade.

O reconhecimento dos efeitos dessocializadores da pena de prisão alertam para o perigo de se assumir, *sem mais*, a socialização como fim da execução.

Trata-se de um paradoxo aparentemente irredutível: por um lado, a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras de vida em sociedade; por outro lado, segrega o indivíduo do seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos “oficiais”.

É verdade que o quotidiano da vida prisional se rege por regulamentos asperamente limitativos que dificultam e proíbem as mais diversas actividades, subordinados ao objectivo principal de “evitar problemas” e, sobretudo, dominar o recluso. A ênfase na segurança, no prevenir a fuga e no controlo regular e contínuo da vida do preso convertem a prisão, em si mesma dessocializadora como “instituição total”, num *habitat* que expõe o recluso a uma *grande violência*, factor a considerar na dessocialização progressiva do seu comportamento e, portanto, na reconfiguração das atitudes com que procura lidar com a situação.

A isto junta-se uma planificação praticamente absoluta do que o recluso pode e não pode fazer, à margem dos seus interesses e desejos.

A *ausência de participação* tem como consequência, entre outras, a *falta de desenvolvimento do sentido de responsabilidade* que irá dificultar a preparação e posterior adaptação à vida em liberdade.

Tudo isto contraria a realização de um modelo de prisão não dessocializadora e dá azo a que se fale, com propriedade, em predomínio do binómio “*ordem e segurança*” sobre a *intervenção* (socialização). O que acontece, de resto, com base numa equívoca associação de objectivos aparentemente dirigidos a influenciar de modo positivo a personalidade do recluso mas que, na realidade, são de pura *custódia* e funcionam como instrumentos de “*ames-tamento*” da vida institucional.

Quais, então, os objectivos a ter em conta, ao conferir à execução da prisão a finalidade de socialização?

a) O primeiro objectivo deve ser o de *evitar a dessocialização do recluso*. É um efeito que a criminologia tem realçado, ao chamar a atenção para os factores de “*infantilização*” e de “*subcultura prisional*” como típicos da acção dessocializadora exercida pela prisão. *Socialização* deve querer dizer, numa primeira análise, que estes obstáculos à sua realização devem ser afastados. Retoma-se conscientemente o programa descrito pela doutrina através da fórmula *nihil nocere*:<sup>(30)</sup> combater as consequências nocivas da privação da liberdade.

Se ponderarmos os efeitos negativos do sistema penitenciário tradicional, o princípio *nihil nocere*, tomado verdadeiramente a sério, implica modificações profundas da vida quotidiana dos estabelecimentos penitenciários. Algumas proposições iluminam este princípio: a configuração concreta da prisão não deve reforçar a carga de estigmatização social traduzida pelo

(29) Sobre isto, cf. Anabela Miranda Rodrigues. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra editora, 1995, p. 317 et seq. e 558 et seq.

(30) Cfr. H. Schüler-Springorum. *Strafvollzug im Übergang – Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, 1969, p. 178 et seq.

julgamento e pela pena; as limitações de direitos não podem autorizar-se, a não ser na medida em que sejam impostas por razões de força maior, urgentes e em função do recluso (e não de necessidades de funcionamento do estabelecimento); as condições gerais de vida do recluso devem aproximar-se das que caracterizam a vida em liberdade (normalização da vida penitenciária); deve favorecer-se as relações do recluso com o mundo exterior.<sup>31</sup>

Só quando, durante a execução da prisão, se puderem evitar os efeitos dessocializadores que geralmente lhe estão associados, o cumprimento da pena pode desempenhar, pelo menos, um papel funcional no que toca às exigências de *advertência*. E que, agora, já não correm o risco de ser paralelamente anuladas pela dessocialização.

Ao colocarmos as coisas nestes termos, não abdicamos de reconhecer à dimensão positiva de socialização a prevalência na ordenação dos fins preventivos especiais: assegurado que se evita a dessocialização e que há, por parte do recluso, carência de socialização, é a esta dimensão que se deve conferir prioridade. Em qualquer caso — e, desde logo, quando a socialização não for necessária *ou* for *impossível* —, a execução da pena cumprirá a função, ainda positiva, de advertência.

Acresce que um efeito seguro da execução da prisão orientada pela finalidade de prevenção especial é o de segurança individual. Cabe-lhe, todavia, um papel *subsidiário* em relação aos outros fins de prevenção especial, só justificado, atendendo ao grau de perigosidade do agente, quando, em relação a este, não for realista esperar resultados positivos nem no sentido da sua socialização nem da sua advertência.

b) A dimensão de socialização não ficaria, entretanto, completa, se não se considerasse, ao lado da vertente que comporta de, na medida do possível, *evitar* a dessocialização do recluso, aquela outra de *promover* a sua não dessocialização.

E este é, porventura, o maior desafio que se coloca actualmente à organização do regime prisional.

A socialização não deve ser encarada exclusivamente como preparação do recluso para voltar a ser *sócio*. O estímulo à aquisição de uma atitude social conforme ao respeito pelos valores jurídico-criminais não pode fazer esquecer que o recluso já é, enquanto tal, *sócio*, sujeito embora a um estatuto especial que, nem por isso, exclui a titularidade de direitos fundamentais. Para trás ficou o tempo em que o condenado à pena de prisão era despojado de todos os direitos, objecto de uma obscura “relação especial de poder” criada e mantida num “espaço de não-direito”, em que o Estado se desvinculava do respeito que deve à dignidade da pessoa e aos seus direitos fundamentais.

A intenção de *socialização*, visando embora um fim positivo, nem sempre contemplou objectivos de manutenção, por parte do recluso, de direitos fundamentais.

Por isso, afigura-se essencial que, antes de ser *socializadora*, a execução da pena de prisão seja *não-dessocializadora*. Isto, num duplo sentido: por um lado, e como vimos, que reduza ao mínimo a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados; por outro lado, que não ampute o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura. Só a incorporação da *não-dessocialização* no

(31) Os aspectos da execução da pena de prisão que geralmente contrariam estes comandos, induzindo a dessocialização, são múltiplos e não podem ser aqui abordados um por um. Apenas se deixa aqui o seu apontamento: relações prisão/sociedade (abertura da prisão à sociedade e abertura da sociedade à prisão); estrutura arquitectónica da prisão (os aspectos quantitativo e qualitativo do espaço); a vida quotidiana na prisão (a prisão como sistema social alternativo e a utilização do tempo e do espaço).

conceito de *socialização* permitirá dissolver o paradoxo, por tantos apontado, de se pretender preparar a reinserção social num contexto, por definição, a-social.

De forma apodíctica: se o pensamento socializador das últimas décadas logrou transformar o recluso de *objecto da execução* da prisão em *sujeito da execução* da prisão, urge agora encará-lo *também* como sujeito *tout court*.

c) No quadro da socialização ganha consistência e contornos o estatuto jurídico do recluso.

Verdade é que as ideias de “correção” ou de “educação” não se compadecem com a existência de duros e degradantes regimes prisionais, pressupondo, pelo contrário, o respeito e a salvaguarda da dignidade humana. E que só deste modo se fomenta o sentido de responsabilidade e de pertença à sociedade do recluso. Base imprescindível de um pensamento socializador é, pois, que a vida na prisão se oriente para a preparação do recluso para a liberdade e, consequentemente, que lhe sejam assegurados, enquanto recluso, os direitos de que goza enquanto pessoa livre.

À afirmação de direitos dos reclusos não é estranho o respeito pelo *princípio da humanidade* na execução. A “humanização”, que embebeu o direito penitenciário de motivações culturais e religiosas, ganhou, entretanto, um novo sentido. Já não pertence à categoria dos costumes ou das praxes administrativas, mas à proclamação do recluso como sujeito da execução.

Só pode surpreender-se com a cronologia relativamente tardia deste movimento quem esquecer a forma absolutizante como a noção de “relação especial de poder” conquistou a execução.

Nesta evolução,<sup>32</sup> a afirmação de um Estado de Direito que se auto-limita face

ao cidadão e que transforma as “relações de poder” em relações jurídicas com recíprocos direitos e deveres é um marco fundamental nas mudanças operadas relativamente à compreensão da posição jurídica do recluso, que deixa de ser objecto para passar a ser “sujeito da execução”.

Para além disso, no lento e complexo processo de consolidação da posição jurídica do recluso, a evolução processou-se através do reconhecimento das garantias constitucionais, quando já se lhe reconhecia uma situação jurídica incontestada. Houve, então, decisões de diversos tribunais que podem classificar-se de “revolucionárias” por se fundarem justamente no conceito de garantias constitucionais.

Finalmente, a valorização dos direitos dos reclusos é, de algum modo — resta salientá-lo —, reflexo do movimento geral de defesa dos direitos fundamentais.

Afirmados em numerosos documentos internacionais, a generalidade contém princípios relativos à situação do detido ou do recluso.

Através deles ou por via de declarações específicas, é inquestionável o progresso verificado, na cultura jurídica das últimas décadas, relativamente à situação do recluso.<sup>33</sup>

(33) Como é sabido (cf. Bueno Arús, *Historia del derecho penitenciario español, Lecciones de derecho penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985, p. 9 et seq), o reconhecimento da posição jurídica do recluso remonta às correntes reformistas dos princípios do século quando, em 1925, a Comissão Penitenciária Internacional projectou elaborar regras internacionais que condensassem exigências “mínimas” que deveriam ser aceites por todas as legislações em matéria de execução das sanções privativas de liberdade. A Comissão elaborou, em 1929, e reviu, em 1933, um conjunto de regras para o tratamento de reclusos que, em 1934, a Liga das Nações aprovou. Em resultado destes esforços, apareceram as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, aceites em 1955, pelo 1.º Con-

(32) Sobre isto, Anabela Miranda Rodrigues. *A posição jurídica do recluso*, cit., p. 33 et seq.

A “codificação” de “Regras Mínimas” que devem ser observadas na execução representa uma verdadeira transição da especulação científica, com raízes no século XIX, para o domínio da lei.

Nasceu, assim, uma linguagem, nova, dos direitos do recluso.

Esta afirmação de direitos veio conferir à execução uma dimensão que lhe imprimiu carácter.

Trata-se, agora, de preservar no recluso a sua natureza de ser “responsável” e “social”, de evitar o aprofundamento da separação sociedade-recluso, do que a defesa e promoção dos direitos fundamentais é elemento essencial.

7. Do que ficou exposto, pode concluir-se que a renovação do pensamento socializador poderá condensar-se em três proposições: o respeito pela liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação de intervenção social do Estado.

Está definitivamente ultrapassado que a socialização se identifique com a “higiene moral” que sustentou o correcionalis-

mo. O Estado contemporâneo, de natureza laica e secular, não se encontra legitimado para impor aos cidadãos códigos morais. Por isso, a pena de prisão não pode ter por fim transformar o “homem-criminoso” num “bom pai de família”. A liberdade de consciência não sofre qualquer restrição por via da sujeição a uma pena de prisão.

Para além disso, a titularidade de direitos fundamentais por parte do recluso impõe ao Estado deveres de abstenção relativamente a intervenções lesivas desses direitos (*nihil nocere*) e deveres de prestação que permitam a sua efectiva realização, sobretudo — mas não só — no que diz respeito aos chamados direitos sociais, nomeadamente o direito à saúde, à educação e ao trabalho (*omnia prodesse*).

Estão em causa exigências de conformação de um estatuto jurídico *negativo* e *positivo* do recluso. Toda a discriminação em relação ao cidadão livre que se traduza numa limitação desses direitos só será constitucionalmente legítima, se for imposta pelo sentido da condenação ou por exigências próprias da execução.

Por outras palavras:<sup>34</sup> em relação ao conceito de socialização dominante até há pouco tempo, “a questão não se coloca em termos de “diferença”, mas por referência ao que é comum a toda o indivíduo, isto é, à existência de um certo número de direitos, tal como estão inscritos na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Se “diferença” existe, ela não está no indivíduo, mas na maneira como certos direitos lhe são — ou não são — assegurados”.

Por último, o sentido socializador da execução da pena de prisão não decorre apenas da doutrina (penal) dos fins das penas nem mesmo de uma determinada

gresso da Organização da Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, cuja aplicação foi recomendada aos governos por Resolução do Conselho Económico-Social daquela Organização, de 31.07.1957. Estas Regras viriam a ter um desenvolvimento “regional” quando, em 19.10.1973, o Comité de Ministros do Conselho da Europa aprovou as Regras penitenciárias Europeias, uma nova redacção, em alguns pontos aperfeiçoada — destaca-se, sobretudo, o intuito de facilitar os contactos do recluso com o mundo exterior, tornar mais flexível a modelação da execução e desenvolver e encorajar a participação dos reclusos na sua socialização —, daquelas Regras Mínimas. As Regras Penitenciárias foram objecto de uma revisão de conjunto em 1987, de que resultou a Recomendação do Comité de ministros n. R (87) 3.

(34) Assim, P. Mary, *Délinquant, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique* (1944-1997), Bruxelles, 1998, p. 523.

organização (legal) do regime penitenciário. Passou a derivar directamente do princípio do Estado de direito social acolhido nas Constituições da generalidade dos países europeus ou mesmo de declarações expressas aí contidas (casos da Espanha ou da Itália). As obrigações sociais do Estado, nomeadamente as que se referem à promoção do bem-estar social e da igualdade real entre os cidadãos, impõem uma série de prestações estaduais ao recluso, dada a particular situação de necessidade em que ele se encontra. A intensidade do dever de auxílio ao cidadão recluso não é certamente inferior à do dever que existe para com os cidadãos desfavorecidos em geral, tanto mais que a reclusão é ordenada pelo Estado para satisfazer um interesse próprio – a restauração da confiança da comunidade no direito e, através dela, a coesão social em torno dos bens protegidos pelo direito penal.

Para além do “dever ético de solidariedade” – a que, entre nós, se referia Eduardo Correia –, incumbe ao Estado um específico dever jurídico de prestação ao cidadão recluso: *a oferta do auxílio necessário para que este, querendo, conduza a sua vida futura sem praticar crimes*. Um dever duplamente fundado: por um lado, nos direitos fundamentais do recluso; por outro, em interesses da sociedade constituída em Estado.

8. Numa síntese prospectiva, poder-se-á então dizer que o princípio de socialização que hoje preside à execução da pena de prisão deve ser *renovado e aprofundado*.

*Renovado*, porque é de primordial importância que a legislação e a *praxis* penitenciárias se orientem no sentido da *não dessocialização* do recluso. Objectivo que só poderá ser atingido pelo reconhecimento da *cidadania do recluso* e pela *protecção eficaz dos seus direitos fundamentais*. É uma preocupação que, num primeiro momento, transcende o problema penitenciário *stricto sensu* e é directamente imposta

pelos mais elementares princípios consagrados nas modernas Constituições: princípios da igualdade, do Estado de direito, ou da obrigação imposta ao Estado de garantir os direitos e liberdades fundamentais.

Num segundo momento, já atinente à questão penitenciária, a intenção de não dessocialização do recluso impõe uma reconformação da instituição penitenciária, no sentido da normalização e responsabilização possível da vida prisional e uma discriminação positiva do recluso que garanta, pela via de prestações estaduais, aqueles direitos cuja realização não se basta com uma abstenção de interferência do Estado.

Por seu turno, a não-dessocialização do recluso, sobretudo na parte em que exige a garantia dos direitos fundamentais, reclama uma maior intervenção do poder jurisdicional na execução da pena.

A posição do recluso não pode mais, nesta perspectiva, estar *a coberto do direito*. Deve ser *coberta pelo direito*, com as consequências constitucionais que daí advêm em matéria de intervenção jurisdicional. O que implica uma intervenção (mais) activa do poder jurisdicional na execução da pena de prisão e a reformulação do estatuto e do papel do advogado.

Mas, para além disso, o pensamento socializador deve ser *aprofundado* no sentido de um investimento sério na preparação do recluso para a sua *socialização*.

A “intervenção” social propriamente dita continua a socorrer-se de meios tradicionais: constituem o seu núcleo central a trilogia formação, educação, trabalho. Convém chamar a atenção para novos métodos e programas de tratamento – com objectivos bem definidos e dirigidos a problemáticas específicas – cujo valor tem sido demonstrado por experiências recentes.

9. Atingimos, desta maneira, o núcleo do conceito de socialização.

O pensamento socializador não permite a *imposição de qualquer tratamento coercitivo* ao recluso, que não está obrigado a submeter-se ao tratamento.

Na base de uma execução orientada pela finalidade de socialização, com o sentido apontado, está o pressuposto de que a ajuda oferecida — o *tratamento* — só é eficaz com a *participação voluntária* do recluso. A voluntariedade da participação subjaz à concepção actual de tratamento,<sup>35</sup> sendo dominante no direito comparado.<sup>36</sup>

Além disso, o princípio do tratamento voluntário não pode deixar de se fazer valer, face ao perigo que para os direitos fundamentais do recluso representa a imposição de um tratamento coercitivo. O “tratamento” é sempre um direito do indivíduo e não um dever que lhe possa ser imposto coactivamente, caso em que sempre se abriria a via de uma qualquer manipulação sobre a personalidade, amplificada na hipótese em que o tratamento afectasse a sua consciência ou a sua escala de valores. O “direito a não ser tratado” é parte integrante do “direito de ser diferente” que não pode ser posto em causa nas sociedades pluralistas e democráticas do nosso entorno cultural.

(35) Sobre o princípio do tratamento voluntário, reafirmado nos tempos mais recentes, cf., na doutrina alemã, A. Böhm, Zur ‘Freiwilligkeit’ in Strafvollstreckung und Strafvollzuge Ebert, *Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1991, p. 100 et seq.; em Espanha, vide, por todos, García Valdes, *Teoría de la pena*, Madrid, 1985, p. 143 e, em Itália, A. Bernasconi, Art. 13 — Individualizzazione del trattamento, V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, 1997, p. 112 et seq.

(36) Cf. nota anterior. E ainda, dando conta desta orientação generalizada, Dünkel/Rösner/Schüler-Springorum, L’évolution du traitement pénitentiaire en Allemagne, *Revue Penitenciaire et de Droit Pénal*, 1992, n. 1, p. 20.

A afirmação do princípio do tratamento voluntário é, pois, uma evidência, segundo a dimensão de “direito” do recluso conferida à socialização e entendida esta também como emanação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Levado à prática, ele significa a contractualização do tratamento.

Para além disso, o tratamento oferecido não visa modificar a personalidade do recluso, mas unicamente “promover um processo” em que cabe ao recluso e só a ele a possibilidade de retirar das “intervenções” oferecidas as vantagens que quiser.

Pode dizer-se que é este o caminho já prosseguido e que permite abrir novas perspectivas ao tratamento.

É preciso, todavia, esclarecer alguns aspectos.

O problema prende-se com a definição do conceito de tratamento e, particularmente, com a delimitação, de entre o conjunto das actividades que têm lugar nos estabelecimentos penitenciários, daquelas que devem ser entendidas como “medidas de tratamento”.

Preconiza-se hoje um alargamento do conceito de tratamento (conceito *amplo* de tratamento) que abrange, na sua totalidade, o campo de interacção e comunicação entre os reclusos e o pessoal encarregado da execução.

É, além disso, um conceito *aberto*, podendo integrar todas as medidas que, de acordo com a evolução dos conhecimentos, se considere favorecerem o objectivo de socialização.

Não é esta a solução seguida em alguns países, onde se distingue “regime” e “tratamento”, adoptando-se um conceito estrito de tratamento. Em Espanha continua a fazer-se do tratamento a “coluna vertebral” da execução, subordinando os aspectos do regime a este objectivo central. Em Itália, distingue-se “tratamento-regime” e “tratamento-reeducativo”.

A consagração do conceito amplo de tratamento<sup>37</sup> – mais consentânea com a compreensão actual que para este se preconiza – explica que, nos países onde é acolhido, não tenha expressão legal o princípio do tratamento voluntário. Embora a consideração da *participação* do recluso na execução surja como *limite* ao tratamento – o que permite falar de uma *necessidade* de participação que o reforço da ideia de “direito” à socialização acentua –, normalmente apenas se refere que aquela participação deve ser “estimulada” e não se consagra um direito de participação (casos de Portugal e Alemanha).<sup>38</sup>

De qualquer modo, no modelo proposto de tratamento afasta-se a consagração de um dever geral de participação do recluso – que se recusa em absoluto – e, por idênticas razões, de deveres concretos de tratamento. Ilustram esta hipótese, designada-

mente, os casos dos deveres de trabalhar ou de se submeter a tratamento médico.

A configuração dos direitos e deveres do recluso deve obedecer, cada vez mais, a uma lógica que o preserva de agressões à sua esfera jurídica motivadas unicamente pela sua qualidade de recluso. O que apenas conforta a adesão, sem reservas, ao princípio do tratamento voluntário.

Uma concepção de tratamento ainda baseada no sistema progressivo é também sintoma de uma concepção de tratamento ultrapassada, intrinsecamente coactiva. Vem sendo substituído por sistemas de *planificação individualizada*, construídos na base da ideia da adequação da execução às necessidades de tratamento do recluso. Estes sistemas assentam na planificação da execução – com tradução no “plano individual de reeducação” –, consubstanciada em duas (ou mais) fases, diferenciadas e coordenadas entre si. A planificação propriamente dita – cujo objectivo é definir, designadamente, o tipo de estabelecimento em que o recluso deve ser internado ou os programas formativos ou terapêuticos que deve frequentar – sucede-se à “observação sobre a personalidade e sobre o meio social, económico e familiar do recluso”. A evolução da execução é apreciada à luz dos objectivos definidos no plano, que pode ser alterado em função das avaliações dos progressos experimentados. Este é um sistema mais de acordo com a ideia de individualização e de participação-acordo do recluso que deve presidir à execução. O sistema progressivo, embora susceptível de flexibilização (como aconteceu em Espanha, por força de recentes alterações legislativas<sup>39</sup>), é comparativamente mais rígido, modelado em função de escalas temporais pré-estabelecidas que não permitem a individualização, participação e

(37) Cf. art. 9.º, n. 2, Dec.-lei 265/79. No mesmo sentido, o § 7.º (2) da *Strafvollzugsgesetz* e o art. 13 do *Ordinamento Penitenziario* italiano. Sobre os princípios que orientam o tratamento – que deve ser individualizado, complexo, programado e dinâmico –, cf. Dünkler / Rössner / Schüler-Springorum, op. ult. cit., p. 19 e 20.

(38) Sobre o conteúdo e alcance da participação do recluso na execução, cf. Anabela Miranda Rodrigues, *A posição jurídica do recluso*, cit., p. 88 et seq. e 135 et seq., equívoco, em Espanha, Bueno Arús, *Notas sobre la Ley General Penitenciaria. Revista de Estudios Penitenciarios*, n. 220-223, p. 23, que afirma existir um “dever de participação” do recluso no tratamento. Criticamente, contudo, Mapelli Caffarena, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, 1983, p. 268. Em consonância com a existência de um sistema progressivo, afirmam a validade do princípio da participação voluntária em relação aos meios concretos de tratamento, mas não já quanto ao tratamento em si mesmo considerado, Tamarit Sumalla, Sapena Grau, García Alberó, *Curso de derecho penitenciario (adaptado al nuevo reglamento penitenciario de 1996)*, Barcelona, 1996, p. 203.

(39) Cf. Real Decreto 190/1996, de 9 de Fevereiro (que aprova o Regulamento Penitenciário).

responsabilização do recluso, como hoje se deseja.

Na óptica “contratual” de tratamento, nada obsta a que se aceite um alargamento ao *campo terapêutico* das técnicas de tratamento tradicional. O consentimento do recluso excluiria, em qualquer caso, a hipótese do tratamento coactivo.

Já o modelo de “sinalagma penitenciário” — de troca automática entre um benefício concedido pela administração e um determinado comportamento do recluso (por exemplo, a redução de um dia de pena por cada x dias de trabalho) — não se adequa a uma execução baseada na espontaneidade da atitude de cooperação com a instituição com vista socialização. O carácter “premiar” do ordenamento penitenciário, através da concessão de “benefícios” e não de “direitos” aos reclusos encobre a coactividade intrínseca da execução. E significa acentuar o seu aspecto disciplinar (indução a manter certos comportamentos para obter um certo resultado), em detrimento do tratamento (aplicação de técnicas para obter a socialização).<sup>40</sup>

É por isso que, por exemplo, as licenças de saída, *podendo* ser concedidas se verificados certos pressupostos, só o *devem* ser em função das exigências e evolução do tratamento (e não automaticamente, em função da mera verificação daqueles pressupostos) e sempre supondo o consentimento do recluso.

Da mesma forma, a liberdade condicional ou outras formas de execução em liberdade do resto da pena (como é o caso da *grâce conditionnelle*, em França) são institutos de inspiração consensualista, que conformam experiências que devem ser multiplicadas. O que se afirma, por um lado, é que, decisivo para a sua concessão deve ser, não a “boa conduta” “em si”, mas o comportamento prisional do recluso na sua

evolução, como índice da sua socialização (este é o caminho trilhado recentemente em Portugal<sup>41</sup>). Por outro lado, à oferta destas possibilidades junta-se a aceitação do recluso. Este pode preferir permanecer na prisão, sendo livre de escolher entre o cumprimento do resto da pena na prisão ou a liberdade, por vezes associada a uma ou várias obrigações particulares.

Nesta visão contratualista e totalmente afastada do modelo premial sinalagmático a que acima nos referimos, insere-se a experiência que vem sendo prosseguida com assinalável êxito ao nível da taxa de reincidência, na Grã-Bretanha, na prisão aberta de Latchmere House. A prisão foi instalada na sequência do Relatório Woolf sobre o motim de 1990 na prisão de Strangeways. O Relatório condenava o excesso de população crónica das prisões, as más condições de detenção e uma das suas recomendações foi a de que se fizesse muito mais pela reabilitação dos reclusos. Em Latchmere House a execução da pena assenta num contrato que os reclusos recém-chegados têm de assinar, fixando objectivos por um certo período de tempo. O não cumprimento destes objectivos implica, em último termo, o regresso a uma prisão fechada. Ao longo do tempo de cumprimento da pena, o recluso vai desenvolvendo o seu sentido de responsabilidade e autonomia. Uma progressiva abertura ao exterior — por exemplo, visitas à família — acompanham a evolução positiva do recluso.

10. O tom está dado para o debate sobre a prisão neste final de século.

Já não se questiona a sua finalidade socializadora e o problema principal são as condições da sua execução.

(40) Neste sentido, também L. Daga, op. cit., p. 1.323 et seq.

(41) Nesta via, cf. o regime da liberdade condicional (art. 61 do CP). Sobre o instituto e a sua evolução entre nós vide Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*. Editorial Notícias, 1993, p. 528 et seq.

Entretanto, perante uma (sobre) população prisional com graves e novas dificuldades e carências, endurecida pela longa duração das penas, doente e estrangeira, evitar a reincidência é apenas um dos objectivos almejados. O tratamento oferecido é, neste contexto, um factor essencial para evitar ou minorar os efeitos nocivos da privação de liberdade e para proporcionar melhores condições de detenção e ajuda aos reclusos que a aceitem. Sabido hoje que são multifactoriais as causas do crime, a prisão deve organizar-se como um conjunto de “serviços” oferecidos ao recluso para resolver as dificuldades de que a prática do crime é expressão.

Proposto numa base consensualista, rompe com a lógica de controle imposto

que presidia a muitas intervenções do passado e deve ser afastada das intervenções do futuro, em nome, não só da protecção dos direitos do recluso, mas também de considerações funcionais e pragmáticas que se prendem com a eficácia da intervenção. Com efeito, é hoje reconhecidamente aceite que um tratamento forçado é um tratamento fracassado. Não se desenvolvendo no recluso o seu sentido de responsabilidade – o que o tratamento contratualizado permite – não se pode pretender que ele aprenda a viver em sociedade sem cometer crimes.

É este o desafio que se coloca à prisão. Depois de se ter considerado o recluso como um sujeito de direitos, é preciso tratá-lo como tal.

# 1. DOCTRINA INTERNACIONAL

## 1.2

### DERECHO PENAL Y DERECHOS HUMANOS

#### Los círculos hermenéuticos de la pena

ANA MESSUTI

Quell'è'l più basso loco e'l più oscuro, e'l più lontan  
dal ciel che tutto gira ...  
Dante

**Resumo:** O respeito à humanidade surge como limite do castigo com a perda da dimensão divina do poder e de sua fragilização. No entanto persiste o círculo vicioso racionalidade-irracionalidade que gira em torno do direito penal, que o pensamento hermenêutico procura barrar explicando a legitimação do direito penal através de novos fundamentos, mantendo a referência à experiência, considerando o sistema jurídico como parte do mundo. A interpretação jurídica de um texto legal e sua aplicação ao caso concreto constituem um único processo. A norma abstrata revela uma estrutura incompleta que se completa com decisão judicial do caso concreto e com sua concreta execução. As condições de execução da pena é que determinam a verdadeira extensão da sentença, são as condições em que a pena é executada que indicam o que significa privação de liberdade. Se essas condições são de precariedade e sofrimentos, a sentença que condena à privação de liberdade prescreve a violação dos direitos humanos, entra em conflito com todas as normas do ordenamento e nos faz conviver passivamente com o horror. A hermenêutica, como exercício de transformação, se contrapõe à dogmática como contemplação de essências eternas, não alteráveis por parte do observador. A hermenêutica talvez interrompa a busca do pensamento penal de novos fundamentos para justificar a pena e dê uma resposta ao espaço aberto entre norma e realidade.

**Palavras-chave:** Direitos humanos – Direito penal – Pena – Racionalidade – Irracionalidade – Hermenêutica – Experiência – Razões éticas – Execução – Dogmática.

## I

Derecho penal y derechos humanos. Si excluimos el sustantivo, en un caso singular y en el otro plural, quedan frente a frente los dos adjetivos: “penal” y “humanos”. “Penal” de pena, “humanos” de hombre, de seres humanos. Una pena por un lado y los seres humanos por el otro. Pero no hay que olvidar que ambos adjetivos están calificando un sustantivo: derecho y derechos, respectivamente. En un sentido literal, el derecho penal es el derecho que aplica penas a los seres humanos. Y los derechos humanos son los derechos que tienen los seres humanos, ante todo, a no sufrir penas. También denota una oposición el singular de “derecho penal” y el plural de “derechos humanos”. El primero es el Derecho, único, manifestación del poder estatal, el segundo son los derechos, múltiples, no sólo en cuanto a su número sino en cuanto a sus titulares.

Sin embargo, parecería extraño referirse a las penas previstas por el derecho penal como a violaciones de los derechos humanos. El derecho penal está legitimado, dadas determinadas condiciones jurídicas, políticas e institucionales, para establecer penas. Así como lo estuvo hasta determina-

do momento para establecer como pena los suplicios más espantosos, a los que ahora no vacilaríamos en calificar de violaciones de los derechos humanos. Foucault recuerda que en la segunda mitad del siglo XVIII se levanta en forma casi unánime la protesta contra los suplicios. La protesta contra los suplicios se expresa “comme un cri du coeur ou de la nature indignée”: en el peor de los asesinos, una cosa, por lo menos, hay que respetar: su “humanidad”.<sup>1</sup>

La “humanidad” se erige entonces como límite al castigo. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿qué sucedía antes de la reacción contra los suplicios? Acaso los supliciados no tenían una “humanidad” que habría que respetar? Evidentemente lo que cambió no fueron las características físicas o psíquicas de los supliciados. El cambio fue un cambio en la concepción del hombre y en la sensibilidad frente a él como tal, es decir, despojado de todos sus atributos sociales, culturales, económicos etc. Y sobre todo, divinos. El término humanos no se contraponen a animales sino a divinos. La secularización del poder fue acompañada por la desacralización del destinatario de la pena y víctima del poder, que pierde su dimensión divina y se fragiliza. La reacción ante los suplicios obedece a una nueva visión de la víctima del suplicio, a la que antes se le atribuía la resistencia de los dioses y semidioses. Su cuerpo ya no se “desdobla” para recibir la pena, expresión de un poder absoluto.<sup>2</sup> Se atenúa entonces la violencia que acompaña a lo sagrado.

## II

La secularización no supone sólo el abandono de un fundamento religioso, sino el progresivo abandono de todos los fundamentos. El pensamiento como fundamentación está ligado a la idea del ser como

estructura: el ser no es pensado en su devenir y su finitud, sino como una estructura permanente, estable, eterna. Secularización significa reconocimiento de la finitud.<sup>3</sup> El discurso penal no ha reflejado este reconocimiento. Al contrario, siempre ha procedido como si fuese dueño del tiempo, tanto del pasado, al pretender restablecer el equilibrio alterado por el delito, como del futuro, al olvidarse de la duración posible de la vida del ser humano. Esta falta de conciencia por parte del derecho penal obedece a la aplicación de una filosofía racional y conceptual. Precisamente la filosofía que ha llevado a la aporía del derecho penal: “aquello que es más racional en la pena, a saber, que compensa el crimen es, a la vez, lo más irracional, a saber, que lo borra”. No hay nada que sea más racional o que tienda más a la racionalidad que la noción de pena – dice Ricoeur – pero la racionalidad que pretende es inhallable, por cuanto establece un vínculo entre dos momentos manifiestamente heterogéneos: el mal sufrido e infligido (por la pena) y el mal cometido (mediante el delito).<sup>4</sup>

No obstante, a pesar de todos los intentos por borrarla o disfrazarla con otros sentidos, esta aporía no ha sido totalmente descartada. Y ante la aporía persiste siempre la necesidad de buscar fundamentos en un infructuoso peregrinar filosófico. Por ello debe ensayarse una reflexión que trate de poner fin al círculo vicioso de racionalidad-irracionalidad en el que gira el derecho penal.

## III

El pensamiento hermenéutico es una reflexión sobre y a partir de la experiencia.

(1) FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. París : Gallimard. 1975, p. 88.

(2) Ibidem, p. 37.

(3) VATTIMO, G. *Etica dell'interpretazione*. Turín : Rosenberg & Sellier. 1989 (Vattimo, 1989), p. 27 y ss.

(4) RICOEUR, P. *Introducción a la simbólica del mal*. Buenos Aires : Ediciones Megapolis. 1976, p. 95.

Es un pensamiento que se dirige a un saber que ya existe. Un pensamiento rememorante, que conoce aquello que ya sabe. Nos ofrece otra vía para pensar sobre el derecho penal, desde el derecho penal. Una vía que no pretende legitimarlo a través de nuevos fundamentos. La filosofía racional y conceptual procede a través de razonamientos que se vinculan entre sí sistemáticamente en un universo lógico, mientras que el pensamiento hermenéutico, sin deponer su carácter racional, mantiene la referencia a la experiencia que se propone aclarar. En la experiencia nos damos cuenta de que las cosas no eran como creíamos. Experimentado es quien conoce los límites de sus previsiones y la inseguridad de sus proyectos. En la experiencia todos los dogmatismos encuentran un límite insuperable. En el sentido más auténtico, experimentado es quien es consciente de la finitud de la experiencia humana, quien sabe que no es dueño del tiempo ni del futuro.<sup>5</sup>

El pensamiento hermenéutico supone el alejamiento del racionalismo metafísico hegeliano. Pero también del cientificismo positivista y del estructuralismo. Este último se caracterizó por la imposición de esquemas rígidos de clasificación y descripción encaminados, ante todo, a la formulación de principios rectores, en desmedro de las consideraciones en cuanto al contenido. Llevado a sus consecuencias extremas, el método estructuralista reduce el contenido a la inesencialidad, porque coloca al sujeto en una situación de abstracta neutralidad, delimitando netamente la separación entre observador y observado.

La hermenéutica es un pensamiento motivado principalmente por razones éticas. Nace como reacción ante un mundo que se perfilaba como el mundo de la organización total. Que significaba el triunfo de la mentalidad objetivante, calculante. Esta mentalidad permite que se

despliegue la tendencia metafísica a identificar el ser con lo que está presente y es controlable. Y en esa identificación la existencia humana queda reducida a la simple presencia, calculable y manipulable.<sup>6</sup>

#### IV

La hermenéutica filosófica no significa interpretación de textos filosóficos, sino el imponerse de la interpretación como cuestión fundamental de la filosofía. La hermenéutica jurídica, que se inspira en la hermenéutica filosófica, no se limita a la comprensión de los textos y materiales jurídicos, a la relación entre la ley y la sentencia. Considera al sistema jurídico como parte del mundo. Por ello, el intérprete del derecho no puede limitarse al documento escrito, como si únicamente éste fuera el texto objeto de su labor. Texto son también las instituciones sociales, los principios, las normas no escritas.<sup>7</sup>

La hermenéutica manifiesta el malestar ante un pensamiento que no tiene en cuenta la efectiva colocación histórica del observador. En el horizonte de la reflexión hermenéutica entra tanto el observador como lo observado. Los jugadores somos a su vez "jugados"; los reflexionantes, "reflexionados". No se exige a los jugadores ninguna acreditación previa para entrar en juego. Y en el juego participamos tal como somos y nos encontramos, con todos nuestros condicionamientos y prejuicios.

"Prejuicio" no significa necesariamente "juicio falso". Prejuicio significa sólo un juicio pronunciado antes de proceder al examen de los elementos pertinentes. El

(5) GADAMER, H.G. *Verità e metodo*, XI edizione. Milán: Studi Bompiani. 1997, p. 413.

(6) VATTIMO, G. *Oltre l'interpretazione*. Bari: Editori Laterza. 1994 (Vattimo, 1994), p. 39.

(7) ZACCARIA, G. *Dimensione dell'ermeneutica e interpretazione giuridica, in Il problema della fedeltà ermeneutica, a cura di V. Mathieu y L. Paoletti*. Roma: Armando Editore. 1998 (Zaccaria, 1998), p. 160.

prejuicio fundamental del iluminismo, el prejuicio contra los prejuicios en general, es reflejo del ideal de la "autoconstrucción absoluta de la razón", que constituye a su vez un prejuicio.<sup>8</sup>

La existencia humana – dice Gadamer –, incluso la más libre, está limitada y condicionada de múltiples formas. El ideal de la razón absoluta no ofrece ninguna posibilidad a la humanidad histórica. La razón existe para nosotros sólo como razón real e histórica, lo que significa que no es dueña de sí misma, sino que está subordinada a las situaciones concretas en las que actúa.

De ello cabe deducir que para dar cuenta del ser histórico y finito del ser humano se requiere una rehabilitación sustancial de los prejuicios y un reconocimiento de que hay prejuicios legítimos. Sólo el reconocimiento del carácter constitutivo que tiene el prejuicio en cada comprensión de un problema permite esa comprensión. Son los prejuicios de los que no somos conscientes los que obnubilan la comprensión.<sup>9</sup>

La interpretación jurídica siempre parte de un fondo de suposiciones, de un trasfondo de conocimientos implícitos "sobre cuya incidencia el pensamiento jurídico no habría reflexionado lo suficiente en el pasado y sobre los cuales la hermenéutica jurídica llama constantemente la atención".<sup>10</sup>

Nuestra convivencia con el derecho penal supone la conservación de una serie de prejuicios que son parte de nuestra realidad histórica y social, que hemos recibido y que seguramente, aunque no necesariamente, traspasaremos. Es decir, tienen un carácter temporal, finito, histórico. La hermenéutica filosófica nos invita a tomar conciencia de ellos y a considerarlos en la perspectiva histórica que les corres-

ponde. A no asignarles la categoría de fundamentos, ni a buscar otros fundamentos que los sustenten. A interrumpir nuestra búsqueda de presupuestos fuertes y estructurales de legitimación, y a emprender una interpretación de los actuales presupuestos.

## V

La interpretación se va desarrollando en movimientos circulares. Por ejemplo, una regla hermenéutica dice que se debe comprender el todo a partir de las partes y las partes a partir del todo. La anticipación de sentido que abraza la totalidad se convierte en comprensión explícita en la medida en que las partes, que son determinadas por el todo, determinan a su vez ese todo. El movimiento de la comprensión va constantemente del todo a las partes y de éstas al todo. La unidad de sentido se va extendiendo o ampliando en círculos concéntricos. Para Heidegger, en cambio, el círculo hermenéutico se caracteriza por que la comprensión de un texto es determinada permanentemente por el movimiento anticipador de la precomprensión. Quien interpreta un texto pone en acción siempre un proyecto: "La comprensión de aquello que se da a comprender consiste toda ella en la elaboración de este proyecto preliminar ...".<sup>11</sup>

Es importante señalar que la anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto meramente subjetivo, sino un acto determinado por aquello que tenemos en común con la tradición. Esta comunidad, sin embargo, no constituye un presupuesto dado de una vez para siempre, sino que se va dando en un proceso continuo. Somos nosotros mismos quienes la establecemos en la medida en que contribuimos activamente a la subsistencia y a la evolución de la tradición, y de esa forma la llevamos adelante. "Por lo tanto, el círculo de la comprensión

(8) GADAMER, H.G. Op. cit., p. 325.

(9) Ibidem, p. 317.

(10) ZACCARIA G. *L'arte dell'interpretazione – Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Pádua: CEDAM, 1990 (Zaccaria, 1990), p. 66.

(11) GADAMER, H.G. Op. cit., p. 314.

no es en manera alguna un “círculo metódico”, sino que indica la estructura ontológica de la comprensión”.<sup>12</sup> El comprender es una característica constitutiva de la existencia humana.

## VI

La precomprensión es uno de los conceptos centrales de la hermenéutica jurídica, “es el motor que pone en acción el proceso del comprender, con una hipótesis del posible significado, que luego se deja corregir constantemente por hipótesis sucesivas, que adecuan, mejoran o sustituyen a la primera...”.<sup>13</sup> De los tres círculos hermenéuticos que distingue Alexy, el primero configura la relación entre la precomprensión y el texto. Aquélla es una hipótesis que sostiene el intérprete y que expresa su suposición o expectativa con respecto a la correcta solución del problema jurídico. Su contenido está determinado por la concepción general que tiene el intérprete de la sociedad y por sus propias experiencias. La imagen del círculo representa la interacción entre el texto de la norma y la hipótesis de interpretación. A este círculo corresponde el “postulado de reflexividad”.

El segundo círculo engloba la relación entre las partes y el todo. Por un lado, para comprender una norma es preciso comprender el sistema normativo al que pertenece. Por otro lado, no es posible comprender el sistema sin entender las normas que lo integran. A este círculo corresponde el “postulado de coherencia”. Gadamer señala que la idea de orden jurídico “implica que el juicio del juez no debe nacer de una arbitrariedad imprevisible, sino de la justa valoración del conjunto”.<sup>14</sup> Esto

significa que no se trata solamente de una coherencia meramente formal entre las normas que integran un ordenamiento jurídico, sino de una coherencia de contenido. Ésta equivale a la “unidad e interdependencia de sentido del discurso jurídico”.<sup>15</sup>

Aún más amplia es la esfera con la que la norma debe mantenerse coherente según la concepción del derecho como integridad de R. Dworkin. Conforme a ella, el jurista debe someter a prueba su interpretación de cualquier parte de una amplia “red de estructuras políticas y decisiones de la comunidad a la que pertenece preguntándose si su interpretación podría o no formar parte de una teoría coherente que justificara la red como un todo”.<sup>16</sup>

Zaccaria hace referencia a una “comunidad de interpretación jurídica”. El criterio que determinaría la aceptabilidad de la elección de una u otra interpretación se apoyaría en la referencia a la comunidad interpretativa que vincula entre sí a los miembros de una determinada tradición jurídica.<sup>17</sup>

El tercer círculo representa la relación entre las normas y los hechos. Le corresponde el “postulado de compleción”. La hermenéutica jurídica — dice Zaccaria — se define a partir del reconocimiento de que la norma abstracta revela una estructura necesariamente incompleta, completable solamente en el procedimiento hermenéutico de “concretización” de la norma jurídica en el contexto de la decisión del caso práctico. Este vínculo entre la interpretación y la aplicación permite dar una lectura al texto normativo a la luz de la situación concreta a la que se ha de aplicar. Dicha situación deja de ser la destinataria pasiva de la aplicación de la norma, para pasar a determinar el significado mismo de la norma de cuya aplicación será objeto.

(12) Ibidem, p. 343.

(13) ZACCARIA, 1990, p. 109.

(14) ALEXY, R. Legal argumentation as rational discourse, *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie — LXX — 1993, 2, p. 168.

(15) ZACCARIA, 1998, p. 151 y ss.

(16) DWORKIN, R. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press. 1986, p. 245.

(17) ZACCARIA, 1990, p. 105.

Esto no significa – aclara este autor – reconocer una fuerza normativa al hecho, haciendo depender en definitiva la norma jurídica del caso concreto, sino admitir que la norma jurídica, que no puede ser escogida por el intérprete sin una orientación previa con respecto a los hechos que han de juzgarse, no tolera ser separada, so pena de una pérdida decisiva de su normatividad, de aquella sección de la realidad social a la que se refiere.<sup>(18)</sup> Esta relación que establece la hermenéutica jurídica entre *Sollen* y *Sein* constituye su aporte fundamental y una tesis clave. “Sólo cuando *Sein* y *Sollen*, una concreta relación de vida y una o varias normas, entran en recíproca correspondencia, sólo entonces puede tener lugar la concretización del derecho ...”.<sup>(19)</sup>

## VII

Todo ello refleja la importancia que la hermenéutica filosófica atribuye a la aplicación. Gadamer recuerda que en la tradición hermenéutica más antigua se distinguía entre una “*subtilitas intelligendi*”, es decir, el comprender, una “*subtilitas explicandi*”, la explicación, y una “*subtilitas aplicandi*”, la aplicación. Se consideraban los tres momentos constitutivos de la interpretación, y el hecho de que se llamaran “*subtilitas*” significaba que no se los consideraba tanto como métodos, sino como facultades que exigían particular agudeza de espíritu. Más tarde, el romanticismo reconoce la íntima unidad del *intelligere* y el *explicare*. Se considera que la explicación no sucede a la comprensión; la comprensión es siempre explicación, y ésta es la forma explícita de la comprensión. Gadamer observa que esa íntima fusión entre la comprensión y la explicación tuvo como consecuencia la exclusión del ámbito de la hermenéutica de aquel que era el tercer momento de la

interpretación: la aplicación. La aplicación de las Sagradas Escrituras en la enseñanza y en la prédica cristiana se consideraba totalmente distinta de la comprensión histórica y teológica de las Escrituras mismas. Gadamer afirma en cambio que en la comprensión se verifica siempre un tipo de aplicación del texto que se interpreta, y considera que la aplicación es, junto a la comprensión y a la explicación, un aspecto constitutivo del acto interpretativo concebido como unidad. Tanto en la hermenéutica teológica como en la jurídica es esencial la tensión que se establece entre el texto y el sentido que éste adquiere en su aplicación, en el momento concreto de la interpretación, por ejemplo en el juicio del tribunal o en la prédica.<sup>(20)</sup> En la interpretación jurídica, el conocimiento de un texto legal y su aplicación al caso concreto no son dos actos separados sino un proceso único.<sup>(21)</sup>

A ese respecto, G. Zaccaria señala que para que un comportamiento humano pueda ponerse en relación con una “*fattispecie*” legal resultan indispensables dos pasajes que suponen actividades de carácter hermenéutico. En primer lugar, el intérprete, sobre la base de la idea de derecho que es el punto de partida de su acercamiento al caso, convierte la circunstancia de hecho en circunstancia relevante para el derecho; en segundo lugar, pone en relación el caso concreto, jurídicamente construido y reelaborado, con el modelo normativo abstracto de la norma. El procedimiento tiene un carácter circular: un modelo normativo es el punto de partida que guía al intérprete en la selección, dentro del caso concreto, de las circunstancias jurídicamente relevantes; un modelo normativo (aunque no necesariamente idéntico al del punto de partida) es el punto de llegada. “La norma, mientras atribuye connotaciones de juridicidad a los hechos en ella subsumidos, a su vez se enriquece de las

(18) ZACCARIA, 1990, p. 99 y ss.

(19) Ibidem, p. 59.

(20) GADAMER, H.G. Op. cit., p. 358 y ss.

(21) Ibidem, p. 361.

connotaciones de novedad histórica de esos hechos".<sup>22</sup>

En el mismo sentido Gadamer afirma que el contenido normativo de la ley debe ser determinado sobre la base del caso específico al que ha de aplicarse.<sup>23</sup> Da el ejemplo de la comprensión de una orden: comprender una orden significa aplicarla a la situación concreta a la cual se refiere: el verdadero sentido de la orden se determina en la dimensión concreta de su ejecución adecuada.<sup>24</sup>

### VIII

De todas las premisas precedentes se deduce el papel fundamental que la hermenéutica atribuye a la función judicial, dado que reconoce que la norma abstracta revela una estructura necesariamente incompleta, que se completa en el proceso de decisión del caso práctico. Como dice Gadamer, se verifica por parte del juez un perfeccionamiento creativo de la ley.<sup>25</sup> También destaca la labor jurisdiccional A. Osuna Fernández Largo, quien hace notar que la hermenéutica "ha puesto en claro la necesidad de la aplicación concreta como elemento ineludible de la comprensión de una norma general y distante en el tiempo". Y agrega: "Sin la referencia a lo jurídico concreto y aplicado, no es posible la comprensión del derecho. Por eso la comprensión jurídica modélica es la sentencia judicial, donde se aúnan la comprensión de la norma y su relevancia aplicativa".<sup>26</sup>

La sentencia expresa la tensión entre la universalidad de la norma y la singularidad

del caso concreto; la tensión entre la proposición teórica y la práctica. Es necesario cubrir la distancia entre la universalidad de la ley y la concreta situación del caso particular. La característica esencial de cualquier orden jurídico es el ser tan elástico como para dejar un espacio suficientemente abierto para que sea posible su aplicación a cada caso particular. Ese espacio no termina con la formulación de la sentencia que interpreta y aplica la ley, mejor dicho, que interpreta la ley aplicándola. También la sentencia debe ser aplicada y por consiguiente interpretada. Gadamer dice que la emisión concreta de un juicio en un caso determinado no consiste sólo en la formulación de una proposición teórica sino en un "hacer cosas con las palabras". Por ello cabe decir — agrega — que cada aplicación de la ley va más allá del simple comprender el sentido de la misma, dado que crea una nueva realidad.<sup>27</sup>

Esta incidencia de la interpretación en la creación de la realidad es fuente indudable de responsabilidad para el intérprete del derecho. Cuando hablamos de la importancia que los filósofos hermenéuticos atribuyen a la aplicación, no estamos hablando sólo de la operación por la que se recorre la distancia entre lo universal y lo particular, sino de la distancia entre la formulación de un enunciado prescriptivo, como la sentencia, y su aplicación práctica.

La aplicación que nos interesa aquí no consiste en la traducción de un enunciado general a un enunciado particular, sino en la traducción, si puede llamarse así, de una proposición lingüística a la realidad concreta. Es ésta la que determinará, en última instancia, el contenido normativo de la ley. Si consideramos a la sentencia equivalente a una orden, le resultarán aplicables las palabras de Gadamer: "el verdadero sentido de la orden se determina en la dimensión concreta de su ejecución adecuada". El

(22) ZACCARIA, 1990, p. 54.

(23) GADAMER, H.G. Op. cit., p. 379.

(24) Ibidem, p. 387.

(25) Ibidem, p. 382.

(26) LARGO, A. Osuna Fernández, *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Universidad de Valladolid, 1992, p. 101.

(27) GADAMER, H.G. *Verità e metodo* 2, Milán: Studi Bompiani. 1995, p. 269.

verdadero sentido de la sentencia que establece la pena se determina en la dimensión concreta de la ejecución de la pena. Cada término de la sentencia debe ser interpretado con miras a su aplicación práctica. Y es esta aplicación la que determinará el significado de cada término.

## IX

Las condiciones de ejecución de la pena, es decir, las condiciones de aplicación de la sentencia, definirán el contenido de la primera y el significado de la segunda. No concluye la labor interpretativa con la formulación de la sentencia. Es necesario continuarla más allá de la sentencia, en la traducción de ésta a los actos, hechos y condiciones prácticas que le darán cumplimiento.

En muchos ordenamientos nacionales, entre la sentencia y su ejecución suele haber otras normas que sirven de puente entre una y otra. Constituyen el derecho de ejecución penal. Refiriéndose al saber que se ocupa de ese derecho, Zaffaroni dice que: "es tan necesario como el saber penal, porque un poder punitivo que opere sin límites normativos, en cuanto al trato que debe recibir una persona desde que el tribunal pronuncia la condena hasta que se extingue por agotamiento de la pena, implicaría dejar librada a la arbitrariedad la faceta más real de la pena ...". Y agrega que ese derecho debe regirse conforme a los mismos principios interpretativos que obligan al derecho penal en sentido estricto.<sup>28</sup>

(28) ZAFFARONI, E.R. Cronos y la aporía de la pena institucional, en *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 1530.

Véase también MIRANDA RODRIGUES, A., Temas fundamentais de execução penal, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 6, n. 24, 1998, São Paulo, p. 11 y ss.

Sin embargo, son muchos los sistemas penales en los que, incluso cuando existen esas normas de ejecución, las condiciones en las que se aplican las penas de privación de la libertad son tales que suponen el padecimiento de muchas otras penas además de la privación de la libertad.<sup>29</sup>

## X

Recordemos otra vez los suplicios y las penas corporales. En la ejecución de la sentencia que los imponía, la labor de traducción de la norma al caso concreto no planteaba grandes dificultades. Con respecto al primer círculo hermenéutico, la precomprensión, es decir, las expectativas frente a la interpretación de la norma, no quedaban fundamentalmente defraudadas, dado que la crueldad en la aplicación de las penas no estaba en contradicción con lo que se esperaba del ejercicio del poder soberano en esa época. Con respecto al segundo círculo, la relación entre las partes y el todo, nada había, al parecer, en el sistema normativo que obstaculizara abiertamente ese tipo de penas. Y en cuanto al tercer círculo, la relación entre la norma y los hechos, cabe decir que la crueldad de las penas estaba meticulosamente indicada en las normas de ejecución, de modo que en la aplicación había más espacio para la suavización que para la agravación de la pena.

Nos encontramos en una situación completamente distinta. Para ser coherentes con la importancia que hemos atribuido a la aplicación, hemos de invertir el orden de los círculos.

Partimos del tercer círculo, el que encierra la relación entre la norma y los hechos. Corresponde al "postulado de

(29) SLOKAR, A. "El triunfo de Shylock: algunas formulaciones sobre el alcance de la pena privativa de libertad, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 5, n. 19, 1997, p. 451.

compleción", dado que el significado de la norma se "completa" en los hechos. Para responder a la pregunta: ¿qué significa la expresión "privación de la libertad"?, hay que observar cómo se traduce en la práctica esa pena. En qué condiciones se desarrolla su ejecución. Y serán esas condiciones las que indicarán qué significa "privación de la libertad". Cuando esas condiciones sean de una precariedad extrema, que favorezca el contagio de enfermedades, alteraciones físicas y psíquicas de todo tipo, e incluso la muerte, por privación de la libertad ha de entenderse el sometimiento del condenado a esas condiciones de precariedad extrema y, por consiguiente, a todos los sufrimientos que ellas suponen.

Creo que no sería demasiado discutible incluir el derecho a no ser sometido a esas condiciones en la expresión "derechos humanos". Ni considerar que la sentencia que condena a ese sometimiento es una norma que prescribe la violación de los derechos humanos.

Una vez definido el contenido de la sentencia, podemos pasar al segundo círculo hermenéutico, el de la relación entre las partes y el todo. En este círculo, hay que examinar cada ordenamiento para determinar si existen normas que prohíben la violación de los derechos humanos. Si la respuesta es afirmativa, y no se permite en ningún caso esa violación, la sentencia que condene a la privación de la libertad en condiciones violatorias de los derechos humanos entrará en conflicto con todas las normas del ordenamiento que establecen la prohibición. Por lo tanto, será incompatible, a pesar de su validez formal, con las normas del sistema jurídico en cuyo marco se dicta. Y, desde un punto de vista hermenéutico, no respetará el "postulado de coherencia" que corresponde a este círculo.

Y en nuestra cuenta regresiva, llegamos al primer círculo. En la gran mayoría de países miembros de la comunidad internacional, todas las hipótesis que constituyen

nuestra precomprensión de las normas están determinadas por una cultura en la que "no se espera" que al amparo del orden jurídico y en virtud de sus normas se violen los derechos humanos. Podríamos referirnos a esa cultura como a la "cultura de los derechos humanos".<sup>30</sup> En ella, el proyecto preliminar que se elabora en la precomprensión de la sentencia no anticipa el sentido que finalmente tendrá la sentencia. En realidad anticipa otro sentido, más conforme a las pautas de la cultura de los derechos humanos, pero que no corresponde al significado que la sentencia tiene en su dimensión práctica. En la medida en que esa dimensión práctica se mantiene oculta tras los muros de las cárceles, y en que los sufrimientos infligidos por la ejecución de la sentencia tienden, a diferencia de los suplicios, a quedar apartados de la conciencia cotidiana, ese otro sentido "precomprendido" podría paradójicamente facilitar el olvido de la contradicción que se vive en el seno de la "cultura de los derechos humanos", no sólo entre nuestras representaciones y las normas del orden jurídico sino entre las normas mismas.

Nuestros círculos son decepcionantes.

## XI

Denunciando las mayores posibilidades de morir en prisión, E. Neuman dice: "Un juez que priva de la libertad está, aunque ordinariamente no lo sepa ni lo piense, condenando un poco a la muerte".<sup>31</sup> ¿Es admisible que un juez condene a muerte sin saberlo ni pensarlo? ¿Qué cabe esperar de un orden jurídico cuyas normas son tan elásticas que dejan abierta esa posibilidad?

(30) RORTY, R. Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo, en *Batallas éticas*, Buenos Aires : Ediciones Nueva Visión. 1993, p. 59.

(31) NEUMAN, E. No a la prisión, en *Lecciones y ensayos*. Buenos Aires : Abeledo Perrot. 1996, n. 66, p. 62.

Varias veces se ha señalado la analogía entre las prisiones y los campos de concentración. Para los nazis convivir con Auschwitz no era intolerable. Tenían una filosofía que lo justificaba, como lo recuerda Levinas en su magistral "Filosofía del Hitlerismo".<sup>32</sup> No sólo había un conjunto de creencias que les permitían convivir con el horror, sino un conjunto de leyes que legitimaban esa convivencia.

Cabe preguntarse entonces, ¿cuáles es la filosofía que nos permite a nosotros convivir con el horror? ¿Qué nos induce a proseguir pasivamente esa convivencia, cuando ya no tenemos leyes que la amparen? Más aún, cuando nuestras leyes expresamente la prohíben.<sup>33</sup> ¿Puede decirse que nosotros también nos amparamos en una filosofía, basada, por ejemplo, en el "mito de la pena", en el "sentimiento de justicia"? ¿O serán sólo los motivos prácticos, como la seguridad, el deseo de imponer el orden, de eliminar la incertidumbre en la vida cotidiana, lo que nos lleva a admitir pasivamente la violación de los derechos humanos?

## XII

El hombre moderno sigue pidiéndole algo a la filosofía — dice Vattimo — aunque ya no le pida pensamientos estructurantes y objetivantes. Le pide continuidad frente a dos tipos de dispersiones o discontinuidades: una, entre el presente y el pasado; otra, entre los múltiples saberes sobre el mundo, que en su creciente especialización se niegan a una síntesis.<sup>34</sup> Frente a la primera dispersión, la filosofía ha de

recordarnos que la convivencia con las penas viene de muy lejos: ahora convivimos con las cárceles como nuestros antepasados convivieron con los suplicios, y en muchos países seguiremos conviviendo con la pena de muerte (extraña continuidad entre el pasado y el presente, la pena extrema ha permanecido como elemento común en el tiempo).

La conciencia de esa continuidad, a través de un pensamiento que rememora, debilitará los fundamentos en que se sustenta aún la pena. Nos hará notar su dimensión histórica, contingente. Permitirá no dar por aceptadas como estructuras inevitables las soluciones que ahora nos impone el sistema penal. Nos llevará a preguntarnos si estamos dispuestos a seguir heredando toda la mitología de la pena, la concepción del mal y de la expiación, como si fueran, en lugar de creencias que hemos recibido de la tradición religiosa y cultural, estructuras eternas e inamovibles. El reconocimiento de aquello que nos ha sido transmitido como algo que nos ha sido transmitido, nada más, responde también a un proceso de secularización del pensamiento, "de consumación de los caracteres fuertes, reasegurantes pero violentos, del ser, con todas las implicaciones éticas y políticas que esto comporta".<sup>35</sup>

Es posible que esta secularización del pensamiento haya abierto también el camino al pensamiento de los derechos humanos, dado que ambos, secularización y derechos humanos, connotan la vulnerabilidad y fragilidad del ser.

Frente a la segunda dispersión, la filosofía tal vez nos ayude a encontrar cierta unidad entre los múltiples saberes especializados, indicando la necesidad de que vayan todos y cada uno de ellos acompañados por otro saber indispensable. "Hay que comprender — dice Gadamer — que junto a la teoría, a la pasión dominante del querer saber, que tiene su base antropológica

(32) LEVINAS, E. Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme, en *Cahier de l'Herne*, Editions de l'Herne. 1991, p. 113.

(33) NIÑO, Luis Fernando. La situación carcelaria en América Latina de fin de siglo y el malestar en la cultura jurídica, en *Lecciones y ensayos*, n. cit., p. 43.

(34) VATTIMO, 1989, p. 34.

(35) Ibidem, p. 37.

gica en el estupor, hay otro saber omnico-mprensivo de la razón, que no consiste en un saber hacer, que se pueda aprender, ni en el ciego conformismo, sino en la razonable responsabilidad”.<sup>36</sup> Principio rector de la hermenéutica es esta razonable responsabilidad. ¿En qué consiste esta razonabilidad? En la capacidad de superar la tentación dogmática inherente a cada presunto saber. En la clara y constante conciencia de la finitud humana. De nuestra propia finitud, de la finitud del otro. En la admisión de que la utilización de los múltiples saberes especializados para la solución de los problemas de funcionamiento de la sociedad puede llevarnos a soluciones humanamente aborrecibles, si no la acompañamos de esa responsabilidad razonable que no es más que la capacidad de respuesta que el ser humano espera del ser humano, o al menos que debe poder esperar. A esta razonable responsabilidad se refiere Gadamer como a la “virtud hermenéutica fundamental”.

### XIII

M. Ferraris comienza su *Storia dell'ermeneutica* diciendo: “Hermes, el men-

sajero de los dioses, ejercitaba una actividad de tipo práctico, llevando anuncios, advertencias, profecías. En sus orígenes míticos, como luego durante todo el curso de su historia, la hermenéutica en cuanto ejercicio de transformación se contrapone a la teoría como contemplación de esencias eternas, no alterables por parte del observador”.<sup>37</sup> La hermenéutica tiene un papel activo. Un papel que supone una responsabilidad: “El pensamiento que ya no se concibe como reconocimiento y aceptación de un fundamento objetivo, perentorio, desarrollará un nuevo sentimiento de responsabilidad...”.<sup>38</sup>

Hasta ahora el pensamiento penal no ha cesado de reconocer y aceptar fundamentos objetivos o de buscar nuevos fundamentos para justificar la pena. Tal vez la hermenéutica lo induzca a interrumpir esa aceptación y búsqueda. Y a razonar en forma responsable ante los problemas que le plantea el “problema penal”. Pero ante todo, a dar urgentemente una respuesta a ese espacio abierto entre las normas y la realidad, espacio que permite que el Estado se convierta en delincuente y el delincuente en víctima.

(36) GADAMER. Op. cit. 2, p. 288.

(37) FERRARIS, M. *Storia dell'ermeneutica*. Milán : Studi Bompiani. 1988, p. 37.

(38) VATTIMO, 1994, p. 52.

# 1. DOUTRINA INTERNACIONAL

---

## 1.3

### CRIMINOLOGIA CLÍNICA E PERÍCIA CRIMINOLÓGICA NA ITÁLIA\*

GIANLUIGI PONTI  
ERNESTO CALVANESE

SUMÁRIO: 1. Premissa – 2. O desenvolvimento histórico das relações entre criminologia e sistema da justiça penal: 2.1 Fase da contraposição; 2.2 Fase do compromisso; 2.3 Fase do acordo; 2.4 Fase do predomínio da ideologia terapêutica; 2.5 Fase da crise da ideologia terapêutica; 2.6 Fase da divisão dos campos – 3. A criminologia no atual sistema penal – 4. A observação criminológica – 5. Das observações “*intramuros*” à perícia criminológica: 5.1 Criteriologia; 5.2 Metodologia; 5.3 Considerações clínico-criminológicas – 6. Notas conclusivas – Bibliografia.

#### 1. Premissa

A criminologia, na sua dimensão abstrata e conceitual, constitui um corpo de noções, conhecimentos, considerações empíricas e teorias, que configura um saber doutrinário organizado em uma disciplina que se ocupa dos fenômenos da criminalidade e de seus autores em geral.

Estabelecido, ademais, que entendemos por criminologia, clínica ou aplicada, o emprego dos conhecimentos gerais da criminologia e, assim, a utilização do conhecimento criminológico no caso concreto com o escopo de delinear os traços fundamentais da personalidade e de expor as linhas de tratamento individualizado, além de formular valorações previsíveis sobre a eventual futura conduta criminosa, desenvolveremos o nosso tema em três etapas:

– inicialmente examinaremos, sob uma perspectiva histórica, as relações existentes entre sistema penal e criminologia;

– consideraremos, então, sinteticamente, o *iter* legislativo que culminou, na Itália, na atual situação do papel reservado à criminologia clínica;

– contemplaremos, finalmente, como são realizadas a observação da personalidade e, em particular, a perícia criminológica.

#### 2. O desenvolvimento histórico das relações entre criminologia e sistema da justiça penal

Para melhor compreender as relações entre criminologia aplicada e sistema da justiça é oportuno considerar como se contrapuseram no tempo dois fundamentais modelos de política criminal dos quais se presenciou em certos momentos a prevalência de um, em outros o predomínio do oposto, e em outros, ainda, a coexistência de ambos.

O primeiro é o modelo do fato, fundamentado no paradigma da objetividade, segundo o qual o interesse converge es-

(\*) Texto traduzido por Alexandra Rosa Souza Martins.

sencialmente sobre o fato-crime, enquanto que o autor ocupa uma posição secundária. Esse modelo pode ser denominado modelo clássico, no sentido de que as bases desta política criminal são representadas — como também o eram na Escola Clássica do Direito — pela prevalência dos princípios da certeza do direito, do sistema tarifário, das garantias, enquanto a justiça visa a retribuição para garantir a todos um tratamento penal objetivo, uma pena proporcional, sem considerar as diferentes situações individuais.

O segundo modelo é o da pessoa (que podemos denominar, fazendo referência aos princípios da Escola Positivista, também de modelo “positivista”), que se fundamenta no paradigma da subjetividade: baseado na personalidade do réu, na individualização da sanção de acordo com as características do indivíduo autor do crime e não somente dos fatos delituosos, e leva aos conceitos de periculosidade, de defesa social, de neutralização dos sujeitos perigosos e, somente adiante, de ressocialização.

Quando impera o modelo do fato, a criminologia e as outras ciências humanas (psicologia, psiquiatria, pedagogia, sociologia) são excluídas porque focam o interesse sobre o crime; quando em contrapartida prevalece o paradigma da subjetividade, o sistema da justiça utilizar-se-á amplamente da criminologia, uma vez que essa se concentra justamente na personalidade do réu.

De acordo com referida dicotomia dos modelos, podemos examinar como se desenvolveram no tempo as diretrizes essenciais da política penal de acordo com as fases sucessivas que sintetizam o longo *iter* das relações entre sistema da justiça e criminologia até o momento atual (com particular atenção à situação italiana).

## 2.1 Fase da contraposição

Os dois modelos assumem posições nitidamente antagônicas: o sistema judiciário

é gerido de acordo com os princípios da Escola Clássica, a execução penal é fundamentada na gravidade do delito, muito restrito é o espaço para a apreciação da personalidade do réu. A Escola Positivista, ao contrário, representa nessa fase somente uma parcela do pensamento penalístico que não veda aplicações práticas. Historicamente, situa-se em uma época anterior a 1930; uma contraposição análoga surgiu também em nossos tempos com o nascer do Neo-Classicismo e do Retributivismo, inicialmente nos países de *Common Law*, mas posteriormente sempre mais presente na Europa continental.

## 2.2 Fase do compromisso

Nas primeiras décadas do século XX, tentou-se uma simbiose entre o paradigma do classicismo e o do positivista-criminológico. Foi o momento, na Itália e na Alemanha, do “duplo-binário”, solução conceitual e de política criminal que busca conciliar objetivismo e subjetivismo, retribuição e prevenção especial. Foram introduzidas no direito substancial as medidas de segurança, a periculosidade social, o conceito de capacidade para delinquir como parâmetro para o exercício da discricionariedade do juiz: a pena é proporcional ao delito, mas as características da personalidade do réu repercutirão no eventual juízo de periculosidade e na escolha entre o mínimo e o máximo da pena cominada.

Contudo, na Itália, o compromisso é aparente: a prevalência das presunções de periculosidade *ex lege* esvazia de significado a valoração de cada sujeito, a criminologia e as ciências humanas não podem intervir na apreciação da personalidade e da periculosidade (salvo nos poucos casos de doença mental do réu), a capacidade para delinquir pode ser valorada somente pelo juiz, mas não pelo criminólogo: a valoração da personalidade do réu compete, na verdade, exclusivamente ao bom senso e à experiência do juiz, e não às ciências hu-

manas. O processo penal e a execução da pena permanecem de fato centradas prevalentemente no parâmetro da objetividade.

### 2.3 Fase do acordo

As perspectivas e as realizações inspiradas numa simbiose entre o paradigma da objetividade e o da subjetividade tornam-se concretas no momento em que, a partir dos anos 60, é introduzido na política criminal o princípio da ressocialização e do tratamento ressocializador, que é princípio positivista-criminológico. O princípio da retribuição perde significado, e é até mesmo rejeitado, tornando-se ao mesmo tempo preponderante a finalidade reeducativa, segundo a qual a pena é um instrumento de ressocialização: dessa forma constrói-se a ideologia do tratamento. É o momento em que se expressam nesse sentido os filões mais críveis do pensamento penalístico, as grandes associações internacionais, a Nova Defesa Social de Marc Ancel. A criminologia torna-se base da política criminal: também na Itália ela conquista um papel fundamental na execução penal, durante a qual se iniciam os primeiros intervenos técnicos ressocializadores; em outros países, que não na Itália, a criminologia entra também na fase processual: o perito formula avaliações sobre a personalidade e sobre a periculosidade, sugere a qualidade e as modalidades da execução penal, expressa-se por meio da perícia criminológica no âmbito do juízo.

### 2.4 Fase do predomínio da ideologia terapêutica

No pensamento e na prática penalista de alguns países da nossa área cultural tornou-se sucessivamente dominante o princípio da pena útil, que deve ser escolhida e aplicada de acordo com critérios positivista-subjetivos: a retribuição prati-

camente não tem mais valor, a pena deve ter como escopo somente a ressocialização, valendo-se prevalentemente da contribuição da criminologia aplicada. Acentua-se nos países de *Common Law* o emprego da pena indeterminada, pena que durará até quando o objetivo da ressocialização for atingido; investe-se dinheiro e esperança no tratamento criminológico, entendido como tratamento “intramuros” realizado com várias técnicas, e também como ressocialização “extramuros” por meio do *probation* e das medidas alternativas similares. O paradigma da subjetividade predomina na filosofia da pena também nos países, como a Itália, onde não foram realizadas escolhas de política criminal radicais, e onde persiste o acordo com o paradigma da objetividade.

### 2.5 Fase da crise da ideologia terapêutica

Nesta fase (final dos anos 70 e anos 80) presencia-se o fim de um sistema de justiça penal quase unicamente fundamentado em intervenos ressocializantes, realizados por meio das medidas alternativas e dos tratamentos clínico-criminológicos. A rejeição mais radical da ideologia terapêutica verificou-se principalmente nos EUA, onde a rejeição dos princípios clássicos foi total, as expectativas eram muito elevadas, os paradigmas subjetivos e positivistas tinham excessivamente prevalecido e, contextualmente, a integração no sistema da justiça criminal da criminologia e das ciências humanas foi elevado aos níveis máximos. E é justamente nos EUA, mas também na Grã-Bretanha, que se apresentam com força as instâncias para conferir novamente ao sistema da justiça aquelas conotações de objetividade que tinham sido quase totalmente abandonadas ou até mesmo suprimidas (com a introdução do princípio da neutralização seletiva em relação aos plurireincidentes, que se objetiva excluir da sociedade por períodos tão longos quanto a periculosidade dos sujeitos e por meio da

prática da “zero tolerance”). Neutralização seletiva que, ademais, foi apresentada na França e na Alemanha, e também na Itália, ainda que, em nosso país, tenha se realizado exclusivamente em relação aos indivíduos envolvidos com a criminalidade organizada de tipo mafioso.

## 2.6 Fase da divisão dos campos

No que se refere à Itália, a relação entre criminologia e sistema da justiça pode ser resumida, após a introdução do novo processo penal em 1988, nos seguintes termos. Na fase processual não podem subsistir intervenções periciais de natureza subjetiva de tipo clínico-criminológico, pelo menos no sentido de que foi reafirmada a proibição de realizar perícias sobre a personalidade do acusado, a valoração — salvo obviamente os casos de patologia mental, que nesse âmbito não nos interessam — compete exclusivamente ao juiz: as propostas de alteração normativa para introduzir a perícia criminológica ou psicológica foram rejeitadas.

Na fase da execução penal é, em contrapartida, reservado amplo espaço ao paradigma da subjetividade e a criminologia clínica encontra larga aplicação institucionalmente prevista e regulamentada. Basta considerar que todo o sistema da execução resulta centrado na observação do condenado e nas várias medidas alternativas e premiais, que são dispostas segundo critérios de máxima individualização: isso serve para indicar a ampla margem que é reservada ao critério da subjetividade e, conseqüentemente à criminologia clínica, entendida como instrumento do qual são utilizados conhecimentos, técnicas e experiências profissionais para adequar a execução penal às diversas situações concretas.

Dessa forma, delineou-se na Itália um sistema no qual a individualização não se realiza tão-somente no momento do juízo,

mas prevalentemente naquele da execução. A fase do juízo tem o escopo principal de fornecer a certeza da atribuição do fato ao acusado e de estabelecer o limite máximo da pena segundo o paradigma da objetividade; enquanto a efetiva duração da pena e as modalidades da sua execução serão estabelecidas de acordo com o paradigma da subjetividade, pelos Juízes da Execução, que se utilizam amplamente dos conhecimentos criminológicos.

## 3. A criminologia no atual sistema penal

É necessário distinguir detalhadamente — de acordo com o que anteriormente antecipamos — os fundamentais contextos aplicativos nos quais a criminologia encontra, na Itália, possível utilização no âmbito da justiça penal, segundo as normas atualmente vigentes.

Eles podem ser identificados em três momentos distintos: no primeiro momento, o secundário da fase processual, a criminologia teria a tarefa de fornecer informações sobre a personalidade do acusado para que o juiz de mérito, antes da condenação, possa dispor de elementos cognoscitivos para a melhor individualização da sanção; num segundo momento, e bem mais essencial no âmbito aplicativo da criminologia clínica se realiza no momento da execução e a sua contribuição é voltada à observação científica do condenado, da qual se utilizam os Juízes da Execução para a individualização das modalidades segundo as quais a pena deverá ser aplicada, levando-se em consideração as características pessoais, situacionais, micro-sociais do réu e da sua periculosidade; existe, finalmente, o momento da intervenção direta sobre o condenado, sempre durante a detenção, com o escopo de aplicar técnicas de tratamento ressocializador, quando elas são requeridas e aceitas pelo próprio condenado.

A utilização da criminologia no momento do juízo penal encontrou concreta atua-

ção em muitos países por meio de várias fórmulas: realização de perícia psicológica ou criminológica no acusado, somente por meio da reunião de elementos sobre o ambiente de vida, sobre a família, sobre os antecedentes, mediante pesquisa social ou outras fontes de informação. O escopo é obviamente fornecer ao magistrado que deve julgar, um conjunto de informações sobre o réu, a fim de que a sentença considere, com a contribuição de tais resultados, também os componentes subjetivos do caso concreto.

No nosso sistema judiciário, segundo o antigo Código de Processo Penal, as investigações sobre a personalidade do sujeito submetido a juízo – com exceção do caso do acusado doente mental – não podiam ser objeto de perícia em razão de uma precisa proibição legal.

Na verdade, o velho Código de Processo Penal, no art. 314, vetava expressamente a realização de perícias para estabelecer a habitualidade e a profissionalidade no crime, a tendência para delinquir, o caráter e a personalidade do acusado e, em geral, as qualidades psíquicas independentes das causas patológicas. Esse dispositivo suscitou, por décadas, grandes polêmicas porque a perícia sobre a personalidade do acusado era considerada irrenunciável pelo menos em relação a determinadas espécies de crimes e de sujeitos e a proibição parecia anacrônica a partir do momento que referida perícia já tinha se tornado prática habitual no exterior, em sistemas penais parecidos com o nosso. Com efeito, o entendimento então prevalente no pensamento processual-penalístico fazia crer que o juiz, não possuindo conhecimentos suficientes para a valoração da personalidade do acusado, não podia realizar uma efetiva individualização da pena. No projeto do novo Código de Processo Penal de 1978, posteriormente rejeitado, foi explicitamente prevista a perícia criminológica para valorar a personalidade e a periculosidade do acusado.

De acordo com o que anteriormente antecipamos, as teorias neoclássicas, atreladas à diminuição de credibilidade na aplicação das ciências humanas ao processo e a escolha da política criminal de privilegiar a fase da execução para a efetiva individualização das sanções, induziram o nosso legislador a reafirmar no novo Código de Processo Penal, quase com as mesmas palavras, a proibição anterior dispondo no seu art. 220: “Salvo quanto previsto ai fini dell’esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l’abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere o la personalità dell’imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche”. É assim confirmada a impossibilidade de exames periciais criminológicos no acusado, enquanto podem ser realizados, após a sentença, no condenado ou no sujeito que esteja submetido à medida de segurança.

Saliente-se que o art. 233 do CPP deixa um espaço para introduzir, também na fase processual, valorações pessoais sobre o acusado, sob a forma, no entanto, de parecer das partes (Ministério Público e partes privadas), mas tais verificações têm obviamente o peso de uma perícia disposta pelo juiz. De acordo com referido artigo, tem-se, na verdade que: “Quando non è stata disposta perizia, ciascuna parte può nominare, in numero non superiore a due, propri consulenti tecnici. Questi possono esporre al giudice il proprio parere, anche presentando memorie”: é, assim, pacífico que, na ampla gama dos pareceres, estão compreendidos também aqueles psicológicos ou criminológicos sobre a personalidade do acusado.

Para não deixar a impressão de que no momento do juízo não existe mais qualquer individualização da pena, deve-se recordar que a apreciação relativa à personalidade do acusado não é negada, mas é sempre claramente prevista, ainda que isso seja delegado exclusivamente ao juiz. São sem-

pre válidos os critérios, fixados no Código Penal, segundo os quais o julgador deve fazer referência para decidir o *quantum* da pena. Na prática, trata-se da valoração discricionária relativamente às circunstâncias objetivas e subjetivas, às circunstâncias agravantes e atenuantes, comuns e genéricas que comportam também apreciações sobre a personalidade do réu, valorações criminológicas e psicológicas em relação ao dolo, às razões de delinquir e às previsões da conduta futura: apreciações e valorações que o legislador quis que permanecessem, como no passado, reservadas à experiência e ao conhecimento comum do juiz, sem o intervento de técnicos.

Em particular, e mais precisamente, no Código Penal são fixados os critérios que devem guiar o magistrado no exercício do poder discricionário para a escolha entre o mínimo e o máximo da pena cominada, e que são os mesmos que devem ser utilizados para verificação da periculosidade social. Os critérios a serem utilizados são aqueles previstos pelo art. 133 do CP e compreendem dois campos de valoração: a gravidade do delito e a capacidade para delinquir.

A gravidade do delito é decorrente:

“1. da natureza, da espécie, dos meios, do objeto, do tempo, do lugar, e de cada outra modalidade de ação; 2. da gravidade do dano ou do perigo ocasionado à pessoa ofendida pelo crime; 3. da intensidade do dolo ou do grau da culpa”.

A capacidade para delinquir do culpado deve decorrer:

“1. dos motivos para delinquir e do caráter do réu; 2. dos antecedentes penais e judiciais e, em geral, da conduta e da vida do réu anteriormente ao crime; 3. da conduta contemporânea ou subsequente ao crime; 4. das condições de vida individual, familiar e social do réu”.

Como se depreende de uma atenta leitura do artigo, muitos destes critérios para individualizar a pena e para verificar a

periculosidade comportam de modo eletivo uma valoração criminológica do acusado e consistem em apreciações de natureza psicológica e criminológica, ainda que exclusivamente delegados ao juiz.

Ainda quanto à valoração pessoal do acusado, deve-se, ademais, assinalar que o novo Código de Processo Penal introduz a possibilidade de adquirir (art. 236): “Documenti relativi al giudizio sulla personalità, e cioè, tra gli altri (...) documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza”. Trata-se de fontes capazes, quando necessário, de fornecer elementos cognoscitivos de importante significado e que o juiz pode levar em consideração para a individualização da pena. Outrossim, em caso de reincidentes que já se submeteram a procedimentos perante o Juízo da Execução, a documentação anteriormente obtida também contém especificamente os resultados das pesquisas sociais e das observações da personalidade.

O momento aplicativo fundamental da criminologia é, no entanto, aquele que se realiza durante a execução da pena, no curso da qual se identificam duas diferentes funções: a do tratamento ressocializador e a da observação para fins institucionais realizada por um dever legal, assim como previsto pelo ordenamento penitenciário. Referida atividade é denominada no ordenamento observação científica da personalidade, e tem o escopo de fornecer um perfil da personalidade em uma perspectiva criminológica: perfil não tanto psicológico, quanto criminogenético, criminodinâmico e previsível; não se trata por isso somente de descrever a psicologia do condenado, mas também de indagar sobre as características individuais e sociais que tiveram relevo na escolha delituosa (criminogênese), sobre mecanismos interiores que levaram à prática do delito (criminodinâmica), e sobre perspectivas futuras. A observação será posteriormente utilizada pelo Juízo da Execução para estabele-

cer as modalidades de execução da pena, para a concessão ou não das medidas alternativas, ou de outros benefícios previstos pelo ordenamento penitenciário, e para a revogação, substituição ou confirmação das medidas de segurança.

Esta atividade criminológica representa uma das fontes cognoscitivas, se não a única, que os Juízes da Execução utilizam para deliberar a propósito. Por outro lado, o criminólogo intervém também na composição do Tribunal da Execução pois se trata de um órgão colegiado misto no qual, ao lado dos magistrados, operam com funções de juiz também peritos em criminologia e em outras ciências humanas.

Deve-se, finalmente, ressaltar que, nos termos do art. 220 do CPP italiano já anteriormente citado, pode ser determinada perícia sobre a personalidade e sobre a periculosidade do condenado ou internado para os fins da execução da pena ou da medida de segurança: este é um recurso utilizado, de fato, nos casos particularmente complexos, de difícil valoração, com documentação sobre personalidade carente ou ausente (sobre essa questão nos ocuparemos mais adiante).

A intervenção do criminólogo pode ainda ocorrer em um terceiro momento, quando, sempre no curso da execução da pena, ele se empenha para efetuar um tratamento ressocializador, tema este que aqui apenas acenamos, pois não é objeto do presente trabalho. É necessário, no entanto, evitar – ainda que anteriormente ressaltada a crise do mito do tratamento criminológico – incorrer no erro de desvalorizar completamente o tratamento de ressocialização nos condenados, realizado no período em que permanecem em cárcere.

O entendimento moderno é aquele ditado pelo conhecimento de que tais intervenções têm certamente grandes limites, que são tentativas capazes de fornecer resultados positivos somente quando exista, no sujeito, uma disponibilidade para ser ajudado a

resolver os próprios problemas de convivência social. É necessário, então, que o detento questione a validade da sua conduta passada, que proponha mudanças, e que busque suporte e ajuda para um projeto de vida futura de modo socialmente integrado. Ou então o tratamento pode ainda representar a ocasião oferecida para que o sujeito tenha a oportunidade de efetuar uma crítica reflexão sobre o seu passado. Pode finalmente também ser entendido somente como uma oferta de serviço, a fim de que, mais simplesmente, segundo uma perspectiva a médio prazo e certamente mais pragmática, possa fornecer um sustento psicológico àqueles que se encontram em um regime detentivo com o fim de superar eventual dificuldade ligada à restrição no contexto institucional.

#### 4. A observação criminológica

Todo momento de emprego da criminologia aplicada – seja naquele mais limitado da fase processual, seja, sobretudo, naquele bem mais amplo da fase da execução penal – requer necessariamente a observação criminológica. Ela é fundamental para formular o programa de tratamento como prevê o ordenamento penitenciário; para resolver os problemas de má adaptação carcerária; ou, finalmente, para fornecer as informações de que necessitam os Juízes da Execução para as suas decisões (denominadas “observações de personalidade”, efetuadas com o objetivo de informar ao juiz competente os elementos pessoais de conhecimento necessários para uma mais exauriente valoração dos sujeitos que apresentaram requerimentos para a concessão de medidas alternativas e/ou premiais).

Nos ocuparemos, em primeiro lugar, da observação de personalidade que acontece no interior dos institutos penitenciários, como previsto pelo ordenamento penitenciário, com o objetivo da formulação das “relações de síntese”, que complementam,

em relação aos elementos de valoração subjetiva e pessoal, os atos documentais de cada tipo que são submetidos ao julgamento do Tribunal ou do Juiz da Execução.

Em linhas gerais, a observação criminológica consubstancia-se em uma atividade de natureza diagnóstica que, em uma fase previsível ou prognóstica, tem o escopo de conhecer os traços da personalidade e as características sociais, para o significado que *psique* e ambiente tiveram em relação ao comportamento delituoso do indivíduo em exame. Não é, portanto, um simples exame psicológico, mas uma observação efetuada para evidenciar os fatores psico-ambientais que permitem a reconstrução criminogênese e criminodinâmica.

Uma vez que, como foi dito, a observação da personalidade para fins institucionais é aquela mais freqüente, nos ateremos inicialmente às características desta, apesar de entender que os aspectos metodológicos são substancialmente similares também nos outros âmbitos, onde compreendido está aquele relativo à mais completa perícia criminológica. A observação é realizada em cárcere por muitas pessoas com conhecimentos diversos: o educador, o assistente social e outros especialistas (em psicologia, criminologia clínica, psiquiatria, pedagogia, serviço social), ex. art. 80 do ordenamento penitenciário. As investigações são concretizadas posteriormente por meio de um juízo de *équipe*, em que participa também o diretor do instituto.

A observação pode esquematicamente distinguir-se em várias fases.

Momento fundamental é primeiramente a entrevista criminológica, ou seja, aquela relação que se instaura no curso do diálogo com o objetivo preciso de consentir ao perito aprofundar seu conhecimento sobre o condenado em relação ao qual deve expressar uma opinião.

Qualquer investigação que seja realizada para delinear um perfil de personalidade deverá sempre ter presente os esco-

pos para os quais ela deve ser realizada: por exemplo, uma entrevista poderá ser efetuada para avaliar a idoneidade de uma pessoa em relação a determinado trabalho, ou então a adoção de menores, ou ainda para submetê-la a uma psicoterapia etc.

A observação criminológica efetuada por meio de entrevistas tem como objetivo específico compreender os fatores que, num determinado sujeito, têm desempenhado um papel na gênese do delito, ou então na articulação de uma carreira criminal. A entrevista, portanto, tem como escopo evidenciar a criminogênese, ou seja, fornecer uma explicação sobre de que modo interagiram as características psicológicas do sujeito com as suas particulares experiências de vida, com os fatores sociais e ambientais, com as circunstâncias situacionais, para resultar na escolha criminosa. Trata-se, assim, de obter a compreensão e a explicação, não digamos das causas, mas do complexo de fatores que motivaram o delito.

Contextualmente, a entrevista visa também, quando possível e quando o caso requerer, a ilustrar a criminodinâmica, que tem como objetivo a compreensão do modo como foi praticado o crime ou desenvolveu-se todo o projeto de vida direcionado à delinquência: por “modo como” não se entende obviamente as modalidades materiais de prática de um ato, mas o entrelaçar das dinâmicas psicológicas e as suas interações nas motivações.

Outro traço distintivo da entrevista no âmbito criminológico, além do seu peculiar escopo, é representado pelo fato de que ela não é requerida pelo sujeito em observação, mas realizada para fins institucionais (tratamento “intramuros”) e/ou judiciário (tratamento “extramuros”). Isso acarreta comportamentos, cautelas, deontologia particulares por parte do criminólogo, que não se encontra diante de um cliente que dele se aproxima para satisfazer uma necessidade pessoal, mas está diante de um sujeito que ele deve compreender

e também valorar, por meio de uma atitude de particular objetividade e neutralidade. A investigação é realizada por específicas ordens judiciais e para fins de justiça, de modo que o observador não se una ao sujeito, como acontece, de outra sorte, no caso do acordo terapêutico. A particularidade da relação, a natureza essencialmente valorativa desta observação e o fato que dela podem derivar consequências relacionadas aos destinos penitenciários do observado, incidem sobre o comportamento deste último, que se encontra, também neste sentido, em uma situação bem diversa daquela terapêutica.

Em síntese, a entrevista criminológica é uma técnica de comunicação que se desenvolve em uma situação institucional, tendo como antecedente o crime cometido pelo entrevistado, e que tenha como escopo fornecer, a outros que tenham autoridade sobre ele, informações sobre a sua personalidade relacionada à gênese e à dinâmica do crime.

Quanto ao conteúdo das entrevistas, elas não têm preclusões: essencial será, em cada caso, a reconstrução da história de vida, obviamente com particular atenção aos elementos que podem assumir relevância para os objetivos criminológicos. Assim, para citar alguns exemplos, interessam os antecedentes penais dos familiares, os processos de socialização e o tipo de educação recebida, a eventual desagregação familiar, as figuras de identificação, o *curriculum* de trabalho e a carreira criminal, os modos da integração ou da não integração social, as aspirações e os projetos e, em síntese, tudo que, no desenvolver da vida, pode ter tido algum significado em relação ao crime ou aos crimes praticados. Surge daí, portanto, a exigência por parte de quem conduz a entrevista de ter o conhecimento aprofundado da criminologia geral, e dos fatores pessoais e ambientais que favorecem a criminalidade.

A observação pode se utilizar, quando o caso assim requerer, além da entrevista,

também do emprego de testes de reação mental (eficazes e que reflitam a personalidade). Ainda que não seja sempre necessário, e, definitivamente de pouca utilização neste contexto, o emprego dos testes de reação mental pode representar uma contribuição eficaz para uma melhor compreensão do psiquismo do sujeito em exame, também se ele – como em qualquer outro âmbito clínico – não puder substituir a relação que se constitui com a comunicação direta. Os testes fornecem um instrumento ulterior de conhecimento, mas não são por si só capazes de cumprir as tarefas e os objetivos da observação criminológica.

Outra fase importante é a da pesquisa social, que compete aos assistentes do Serviço Social para Adultos (CSSA) do Ministério da Justiça. É uma investigação conduzida no ambiente habitual de vida do sujeito, obtendo informações – de acordo com o caso – dos familiares, de pessoas relacionadas com o seu *entourage*, ou mesmo de fontes públicas, de outros serviços sociais, de serviços assistenciais e sanitários, da vigilância urbana etc. A investigação é conduzida ademais para a análise da família, considerando os grupos habitualmente freqüentados pelo sujeito e as suas relações sociais externas. Emergirão desta pesquisa, a título de simples exemplificação, as condições econômicas, o estilo de vida familiar, os vínculos afetivos, a educação recebida, e as referências laborativas: em substância todas as informações relativas ao ambiente microsocial no qual vive e viveu o detento em exame e que podem interessar para a melhor compreensão do caso.

O exame comportamental descreve e analisa as modalidades de conduta que emergem do modo de se comportar em relação à disciplina carcerária, à autoridade, aos operadores e aos companheiros de detenção: relaciona-se com os papéis, os comportamentos de subordinação ou de líder, o modo de viver a solidariedade ou a fide-

lidade, a manutenção das relações com os familiares, a assiduidade no trabalho, o interesse nas atividades culturais e recreativas, o êxito das permissões e das licenças, as eventuais infrações cometidas em cárcere, a participação no processo de tratamento. Para tal exame é delegado o educador que representa atualmente uma figura chave na instituição carcerária: não é ele um assistente e nem mesmo desempenha papel de custódia, vive em contato cotidiano com os detentos e é o responsável pela organização de todas as atividades de socialização no âmbito da prisão, além de ser o intermediário das relações com o exterior e da mediação entre a autoridade e a comunidade dos reclusos.

Quase sempre torna-se necessário, para a melhor objetividade da observação, conhecer elementos importantes das experiências vividas pelo sujeito, que emergem dos dados documentais. Nesse sentido uma investigação precisa requer o confronto do *curriculum* criminoso, que resulta da folha de antecedentes criminais; às vezes é indispensável a sentença de condenação, ou os *dossiers* de anteriores observações criminológicas. Se a história de vida, como se dizia, é basilar para a valoração do caso, é necessário que ela se fundamente também em elementos objetivos, não sendo possível ater-se exclusivamente à reconstrução fornecida pelo sujeito em exame, porque é obvio e bem compreensível que ele tende a fornecer, a quem deve formular sobre ele um juízo precursor de consequências importantes, uma imagem positiva de si e não sempre, necessariamente, genuína, quando mesmo diretamente manipula-dora aos próprios fins.

## 5. Das observações “*intramuros*” à perícia criminológica

Diante de todo o exposto em relação à observação, que se pode definir rotineira, continuamente conduzida no interior do cárcere, pelo pessoal ali operante, pode-

mos passar agora para a temática relativa à perícia criminológica, instrumento certamente de utilização não frequente por parte dos Juizes da Execução, mas por vezes é requerido para os fins da valoração do tipo particular.

Efetivamente, para o exercício da própria atividade jurisdicional, o Juiz da Execução (limitadamente à matéria relativa aos benefícios e à revogação das medidas de segurança), e sobretudo o Tribunal da Execução (competente, por exemplo, em matéria de concessão e revogação das medidas alternativas à detenção), se utilizam geralmente, no que concerne à valoração da personalidade do indivíduo, da documentação que provém do cárcere (relações de síntese,<sup>1</sup> notas comportamentais, relações disciplinares, pesquisa social etc.), além de qualquer outro ato ou documento idôneo a aprofundar o conhecimento do caso em questão (condenação em execução, dispositivo e motivações, informações da polícia, antecedentes criminais, eventuais processos em andamento, êxito de medidas alternativas já obtidas no curso das condenações anteriores etc).

A oportunidade de realização de uma perícia — ou seja, de um exame do caso realizado por um perito especialmente encarregado no curso do procedimento de execução, perito que ocupa uma posição de neutralidade e imparcialidade, no âmbito de uma função desenvolvida para o escopo de justiça explicitado nos quesitos que ele deverá responder — pode substancialmente distinguir-se nas hipóteses a seguir elencadas.

*Ausência de relação de síntese:* situação que se verifica nos casos de sujeitos

(1) A título exemplificativo, neste trabalho será juntada uma cópia de avaliação de personalidade referente a um caso concreto, sucessivamente objeto de perícia criminológica, o qual elaborado será juntado, com o intuito de fornecer um panorama casuístico, em tema de observação criminológica e de prognose comportamental, mais completo possível.

que, no momento do pedido de um benefício, se encontram em regime de liberdade e em relação aos quais portanto não será possível efetuar a observação pessoal em cárcere. Não será para todos esses indivíduos será requerida a perícia criminológica, sendo suficiente na maioria dos casos, para se obter a formulação de um juízo, os dados comportamentais relativos ao tempo transcorrido em liberdade, a inexistência de novas denúncias, as indicações provenientes da polícia judiciária e de outras fontes documentais, além de eventual pesquisa social promovida pelo Tribunal da Execução.

*Relação de personalidade lacunosa ou contraditória* que não pode suportar de modo adequado uma valoração prognóstica e nem mesmo uma indicação do tratamento.

*Tipos especificamente complexos*, em geral correlatas a condenações por crimes graves, nos quais os aspectos de personalidade, emotivos, afetivos, ou as conotações de perversão, de carência dos aparatos de controle da agressividade, da compulsão (neste propósito podemos citar, a título exemplificativo, homicídios de ímpeto e os crimes sexuais), induzem o órgão judiciário a aprofundar o conhecimento do psiquismo do sujeito, com particular referência às áreas principalmente conflituosas, perturbadas e desarmônicas eventualmente presentes.

No âmbito desse leque de possibilidades, ressalte-se ainda como o recurso ao instrumento pericial é reduzido e, antecipando o que será a seguir discutido de modo mais amplo, na maioria das vezes, motivado pelo desejo do juiz de encontrar uma solução “técnica” para casos de particular complexidade e fragilidade, no convencimento de que as ciências humanas são capazes de solucionar de maneira “científica” o que mais escapa da compreensão comum e da usual interpretação discricionária.

Deixando de lado algumas reflexões sobre o limite das ciências humanas – e neste contexto em particular da criminologia e da psicologia – ao sugerir valorações diagnósticas e prognósticas dotadas de objetividade e certeza, nos atemos agora aos aspectos metodológicos e à criteriologia adotada para obter, pelo menos no plano formal e da motivação, resultados os mais rigorosos e documentados possível.

### 5.1 Criteriologia

Quando se considerar o comportamento individual, normal ou patológico, que será submetido a uma motivação sistemática, faz-se necessário proceder a uma análise do caso sob o perfil de personalidade de natureza plurifatorial. Isso pode ser examinado utilizando a seguinte criteriologia:

- formular uma valoração psicológica e, quando necessário, um diagnóstico psicopatológico (mas muito raramente posto em evidência na casuística que aqui nos ocupamos), em relação à estrutura da personalidade;

- descrever e analisar os eventuais distúrbios psicopatológicos;

- valorar a tipologia do crime em questão, em relação ao envolvimento e à motivação para delinquir do sujeito, sobretudo considerando os aspectos relativos a uma eventual escolha de projeto de vida criminosa, ou ao cometimento de crimes com conotações de perversão, ou ainda à prática de crimes que pelas suas características de singularidade de contexto sejam, não somente primários, mas também considerados únicos;

- analisar quais as modalidades pelas quais o comportamento delituoso praticado pelo sujeito possa estar correlato com os aspectos salientes do seu psiquismo, seja segundo uma dimensão psicopatológica (quando evidenciado um quadro de tal natureza), ou tipicamente estrutural (criminogênese);

- examinar as modalidades da prática do crime e valorar como essas se relacionam ao psiquismo do sujeito (criminodinâmica);

- analisar, segundo uma perspectiva pragmática de “custos-benefícios”, qual é o interesse prevalente no sujeito em relação à eventual concessão de uma medida premial;

- não ignorar, para se obter uma valoração no máximo fundamentada em elementos probatórios, as aquisições e uma atenta leitura de toda a documentação (processual, da polícia judiciária, dos antecedentes penais, penitenciária etc.) relativa ao caso em espécie.

Tudo isso para o objetivo de poder oferecer um quadro, o mais exaustivo possível, do perfil psicológico do sujeito, com o objetivo de conhecer “quais são os antecedentes e as cadeias de reforço e de manutenção de determinados comportamentos seus”,<sup>2</sup> buscando, assim, compreender quando, com quem, por quais razões, em quais circunstâncias, com quais experiências de vida aquele sujeito praticou determinado crime que o conduziu à observação pericial (fase diagnóstica). Por meio dos elementos de valoração obtidos, será possível formular um juízo previsível (fase prognóstica) em termos de:

- verificação da subsistência ou não da periculosidade social, com o objetivo de tutelar a coletividade em relação ao risco de libertar sujeitos não confiáveis do ponto de vista da probabilidade da reincidência;

- no caso de parecer favorável relativamente ao ponto anterior, valoração no interesse do sujeito, secundária – naturalmente – em relação ao interesse da coletividade, no que concerne às mais oportunas medidas premiais que podem beneficiá-lo.

## 5.2 Metodologia

Devemos, preliminarmente, precisar que o perito nomeado pelo Tribunal da Execução terá a oportunidade de examinar – diferentemente dos peritos que desenvolvem sua atividade no interior dos institutos penitenciários – um conjunto de documentos muito amplo em razão da leitura dos autos do processo, que contém atos requeridos pelo Tribunal, com o objetivo de adquirir o maior número possível de elementos de valoração. Assim sendo, ressaltamos que, assim como na perícia psiquiátrica, também na perícia criminológica é preponderante a necessidade de uma metodologia rigorosa “que permita motivar de modo adequado e convincente as conclusões do perito”.<sup>3</sup>

Como observa Fornari (1997), em relação à perícia psiquiátrica, de qualquer modo aplicável ao nosso campo de investigações, o procedimento do perito pode ser delineado assim como a seguir descrito.

### a) Exame dos atos

No caso da perícia criminológica, a análise dos atos deverá concentrar-se sobre os seguintes elementos:

- sentença atualmente em execução (com leitura do dispositivo e das motivações de fato e de direito), pena residual para que o sujeito seja posto em liberdade;

- comportamento carcerário e eventuais presenças de faltas disciplinares;

- eventuais concessões de medidas alternativas e andamento delas;

- concessão de permissões, prêmios e licenças, admissão ao trabalho externo e o respectivo andamento;

- antecedentes criminais;

- eventuais processos em andamento;

(2) FORNARI U. *Trattato di psichiatria forense*. Torino: UTET. (...), p. 242.

(3) FORNARI U. Op. cit., p. 245.

- informações da Polícia Judiciária sobre a conduta do sujeito em liberdade;

- avaliação da personalidade do periciando realizada pela *équipe* de observação e tratamento no interior do instituto penitenciário;

- pesquisa social efetuada pelo Centro de Serviço Social para Adultos no ambiente a que pertence o sujeito;

- informações, também da Polícia, sobre a efetividade da atividade laborativa proposta pelo periciando para a concessão de uma medida alternativa;

- ficha médica e outra documentação referente à saúde, quando o sujeito for vítima de distúrbios psíquicos, toxicodependente ou alcooldependente;

- qualquer outra documentação referente à saúde poderá ser produzida e depois juntada aos atos pelo próprio periciando durante a realização da perícia, ou poderá ser requerida pelo perito no exercício das próprias funções aos entes competentes.

b) *Exame do periciando*, que deverá ser efetuado nos seguintes momentos:

- *anamneses* familiar e pessoal, a ser obtida por meio da história do sujeito na ordem da sua própria biografia, com o objetivo de se obter informações sobre os primeiros anos de vida e da infância, a família, as relações no interior familiar, o grau de escolaridade, as relações afetivo-sentimentais, as escolhas profissionais, aquelas ilegais e criminosas, a utilização do tempo livre, a condenação na execução, e assim por diante;

- exame objetivo e psíquico, que deverá estar focalizado, além de centrado nas diversas funções psíquicas (comportamento, expressão, mímica, pensamento, percepção, alteração de humor etc), também na valoração do modo de se manifestar, em relação às experiências relacionadas ao crime e à prisão, na presença de sentimentos de culpa, na introspecção dos valores

normativos, nos processos de responsabilidade ou de irresponsabilidade, no investimento realizado em relação ao benefício requerido, nas perspectivas para o futuro, na presença e intensidade dos laços familiares, ou de outras pessoas afetivamente importantes; particular atenção deverá ser despendida na valoração da capacidade do sujeito de julgar de modo racional e crítico vantagens e riscos conexos à eventual concessão de uma medida premial (custos-benefícios);

- exame por meio de testes, que geralmente vale-se de testes que revelam a personalidade: na maioria das vezes, será suficiente a aplicação do teste de Rorschach, mas em outras ocasiões será requerido, para as características mais complexas do caso objeto de análise, a submissão do periciando a uma série de testes de reação mental, compreendidos os testes de eficiência (por exemplo, a *Wechsler Adult Intelligence Scale*) e outros testes de personalidade (ORT, TAT, MMPI etc.).

### 5.3 Considerações clínico-criminológicas

Com o objetivo de adquirir elementos documentais e subjetivos, que até esse momento no âmbito da relação pericial foram expostos somente de modo descritivo, sem nunca ser analisado sob o perfil clínico, o caso poderá ser objeto de valoração diagnóstica, com o escopo de fornecer uma documentada resposta aos quesitos.<sup>4</sup>

(4) Entendemos oportuno, neste ponto, fazer referência integral a alguns exemplos de quesitos formulados pelo Tribunal de Execução:

1) "Diga o perito, examinados os atos e realizadas todas as verificações necessárias, quais são as características da personalidade do réu, as causas individuais da sua conduta criminosa, os fatos anormais ou patológicos da sua personalidade e/ou os fatores sociais que mais diretamente interferem na criminogênese. Forneça ademais o

Insistimos desde já sobre a necessidade, que a seguir será argumentada, de que seja precisa a motivação do perito, podendo-se valer de tudo o que existiu durante a realização do exame, de modo que, progressivamente, com base nas várias considerações lógicas, entre aquelas inequívocas e consequenciais, poderá demonstrar, de modo compreensível também para o Juiz, o percurso que o conduziu às respostas. Nunca essas últimas deverão, portanto, ser apresentadas sem fundamentação, sem a base material e a discussão dos elementos utilizados na valoração e no convencimento pericial, caso contrário, será inviável que a relação seja submetida ao juízo dos magistrados e será somente um ato de fé por parte destes últimos.<sup>5</sup>

perito um juízo em relação à probabilidade de reincidência do condenado e individualize, quando possível, qual tratamento social-médico-psicológico é no caso idôneo”.

2) “Diga o perito, examinados os atos e realizadas as oportunas verificações periciais, quais são as atuais condições psicológicas do sujeito, em relação a uma prognose psicológica”.

3) “Diga o perito, examinados os atos e realizadas as oportunas verificações periciais, quais hipóteses de tratamento, com particular referência a medidas alternativas à detenção, seja para a estrutura da personalidade do condenado, seja para os tipos e as modalidades de prática do crime, são idôneas para favorecer a sua reeducação e assegurar a prevenção do perigo de outros crimes”.

4) “O perito, examinado o condenado e tendo levado em consideração os resultados processuais, quando compreendidos aqueles referentes à observação e ao programa realizado, diga quais carências são atribuídas ao crime praticado; como o sujeito viveu suas experiências; se existe disponibilidade efetiva para colaborar com o tratamento e para usufruir dos intervenos e quais seriam eles; em particular se o condenado é idôneo, e com quais cautelas e modalidades, para ser sujeito passivo de medidas alternativas à detenção e quais seriam elas”.

(5) Que não é inútil lembrar, são os *peritus peritorum*.

Assim sendo, as considerações criminológicas deveriam iniciar por meio de um breve *excursus* sistemático dos diversos elementos e dados extraídos dos resultados (documentais, anamnésicos, objetivos e decorrentes dos testes), com o objetivo de oferecer um quadro sintético e resumido do tipo objeto de investigação, ressaltando os aspectos mais específicos e significativos. Por meio dessa análise terá início a discussão do caso que deverá sempre estar fundamentada em uma leitura abrangente e multifatorial, no sentido de que nunca se deverá privilegiar um ou outro fator — seja de natureza biográfica, psicodiagnóstica — que possa parecer determinante para os fins da valoração criminológica. O procedimento deverá seguir um esquema de valoração que leve em consideração todos os elementos de juízo e nunca, em particular, deverá ser conferido valor determinante aos resultados anamnésicos, ou àqueles decorrentes do exame objetivo, ou ainda àqueles decorrentes dos testes.

Todos os elementos de natureza subjetiva deverão a seguir ser confrontados com os elementos documentais, que são dotados de um grau de objetividade capaz de construir as circunstâncias para a valoração final.

Em outras palavras, aquilo que se extrai das declarações do periciando (parte diretamente interessada e, assim, considerada em uma posição facilmente manipuladora), assim como os resultados do exame objetivo em relação às experiências de vida, fantasias e projetos de vida (pelas mesmas razões), e também os elementos provenientes da subministração de testes de reação mental (para os limites intrínsecos, e bem conhecidos, de referidas técnicas de investigação), por si só, não poderão nunca constituir o único fundamento da valoração conclusiva do perito criminólogo.

Tudo isso adquirirá valor e credibilidade somente quando for confrontado com os elementos comportamentais, atestados nas documentações dos atos, além de qualquer

outro certificado oficial dotado de objetiva credibilidade. Se, por exemplo, é descrito, entre outros, o perfil dos “custos-benefícios”, ou seja uma valoração que leve em consideração o interesse do sujeito de manter-se “na linha” durante a eventual medida premial, resta evidente que o que foi sustentado em relação a ele, em termos afirmativos e de total disponibilidade para seguir toda prescrição, por mais onerosa que seja, poderia perder em grande parte, se não totalmente o valor quando constasse dos antecedentes penais a revogação de uma medida alternativa obtida no curso de uma condenação anterior à pena detentiva. Importante ressaltar, para evitar o risco de que sejam proferidos pareceres prejudiciais, que tudo que foi afirmado não exclui todavia a possibilidade de que a pessoa em relação a qual foi revogada uma medida seja beneficiada com a concessão de outra, ainda que se considere essa circunstância no juízo final: juízo este, ressalte-se mais uma vez, que deverá fundamentar-se no conjunto complexo e coordenado de todos os elementos obtidos no curso da verificação e, o caso assinalado referente à revogação de uma medida anteriormente concedida deve ser aqui considerado exclusivamente a título exemplificativo.

Exame cruzado e comparativo, portanto, de todos os elementos que estiverem em poder do perito, além de contínua motivação de toda afirmação formulada e da formação do convencimento que constituirá a resposta aos quesitos formulados pelo juiz: este é o caminho que unicamente poderá conduzir a uma valoração – ainda que com os amplos limites de discricionariedade típicos da psicologia e da criminologia clínica – o máximo possível fundamentada no plano técnico-científico para uma mais fácil e crítica leitura por parte dos magistrados requerentes.

## 6. Notas conclusivas

Concluída a exposição do quadro histórico-comparado, da análise teórica e da

dimensão pragmática e executiva da criminologia aplicada, com especial atenção à observação da personalidade e da perícia criminológica, nossa intenção ao final deste trabalho é analisar alguns aspectos da ampla temática objeto de discussão que consideramos dignos de atenção e de um maior aprofundamento crítico.

A perícia criminológica na Itália é, como vimos, um instrumento e, para a sua utilização, foram criados pelo legislador parâmetros normativos bem precisos que limitam sua aplicação somente à fase executiva da pena. A perícia, ademais, é requerida raramente, na prática, nos casos em que existe necessidade de maiores detalhes sobre os aspectos da personalidade e subjetivos do caso concreto.<sup>6</sup>

Em outras palavras, nos casos em que muitas questões controvertidas antecedem a decisão do juiz, o recurso às ciências humanas e ao instrumento judiciário mais significativo e completo para esse fim, representa um ponto de referência essencial para se chegar, em termos técnico-científicos, à melhor solução do caso.

Com isso, não se quer negar que a contribuição da psicologia e da criminologia clínica não é determinante para obter um retrato mais preciso e detalhado dos aspectos psíquicos e da personalidade, mas a contribuição deveria permanecer, sobretudo, no âmbito descritivo, com o intuito de apresentar ao juiz um maior número de elementos de valoração tecnicamente fundamentados.

Nesse sentido também deveria ser lida a resposta aos quesitos, de modo crítico e consciente das naturais limitações características das ciências humanas: uma hipótese é descrever e fornecer respostas documentadas e motivadas cientificamente, outra hipótese é conferir às respostas do “perito” um valor “mágico” que solucione totalmente os casos mais difíceis e controvertidos.

<sup>(6)</sup> Vide p. 48.

As ciências humanas não são, na verdade, capazes de conferir “certezas” ao mundo do direito, e se isso vale para a psiquiatria e, especialmente, para a psiquiatria forense no tocante, por exemplo, à questão da imputabilidade, com mais razão se impõe em relação à psicologia e à criminologia clínica, quando os diagnósticos metodológicos e previsíveis são talvez ainda mais incertos.

Se, na hipótese do juízo da imputabilidade, é sempre possível basear-se em parâmetros da sanidade-doença e nas técnicas de investigação psiquiátrica, que no sintoma patológico encontram, em cada caso, um ponto de referência para decifrar o prognóstico comportamental, no âmbito da valoração de periculosidade, realizada para eventual concessão de uma medida alternativa, a atenção deverá ser exclusiva aos instrumentos psicodiagnósticos, com as notórias margens de aleatoriedade que os caracterizam. E é justamente por tal razão que tanto se insistiu anteriormente na necessidade de motivação precisa das próprias afirmações e, sobretudo, de fundamentá-las sempre nos diagnósticos documentados juntados aos atos.

Nesse sentido, ressaltamos ainda a importância dos elementos comportamentais que culminam na construção do elemento de valoração irrenunciável para o significado histórico-objetivo a eles conexo, enquanto que, ao mesmo tempo, entendemos oportuno salientar como as interpretações de tipo psicodinâmico, ainda que dotadas e suscetíveis de relevante interesse no plano do mero conhecimento clínico, devem necessariamente permanecer excluídas da discussão criminológica e prognóstica para fins judiciais, em razão de não ser possível a sua verificação empírica.

Tudo isso exposto, faz-se mister ressaltar os limites de discricionariedade naturalmente conexos às verificações clínico-criminológicas – assim como às verificações psiquiátrico-forenses –, discriciona-

riedade fundamentada em posições doutrinárias e, então, tecnicamente passíveis de motivação, reunindo posições mais ou menos restritivas em relação à discussão do caso concreto. Referida discricionariedade poderia comportar valorações diversas por parte dos diferentes peritos, mas, no momento em que estes chegam, com rigor metodológico, às diversas conclusões devem estar adequadamente sustentadas no plano técnico, e assim tornar-se objeto da valoração discricionária, agora não mais de natureza técnica, típica do juiz.

Sempre em relação às observações até então expostas sobre a perícia criminológica e, sobretudo, mantendo uma posição conceitual bem distante daquela que a considera instrumento “mágico” e “certo”, certamente os espaços para a utilização desse método de investigação na fase de execução da pena permanecem abertos e também passíveis de ampliação. Contudo, será sempre necessário manter um comportamento crítico e também a ciência da possibilidade de se deparar com tipos completamente imponderáveis e imprevisíveis – quando uma valoração prognóstica favorável for contrariada pela prática de crimes de extrema gravidade – ligada à parte inexplorada que existe em cada um de nós – na medida em que somos seres dotados de capacidade de autodeterminação –, que constituem os denominados casos “impossíveis”. Concluindo, casos que, vale a pena lembrar, representam simples exceções em relação ao desenvolvimento das prognoses comportamentais, que as fontes estatísticas<sup>7</sup> demonstram ser suficientemente fidedignas.

### Bibliografia

CANEPA G., LOMI A., MARUGO M.I. (a cura di). *La formazione del criminologo*. Padova : CEDAM. 1990.

(7) Os últimos dados ISTAT publicados (1998), referentes ao ano de 1996, fornecem as se-

- CANEPA M., MERLO S. *Manuale di diritto penitenziario*. Milano : Giuffrè. 1993.
- DE LEO G. (a cura di) *Lo psicologo criminologo*. Milano : Giuffrè. 1989.
- FORNARI U. *Trattato di psichiatria forense*. Torino : UTET. 1997.
- MERZAGORA I. *Il colloquio criminologico*. Milano : Unicopli. 1987.
- PISAPIA G. *Manuale operativo di criminologia*. Padova : CEDAM. 1995.
- PONTI G. *Compendio di criminologia*. Milano : Raffaello Cortina Editore. 1999.
- PONTI G., MERZAGORA I. *Psichiatria e giustizia*. Milano : Raffaello Cortina Editore. 1993.
- SERRA C., *Psicologia penitenziaria – Sviluppo storico e contrasti psicologico-sociali e clinici*. Milano : Giuffrè. 1999.

guintes cifras em relação ao juízo que concerne às instâncias de concessão das medidas alternativas:

|                          | Concedidas | Indeferidas | Revogadas | % Revogação |
|--------------------------|------------|-------------|-----------|-------------|
| Confiança nas provas     | 10.121     | 15.293      | 1.105     | (10,91)     |
| Confiança em casos part. | 3.500      | 3.804       | 470       | (13,42)     |
| Semi-aberto              | 2.453      | 4.995       | 484       | (19,73)     |
| Prisão domiciliar        | 1.365      | 3.798       | 163       | (11,94)     |
| Livramento condicional   | 24.506     | 8.951       | 146       | (0,59)      |

Vale lembrar, também, como a maior parte das revogações decorrentes de simples transgressões de regras, como a proibição de frequentar lugares públicos à noite, o deslocar-se para lugares além dos limites territoriais. O atraso no retorno à prisão à noite, para os que estão em regime semi-aberto, a prática de crimes considerados “leves”, terem os toxico-dependentes em tratamento se utilizado de drogas, e assim por diante. A prática de crimes graves, que causam efetivo alarme social em razão das características de grande periculosidade – ainda que muito referidos pela mídia, e assim bem conhecidos pela coletividade, não obstante serem exíguos os casos – deve ser considerada no todo excepcional.

# 1. DOCTRINA INTERNACIONAL

---

## 1.4

### LA CULPABILIDAD EN EL SIGLO XXI\*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

SUMARIO: 1. La destrucción del derecho penal liberal o de garantías – 2. La situación actual – 3. La difícil situación del penalismo finisecular – 4. El desafío para el derecho penal venidero – 5. El panorama del debate sobre la culpabilidad como signo de una crisis de disolución discursiva – 6. La culpabilidad en su versión vigente más tradicional – 7. Una culpabilidad a la medida de la prevención general negativa – 8. El abandono de la culpabilidad – 9. La culpabilidad como límite a la prevención especial – 10. La culpabilidad a la medida de la prevención general positiva – 11. Balance: “la culpabilidad” como “no culpabilidad” – 12. El abandono de la culpabilidad de acto por su escasa capacidad legitimante – 13. La disyuntiva de la culpabilidad – 14. Pena conforme a culpabilidad de acto no es pena “justa”, sino la menos injusta – 15. La propuesta de una culpabilidad por la vulnerabilidad – 16. ¿Por qué la culpabilidad por el acto no puede fundar la pena? – 17. Los mínimos de las escalas penales superiores a la pena indicada por la culpabilidad por el acto – 18. Conclusión – 19. Notas.

#### 1. La destrucción del derecho penal liberal o de garantías

Los penalistas liberales de la primera mitad del siglo XIX trataron de construir un derecho penal de acto, como correspondía a su visión del mundo. Establecida la burguesía en el poder en la segunda mitad del siglo pasado, comenzó una tarea de verdadera destrucción del derecho penal liberal,<sup>1</sup> que alcanzó su máxima expresión autoritaria con el peligrosismo, penetrando en este siglo con esta versión y con la variante espiritualizada del tipo de autor (*Tätertyp*) y de la culpabilidad de autor (*Täterschuld*).<sup>2</sup>

Por debajo de todos los debates y matices que oscurecen la visión de fondo, las múltiples y contradictorias teorías que se mueven vertiginosamente no hacen más que enturbiar las aguas y ocultar un profundo *Talweg* o cauce divisorio de aguas profundas, que separa al derecho penal liberal,

garantista o de acto, del derecho penal autoritario, ilimitado o de autor.

Las dos concepciones básicas que se enfrentan corresponden a dos diferentes concepciones de la sociedad, del estado y del poder punitivo. El derecho penal liberal concibe una sociedad de hombres que eligen su vida, que existen y a los que se les prohíben ciertos actos, cuya realización es la única que justifica el ejercicio del poder punitivo en la estricta medida de la imputación objetiva y subjetiva del acto. Las distintas versiones del derecho penal autoritario conciben a la sociedad como una estructura de hombres que sólo pueden elegir su vida – existir – dentro del marco de las opciones que les permite una superopción que es de carácter social y a los que se les prohíben todas las demás formas de vida o elecciones existenciales, siendo los actos prohibidos meros síntomas de estas elecciones o formas de vivir, de existir o de ser prohibidas.

En cuanto a la justificación del derecho penal autoritario, ha habido dos grandes vías racionalizadoras: una que corre por cuenta del positivismo evolucionista (Spencer, Darwin, Haeckel, Moleschott, Lombroso y Ferri), en tanto que la otra lo hace por la de una “deglución penal” muy particular de elementos de la ética aristotélica. Por vía del positivismo se inventa el estado peligroso y por la aristotélica un estado de pecado penal.<sup>3</sup> El positivismo realizó su labor de destrucción del derecho penal liberal reemplazando a la culpabilidad por la peligrosidad, en tanto que el espiritismo la reemplazó por el reproche a una vida o existencia prohibida. Para cualquiera de ambos la prohibición se degradó a síntoma de un estado, de modo que su individualización estricta perdió importancia, dado que lo prioritario era el estado (de peligro o de pecado). En el plano procesal, la relativización de la importancia de la precisión individualizadora del hecho llevó a la necesaria relativización del principio acusatorio, con su delimitación clara del objeto procesal y, por ende, fomentó un fortalecimiento del principio inquisitorio, o sea, que fue propicio al retroceso del proceso penal garantizador, con nítida división de las tres funciones, y al avance de la concentración de estas funciones en un único órgano estatal.

## 2. La situación actual

Prácticamente a lo largo de todo el siglo XX se siguió viviendo esta lucha entre el derecho penal liberal y el derecho penal autoritario. Los *Tätertypen* se reprodujeron, tales como “reincidentes”, “habituales”, “enemigos del pueblo”, “enemigos de la nación”, “parásitos”, “enemigos del proletariado”, “subversivos”, “drogadictos” etc. Al amparo del *Tätertyp* de turno avanzaron las distintas versiones del derecho penal autoritario, que oportunamente retrocedieron para volver luego a la carga con otro *Tätertyp*.

Estamos viviendo el último cuarto del siglo bajo el signo de una gravísima parcialización del conocimiento. Por un lado, continúa la lucha entre ambas tendencias en base a diversos argumentos, que entroncan con los ejes reseñados. Por otro, las ciencias sociales nos están demostrando que el discurso jurídico-penal se elabora sobre ilusiones y alucinaciones, que estas ciencias desmienten rotundamente. Esto significa que las discusiones jurídico-penales se desarrollan sobre la base de argumentos que en el plano de la realidad social son falsos. Algunos – la mayoría – parecen preterir ignorar directamente los datos de la realidad, en tanto que otros – pocos – parecen desconcertados y en búsqueda de alguna explicación.

## 3. La difícil situación del penalismo finisecular

Estas son las condiciones bajo las cuales damos comienzo a la última década del siglo XX: con las embestidas de nuevas versiones (o caretas) del viejo derecho penal autoritario y argumentando con datos falsos acerca de la realidad.

Nos percatamos de que el poder punitivo no pasa sino ínfimamente por nuestras manos jurídicas, siendo ejercido en su parte troncal por las agencias ejecutivas, policiales y políticas. Vemos que hemos construido un discurso de justificación de nuestra propia reducción de poder jurídico; que el poder punitivo no previene conflictos ni los resuelve, sino que los multiplica; que ese poder extrae a los conflictos de su contexto y los oculta y complica; somos conscientes de que este poder causa un altísimo número de muertes y que reimplanta la tortura; sabemos que condiciona conductas criminales en lugar de prevenirlas; conocemos sobradamente que su máxima expresión, que es la prisonización o enjaulamiento de personas en instituciones totales<sup>4</sup> o de secuestro<sup>5</sup> se ejerce sobre los sectores más carenciados

de nuestras poblaciones y con selectividad clasista y racista; sabemos que la estructura de filtro selectivo del ejercicio de poder penal se burla de nuestro principio de igualdad; tenemos clara idea de que ese ejercicio de poder no cuida ni siquiera mínimamente nuestro pretendido principio de legalidad ninguna de sus manifestaciones. Aunque nos resistamos a admitirlo, la mala conciencia nos dice que la pena no cumple ninguna de las funciones preventivas que se le atribuyen ni puede cumplirla. Así llegamos al siglo XXI, enredados en un discurso que debemos defender sólo porque es mejor que nada.

Por cierto que no es nada lúcido el papel intelectual del penalismo finisecular: comprometido con un ejercicio de poder cuestionado y deslegitimado, o tratando de contener ese ejercicio de poder con un discurso que sabe que es falso y con la consiguiente mala conciencia.<sup>6</sup>

#### **4. El desafío para el derecho penal venidero**

Sólo un rápido giro discursivo puede llevarnos hacia el camino que nos evite el ridículo ante el siglo que ya viene y que proporcione a éste la pista de una salida. El ejercicio de poder punitivo no es más que eso: mero ejercicio de poder repartido entre muchas agencias o corporaciones. Nuestro poder jurídico, muy limitado, también lo es. No nos incumbe la tarea de justificar el ejercicio del poder de las otras agencias, sino de ampliar el de las nuestras (jurídicas) y usarlo para hacer descender los niveles de violencia de todo el ejercicio del poder punitivo.

Sobre esta base nos enfrentamos a la tarea de reconstruir el discurso jurídico-penal por analogía con el discurso del derecho humanitario. Creemos que es correcto partir de la premisa de que tanto la guerra como el ejercicio del poder punitivo, son ejercicios del poder deslegitima-

das, frente a los cuales el limitado poder jurídico debe operar tratando de ampliar su ámbito y conteniendo su violencia.

En el plano de la teoría del delito ¿cuál sería la táctica discursiva más adecuada a este fin? En principio, sin duda que los es la recuperación más plena posible del derecho penal liberal de garantías, no porque sea verdad su fundamento sobre la metáfora o ficción del contrato o de la guerra de todos contra todos, sino porque tiende a un control mucho mayor de la violencia del poder, su intolerancia a la irracionalidad de ese ejercicio es mucho mayor y por ende más limitativo de la violencia. Dentro de las pautas del discurso jurídico-penal de garantías, la decisión de los pocos casos que el poder punitivo selecciona y somete a la decisión de las agencias jurídicas, es menos violenta y garantiza límites máximos de tolerancia de la irracionalidad.

Creemos que el desafío que tenemos por delante es la reconstrucción del derecho penal de garantías sobre esta base<sup>7</sup> o sobre cualquier otra que no intente la re-legitimación del poder punitivo.

#### **5. El panorama del debate sobre la culpabilidad como signo de una crisis de disolución discursiva**

En este marco debemos preguntarnos cuál será el futuro de la culpabilidad en el siglo que viene. Para ello, es conveniente que pasemos revista al panorama actual del debate acerca de la culpabilidad, dentro de los discursos jurídicos que legitiman el ejercicio del poder punitivo, puesto que la crisis de esos discursos viene acentuándose en las últimas décadas y, a nuestro juicio, la gama de opiniones heterogéneas e incompatibles en torno de la culpabilidad es uno de los signos más claros.

Se ha descartado la peligrosidad como fundamento de la pena y, con ella, la del derecho penal autoritario que se pretendió

fundar sobre ese concepto. La diferencia entre el derecho y un simple orden coactivo no parece poder asentarse sobre otra base que la concepción de la sociedad como conjunto de personas responsables.<sup>8</sup> El apartamiento de la peligrosidad no está reducido ya a una simple cuestión de derecho penal, sino que hace al fundamento mismo del derecho y, en último análisis, del discurso jurídico político constitucional y del consagrado en los instrumentos mundiales y regionales de Derechos Humanos. La antropología jushumanista y constitucional democrática en todas sus variables y la antropología peligrosista, son radicalmente incompatibles.

A partir de esto, se reitera que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad, como lo dice expresamente el parágrafo 46,1 del código alemán federal, el parágrafo 32,1 del austríaco y el artículo 72,1 del portugués, para no mencionar más que los últimos de Europa. Sin embargo, fuera de esta expresión verbal, el acuerdo parece terminar.

En efecto: para unos se trata de la "culpabilidad a secas", pero para otros hay allí un concepto de "culpabilidad de cuantificación penal" (*Strafzumessungsschuld*) diferente de la culpabilidad del delito<sup>9</sup>, lo cual, como se ha señalado, corre siempre el riesgo de convertirse en una culpabilidad de autor,<sup>10</sup> lo que algunos autores admiten expresamente por la vía de un concepto mixto de culpabilidad (de acto y de autor), especialmente en la versión de "culpabilidad por la conducción de la vida" (*Lebensführungsschuld*),<sup>11</sup> denominación que inventó Mezger en 1938<sup>12</sup> y que corresponde a la "culpabilidad por la decisión de la vida" (*Lebensentscheidungsschuld*) de Bockelmann en 1940.<sup>13</sup>

Por otra parte, en tanto que unos ven en la culpabilidad el fundamento de la pena la mayoría, otros prefieren ver en ella sólo un límite<sup>14</sup> y otros consideran que no sirve como límite ni como fundamento, por lo cual postulan su reemplazo.<sup>15</sup> Como puede

observarse, no hay siquiera un acuerdo mínimo acerca de qué es y para qué sirve, pese a la disposición legal.

Esto habla por sí mismo de la disolución doctrinaria del discurso jurídico-penal legitimante del poder punitivo. El desacuerdo general sobre la pena y su función (y con ello acerca de todo el discurso penal, que depende a esta base) no puede menos que reflejarse sobre lo que se supone que debe ser su criterio de cuantificación punitiva. Como bien lo señala Bruns, la expiación, la compensación de la culpabilidad, la retribución del injusto, la prevención especial en la forma positiva de la resocialización mediante el mejoramiento, la educación y la cura, y la negativa del encerramiento y la disuación, y la prevención general en la variante positiva del fortalecimiento de la conciencia de la antijuridicidad y la negativa de la disuación general de los otros autores potenciales, cada uno de estos fines de la pena no sólo posibilita, sino que exige una determinada pena y una consiguiente cuantificación.<sup>16</sup>

No se trata de desacuerdos de detalle, sino de desacuerdos básicos, que afectan los principios angulares en que se asienta o debe asentarse todo el edificio doctrinario: el fin de la pena, el del criterio cuantificador, el de la culpabilidad como engarce entre las teorías del delito y de la pena. Todo va dando la sensación de una necesidad cada vez más angustiante de racionalizar una práctica, sin acertar con el camino para hacerlo.

Procuraremos aproximarnos un poco más a estos caminos dispares y contradictorios.

## 6. La culpabilidad en su versión vigente mas tradicional

Muchos son los autores que defienden el concepto de culpabilidad más próximo al tradicional, fundado en la idea de hombre libre y responsable, como un dato de

realidad proveniente de los planos ético y moral.<sup>17</sup> Dentro de esta corriente pueden distinguirse varias versiones, pues en tanto que algunos se inclinan por una apertura hacia la culpabilidad de autor limitada,<sup>18</sup> otros construyen la culpabilidad en forma tradicional o de acto, algunos la fundamentan en una omisión del control de impulsos primarios<sup>19</sup> y otros se mantienen en los cánones clásicos de la elección libre.

En tanto que algunos piensan en la libertad de elección como un sentimiento subjetivo de libertad,<sup>20</sup> otros creen que esta libertad es un hecho, aunque se insiste en que para el derecho penal se trata de una "libertad relativa", afirmación que viene de antiguo y que se sigue repitiendo.<sup>21</sup>

La cuestión de la libertad "relativa" es la que ahora algunos vinculan con la tesis de la falta de respuestas o de control de los estímulos instintivos en el delincuente, que de este modo gozaría de una libertad "relativa" mayor que la del ciudadano "común",<sup>22</sup> lo que, sin duda, reflota los viejos conceptos del primitivo psicoanálisis criminal de Alexander y Staub.<sup>23</sup>

En líneas generales, se critica a esta tesis desde varios ángulos. En principio, se afirma que la libre determinación no es verificable empíricamente,<sup>24</sup> para lo cual se apela al criterio de verdad de las ciencias naturales, lo que otros niegan, tratando de hacer de la libertad una cuestión moral o metafísica. La mezcla de planos es harto elocuente, porque es obvio que la psicología puede llegar a informarnos acerca del posible catálogo de conductas de una persona en una circunstancia, pero no puede decir nada acerca de la libertad como concepto filosófico. No obstante, también es cierto que no se puede medir ni graduar un concepto filosófico y que lo único mensurable es el dato psicológico.

Partiendo de la aceptación de la libertad de decisión "relativa" se elaboraron los conceptos de "marco" y de "ámbito" de culpabilidad para graduar la pena, que

servirían para indicar un límite, pero que para muchos, que reafirman la imposibilidad de medición o la disparidad valorativa al respecto, no pasaría de ser un sofisma.<sup>25</sup> Se afirma así que la *Rahmenschuldstrafe* y la *Spielraumtheorie* no son teorizaciones con algunas fallas o carencias, sino que sirven para encubrir meras consideraciones preventivas,<sup>26</sup> lo que parece acertado: en la medida en que se hable de culpabilidad como límite y sea arbitrario el manejo que se haga de la culpabilidad, lo que queda es claro que son meras consideraciones preventivas formalmente amparadas por un concepto hueco, por una "no garantía", por un "no límite".

## 7. Una culpabilidad a la medida de la prevención general negativa

Para evitar los inconvenientes de cuantificación del ámbito de libertad y de los problemas filosóficos que genera el concepto, es decir, para quitar del medio tanto a la psicología como a la filosofía, se intenta apelar a una "libertad para el derecho penal" construida más o menos expresamente sobre la idea de un "hombre normal"<sup>27</sup> a partir del concepto *preventivo general* de la pena. Se dice, por ejemplo, que "las penas estatales presuponen para su capacidad preventivo-general sólo que los hechos con los que se vinculan puedan entenderse como ejemplos de conducta defectuosa".<sup>28</sup>

Esta posición no es otra cosa que el primer paso hacia la "normativización" del contenido del concepto de culpabilidad. No se trata de la normativización de la culpabilidad — que data de 1907, cuando Frank redescubrió a Aristóteles —, sino de la normativización de su contenido; no sabemos si el hombre es libre y responsable, pero hay una libertad "penal", construida sobre la base de un hombre "normal" desarrollado y sano, construida a la medida de la prevención general.

Esta normativización del contenido de la culpabilidad a la medida de la prevención general choca con las objeciones que pueden formularse a la prevención general, o sea, que no se sabe si existe y, en caso de existir, *nadie puede medir su magnitud*, o sea que, trabajando sobre un concepto con contenido normativizado (una creación jurídica, que sería la propia prevención general se gradúa la pena mediante otro concepto normativizado (que sería la culpabilidad) y, por ende, como ningún criminólogo está en condiciones de decir cuál es la pena adecuada para la prevención general, ésta sería la que el juez cree adecuada.<sup>29</sup>

Todo lo anterior debe ser entendido sin desmedro de destacar que la prevención general es una idea que viola abiertamente la "regla de oro" kantiana,<sup>30</sup> pues usa al penado como medio para disuadir a potenciales autores, o sea, para infundir miedo a los otros y, por este camino, su lógico final es la pena terrorista. "La prevención general, libre de todo ligamen con la idea de una justa retribución, lleva directamente al terrorismo penal. Se ha dicho bien que en la lógica de la prevención general hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos".<sup>31</sup> Además, la mayor pena en razón de la prevención general viola claramente el principio de personalidad de la responsabilidad penal, puesto que la necesidad de esa hipotética y nunca probada prevención general dependería de la disposición de los otros para hacer lo mismo que hizo el autor, lo cual no pasa de ser un dato coyuntural y mutable y que nada tiene que ver con la conducta misma del autor ni con la concreta magnitud del daño causado.

## 8. El abandono de la culpabilidad

Ante las dificultades que presenta un concepto filosófico para ser cuantificado psicológicamente (catástrofe epistemológica generada por la confusión de niveles de análisis), por un lado comenzó a abrirse paso la tendencia a la construcción norma-

tiva del contenido de la culpabilidad, o sea, a reducir a la misma al reproche jurídico de un objeto jurídico, lo que no es más que la consagración de la arbitrariedad judicial en nombre de una prevención general que tampoco nadie conoce, en tanto que, por otro lado, se volvió a postular el abandono del concepto mismo de culpabilidad.

A partir de la misma de que las alternativas a la acción serían una hipótesis inde demostrable y que la culpabilidad no parece ser el fundamento para la imposición de la pena sino el límite que la administración de justicia necesita para la imputación subjetiva, lo que en definitiva se plantea es la búsqueda de un "principio de proporcionalidad" (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) que permanece como un problema sin resolver. De allí que la tarea sería la búsqueda y profundización de este principio, que reemplazaría a la culpabilidad.<sup>32</sup>

Este principio de proporcionalidad no obstante, queda sumamente nebuloso, porque, o bien se ancla en una proporcionalidad con el contenido del injusto, o bien vuelve a caer en una construcción artificial en función de limitados datos normativos escogidos a voluntad que, aunque no se llamen "culpabilidad", no pasarían de ser otra construcción jurídica de reemplazo. Siempre que nos mantengamos en la pretensión de legitimar la pena y el poder punitivo, tan poco razonable resulta fabricar una libertad "jurídico-penal" como tomar en cuenta más o menos los mismos elementos con que fabricamos ésta y bautizarla de otra manera.

A nuestro juicio, el mérito de quienes postulan el reemplazo de la culpabilidad por el principio de proporcionalidad estriba en que subrayan adecuadamente la función encubridora que cumple el concepto manipulado de la culpabilidad en el discurso legitimante del poder punitivo: destacan acertadamente que la culpabilidad, en ese discurso, al centrar la atención sobre el autor, sustrae al conflicto del marco de la interacción social, impli-

cando la consagración jurídica de la teoría del “chivo expiatorio”.<sup>33</sup>

Sin embargo, un reemplazo de la culpabilidad por una “proporcionalidad” con algunos caracteres subjetivos y objetivos del delito, no eliminaría la realidad del “chivo expiatorio” en el plano social, sino que sólo se limitaría a ignorarla en el jurídico, lo que, por cierto, no resuelve el problema del valor deslegitimante que la teoría del “chivo expiatorio” tiene sobre el discurso jurídico-penal.

### 9. La culpabilidad como limite a la prevención especial

La tendencia a convertir a la culpabilidad en un concepto jurídico relleno también jurídicamente en base a otro principio de igual naturaleza, se pone de manifiesto también por otra vía diferente. Ya vimos como se expresa a partir del dogma de la prevención general. Pues bien: otro sendero análogo se recorre por la ruta del dogma de la prevención especial. Según esta corriente, la libre voluntad no sería una realidad, sino un “principio jurídico regulativo”. La Constitución y el derecho en general, al considerar al hombre como libre y responsable, no tomarían partido en la cuestión filosófica, sino que consagrarían un principio regulativo.<sup>34</sup>

Las intervenciones punitivas, desde este ángulo, no se justificarían de otro modo que “político-criminalmente” o sea, en función de una simple necesidad preventiva, donde la medida de la culpabilidad sólo serviría como limite. De allí que no haya necesidad de que la pena siempre alcance el limite de la culpabilidad.<sup>35</sup>

Se han formulado varias críticas a esta posición. En principio, su más claro expositor —Roxin— parte de la indemostrabilidad de la libre determinación en función de un criterio de verdad científico-empírico. Siendo ello así, la libertad sería una suerte de ficción o de presunción. Un limite

ficticio, creado por el derecho en la forma de “principio regulativo”, no tendría más limite que el impuesto por él mismo y, en la medida que no abarque una realidad o se refiera a ella, quedaría “autosostenido”. Nadie puede medir una ficción, simplemente porque la ficción es una “no realidad”.

Todo esto debe ser entendido, sin perjuicio de considerar también que la libertad y la responsabilidad del hombre, en el plano jurídico-constitucional y político, no parece responder a una ficción.<sup>36</sup> Es algo bastante grave considerar que la dignidad del hombre, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de Derechos Humanos se asienta en una ficción y no en la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La diferencia entre un totalitarismo y una democracia quedaría reducida a una elección, en que el primero rechazaría y la segunda aceptaría un mero principio jurídico regulativo. La propia jurisprudencia alemana parece afirmar la realidad del contenido de la culpabilidad, al considerar que la pena perpetua no era adecuada a ella en alguna hipótesis de asesinato<sup>37</sup> y con razón se ha preguntado si el legislador puede ser tan omnipotente como para decidir apoyarse en un sentimiento — que en definitiva sería un error — para considerar justa la imposición de una pena.<sup>38</sup>

Parece bastante contradictoria la tentativa de asentar la pena sobre la prevención especial (que es tan dogmática como la general), basándose en el determinismo, para luego limitarla en función de una ficción indeterminista.<sup>39</sup>

### 10. La culpabilidad a la medida de la prevención general positiva

Por último, otro de los caminos recorridos en este afán normativizador del contenido de la culpabilidad es el concepto funcionalista de la culpabilidad. Entron-

cado con la tesis sistémica de Luhmann<sup>40</sup> se construye una "culpabilidad" a la medida de los requerimientos de la prevención general positiva, o sea, en vez de buscar como punto de partida el temor necesario para que los otros no delinlean, parte de la búsqueda del reforzamiento de la confianza en el derecho por parte de los conciudadanos.<sup>41</sup> La afirmación de Jakobs, según la cual la culpabilidad es un derivado de la prevención, no se modifica con la aclaración de que "prevención general positiva significa, más bien, tomar en cuenta las exigencias de autoestabilización de los conciudadanos, que implica la atribución de culpabilidad al autor",<sup>42</sup> pues siempre se tratará de una construcción jurídica, que no toma en cuenta más dato de realidad que esa pretendida necesidad de autoestabilización, pues "el derecho penal no acepta ninguna culpabilidad antes de él, sino que la construye",<sup>43</sup> según la propia afirmación de Jakobs.

Este concepto de culpabilidad que mira hacia el futuro, o sea, en el efecto que la pena producirá en la generalidad al reforzarle su confianza en el derecho,<sup>44</sup> se hace acreedor a varias observaciones. En principio, no que deja de ser un concepto sistémico, que sobrepone el "sistema social" a la persona. En tal sentido da lugar a un derecho penal transpersonalista. En segundo lugar, es tan violatorio de la "regla de oro" kantiana — o cristiana — como el de la prevención general negativa e igualmente lesivo del principio de personalidad de la pena, porque nada tiene que ver la necesidad de autoestabilización del resto con el hecho en sí mismo, ni depende en nada del comportamiento del autor. Por último, tampoco hay quien pueda medir esta hipotética necesidad de autoestabilización que, de este modo, se convierte en otro dogma que permite al juez imponerle la medida que su parecer le indique.

Además de lo dicho, se ha observado con razón que Jakobs da un inmenso rodeo, pero al final del mismo parece volver a

colocar la libertad del autor nuevamente en el punto central de la cuestión,<sup>45</sup> entre otras cosas porque el reforzamiento de la confianza en el derecho no podría menos que presuponer en los destinatarios de la norma la capacidad de adecuar-se al derecho,<sup>46</sup> dado que de lo contrario se identificaría nuevamente con el positivismo y degradaría al derecho a un mero orden coactivo.

### 11. Balance: la "culpabilidad" como "no culpabilidad"

En definitiva, la cuestión que hoy nos plantea la culpabilidad no tiene solución: si no sabemos para qué se pena, no podemos saber cómo penar y la expresión "culpabilidad" no ha hecho más que dar un nombre a una disputa teórica. Esta disputa oculta una disputa de dogmas, que son las diferentes teorías de la pena. Los dogmas de la pena no tienen contenido real, pues son meras construcciones jurídicas que legitiman una práctica burocrática-judicial. Ningún dato de realidad social confirma que la pena cumpla alguna función preventiva general o especial. Por el contrario, los datos sociales indican que el poder punitivo tiene efecto reproductor. Como la pena se construye conceptualmente fuera de todo dato de realidad, una tendencia pretende construir una culpabilidad a la medida de los requerimientos de sus dogmas elegidos y sin ningún contacto con los datos antropológicos. Eso, en definitiva, es una renuncia a la culpabilidad, por el camino de su reemplazo por la ficción.

Una culpabilidad a la medida de la prevención general, positiva o negativa, o de la prevención especial, es una "no culpabilidad". La juridización total del contenido de la culpabilidad es la negación de la esencia de la misma y también la negación de la esencia del concepto del derecho, entendido como un orden normativo dirigido a personas, o sea, a entes responsables por capaces de determinarse conforme a

sentido. Creemos que esto no es más que otra prueba de que el discurso jurídico penal legitimante no es compatible con las ideas angulares del jushumanismo.<sup>47</sup> La aislada propuesta de abandonar la culpabilidad para reemplazarla por un principio de proporcionalidad<sup>48</sup> tiene la virtud de ser más sincera en este planteo, pero deja la situación tal como la había hallado.

La clave explicativa de esto radica en que la práctica punitiva no es racional y en que el ejercicio de poder penal es un puro ejercicio de poder que no es susceptible de legitimación. La pretensión de legitimar una práctica de poder irracional no puede menos que ignorar los datos de realidad que no son susceptibles de comprenderse en términos racionales. En el injusto, el discurso jurídico-penal puede mantenerse sobre carriles menos irracionales y generar mayores acuerdos, porque la teoría del injusto cumple la función de individualizar y circunscribir conflictos, pero cuando se trata de particularizar el conflicto en profundidad respecto de un autor concreto y decidirlo, como el modelo penal no permite resolverlo (dado que le falta una de las partes del conflicto, que nunca logró reemplazar satisfactoriamente el soberano), su racionalidad se quiebra. La ficción básica de solución que proviene de la "confiscación" del conflicto (expulsión de la víctima) impide la entrada de los datos de la realidad, hasta el punto de llevarle a renunciar a un dato elemental del derecho, esto es, a apartar al hombre como persona.

La crisis de la culpabilidad es el resultado del fracaso del discurso jurídico-penal en su empresa por legitimar un ejercicio de poder sustancialmente irracional y que se asienta sobre una ficción de solución de conflictos. Su insuficiencia explicativa no es más que una muestra de la imposibilidad de su empresa: no puede ignorar por mucho tiempo más la realidad, porque ha llegado al extremo de negar al propio derecho. Es imposible salvar el concepto del derecho mediante la afirmación de que las cosas no

son como los penalistas dicen que son, pero los efectos penales son como no son.

## **12. El abandono de la culpabilidad de acto por su escasa capacidad legitimante**

Cabe preguntarse si en realidad, el abandono del concepto más tradicional de culpabilidad, esto es, de la culpabilidad fundada en la aceptación real del hombre como persona, obedece a las razones científicas que se esgrimen o a razones "político-criminales" (es decir, a la imposibilidad de legitimar la práctica punitiva con un concepto clásico de culpabilidad de acto).

Nos inclinamos a creer que los argumentos críticos que llevan al rechazo del concepto tradicional de culpabilidad no tienen entidad. Un concepto filosófico no se destruye por medio de una hipótesis psicológica. La psicología no puede menos que buscar explicaciones y, por ende, debe presuponer, como cualquier ciencia, una concatenación comprensible de los hechos del universo científico que abarca, pero esto es un presupuesto inevitable del saber y no una "profesión de fe". Siempre resta un espacio que corresponde a lo que no se puede explicar satisfactoriamente más que por hipótesis, pero en modo alguno anula la idea de "responsabilidad".

El indeterminismo es tan indemostrable como el determinismo, sólo que toda investigación sobre el comportamiento humano debe presuponer que éste responde a reglas y regularidades, pero esta presuposición no tiene por qué implicar una pretensión de "demostrar" el determinismo, o sea, la pretensión omnipotente de explicar la determinación de cualquier conducta, en cualquier momento, lugar y circunstancia.

La psicología, sin embargo, nos puede brindar elementos muy útiles para apreciar el grado de esfuerzo que una persona debiera haber realizarlo para comportarse de un modo diferente a cómo lo ha hecho en

la circunstancia dada. Un psicodiagnóstico no es un certificado de "no responsabilidad", sino un elemento utilísimo para poder estimar la magnitud del catálogo del conductas alternativas posibles.

No es exacto que no pueda apreciarse la amplitud de este catálogo en el hecho ni que la acreditación de esto sea imposible en el proceso penal. Se trata de un aspecto fáctico tan susceptible de prueba como cualquier otro. La falta de entrenamiento judicial para practicarlo no implica en modo alguno su imposibilidad procesal. No es el único hecho en que el juez requiere asistencia e ilustración pericial.

Lo que nos parece más cercano a la realidad es que la culpabilidad así entendida no sirve para legitimar la práctica punitiva. No creemos que la tendencia hacia la juridización del contenido de la culpabilidad provenga de una insuficiencia de las ciencias de la conducta para brindar un criterio en los casos límite,<sup>48</sup> et seq sino de una insuficiencia de la culpabilidad de acto entendida en la forma tradicional e ilustrada por los conocimientos de las ciencias de la conducta, para legitimar las prácticas burocrático-punitivas.

En efecto, una culpabilidad de acto estricta – y no hay otra – debe llevarnos a consecuencias que parecen paradójales en relación con las prácticas punitivas, pero que son las únicas compatibles con el concepto de persona:

a) Cuando las características personales hagan que más se incline la persona a la realización del acto, la culpabilidad será menor (exactamente al contrario de lo postulado por el derecho penal de autor);

b) La culpabilidad de acto estricta no permite legitimar la práctica que pena más gravemente al más entrenado y asumido para el rol de enemigo de la sociedad y que, mediante esa criminalización secundaria irracionalmente desproporcionada con la culpabilidad del acto, refuerza la imagen pública del enemigo de la sociedad.

Dicho más brevemente: creemos que el desconcierto y la disolución discursiva provienen de que al quebrarse la peligrosidad como discurso legitimante, no se encuentra otro que sirva para cumplir la función de legitimar la misma práctica. Al convertirse en "camino prohibido" los discursos más sinceramente autoritarios del derecho penal de autor, se hizo manifiesta la anarquía y la insuficiencia explicativa de los otros intentos discursivos. La peligrosidad y la culpabilidad de autor salieron por la puerta, pero quieren entrar por la ventana con distintos nombres y rostros, porque la práctica no cambió, sino que se quedó sin discurso de justificación satisfactorio.

La práctica punitiva no puede apelar a la culpabilidad de acto del derecho penal liberal, porque las consecuencias de la punición conforme a ella son diametralmente opuestas a las de la peligrosidad y la culpabilidad de autor, que son las que explicaban su proceder: sigue procediendo de la misma manera, pero no encuentra el discurso que reemplace a los desprestigiados por su excesiva sinceridad.

La culpabilidad de acto no puede explicar la agravación por reincidencia ni ninguna otra que pretenda fundarse en una condena anterior,<sup>49</sup> porque conforme a los datos de las ciencias sociales, cada intervención del poder punitivo limita aún más la autonomía de voluntad de la persona y su espacio social.

### 13. La disyuntiva de la culpabilidad

El futuro de la culpabilidad dependerá, en las actuales circunstancias, del futuro del ejercicio del poder punitivo y de la capacidad del derecho penal para reconstruirse como discurso.

En la medida en que el discurso jurídico-penal continúe siendo la justificación de un ejercicio de poder irracional y deslegitimado por el saber social, irán aumen-

tando sus signos de disolución y se irá aislando progresivamente de los datos sociales, hasta llegar a cerrarse completamente en sí mismo y empequeñeciéndose, degradado a mera racionalización burocrática.

Si, por el contrario, el discurso jurídico-penal contiene suficientes reservas de salud para reaccionar y operar como una planificación del ejercicio de poder de las agencias jurídicas para contener y limitar el ejercicio, para reducirlo progresivamente y llevarlo a sus expresiones mínimas con la utópica orientación hacia su cancelación o minimización extrema, el futuro de la culpabilidad debe partir de un retorno primario a la originaria culpabilidad de acto, como parte del derecho penal de acto, que es sinónimo de derecho penal liberal o de garantías.

#### **14. Pena conforme a culpabilidad de acto no es pena "justa", sino la menos injusta**

Colocándonos en la segunda hipótesis, esto es, en la reconstrucción racional del discurso jurídico-penal, no debe pensarse que la recuperación del derecho penal liberal o de garantías como discurso limitador, implique una legitimación de la práctica punitiva adecuada a sus pautas. La deslegitimación del ejercicio de poder punitivo es prácticamente radical y el límite conforme a los principios del derecho penal de garantías lo único que logra es un descenso del nivel de irracionalidad y violencia de ese poder. Los límites garantísticos son patrones del máximo de irracionalidad tolerable, que deben impulsarse en sentido reductor. La culpabilidad de acto, dentro de este cuadro, no es más que un límite a la irracionalidad. Las penas graduadas conforme a ella, seguirán siendo irracionales, aunque mucho menos irracionales que las graduadas conforme al derecho penal autoritario.

El derecho penal liberal operaría como una suerte de convenio de Ginebra para el tiempo de la política o de la paz. Esto no significa que las penas deban graduarse necesariamente conforme a la culpabilidad de acto, porque ésta no es un fundamento legitimante de la pena, sino que la pena, como parte del poder punitivo, siempre quedará deslegitimada. El respeto a las reglas sobre el trato de los prisioneros de guerra no legitima la guerra, sino que se limita a ser el marco de un máximo de violencia tolerada. La pena que pueda imponerse por debajo de ese límite siempre será mejor y menos violenta e irracional.

De allí que el concepto de culpabilidad, al menos en cuanto a su función cuantificadora penal, deberá complementarse o integrarse con el dato fáctico de la posibilidad de reducir su valor indicativo. Creemos que la agencia judicial debe tratar de imponer la pena menor que las circunstancias permitan, procurando que ésta se halle por debajo del límite máximo indicado por la culpabilidad de acto, que sólo será un límite máximo a la tolerancia de la irracionalidad sustancial de la pena.

#### **15. La propuesta de una culpabilidad por la vulnerabilidad**

La cuantificación penal reconocería como límite máximo la culpabilidad de acto, pero no hemos explicitado con ello el correctivo fáctico que permitiría establecer penas por debajo de ese límite. A nuestro juicio, esto puede practicarse a partir de la vulnerabilidad que la persona ofrece al ejercicio del poder punitivo. Es un dato de la realidad que cuanto mayores el esfuerzo que una persona ha hecho para hacerse vulnerable al ejercicio del poder punitivo, menor será el espacio de la agencia judicial para bajar la pena del límite que le señala la culpabilidad, y viceversa.<sup>50</sup>

De este modo, la cuantificación penal, consistente siempre en la tarea de imponer

la pena menos violenta posible, arrojaría un límite máximo (magnitud "O") que estaría dado por la culpabilidad de acto. El espacio de poder de la agencia judicial para cuantificar la pena por debajo de ese límite (magnitud "-1", "-2" etc.) dependerá siempre del esfuerzo que haya hecho la persona por alcanzar la situación de vulnerabilidad en que lo ha sorprendido el poder punitivo, esfuerzo del que formará parte la magnitud del contenido injusto del hecho, entre otros datos (caracteres personales que corresponden o no al estereotipo, por ejemplo).

Una persona cuyas características personales coinciden con las del estereotipo criminal, basta con que incurra en un injusto leve para que sea vulnerable. Por regla general, la vulnerabilidad alcanzada con poco esfuerzo concede a la agencia judicial un espacio de poder muy considerable para imponer penas mínimas o muy leves, sin que las restantes agencias de poder punitivo tengan argumentos o elementos para criticarla y desprestigiarla. Inversamente, ante esfuerzos muy grandes, la agencia judicial carece de poder para proteger de igual forma. Partiendo del principio de que la pena más leve es la menos violenta, la agencia judicial tiene poder en el primer caso para bajar a magnitudes -1, -2 etc., en tanto que no puede hacerlo en el segundo, so pena de sufrir desprestigio, críticas y pérdida de poder, caso en el que no le restará otro medio que mantenerse cerca de la magnitud "O" (indicada por la culpabilidad de acto).

Es posible pensar en una culpabilidad de acto pura como carácter del delito y en una culpabilidad por la vulnerabilidad (culpabilidad de acto corregida con el dato fáctico del esfuerzo por la vulnerabilidad) como culpabilidad de cuantificación penal (*Strafzumessungsschuld*).

No obstante, no creemos que sea conveniente esta división, pues no descartamos la posibilidad de un efecto de la consideración del esfuerzo por la vulnerabilidad

dentro de la propia teoría del delito, como un camino para impulsar judicialmente la decriminalización de injustos menores, pero que de cualquier manera no puedan ser excluidos en función del principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico.

Nos parece que constituye un claro caso de punición aberrante que una persona que halla un paquete de golosinas en la calle sea condenada por apoderamiento de cosa perdida cuando su culpabilidad se halla reducida por su condición social y por su motivación en llevarlo a sus niños y el esfuerzo para alcanzar la vulnerabilidad por un injusto tan reducido y con culpabilidad de acto tan baja, haya sido ínfimo, pues lo determinante fue justamente su condición social que lo hace "sospechoso" al poder. Es posible pensar en una insignificancia del delito cuando coinciden bajos niveles de injusto, de culpabilidad por el acto y de esfuerzo por la vulnerabilidad. La pena siempre es violenta, pero en un supuesto como el ejemplificado, resulta más intolerablemente violenta.

## 16. ¿Por qué la culpabilidad por el acto no puede fundar la pena?

Si admitimos la culpabilidad por el acto, es bastante lógico que construyendo la misma sobre la base de un dato que consideramos real, como es la ausencia de persona del hombre, se piense que esa culpabilidad puede fundar la pena y no sólo colocarle un límite máximo.

No obstante, un dato elemental de las ciencias sociales nos muestra su incapacidad legitimante: la culpabilidad es un reproche que se le formula a un autor, pero a un autor, previamente seleccionado conforme a un estereotipo, entre un universo de personas que cometen conductas primariamente criminalizadas, pero que no son sometidas a un proceso de criminalización secundario, porque sabemos que es de la esencia del poder punitivo su ejercicio

selectivo, dada su escasísima capacidad operativa comparada con la planificación punitiva de la criminalización primaria. La posibilidad de criminalización secundaria siempre es raquítica comparada con la planificación abstracta que se lleva a cabo mediante la criminalización primaria.

Debido a ello, la culpabilidad es siempre un reproche selectivo que se le formula a un "chivo expiatorio".

Esa selección no puede legitimarse mediante un juicio de culpabilidad que ignore este dato, por más que ese juicio reconozca a la persona su carácter de persona. Este juicio será menos irracional que el que directamente le desconozca ese carácter y pretenda hacerle sufrir aún más las consecuencias de su utilización como "chivo expiatorio", pero en modo alguno legitima el reproche, porque sigue siendo selectivo y, por ende, gravísimamente violatorio de la igualdad ante la ley.

La selección que lleva a cabo el poder punitivo implica, en cierta medida, el fracaso del autor en la empresa en que la inmensa mayoría tiene éxito, es decir, en permanecer en el anonimato del universo en que se hallan todos los demás que cometen delitos.

Esa selección no puede legitimarse con un juicio de culpabilidad que la ignore. Admitir que el límite que indica ese juicio es un patrón máximo de violencia, tolerada ante la falta de otro medio de resolver el conflicto, es una cosa, pero pretender que por debajo de ese límite no hay violencia sólo sería posible ignorando la violencia de la altísima selectividad clasista, racista, política, ideológica etc., del poder penal.

### **17. Los mínimos de las escalas penales superiores a la pena indicada por la culpabilidad por el acto**

Durante mucho tiempo se ha pretendido justificar los mínimos de las escalas penales en función de consideraciones de

prevención general. La prevención general no pasa de ser un dogma, y la pretensión de una supuesta división del trabajo entre el legislador ocupado en ella y el juez ocupado en la prevención especial, no es tampoco más que una forma de instrumentar ese dogma para que el juez no pueda objetar nada a la vocación terrorista del legislador. Son frecuentes en nuestros países los impulsos demagógicos que asimilan cada vez más delitos al homicidio, en tanto que los estados latinoamericanos siguen siendo los primeros homicidas. Parece que de esta manera se está haciendo realidad en nuestro continente el vaticinio de Bettiol, y la atribución de los mínimos de las escalas penales a "prevención general" de incumbencia legislativa implica dejar al juez impotente frente a esos abusos. Se trata de un elemento negativo del discurso penal, en el sentido de que limita el poder de la agencia jurídica—renuncia a un elemental deber de control de límites de irracionalidad—cediéndolo graciosamente a las agencias políticas.

Lo cierto es que en la práctica abundan los casos en que la magnitud de la culpabilidad de acto indica una pena cuyo límite máximo es menor que el mínimo establecido en la respectiva escala legal. El propio legislador reconoce este fenómeno en textos que contemplan la llamada "emoción violenta" genérica (al estilo suizo) o los casos específicos de homicidio por adulterio (al estilo de los arts. 310 y 311 del código del D.F. mexicano), para delitos contra la vida y la integridad física, pero no la reconocen para los otros delitos. En estos textos, que no reconocen fórmulas generales de culpabilidad disminuída que permitan imponer penas por debajo de los límites mínimos, cabe preguntarse cómo debe procederse cuando es evidente que la pena conforme al mínimo legal viola el límite máximo que señala la culpabilidad de acto.

Conforme al código argentino, por ejemplo, si una persona que reclama el pago

de una deuda y recibe como respuesta bur-las y sarcasmos e injurias de su deudor, en el caso en que extrajese un arma, y bajo los efectos de la ira que le provoca la injuria del deudor, lo matase, sería pasible de una pena cuyo mínimo sería de un año de privación de libertad. Si en la misma circunstancia, en lugar de matarlo se limitase a amenazarlo, el mínimo de la pena sería el mismo. Pero si en lugar de matarlo o amenazarlo, se llevase la cosa debida o algo de valor equivalente, la pena mínima sería de cinco años. Además, si al calor de la ira, sin usar arma alguna, le imputase falsamente un delito, también tendría la misma pena que si le matase.

Esta consecuencia parece ser inadmi-sible. Podría argumentarse que en este caso, de imponerse una pena inferior al mínimo legal, no sería la pena "legal" y que, por ende, la opción sería entre "pena legal" o ninguna pena. No creemos en esta solución. La legalidad de la pena es una garantía de medida máxima y en este supuesto, la imposición de una pena menor que la indicada por el mínimo legal, no afecta en nada tal garantía.

En este sentido, creemos que la culpa-bilidad de acto constituye un elemento utilísimo para corregir las tendencias ter-roristas del legislador penal. Sería otra razón más para explicarnos a disfuncio-nalidad de este concepto para cualquier empresa legitimante de la práctica puniti-va burocrática.

## 18. Conclusión

La culpabilidad en el siglo XXI es un interrogante que, desde esta etapa finise-cular, sólo podemos ver como alternativa unida al destino del poder y de la sociedad. Si la sociedad del siglo XXI consigue con-solidar vínculos de co-existencia en base a procedimientos racionales y efectivos de solución de conflictos, reducirá su necesi-dad de ocultar su incapacidad resolutive

mediante la "penalización" que implica la confiscación de los conflictos y manipula-rá menos a su población mediante la fabricación de una "guerra" en que los únicos enemigos son los que previamente fabrica mediante la misma prisonización. A la construcción de esta sociedad brindaría un aporte fundamental un discurso jurídi-co-penal reductor del poder penal, orienta-do hacia la utopía abolicionista. En el marco de este discurso, una culpabilidad de autor complementada en la forma de culpabilidad por la vulnerabilidad ejercería un papel reductor muy importante.

Por el contrario, en la medida en que el siglo XXI siga profundizando la tendencia autoritaria y manipuladora de las socieda-des incapaces de brindar soluciones a los conflictos, el derecho penal continuará siendo un discurso legitimante de la práctica burocrática, falso y aberrante desde el punto de vista jurídico, porque manipulará cualquier idea de derecho penal de autor para fabricar una culpabilidad – o un equi-valente – que prescinda de la realidad sustentadora de todo el orden jurídico: la persona.

## 19. Notas

- (\*) Ponencia, para el Congreso Nacional de Derecho Penal de México (San Luis Potosí, setiembre de 1990).
- (1) Una visión amplísima de esta destrucción la proporciona Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.
- (2) Sobre ello, Karl Engisch, *Zur Idee der Täterschuld*, en ZStW, 1942, 170; Paul Bockelmann, *Studien zur Täterstrafrecht*, Berlin, 1940.
- (3) Expresamente, Giuliano Allegra, *Dell'abi-tualità criminosa*, con prefazione dell'Avv. Prof. Eugenio Florian, Milano, 1928.
- (4) Su concepto sociológico en Erwin Goffman, *Manicômios, prisões e conventos*. São Pau-lo, 1974.
- (5) La expresión es de Michel Foucault, *Microfísica del poder*, Madrid, 1979.

- (6) No sólo existe la "mala conciencia del buen criminólogo" de que habla Massimo Pavarini (Introduzione a ... la Criminologia, trad. de Ignacio Muñagorri, México, Siglo XXI), sino también la del "buen penalista".
- (7) Trazamos este programa en En busca de las penas perdidas. *Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 1989.
- (8) Anton Griffel, Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit, en ZStW, 1986, 31.
- (9) Asi, Heinz Zipf, Die Strafzumessung. *Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg — Karlsruhe, 1977, p. 28.
- (10) Cf. Wolfgang Frisch, Gegenwärtigen Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, en ZStW, 349.
- (11) Así Hans-Henrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, Berlin, 1988, p. 366.
- (12) Edmund Mezger, en ZStw, 1938, 689.
- (13) Bockelmann, op. cit., p. 153.
- (14) Así Roxin, Zur Problematik des Schulds-trafrechts, ZStW, 1984, 651.
- (15) Günter Ellscheid — Winfried Hassemer, Strafe ohne Vorwurf, Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, en Seminar abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, herausgegeben von klaus Lüderssen und Fritz Sack, Band I. Strafgesetzgebung und Strafrechts-dogmatik, Frankfurt a.M., 1975, p. 266.
- (16) Hans Jürgen Bruns, Das Recht der Stratzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis, Köln, 1985.
- (17) Así, Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969, 142; Jescheck, op. cit.: Baumann/Weber, Strafrecht, Allg. Teil, 1985, 365; Hermann Blei, Strafrecht Allg. Teil, 1983, 176; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, p. 225; Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzip, 1976, p. 29; Maurach/Zip: Strafrecht, allg. Teil, 1987, 473 etc.
- (18) Así Jesched, op. cit., p. 366.
- (19) Así, Welzel, op. cit., también en Das neue Bild.
- (20) Maurach/Zipf, op. cit., 470.
- (21) Ver Jürgen Tiemeyer, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuld-begriffs, en ZStW, 1988, p. 545.
- (22) Así, Haddenbrock, JZ, 1969, 123, cit. por Tiemeyer, ZStW, 1988, 545.
- (23) Franz Alexander — Hugo Staub, El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico, Madrid, 1935; en sentido crítico, Rudiger Herren, Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie, Stuttgart, 1973.
- (24) Es el punto de partida de la construcción de Roxin, ZStW, 1984, 643.
- (25) Frisch, op. cit., 362.
- (26) Así, Scünemann GA, 1986, 309.
- (27) Así Jescheck se refiere al "poder medio de actuar de un modo distinto" (op. cit. 371); en análogo sentido Paul Bockelmann, Strafrecht. Allg. Teil, München, 1979, p. 112.
- (28) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht. Allg. Teil, Tübingen, 1982, p. 188.
- (29) Cf. Frisch, op. cit., p. 365.
- (30) V. Mario Cattaneo, *Dignita umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981.
- (31) Giuseppe Bettiol/Luciano Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, Parte Generale, Padova, 1986, 826; con cita de Guameri.
- (32) V. Ellscheid-Hassemer, op. cit.; en sentido crítico: Arthur Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz, en "Fest f. Lange", Berlin, 1976, 27.
- (33) Winfried Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, Trad. de Muñoz Conde. Barcelona: Arroyo Zapatero, p. 299.
- (34) Roxin, ZStW, 1984, 643.
- (35) Idem, 651.
- (36) Griffel, op. cit., p. 29.
- (37) Jurisprudencia del BGH y del BVerf. GE cf. Griffel, 29-30.
- (38) Griffel, op. cit., p. 30.
- (39) Un camino próximo a este, aunque aceptando que el límite de la culpabilidad se puede reconocer y que la prevención especial no era sinónimo de determinismo, seguimos en nuestro Tratado. Aceptando allí un reducido correctivo por vía de la peligrosidad, que luego abandonamos, para abandonar ahora todo intento de relegitimar la pena. Nos percatamos ahora que nuestra fundamentación de la pena en la prevención especial no era más que otra racionalización legítima de una práctica que siempre es reproductora.
- (40) V. nuestro trabajo. El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales, en *Estudios penales en memoria*

- del Profesor Agustín Fernández Albor*. Sgo. de Compostela, 1989, 747.
- (41) G. Jakobs, *Strafrecht Allg. Teil. Die Grundlage und ihre Zurechnungslehre*, Berlín, 1983, p. 439.
- (42) Franz Streng, *Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand*, en *ZStW*, 1989, 273.
- (43) G. Jakobs, 439.
- (44) Sobre ello, tiemeyer, 528.
- (45) Lenckner, en Schönke-Schröder, § 13.
- (46) Tiemeyer, 551.
- (47) V. nuestro trabajo en *Libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain*. San Sebastian : Donostia, 1989, 431.
- (48) V. Tiemeyer, op. cit. Parece señalar este defecto, Roxin, en *Fest. F. Bockelmann*, 1979, 291.
- (49) El rechazo liberal de la reincidencia puede verse desde el Código Toscano de 1786 (Carlo Paterniti). *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Padova, 1985 y en Mittermaier, C.J.A., en nota a Feuerbach, *Lehrbuch*, Giessen, 1847; en Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal*, Paris, 1836; también en los autores citados por Ferrajoli, op. cit.: Morelly, Tissot, Pagano, Carmignani etc.
- (50) Hemos enunciado este criterio en *En busca de las penas perdidas*, cit.

## 2. DOUTRINA NACIONAL

### 2.1

#### CRIMES DE COLARINHO BRANCO: OS NOVOS PERSEGUIDOS?

ALBERTO ZACHARIAS TORON

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O conceito de “crime de colarinho branco”. Origem e definição – 3. Associação diferencial e organização social diferencial – 4. Objeção de consciência – 5. Diferenciação de tratamento entre crimes comuns e de colarinho branco – 6. Conclusão – Bibliografia.

**Resumo:** O artigo procura definir e conceituar os crimes de colarinho branco numa perspectiva histórica e compará-los, do ponto de vista criminológico, aos crimes patrimoniais comuns.

Conclama a necessidade de repulsa moral da sociedade a esta modalidade criminosa, ao passo em que alerta para o perigo de se reprimir tais crimes de modo arbitrário e em desrespeito às garantias constitucionais.

**Palavra-chave:** Crimes do colarinho branco – Associação diferencial e organização social diferencial – Distinção dos crimes comuns – Consolidação.

### 1. Introdução

O título deste trabalho não é nenhuma provocação aos membros do PT. Ao contrário, é uma tentativa de repensar criticamente as práticas punitivas que tanto se combateram em relação aos menos favorecidos e que, agora, não se sabe exatamente o porquê, têm merecido o aplauso de uma esquerda ávida por culpados de uma classe social que até os anos 80, salvo nos

crimes passionais, raramente ocupava o banco dos réus.

Se herdamos da criminologia positivista do fim do século passado a idéia e o sentimento de que “as classes inferiores nos países civilizados, como todas as classes nos países bárbaros, estão (...) desprovidas da parte mais delicada, desses sentimentos que nós designamos com o nome de sentido moral”<sup>1</sup> e, bem ou mal, as instâncias de controle social, como salienta Paulo Sérgio Pinheiro, fixaram-se na vigilância das classes populares, sempre julgadas “as únicas perigosas”,<sup>2</sup> com a crescente democratização da sociedade ampliou-se o espectro de incidência do sistema penal e órgãos de controle como a polícia, Procuradoria das diferentes Fazendas etc., que também passaram a investigar casos até então tidos como *irrelevantes*.

<sup>(1)</sup> Garofalo, em *Criminologia*, 1885, apud: Juan Felix Marteau, *A condição estratégica das normas*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, p. 74.

<sup>(2)</sup> *A violência brasileira*, vários autores, coord. Paulo Sérgio Pinheiro, Brasiliense, 1982, p. 8 (Apresentação). Em outra parte da mesma obra, quando escreveu “*Polícia e crise política: o caso das polícias militares, o autor fala que a polícia, mais do que para combater o crime, foi criada para enfrentar as ‘classes perigosas’*” (op. cit., p. 63). No mesmo sentido, Zaffaroni em: *En busca de las penas perdidas*. Bogotá: Temis, 1990, p. 13.

Todavia, com a aparição dos “novos” personagens do mundo do crime, os abusos que antes eram objeto de viva repulsa, 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 publicamente escrachados, mesmo que se tratem de meros suspeitos. Tem-se a impressão de que se cultiva uma ideologia da “hora e a vez da burguesia na polícia”.

Esta forma de pensar esquece que numa sociedade edificada sobre a base da dignidade humana, estampada na Constituição como valor reitor (art. 1.º, inc. III), 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 no absolutismo<sup>3</sup> sem que estivessem garantidos o direito de defesa e o devido processo legal dos atingidos. Por outras palavras, o que outrora se combateu como opressão dirigida aos segmentos desfavorecidos, porque afrontoso aos Direitos Humanos, não pode, perversamente, vir validado e aplaudido como se fosse a “*democratização do direito penal*”, que agora também atinge os ricos.

Na verdade, como alerta Zaffaroni, quando o legislativo infla as tipificações criminais, não faz mais do que aumentar o arbítrio seletivo das agências executivas do sistema penal e seus pretextos para exercer um maior poder controlador.<sup>4</sup>

Não quer isto, evidentemente, significar que a *criminalidade dos respeitáveis* deva estar fora do controle penal. Apenas se procura evitar o efeito perverso de se permitir que práticas obtusas, quando não canhestras e verdadeiramente perversas, espraíem-se, democratizando não a correta

aplicação da lei, mas a tirania dos déspotas e a corrupção daqueles que, exercendo a autoridade, fazem do ofício público uma arma contra a dignidade e um meio de enriquecimento ilícito como, de resto, se pôde ver com a edição de alguns dos tipos penais no Código de Defesa do Consumidor.<sup>5</sup>

Entre um período de larga impunidade, seja em decorrência da ausência de tipos penais, ou mesmo da leniência dos órgãos de fiscalização e repressão (polícia) e aplicação do direito penal (justiça), e outro, que se procura caracterizar pelo seu oposto, há uma história que merece ser resgatada. Por isso, o trabalho desenvolve-se a partir da construção do conceito de colarinho branco, procurando demonstrar sua origem e significado dentro de uma perspectiva histórica. Isto apenas para se mostrar as resistências iniciais quanto a se colocar no banco dos réus empresários, banqueiros e membros do poder político. Depois, busca-se trabalhar a idéia da *identificação diferencial* nos crimes empresariais. Na sequência, discutir-se-á se, dadas as dimensões da prática de sonegação fiscal entre nós, isto não poderia ser encarado como uma objeção de consciência. Por fim, retoma-se a discussão no sentido de saber se há diferenciação em razão do *status* social dos criminosos do colarinho branco.

## 2. O conceito de “crime de colarinho branco”. Origem e definição

Como herança da criminologia positivista e, certamente, não apenas por causa dela, sempre se identificou a criminalidade com a ação dos agentes oriundos dos estratos marginalizados das diferentes sociedades. O criminoso “(...) é pobre, feio, mal vestido. Pertence às mais baixas clas-

(3) Sobre o tema ver Michel Foucault em: *Vigiar e punir*, trad. Lúcia Ponde Vassalo. Rio de Janeiro : Vozes, 1983, p. 11 e et seq.

(4) *En busca de las penas perdidas*, ob. cit., p. 16.

(5) Nesse sentido minha crítica no Aspectos penais da proteção ao consumidor, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCrim). São Paulo : RT, 1995, ano 3, n. 11, p. 89.

ses da sociedade, tem problemas mentais, ou ao menos psicológicos".<sup>6</sup>

Mas se esta identificação da criminalidade com a ação das classes subalternas era a regra, com a crescente intervenção do Estado na economia, 'novos' transgressores surgem no cenário que obrigaram a criminologia e os ideólogos em geral a rever suas teorias. Com efeito, ao serem criados instrumentos jurídicos e políticos para proteção do funcionamento do sistema de produção, distribuição e comercialização dos bens, conformando um direito econômico que constitui "a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico...";<sup>7</sup> criaram-se as condições para o aparecimento de um correlato Direito Penal econômico para reforçar a tutela do funcionamento do sistema. Daí uma criminalidade diferenciada e os novos atores do sistema penal.

Antes da contribuição de Sutherland, a sociologia já utilizava a expressão *white collar* (colarinho branco) para designar os trabalhadores não braçais em contraste com as vestimentas *blue collar*, os macacões, dos obreiros. Como registra Odone Sanguiné, na literatura sociológica a expressão foi utilizada pela primeira vez por Wright Mills para descrever a classe média norte-americana, apresentada como a "elite do poder".<sup>8</sup>

Na apresentação da edição integral do trabalho de Sutherland, pois a primeira, em 1949, fora parcialmente censurada pelo editor que temia as consequências de se deixar o nome das empresas responsáveis pelos ilícitos apontados,<sup>9</sup> destacou-se que a obra redimensionou as teorias do comportamento criminal exatamente porque os delinquentes do colarinho branco não eram fruto de lares desagregados, ou privados de boa educação. Ademais, colocou-se em relevo que as violações cometidas no âmbito das sociedades constituíam verdadeiros crimes e que a qualificação diversa dos fatos dada no âmbito do judiciário "era semplicemente il risultato della parzialità e dell'indulgenza" das autoridades chamadas a aplicar a lei e, também, do poder do qual gozavam os autores destes crimes.<sup>10</sup>

Sutherland, ao fixar o conceito de crimes de colarinho branco como aqueles cometidos por pessoas de elevada condição socioeconômica, o fez, como expressamente advertiu, por comodidade. Pois, o conceito não pretendia ser definitivo, mas visava a apenas chamar a atenção sobre os delitos que normalmente não adentravam o âmbito da criminologia. E estes crimes, alertava o autor, podem, *aproximativamente*, ser definidos como aqueles "cometidos por uma pessoa respeitável e de elevada condição social no curso de sua ocupação".<sup>11</sup>

Atentando-se para a parte final do conceito, vê-se que a referência à prática do crime *no curso* da ocupação é fundamental. Por isso, ao contrário do que entendeu

*culos de ciências penais*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991, ano 4, v. 4, n. 2, p. 18.

(6) Lola Aniyar de Castro, apud: Juan Felix Marteau, op. cit., p. 76.

(7) Fábio Konder Comparato. *O indispensável Direito econômico*, apud Manoel Pedro Pimentel, *Direito penal econômico*. São Paulo : RT, 1973, p. 8. Peña Cabrera assinala que o direito penal econômico começa na Primeira Guerra mundial e sua consolidação se acentua por ocasião do VI Congresso de Direito Penal da Associação Internacional de Direito Penal realizado em 1953 na cidade de Roma, intitulado: Le droit pénal social économique. El bien jurídico en los delitos económicos. *RBCrim*, op. cit., n. 11, p. 41.

(8) Introdução aos crimes contra o consumidor. Perspectiva criminológica e penal, *Fascí-*

(9) Cf. na apresentação dos professores Gilbert Geis e Colin Goff da tradução italiana de *Il crimine dei colletti bianchi*, trad. Gabrio Forti. Milão : Giuffrè, 1987, p. XVII.

(10) Idem, ibidem.

(11) *Il crimine dei colletti bianchi*, op. cit., p. 8.

(12) Algumas reflexões sobre o direito penal dos negócios, *Direito penal dos negócios*

o ilustre professor René Ariel Dotti,<sup>12</sup> não nos parece que se esteja diante de uma situação em que se defina a criminalidade econômica “*em função do tipo de agente*”, como, aliás, também sustentou o saudoso professor Eduardo Correia.<sup>13</sup> É que, além do caráter provisório expressamente adotado e da aludida comodidade para o uso da expressão crime de colarinho branco, o que nos obriga a entendê-la como despida de rigor científico, pretendeu-se apenas ressaltar, como já dito, os novos protagonistas do crime.

A propósito, adotando um critério conciliador com os que pretendem caracterizar o delito econômico em razão da ofensa ao bem jurídico, Klaus Tiedemann acena com o fato de que a moderna literatura anglo-americana emprega a expressão “*occupational crime*” e, assim, fundamenta-se menos “en la respetabilidad del autor y su pertenencia a la capa social alta y más en la peculiaridad del acto (modus operandi) y en el objetivo de su comportamiento”.<sup>14</sup> Acrescenta ainda que a mesma evolução se observa na doutrina alemã.

Portanto, é perfeitamente possível o emprego da expressão “colarinho branco” que, de resto, é corrente na doutrina, jurisprudência e, também, na mídia.

Nessa ordem de idéias, uma das questões importantes a que o conceito em foco remete é a de saber se há diferenças no tratamento dado aos criminosos do colarinho branco. A resposta, obviamente, é afirmativa e Sutherland explicava que a aplicação diferenciada da lei pode ser debitada

a três fatores: o status “*dell'uomod'affari*”, a tendência ao abandono das sanções penais e a relativa desorganização na reação aos crimes de colarinho branco.<sup>15</sup>

Quanto ao primeiro, assinala o autor que há um misto de *temore e ammirazione* em relação a estes delinquentes. É verdade que o temor apregoado por Sutherland, de o juiz não obter o necessário apoio financeiro para sua sucessiva candidatura, não tem aplicação para o cenário brasileiro onde o magistrado goza da garantia da vitaliciedade. Mas, não é menos verdadeiro que o namoro com o poder pode facilitar (ou dificultar) promoções, remoções etc,<sup>16</sup> dadas as eventuais relações dos homens de negócios com a cúpula do Judiciário. Todavia, a afirmação vale para os membros do Poder Legislativo que, não raro, claudicam em seus deveres para evitar inimizades que, aí sim, dificultam a obtenção de apoio para campanhas eleitorais.<sup>17</sup>

No mais, juízes, administradores, legisladores e homens de negócios têm uma homogeneidade cultural, o que dificulta caracterizá-los dentro do estereótipo do criminoso. É como se o privilégio que o clero teve na idade média por ser o grupo mais importante, fosse transferido ao hegemônico hoje, que são os *Businessmen*.

No que diz com a tendência ao abandono das penas, que o autor debitava ao elevamento da condição social dos mais pobres e à circunstância de que, com os delitos de trânsito, alargou-se o âmbito de aplicação do direito penal a estratos mais amplos da classe econômica superior,<sup>18</sup>

(crimes do colarinho branco). São Paulo : AASP, sem data, p. 14.

(13) Notas críticas à penalização de actividades económicas, *Direito penal económico*. Coimbra : Centro de Estudos Judiciários – CEJ, 1985, p. 16.

(14) *Poder económico y delito*, trad. Amélia Mantilla Villegas. Barcelona : Ariel, 1985, p. 10-11.

(15) *Il crimine dei colletti bianchi*, op. cit., p. 67.

(16) Interessante a propósito a ajuda que Nelson Hungria prestou a Assis Chateaubriand em litígio familiar e como o juiz que estava à testa do caso foi afastado do caso (Fernando Moraes, em *Chatô: o rei do Brasil*. São Paulo : Cia. das Letras, 1994).

(17) O fato, aliás, é retratado com rara felicidade numa peça de teatro sugestivamente intitulada Caixa dois.

(18) Op. cit., p. 69.

convém esclarecer que isto revelou-se um grande equívoco. Basta dizer que, na atualidade, há um verdadeiro incremento no emprego do direito penal para coibir um sem número de infrações ocasionando o que na doutrina tem se chamado de inflação legislativa.<sup>19</sup>

Como se verá adiante, embora instituições como família, escola e igreja tenham abandonado a prática dos castigos, ao contrário do que entendeu Sutherland,<sup>20</sup> o Estado não ficou privado de sustento cultural para utilizar o direito penal.

Já no que concerne ao último fator – desorganização da sociedade na reação ao crime do colarinho branco –, Sutherland destacava que neste particular o direito e a moral têm especiais relações por três razões: a) as violações das leis pelos homens de negócios são complexas e produzem efeitos difusos. Não se tratam de agressões simples e diretas de um indivíduo contra o outro. Ademais, podem permanecer por mais de um decênio sem serem descobertas; b) os meios de comunicação de massa não exprimem uma expressiva valoração moral da coletividade a respeito dos crimes do colarinho branco, em parte porque são fatos complexos, de difícil colocação jornalística, mas sobretudo porque também os jornais pertencem a homens de negócios que, à sua vez, são responsáveis por numerosos ilícitos análogos; e c) a normativa que disciplina as atividades econômicas fazem parte de um setor novo e especializado do ordenamento jurídico, pois os velhos delitos da *common law*, assim como reproduzidos nos códigos penais comuns, constituíam-se de condutas danosas para o indivíduo.<sup>21</sup>

Se é verdade, como acreditava Sutherland, que as leis, em larga medida, são uma cristalização da moral e todo ato de aplicação das leis tende a reforçar a moral, hoje não se pode mais dizer que as disposições que atinam com o direito penal econômico sejam, pelos motivos alinhados, menos eficazes. É certo como pondera o historiador Boris Fausto, que “a questão da eficácia não é apenas técnica, mas está ligada a discriminação social e às opções da política repressiva (...) Certas condutas passíveis abstratamente de sanção só se tornam puníveis quando se referem aos pobres. Basta pensar na embriaguez, contravenção aplicável apenas aos indivíduos pouco respeitáveis, pois os demais não são bêbados, mas pessoas “tocadas”, ou um pouco “altas”.<sup>22</sup> Todavia, ninguém ignora que os jornais, embora os crimes de sangue ainda representem um grande atrativo, vivem muito mais dos escândalos econômicos e políticos (vide precatórios, liquidações de bancos, crimes contra o consumidor “caso Schering agora”). E o espaço que tais notícias ganharam sem dúvida alguma diz respeito ao grau de consciência que o povo atingiu. Sim, porque mesmo os pobres têm um nível de consciência maior do que se tinha há cinquenta anos.

Então, pode-se dizer que, embora os crimes do colarinho branco sejam mais difíceis de se descobrir e investigar, hoje há uma forte consciência quanto à importância de se reprovar penalmente tais condutas lesivas. Mais do que isso, moralmente falando, começa a se impor um tipo de pensamento que, longe de ser indulgente com práticas lesivas a amplos setores da coletividade, reclama severas punições.

Outra questão que se põe, como corolário de uma pesquisa de cunho criminológico, é a de saber por que então os empresários, banqueiros e homens de negócios em geral delinquem e, mais do que isso, por

(19) Por todos: vide René Ariel Dotti em *Direito penal dos negócios*, op. cit., p. 24-25 ou no seu *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo : Saraiva, 1980, p. 23, 28 e 185.

(20) *Il crimine dei colletti bianchi*, op. cit., p. 69.

(21) Op. cit. p. 70.

(22) *Crime e cotidiano*. São Paulo : Brasiliense, 1984, p. 18.

que, como salientou Peña Cabrera, estes delinquentes, sem romper com os valores dominantes do setor privilegiado a que pertencem, paradoxalmente, “parecem interpretar autenticamente tais valores”<sup>23</sup>. Por isso, conclui o renomado doutrinador, as reações estatais não conseguem estruturar solidamente a consciência coletiva frente a danosidade destas condutas.<sup>24</sup>

### 3. Associação diferencial e organização social diferencial

Tiedemann no seu *Leciones de derecho penal económico*, referindo-se às pesquisas sobre as causas do crime do colarinho branco, aponta que tradicionalmente está o interesse de lucro do autor e, por conseguinte, tem-se como um meio dissuasório adequado a cominação de penas de multa de elevada monta.<sup>25</sup> Mas há casos, como penso parece ocorrer no Brasil, em que o ganho fácil ou vantajoso explica apenas em parte a ocorrência de crimes como os de sonegação fiscal ou o de não-recolhimento das contribuições devidas à Previdência.

Com efeito, há uma cultura de acordo com a qual quem, por exemplo, não pagar impostos obtém melhores custos de produção, alcançando assim uma posição de privilégio. Isto indiretamente pressiona o concorrente que se vê quase compelido a fazer o mesmo para poder sobreviver no mercado, mantendo a competitividade. É o que Juan Jose Gonzalez Rus, na doutrina espanhola, chama de “efeito espiral ou resaca”.<sup>26</sup>

Por sua vez, como parece intuitivo, cada um dos fraudadores se converte em elo de uma nova espiral que pressiona outros

concorrentes. Assim, comportamentos deste tipo, sobretudo no âmbito dos impostos, produzem uma reação em cadeia que se vai transmitindo de um empresário a outro. Estas condutas são um grande fator criminógeno porque, além das falsificações, alcançam a própria ação da Administração que se vê fortemente comprometida com práticas como a da corrupção.

Nesse contexto, assumem relevo os mecanismos de *associação diferencial e identificação diferencial*. O primeiro faz com que o sujeito vá assimilando os valores do meio em que se desenvolve sua atividade profissional, até o ponto de assumilos completamente. A difusão de condutas fraudulentas pode chegar a ser norma dentro de uma determinada atividade que as apresenta como necessárias, louváveis e, inclusive, justas. Não é por acaso que se estabelece uma solidariedade de tal ordem que, nas situações em que o fisco autua o empresário, mais se ouvem lamentos do que o regozijo pela ação eficaz do poder público.

Já a identificação diferencial fará com que se assimile qualquer comportamento que logre obter as metas do sistema (êxito), acima de qualquer outra consideração. É o que se pode chamar de sucesso a qualquer preço.

É claro, como assinalam Agustín Fernández Albor e Carlos Martínez Pérez, que ao lado da teoria individual do comportamento criminal, Sutherland articulou uma tese social como fórmula explicativa do nascimento e desenvolvimento da delinquência do colarinho branco. Trata-se da teoria da organização ou associação social diferencial. De acordo com ela — sustentam estes autores —, em uma organização social heterogênea, o indivíduo, para poder atuar conforme às normas, vê-se submetido à pressões sociais contraditórias e múltiplas, derivadas dos distintos modelos de comportamento que marcam os diferentes grupos sociais. O fato de que existem tantos valores como grupos sociais, influen-

(23) El bien jurídico en los delitos económicos. *RBCCrim*, op. cit., n. 11, p. 44.

(24) Idem, *ibidem*.

(25) Op. cit. Barcelona : PPU, 1993, p. 260.

(26) *Los intereses económicos de los consumidores — protección penal*. Madrid : Instituto Nacional del Consumo, 1986, p. 38.

ciando de maneira contraditória o indivíduo, desemboca em um estado de desorganização ou de inorganização social.<sup>27</sup>

Deste modo, um sujeito pode tomar parte de um grupo que luta contra a criminalidade e, no entanto, paralelamente, integrar outro que a favorece. Assim, por exemplo, um empresário que, acumulando grandes somas, remete dólares para o exterior abrindo uma conta no estrangeiro, sem autorização legal, favorece a criminalidade com a evasão de divisas. Da mesma maneira, o empresário que compra matéria-prima mais barata de origem duvidosa pode estar favorecendo crimes como o roubo ou o furto, além da ação de quadrilhas.

Os autores citados sustentam que esta teoria pode não explicar tudo e, menos ainda, serve para explicar a causa do delito. Todavia, com ela pode-se entender o paradoxo apontado por Peña Cabrera, quando registra que os membros dos extratos sociais mais elevados a um tempo não rompem com os valores da sociedade a que pertencem e, a outro, os infringem.

De outro lado, se as normas penais em matéria econômica perdem em eficácia, isto não se dá apenas em razão de uma não internalização dos valores consagrados. Aqui parece ocorrer algo que os teóricos do *labelling approach* chamam de capacidade de “*contra restar*”, isto é, capacidade para reagir aos efeitos estigmatizadores da atividade etiquetada como criminosa. Enfim, os criminosos do colarinho branco são capazes de rejeitar “as significações que lhe tentam atribuir”.<sup>28</sup>

Assim, por exemplo, sonegar impostos num país onde se costuma dizer que o dinheiro arrecadado é mal dirigido ou, quan-

do não, alimenta bolsos corruptos, longe de ser uma prática a ser escondida, passa a ser objeto de justo aplauso e, de resto, poucos escondem que o fazem. Ou, por outra, comprar um objeto descaminhado quando no país vigia uma política de informática que, a pretexto de favorecer a indústria nacional, obrigava o consumidor a comprar computadores e seus acessórios ultrapassados e mais caros, era prática comum e sinal de inteligência.

É evidente que nestes casos a lei penal tem escassas condições de eficácia, pois não encontra uma cultura favorável para atuar como reforço em relação a valores preexistentes. Seja como for, é preciso reconhecer que sempre haverá práticas afrontadoras da lei que, no limite, implicarão na revisão desta. É o que Durkheim destacava como aspecto positivo do crime na evolução da sociedade.<sup>29</sup>

Há aqui um fio tênue entre a ação criminosa propriamente dita e a objeção de consciência que, neste caso, deslegitimaria o ilícito e poderia até mesmo representar uma forma de desobediência civil.

#### 4. Objeção de consciência

A desobediência civil consiste na transgressão da lei com vistas a criar uma situação de reação em cadeia que leve a reforma do diploma contra o qual ocorre a insurgência. Já a objeção de consciência, de acordo com Rafael Navarro-Valls e Javier Martinez-Torrón, seria a pretensão de que alguns comportamentos individuais, em princípio ilícitos, não são objeto de sanção, já que o objeto fez uma eleição preferindo obedecer à sua moral ou consciência do que a lei.<sup>30</sup>

(27) *Delicuencia y economia*. Santiago de Compostela : Universidad de Santiago de Compostela, 1983, p. 26.

(28) *A condição estratégica das normas*, op. cit., p. 100. Lembra o autor que “*desviado é uma pessoa a quem o etiquetamento foi aplicado com êxito*” (idem, ibidem).

(29) *As regras do método sociológico*, trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo : Cia. Editora Nacional, 8. ed., 1977, p. 61.

(30) *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madrid : McGraw-Hill, 1997, p. 10/11.

Com efeito, é sabido que há comportamentos individuais, inicialmente contrários à lei, mas cuja tenaz persistência, posteriormente, levou o legislador a aceitá-los como legítimos. Talvez a primeira destas manifestações seja a objeção quanto ao serviço militar em virtude de crença religiosa. Ou, num campo oposto, a dos médicos que, pela mesma razão, recusam-se, nos países em que o aborto é permitido, a fazê-lo.

Tratando da objeção de consciência fiscal, os citados autores assinalam que neste caso "*la pretensión del impago*" deve-se a valores de consciência como, por exemplo, o que repugna atividades belicosas.<sup>31</sup> Aqui, como se percebe, a finalidade não é depauperar o erário público e, sim, não contribuir para a realização de determinados gastos que se entendem imorais.

Será que neste caso o sonegador brasileiro poderia alegar objeção de consciência porque o dinheiro vai parar em lugares espúrios? Penso que não. Na verdade, o caminho natural de quem se opõe à forma pela qual o dinheiro público é gasto, não é a abstenção individual, mas o encaminhamento político desta insatisfação, não se descartando sequer a tomada de medidas judiciais hoje tão em voga. De outro lado, como se expôs supra, na melhor das hipóteses, quando o objetivo do sonegador não é enriquecer, e sim o de competir em condições de igualdade, também não há falar em objeção de consciência. É que um tal agir pode até não ser tão imoral, mas não pode ser equiparado a uma objeção de consciência exatamente porque não se assenta sobre um valor transcendente (religião, pacifismo etc.). Repousa única e exclusivamente no desejo de manter o negócio vivo. É, portanto, um interesse pessoal.

Assim, inexistindo qualquer dissenso quanto ao fim que o dinheiro a ser destinado ao fisco venha ter, não há falar em objeção de consciência, há sim vontade de le-

var vantagem indevida o que, em outros termos, traduz a ocorrência de crime.

Em resumo, nestas hipóteses de sonegação fiscal, é ininvocável a objeção de consciência para afastar a ilicitude do comportamento daquele que a prática.

## 5. Diferenciação de tratamento entre crimes comuns e de colarinho branco

Constitui uma espécie de lugar comum a idéia de que os ricos têm melhores advogados e, por isso, conseguem escapar das malhas da lei. E é verdade, às vezes. Mas a questão ganha maior interesse quando se indaga se isto ocorre em razão das leis e da jurisprudência, independentemente da ação dos advogados.

No plano abstrato da legislação, até a entrada em vigor da Lei 8.137/90, punia-se o sonegador primário, qualquer que fosse o montante ilicitamente alcançado, com sanção pecuniária.<sup>32</sup> Era, sem embargo de quaisquer interpretações que se possa dar ao fato, uma enorme indulgência do legislador que, no entanto, com a Lei 8.137/90, veio a ser erradicada. Todavia, este diploma, no seu art. 14, trouxe consigo a possibilidade de extinção da punibilidade que, entre idas e vindas, acabou sobrevivendo com a eclosão da Lei 9.430/96.

À primeira vista nada mais justo em se considerando, de um lado, o propósito incriminador que é, em primeira e última análise, garantir as receitas para o poder público e, de outro, que o direito penal é instrumento de *ultima ratio*.

O que não se compreende, e isto foi objeto de justa indignação da advogada Alexandra Lebelson Szafir, é o porquê de em crimes como o furto, máxime em um país que vive o angustiante problema da superlotação carcerária, em que as penas são iguais às da sonegação e também não há violência contra a pessoa, não haja previ-

(31) Idem, p. 81.

(32) Cf. art. 1.º, § 1.º, da Lei 4.729/65

são idêntica de extinção de punibilidade para os casos em que o agente, antes da denúncia, restitua a coisa.<sup>33</sup> Num regime democrático, conclui a renomada advogada, “não se pode admitir o binômio: “dois pesos e duas medidas”; o que se espera é que o legislador tenha a mesma preocupação com os pobres e os ricos....”.<sup>34</sup>

De outro lado, as penas cominadas ao furto qualificado e ao estelionato, pese embora a maior potencialidade lesiva deste delito, são acentuadamente diferenciadas. O furto qualificado tem nada menos do que dois anos de reclusão no patamar mínimo; já o estelionato, mesmo na hipótese qualificada, situa-se em um ano e quatro meses. Importa, porém, considerar que o estelionato, ainda que sem qualificação, é potencialmente muito mais danoso do que o furto.

Interessante notar, ainda, que o reconhecimento do privilégio no furto depende do pequeno valor da coisa (art. 155, § 2.º, do CP). Diferentemente, no estelionato perquire-se o “valor do prejuízo” (art. 171, § 1.º).

Dessa forma, percebe-se que o tratamento dado ao estelionatário é muito mais benigno. Sim, porque aqui não importa a extensão do golpe. É relevante apenas o resultado. No furto, ao contrário, é o valor da coisa em si o bastante para descaracterizar o privilégio.

Nessa linha de observação, é curioso notar que para o reconhecimento do homicídio privilegiado não se faz necessária a primariedade.

De tudo extrai-se que, não só há um tratamento mais rigoroso nos crimes patrimoniais como, também, nestes, quando se cuida da “*criminalidade dos pobres*”, redobra-se a severidade da lei e dos seus aplicadores. Aliás, a inconvivência do privilégio

nas hipóteses de furto qualificado, quando se admite em relação ao homicídio é algo incompreensível. Ou melhor inteligível à luz de óptica iniquamente repressiva.

Na jurisprudência, enquanto para os casos de evasão de divisas ou de gestão temerária se observa a articulação de fortalezas legalistas em torno da correta tipificação dos crimes,<sup>35</sup> o Superior Tribunal de Justiça veio a editar Súmula na qual prestigiou a interpretação de que brincando com jeito de arma implica na aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inc. I, do CP (Súmula 174).

Com efeito, o § 2.º do art. 157 do CP prescreve um aumento de pena que varia de um terço até a metade se: inc. I – “*a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma*”.

Em que pese a clareza do dispositivo, tanto no Supremo Tribunal Federal,<sup>36</sup> quanto no Superior Tribunal de Justiça<sup>37</sup> pacificou-se o entendimento segundo o qual o que importa para a incidência da qualificadora em foco é a capacidade de se tolher a resistência da vítima.

Com razão o Des. Silva Leme, em magnífico voto vencido, sem margem a dúvidas, deixou expresso o seguinte:

(35) Sobre a evasão de divisas é emblemática a decisão do caso de um conhecido dono de Faculdades, depois Deputado Federal, que levava mais de cem mil dólares para fora do país quando veio a ser detido. O TRF da 3.ª Região (HC 027/89) trancou a ação penal sob o argumento de que não agiu com qualquer ardil, subterfúgio ou meio suscetível de iludir a fiscalização. Já no que atina com a gestão temerária, em recente acórdão o mesmo Tribunal pela voz eloquente da ilustre Des. Federal Sylvia Steiner, com largo desenvolvimento da eficácia do princípio da legalidade, reconheceu-se a inexistência do crime dentro de uma interpretação acertadamente restritiva do tipo penal que, de resto, é muito vago e beira a inconstitucionalidade (HC 96.03.077760-9).

(36) RTJ 114/341.

(37) RT 654/362.

(33) O direito penal dos ricos. *Boletim do IBCCrim*, n. 54, p. 8.

(34) Idem, *ibidem*.

“O Código Penal refere-se, expressamente, a arma, e revólver de brinquedo não é arma. É apenas brinquedo, pouco importante que tivesse sido tomada como arma de verdade pela vítima e lograsse intimidá-la a ponto de deixar-se despojar de seus haveres. O brinquedo serviu para caracterizar o roubo, mas não para qualificá-lo” (TJSP, *RJTJSP* 84/378).<sup>38</sup>

Na doutrina, com a costumeira lucidez, o saudoso Prof. Heleno Fragoso advertia que o fundamento da qualificadora “reside no maior perigo que o emprego da arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria), tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. Arma fictícia (revólver de brinquedo), se é meio idôneo para a prática de ameaça, não é bastante para qualificar o roubo”.<sup>39</sup>

A interpretação consagrada pelos tribunais, superiores e locais, ante a clareza da lei, só pode ser entendida como uma tentativa de responder à escalada criminosa de maneira mais draconiana, ainda que afrontando o princípio da legalidade.

São tantas, tão variadas e díspares as formas de diferenciação no tratamento legal e jurisprudencial, que, passados quase 50 anos da obra de Sutherland, suas afirmações, ao menos neste particular, continuam atuais. Resta saber se este descompasso será diminuído ou dilatado. A tendência, como endurecimento legislativo e pretoriano, parece ser a de nivelar tudo por baixo, isto é, tratar-se com severidade todos os casos. Seria isto adequado?

(38) Apud Alberto Silva Franco e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 4. ed., 1992, p. 1072.

(39) *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 7. ed., 1992, p. 296. Diferente é o entendimento de Hungria para quem a *ratio* da qualificadora “é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir” (*Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro : Forense, 4. ed., 1980, v. VII, p. 58).

## 6. Conclusão

Na linha do que escreveu o antropólogo Roberto da Mata em *A casa e a rua*<sup>40</sup> pode-se afirmar que há um fosso, quando não uma verdadeira contradição, entre os valores cultuados em público e aqueles concretizados no âmbito privado. Assim, no que concerne aos empresários, é curioso observar como há um discurso profundamente moralista quando se trata de condenar crimes praticados por outros e, nesse diapasão, notadamente, o dos menos favorecidos que, via de regra, furtam e roubam.

Esta aparente integridade quanto ao respeito aos valores fundamentais da comunidade parece cessar quando se trata de sonegação fiscal ou crimes ligados à Previdência Social. Aqui parece ocorrer o fenômeno da *associação diferencial* ou da *identificação diferencial*, no qual, como visto, a difusão de condutas fraudulentas chega a ser norma dentro de determinadas atividades, substituindo os valores originais e apresentando práticas fraudadoras como necessárias, louváveis e, inclusive, justas.<sup>41</sup>

Por isso, não muito infreqüentemente, ouvem-se expressões de consolo e conforto em relação àquele que teve a *desventura* de ser apanhado pelas malhas da fiscalização e, posteriormente, levado às barras do tribunal. Afinal, poderia haver algo mais legítimo do que sonegar quando se julga que os impostos são exorbitantes e que, por outro lado, pagando-os não se pode fazer frente à concorrência? Isso para não falar nos casos onde se alega que o dinheiro arrecadado é destinado para setores ou atividades *pouco legítimos*.

(40) Ob. cit. São Paulo : Brasiliense, 1985, p. 12 e et seq.

(41) Nesse sentido a observação de Juan Gonzales Rus em *Los intereses economicos de los consumidores — Proteccion penal*, op. cit., p. 39.

Embora situações como esta minem a eficácia das normas, já que estas andam em descompasso com a ação de outras instâncias motivadoras, fazendo com que sua atuação ocorra de maneira débil,<sup>42</sup> não se pode perder de vista que órgãos de controle e repressão como polícia e Secretarias da Fazenda têm tido uma atuação que se pode dizer implacável. E isto é fruto, sem dúvida alguma, de uma vontade política decorrente de uma mudança cultural. Assim, passe a fiscalizar com maior intensidade práticas antes tidas como irrelevantes ou, ainda que não, toleradas em razão da “respeitabilidade” e poder dos infratores.

Com a democratização da sociedade, ficando esta menos relacional, isto é, onde o império da lei pode ser imposto com mais independência, ainda que não de forma absoluta, cria-se um caldo cultural que reforça, mais que a consciência, a necessidade de se reprimirem condutas que em primeira e última análise revelam-se muito mais danosas do que os furtos e roubos. Agregue-se a tudo o fato de que na mídia também há, hoje, um forte apelo à publicação dos escândalos econômicos que, de resto, encontram um amplo público leitor.

Mas tudo isto é apenas parte da modificação do tratamento dado aos crimes do colarinho branco. Na verdade, a grande virada ocorrerá quando sonegar ou comprar bens oriundos do descaminho forem práticas vergonhosas, isto é, quando, para exemplificar, o empresário sentir-se isolado, sozinho, na sonegação e com um comportamento reprovável. E isto só ocorrerá, de um lado, com a instituição de políticas fiscais mais racionais e, de outro, com a diminuição da corrupção que mina a credibilidade das ações de governo e, por via oblíqua, “legítima” este tipo de delinquência.

Por fim, é preciso registrar que, embora os excessos em matéria de atuação do po-

der público e da mídia em face dos crimes ocorridos no âmbito dos negócios, sejam frequentes, resta muito a ser feito nessa área para se aperfeiçoar a fiscalização repressão. Todavia, os erros do passado no que tange à criminalidade comum não podem ser repetidos porque isto avilta a cidadania e agiganta a cultura do arbítrio já tão disseminada entre nós. Ao contrário, espera-se que o tratamento a se dispensar a esta nova camada criminosa, que provém dos estratos superiores da sociedade, possa iluminar todo o sistema penal com o respeito ao mero suspeito, às garantias da legalidade e do devido processo legal, além, é claro, de um sistema prisional mais humano.

## Bibliografia

- ALBOR, Agustín Fernández. *Estudios sobre criminalidad económica*. Barcelona : Bosch, 1978.
- ALBOR, Agustín Fernández e PÉREZ, Carlos Martínez. *Delincuencia y economía*. Santiago de Compostela, 1983.
- CORREIA, Eduardo. Notas críticas à penalização de actividades económicas, *Direito penal económico*. Coimbra : Centro de Estudos Judiciários-CEJ, 1985.
- DOTTI, René Ariel. Algumas reflexões sobre o direito penal dos negócios, *Direito penal dos negócios. Crimes do colarinho branco*, coord. Eduardo Augusto Muylaert Antunes. São Paulo : AASP, s. data.
- CABRERA, Peña. El bien jurídico en los delitos económicos (com referencia al código penal peruano), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : RT, 1995, n. 11.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal y control social*. Jerez : Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- DURKHEIM, Emile. *A divisão do trabalho social*, v. 1, 2. ed. Lisboa : Presença, 1984.
- . *As regras do método sociológico*, trad. de Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 8. ed., 1977.
- FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano*. São Paulo : Brasiliense, 1984.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, tit. or. *Surveiller et punir*, trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Rio de Janeiro : Vozes, 2. ed., 1983.

(42) Assim Muñoz Conde em *Derecho Penal e control social*. Jerez : Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 38.

- MARTEAU, Juan Félix. *A condição estratégica das normas*. São Paulo : Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.
- MATA, Roberto da. *A casa e a rua*. São Paulo : Brasiliense, 1985.
- . As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. *A violência brasileira*, coord. Paulo Sérgio Pinheiro. São Paulo : Brasiliense, 1982.
- NAVARRO-VALLS, Rafael e MARTINEZ-TORRÓN, Javier: *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madri : Ciências Jurídicas, 1977.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo : RT, 1973.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e crise política: o caso das polícias militares. *A violência brasileira*. São Paulo : Brasiliense, 1982.
- RUS, Juan José Gonzalez. *Los intereses económicos de los consumidores – protección penal*. Madri : Instituto Nacional Del Consumo – Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986.
- SÁNCHEZ, Jorge Pinzón e FLÓREZ, Fernando Carrillo. *Sector financiero y delincuencia económica*. Bogotá : Temis, 1985.
- SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor. Perspectiva criminológica e penal. *Fascículos de ciências penais*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991, ano 4, v. 4, n. 2.
- SUTHERLAND, Edwin H. *Il crimine dei colletti bianchi*, trad. Gabrio Forti. Milão : Giuffré, 1987.
- SZAFIR, Alexandra Lebelson. O direito penal dos ricos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências criminais*. São Paulo, n. 54.
- TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona : Ariel S.A., 1985.
- . *Leciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 1993.
- TORON, Alberto Zacharias. Aspectos Penais da Proteção ao Consumidor. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : RT, 1995, n. 11.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá : Temis, 2. ed., 1990.

## 2. DOCTRINA NACIONAL

---

### 2.2

#### NOVAS PENAS “ALTERNATIVAS”

##### Uma análise pragmática

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

**SUMÁRIO:** 1. Considerações preliminares – 2. Incoerência da política criminal brasileira – 3. “Gancho” para novas exasperações de penas – 4. Requisitos ou pressupostos necessários à substituição: 4.1 Novos aspectos nos critérios orientadores da substituição: 4.1.1 Substituição por duas penas restritivas de direitos: executoriedade simultânea; 4.1.2 Substituição nos crimes culposos; 4.1.3 Substituição nas penas de até um ano; 4.1.4 Substituição nas penas de até seis meses de prisão – 5. Análise político-criminal da reincidência: 5.1 Relatividade dos efeitos da reincidência: 5.1.1 Sentido e alcance da expressão “socialmente recomendável”; 5.2 Reincidência “específica” em crime doloso – 6. Retroatividade e irretroatividade da lei penal; 6.1 Retroatividade das novas penas restritivas de direitos; 6.2 Retroatividade e competência funcional; 6.3 Reincidência dolosa e processo em grau recursal – 7. Outras questões apresentadas pela Lei 9.714/98: 7.1. Crimes hediondos e a Lei 9.714/98; 7.2 “Conflito” político-criminal entre as Leis 9.714/98 e 9.099/95: 7.2.1 Lesão corporal leve dolosa, ameaça e constrangimento ilegal: 7.3 Limites das novas penas alternativas e a suspensão condicional do processo: 7.3.1 Divergência quanto aos requisitos de admissibilidade.

**Resumo:** O texto aborda os aspectos da Lei 9.714/98 – Lei das Penas “Alternativas”; analisando seus aspectos gerais de aplicabilidade no contexto do processo criminal brasileiro. Faz também uma abordagem específica das modalidades e dos aspectos objetivos e subjetivos para a sua executividade. Enfoca questões controvertidas, tais como crimes hediondos e a Lei 9.714/98 e o conflito entre esta Lei e a Lei 9.099.

**Palavras-chave:** Pena – Penas alternativas – Penas substitutivas – Lei 9.714/98 – Crimes hediondos e Lei 9.714/98 – Lei 9.099/95 e Lei 9.714/98.

#### 1. Considerações preliminares

Para se falar em “novas penas alternativas”, deve-se esclarecer, inicialmente, uma pequena curiosidade: em primeiro lugar, não são “*penas novas*” e, em segun-

do lugar, não são *alternativas*, visto que as duas grandes “novidades” foram a “prestação pecuniária” e a “perda de bens e valores”. De um lado, a “*prestação pecuniária*” não passa de um “neologismo jurídico” para definir a “*multa reparatória*”, que já era defendida no final do século passado, para certas infrações penais, por Garofalo e Adolphe Prins, nos primórdios da *União Internacional de Direito Penal*; da mesma forma, a “*perda de bens e valores*” representa apenas um eufemismo utilizado pelo legislador contemporâneo, para adotar, disfarçadamente, a velha e proscrita “*pena de confisco*”. De outro lado, as referidas penas também não são *alternativas*, mas *substitutivas*, posto que só podem ser aplicadas em *substituição* à pena privativa de liberdade concretizada na decisão condenatória (arts. 44, *caput*, 54 e

55, CP). Ademais, embora se fale insistentemente em *penas alternativas*, tanto a reforma penal de 1984 quanto a atual Lei 9.714/98 as definem como penas “restritivas de direitos” (Título V, Capítulo I, Seção II, da Parte Geral do CP). Enfim, são duas velhas *penas pecuniárias* “travestidas”, na linguagem do legislador, de “restritivas de direitos”.

No entanto, em razão da profusão de leis penais que invadem constantemente o conturbado ordenamento jurídico-penal brasileiro, a utilização das referidas “penas alternativas” demandam, ainda, mais um esclarecimento. Na verdade, as ditas *penas alternativas*, definidas como “restritivas de direitos” foram utilizadas, inicialmente, pela reforma penal de 1984, tão somente em “*caráter substitutivo*”. Posteriormente, a Lei 9.099/95, com sua *política criminal consensual* *descarcerizadora*, adotou as penas restritivas de direitos em “*caráter alternativo*” e, finalmente, o Código de Trânsito Brasileiro adota “penas restritivas de direitos” na condição de “*pena principal*”, se assim se pode falar, na ausência de *pena acessória* ou secundária, mas, enfim, as utiliza, em regra, *cumulativamente* com a pena privativa de liberdade. Em outros termos, as “penas restritivas de direitos” especificamente previstas nas Leis 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) não têm natureza *alternativa* nem *substitutiva*, ao contrário do que ocorre com a Lei 9.099/95 e o Código Penal, quer com a redação da Lei 7.209/84 quer com a nova redação da Lei 9.714/98. A Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), por sua vez, prevê as suas próprias “penas restritivas de direitos” que, a exemplo do Código Penal, têm natureza substitutiva.

Resumindo, as “penas restritivas de direitos”, ditas *alternativas*, passaram a ser adotadas como penas *substitutivas* (no Código Penal e na Lei 9.605/98), *alternativas* (na Lei 9.099/95) e, finalmente, como *penas principais* ou *cumulativas* (na Lei 9.503/97).

## 2. Incoerência da política criminal brasileira

Depois de tanto debate, de tanta movimentação nos meios jurídicos, políticos e acadêmicos, depois de uma grande mobilização na mídia nacional sobre a “criação” de *novas e progressistas penas alternativas*, enfaticamente destacadas como *um rol de quatorze alternativas*, o nosso ordenamento jurídico acaba recebendo, acanhadamente, através da Lei 9.714/98, somente duas “*novas alternativas*” — *prestação pecuniária e perda de bens e valores* — falaciosamente denominadas de *penas restritivas de direitos*, além de mais duas “*subespécies*”, quais sejam, a indigitada “prestação de outra natureza”, que é uma espécie de segunda reserva, na medida em que é *substituta de uma pena substitutiva*, e a “proibição de freqüentar determinados lugares”, uma “*nova modalidade*” de, acreditam, “interdição temporária de direitos”!

Na verdade, mais uma vez aqui se faz presente com grande eloqüência a *fúria arrecadadora* que visa, em primeiro plano, abastecer as arcas do Tesouro Nacional, locupletando-se com a sua própria torpeza e falta de ética. Essa *ganância* atinge as raias da *imoralidade* quando o legislador tenta garantir o locupletamento do Estado com a própria criminalidade que, antes de tudo, deveria combater eficaz e seriamente, *ao invés de criar “alternativas de arrecadação”*, como fez nesta lei. Pois, sob o pretexto de lançar *novas alternativas à pena privativa de liberdade*, chega ao ridículo de definir, como *penas restritivas de direitos*, sanções que, por sua própria natureza, são historicamente conceituadas como *penas pecuniárias* (multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores). Nesse sentido, fazendo eco com nossa crítica, convém recordar o magistério de Basileu Garcia<sup>1</sup> que, inconformado

(1) Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, vol. I, tomo II, 6. ed., 1982, p. 506.

com a destinação do produto das penas pecuniárias, afirmava: “percebe-se, porém, certa nota de imoralidade nesse enriquecimento do Estado às expensas do crime, que lhe compete prevenir, dir-se-ia que se locupleta invocando a sua própria ineficiência, para não mencionar a sua própria torpeza, conforme brocardo proibitivo. Daí – prossegue Basileu Garcia – a impreterível necessidade de se canalizarem os proventos originários dessa fonte impura unicamente para as salvadoras funções de prevenção geral e especial, buscando com eles atenuar a criminalidade e sanar as chagas deixadas por esse flagelo no organismo social”.<sup>2</sup>

Essa *ganância devastadora* fica ainda mais clara quando, ao *definir a destinação* de uma pena nitidamente de *caráter indenizatório* – prestação pecuniária – prevê *como destinatário* “entidades públicas ou privadas com finalidade social”. À evidência, nesse particular, doutrina e jurisprudência precisam esclarecer que tais entidades serão *destinatárias subsidiárias*, do produto arrecadado com a aplicação dessa sanção, isto é, somente se não houver “vítima ou dependentes” da infração penal ou, então, não houver dano efetivo a reparar.

A *intenção puramente arrecadadora* do legislador fica ainda mais clara, quando se constata que, das *três sanções pecuniárias*, somente aquela que tem *caráter indenizatório* e destina-se à vítima do delito – prestações pecuniárias – recebe *previsão de destinação alternativa* para “entidade pública ou privada com destinação social”. Curiosamente, as outras duas sanções penais – multa e perda de bens e valores – que se destinam, corretamente, é bom que se diga, ao *Fundo Penitenciário Nacional*, não receberam a mesma previsão de *destinação alternativa* da arrecadação, para entidade pública ou privada com destinação social”.

Enfim, nós que somos defensores incansáveis da *pena pecuniária*, por todas

as razões que expusemos ao abordarmos esse tema,<sup>3</sup> não podíamos deixar de fazer, em relação as novas sanções pecuniárias, esta análise crítica, para provocar uma boa reflexão sobre o assunto.

A despeito da grande expectativa pelas necessárias e esperadas “penas alternativas”, vemos com grande ceticismo o futuro de tais sanções, pela *falta de vontade política* em dotar de infra-estrutura necessária para permitir a sua adequada *operacionalização*, o que, aliás, não constitui nenhuma novidade no direito brasileiro. Lembremos, com certa tristeza, o exemplo mal sucedido da Reforma Penal de 1984, que dotou o sistema penal brasileiro de alternativas tais que, segundo se acreditava, dificilmente algum apenado com até dois anos de prisão iria para a penitenciária, pois, além do *sursis*, “criou-se as penas restritivas de direitos e revitalizou a pena de multa, com a adoção do sistema dias-multa”.<sup>4</sup> O resultado final, como era de se prever, deu no que deu: nenhum Estado da Federação se dispôs a construir as denominadas “casas de albergados”, de pequeno custo em termos de arquitetura penitenciária; os convênios com as entidades filantrópicas, assistenciais e congêneres, com raríssimas exceções, não foram celebrados e o sistema penitenciário nacional não recebeu *dotação orçamentária* necessária e adequada para tornar possível a aplicação e execução das então *inovadoras alternativas* à pena privativa de liberdade, consagradas pela Reforma Penal de 1984.

Ante esse quadro desolador, o que se viu foi a falta de coragem, como regra, do Poder Judiciário Brasileiro em aplicar não só a *pena justa e necessária*, mas fundamentalmente a *pena legal* a que milhares de sentenciados tinham direito, violando, indiscriminadamente, os direitos constitu-

(3) Nesse sentido, ver nosso *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993.

(4) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*, p. 603.

(2) Idem, *ibidem*.

cionais do cidadão, sob o falacioso argumento de que não tinha como fiscalizar a sua execução. Acontecia, não raro, das duas uma: ou se ignorava as alternativas e recolhia-se à prisão ou, ao contrário, se concedia “*sursis*” simples, sem qualquer fiscalização, com fundamento legal equivocado, pois se ignorava que a autorização do art. 3.º, parágrafo único, da Lei 7.209 limitava-se a um ano de sua vigência. Em razão dessa *convivência institucional*, as penitenciárias continuaram abarrotadas, contendo, dentre sua população, milhares de indivíduos condenados com penas inferiores a um ano. Mas a consequência direta e mais grave dessa *má aplicação das alternativas* consagradas pela Reforma Penal de 1984 foi a sensação de *impunidade* que teve, como subproduto, a adoção da *política criminal funcional*, que se iniciou com as leis dos crimes hediondos, do crime organizado e similares.<sup>5</sup>

Com efeito, corre-se o risco, novamente, de vermos o fracasso e a não aplicação das “novas penas alternativas”, nos limites disciplinados pela Lei 9.714/98. Mas, neste caso, a culpa, mais do que do Poder Judiciário, será do próprio Poder Central que insiste em tratar, *simbolicamente*, dos problemas de combate à criminalidade e do caos do *sistema penitenciário*. Em outros termos, se não houver *vontade política* de tornar efetiva a operacionalização das “novas penas e velhas medidas” alternativas à prisão, traduzida na dotação orçamentária necessária, com criação de quadro de técnicos especializados para acompanhamento e fiscalização da execução das novas penas, construção em massa de casas de albergados, adoção de uma política pública de convênios das entidades referidas no art. 46, § 2.º, do CP, com o sistema criminal e apoio a todas as unidades federativas, o insucesso da *nova política criminal* será inevitável por duas ra-

zões: de um lado, pela não aplicação das alternativas, quando cabíveis, violando os direitos do sentenciado; de outro lado, pela aplicação correta da previsão legal da substituição, mas sem nenhuma possibilidade de controle e fiscalização de sua execução.

Na verdade, é fundamental que o Poder Central desperte para a importância de investir na criação de infra-estrutura para tornar possível a aplicação eficaz das penas restritivas de direitos; se não for por inteligência, até pela economia que essas alternativas representarão para cofres públicos, já estará justificado o esforço governamental, na medida em que *é muito mais econômico estruturar o sistema para cumprir penas alternativas* do que criar novas vagas nas penitenciárias.

### 3. “Gancho” para novas exasperações de penas

A ampliação da possibilidade de substituição de pena de até quatro anos, embora a princípio represente a adoção de uma *política criminal descarcerizadora*, pode trazer embutido em suas entranhas o embrião da *velha política criminal funcional* vigente em nosso país, digamos, como uma bomba armada de efeito retardado. Vejamos o seguinte: ninguém ignora que vivemos, nesta década, uma política de *exacerbação de penas* e endurecimento de regimes, como “meio de combate à violência e criminalidade”, independentemente de qualquer resultado prático. Com algum tempo de vigência dos novos limites para aplicação de penas alternativas, mantendo-se as dificuldades atuais, o que é previsível, ante a ausência de vontade política de combate eficaz à criminalidade, estes novos limites para uso da pena substitutiva, certamente, servirão de “desculpa” para que se volte a *exasperar as penas* de muitas infrações penais, com a finalidade de impedir a aplicação das penas restritivas de direitos. Gostaríamos de estar equivocados, mas quem viver verá!

(5) Damásio de Jesus. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 4.

Vivencia-se, atualmente, uma “sede de punir”, constatando-se uma febril criminalização: novos tipos penais e exasperação das sanções criminais são objeto de constante preocupação do Poder Central. Como tivemos oportunidade de afirmar, “as políticas de descriminalização, despenalização e desjurisdicionalização não fazem mais parte da ordem do dia. Orquestra-se uma política de reforma legislativa na área de *direito material* que apontam no rumo da criminalização maciça, no agravamento das sanções penais, no endurecimento dos regimes penais, e, na *área processual*, que sustentam a redução, simplificação e remoção de “obstáculos formais que possam, eventualmente, dificultar uma *imediate e funcional* resposta penal, com graves violações dos direitos fundamentais do cidadão”.<sup>6</sup>

Enfim, faz-se grande estardalhaço na mídia<sup>7</sup> e nos meios políticos, como simples *discurso legitimador* do abandono progressivo das garantias fundamentais do *Direito Penal da Culpabilidade*, com a *desproteção* de bens jurídicos individuais e determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros, e a adoção da responsabilidade objetiva, dos crimes de perigo abstrato, esquecendo, como afirma Ferrajoli,<sup>8</sup> que “a pena não serve unicamente para prevenir os *injustos crimes*, mas também para prevenir os *injustos castigos*”. Quando da edição da Lei 9.099/95, em meio a tradicional política criminal funcional – representada pela *lei dos crimes hediondos, da criminalidade*

*organizada, dos crimes de especial gravidade* – chegamos a afirmar que a Lei 9.099/95 só podia ser produto de equívoco do legislador brasileiro (um feliz equívoco) que, provavelmente, não sabia exatamente o que estava aprovando, caso contrário não o teria feito; pois, na verdade, aquele diploma legal foi aprovado através de “voto de liderança”. Voltamos a acreditar que tenha ocorrido algo semelhante com a Lei 9.714/98. Oxalá estejamos errados, e os novos limites autorizadores da aplicação de *penas substitutivas* não venham, em um futuro próximo, servir de “motivo” para novas exasperações penais.

#### 4. Requisitos ou pressupostos necessários à substituição

As penas restritivas de direitos não podem ser *suspensas*, segundo o disposto no texto legal (art. 80 do CP). Como a referida sanção já é uma *medida alternativa* à pena de prisão, não teria sentido *suspender-lá* e, ademais, duas delas – limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade – são *condições obrigatórias* do primeiro ano de prova do *sursis* simples. As penas restritivas, a exemplo de Portugal, tampouco podem ser *substituídas* por multa, ressalvada a hipótese da chamada “pena inominada”, de duvidosa constitucionalidade (art. 45, § 2.º). O *Projeto de Código Penal Espanhol de 1980*, além de permitir o *cumprimento subsidiário em domicílio*, contemplava a possibilidade de *substituir o arresto de fim de semana* por multa. Felizmente, a *Proposta de Anteprojeto de 1983* eliminou essas duas possibilidades que *diminuíam*, para não dizer, *anulavam*, todo o *sentido intimidativo* do instituto.

A aplicação de pena *restritiva de direitos* em *substituição* à pena privativa de liberdade está condicionada a determinados *pressupostos* (ou requisitos) – uns objetivos, outros subjetivos – que devem estar presentes *simultaneamente*. São os seguintes:

(6) Cezar Roberto Bitencourt. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 44.

(7) Raul Cervini. Incidencia de las “mass media” en la expansión del control penal en Latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 5/36, 1994.

(8) Luigi Ferrajoli. El derecho penal mínimo, *Revista poder y control*, n. 0. Barcelona, 1986, p. 37.

### 1.º Requisitos objetivos:

a) *Quantidade de pena aplicada* — Pena não superior a quatro anos — reclusão ou detenção — independentemente da natureza do crime — *doloso* ou *culposo* — pode ser *substituída* por pena restritiva de direitos. Estas penas — restritivas de direitos — apesar de *autônomas*, não perdem seu caráter de *substitutivas* ou “alternativas”, pois além de não serem contempladas nos tipos penais da parte especial, como as demais, limitam-se àqueles *crimes dolosos* que receberem *in concreto* pena privativa de liberdade não superior a quatro anos ou, aos *crimes culposos*, independentemente da pena aplicada. Para penas *concretizadas* na sentença de até quatro anos, inclusive, não se faz distinção entre crime doloso e crime culposo: a pena privativa de liberdade de qualquer dos dois poderá ser objeto de *substituição*, desde que satisfeitos os demais requisitos.

b) *Natureza do crime cometido* — Em relação à *natureza do crime*, privilegia-se os de *natureza culposa*, pois, para estes, permite-se a *substituição* da pena privativa de liberdade independentemente da *quantidade* de pena aplicada. Por isso, é fundamental a análise da natureza do crime — se doloso ou culposo — na medida que, para o crime culposos, não há limite da pena aplicada. Ressalva-se, apenas, que pena superior a um ano de prisão, a *substituição* deverá ser por *uma pena restritiva de direitos*, a cabível na espécie, e *multa*, ou então, por *duas penas restritivas de direitos*, desde que possam ser executadas simultaneamente.

A *conduta culposa*, hoje bem mais frequente, objeto de *menor reprovabilidade*, normalmente decorre da ausência dos cuidados devidos (objetivos) na realização de um comportamento normalmente lícito. Os autores desses comportamentos *descuidados* que, às vezes, causam um resultado típico, de regra, não necessitam ser *ressocializados* e a imposição de uma *pena privativa de liberdade* revela-se absolutamen-

te desnecessária, sem qualquer sentido preventivo especial. Nesse aspecto, merece aplausos a previsão para os *crimes culposos*, sem impor *limite quantitativo* da pena privativa, pois sua *substituição* será apenas uma possibilidade *condicionada* a todas as circunstâncias sintetizadas nos requisitos ora examinados. Onde as circunstâncias gerais que cercarem o fato e o agente não recomendarem a substituição, esta não deverá ocorrer.

A possibilidade de se *substituir* por uma pena restritiva de direitos e multa pena superior a um ano, *não impede* que seja possível a *aplicação cumulativa* de pena restritiva de direitos e multa em infrações penais com penas de até um ano, inclusive. Será possível a *aplicação cumulativa* em delitos que *cominem* pena privativa de liberdade *cumulada* com a de multa, como ocorre, por exemplo, com os *crimes de usurpação* (arts. 161 e 162 do CP). Com efeito, *substitui-se* a pena privativa de liberdade por uma restritiva e *mantém-se* a pena de multa. Caso contrário, *quando a lei prevê cumulativamente pena privativa de liberdade e multa*, o juiz ficaria sempre impossibilitado de fazer a *substituição da pena de prisão*, porque também não pode deixar de aplicar a pena de multa prevista *cumulativamente*. E não é esse o espírito do Código. O que a lei não permite, efetivamente, é a *substituição cumulativa* — que não se confunde com *aplicação cumulativa* — das duas penas referidas para crimes com penas de até um ano (art. 44, § 2.º). Mas, nesse caso, é indiferente que se trate de crime doloso ou culposos. A verdade é que a *substituição cumulativa* permitida *restringe-se* às condenações de pena privativa de liberdade superiores a um ano.

Enfim, quando a condenação não for superior a um ano de prisão, esta poderá ser substituída por pena de multa. Antes da Lei 9.714/98, a *multa substitutiva* era admitida somente para pena de até seis meses de prisão (art. 60, § 2.º). Na verdade, agora, pena privativa de liberdade, não superior a

um ano, pode ser substituída ou por multa ou por restritiva de direitos, ou uma ou outra, nunca pelas duas cumulativamente. As *circunstâncias gerais* é que determinarão qual das duas *substituições*, no caso concreto, será a mais recomendável. A *conveniência* de uma ou outra *substituição* será indicada pelos elementos do art. 44, III, do CP. Se tais elementos indicarem a *suficiência da substituição* por multa e essa sanção revelar-se *a menos grave para o apenado*, então essa será a *sanção recomendável* ou, na linguagem de Von Litz, será a *pena justa*. Ou então, a *substituição* poderá ser por uma pena restritiva de direitos, se tal *substituição* se mostrar recomendável.

c) *Modalidade de execução: sem violência ou grave ameaça à pessoa* – A ampliação do cabimento das *penas alternativas*, para pena não superior a quatro anos, *recomendou* que também se ampliasse o *elenco de requisitos necessários*, isto é, das restrições. Passa-se a considerar, aqui, não só o *desvalor do resultado*, mas, fundamentalmente, o *desvalor da ação* que, nos *crimes violentos*, é, sem dúvida, muito maior e, conseqüentemente, seu autor não deve merecer o *benefício da substituição*. Por isso, se afasta, prudentemente, a possibilidade de *substituição* de penas para aquelas infrações que forem praticadas “com violência ou grave ameaça à pessoa”. Cumpre destacar-se que a *violência contra a coisa*, como ocorre, por exemplo, no *furto qualificado com rompimento de obstáculo* (art. 155, § 4.º, I), não é fator impeditivo, por si só, da concessão da *substituição*.

Contudo, recomenda-se *prudência* no exame de todos os requisitos, mas especialmente deste, sob pena de imaginar-se, equivocadamente, que não mais poderiam ser beneficiados com *penas restritivas de direitos*, entre outros, os crimes de *lesão corporal leve dolosa* (art. 129), de *constrangimento ilegal* (art. 146) e de *ameaça* (art. 147), pois, ou são praticados *com violência* – o primeiro – ou *com grave ameaça à pessoa* – os outros dois. No entanto,

essa *limitação*, criada pela lei em exame, não se aplica a crimes como os enunciados, pelo simples fato de se incluírem na definição de “*infrações de menor potencial ofensivo*” (art. 61 da Lei 9.099/95) e, por conseqüente, deverão continuar recebendo o mesmo tratamento disciplinado pela *Lei dos Juizados Especiais*, com direito às sanções que lá, na seara dos juizados, são, efetivamente, *penas alternativas*, e não, simplesmente, *substitutivas*, como ocorre no bojo do Código Penal, a despeito do alarde sobre sua *natureza alternativa*.

De certa forma, esta Lei 9.714/98, como tantas outras das chamadas “reformas pontuais”, cria uma certa *desarmonia* no sistema penal brasileiro que, na verdade, nunca foi tão *harmonioso* assim. Mas, enfim, havia uma boa *sistematização político-criminal* em nosso ordenamento jurídico-penal, que começou a desmoronar com a edição das leis dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), do crime organizado (9.034/95), Projeto de Lei dos Crimes de Especial Gravidade, lei que redefiniu as infrações patrimoniais (9.426/96), do meio ambiente (9.605/98), entre outras. Agora, esta Lei 9.714, *assistemática*, acaba destruindo o que restava de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro, *ignorando o princípio da proporcionalidade* com desrespeito à importância do bem jurídico, *dificultando* a aplicação do *sursis*, do *regime aberto* e da própria *prisão domiciliar*, equiparando ou superpondo *sanções penais e efeitos da condenação* (arts. 45, § 3.º, e 91, II, ambos do CP), *desconhecendo e omitindo* as remissões que se faziam indispensáveis a vários dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, *colidindo*, de certa forma, *com a política criminal adotada pela Lei 9.099/95* e sua definição de *infrações de menor potencial ofensivo*, entre tantas outras dificuldades que não podem ser aqui examinadas. Pois todas essas questões exigirão demasiado esforço interpretativo e dogmático para se chegar, pelo menos, a um entendimento razoável do ordenamento jurídico-penal brasileiro,

a partir da edição da Lei 9.714, aparentemente, inofensiva.

## 2.º Requisitos subjetivos.

a) *Réu não reincidente em crime doloso* — As penas restritivas de direitos são, em tese, inaplicáveis em casos de *reincidência* (art. 44, II, CP). Aqui, na redação determinada pela Lei 7.209/84, diferentemente da *suspensão condicional*, não se fazia qualquer distinção entre *reincidente em crime doloso* e *reincidente em crime culposo*. Agora, com a nova redação, determinada pela Lei 9.714, somente a *reincidência em crime doloso* pode, em princípio, impedir a *substituição* em análise. Dessa forma, aumenta-se a liberalidade: basta que um dos crimes (a condenação anterior ou a atual), seja culposo e não haverá *reincidência dolosa*. A própria *reincidência em crime doloso*, agora, não é fator de impedimento absoluto, pois, “em face de condenação anterior”, a medida (substituição) poderá ser “socialmente recomendável”. Muito se terá que dizer sobre este tópico. Somente a *reincidência específica* (art. 44, § 3.º, *in fine*) constitui *impedimento absoluto* para a aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade aplicada.

Essa nova previsão, admitindo, excepcionalmente, *penas restritivas de direitos*, mesmo a *condenados reincidentes*, assemelha-se ao *Projeto de Código Penal Espanhol de 1980*, que admitia a pena de “arresto de fin de semana” a *réus reincidentes*, desde que se considerasse que a referida sanção seria *suficiente* à prevenção especial.<sup>9</sup> Embora a previsão espanhola tenha recebido aplausos por essa possibilidade, pareceu-nos contraditória, visto que, para a *suspensão condicional*, exigia que o réu tivesse delinqüido pela primeira vez (art. 94 do mesmo Projeto). Pois essa

contradição que apontamos do Projeto de Código Penal espanhol de 1980, apresenta-se agora no direito brasileiro, na medida em que a *reincidência em crime doloso*, pura e simplesmente, exclui a possibilidade da concessão do *sursis*, sem a ressalva prevista para as penas restritivas de direitos, qual seja, admitindo o *sursis* ao reincidente não específico, se a medida se mostrar “socialmente recomendável”.

Na redação original do art. 44, II, do CP, na versão da Lei 7.209/84, diferentemente do que previa para a *suspensão condicional*, não se fazia qualquer distinção entre *reincidente em crime doloso* e *reincidente em crime culposo* ou ainda ao fato de a condenação anterior ter sido somente em pena de multa. A exigência era de que não se tratasse de *réu reincidente*, simplesmente, sem adjetivação. O maior rigor, nesta modalidade de alternativa, explicava-se pela sua *maior benevolência* e o seu *diminuto grau intimidativo*. Somente hipóteses de réus com *abonados antecedentes*, *culpabilidade mínima*, *personalidade bem formada* e *motivos e circunstâncias favoráveis* satisfariam os pressupostos exigidos para se beneficiarem com essas alternativas ao encarceramento.

b) *Prognose de suficiência da substituição* — Os critérios para a avaliação da suficiência da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, todos previstos no art. 44, III, do CP, que, neste particular, permaneceu inalterado.

Considerando a grande elevação das *hipóteses de substituição*, deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa deste requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário poderá equilibrar e evitar eventuais excessos que a nova previsão legal poderá apresentar. Na verdade, aqui, como na *suspensão condicional*, o risco a assumir na *substituição* deve ser, na expressão de Jescheck,<sup>10</sup> *prudencial*, e diante de sé-

<sup>(9)</sup> Carlos Mir Puig. *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*. Barcelona : Bocsh, p. 231.

rias dúvidas sobre a suficiência da substituição, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado *renunciar* ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados. Ao referir-se à *suficiência da substituição* o Código Penal Brasileiro, nesta sanção, mostra uma certa despreocupação com a *finalidade retributiva* da pena que, na verdade, está implícita na condenação em si. Sim, porque a simples condenação *é uma retribuição ao mal* cometido e que, de alguma forma, macula o *curriculum vitae* do condenado. Essa *retribuição* é de ordem moral e para determinados condenados—aqueles que não necessitam ser *ressocializados*—é a consequência mais grave, intensa e indesejada, que atinge profundamente sua escala de valores. A *suficiência* da substituição prevista pelo Código Penal está voltada diretamente para a *finalidade preventiva especial*.

Os critérios para a avaliação da *suficiência* da substituição são representados pela *culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato*, todos previstos no art. 44, III, do CP. De todos os elementos relacionados no art. 59 para determinação da pena, somente “as consequências do crime” e o “comportamento da vítima” foram considerados para a formação do *juízo de suficiência*.

#### 4.1 Novos aspectos nos critérios orientadores da substituição

##### 4.1.1 Substituição por duas penas restritivas de direitos: *executoriedade simultânea*

Para *penas superiores a um ano*, o julgador tem um elenco variado de alternativas para *eleger* a que melhor se adapte à

situação e atenda à ordem jurídica bem como as exigências de *prevenção geral e especial*. Pode optar entre uma restritiva de direitos e multa, duas restritivas de direitos, suspensão condicional da pena especial (sem regime de prova), suspensão condicional simples (com regime de prova), sem a necessidade de utilizar pena privativa de liberdade. Contudo, se esta, a pena privativa de liberdade, for indispensável, ou pelo menos, for *recomendável*, nas circunstâncias, contará ainda com a possibilidade de determinar sua execução em “regime aberto”, que deverá ser cumprido em “casa de albergado” ou em *estabelecimento adequado* (art. 33, c, CP, c 93 da LEP) e, excepcionalmente, em *prisão domiciliar* (art. 117 da LEP).

Convém registrar, no entanto, que a nova legislação apresenta uma *inovação* ou *omissão*, quando a *pena aplicada for superior a um ano* e a *substituição* se proceder por *duas penas restritivas de direitos*, ao invés de uma restritiva de direitos e multa. Nessa hipótese, pela previsão anterior, as duas penas restritivas de direitos deveriam ser “*exequíveis simultaneamente*” (art. 44, parágrafo único). Essa ressalva, no entanto, não foi reproduzida pela nova legislação. Diante dessa “omissão” deve-se questionar: afinal, essa restrição, exigindo a *executoriedade simultânea* das duas penas restritivas de direitos permanece ou, ao contrário, na ausência dessa ressalva expressa, as duas penas restritivas de direitos aplicáveis podem ser *executáveis sucessivamente*?

Acreditamos que, com a supressão da ressalva referida, permite-se a possibilidade, em tese, de as duas penas restritivas de direitos serem executadas sucessivamente. Contudo, a situação não é tão simples assim. Na verdade, para cumpri-las de forma sucessiva o apenado levaria o dobro de tempo. Consequentemente, essa forma de aplicação e execução lhe seria absolutamente desfavorável. Por isso, por coerência, lógica, equidade e operacionali-

(10) Jescheck. *Tratado de derecho penal*, p. 1155.

dade as duas penas restritivas de direitos aplicáveis em substituição à pena de prisão superior a um ano deverão ser exequíveis simultaneamente, a despeito da supressão daquela ressalva que existia no parágrafo único do art. 44.

#### 4.1.2 Substituição nos crimes culposos

A legislação revogada dispensava uma disciplina diferenciada para os crimes culposos, permitindo a substituição, somente para estes, por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, quando a pena aplicada fosse igual ou superior a um ano de prisão. Como agora, a substituição é possível, inclusive nos crimes dolosos, cuja pena aplicada não seja superior a quatro anos, o critério ou parâmetro para efetuar essa substituição é igual tanto para os crimes dolosos quanto para os culposos. Assim, a substituição para pena superior a um ano – independentemente da natureza do crime – será sempre por duas penas alternativas: uma restritiva de direitos e multa ou duas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente (art. 44, § 2.º), dentro do possível.

Deve-se sempre ter presente que existem penas restritivas *genéricas* e *específicas* e, quando for o caso – especialmente quando for necessária a aplicação de duas dessas penas – existem determinadas infrações penais que, na hipótese de *substituição* da pena privativa de liberdade aplicada, necessitam receber pena específica, como determinam os arts. 56 e 57 do CP. A Lei 9.714/98 incluiu no art. 47, a “proibição de frequentar determinados lugares, como a quarta modalidade de “interdição temporária de direitos”. Esqueceu-se, contudo, de definir quais as infrações penais ou em que circunstâncias tal pena será aplicável, como ocorre com as outras três modalidades de “interdições temporárias de direitos”. Sobre a *proibição de frequentar determinados lugares* desenvolvemos

nossos comentários mais adiante, no tópico (6.4.) do capítulo (VI) referente às *espécies de penas restritivas de direitos*.

#### 4.1.3 Substituição nas penas de até um ano de prisão

A *multa substitutiva*, na legislação revogada, era prevista em dois dispositivos legais. Como regra geral, a pena privativa de liberdade, não superior a 6 (seis) meses, podia, em princípio, ser *substituída* pela pena de multa, observados os critérios dos incs. II e III da redação revogada do art. 44 do CP (art. 60, § 2.º). A segunda hipótese de *multa substitutiva* era exclusiva para o caso de *crimes culposos*, cuja pena substituída fosse igual ou superior a um ano de pena privativa de liberdade (art. 44, parágrafo único), neste caso, cumulativamente.

Agora, os parâmetros e os critérios mudaram. A *multa substitutiva*, isoladamente, como regra geral, destina-se a *condenações não superiores a um ano*, ampliando-se consideravelmente a sua abrangência, na medida que o rol de infrações penais cominadas com esse limite de penas é imenso. Embora não esteja elencada no art. 43, juntamente com as demais sanções impropriamente denominadas de penas restritivas, ela assume, definitivamente, a função e natureza de *pena alternativa* à privativa de liberdade, com o caráter de *substitutiva* (art. 44, § 2.º).

A previsão que permite aplicar a *multa substitutiva* para pena não superior a um ano não impede, porém, a possibilidade, abstratamente considerada, de efetuar-se a *substituição* por pena restritiva de direitos, isto é, a *possibilidade de substituir por multa* não exclui *ipso facto* a possibilidade de *substituir-se* por pena restritiva de direitos. Ou uma ou outra dessas duas *alternativas*, para essa quantidade de pena (não superior a um ano), nunca as duas. As circunstâncias gerais é que determinarão

qual das duas *substituições*, no caso concreto, será a mais recomendável ou, para usar a terminologia do art. 59, será a *necessária e suficiente* à prevenção e reprovação do crime.

A segunda hipótese de *multa substitutiva* será somente para condenações superiores a um ano de pena e, nesta hipótese, sempre *cumulada* com uma pena restritiva de direitos e nunca isoladamente. Para esta quantidade de pena há duas *inovações* em relação a legislação revogada e uma “*identidade*”. As duas inovações são: 1.<sup>a</sup> – Antes esta *substituição* destinava-se a pena “igual ou superior” a um ano; agora destina-se somente à pena “superior” a um ano; 2.<sup>a</sup> – Antes esta *substituição* destinava-se somente aos *crimes culposos*, posto que, para os *crimes dolosos*, a *substituição* só era permitida para condenações inferiores a um ano; agora destina-se, indiferentemente, tanto para os crimes dolosos quanto para os culposos, por que agora para os crimes dolosos a *substituição* é permitida para condenações não superiores a quatro anos. Por isso, essa igualdade de tratamento se justifica.

A *identidade de previsão* mantida, por sua vez, consiste no fato de que – tanto na legislação anterior quanto na atual – a *multa substitutiva*, para esta quantidade de pena (superior a um ano), será sempre *cumulativa*.

#### 4.1.4 Substituição nas penas de até seis meses de prisão

Pelo texto legal revogado, seis meses era o limite máximo permitido para aplicar a *multa substitutiva*, isoladamente, que agora, como acabamos de ver, estendeu-se para pena de até um ano de prisão, inclusive. O limite de seis meses de pena, no entanto, agora tem outra função, no marco da nova legislação: não poderá ser *substituída* por *prestação de serviços à comunidade*. Esta pena restritiva de direitos so-

mente será aplicável a penas superiores a seis meses (art. 46, *caput*). Aliás, a pena de *prestação de serviços à comunidade*, incrivelmente, é a única que não pode substituir pena de prisão de até seis meses.

Esta *limitação*, para cima, da aplicabilidade da *prestação de serviços à comunidade* constitui um equívoco injustificável do legislador, impedindo o juiz de melhor adequar a *pena justa* ao caso concreto. É contraditória essa limitação para um diploma legal que tem a pretensão de ampliar a opção de alternativas à pena privativa de liberdade, especialmente quando exclui das pequenas infrações – aquelas de menor potencial ofensivo – a aplicação da mais extraordinária pena alternativa e que teve e tem a maior repercussão e melhor aceitação, mundialmente, desde a pioneira experiência inglesa de 1972.

Por fim, acreditamos que, neste particular não mudou, não se trata de mera *faculdade* do aplicador da lei. Ao contrário, satisfeitos os requisitos legais, a *substituição* é obrigatória, constituindo um *direito público subjetivo* do condenado.

## 5. Análise político-criminal da reincidência

Os altos índices de reincidência têm sido, historicamente, invocados como um dos fatores principais da comprovação do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade, a despeito da *presunção* de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um *tratamento ressocializador*. As estatísticas de diferentes países, dos mais variados parâmetros políticos, econômicos e culturais são pouco animadoras<sup>(1)</sup> e, embora os países latino-americanos não apresentem índices estatísticos confiáveis (quando não, inexistentes), sendo este um dos fatores que dificultam a realização de

(1) Donald Clemmer. *Imprisonment as a source of criminality*, p. 222 e 510.

uma verdadeira *política criminal*.<sup>12</sup> Apesar da deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina<sup>13</sup> e que o sistema penitenciário tradicional não consegue *reabilitar ninguém*,<sup>14</sup> ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do *tratamento* do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não-liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores.

A prisão, ao invés de conter a delinquência, tem servido-lhe de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado, ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. A literatura especializada é rica em exemplos dos *efeitos criminógenos* da prisão.<sup>15</sup> Enfim, a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprimem a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas, podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos. Mas apesar dessas condições altamente criminógenas das prisões clássicas, se tem procurado, ao longo do tempo, atribuir ao condenado, exclusivamente, a *cul-*

*pa pela eventual reincidência*, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou.

Na verdade, as *causas* responsáveis pelos índices alarmantes de reincidência não são estudadas cientificamente. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorrem exatamente através do estudo criterioso dos fracassos e das suas *causas*, algo que não acontece no campo penitenciário.<sup>16</sup> Não são realizados estudos que possibilitem deslindar os aspectos que podem ter influência sobre a *reincidência*, isto é, não há pesquisas científicas que permitam estabelecer se a reincidência pode não ser considerada como um ou o mais importante indicador da falência da prisão, ou se esta pode ser um resultado atribuível aos acontecimentos posteriores à libertação do interno, como seria, por exemplo, o fato de não encontrar trabalho ou então por não ser aceito pelos demais membros — não delinquentes — da comunidade.<sup>17</sup>

Por outro lado, também não se pode afirmar que tenha sido demonstrado que a pena de prisão seja especialmente ineficaz, em termos de reincidência, em relação a outros métodos de tratamento, especialmente aos não institucionais.<sup>18</sup> Na verdade, as elevadas taxas de *reincidência* podem não só indicar a influência da prisão, como também podem refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura socioeconômica. Também é necessário pensar que a *deficiência político-criminal* que se observa nas modernas espécies de pena, representada pelas alarmantes taxas de reincidência, não deve ser atribuída somente a uma

(12) Planificação da Política Criminal nos programas de desenvolvimento nacional na América Latina. *Publicação Ilanud*. Costa Rica, 1976, p. 14 e 21.

(13) Primeira reunião de Ministros da Justiça da América Central, Panamá e México. *Publicação Ilanud*. Costa Rica, 1976, p. 13.

(14) Carlos Versele. *Conceptos fundamentales*, p. 17 e 18.

(15) C. Hibbert. *Las raíces del mal; una historia social del crimen y su represión*. España: Luiz de Caralt, 1975, p. 195.

(16) León Radzinowicz. *En busca de la criminología*, p. 141.

(17) Roger Hood y Richard Sparks. *Problemas clave*, p. 232-233.

(18) Idem, ibidem, p. 215.

*pobreza inventiva*, à impaciência e a um método cientificamente defeituoso, mas também é necessário levar em consideração as modificações que ocorrem no material humano sobre o qual a pena opera ou produz sua ameaça. Embora a pena permaneça idêntica, é possível que a sensibilidade a respeito dela possa variar, conduzindo assim a produção de efeitos distintos dos perseguidos. Novos bloqueios cerebrais do indivíduo ou das massas *podem debilitar a efetividade da ameaça penal* e podem, inclusive, fazê-la desaparecer por completo.<sup>19</sup>

Para Pinatel é um critério grosseiro a avaliação da eficácia dos métodos penitenciários feita através dos índices de reincidência. O simples percentual de reincidência não leva em consideração a situação dos internos referentemente às condições, população e peculiaridades gerais de cada estabelecimento penal. Pode ocorrer, por exemplo, que em determinado estabelecimento haja superpopulação e que se congreguem reclusos de alta periculosidade. Inegavelmente — superpopulação e periculosidade — constituem dois fatores importantíssimos no aumento da taxa de reincidência. Nesta hipótese, a reincidência não poderia ser atribuída de forma exclusiva ao fracasso dos métodos penitenciários. Finalmente, as reincidências não são todas comparáveis, pois em alguns casos não passam de fracassos aparentes, constituindo, na verdade, êxitos parciais.<sup>20</sup>

Não se deve ignorar, por fim, que a reincidência se produz nos mais diferentes âmbitos da vida social, como é o caso dos *crimes econômicos*, em que a corrupção e o tráfico de influências são características frequentes e consequem, de regra, elidir a ação do sistema penal. Essa *desigualdade de tratamento* entre os chamados '*crimes do colarinho branco*' e os praticados pe-

las classes inferiores também influem na elevação do percentual de reincidência.<sup>21</sup>

Enfim, de acordo com as observações expostas, é forçoso concluir que as *cifras de reincidência* têm um valor relativo. O índice de reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinqüente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais. Na verdade, *o condenado encarcerado é o menos culpado pela recaída na prática criminosa*. Por derradeiro, a despeito de tudo, os altos índices de reincidência também não podem levar à conclusão radical de que o sistema penal fracassou totalmente, a ponto de tornar-se necessária a extinção da prisão.

A *reincidência*, a despeito dos efeitos criminógenos da prisão, tem servido de fator para agravar a pena, negar benefícios penitenciários, impedir recurso em liberdade, determinar regime mais rigoroso no cumprimento de pena, impedir a *substituição* da pena de prisão por penas alternativas ou impedir a concessão do *sursis*. O CTB (Lei 9.503/97) e a Lei 9.437/97 (arma de fogo) atingem o cúmulo do arbítrio ao cominarem pena, pelo simples fato de ser *reincidente* (art. 296 do CTB) ou haver condenação anterior por outro crime (art. 10, § 4.º, inc. IV, Lei 9.437/97).

### 5.1 Relatividade dos efeitos da reincidência

A Lei 9.714/98, no entanto, está inaugurando um novo tratamento relativamente aos efeitos da reincidência, assumindo, corajosamente, uma postura político-cri-

(19) Hans Von Hentig. *La pena*, p. 15.

(20) Jean Pinatel. *La sociedad criminógena*, p. 158.

(21) Manuel Lopez-rey y Arrojo. *La justicia pena*, nota 47, p. 34. Santiago Mir Puig. *La reincidencia en el Código Penal*. Para um exame das diversas concepções de reincidência, reiteração, habitualidade e multi-reincidência, veja-se Antonio Martinez De Samora. *La reincidencia*.

minal há muito defendida na doutrina dos mais diferentes campos da ciência criminal. Na verdade, embora não desconheça o instituto da reincidência, procura relativizar os seus efeitos. Assim, a *reincidência dolosa* passa a ter *caráter facultativo* enquanto fator impeditivo da substituição da pena de prisão por penas alternativas.

Como regra, a *reincidência dolosa* continua, na realidade, como fator impeditivo da *substituição*, embora não mais em caráter absoluto. Excepcionalmente, com efeito, a *reincidência dolosa* pode deixar de entrar a *substituição*, isto é, quando esta, como diz a lei, mostrar-se "*socialmente recomendável*". Inegavelmente a nova lei dá um tratamento mais benéfico ao reincidente, na medida em que, ainda que excepcionalmente, admita a *possibilidade de substituição* de pena para condenado reincidente em crime doloso, algo impensável até o advento desta nova lei. Contudo, convém registrar que, a substituíbilidade, na hipótese de reincidência dolosa, será excepcional.

Enfim, com a relativização dos efeitos da reincidência dolosa e a exclusão da reincidência não dolosa, como fator impeditivo da substituição, aumenta-se, consideravelmente, a liberalidade na aplicação de penas alternativas.

### 5.1.1 Sentido e alcance da expressão "*socialmente recomendável*"

A legislação revogada *presumia* que a *substituição* da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito ou pecuniária não era "*socialmente recomendável*", ou, na terminologia que utilizava, não se configurava como a medida "necessária e suficiente" para a "reprovação e prevenção do crime", quando (e sempre) se tratasse de reincidente.

Na verdade, o Estado não pode, em nenhuma hipótese, *renunciar* ao seu *dever constitucional* e institucional de *garantir*

a *ordem pública* e a proteção de bens jurídicos individuais e coletivos. A nosso juízo, a expressão "*socialmente recomendável*" pode ser interpretada como "*prognose favorável de necessidade e suficiência da substituição*", expressão que utilizávamos para definir a "*necessidade e suficiência da substituição*" da pena privativa de liberdade.<sup>22</sup> Nesta avaliação, deve-se ter presente a relação *infração-delinquente-sociedade*, especialmente em casos de *reincidência em crimes dolosos* e, nas circunstâncias, "*socialmente recomendável*" poderá ser exatamente a *não substituição* da pena privativa de liberdade aplicada. Sob a ótica da coletividade, no caso de *reincidência dolosa*, "*socialmente recomendável*" poderá ser exatamente a *não substituição da pena de prisão* aplicável. Esse é o outro lado da moeda, que também precisa ser analisado. Nesse sentido, não se pode esquecer que o Direito Penal não é necessariamente *assistencial* e objetiva, primeiramente, a *Justiça Distributiva*, responsabilizando o infrator pela violação da ordem jurídica. E isso, no magistério de Jescheck,<sup>23</sup> "não pode ser conseguido sem dano e sem dor, especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para *premiar*, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal, devem ser presididas pelo princípio de humanidade".

### 5.2 Reincidência específica em crime doloso

Somente a, injustificadamente "ressuscitada", *reincidência específica* (art. 44,

(22) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*, p. 480.

(23) Jescheck. *Tratado de derecho penal*, p. 36.

§ 3.º, *in fine*) constitui *impedimento absoluto* para a utilização de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade aplicada. No entanto, a *reincidência específica*, propriamente dita, pode apresentar alguma dificuldade. Afinal, qualquer reincidência específica – dolosa e culposa – poderá ser fator impeditivo, como regra, da substituição? Ou somente a reincidência específica em crimes dolosos?

Com efeito, a ressalva da ressalva, isto é, a exceção da exceção, prevista no final do § 3.º do art. 44, qual seja, a “prática do mesmo crime”, não define a natureza dolosa ou culposa desse crime repetido.

Se fizermos uma *interpretação literal*, puramente gramatical, certamente, *qualquer reincidência específica* poderá, em princípio, afastar a substituição, ante o silêncio do dispositivo em exame. Contudo, como sempre recomendam os hermenutas, a melhor e mais segura interpretação será sempre a sistemática, que permite uma avaliação global do interpretado. Pois bem, adotando essa orientação exegética, vamos constatar que, dentre os *requisitos* exigíveis para permitir a substituição, está a necessidade de “o réu não ser reincidente em crime doloso” (art. 44, inc. II, CP). Logo, por este dispositivo, a *reincidência em crime culposos*, ainda que “pela prática do mesmo crime”, é irrelevante para a necessidade de analisar-se o cabimento de substituição por “penas alternativas”.

Por derradeiro, em termos de reincidência, temos que trabalhar com uma regra geral e duas exceções – uma exceção positiva e uma exceção negativa: 1.º – A *regra geral* é de que o condenado *reincidente em crime doloso* não pode ter a pena privativa de liberdade substituída (art. 44, II); 2.º – A *exceção positiva*: salvo se a medida for “socialmente recomendável” (art. 44, § 3.º); 3.º – A *exceção negativa*: desde que a reincidência não decorra “da prática do mesmo crime” (art. 44, § 3.º).

Enfim, pode-se concluir, o *reincidente em crime doloso* não pode, em princípio, ter a pena privativa de liberdade substituída, ressalvada a hipótese de a medida ser “socialmente recomendável”, desde que a reincidência não decorra “da prática do mesmo crime” (logicamente, dolosa).

## 6. Retroatividade e irretroatividade da lei penal

Como corolário dos princípios da *legalidade* e da *anterioridade da lei* (CF, art. 5.º, XXXIX) vige o princípio da *irretroatividade da lei penal*, como fundamento político-democrático da segurança e da liberdade do cidadão. Nesse sentido, afirma Jescheck<sup>24</sup> que, o *fundamento dessa proibição*, é a idéia de *segurança jurídica*, que se consubstancia num dos princípios reitores do Estado de Direito, segundo o qual as normas que regulam as infrações penais não podem modificar-se após as suas execuções, em prejuízo do cidadão. No entanto, mais importante do que esse fundamento geral é a *razão estritamente penal*, qual seja, a de que a promulgação de leis *ad hoc* pode facilmente estar contaminada pela *comoção* que a prática de um delito produz e que, muitas vezes, analisadas posteriormente se mostram excessivamente graves. A tudo isso, acrescenta Jescheck,<sup>25</sup> que se deve considerar, ademais, “a idéia de que o delinquente somente pode *motivar-se* pelo comando normativo quando este existir no momento da prática delitiva”.

Essa orientação, hoje, mais do que nunca, assume importância extraordinária, ante a fatídica *política de exacerbação punitiva*, através de “leis *ad hocs*”, cognominada de “reformas pontuais”, adotada pelo governo brasileiro, responsável pelo completo “desarranjo” do sistema jurídico-penal

(24) Jescheck, op. cit., p. 184.

(25) Jescheck, *ibidem*.

brasileiro, na atualidade, que, há muito, está a merecer uma nova “Consolidação Piragibe”. Os próprios especialistas, por vezes, enfrentam dificuldades para definir qual o diploma legal que está em vigor, se tem efeito retroativo, ultra-ativo etc., chegando-se ao cúmulo de termos *Medidas Provisórias* disciplinando *matéria penal* (v.g., MP 1.713/98, que alterou o disposto no art. 34 da Lei 6.368/76), com o beneplácito dos órgãos guardiões da Constituição Brasileira que, sintomaticamente, se omitem, silenciam ou, o que é pior, validam tais inconstitucionalidades.<sup>26</sup> Essa parafernália de leis, mereceu, no mesmo sentido, o seguinte comentário de Walter Ceneviva: “A maior frustração jurídica de 98 foi a persistência das dezenas, centenas, milhares de medidas provisórias, tornando incerto o direito a que se referem, tantas suas repetições, muitas das quais com pequenas mudanças. Tornam impossível, ou quase, o controle da lei em vigor. Tomo o exemplo da lei que dispôs sobre a remoção de órgãos. Uma medida provisória a mudou, para impor a prévia autorização da família. Vale? Não vale? Até quando valerá?”<sup>27</sup>

E, curiosa e inexplicavelmente, os *Tri-bunais Superiores* continuam resistindo em reconhecer a configuração, que é uma constância, do *erro de proibição*!

#### 6.1 Retroatividade das novas penas restritivas de direitos

A nova legislação elevou a possibilidade de *substituição de penas inferiores de um ano para até quatro anos*, inclusive. Logo, é *mais benéfica* do que a previsão anterior, *retroagindo*, portanto, em todas

as hipóteses anteriores à Lei 9.714/98, nas quais não se concedeu a *substituição* em razão da *quantidade* da pena privativa e liberdade aplicada. Como se trata de *lei penal material mais benéfica*, atinge a própria *coisa julgada*. O *Juiz das Execuções Criminais* será o competente para rever as condenações que já estiverem sendo cumpridas e inclusive aquelas que, por alguma razão, a *execução não se tenha iniciado*, mas que a decisão condenatória já tenha transitado em julgado.

No entanto, não se pode ignorar que o *novo limite de quatro anos* é somente um dos requisitos para a *substituição* — o *requisito temporal* — exigindo-se outros, como: *modalidade de execução* (sem violência à pessoa ou grave ameaça), *não reincidência em crime doloso* (em tese) e *prognose da suficiência da substituição*. Dessa forma, digamos que o *requisito temporal* — pena não superior a quatro anos — será um *pressuposto* que — se existir — determinará a necessidade de o magistrado analisar a existência ou não dos demais requisitos. Assim, nas *condenações não superiores a quatro anos*, a análise sobre a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito é imperativa e, qualquer que seja a decisão — admitindo-a ou não — deverá ser sempre fundamentada.

#### 6.2 Retroatividade e competência funcional

A *aplicação retroativa* da lei mais benigna pode apresentar alguma dificuldade, especialmente quanto a *competência* para aplicá-la. De quem será a *competência* para examinar a aplicabilidade *retroativa* da nova lei, naquelas condenações, com *pena não superior a quatro anos*, que se encontram em grau de recurso? Poderá o próprio Tribunal examiná-la ou deverá baixar à origem, para não suprimir um grau de jurisdição?

(26) Damásio de Jesus. *Lei dos Juizados Especiais Criminais* Anotada p. 5.

(27) Walter Ceneviva. 98 Tumultuado, *Folha de S. Paulo, Letras Jurídicas*, de 26.12.1998.

Quanto aos *limites dessa retroatividade* de não pode haver qualquer dúvida: *atinge a própria coisa julgada*. Poder-se-á, quem sabe, discutir matéria relativamente à *competência* para examinar e decidir sobre a incidência ou não da norma mais benéfica. E, nesse particular, poderemos imaginar as seguintes hipóteses: a) *decisão condenatória recorrida, cujo procedimento recursal ainda se encontra na primeira instância*; b) *decisão condenatória recorrida que já se encontra nos tribunais*; c) *decisão condenatória irrecorrível, já em fase de execução*; d) *decisão condenatória irrecorrível, cuja execução ainda não se tenha iniciado*.

São quatro hipóteses diferentes com reflexos distintos na competência. No caso da *primeira hipótese* (a), *decisão condenatória recorrida, cujo procedimento recursal ainda se encontra na primeira instância, a competência, necessariamente, será do primeiro do grau*, isto é, da primeira instância. Mas será do *juiz da condenação* ou do *juiz da execução*? Do Juiz de Execução não pode ser por que o procedimento ainda não se esgotou e a decisão até poderá ser reformada e, enquanto não transitar em julgado, não se poderá falar em *Juiz de Execução*. Não será competência da *segunda instância* por que se estaria suprimindo um *grau de jurisdição* e não teria sentido fazer subir o recurso, para aguardar o tribunal determinar seu retorno à origem para a primeira instância se pronunciar sobre a *possibilidade de substituição* da pena aplicada. Logo, ainda que já tenha sido prolatada a sentença e, em tese, esgotado sua jurisdição, a *competência* deverá ser do *juiz da condenação*. Enfim, é um *conflito intertemporal* de leis que tem disciplina própria e precisa ser bem equacionada e, por exclusão, não sobra outra alternativa que o próprio *juiz do processo de conhecimento*.

No caso da *segunda hipótese* (b), *quando o recurso já se encontrar no Tribunal*, ainda assim, a decisão não poderá ser di-

ferente: *a competência será da primeira instância*, pelas seguintes razões: em primeiro lugar, para evitar a supressão de um grau de jurisdição, logicamente; em segundo lugar, por que se a competência fosse do órgão recursal, em caso de negação da substituição, o apenado não teria a amplitude recursal que a primeira instância oferece, *limitando-se aos recursos excepcionais*, que não admitem discussão de matéria de fato e, por vezes, são, *injuridicamente*, inadmitidos, por razões puramente de “*política funcional*” dos tribunais, com graves *infringências constitucionais e violações de direitos fundamentais do cidadão*; e, finalmente, em terceiro lugar, até como consequência do fundamento anterior, haveria *violação* do princípio constitucional da ampla defesa.

No caso das *terceira e quarta hipóteses* (c e d), *decisão condenatória irrecorrível já em fase de execução e decisão condenatória irrecorrível, cuja execução ainda não se iniciou, finalmente, a competência não será nem da segunda instância nem do juiz da condenação*. À evidência, a competência, neste caso, será do *Juiz das Execuções Criminais*, e o *recurso* cabível será, somente e sempre, o *Agravo* (art. 197 da LEP).

No entanto, independentemente da *quantidade de pena* – inferior a um ano ou não superior a quatro – ou da *natureza do crime* – se doloso ou culposos – se o *primeiro grau* já se manifestou a respeito da *ausência* dos requisitos *autorizadores da substituição* não há que se falar em supressão de grau de jurisdição, a menos que tais requisitos ausentes sejam exatamente a *quantidade de pena*, agora presente, ou a *reincidência*, hoje impedimento relativo.

### 6.3 Reincidência dolosa e processo em grau recursal

Pelo novo texto legal, a *própria reincidência em crime doloso*, agora, não é fa-

tor de impedimento absoluto, pois, “em face de condenação anterior”, a medida (substituição) poderá ser “socialmente recomendável”. Como regra, a *reincidência dolosa* continua, na realidade, como fator impeditivo da *substituição*. Só excepcionalmente a *reincidência dolosa* pode deixar de entrar a *substituição*, isto é, quando se mostrar “socialmente recomendável”. Logo, haverá muitos processos nos tribunais, nos quais, se deixou de conceder a *substituição da pena* pelo simples fato de se tratar de *reincidentes* (com penas inferiores a um ano ou crimes culposos); ou ainda, com condenações recorridas, com penas a partir de um ano, mas não superior a quatro, portanto, dentro do *novo limite* de pena substituível. Com efeito, a simples *reincidência* já era motivo definitivo para inviabilizar a substituição por pena restritiva de direitos.

Enfim, tratando-se de *reincidência dolosa*, como único fator impeditivo, em tese, da concessão da *substituição* da pena, poderá o *órgão recursal* examiná-la ou deverá, ainda assim, determinar o retorno à origem para ser examinada, por que a “medida” poderá ser “socialmente recomendável”?

Este é um problema de difícil solução. Inegavelmente a nova lei dá um tratamento mais benéfico ao reincidente, na medida em que, ainda que excepcionalmente, admite a *possibilidade de substituição* de pena para condenado reincidente em crime doloso, desde que a *substituição* seja “socialmente recomendável”.

A grande questão fundamental será definir, afinal, qual será o sentido da locução “socialmente recomendável”, nas circunstâncias. Simplificadamente, precisa-se ter presente que referida expressão tem duplo sentido, isto é, exige que se considere de um lado, a *individualidade* do infrator, de outro lado, a pluridimensionalidade dos interesses da coletividade, atendendo o *sentido preventivo* da sanção criminal, para, somente então, poder *prognosticar*

sobre a “necessidade e suficiência da substituição”. Sobre a elementar “socialmente recomendável” nos ocupamos no item 5.1.1, deste capítulo, para onde remetemos o leitor.

Por *economia processual*, isto é, por *política puramente funcional-institucional*, nesta hipótese, inclinamo-nos a admitir que o próprio *órgão recursal* possa avaliar a *substituibilidade* ou não da condenação. Entender diferente poderá criar dificuldades praticamente insuperáveis na agilização dos processos em grau recursal. Ademais, não se pode perder de vista que o Direito Penal não é um *direito premial* e visa, acima de tudo, tornar possível a convivência em sociedade, respeitados, evidentemente, os direitos individuais e coletivos. E a *reincidência dolosa*, como regra, continua sendo fator impeditivo da substituição, e, a substituibilidade, nesses casos, será excepcional. Essa excepcionalidade não justificaria o retorno dos autos para reexame dessa eventualidade. Por isso, a princípio, admitimos que o *órgão recursal* possa examinar se a *substituição*, para o reincidente em crime doloso, é “socialmente recomendável”. Contudo, por ora, não fechamos questão sobre o assunto.

## 7. Outras questões apresentadas pela Lei 9.714/98

### 7.1 Crimes hediondos e a Lei 9.714/98

O propósito do legislador de agravar significativamente as sanções correspondentes àquelas infrações definidas como crimes hediondos e afins (Lei 8.072/90), elevando consideravelmente os limites das penas respectivas, é inegável. Na verdade, houve uma *obsessiva vontade* de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade. A violência dessa política criminal funcional ganhou, de certa forma,

um certo tempero com o advento da Lei 9.455/97, admitindo a progressão nos crimes de tortura, que recebeu da Constituição Brasileira tratamento assemelhado aos crimes hediondos. Há uma certa unanimidade nacional sobre o entendimento de que a Constituição fixou um *regime comum* para o crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5.º, XLIII, CF), equiparando-os quanto a sua *danosidade social*.

Enfim, para esses crimes a *política criminal* é de exasperação de penas e endurecimento dos regimes de encarceramento e, no mínimo, de tentar dificultar a adoção do sistema progressivo. Em pólo oposto está a *política criminal das penas alternativas* (Lei 9.714/98) que, satisfeitos determinados requisitos, procura *evitar o encarceramento*, prevendo alternativas que se substanciam nas penas “restritivas de direitos” e na *pena de multa*. Não se pode negar, à evidência, que a disciplina de *aplicação e execução de penas*, constante dos dois diplomas legais (Leis 8.072/90 e 9.714/98), é conflitante ou, no mínimo, *desuniforme*: um enfatiza e exaspera a aplicação da pena privativa de liberdade; outro, prioriza *alternativas* à pena privativa de liberdade. Logo, são *políticas criminais incompatíveis*, sendo indefensável a aplicação de penas alternativas nos crimes hediondos e similares, ainda que a quantidade de pena não seja superior a quatro anos.

A *política criminal descarcerizadora* adotada pela Lei 9.714/98 é incompatível com a *política de exasperação de pena* adotada pela lei dos crimes hediondos (8.072/90). A exigência do cumprimento da pena em *regime fechado*, nesses crimes, impede que se aplique penas alternativas. A inadmissibilidade dos regimes semi-aberto e aberto, por coerência, afastam eventual possibilidade de aplicar penas alternativas. A maior lesividade ou danosidade social dessas infrações tornam-

nas incompatíveis com a *política descarcerizadora das penas alternativas*, que pressupõe também a *menor danosidade* das infrações que pretende abranger.

Acreditamos, por fim, que a *violência ficta*, por sua vez, nos crimes hediondos, não autoriza tratamento diverso. O *desvalor da ação*, nestes casos, é “juridicamente” superior, tanto que a *violência* é presumida. Na verdade, nesses crimes, o *fato impeditivo da substituição não é a natureza da violência* – real ou ficta – mas a natureza da própria infração penal. Ademais, o desvalor do resultado é o mesmo do crime praticado com violência real.

## 7.2 “Conflito” político-criminal entre as Leis 9.714/98 e 9.099/95

Os dois diplomas legais – Lei 9.099/95 e Lei 9.714/98 – adotam, em princípio, a mesma *política criminal descarcerizadora e despenalizadora*, na medida em que ambas buscam, sempre que possível, evitar o encarceramento do sentenciado, substituindo a pena privativa de liberdade por outras alternativas sancionatórias.

Contudo, não atuam apenas na mesma faixa, quer de infrações quer de sanções penais. A primeira limita-se às *infrações de menor potencial* ofensivo (ressalvada a hipótese de seu art. 89), cuja sanção não ultrapasse a um ano de privação; a segunda, muito mais abrangente, destina-se à criminalidade média e até grave, na medida em que o limite de quatro anos não se refere à pena cominada, *in abstracto*, mas, ao contrário, contempla o limite máximo de pena concretizada na decisão final condenatória. Implica afirmar-se que sanções *abstratamente* puníveis com sanções de até oito ou dez anos podem, eventualmente, beneficiar-se com *penas alternativas*, v.g., os crimes de *furto qualificado* (art. 155, § 4.º) ou *furto de veículo* (155, § 5.º), *receptação qualificada* (art. 180, § 1.º), *favorecimento da prostituição* (art.

228), *tráfico de mulheres* (art. 231), *bigamia* (art. 235), *registro de nascimento inexistente* (art. 241), *parto suposto* (art. 242), *sonegação do estado de filiação* (243), *incêndio* (art. 250), *explosão* (art. 251), *inundação* (art. 254), *corrupção ativa e passiva* (arts. 317 e 333). Com efeito, a nova previsão de penas “restritivas de direitos” abrange mais de noventa por cento (90%) das infrações tipificadas no Código Penal Brasileiro, estando excluídas dessa política, basicamente, somente os crimes contra a vida, os crimes contra o patrimônio praticados com violência (como roubo e extorsão), o estupro e o atentado violento ao pudor, em razão da quantidade da pena. Afora estas infrações, somente algumas outras, que forem praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa estarão excluídas.

Exatamente essa diversidade de abrangência acaba apresentando também uma certa diversidade de requisitos para a admissão de uma ou outra orientação político-criminal. Assim, qualquer *infração penal de menor potencial ofensivo*, independentemente de sua *forma de execução*, em princípio, será abrangida pela política criminal consensual da Lei 9.099/95. No entanto, a aplicação da *política criminal descarcerizadora* da Lei 9.714/98, para penas não superiores a quatro anos, exige que a infração penal não tenha sido praticada “com violência ou grave ameaça à pessoa” (art. 44, I, CP). É prudente e racional que esta nova política, mais abrangente e mais audaciosa, venha mais enriquecida de requisitos necessários para autorizar a sua aplicação, pois de alguma forma e através de algum meio, precisa-se filtrar os inconvenientes naturais de uma política extremamente abrangente, sob pena de se oficializar a impunidade e tornar impossível a convivência social.

Essas diversidades, naturalmente, deverão apresentar alguma dificuldade, algum conflito em algum ponto de estrangulamento das duas orientações liberais, que

atuam, como já dissemos, em faixa própria. Nada impede, por exemplo, que no rol das infrações definidas como de menor potencial ofensivo, existam algumas que possam ser praticadas “com violência ou grave ameaça à pessoa” e, a despeito dessa circunstância, continuem sendo definidas como infrações de menor potencial ofensivo. E aí, nesses casos, aplicar-se-á a Lei 9.099/95 ou a Lei 9.714/98, que é posterior? Deixar-se-á de aplicar alternativas à pena privativa de liberdade, independentemente de a pena não ser superior a um ano ou não?

### 7.2.1 *Lesão corporal leve dolosa, ameaça e constrangimento ilegal*

Pela nova lei, não será admitida a *substituição* por pena restritiva de direitos, para a infração penal de *lesão corporal leve dolosa* (art. 129, *caput*), posto que se trata de *crime cometido com violência à pessoa* (art. 44, I). No entanto, este crime não está afeto à parte geral do Código Penal e, particularmente, à nova disciplina trazida pela Lei 9.714, pois se trata de *infração penal de menor potencial ofensivo* (art. 61 da Lei 9.099/95), aplicando-se-lhe a *política criminal consensual* da referida lei. Enfim, permanece inalterado seu tratamento político-criminal.

Nos crimes de *ameaça* (art. 147) e de *constrangimento ilegal* (art. 146), as circunstâncias são semelhantes, pois são praticados com *grave ameaça à pessoa*. Não se lhes aplicaria as novas “penas alternativas”, pois o novo texto legal exclui da *substituição* os crimes praticados com *violência moral* (grave ameaça). No entanto, a exemplo da *lesão corporal leve*, ambos, como *infrações de menor potencial ofensivo*, são da competência dos *Juizados Especiais Criminais* (art. 61 da Lei 9.099/95), cuja orientação *político-criminal* permanece inalterada. Na realidade, nos Juizados Especiais Criminais as “penas restritivas de direitos” têm *natureza alternati-*

va, enquanto que no Código Penal (mesmo com a nova redação) elas são de *natureza substitutiva*. Em outros termos, nos Juizados Especiais Criminais não há aplicação de pena privativa de liberdade a ser substituída, partindo-se diretamente da cominação abstrata, enquanto no sistema do Código Penal concretiza-se a pena de prisão que, a seguir, deve ser substituída.

Essa é, a nosso juízo, a interpretação mais razoável que se pode dar às hipóteses de *infrações de menor potencial ofensivo* que, eventualmente, sejam praticadas “com violência ou grave ameaça à pessoa”. Seria um contra-senso, uma lei nova com objetivo nitidamente *descarcerizador*, que amplia a aplicação de alternativas à pena privativa de liberdade, e, por equívoco interpretativo, obrigar a aplicação de pena privativa de liberdade às *infrações de menor potencial ofensivo*. Por isso, a nova disciplina das penas “restritivas de direitos” não incidirá nestas infrações, para limitar-lhes a exclusão da pena de prisão.

### 7.3 Limites das novas penas alternativas e a suspensão condicional do processo

Final, qual é o instituto mais benéfico, a *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei 9.099/95) ou a *substituição da pena privativa de liberdade* aplicada? Sem sombra de dúvidas, a *suspensão do processo* é instituto consideravelmente mais liberal do que a *substituição* das penas prisionais por restritivas de direitos. Ao contrário da *substituição*, onde haverá condenação, com todos os seus consectários, na *suspensão do processo*, além da inexistência de decisão condenatória, não há processo, antecedentes criminais, pressuposto de reincidência etc. Logo, como a *suspensão condicional do processo* é um instituto mais liberal, deve, em princípio, a sua concessão ser mais enriquecida de exigências, para justificar o seu mereci-

mento. Mas será que a regulamentação das duas hipóteses – *suspensão condicional do processo e aplicação das “penas alternativas”* – permite a adoção desse entendimento? Façamos um exame comparativo.

Os argumentos utilizados para justificar a exclusão dos crimes de *lesão corporal leve* (art. 129, *caput*, CP), *constrangimento ilegal* (art. 146) e *ameaça* (art. 147) do âmbito de aplicação da Lei 9.714/98, e submetê-los à disciplina da Lei 9.099/95, não servem em relação ao instituto da *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei 9.099/95). Na verdade, embora os dois diplomas legais adotem a mesma orientação político-criminal, que pretende *despenalizar e descarcerizar*, sem *descriminalizar*, além de adotarem, indiscutivelmente, critérios e parâmetros díspares, destinam-se a faixas de criminalidades distintas: aquela destina-se à criminalidade média e esta objetiva a micro e pequena criminalidade.

O argumento decisivo para se sustentar a impossibilidade de se admitir que a disciplina da Lei 9.714/98 (que exclui as penas alternativas das infrações cometidas com violência ou grave ameaça à pessoa – art. 44, I, CP) incida sobre crimes, como, *lesão corporal leve dolosa*, *constrangimento ilegal* e *ameaça*, entre outros, é exatamente o fato de tratar-se de *infrações de menor potencial ofensivo*, cuja política criminal é disciplinada diretamente pela Constituição Federal (art. 98, I). No entanto, referido argumento não serve, basicamente, porque a aplicação do instituto da suspensão do processo não é um instituto genuíno dos Juizados Especiais Criminais, isto é, não se limita às *infrações de menor potencial ofensivo*. Na verdade, a *suspensão condicional do processo* – juntamente com a natureza da ação penal do crime de lesões leves ou culposas – são dois institutos absolutamente independentes e autônomos, aplicáveis tanto nos Juizados Especiais Criminais como no juízo

comum. Enfim, a previsão da *admissibilidade* da suspensão do processo está na Lei 9.099/95 como poderia estar em qualquer outro diploma legal; aproveitou-se, simplesmente, dessa lei, para incluir no ordenamento jurídico brasileiro esse novo e elogiável instituto, a despeito de seus excessos liberalizantes.

Assim, pode-se concluir que, como a *suspensão condicional do processo* e a disciplina das “*novas*” *penas alternativas* são institutos que têm o mesmo propósito político-criminal descarcerizador, devem *harmonizar-se* e encontrarem seu denominador comum dentro do próprio sistema jurídico-penal brasileiro. Contudo, ambos – suspensão condicional do processo e a disciplina das novas penas alternativas – apresentam algumas dificuldades “operacionais”, decorrentes da diversidade de *parâmetros adotados* (limites de pena aplicada e de pena cominada) e dos *requisitos de admissibilidade* de cada um, que precisam ser analisados.

### 7.3.1 *Divergência quanto aos requisitos de admissibilidade*

A nova disciplina das “penas alternativas” leva em consideração a *quantidade de pena aplicada* – não superior a quatro anos – independentemente da natureza do crime (doloso ou culposos), enquanto que a *suspensão condicional do processo* considera a *pena cominada* (nem poderia ser diferente, pois não haverá pena aplicada), cujo *limite mínimo cominado* não seja superior a um ano. Assim, todas as infrações penais que, pela quantidade de pena cominada, admitem, em tese, a *suspensão condicional do processo*, também estariam, em regra, dentro dos limites previstos para a eventual *substituição* (pena aplicada não superior a quatro anos). Por outro lado, uma infinidade de infrações penais que, pela quantidade de pena cominada – limite mínimo superior a um ano – não admitem a suspensão condicional do pro-

cesso, mas poderão ter, naturalmente, a pena aplicada *substituída* por pena restritiva de direitos, pois, a pena concretizada poderá ser “não superior a quatro anos”. Não podem ter o processo suspenso – em razão da quantidade da pena – porém, sobrevivendo condenação, poderão beneficiar-se com a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, se o infrator satisfizer, logicamente, os demais requisitos. É mais uma das tantas antinomias denunciadas, conseqüente das ditas “reformas pontuais”.

A grande divergência, porém, refere-se ao *modus operandi*, pois, se a *infração penal* for cometida com *violência ou grave ameaça à pessoa*, ficará inviabilizada a aplicação das ditas “*penas alternativas*”, independentemente de a condenação situar-se dentro do limite de até quatro anos de prisão. O instituto da *suspensão condicional do processo* não tem essa limitação impeditiva, relativamente a *forma de execução* do crime. A conseqüência dessa divergência na previsão dos requisitos de uma e outra hipóteses, pode levar à seguinte situação: *infrações penais*, cujo limite mínimo inferior não seja superior a um ano, praticadas “com violência ou grave ameaça à pessoa”, se houvesse *condenação* não poderiam ser substituídas, em razão da “violência” à pessoa. Contudo, em razão da ausência dessa previsão, *infrações penais*, cujo limite mínimo inferior não seja superior a um ano, mesmo praticadas com “*violência à pessoa*”, poderão, em princípio, beneficiar-se com a *suspensão do processo*, desde que, é lógico, estejam presentes os demais requisitos.

Trata-se, convenhamos, de um verdadeiro paradoxo: crimes que não admitem, em tese, a aplicação de pena substitutiva, em razão da sua gravidade – praticados com violência ou grave ameaça à pessoa – podem beneficiar-se com a suspensão do processo! Exemplificativamente, pode-se destacar, dentre outros, as seguintes infrações: *perigo de contágio venéreo inten-*

*cional* (art. 130, § 1.º), *perigo de contágio de moléstia grave* (art. 131), *abandono de incapaz com lesão grave* (133, § 1.º), *exposição ou abandono de recém-nascido (com lesão corporal grave)* (art. 134, § 1.º), *omissão de socorro* (art. 135, parágrafo único), *injúria real e "racial"* (art. 140, §§ 2.º e 3.º), *violação de domicílio* (art. 150, § 1.º), para referir somente algumas. Estas infrações, entre outras, não admitem a pena substitutiva, mas podem beneficiar-se com a *suspensão condicional do processo*.

Como se vê, coerência, harmonia e sistematização são conceitos completamente

desconhecidos do legislador brasileiro contemporâneo que, ao que parece, pretendendo *justificar-se*, diariamente aprova uma lei criminal, destruindo, paulatinamente, o que resta de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro. Essa contradição – concessão de benefícios maiores (suspensão do processo) para infrações mais graves (cometidas com violência), que não admitem benefícios menores (substituição da pena) – configura a mais flagrante violação do *princípio da proporcionalidade*, desrespeitando a importância do *bem jurídico*, atingindo as raízes da inconstitucionalidade.

## 2. DOUTRINA NACIONAL

### 2.3

#### CRISE (S) PARADIGMÁTICA (S) NO DIREITO E NA DOGMÁTICA JURÍDICA: DOS CONFLITOS INTERINDIVIDUAIS AOS CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS

##### A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual

LENIO LUIZ STRECK

**Resumo:** O autor trata da inadequação do Direito para solucionar os problemas existentes na sociedade, especialmente frente aos novos tipos conflitos, os transindividuais. Neste sentido, no âmbito do direito penal, é feita uma análise do direito penal mínimo e da justiça consensual como soluções frente a essa nova realidade.

**Palavras-chave:** Direito penal mínimo – Justiça consensual – Direito penal constitucional – Conflitos transindividuais – Dogmática jurídica.

1. Algumas questões aparecem hoje como consensuais no plano dos debates acadêmicos em nosso país: a de que o Direito e sua instrumentalização passam por uma profunda crise, ao ponto de o Congresso Nacional, acodadamente, tentar aprovar uma reforma do Judiciário, cujos reflexos certamente ainda não foram bem avaliados pelos juristas brasileiros (súmulas vinculantes, ação de interpretação de lei, extinção do controle difuso de constitucionalidade, etc).

2. A crise se estabelece no hiato existente entre uma Constituição Federal que coloca à disposição da comunidade jurídica um conjunto de direitos e os mecanismos para a sua implementação, e uma sociedade carente de tais direitos, no interior da qual o acesso à justiça tem sido (só) negado à imensa maioria da população. A *inefeti-*

*vidade do aparelho judiciário coloca a lume uma das funções específicas da função do Estado: a jurisdição.* Mais do que isto, é necessário que se questione a função do Direito nesse (novo) modelo instituído pela CF/88, que é o Estado Democrático de Direito, levando em conta a relevante circunstância de que *a Constituição é principiológica, dirigente e vinculativa.*

3. Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – *em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social* –, ocorre uma desfuncionalidade (que para o *establishment* é a sua própria funcionalidade) do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. A dogmática jurídica brasileira está assentada em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade. Ou seja, *não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem desse Direito produto de um modo (modelo) liberal-individualista-normativista de produção de direito.*

4. Assim, a partir disso, pode-se dizer que, no Brasil, predomina/prevalece (ainda) o modelo liberal-individualista-normativista de Direito instituído para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos *manuals* de Direito, disputas entre Caio (*sic*) e Tício (*sic*): se Caio inva-

dir a propriedade de Tício, é fácil para o operador do Direito resolver o problema. Neste caso, a dogmática jurídica coloca à disposição desse operador um *prêt-à-porter significativo*, contendo uma resposta pronta e rápida (ou seja, é um esbulho!). Mas, quando Caio e milhares de pessoas sem teto ou sem terra ocupam a propriedade de Tício, ou quando ocorrem desfalques provocados pela quebra de bancos, evasão de divisas, sonegações de impostos e contribuições sociais (vide o presente natalino concedido aos sonegadores proporcionado pelo art. 34 da Lei 9.249/95), os juristas – inseridos nessa crise paradigmática – só conseguem “pensar” o problema a partir da ótica liberal – individualista.

5. Como respondem os juristas a esses problemas, produtos de uma sociedade complexa, em que os conflitos (cada vez mais) assumem uma dimensão *transindividual*? Na primeira hipótese, se a justiça tratar da invasão/ocupação de terras do mesmo modo que trata os conflitos de vizinhança (Caio *versus* Tício, ou A *versus* B), as consequências são gravíssimas (e de todos conhecidas...!). Na segunda hipótese (crimes de colarinho branco e similares), os resultados são assustadores, bastando, para tanto, examinar a pesquisa realizada pela Procuradora da República Ela Castilho,<sup>1</sup> cujos dados dão conta de que, de 1986 a 1995, somente 5 dos 682 supostos crimes financeiros apurados pelo Banco Central resultaram em condenações em primeira instância na Justiça Federal. A pesquisa revela, ainda, que 9 dos 682 casos apurados pelo Banco Central também sofreram condenações nos tribunais superiores. *Porém – e isso é de extrema relevância – nenhum dos 19 réus condenados por crime do colarinho branco foi para a cadeia!* Enquanto isso, enfrento, cotidianamente, na Câmara Criminal em

que atuo, processos nos quais pessoas são condenadas – em primeira instância – por furtar um tubo de cola Superbonder (usado), avaliado em R\$ 1,25; ou dois indivíduos que foram condenados a 2 anos de reclusão por terem furtado (*sic*) 9 peixes tipo “traíra” de um açude; ou um *habeas corpus* a favor de um jovem de 19 anos, preso há mais de 11 meses, por ter furtado alguns passarinhos; ou, ainda, duas mulheres condenadas por terem tentado furtar, em um supermercado, mercadorias avaliadas em R\$ 7,71...

6. Sinteticamente, no plano da avaliação da crise é possível apontar, com Faria,<sup>2</sup> no âmbito da magistratura – e creio que o raciocínio pode ser estendido às demais instâncias de administração da justiça –, *dois fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática*: o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo. *Este é o cerne da crise de paradigma*. Por isso, o Judiciário e o Ministério Público não podem encarar o Direito sob a ótica de “uma simples administração da lei” (Faria, *op. cit.*), proveniente de um “legislador racional”. O promotor de justiça e o juiz de direito não são “*outsiders*” do “sistema”. Eles fazem parte dele. Neles devem intervir. É a Constituição que determina/autoriza.

7. Lamentavelmente, o jurista tradicional não se dá conta dessa problemática. Resumidamente, com isso se explica a crise de paradigma: o “mercado” brasileiro de direito gerou demandas/expectativas que não têm mais condições de serem atendidas pelo modelo (modo) liberal-individualista-normativista de produção de direito.<sup>3</sup>

<sup>(1)</sup> Consultar CASTILHO, Ela Volkmer de. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

<sup>(2)</sup> FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, p. 14 e 15.

<sup>(3)</sup> Nesse sentido, ver estudo que desenvolvo no livro *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

É necessário uma mudança na postura dos operadores jurídicos. *Romper com este paradigma anti-garantista de dogmática jurídica e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade, é tarefa que se impõe aos juristas* (mormente os que têm poder para isso, como juízes e promotores!). É dizer, em outras palavras, que há, hoje, “uma valorização das categorias jurídicas (soberania) não só para compreender as atribuições básicas do aparato estatal, mas como também para apontar no Direito saídas possíveis para superar a crise de legitimidade atinente ao Estado Providência”<sup>4</sup>. Isto passa pela visão de que a Constituição é um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade (Ribas Vieira), podendo/devendo ser vista/entendida “precisamente como zona más o menos segura de mediación, aparte de la habitual entre legalidad y legitimación, también – más radicalmente y vinculado a todo ello – entre legitimidad y justicia”<sup>5</sup>. A partir disso, há que se ter claro que *princípios valem, regras vigem* (Bonavides), sendo a *violação de um princípio muito mais grave que a transgressão de uma norma* (Bandeira de Mello), tudo porque – *e não deveria haver qualquer novidade nisto* – todas as normas constitucionais são vinculativas e têm eficácia, podendo-se dizer que hoje *não há normas programáticas* (Canotilho). Qualquer norma infraconstitucional deve passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (*validade como questão primária e vigência como questão secundária* – Ferrajoli).

8. É nesse contexto que devemos trabalhar a temática relativa à justiça consensual (e suas possibilidades). Novas formas de resolução de conflitos são bem vindas,

como os Juizados Especiais Criminais. Tais mecanismos devem ser aperfeiçoados, *adequando-os à principiologia da Constituição*, uma vez que – e isto parece evidente – o legislador não possui discricionariedade (carta branca) para incluir e excluir delitos passíveis da barganha ou até mesmo da suspensão do processo.

9. Todas as normas da Constituição têm eficácia,<sup>6</sup> e as assim denominadas normas “programáticas” como as que estabelecem a busca da igualdade (redução da pobreza, proteção da dignidade etc), *comandam a atividade do legislador*, buscando alcançar o objetivo do constituinte. Esse comando (que é uma ordem de legislar)<sup>7</sup> traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – *a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas*.

10. Nesse sentido, vem a magistral lição de Palazzo, para quem, enquanto as

(6) Torna-se despidiendo elencar, aqui, os constitucionalistas cujos posicionamentos apontam para a ampla eficácia de todas as normas da Constituição (Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, para citar apenas alguns).

(7) Entendo que o direito, no Estado Democrático de Direito, tem uma *função transformadora*, sendo, pois, um *plus* normativo em relação ao Estado Social e ao Estado Liberal. A Constituição estabelece as diretrizes econômico-políticas para o desenvolvimento do Estado. Como bem ressalta Canotilho, o princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional *adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”*. O princípio da democracia econômica e social *impõe tarefas ao Estado* e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os cidadãos. Cf. J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 468.

(4) VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 41.

(5) Cf. DIAZ, Elias. *Ética contra política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 34.

indicações constitucionais de fundo (que atuam no sentido da *descriminalização*) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado Liberal de Direito, pressupondo, outrossim, uma implícita relação de “tensão” entre política criminal e direito penal, *as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal*: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, *contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente)* na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultra-individual e coletivas, exaltando, continuamente, *o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal*, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.<sup>8</sup>

11. O jurista italiano afirma, ainda, que junto às expressas cláusulas de penalização – não esqueçamos que, no Brasil, há o comando expresso de penalizar com rigor os crimes hediondos, da tortura, do racismo etc – *existem outras que, tacitamente, obrigam o legislador a estabelecer penalizações*. Isto porque o que se acha no bojo da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, *há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que foi expressamente afirmado pelo constituinte*.<sup>9</sup>

12. Assim, de um lado temos a Constituição apontando para uma descriminali-

zação de condutas,<sup>10</sup> e para uma justiça consensual (art. 98),<sup>11</sup> *destinada justamente para os delitos que não colocam em xeque os objetivos do Estado Democrático de Direito*, é dizer, os bens jurídicos de âmbito coletivo, e, de outro, a mesma Constituição apontando para uma necessária criminalização de condutas que se contra-põem aos objetivos previstos no texto constitucional (redução da pobreza, saúde para todos etc). *É neste meio-fio que deve andar o legislador e o operador do Direito*.

13. Dito de outro modo, não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal, no plano do Estado Democrático de Direito, *devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado*. Ou seja, no Estado Democrático de Direito – instituído no art. 1.º da CF/88 – *devem ser combatidos os crimes que fomentam a injustiça social*, o que significa afirmar que o direito penal deve ser reforçado naquilo que diz respeito aos crimes que promovem e/ou sustentam as desigualdades sociais. Nessa linha, nada melhor que a lição de Ferrajoli,<sup>12</sup> quando trata da

(10) Incluem-se nesse rol os delitos ligados à moral e ao comportamentalismo da sociedade, como a casa de prostituição, rufianismo etc, bem como as contravenções penais, incompatíveis com os ditames do Estado Democrático de Direito. Sobre o crime de casa de prostituição, ver acórdão 698383932, da 5.ª Cam. Crim. do TJRS, que, acatando parecer de minha lavra, julgou não recepcionado pela CF/88 o art. 229 do CP, com base no argumento da secularização do Direito no Estado Democrático de Direito, questão bem definida na obra de Ferrajoli.

(11) Despiciendo registrar que as presentes reflexões dizem respeito somente ao campo penal, ficando de lado, à evidência, análises acerca dos juizados especiais cíveis e à lei da arbitragem, importantes mecanismos de justiça consensual.

(12) Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón-teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1989, p. 477.

(8) Cf. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*, trad. de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989, p. 103.

(9) Idem, ibidem, p. 105.

*eleição dos novos bens jurídicos fundamentais* no Estado Democrático de Direito, afirmando que um programa de direito penal mínimo deve apontar para uma *massiva deflação dos bens penais e das proibições legais*, como condição de sua legitimidade política e jurídica. Alerta, entretanto, que é possível, também, que *nesta reelaboração seja necessário, no campo da tutela de bens fundamentais, de uma maior penalização de comportamentos hoje não adequadamente proibidos e castigados*, como, por exemplo, a introdução do delito específico de tortura ou a criação de novos delitos ambientais.

14. Dito de outro modo, como bem lembra Ela de Castilho, citando Baratta, *trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para a criminalidade econômica, para os desvios criminais dos organismos estatais e para o crime organizado*.<sup>13</sup> Para reforçar a tese, Araujo Jr.<sup>14</sup> diz que a sanção penal deve ser reservada para *garantir a consecução dos objetivos do Estado de realizar a justiça social*: tais são os limites dentro dos quais deverá atuar o legislador penal, ou seja, *“a repressão à criminalidade econômica deverá ser instrumentalizada no sentido de, regulando o mercado e protegendo os menos favorecidos pela fortuna, promover o desenvolvimento nacional e a justiça social”*.

15. Ou seja, à toda evidência, há uma *vinculação do “legislador” (penal) aos princípios constitucionais*, como registra Marcia Dometila de Carvalho, em relevante estudo sobre o tema “direito penal e a Constituição”, onde sustenta a necessidade da observação das normas constitucionais — e princípios são normas — *como elemento fundamental na determinação do conteúdo da lei penal*. Denuncia a autora que,

com sua ação, os legisladores brasileiros põem em risco a concretização dos valores e princípios constitucionais, tornando-os mera retórica. *Na feitura das leis, ignoram os direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos de segunda geração que possibilitam o gozo dos direitos e garantias individuais, denominados de primeira geração, e reduzem a liberdade e a dignidade humana a uma simples questão de estupro ou sequestro*.<sup>15</sup>

16. Com acerto, sustenta a doutrinadora que o delito, em face do paradigma constitucional, de cunho principiológico, necessariamente passa a ser *fruto de uma visão político-normativa, de cunho eminentemente constitucional*. Nesse sentido, critica a falta de critérios na elaboração das leis, que vai desde a Lei dos Crimes Hediondos até à Lei dos Juizados Especiais Criminais, que estabeleceu, sem qualquer critério constitucional, o que sejam delitos de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, cabe a pergunta: prevaricação é delito de menor potencial ofensivo? Difamação também? E a desobediência à ordem judicial? Ou seja, *o Poder Legislativo, ao estabelecer novos tipos penais ou (re)classificar delitos para enquadrá-los em pressupostos de novas leis, deve, obrigatoriamente, efetuar um balanço dos bens jurídicos dignos de proteção, devendo ganhar mais força os pertinentes à defesa da ordem econômico-social, cultural e ambiental, hierarquicamente superiores, pela Constituição, aos clássicos crimes contra o patrimônio, por exemplo*.<sup>16</sup>

(13) Cf. CASTILHO, op. cit, p. 75.

(14) Cf. ARAUJO JR., João Marcelo & SANTOS, Marino Barbedo. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 80.

(15) Consultar CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1996, p. 44 e 45.

(16) Concorde com Dometila quando diz que, *ao lado de uma política de despenalização, deve haver um processo de penalização, devendo ser tipificado todo fato que fomenta a injustiça social, que a Constituição pretende eliminar*. Também concordo com Baratta no sentido de que não se

17. Por isto, no campo penal, devemos pugnar por um direito penal mínimo para condutas (bagatelares, de mera conduta etc) que não lesam à comunidade e os objetivos do Estado Democrático de Direito, e por um direito penal interventivo naquilo que diz respeito à criminalidade econômico-social, estes sim, lesivos aos propalados objetivos desse novo modelo de Direito (como a igualdade, justiça social etc.). Como bem assevera Ferrajoli (ibidem), *somente um direito penal reconduzido unicamente às funções de tutela de bens e direitos fundamentais pode, de fato, conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica!* É isto que podemos chamar de relegitimação do direito penal.

18. Nessa linha, de pronto, tendo por base as premissas até aqui delineadas, vários aspectos (pontuais) do direito penal devem ser questionados e colocados sob forte atrito doutrinário, como por exemplo:

a) a necessária transformação dos delitos contra o patrimônio (furto, estelionato, apropriação indébita, etc) e os demais crimes classificados como de menor potencial ofensivo, de cunho interindividual – obedecida, à toda evidência, a principiologia constitucional –, em crimes de ação penal pública condicionada, trazendo tais delitos também para o âmbito dos Juíza-

dos Especiais Criminais<sup>17</sup>, ampliando-se, desse modo, o leque de delitos passíveis de composição; com isto, a vítima é trazida ao processo como sujeito, com o fito de compor a lide, se assim desejar; se antes a vítima é substituída *in totum* pelo Estado, agora a vítima partilha com o Estado a titularidade da lide;

b) no mesmo diapasão, nos delitos de cunho interindividual passíveis de inclusão no rol dos crimes que dependam de representação, seja possibilitada a conciliação em audiência específica, mediante mediação do magistrado, do Ministério Público e do(s) defensor(es);

c) nessa mesma linha, na esteira do que vem sendo permitido, desde há muito, para o crime de estelionato por emissão de cheque sem fundos (Súmula 554 do STF) e para a sonegação de impostos (art. 34 da Lei 9.249),<sup>18</sup> seja admitida, nos delitos contra o patrimônio em que não tenha restado prejuízo (por restituição *sponte sua* ou não), a extinção da punibilidade.<sup>19</sup>

d) a necessária recepção doutrinária-jurisprudencial dos tratados e acordos in-

caia na armadilha de uma política reformista e ao mesmo tempo “panpenalista”. Para tanto, Baratta fala de dois perfis que derivam de uma crítica do direito penal como direito desigual. *O primeiro deles é justamente o que trata de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada.* Trata-se, ao mesmo tempo, acentua o mestre, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos. Consultar, nesse sentido, BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro : Revan, 1996, p. 202.

(17) Esta providência se justifica em homenagem ao princípio da isonomia constitucional, uma vez que, se para o crime de lesões corporais se exige representação, para um crime menos grave (contra o patrimônio) o tratamento deve ser igualitário. Não se olvide que a integridade corporal, sob a égide do Estado Democrático de Direito, *deve ter uma proteção mais efetiva do que o patrimônio individual*. No mesmo sentido, a honra é um bem jurídico que se sobrepõe ao patrimônio.

(18) Ressalve-se, aqui, minha posição no sentido da incompatibilidade do art. 34 da Lei 9.249/95 com a perspectiva de Estado-Fiscal – Interventivo próprio do Estado Democrático de Direito, devidamente delineada no artigo *A nova lei do Imposto de Renda e a proteção das elites: Questão de “coerência”*. *Revista Doutrina*, n. 1, ID-Instituto de Direito, 1996.

(19) Nessa linha, ver Acórdãos 296026750 e 297019937, da 6.ª Cam. Crim. TJRS.

ternacionais, mormente o Pacto de San José da Costa Rica (observe-se, como exemplo, que o art. 414 do CPP, originário da década de 40, é mais avançado que o art. 366 do CPP, introduzido após a vigência do Pacto de San José);<sup>(20)</sup>

e) a discussão da (in)constitucionalidade da reincidência ou a sua relativização, por constituir-se em um *bis in idem*<sup>(21)</sup> (observe-se os obstáculos que a reincidência representa para a concessão de *sursis*, a suspensão condicional do processo, e outros benefícios);

f) a rediscussão dos limites para o *sursis*,<sup>(22)</sup> possibilitando-se a concessão do benefício para penas acima de 2 anos;

g) possibilidade do apenamento ficar abaixo do mínimo legal, sob os auspícios do princípio da proporcionalidade;

h) o exame das qualificadoras à luz do princípio da proporcionalidade (não é crível, por exemplo, que o simples fato de um furto ser cometido por duas pessoas tenha o condão de dobrar a pena);

i) sob os auspícios da teoria garantista,<sup>(23)</sup> torna-se necessário realizar uma fil-

tragem das normas penais-processuais — em sua expressiva maioria anteriores à Constituição, adequando-as ao novo fundamento de validade. Nesse sentido, adquirir especial relevo a *secularização do Direito* promovida pelo Estado Democrático de Direito, com o que boa parcela das

*garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do Direito.* É evidente que o garantismo não se constitui em uma panacéia para a cura dos “males” decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(ria)m indignar os lidadores do Direito. *O que ocorre é que, em face da aguda crise do positivismo jurídico-normativista, não se pode desprezar um contributo para a operacionalidade do Direito do porte do garantismo, que prega, entre outras coisas, que a Constituição (em sua totalidade) deve ser o paradigma hermenêutico de definição do que seja uma norma válida ou inválida (e isto, embora seja óbvio, não tem, ainda, a necessária repercussão no imaginário dos juristas brasileiros), propiciando toda uma filtragem das normas infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior.* Dito de outro modo, o garantismo não significa um retorno a um “Estado bom” que já houve. Nos países avançados da Europa, beneficiários do *welfare state*, isso até seria possível. No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo de construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade. Sobre garantismo, consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid : Trota, 1995, p. 851-903 e O Direito como sistema de garantias. O novo em direito. José Alcebíades de Oliveira Jr. (org). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996, p. 89-109; CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Florianópolis : UFSC, 1997, Tese de Doutorado; STRECK, Lenio Luiz. O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista. *Doutrina n. 5*. James Tubenschlack (org). Rio de Janeiro : Instituto de Direito, 1998, p. 41-48.

(20) A nova redação do art. 366 do CPP estabeleceu um paradoxo no sistema: em processo de crime de júri, a fuga do réu não acarreta qualquer prejuízo ao mesmo, na medida em que a prescrição continua fluindo; já com a nova Lei que alterou o art. 386, o autor de um pequeno delito terá contra si, no caso de ser revel, a suspensão do prazo prescriptivo, o que acarreta flagrante violação do Pacto de San José.

(21) Em recente julgamento, a 5.ª Cam. Crim. do TJRS julgou improcedente apelação do Ministério Público de primeiro grau, inconformado com a não aplicação da reincidência pelo juiz de direito Mauro Evelyn de Borba (Ac. 699291050 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

(22) Nesse sentido, ver acórdão 698145109, rel. Des. Alfredo Foerster, 6.ª Cam. Crim. TJRS.

(23) Entendo o garantismo como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito. Como “tipo ideal”, o

contravenções penais, embora vigentes, perdem a sua validade.<sup>24</sup>

Tais questões, em sua maioria, registrem-se, independem de providências legislativas, porque solúveis no plano da hermenêutica (filtragem hermenêutico constitucional).

19. A (in)adequação do conjunto de leis infraconstitucionais ao novo modelo estabelecido pelo novo texto constitucional é tarefa que angustia os juristas preocupados com uma dogmática jurídica crítica e construtivista. Gimezes de Asúa chegou a sugerir que, a cada nova Constituição, todos os Códigos deveriam ser refeitos. Como isto é impossível, resta-nos implementar o novo texto constitucional, entendido como *topos* hermenêutico, expungindo-se do ordenamento todas as normas incompatíveis com os preceitos e com os princípios constitucionais; outras normas podem ser mantidas em sua literalidade, mas relidas em conformidade com a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), ou mediante a técnica da nulidade sem redução de texto, além da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conquistas insofismáveis do moderno constitucionalismo.

20. É nessa linha que proponho o encaminhamento da discussão para uma relegitimação do direito penal, adaptando-o aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direi-

to: direito penal mínimo e *justiça consensual* ampla para os delitos que firam *bens jurídicos de índole interindividual*, além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo (*massiva deflação dos bens penais e das proibições legais*, como condição de sua legitimidade política e jurídica, como ensina Ferrajoli), reservando os rigores do direito penal para os delitos que colocam em xeque os valores que o Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com a redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isto para dizer o mínimo). Ou isto, ou teremos que dar razão ao dito do camponês salvadorenho, de que "*la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzados*".

21. Enfim, o operador do Direito não pode se comportar como o sujeito que está à beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção. As lavas (da crise social, jurídica e política) cobrirão – de forma inexorável – a tudo e a todos, e, ao invés de construir barreiras para evitar que as lavas cubram sua casa e a cidade, o jurista fica tranqüilo tratando de arrumar o quadro de Van Gogh na parede... Ou, nas belas palavras do contista mexicano Eráclio Zepeda, *quando as águas da enchente derrubam as casas, e o rio transborda arrasando tudo, quer dizer que há muitos dias começou a chover na serra, ainda que não nos déssemos conta!*

(24) Nesse sentido, ver nota n. 10, retro.

## 2. DOCTRINA NACIONAL

---

### 2.4

#### DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO: UMA TERCEIRA VIA ENTRE O CRIME E A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA?

MIGUEL REALE JÚNIOR

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Semelhanças e diferenças entre os tipos penais e as infrações administrativas nas Leis 8.137/90 e 8.884/94 (um exame *in concreto*) – 2. Semelhanças e diferenças das entidades “crime” e “infração administrativa” – 3. Conclusão: uma terceira via com a adoção de alguns princípios do Direito Penal no campo do ilícito administrativo.

**Resumo:** Direito penal canônico. Lei 8.137/90 e Lei 8.884/94: semelhanças e diferenças. Uma terceira opção – direito de “intervenção”: terceira via entre o direito administrativo e direito penal (ilícito administrativo e ilícito penal).

#### Introdução

Por influência da Constituição de Weimar e em razão da compreensão de que o papel do Estado na economia não se limitava a mero assistente do livre jogo das forças de mercado, as Constituições brasileiras de 1934 (arts. 115 *usque* 143) e de 1937 (arts. 135 *usque* 155) instituíram Capítulo relativo à ordem econômica. Contudo, não previram que se deveria reprimir o abuso do poder econômico, como já sucedia desde o início do século nos EUA.

Graças à insistência do Deputado Agamenon Magalhães, a Constituição de 1946 estatuiu, no art. 148, que caberia, como um dos objetivos à consecução de uma ordem econômica justa, reprimir-se o abuso do poder econômico. A legislação ordinária pertinente, todavia, veio a lume, tão só, dezesseis anos após a promulgação

da Constituição, durante a vigência do sistema parlamentarista de governo, em 1962, época das mais profícuas em matéria legislativa.

A Lei 4.137, de 1962, que criou o Cade como órgão integrante do Ministério da Justiça, estipulava as condutas que ofendiam a ordem econômica por visarem o domínio do mercado e a eliminação da concorrência, sendo que as figuras infracionais, então previstas, diferem, mas não substancialmente, das descrições contidas na atual Lei 8.884, de 1994 (lei antitruste).

A repressão, portanto, ao abuso do poder econômico, dá-se inicialmente por via administrativo-penal, sendo que somente quando da elaboração do Anteprojeto de Parte Especial, em 1984, trabalho este publicado em 1987 pelo Ministério da Justiça, é que se veio a prever a incriminação destas condutas lesivas à ordem econômica por atentatórias à livre concorrência em razão da dominação do mercado.

Uma análise comparativa entre as figuras infracionais contidas na Lei 4.137, de 1962 (art. 2.º e seus incisos), e os tipos penais elencados no Capítulo dos crimes

contra a ordem econômica do Anteprojeto de 1984 (arts. 372 a 380) demonstra que, na verdade, o Anteprojeto, de cuja elaboração participei, copia as disposições da Lei 4.137, de 1962. O mesmo se pode dizer com relação às normas incriminadoras que integram o capítulo II, arts. 4.º e 5.º da Lei 8.137/90, as quais, em grande parte, reproduzem o que constava da Lei 4.137/62, bem como do Anteprojeto de Parte Especial do Código Penal de 1984, publicado em 1987.

A Lei 8.884, de 1994, apresentando evidentes falhas de técnica legislativa e carência de logicidade – exigindo do intérprete esforço seja na compreensão da literalidade do texto, seja na conjugação do disposto no art. 20 com o estatuído nos incisos do art. 21, para compor figuras infracionais – termina por tipificar condutas semelhantes às previstas como crime nos arts. 4.º e 5.º da Lei 8.137, de 1990. Cabe, por isto, um exame comparativo das semelhanças e diferenças entre os tipos penais e as infrações administrativas descritas em ambas as Leis (I), precedentemente à perquirição das semelhanças e diferenças entre as entidades “crime” e “infração administrativa” (II), pressupostos necessários à exame de uma possível “terceira via” entre ambas as entidades (III).

### 1. Semelhanças e diferenças entre os tipos penais e as infrações administrativas nas Leis 8.137/90 e 8.884/94 (um exame *in concreto*)

As Leis 8.137/90 e 8.884/94, ao tipificarem condutas lesivas à ordem econômica e à livre concorrência, delineiam figuras que apresentam entre si marcantes identidades e marcantes diferenças. Vejamos em que consistem umas e outras.

Tomemos, por exemplo, o que dispõe o art. 4.º, I, da Lei 8.137, de 1990, o qual estatui que constitui crime contra a ordem econômica:

“abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência, mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente;”.

Já o art. 20, *caput*, e o art. 21, incs. IV, V e VI, da Lei 8.884, de 1994, em confusa redação, preceituam:

“Constituem infração da ordem econômica (*sic*), independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados (*sic*), que tenham por objeto (*sic*) ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da (*sic*) ordem econômica:

(...)

IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento

de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI — impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

A primeira tarefa é a de interpretar os termos e o significado do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, que tem como primeiro equívoco designar a infração como sendo “*da ordem econômica*”, quando o certo seria “*à ordem*” ou “*contra a ordem econômica*”. Superada esta pequena impropriedade, deve-se entender que a referência a “*atos sob qualquer forma manifestados*” não constitui a admissão de meras palavras ou gestos, mas diz respeito a *atos praticados por ação ou omissão*. A seguir a expressão “*atos (...) que tenham por objeto*” — no contexto utilizado e tendo em vista os incisos a que se liga — não alude àquilo sobre o que recai a ação (objeto), mas significa os atos que tenham por *objetivo, finalidade, escopo*, isto é, os atos que visem limitar a livre concorrência, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. Seria incontornável absurdo tomar-se por “objeto” os efeitos que a lei prevê.

O art. 20, ao final, ainda refere que estes atos “*possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados*”, ou seja, os efeitos discriminados nos incisos a seguir: limitar a livre concorrência, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

Dessa forma, contrariamente ao que se afirma, não são infrações de simples atividade ou mera conduta,<sup>1</sup> pois exige-se que

haja potencialidade para causar perigo à ordem econômica mediante, por exemplo, atos que possam produzir a limitação da concorrência ou a dominação de mercado relevante, dando-se *relevância à criação de uma situação perigosa*, pois mesmo que os efeitos que os atos pudessem produzir não tenham sido alcançados tem-se, por igualmente configurada, a infração. Trata-se, portanto, de infrações de perigo concreto, sendo prova disto as circunstâncias previstas no art. 27, IV e V, da Lei, como critério na aplicação da pena: “*a consumação ou não da infração*”<sup>2</sup> e o “*o grau de lesão ou de perigo de lesão à livre concorrência*. (...)”.

O disposto no art. 21 constitui especificação de formas de conduta que possam conduzir aos resultados enunciados nos incisos do art. 20, como, por exemplo, a limitação ou prejuízo da concorrência, evento previsto no inc. I. Este pode dar-se ao se “*limitar o acesso de novas empresas ao mercado*” (inc. IV do art. 21), ou ao se criar dificuldade ao desenvolvimento de empresa concorrente (inc. V do art. 21). Não constitui uma exaustão, não sendo a enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa,<sup>3</sup> pois o legislador em linguagem

“*ainda que não sejam alcançados*” os efeitos, induz à consideração de que sejam ilícitos administrativos de mera conduta. João Bosco Leopoldo da Fonseca corretamente pondera que terá o julgador de verificar se são os atos “*concretamente aptos a produzir qualquer dos efeitos*, mesmo que estes, na vida econômica real não sejam alcançados”. (*Lei de proteção da concorrência — Comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 88).

(1) Neste sentido Rui Stoco, Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995, p. 216. Sem dúvida a desnecessária menção à tipi-

(2) Novamente a falta de técnica do legislador impõe ao intérprete decifrar: neste passo deve-se entender por consumação a consecução do resultado, a obtenção de um dos efeitos enunciados nos incisos do art. 20, o que demonstra que basta a criação de uma situação de perigo, constituindo a causação do resultado critério para a maior apenação.

(3) João Bosco Leopoldo da Fonseca, op. cit., p. 95. Não podemos concordar com Rui Stoco

coloquial afirma: “as seguintes condutas, *além de outras (...)*”, não encerrando, assim, o rol das condutas infracionais.

Deve-se, ponderar, ademais que podem existir condutas não descritas no art. 21 que tenham potencialidade para produzir os efeitos previstos nos incisos do art. 20 e que configurem infração econômica. Todavia, as condutas elencadas nos incisos do art. 21 apenas tipificam infração se puderem produzir algum dos efeitos mencionados no art. 20.

Obrigatória conclusão, destarte, é a de que o legislador, na “lei antitruste”, não se cingiu, no âmbito da infração à ordem econômica, de forma estrita, ao princípio da tipicidade,<sup>4</sup> pois a mera indicação do re-

que o art. 21 estabelece taxativamente e em *numerus clausus* as condutas exigidas para que as infrações do artigo precedente se caracterizem. (op. cit., p. 215). Não só o próprio art. 21 refere-se à possibilidade de outras condutas não elencadas, como seria um absurdo não constituir infração à ordem econômica, pois não há no art. 21 qualquer referência, a fusão ou incorporação de empresas com o fim de dominar o mercado, fato que a lei vem mencionar como tendente a essa dominação no art. 54 e em seu § 3.º.

(4) Rui Stoco, op. cit., p. 219, considera que as figuras estabelecidas no art. 20 da Lei 8.884/94 não traduzem preceitos primários incriminadores de modo a se exigir a chamada tipicidade, malgrado considere taxativo o que dispõe o art. 21. Não se pode concordar, todavia, como defendido por José Inácio Gonzaga Franceschini e Jose Luiz Vicente Azevedo Franceschini que consideravam, já na disciplina da Lei de 1962, que a legislação repressiva ao abuso do poder econômico está “adstrita aos princípios fundamentais do Direito Penal comum (*Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo : RT, 1985, p. 2). Mais recentemente, José Inácio Azevedo Franceschini (Roteiro do processo penal econômico na legislação de concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 5, n. 10 de 1998, p. 9 e et seq.) defende que a “lei antitruste” constitui uma lei penal-econômica, por proteger interesses públicos em proveito da coletividade.

sultado que possa vir a ser atingido por uma conduta é suficiente para configuração da ilicitude (art. 20). Assim sendo, é desnecessária a exigência de congruência com um modelo de conduta concreta, bastando, pois, repita-se, constatar que o ato possa produzir o efeito, por exemplo, de “dominar o mercado relevante” previsto no art. 20, II, para configurar a infração.

Nesta hipótese, a Lei 8.884, de 1994, não explicita a forma pela qual se cria uma situação de perigo, tornando possível a dominação de mercado relevante, contentando-se com uma locução aberta, “ato que possa produzir o efeito de dominar o mercado relevante”. Já a Lei 8.137, de 1990, descreve um crime de resultado no inc. I do art. 4.º, pois exige como evento<sup>5</sup> a dominação de mercado ou a eliminação, total ou parcial, da concorrência, mediante, por exemplo, “a coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas”.

É evidente que os atos de fusão ou incorporação constituem formas por excelência conducentes à criação de perigo à ordem econômica, propiciadores de limitação da concorrência ou de dominação do mercado. Mesmo assim, nos arts. 20 e 21 não se faz a eles menção direta, o que só vem a ser feito, de forma quase marginal e quebrando a possível sistematicidade, no § 3.º do art. 54, *in verbis*: “incluem-se nos atos de que trata o *caput*<sup>6</sup> aqueles que vi-

(5) Se o resultado não vem a ser alcançado, mas os atos são idôneos à consecução do evento que não vem a ocorrer por razões alheias à vontade do agente, configura-se uma tentativa, que nada mais é, como já salientamos em nosso livro *Teoria do delito* (São Paulo : RT, p. 199), do que a criação de forma irreversível de uma situação de perigo ao bem jurídico. Assim, se a criação de uma situação de perigo que possa limitar a concorrência configura a infração econômica da lei antitruste, por outro lado configura uma tentativa do tipo previsto no art. 4.º da lei penal.

(6) O *caput* do art. 54 edita: “Os atos, de qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre

sem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas (...)"'. É de admirar que a forma mais contundente e habitual de domínio de mercado — mormente nos dias de hoje, quando assiste-se ao processo de globalização da economia — não seja contemplada no elenco do art. 21.<sup>7</sup>

Nesta perspectiva, a única interpretação possível para colmar a lacuna legislativa e atender ao próprio bem jurídico que se visou tutelar, consiste em considerar que se, na descrição da infração, não estão a fusão ou incorporação como formas que possam causar o domínio de mercado relevante, no entanto, a compreensão sistemática e a própria locução aberta do art. 20 conduzem a que se considere como infração econômica também a fusão ou a incorporação que possam provocar o efeito de dominar o mercado.

Em assim sendo, mesmo inexistindo menção expressa à fusão ou à incorporação nas infrações da "lei antitruste", há, todavia, marcante semelhança entre o aqui

concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade". Como se vê, reproduz-se com algumas diferenças, o texto do art. 20, no qual se descrevem as infrações, com a grave distinção de ser de perigo a conduta relativa à limitação da concorrência, mas de resultado a de dominação de mercado. A imprecisão e falta de técnica legislativa revela-se a cada passo, em mais uma lei confusa e deplorável no elenco das editadas nesta década.

(7) Pode-se, ou até mesmo deve-se, atribuir à deficiência do legislador esta ausência de descrição típica das infrações, como na hipótese acima examinada, pois, de outra parte, chega o mesmo a ser preciso na descrição de condutas no art. 21, desde que possam produzir os efeitos previstos nos incisos do art. 20. O certo, contudo, é que torna-se obrigatório concluir que a descrição típica e a tipicidade, enquanto correta congruência entre os dados desta descrição típica e os dados da conduta concreta, não se colocam como exigência básica da "lei antitruste".

previsto e o tipificado como crime na Lei 8.137, de 1990.

Há, nos incisos do art. 21 da Lei 8.884, de 1994, descrição precisa, até mesmo mais detalhada, de condutas que possam limitar, total ou parcialmente, a concorrência, porquanto se a Lei 8.137, de 1990, restringe-se a prever como crime o "*impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente*" (letra *f* do inc. I do art. 4.º), a "lei antitruste" contempla de modo mais preciso três condutas: *limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos, ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição*" (incs. IV, V e VI do art. 21).

Se há esta disparidade, no entanto, ambas as leis têm por previsão delituosa a cessação parcial ou total das atividades da empresa, desde que possa conduzir à limitação da concorrência (na "lei antitruste" inc. XXI do art. 21) ou que cause a eliminação da concorrência (na lei penal, letra *e* do inc. I do art. 4.º).

A fixação de preços, por meio de acordo entre concorrentes, o *cartel*, vem igualmente prevista com algumas diferenças em ambas as leis: inc. I do art. 21 da "lei antitruste" e letra *a* do inc. II do art. 4.º da Lei 8.137, de 1990. O *dumping* interno, consistente na venda abaixo do preço de custo, está previsto no inc. VI da lei penal e no inc. XVIII do art. 21 da lei antitruste. A elevação de preços, sem justa causa, valendo-se de posição dominante está prevista como crime no inc. VII do art. 4.º da lei penal e, como infração econômica, no inc. XXIV do art. 21, combinado com o inc. IV do art. 20 da lei antitruste.

Cremos que são estes exemplos suficientes das semelhanças e diferenças entre os tipos infracionais da "lei antitruste" e os

tipos penais da lei penal, sendo, todavia, relevante notar que as condutas têm descrições típicas semelhantes e visam à proteção do mesmo bem jurídico – a *livre concorrência* – contra impedimentos ou prejuízos ao seu correto desenrolar, reprimindo-se, igualmente, na defesa da livre concorrência, o domínio de mercado relevante e o abuso de posição dominante.

Diferença marcante, todavia, está no elemento subjetivo, pois se a ação é dolosa nos tipos previstos na lei penal, a configuração, no entanto, dos tipos infracionais na lei antitruste *independem de culpa*. Resta saber, contudo, como interpretar esta locução “*independentemente de culpa*”, constante do art. 20 da “lei antitruste”.

As ações descritas nos arts. 20 e 21 da mencionada lei são, por sua natureza, dolosas, ou seja intencionais, sendo difícil mesmo admitir que sejam realizadas por negligência e muito menos por imprudência: *verbi gratia*, fixar preços em acordo com o concorrente (art. 21, I); aumentar preços sem justa causa, abusando de posição dominante (art. 21, XVIII, c/c. art. 20, IV); criar dificuldades ao desenvolvimento de empresa concorrente (art. 21, V); utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros (art. 21, IX).

Assim sendo, deve-se concluir que se, por ventura, o fato ocorrer em razão de força maior, no caso, por exemplo, de recusa de venda de bens dentro das condições de pagamento normais (art. 21, XIII) tendo em vista a falta de energia que impeça o carregamento da mercadoria, nem por isso se estabelece uma responsabilidade objetiva, pois o ato há de ser praticado *com o objetivo de limitar a concorrência*. Deste modo, a locução “*independentemente de culpa*” há de ser entendida como *independentemente de prova do elemento subjetivo*, o que não exclui que prove o infrator a ausência deste, em razão de força maior ou caso fortuito.

Recapitulando, pode-se afirmar que os tipos penais e infracionais têm em comum

a tutela do mesmo bem jurídico, por meio da repressão a condutas em grande parte semelhantes, malgrado as aparentes divergências, como acima apontamos. A distinção existente está no menor respeito, na “lei antitruste”, à estrita descrição típica e à admissão de outras condutas não expressamente elencadas, o que contraria os princípios garantísticos da lei penal, bem como no tratamento relativo ao elemento subjetivo, como acima sublinhado.

Vistas as identidades e dissimilaridades existentes *in concreto*, cabe examinar, do ponto de vista teórico, em que consistem as semelhanças e diferenças entre duas entidades fundamentais no direito penal e no direito administrativo-econômico, quais sejam, o crime e a infração administrativo-penal.

## 2. Semelhanças e diferenças das entidades “crime” e “infração administrativa”

O bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador enquanto valor digno de tutela seja penal,<sup>8</sup> seja no âmbito administrativo. Bem por essa razão o crime constitui, no dizer de Fiandaca e Albergiani “*offesa significativa a beni costituzionalmente rilevanti*”, pelo que da própria Constituição se extrai também o princípio da “*ofensividade*”, o qual indica que o crime só pode ser lesão ou efetiva colocação em perigo de um bem jurídico.<sup>9</sup> O princípio igualmente incide, a

(8) Nosso *Teoria del delitto*. São Paulo : RT, 1998, passim; Fiandaca e Albergiani. *Casi e questioni di Diritto Penale*. Milão : Giuffrè, 1996, p. 161, para os quais o bem jurídico deve funcionar como critério de seleção dos fatos puníveis.

(9) Idem, p. 160; no mesmo sentido Fiandaca e Musco para os quais o recurso à pena, por violar o direito de liberdade, apenas se justifica se dirigido a tutelar bens socialmente valiosos dotados de relevância constitucional. (*Diritto penale*. 2. ed. Bolonha :

nosso ver, com relação ao ilícito administrativo, mormente se se visa, mediante a sua tipificação, à proteção do interesse geral, expresso, por exemplo, na tutela do meio ambiente, no resguardo à segurança do tráfico, na proteção à saúde pública, ou na defesa da ordem econômica.

O bem jurídico exerce, na esfera da Política Legislativa, importante função ao orientar o legislador na decisão de qual conduta deva ser reprimida por meio da ameaça penal ou de sanção administrativa. E mais: auxilia a definir, dentre múltiplas formas que a conduta possa apresentar, qual aquela especial que, dadas suas características, exige-se seja reprimida com mais *eficácia*, ou por meio da sanção penal ou por via administrativa.

Os processos de despenalização ocorridos na Itália e na França<sup>10</sup> bem demonstram com a escolha da via penal ou da via administrativa *nada tem a ver com a importância do bem jurídico*, tratando-se, antes de uma escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a melhor alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único.<sup>11</sup> Tra-

ta-se, portanto, de um problema de *eficácia social*, e não de uma questão de diversidade axiológica.

É bem verdade que há autores que admitem uma diferença ontológica entre crime e ilícito administrativo, tal como Aftalión, para o qual o crime tutela bens jurídicos e o ilícito administrativo atende aos interesses da Administração, e Maurach, que vê no crime um bem jurídico claramente situado atingido pela ação enquanto na infração administrativa há apenas uma insubordinação perturbadora da atividade administrativa,<sup>12</sup> Refutando tais entendimentos, Ricardo Andreucci, na esteira do pensamento de Nelson Hungria, para o qual a punição na esfera administrativa ou penal atende às razões de conveniência política,<sup>13</sup> conclui:

“a diferença não repousa em dados qualitativos, pois a única a ser encontrada entre crime, contravenção e ilícito administrativo é a quantitativa, representada pela maior intensidade de agressão à ordem jurídica, considerada pelo legislador em função de conveniência de política criminal”.

Concordamos com o autor ao dizer que se trata de conveniência política, mas não podemos aceitar que haja diferença decorrente da intensidade da agressão,<sup>14</sup> pois ele mesmo reconhece que o ilícito administrativo poderá “*emprestar sua tutela a bens fundamentais*” ponderando, todavia, que não o faz para assegurar a existência social, o que nos parece incongruente. Ora, se há a defesa de bem jurídico fundamental, pouco importa que a via seja administrativa ou penal, posto que sempre, diante

Zannichelli, p. 28). Entre nós acerca do princípio constitucional penal da “ofensividade” veja-se Maurício Ribeiro Lopes. Direito Penal, Estado e Constituição, publicação do IBCCrim. São Paulo, 1997, p. 68.

(10) Na Itália três leis de “despenalização” são relevantes: a Lei de 03.05.1967, n. 317, a Lei de 24.12.1975, n. 706, e a Lei de 24.11.1981, n. 689. Na França é de se ressaltar a lei de despenalização em matéria de concorrência de 19.07.1977, bem como a “*ordonnance*” de 01.12.1986, que também concerne à despenalização em matéria concorrencial, substituindo-se o sistema penal inicial por um sistema de sanções administrativas.

(11) Neste sentido vide Georges Dellis. *Droit pénal et droit administratif – L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: LGDJ, 1997, no qual anota: “*la conception de l'unité du*

*domaine répressif gagne progressivement du terrain*”. (p. 27).

(12) Veja-se Ricardo Andreucci. Direito Penal Administrativo e ilícito fiscal, RT, n. 417, julho de 1970, p. 25 e et seq.

(13) *Comentários ao Código Penal*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 38.

(14) Ricardo Andreucci, op. cit., p. 30.

da importância do bem jurídico, estar-se-á protegendo a sociedade, isto é a “existência social”.

Em direção diversa, acorde com o nosso pensamento, Nuvolone, em seus comentários à lei de despenalização de 1981, bem observa que se trata de “*pur sempre di scelte di politica legislativa di parte speciale, e non di una svolta del pensiero giuridico-penale*”.<sup>15</sup> Por sua vez explica George Dellis que o legislador, ao retirar uma matéria do sistema penal para a incorporar ao conjunto extrapenal, considera que este “*peut atteindre le même but avec une plus grande efficacité*”.<sup>16</sup>

Estas lições indicam não haver uma diferença de natureza substancial entre ilícito penal e administrativo retributivo, conforme também preleciona Daniele Propato, para a qual as sanções administrativas retributivas são idênticas em suas funções às penais, “*perseguido entrambe una finalità di prevenzione generale e speciale*”.<sup>17</sup> Em assim sendo, a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de

Política Legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social.

Na nossa legislação, as condutas de abuso do poder econômico, como vimos, são igualmente enquadráveis na lei penal e na “lei antitruste”, e de duas uma: ou levam a um *bis in eadem*, ou encontram eficácia apenas em um dos campos.

Haverá *bis in eadem* se se considerar que a “lei antitruste” estabelece uma responsabilidade solidária entre empresa e o seu administrador na prática de infração à ordem econômica (art. 16), prevendo a aplicação de pena de multa ao administrador direta ou indiretamente responsável pela infração cometida pela empresa (art. 23, II). As demais penas, mormente as previstas nos incs. I, III e V (publicação de sentença e cisão de sociedade ou venda de ativos), podem ser aplicadas à pessoa física do administrador.

Por esta razão, o administrador ou gerente sofrerá duas punições que se somarão: a pena privativa de liberdade de reclusão de 2 a 5 anos (art. 4.º da Lei 8.137) ou de detenção de 2 a 5 anos (art. 5.º), em ambos os casos alternativa com a pena de multa, sendo certo que as penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos podem, pela recente Lei 9.714/98, ser substituídas pela pena de “prestação pecuniária”, que nada mais é do que uma multa paga à vítima ou a entidade de cunho assistencial, que se adicionará à sanção administrativa de multa ou a outra penalidade prevista no art. 24 da “lei antitruste”.

Haverá, sem dúvida, pelo mesmo fato, um cúmulo de penas de caráter pecuniário, uma imposta pelo Cade, outra pela Justiça Penal, ferindo-se o princípio da proporcionalidade,<sup>18</sup> segundo o qual o mal imposto

(15) *La legge di depenalizzazione*. Turim: Utet, 1984, p. 3.

(16) Op. cit., p. 26. O autor mais adiante anotando a maior presteza e inovação da jurisprudência administrativa, mormente na punição das pessoas jurídicas, conclui que a ineficácia do direito penal dos negócios e de proteção do meio ambiente explica a despenalização destas matérias. A despenalização das figuras penais de proteção do meio ambiente na Alemanha é defendida por Hassemer, “A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, n. 22, abril/junho 1998, p. 27 et seq.

(17) *Sanzioni amministrative e depenalizzazione di delitti e contravvenzione*. Florença: Edizioni Laurus Robuffo, 1983, p. 10 et seq. George Dellis (op. cit., p. 50) pondera que em sua maior parte as sanções administrativas são bastante severas cumprindo sejam submetidas a um regime jurídico próximo ao aplicado às penas penais.

(18) Vide sobre o princípio da proporcionalidade do nosso trabalho, Inconstitucionalidade da lei dos remédios. *RT*, n. 764, junho de 1999, p. 421. Georges Dellis observa que a Conselho Constitucional aplica também o prin-

deve guardar proporção com o malefício causado, desrespeitando-se este princípio, também, quando se somam sanções de cunho administrativo e penal pelo mesmo fato, em especial se forem idênticas, por exemplo, duas penas de multa, ou pena de prestação pecuniária e pena de multa.

As sanções que se somam têm pequena distinção, relativa, na verdade, ao significado da reprovação. Se é certo que ambas guardam finalidades preventiva e retributiva, o que as distingue é o caráter moral de reprovação social inerente à sanção penal, bem como o gravame do próprio processo penal é submetido o agente, não encontráveis na sanção e no processo administrativo. Diante da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas, sobressai, na distinção entre sanções administrativas e penais, o elevado conteúdo de censura moral do processo e da sanção penal em comparação com o conteúdo de censura moral mais reduzido do processo e da sanção administrativos.

A par deste problema, é de ser considerado, como acima já havíamos apontado, a hipótese de apenas um dos campos repressivos ter eficácia, o que efetivamente sucede com a aplicação, na esfera do abuso do poder econômico, unicamente das sanções administrativas, por meio do Cade. A experiência comprova que, nesta esfera, são reduzidíssimos os processos por infração penal.

Já Tobias Barreto prelecionava: “a aplicação legislativa na penalidade é uma pura questão de política social. Ela resume-se na seguinte máxima: impor pena em todos os casos em que a sociedade não pode passar sem ela”.<sup>19</sup> E a sociedade tem passado

sem a sanção penal, relegada à condição de letra morta, na medida em que a ação administrativa por via da Secretaria de Direito Econômico e do Cade tem atuado com eficácia. Tanto assim que o Ministério Público, que atua junto ao Cade, não tem proposto a ação penal nos casos em que há condenação administrativa.

Sem dúvida, impõe-se uma decisão de Política Legislativa, tendo em vista os argumentos e ponderações acima trazidos à baila, mas enfrentando-se o desafio lançado por Hassemer, e entre nós acolhido por Cezar Roberto Bitencourt e Maurício Zanoide de Moraes, no sentido da criação de um “Direito de Intervenção”, um novo ramo situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.<sup>20</sup>

### 3. Conclusão: uma terceira via com a adoção de alguns princípios do Direito Penal no campo do ilícito administrativo

A formulação de uma “terceira via”, caminho a percorrer-se entre a trilha rígida do direito penal e a maior fluidez do direito administrativo está na mente de autores do peso de Hassemer que preconiza ser preci-

tervenção mínima, hoje assim explicitado por Cesar Roberto Bitencourt. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995, no qual observa: “a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”. (p. 119).

- (20) W. Hassemer. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8, out/dez. 1994, p. 41 et seq.; Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 118 et seq.; Maurício Zanoide de Moraes, em trabalho apresentado na pós-graduação na disciplina de Direito Penal Econômico, em junho de 1998, sob o título: *O problema da tipicidade no direito penal econômico: Código de Defesa do Consumidor*.

cípio da proporcionalidade em matéria administrativa repressiva, de modo a limitar o cúmulo de sanções administrativas e penais (op. cit., p. 18)

(19) *Estudos de direito*, II, Rio de Janeiro: Record, 1991, p. 116. Tobias Barreto formulava de forma genial o princípio da in-

so pensar um novo campo do direito que “*não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores*”.<sup>21</sup> O autor chama este novo campo de “*Direito de Intervenção*”. A seu ver – em perspectiva que endossamos – o Direito Penal deveria ter por fulcro a proteção de bens individuais, como a vida, a liberdade, o integridade física e a propriedade, sem se voltar para o campo da moderna criminalidade. Do contrário, a seu ver, arrebentar-se-á o Direito Penal, que se transforma em um instrumento ineficiente.

Esta sugestão de Hassemer merece segundo Cezar Bitencourt, no mínimo, uma profunda reflexão,<sup>22</sup> na medida em que “a pena privativa de liberdade também deve obedecer a *ultima ratio*, recorrendo-se a ela somente quando não houver outra forma de sancionar eficazmente”. Também Maurício Zanoide de Moraes entende que por essa via “*talvez vislumbre-se uma melhor resposta aos anseios modernos*”, devendo esse Direito de Intervenção não estar jungido pelos dogmas garantistas do Direito Penal, sendo antes um Direito Administrativo adaptado às peculiaridades econômicas das relações que pretende regular<sup>23</sup>.

Concordando com estas sugestões opomo-nos, todavia, à denominação “Direito de Intervenção”, que pouco designa, uma vez que intervenção não será a característica desse novo ramo, mesmo porque não há direito repressivo que não realize uma intervenção.

A característica fundamental a ser retida é que as infrações são administrativas e não penais, sendo julgadas por um tribunal administrativo como, por exemplo, o Cade. Todavia, revestem-se de algumas garan-

tias e limitações próprias do Direito Penal, o que significa dizer que contém, simbolicamente, qualidades de infração administrativa quanto de penal. O acento primordial recai, no entanto, sobre a natureza administrativa, razão pela qual denominaria este ramo de “Direito Administrativo-Penal”, que se distinguiria do Direito Administrativo disciplinar, porquanto este pressupõe uma relação de subordinação do agente frente à Administração Pública.

Ao nosso ver deve haver uma *Parte Geral*<sup>24</sup> nas leis tipificadoras das infrações administrativo-penais, que contenha os princípios garantistas próprios do Direito Penal aplicáveis às infrações administrativo-penais, bem como os princípios ordenadores do conjunto normativo. Estes permitem, de um lado, dotar de eficácia as normas infracionais, ampliando o âmbito de incidência – o que ocorre, como veremos, na hipótese de responsabilidade solidária, na forma comissiva por omissão – e, de outro, limitar a sua incidência, o que sucede na admissão do erro de tipo ou da extinção da punibilidade.

Assim ocorre com a lei italiana de 24.11.1981, n. 689, que promoveu a despenalização de todas as violações punidas tão só com pena de multa ou com ressarcimento. Esta dedica seu primeiro capítulo aos princípios gerais, a começar pela consagração do princípio da legalidade e da não retroatividade. Trata, também, do elemento subjetivo (art. 3.º); das causas de exclusão (art. 4.º); do concurso de pessoas e da solidariedade (arts. 5.º e 6.º); do con-

(21) Op. cit., p. 49.

(22) Op. cit., p. 127.

(23) Op. cit., p. 13, nota 30.

(24) Sobre a Parte Geral, seu significado e fins objetivados, veja-se nosso *Teoria do delicto*, cit. p. 161 et seq. Giovanni Grasso, *Prospettive di un diritto penale europeo*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 8, o qual lembra que no Direito Comunitário a Direção Geral para um controle financeiro propôs uma “parte geral” do ilícito administrativo comunitário, “*così da soddisfare ad un tempo le esigenze di certezza e di uniformità della disciplina*”.

curso aparente de normas (art. 9.º), entre outros exemplos.

É imperativo analisar qual deva ser o conteúdo de uma Parte Geral de lei tipificadora de infrações administrativo-penais, tarefa à qual passamos a nos dedicar, sem esgotar, no entanto, o elenco das matérias que deve contemplar.

A) A adoção do princípio da legalidade<sup>25</sup> traz consigo, como ressalta Nuvolone, a proibição da analogia,<sup>26</sup> proibição esta que deve, a nosso ver, ser apenas *in malam partem*, ao contrário do que pensa Nuvolone, da mesma forma que cumpre retroagir a lei nova mais benéfica aos fatos anteriores, pois, como ensina Dellis, ao tratar do direito francês, tais “*princípios comuns da repressão cumpre sejam respeitados onde haja sanção que tenha o caráter de uma punição*”.<sup>27</sup>

(25) Sobre a adoção do princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo-penal em diversas legislações veja-se Mireille Delmas-Marty, no relatório sobre o colóquio realizado em Estocolmo, em junho de 1987, sobre os problemas jurídicos e práticos postos pela diferença entre direito criminal e administrativo-penal, na *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 59, n. 1 e 2, 1988, p. 36. Faria Costa, em trabalho apresentado no mesmo colóquio, considera que o princípio da legalidade não pode ser apenas proibição da não retroatividade, não se aceitando que no direito de mera ordenação social se admitam cláusulas gerais e formas de reenvio, devendo-se sufragar o princípio da tipicidade. (*Revue Internationale de Droit Penal*, v. 59, n. 1 e 2, 1988, p. 353 et seq.).

(26) Op. cit., p. 14. Paulo José da Costa Junior e Zelmo Denari. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46 et seq., asseveram o respeito princípio da legalidade no campo tributário, porquanto não pode haver nenhum tributo nem sanção sem lei prévia e estrita, tendo-se por consequência, por um lado o afastamento da analogia *in malam partem*, e, por outro admissão da retroatividade da lei mais favorável.

(27) Georges Dellis, op. cit., p. 290.

Aliás, na França, como igualmente acentua Georges Dellis, até a Segunda Guerra Mundial não se exigia estrito respeito ao princípio da legalidade nas infrações disciplinares, tendo, todavia, ocorrido progressiva reviravolta. Hoje o entendimento da jurisprudência é no sentido do caráter limitativo das normas administrativas repressivas, consagrando-se o princípio da legalidade com relação a todas as infrações e penas administrativas.<sup>28</sup>

Com efeito, as normas do que denominamos Direito Administrativo-Penal devem ser interpretadas estritamente, com absoluto respeito à exigência de tipicidade, não se justificando o reiterado reenvio a conceitos extrajurídicos e a utilização de conceitos indeterminados e locuções abertas, sem descrição nas normas tipificadoras, dos dados elementares invariáveis da conduta que se visa prevenir e reprimir por meio da sanção administrativo-penal.

A irretroatividade, a não ser da lei nova mais benigna, a proibição de analogia *in malam partem*, a exigência de estrita tipicidade da conduta, a limitação do uso de expressões genéricas, de locuções abertas, bem como do reenvio a conceitos extrajurídicos, a certa e prévia fixação das sanções são estas algumas das diretrizes que devem orientar o Direito Administrativo-Penal.

B) Outra matéria, e mais complexa que a anterior, diz respeito ao elemento subjetivo, que a lei italiana procura resolver pela adoção da voluntariedade, conceito próprio das contravenções, apesar de referir-se, ao final do art. 3.º, à ação dolosa ou culposa. Esta solução é objeto de crítica de Nuvolone, uma vez que a jurisprudência vinha excluindo a indagação acerca do elemento subjetivo no campo do ilícito administrativo. Mas a observação mais relevante de Nuvolone diz respeito à prova: “Naturalmente, anche qui si prospetteranno

(28) Op. cit., p. 236 et seq.

spesso problemi di notevole complessità in tema di prova".<sup>29</sup>

Sem dúvida, a prova de efetiva participação dos administradores com consciência e vontade na prática do fato tem, com certeza, se constituído no principal óbice à instauração de ações penais por crime econômico. E se é difícil formular uma denúncia, que dizer então em se obter ao final uma condenação. Cumpre, portanto, realizar-se uma opção de política legislativa, que supere as dificuldades probatórias, sendo o legislador mais severo ao admitir uma presunção do elemento subjetivo, recurso admissível no âmbito das infrações administrativas, mas inaceitável no campo penal.

Assim sendo, cremos que neste passo situa-se o dado diferenciador primordial entre a infração penal e a infração administrativo-penal. Como já acentuamos anteriormente, as ações descritas na "lei antitruste" são por sua natureza intencionais. A solução está, a nosso ver, na admissão de uma *presunção do dolo*,<sup>30</sup> reconhecido este como efetivo independentemente de prova,<sup>31</sup> permitindo, todavia, que a par-

te acusada demonstre ter agido, por exemplo, em erro de tipo ou em razão de força maior. Destarte, na Parte Geral deve-se estatuir que se presume o dolo,<sup>32</sup> podendo o infrator, contudo, comprovar sua inexistência, ou seja, estabelece-se uma presunção relativa do dolo.<sup>33</sup>

vel resultado de sua ação. Em matéria penal, "*ocorrerà sempre raggiungere la prova del dolo, anche se questa risulta semplificata*".

(29) Op. cit., p. 17.

(30) Sobre a concepção de dolo vejam-se as nossas considerações em *Teoria do delito*, cit. (p. 50 et seq., em especial a nota 51, p. 52). Dolo constitui representação e vontade de todos os elementos do tipo, revestindo-se o dolo de uma carga significativa, qualificada a vontade por uma intencionalidade axiologicamente significativa, devendo o agente representar que ofende o bem jurídico que a norma pretende proteger. Neste sentido, veja-se Marcello Gallo, verbete, "Dolo", *Enciclopedia del Diritto*, v. XIII, p. 789.

(31) Marcello Gallo, op. cit., p. 801, examina com pericuidência *l'accertamento del dolo*, que constitui a passagem do extrínseco conhecido para o intrínseco desconhecido, para a partir de dados objetivos e segundo regras de experiência fazer a dedução do dolo, para determinar se no caso concreto o agente efetivamente quis e previu o possí-

(32) Zaffaroni considera, por exemplo, que nos crimes de perigo presumido o que ocorre não é a presunção do perigo e sim a desnecessidade da prova da criação de uma situação perigosa, havendo uma presunção *iuris tantum* do perigo. (*Teoria del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973, p. 244) *Mutatis mutandi*, a presunção do dolo significa a desnecessidade de prova de sua ocorrência, havendo com relação ao elemento subjetivo uma presunção *iuris tantum*. Veja-se, também, sobre a inversão do ônus da prova nos ilícitos administrativos-penais, Emilio Dolcini, em trabalho também apresentado no colóquio de Estocolmo de 1987, e publicado na *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 59, n. 1 e 2, 1988, p. 279.

(33) Para análise da presunção em geral e em especial a presunção no Direito Penal e mormente com referência ao dolo, veja-se o estudo de Bettiol, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale. Scritti giuridici*. Pádua: Cedam, 1966, p. 343, no qual o autor, à p. 375, esclarece que no âmbito penal adota-se a teoria do consenso efetivo, "che insegna dovere il magistrato esaminare se il soggetto attivo ha realmente acconsentito alla produzione dell'evento previsto come possibile, per cui il rapporto di contraddizione tra la volontà e l'evento non può desumersi da fatti che non hanno a che l' elemento subbietivo del reato, ma deve essere accertato direttamente". Assim, a seu ver, o juiz com conjunto de motivos e de fins deve formar o convencimento de que o agente preferiu a realização do fato mais do que evitar suas consequências, logo, inexistindo presunção do dolo na esfera penal, o que é também ressaltado por Marcelo Gallo como sendo desconhecido no Direito Penal (Op. cit., p. 802).

C) Passando, agora, a analisar a solidariedade entre a empresa, a pessoa jurídica e o seu administrador cumpre que se reconheça uma responsabilidade solidária além da hipótese em que sejam os dirigentes partícipes diretos dos atos de abuso do poder econômico. Essa solidariedade há de ser estendida tendo por base estipulação, a constar da Parte Geral, de que existe, por parte do diretor ou gerente, um dever de agir como garante no impedimento de ações de abuso do poder econômico, limitado esse dever pelo poder de agir dentro do âmbito decisório da empresa. Assim sendo, seja na forma comissiva, como comissiva por omissão, estabelece-se a solidariedade entre a empresa e seu dirigente na imputação da prática de infração à ordem econômica.

D) Mais uma questão deve ser enfrentada e que se põe como um desafio. Ao nosso ver é pertinente que integrem a Parte Geral de uma lei tipificadora de infrações administrativo-penais normas relativas às causas dirimentes fundadas na não exigibilidade de outra conduta, *verbi gratia* a coação irresistível e o estado de necessidade, situações que se podem apresentar possíveis, como na hipótese de ações concertadas de fixação uniforme de preços, sob pressão dos demais concorrentes.

E) A infração é de ser considerada não é de ser sancionada, se se incorreu em erro de tipo, ou o fato se deu em razão de força maior.

F) Outro ponto a constar da Parte Geral diz respeito à individualização da sanção, com a aplicação da necessária e justa dentre as prévia e claramente estabelecidas, valendo-se de elenco de circunstâncias agravantes e atenuantes, mas sem as imprecisões constantes do art. 27 da “lei antitruste”.

G) As causas de extinção da punibilidade, os fatos interruptivos da prescrição e o prazo prescricional da execução da sanção devem ser, também, contemplados na Parte Geral.

Finalizando, é essencial destacar que a “despenalização” dos crimes econômicos, relativos ao abuso do poder econômico, deve andar de par com a elaboração de uma nova “lei antitruste”, que supere as falhas gritantes de técnica legislativa e de lógica da atual lei, instituindo-se uma Parte Geral e com especial atenção à descrição típica estrita das condutas infracionais. É este o primeiro passo para se construir um Direito Administrativo-Penal,<sup>34</sup> formado, no futuro, por um conjunto de leis de defesa da ordem econômica, do meio ambiente, da saúde pública.

Desse modo, pode-se avançar na construção de uma terceira via,<sup>35</sup> que dote o Ordenamento de um instrumento mais ágil que, sem deixar de atender a alguns princípios garantistas do Direito Penal, supere os óbices que tornam este último ineficiente, fazendo atuar, por outro meio e de modo eficaz, os fins de prevenção e retribuição na defesa de bens jurídicos essenciais, fracamente protegidos pela lei penal, que se revela dispicienda.

Reproduzindo, novamente, Tobias Barreto, se é certo que cabe “*impor pena em todos os casos em que a sociedade*

(34) É certo, contudo, que o julgamento das infrações administrativo-penais deve ser realizado por conselho, cujos membros estejam, tal como sucede no Cade, revestidos de garantias e sujeitos a vedações que assegurem a imparcialidade e independência das decisões.

(35) Sobre as matérias que devem ser objeto do direito administrativo-penal veja-se Mireille Delmas-Marty (op. cit., p. 57 et seq.). Dolcini (op. cit., p. 277 et seq.) considera que a “despenalização” alimentou de forma preponderante o direito administrativo-penal, faz um elenco das matérias despenalizadas, e lembra os critérios para a despenalização constantes de circular do Conselho de Ministros de 1983: proteção de interesses não primordiais, lesões leves a interesses primordiais, lesões a interesses primordiais, mas em relação às quais a sanção administrativa revela-se mais adequada para a prevenção geral e especial.

*não pode passar sem ela*", igualmente correto é que não se deve impor sanção penal, socialmente estigmatizante, e em especial a pena privativa de liberdade, em todos os casos em que a sociedade pode passar sem ela.

## 2. DOUTRINA NACIONAL

### 2.5

## O NASCITURO E A CRIMINALIDADE GENÉTICA

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais – 2. Nova terminologia do nascituro – 3. Experimentações sobre o ser humano: 3.1 Experimentação terapêutica; 3.2 Experimentação não-terapêutica – 4. Intervenções sobre o genoma humano: 4.1 Novas possibilidades terapêuticas (terapia gênica): 4.1.1 Terapia gênica na linha somática; 4.1.2 Terapia gênica na linha germinal – 5. Intervenções sobre o nascituro ou ser humano em formação: 5.1 Crimes de manipulação genética; 5.2 Crimes de manipulação ginecológica; 5.2.1 Crimes de manipulação ginecológica diagnóstica – 6. Limites à liberdade de investigação – 7. Princípio ou direito à dignidade do ser humano – 8. Interferência do Direito Penal – 9. Considerações finais.

**Resumo:** Aborda, sob o aspecto jurídico-penal, a repercussão do rápido desenvolvimento da medicina e biologia em relação à área de reprodução humana, através da reprodução assistida ou da engenharia genética. Alerta sobre os sérios riscos à humanidade, caso não seja coibido o abuso decorrente da “revolução biotecnológica”.

Enfoca, ainda, a questão da necessidade de maior proteção ao nascituro, sob pena dele ser reduzido de seu direito à preservação, ao desenvolvimento e à vida, que não poderá ficar à mercê de decisões aleatórias tomadas pelos cientistas.

Destarte, sugere a criação de um novo estatuto jurídico-penal para o nascituro, principal alvo de experimentos científicos.

**Palavras-chave:** Bioética – Nascituro – Genoma humano – Terapia gênica – Evolução científica – Abusos – Proteção ao nascituro – Necessidade – Criminalidade genética.

### 1. Considerações iniciais

Ao longo deste século, sobretudo nos últimos anos, as chamadas Ciências Biomédicas,<sup>1</sup> notadamente através da genéti-

ca, vêm ampliando suas implicações sobre o ser humano e a coletividade em geral.

O rápido desenvolvimento da medicina e da biologia, especialmente na área da reprodução humana através da reprodução assistida e da engenharia genética, apesar de trazer grandes benefícios, trouxe novos questionamentos ao direito no final deste milênio, tendo repercussões irreversíveis no futuro do homem e da própria civilização, eis que estas técnicas podem também trazer sérios riscos à humanidade se não houver alguns limites frente aos abusos ocasionados pela chamada “*Revolução Biotecnológica*”.

Desde já, portanto, deve-se definir o que significam estas importantes técnicas científicas responsáveis, em grande parte, pelo

ciências afins que tenham como objeto de estudo a vida e a saúde do ser humano, bem como a preservação dos demais seres vivos. Nesse sentido, exceto quanto à preservação dos demais seres vivos: ROMEO-CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 3.

<sup>(1)</sup> Com essa denominação pretendemos incluir a Medicina, a Biologia, a Genética e outras

espantoso desenvolvimento das Ciências da Vida:

Engenharia genética consiste em todas as técnicas científicas dirigidas a modificar a constituição genética de células e de organismos, através da manipulação de genes (manipulação genética).<sup>2</sup> Já a reprodução assistida constitui-se no conjunto de técnicas que tem como fim provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo. Há várias técnicas deste tipo de reprodução, como a fecundação *in vitro*, inseminação artificial, transferência de gametas para as trompas de falópio etc.<sup>3</sup>

Assim, no contexto jurídico que envolve essas novas técnicas relacionadas com a genética, deve-se abrir espaço para se discutir as consequências e os efeitos resultantes sobre os procedimentos adotados em relação ao ser humano, particularmente em relação ao nascituro, que assume papel de relevo perante esses notáveis e, ao mesmo tempo, temíveis avanços científicos.

As atuais possibilidades e finalidades da investigação e experimentação com o nascituro, através de intervenções sobre o genoma (patrimônio genético) humano e de diversas outras sobre o próprio ser humano em formação, sugerem um futuro esperançoso, porém cheio de inquietudes e incertezas, merecendo atenção do Direito Penal no que se refere às questões-limite que decorrem dessa importante área de conhecimento.

Inicialmente, pela nossa legislação civil, nos termos do que dispõe o art. 4.º do Código Civil brasileiro, tem-se que a per-

sonalidade jurídica é reconhecida a partir do nascimento com vida, mas pondo a salvo os direitos do nascituro: "Art. 4.º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro."

No que tange à legislação penal, a tradicional tutela do nascituro dá-se da seguinte maneira: a proteção ao extra-uterino (não obtido *in vitro*)<sup>4</sup> é realizada pelo delito de homicídio ou pelo delito de infanticídio, durante o parto, ou logo após, quando o sujeito passivo for qualquer ser vivo nascido de mulher; ou antes do início do parto, desde a concepção até o parto, onde a proteção intra-uterina será, então, dada pelo crime de aborto.

Por outro lado, o nascituro produzido e mantido extra-uterinamente: *in vitro*, gestado em animais ou no homem, embora seja um ser humano em potencial, não é suficientemente protegido pelos ordenamentos jurídicos atuais, já que poderá não se originar nem se encontrar dentro do corpo materno, condições estas tradicionalmente indispensáveis para que ocorra seu reconhecimento.

Por conseguinte, as reflexões e problemas apontados hodiernamente são no sentido de proteger o ser humano em formação extra-uterina oriundo das diversas técnicas científicas, nos vários estágios de seu desenvolvimento, incluídas as manipulações genéticas ou ginecológicas que recaiam sobre ele ou sobre os gametas, em particular se estes forem utilizados com fins experimentais não-terapêuticos.

Urge ressaltar, portanto, sobre a necessidade de outorgar ou complementar novas formas de proteção jurídica, inclusive, em casos extremos, a penal, ao nascituro extra-uterino, assim como acrescentar outras

(2) SUZUKI, D. e KNUDTSON, P. *Genética - conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*. Madrid : Tecnos, 1991, p. 103.

(3) SCARPARO, Mônica S. *Fertilização assistida - questão aberta - aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991, p. 5.

(4) Oportunamente analisaremos a Lei 8.974/95, que prevê algumas situações de proteção penal do ser humano em formação extra-uterino obtido *in vitro*.

formas de tutela ao nascituro intra-uterino, eis que os tradicionais delitos de homicídio, infanticídio e aborto não respondem satisfatoriamente frente às novas formas de agressão que podem ser perpetradas e que antigamente eram inimagináveis, chegando-se à conclusão de que é imprescindível, hoje em dia, contemplar estas situações e fixar de forma mais nítida o que se tem chamado de "*estatuto do nascituro*", bem como especificar e delimitar o âmbito de proteção, no caso penal, sobre o mesmo, já que é a própria sobrevivência do homem que pode estar em perigo.

Dessa maneira, a nosso ver, o nascituro deverá ser protegido quanto ao momento de definição da sua personalidade jurídica, quanto à sua significação como ser humano e quanto à sua dignidade e integridade, pois lacunas ou deficiências jurídicas neste sentido abrirão sérios riscos de que ele possa ser reduzido de seu direito à preservação, ao desenvolvimento e à vida, já que poderá ficar à mercê de decisões aleatórias a serem tomadas pelos cientistas.

## 2. Nova terminologia do nascituro

Hodiernamente, o nascituro é suscetível a diversos tipos de intervenções científicas (investigações, experimentações e manipulações), que, apesar de muitas vezes converterem-se em seu benefício, podem, todavia, seguir outro rumo, atacando-o e causando-lhe danos, dando origem, assim, a novas indagações ao Direito, em especial ao Direito Penal, se seus atuais instrumentos de proteção são suficientes ou se é necessário incorporar outros que atendam às situações emergentes.

Particularmente, a medicina e a biologia têm trazido abundantes informações sobre as fases do desenvolvimento embrionário, bem como sobre sua entidade biológica, fisiológica e genética, as quais podem dar lugar a interessantes valorações e conclusões jurídicas.

Em síntese, através da reprodução assistida e da engenharia genética, as Ciências Biomédicas proporcionaram uma nova realidade biológica de diferenciação embrionária, hoje úteis para a análise jurídica, principalmente em três fases que serão relacionadas adiante.

Ao trazer essas novas entidades jurídicas ao ser concebido, essas técnicas abriram portas também para identificação de diversos novos delitos decorrentes das genotecnologias, identificando, ainda, o surgimento de novos valores individuais e coletivos dignos de proteção, bem como a necessidade de intensificar a tutela de alguns bens jurídicos já protegidos pelo Direito Penal.

De acordo com o entendimento de vários doutrinadores dessa área, e para facilitar o objeto de tutela, o desenvolvimento embrionário passaria, agora, a ter três fases juridicamente distintas. Estas fases são diferenciáveis do ponto de vista biológico e têm repercussões jurídicas notáveis, como se verá a seguir.

Chama-se pré-embrião, embrião pré-implantatório ou substância embrionária humana, o produto da concepção, desde a efetiva fecundação do óvulo pelo espermatozóide, realizada fora ou não do útero materno, até o 14.<sup>o</sup> dia da "*gestação*",<sup>5</sup> quando formar-se-á a estrutura básica do sistema nervoso central (linha primitiva). Por corresponderem-se com a fase de pré-organogênese, designam-se com tal nomenclatura (pré-implantatório) os grupos resultantes da divisão progressiva do óvulo desde que é fecundado até aproximadamente 14 dias mais tarde, quando, então, se realiza a nidificação no interior do útero materno. Esta terminologia é aceita pelos Conselhos europeus de investigação de vários países (Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Suécia, Países Baixos, Reino Uni-

(5) Grifamos a palavra *gestação* porque a concepção realizada fora do útero recebe o nome de ectogênese.

do, Áustria, Espanha e Bélgica) e pela Recomendação 1.046 (1986) do Conselho de Europa.<sup>6</sup>

Por embrião, ou embrião pós-implantatário, entende-se como a fase de desenvolvimento embrionário que, continuando a anterior, se completa, assinalando a origem e incremento da organogênese ou formação dos órgãos humanos, cuja duração é de aproximadamente dois meses e meio, a partir da nidação. Tem a denominação de pós-implantatário porque é a fase onde o óvulo fecundado já transcorreu os 14 dias desde a fecundação.<sup>7</sup>

E, finalmente, o feto é a fase mais avançada do desenvolvimento embriológico. Visualiza-se a aparência humana e seus órgãos, já formados, crescem paulatinamente, preparando-se para funcionar autonomamente, após o parto. O feto, é, portanto, um embrião mais desenvolvido.<sup>8</sup>

Assim, parece imprescindível determinar com clareza a partir de que instante, desde o início do seu desenvolvimento, deve substanciar-se essa proteção ao ser humano, principalmente em relação ao nascituro extra-uterino, pois há diversas razões biológicas, bem como éticas e jurídicas que se somam, marcando uma diferença entre o momento da efetiva concepção (introdução do espermatozóide no óvulo) e as fases posteriores.

### 3. Experimentações sobre o ser humano

Antes de entrarmos especificamente na proteção jurídico-penal do *nasciturus* intra e extra-uterino frente às experimentações da biogenética, objetivo maior do presente trabalho, urge, inicialmente, fazermos a distinção entre experimentações terapêuticas e não-terapêuticas para constataremos

que tipo de experiências científicas sobre o ser humano, então ligadas à genética, poderiam ou não ser permitidas para se realizar, em especial sobre o nascituro, nas suas três fases já definidas e referidas anteriormente.

A genética humana é a ciência que estuda a herança humana e seu objeto de estudo seria o pertencente ou relativo à reprodução, nascimento e origem do ser humano, sendo o gene a unidade biológica dessa herança e figura central da genética humana.<sup>9</sup>

No entender de Benitez-Ortuzar, experimentação seria a observação provocada de um fato ou fenômeno para a investigação de suas propriedades e suas causas. Aduzindo o mesmo autor que, quando o procedimento tendente a descobrir algum fato ou alguma verdade gerais se realiza tomando o homem, suas células tecidos ou órgãos, como objeto da investigação, falar-se-á de experimentação humana.<sup>10</sup>

Com estas premissas poderíamos definir a experimentação genética humana como a observação provocada, mediante métodos, técnicas ou substâncias novas aplicadas sobre o óvulo humano fecundado, até o nascimento.<sup>11</sup> Podemos, porém, ampliar este conceito, inserindo-se aí as novas técnicas de experimentação pré-conceptivas, através da obtenção do embrião (ou pré-embrião), *in vitro*, pelas técnicas de reprodução assistida ou pelo DNA recombinante.

(9) MORILLAS-CUEVA, LORENZO E BENITEZ-ORTUZAR, Ignacio. Limites penales de la experimentación genética humana. *El derecho ante el proyecto genoma humano*, v. III, Madrid : Fundación BBV, 1994, p. 243-244.

(10) BENITEZ-ORTUZAR, Ignacio. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid : Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 41-42.

(11) MORILLAS-CUEVA, Lorenzo e BENITEZ-ORTUZAR, Inácio. , op. cit., p. 244.

(6) HIGUERA- GUIMERÁ, Juan-Felipe. *El derecho penal y la genética*. Madrid : Trivium, 1995, p. 195-196.

(7) Idem, *ibidem*.

(8) Idem, *ibidem*.

Feita essa consideração introdutória, deve ser dito que a experimentação genética humana pode ser, como qualquer outra experimentação humana, terapêutica (lícita) ou não-terapêutica (ilícita).

### 3.1 Experimentação terapêutica

A experimentação genética terapêutica consiste na aplicação de novos métodos ou técnicas, cuja eficácia ainda não haja sido comprovada sobre a espécie humana, mas sempre visando a cura de enfermidades. São destinadas ao tratamento do paciente quando não existam outros medicamentos já consagrados ou estes não tenham surtido efeito. Pode ser aplicada sobre os gametas que irão ser fecundados ou sobre o óvulo já fecundado, com a finalidade de evitar determinadas taras ou enfermidades no ser concebido ou já nascido.<sup>12</sup>

Como bem conclui Mantovani: “verifica-se a licitude para todas as intervenções genéticas de caráter terapêutico, isto é, a favor da vida e saúde do sujeito, enquanto dedicadas ao tratamento e eliminação de enfermidades transmitidas geneticamente, não importando que elas sejam efetuadas sobre o pré-embrião, embrião, feto ou sujeito já nascido”.<sup>13</sup>

### 3.2 Experimentação não-terapêutica

Por outro lado, são consideradas ilícitas as intervenções genéticas não-terapêuticas (experimental ou pura), isto é, que importem dano, ou um perigo de dano, à integridade física, à saúde e à vida do ser humano, não importando que a intervenção seja efetuada sobre o pré-embrião, embrião, feto ou sujeito já nascido, uma vez que tais danos podem se manifestar em todas as fases de desenvolvimento do homem.

Em síntese, a introdução de novas e modernas intervenções genéticas, sejam elas genéticas ou ginecológicas sobre o nascituro, podem se realizar somente quando seja para corrigir um defeito, anomalia ou enfermidade genética, e este limite fundamental constitui a garantia contra toda manipulação dos seres humanos e contra o uso dos genes para modificar pessoas geneticamente normais.<sup>14</sup>

Assim, experimentação genética pura, experimental ou não-terapêutica consiste em métodos ou técnicas realizadas sem finalidade curativa, em seres humanos saudáveis, objetivando apenas verificar o seu efeito sobre o organismo humano.<sup>15</sup> Da mesma forma que a terapêutica, pode ser realizada sobre o material reprodutivo humano antes ou depois da fecundação, mas sem a finalidade de eliminar anomalias ou enfermidades.<sup>16</sup>

Como as experimentações aqui analisadas referem-se à genética, devemos examinar primeiramente as novas possibilidades terapêuticas ligadas especificamente ao revolucionário “tratamento” gênico ou de genes, também denominado terapia gênica.

## 4. Intervenções sobre o genoma humano

### 4.1 Novas possibilidades terapêuticas (terapia gênica)

A engenharia genética está dando lugar a diversas intervenções nos componentes genéticos do ser humano. Dentre estas potencialidades apresenta-se como uma grande novidade a terapia gênica, que se refere à cura ou prevenção de enfermida-

(12) Idem, ibidem, p. 244.

(13) MANTOVANI, Ferrando. *Doctrina penal*. Buenos Aires : Depalma, 1986, a. 9, n. 33, p. 21.

(14) Idem, ibidem, p. 22.

(15) ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Biotecnologia e vitimização. *IBCCrim*, n. 38, 1996, p. 7.

(16) MORILLAS-CUEVA, Lorenzo e BENITEZ-ORTUZAR, Ignacio, op. cit., p. 244.

des, anomalias ou defeitos graves devido a causas genéticas. Este tipo de terapia atua diretamente nos genes, mediante a adição, modificação, substituição ou supressão destes.

As intervenções sobre o genoma humano se realizariam introduzindo no organismo do paciente células geneticamente manipuladas, com o fim de corrigirem a função das células defeituosas. Por essa terapia, então, são tratados defeitos genéticos de diversas índoles: hereditários, quando são transmitidos pelos genes dos pais; não hereditários, quando se produzem anomalias por erros imprevistos na formação das células sexuais; e congênitos, quando ocorrem no desenvolvimento embrionário devido a diversas mutações.<sup>17</sup>

Através da terapia gênica vislumbra-se a possibilidade de incluir genes ausentes ou substituir genes defeituosos e, desta forma, evitar muitas das milhares de enfermidades que têm raiz genética descritas até agora. No entanto, igualmente ao que ocorre na maioria das atividades humanas, não há dúvidas de que esse tipo de terapia traz consigo potenciais de dano.

Ou, como bem adverte Mantovani, sobre os riscos da modificação ilimitada do nosso patrimônio genético (genoma):

*“A possibilidade de risco da engenharia genética refere-se à modificação do patrimônio genético do ser humano através da fascinante ‘cura genética’ por meio da terapia de genes ou terapia gênica, consistente na substituição de células humanas do paciente, com cultivo in vitro, modificadas geneticamente de modo a fazer-lhes produzir a substância terapêutica desejada, como seria o caso da insulina para diabetes; a hemoglobina para hemoglobinopatia etc.”*<sup>18</sup>

E, no dizer de Higuera-Guimerá,

*“por meio desta terapia se introduzem modificações na composição de células (moléculas de ADN dos genes), o que supõe uma intervenção com um claro caráter ‘invasivo’, diretamente sobre o patrimônio genético alterando essencialmente sua estrutura e funções”*.<sup>19</sup>

Desde já, portanto, é preciso distinguir, por suas notórias consequências e efeitos no âmbito do Direito Penal, duas classes de terapias gênicas bem distintas: a terapia gênica na linha somática e a terapia gênica na linha germinal.

#### 4.1.1 Terapia gênica na linha somática

A terapia gênica na linha somática afeta exclusivamente as células corporais do paciente e não tem, em princípio, ou não deve ter, relevância alguma de caráter jurídico-penal, posto que, como diz Eser, tratar-se-ia de um caso a mais de terapia médica curativa.<sup>20</sup>

A intervenção gênica em células somáticas implica ações específicas sobre as mesmas sem que se afete o patrimônio genético hereditário da pessoa que a elas é submetida, pois ditas células não transmitirão as modificações que se tenham realizado à descendência daquela, já que não são responsáveis pela reprodução, nem incidem sobre as que estão relacionadas à reprodução, isto é, com os gametas (espermatozóide e óvulo).<sup>21</sup>

Nessa terapia, pelo método de inserção gênica, extraem-se células do indivíduo enfermo (por exemplo, de sua medula óssea) e se enxertam nas mesmas os genes

(19) HIGUERA-GUIMERÁ, Juan-Felipe. Los problemas jurídicos de la terapia genica en la linea somatica y en la linea germinal. *El derecho ante el proyecto genoma humano*, v. III, Madrid : Fundación BBV, 1994, p. 233.

(20) Idem, ibidem, p. 234.

(21) ROMEO-CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 366.

(17) ROMEO-CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 365-366.

(18) MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 13.

normais que corrigirão o defeito, retornando a reimplantar as células outra vez no indivíduo. Essa terapia pode ser realizada sobre as pessoas em qualquer etapa de seu desenvolvimento, ou seja, sobre embrião, feto, recém-nascido ou sobre a pessoa adulta. A exceção é o pré-embrião, pois este sendo considerado uma célula *totipotente* (germinal), ainda pode afetar a descendência do ser em experimentação.

A terapia gênica na linha somática circunscreve-se, em sua qualificação jurídico-penal, à valoração jurídica de qualquer tratamento médico, independentemente se se tratar de um tratamento novo ou em fase de experimentação (experimentação terapêutica), na qual se reputa lícita.

Entretanto, se realizada outra ação que não seja terapêutica (experimentação não-terapêutica) e que comporte na alteração ou modificação dos componentes genéticos de qualquer célula somática de um indivíduo ou do próprio nascituro causando-lhes lesões ou a morte, poderíamos verificar, a nosso ver, e a título de ilustração, na nossa legislação, o tipo previsto no art. 13, II (1.º, 2.º ou 3.º), da Lei 8.974/95, na medida em que afetar-se-iam seus patrimônios genéticos não-hereditários, não-patológicos e não os seus patrimônios genéticos hereditários especificamente, hipótese esta prevista no inc. I do art. 13.

#### 4.1.2 Terapia gênica na linha germinal

Já quanto à terapia gênica germinal, esta tem seu âmbito de atuação sobre as células da denominada linha germinal ou da reprodução (espermatozoides, óvulos, pré-embriões), trazendo problemas éticos e jurídicos mais graves, pois este tipo de terapia pretende curar patologias genéticas mediante a introdução de genes em células que se encontram em processo germinativo, isto é, são células "*totipotentes*" que ainda não alcançaram uma fase de desenvolvimento celular diferenciado, e, por isso, são capazes de produzir um ser humano completo.

Em resumo, esta terapia não só afeta o *nasciturus*, como também toda sua descendência (patrimônio genético hereditário).<sup>22</sup>

Como bem observam Dolores Loyarte e Adriana Rotonda, "a alteração de genes em células germinais abre um panorama distinto, já que, alterado o patrimônio genético de uma gameta, a modificação produzida se integra com um código novo à descendência, o que provoca uma troca genética irreversível nas sucessivas gerações deste tronco. Por isso tem merecido uma enérgica condenação da comunidade mundial, pois traz consigo o risco da alteração irreparável do genoma da humanidade, e pode afetar no futuro a tão saudável e necessária biodiversidade da espécie".<sup>23</sup>

Nesse sentido, também já se pronunciou a Resolução do Parlamento Europeu sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética (1989), que, inclusive, exige a penalização de toda transferência de genes a células germinais (art. 28); da mesma forma o Anteprojeto de Convenção Européia sobre Bioética (1992), em seu art. 10 e a Direção Geral da Ciência, Investigação e Desenvolvimento da Comissão das Comunidades Européias, através do pronunciamento de seu diretor Andreas Klepsch, em artigo intitulado Limites penais de las manipulaciones genéticas, resultado do Encontro Internacional sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano, que se celebrou na Universidade de Deusto, Bilbao, em maio de 1993.<sup>24</sup>

(22) Ou, como prefere BENITEZ-ORTUZAR, Ignacio Francisco, op. cit., p. 57: "Pode-se assinalar como intervenções na linha germinal aquelas realizadas sobre células ainda não diferenciadas nas primeiras etapas da evolução do embrião humano e as levadas a cabo sobre as células sexuais ou gametos".

(23) LOYARTE, Dolores e ROTONDA, Adriana E. *Procreación humana artificial: un desafío bioético*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 350.

(24) *El derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. v.III, Madrid: Fundación BBV, 1994, p. 239-240.

Cabe aduzir que, seguindo essa mesma linha de orientação, a nossa Lei Penal 8.974/95 igualmente criminaliza a manipulação genética de células germinais humanas, conforme preceitua o seu art. 13, inc. I.

Na terapia gênica na linha germinal pode-se utilizar distintos métodos iguais aos realizados com a terapia gênica somática, mas especialmente a transferência de genes nas células reprodutivas, o que não ocorre naquela. A finalidade desta transferência seria impedir a aparição de enfermidades hereditárias, substituindo-se os genes defeituosos por genes sadios correspondentes, logo durante os primeiros estágios de desenvolvimento do ser humano.

Por meio desta terapia tratar-se-iam não só os gametas (espermatozóides e óvulos), senão também as células que os originam (*gonias* e *cytos*) antes da correspondente fecundação; bem como o *nasciturus* em seus primeiros estágios ou momentos de desenvolvimento (período da fecundação até o 14.º dia aproximadamente: pré-embrião), antes do seu processo de diferenciação (passagem à condição de embrião), no qual o nascituro ainda é *totipotente*, incidindo sobre toda a informação genética herdada.<sup>25</sup>

Realizadas essas ponderações, passaremos agora a analisar apenas as condutas ligadas à experimentação não-terapêutica sobre o nascituro, pois esta, a nosso ver, ao contrário da terapêutica, que se reputa lícita, deve sofrer a interferência de mecanismos de controle mais rígidos, como o Direito Penal.

## 5. Intervenções sobre o nascituro ou ser humano em formação

As intervenções trazidas pela genética, em especial pela engenharia genética e pela reprodução assistida, podem trazer alguns danos ao nascituro ou colocá-lo em perigo

no que diz respeito à sua dignidade, vida e saúde (integridade física, psíquica e genética), além de atentar contra outros novos bens jurídicos individuais e coletivos que serão analisados posteriormente.

Cabe, entretanto, já adiantar, no que tange aos novos bens jurídicos surgidos desse tema, que estes estão estritamente ligados aos direitos humanos, especialmente no que diz respeito à dignidade do ser humano.

Vale lembrar que uma das grandes preocupações nos últimos decênios tem sido justamente no sentido de estabelecer todos os mecanismos jurídicos e políticos possíveis para garantir o respeito aos direitos humanos.

Apesar de a maioria dos países já os terem incluído em suas constituições, convertendo-os em princípios de máximo valor normativo no direito positivo, elevando-os, assim, à categoria de direitos fundamentais, o desenvolvimento das Ciências Biomédicas tem causado cada vez mais implicações, através de novas facetas, a esses direitos, fazendo com que floresçam verdadeiros novos direitos da humanidade ou relativos à espécie humana, que podem ser postos em perigo diante dos abusos desses avanços.

Assim, a dignidade do ser humano, tratada em especial aqui, bem como outros bens (princípios, valores, direitos, interesses) que estão, em nossa opinião, intimamente ligados direta ou indiretamente a ela, como se verá, configurar-se-iam em novos bens jurídicos fundamentais e que, por estarem sujeitos às mais variadas formas de ataques diante desta nova criminalidade, por nós denominada genética, mereceriam uma proteção no ordenamento jurídico reforçada pelo Direito Penal.

É preciso individualizar, portanto, algumas condutas e os respectivos bens jurídicos delas decorrentes, para delinear a esfera e os limites da licitude desse tema, para verificar o que já está ou ainda poderá, em nossa ótica, ser eventualmente proi-

(25) HIGUERA-GUIMERÁ, Juan-Felipe. Op. cit., p. 351.

bido; e no plano penal, se resulta suficiente o Direito Penal repressivo tradicional, nascido e concebido para épocas e ciências mais tranquilas, ou se é necessário um novo Direito Penal preventivo, endereçado não a reprimir, senão a prevenir o dano.<sup>26</sup>

As condutas selecionadas, inclusive sendo algumas delas por nós formuladas, têm como referência essencialmente o direito comparado, sendo fonte, especialmente, a legislação dos seguintes países: Reino Unido (1990), Alemanha (1990), França (1994), Áustria (1992; 1994), Espanha (1995), Noruega (1994) que já se adiantaram, introduzindo delitos relacionados às intervenções sobre o ser humano em formação; a Lei brasileira de 1995, e as convenções e resoluções editadas por órgãos internacionais.

Os lindes deste trabalho não comportam um exame mais detalhado dessa legislação comparada; entretanto, merece relevo a nossa Lei 8.974, de 05.01.1995 (regulamentada pelo Dec. 1.752/95), que regula os incs. II e V do § 1.º do art. 225 da nossa CF, estabelecendo normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autorizando o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica de Biossegurança (CTNBio) — em funcionamento desde 1996 —, além de dar outras providências. As proibições previstas na lei constituem-se em infrações penais, com penas privativas de liberdade que oscilam entre três (3) meses e vinte (20) anos, com tipos agravados construídos de acordo com os resultados produzidos (vide art. 13, I, II, III, IV, V).

Resumidamente, a mencionada legislação pátria criminaliza a manipulação genética de células germinais humanas; a intervenção em material genético humano *in vivo*, sem fins terapêuticos; a produção,

armazenamento ou manipulação de embriões destinados a servirem como material biológico disponível; a intervenção *in vivo* em material genético de animais (sem fins de avanços científicos) e a liberação ou descarte no meio ambiente de OGMs em desacordo com normas estabelecidas pelo CTNBio.

Quanto aos organismos internacionais pesquisados, destacam-se os seguintes documentos proclamados pelo Conselho de Europa e pelo Parlamento Europeu, pertinentes à matéria em exame:<sup>27</sup>

a) La resolución sobre la biotecnología en Europa y la necesidad de una política integrada (Doc. A 62-134/86, publicado en el *Boletín Oficial de las Comunidades Europeas* — BOCE — C76, de 23.03.1987);

b) La resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética (Doc. A 2-237/88, adoptado por el Parlamento el 16.03.1989 y publicado en el *BOCE*, n. 96, del 17.04.1989);

c) La resolución sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro* (Doc. A 2-372/88, adoptado por el Parlamento el 16.03.1989 y publicado en el mismo *BOCE* que el anterior);

d) La decisión del Consejo de las Comunidades Europeas del 29.06.1990 (Doc. 90/395/CEE), adoptando un programa específico de desarrollo científico y tecnológico en el campo de la salud: análisis del genoma humano, 1990-1991;

e) Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1949). Nesta convenção, emanada no âmbito do Conselho de Europa, os Estados-membros se comprometeram a fazer cumprir os direitos reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948;

(26) MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 16.

(27) LOYARTE, Dolores e ROTONDA, Adriana E. Op. cit., p. 377-381.

f) Declaración sobre los derechos del niño no nacido (Resolución 4.376), promulgada el 06.10.1979, también en el ámbito de la Asamblea del Parlamento de Europa.

g) Informe sobre inseminación artificial humana, elaborado por el Consejo de Europa el 08.09.1981;

h) Recomendación 934 (1982) sobre ingeniería genética, en la cual se propone prever el reconocimiento expreso en Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales, del derecho a un patrimonio genético no manipulado;

i) Recomendación 1046 del Consejo de Europa, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales (1986);

j) Recomendación 1.100 del Consejo de Europa sobre el uso de embriones y fetos humanos en la investigación científica (1989);

l) Recomendación 1.160, del 28.06.1991, relativa a la elaboración de una Convención de Bioética;

m) Proyecto de Convenio sobre la Protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina (1996).

E de outros organismos:

a) Anteproyecto de Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos de la persona humana del Comité Internacional de la Bioética, Unesco (21.02.1996), com o desiderato de elaborar uma Declaração Internacional sobre a proteção do Genoma Humano;<sup>28</sup>

b) Resoluciones 6.1, 6.8 y 6.10 de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en su XIV Congreso Internacional de

Derecho Penal, que propõe, entre outras, a proibição de experimentos dirigidos à criação de híbridos e quimeras;<sup>29</sup>

c) Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997).

Para facilitar a compreensão e a análise das diversas intervenções que poderiam ocorrer sobre o ser humano em formação, elaboramos um esquema didático dividido em: crimes de manipulação genética e crimes de manipulação ginecológica ou contra a gestação; que atentariam não só contra o nascituro, como também contra a própria humanidade.

Assim sendo, as condutas relacionadas com os avanços científicos na área da genética, que afetariam o nascituro intra e extra-uterino, causando-lhe possíveis danos e, portanto, merecedoras de tutela pelo Direito Penal, seriam as seguintes:

### 5.1 Crimes de manipulação genética

Em sentido amplo, pode-se entender como crime de manipulação genética aquelas condutas que, realizadas por procedimentos experimentais ou investigatórios, reproduzam, selecionem ou alterem a constituição do genoma de qualquer ser vivo, com fins não-terapêuticos.

Isso implica na modificação do patrimônio genético de um ser vivo, em nosso caso, de um ser humano, podendo ocorrer sobre as células germinais ou somáticas.

Numa conceituação também abrangente e desvinculada de natureza criminal, Dolores Loyarte e Adriana Rotonda assim a definem:

*“Manipulação genética é o conjunto de intervenções do homem em relação com os fenômenos da reprodução e de*

(28) BENITEZ-ORTUZAR, Ignacio Francisco. Op. cit., p. 91-92.

(29) ROMEO-CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 371.

*herança genética, para melhorá-la e/ou transformá-la*".<sup>30</sup>

Em um sentido mais estrito, agora então relacionado especificamente ao nascimento, poderíamos conceituar manipulações genéticas como aquelas condutas que, por motivos experimentais ou investigatórios, realizadas por procedimentos intra e extra-uterinos, reproduzam, selecionem ou resultem na modificação do genoma não-patológico de um ser humano, compreendidas todas as suas fases de desenvolvimento (pré-embrião, embrião, feto e sujeito já nascido).

Como é sabido, as manipulações genéticas são realizadas, basicamente pela revolucionária técnica do ADN recombinante.

Segundo Ayala, citado por Sanguiné, a mencionada técnica consiste: 1) no corte de uma cadeia de enzimas de DNA em alguns específicos pontos e 2) na recombinação de fragmento(s) com o DNA da célula hospede, onde o segmento incorporado está apto para ser "*transmitido*" até o interior de proteínas. É a técnica de incorporação de segmentos de DNA em plasmídeos que os transportam de um organismo a outro e os incorporam ao DNA do último.<sup>31</sup>

Graças à técnica do DNA recombinante, genes específicos podem agora ser isolados em quantidade, redesenhados e devolvidos a células e organismos. As manipulações dependem, primeiro, da disponibilidade de enzimas que possam cortar, ligar e replicar o DNA ou transcrever reversamente o RNA.<sup>32</sup>

Ou, como referem Suzuki e Knudtson: podemos definir ADN recombinante como

moléculas de ADN que provenham de fontes distintas e que tenham sido artificialmente cortadas e ligadas entre si *in vitro*, para formar uma molécula híbrida de ADN que normalmente não se encontra na natureza.<sup>33</sup>

Essa técnica, porém, possibilita diferentes tipos de manipulação que poderiam resultar nos seguintes crimes de ordem essencialmente genética:

A) Crimes de Alteração Genética - São manipulações realizadas com o intuito de modificar, com fins não-terapêuticos, a estrutura genética de um ser humano, mediante intervenções sobre os gametos, pré-embriões, embriões, feto e sujeito já nascido.<sup>34</sup> Além da dignidade e da salvaguarda da vida e integridade humana, visa-se tutelar aqui a inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético não-patológico do ser humano.

B) Crimes de Seleção Genética - São manipulações consistentes em predeterminar, com fins não-terapêuticos, mediante seleção de gametos ou qualquer outro procedimento artificial, uma característica genética específica do ser humano em formação.<sup>35</sup> Como exemplos, citamos a eleição de filhos por catálogo, com a escolha do sexo, raça, cor dos olhos etc. e a criação de seres humanos especializados (mansos, fortes, servís etc.) e monstruosos. Além da dignidade do ser humano, os bens jurídicos tutelados são: a identidade genética, a irrepetibilidade do ser humano e a sua diversidade.

C) Crimes de Clonagem Genética - São aquelas manipulações realizadas através de qualquer procedimento, com o fim de

(30) LOYARTE, Dolores e ROTONDA, Adriana E. Op. cit., p. 348.

(31) SANGUINÉ, Odone. *Anais do Fórum Internacional de Direito Penal Comparado*. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 1989, p. 243.

(32) PASSAGLIA, Luciane M.P. e ZAHA, Arnaldo. *Biologia molecular básica*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1996, p. 307.

(33) SUZUKI, D. e KNUDTSON, P. Op. cit., p. 103.

(34) Cf. PERIS-RIERA, que arrola alguns tipos do "Schema di delega legislativa" para o novo Código Penal Italiano (PERIS-RIERA, Jaime Miguel. *La regulación penal de la manipulación genética en España*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1995, p. 213.)

(35) Idem, ibidem.

reproduzir um ser humano biologicamente idêntico a outro.<sup>36</sup> Clonagem, em um sentido mais estrito, significa multiplicação: produção de organismos de idêntica constituição genética, que procedem de um único indivíduo.

Esta é uma técnica que tem dado importantes resultados em animais e em vegetais e possibilita produzir indivíduos geneticamente idênticos a partir de uma célula determinada, extraída de seu corpo.

Todas as variáveis que oferece esta técnica relacionadas ao ser humano nos parecem eticamente reprováveis, pois atentam diretamente contra os princípios da dignidade do ser humano, além de violarem o direito de identidade genética e o direito de ser irrepetível e variável.

D) Crimes de Hibridação – São aquelas manipulações que visam o intercâmbio genético humano (formação de híbridos), ou aquelas que visem desenvolver a fecundação interespecie entre um gameto humano e um gameto de outra espécie, bem como unificar as células de embriões (ou pré-embriões) humanos com os de outra espécie (formação de quimeras).<sup>37</sup> Visa-se, portanto, evitar a produção de quimeras (metade homens e metade animais) e de híbridos (resultantes de misturas de várias heranças genéticas de diferentes pessoas – “coquetéis de gametas”). Protege-se aqui, além da dignidade e da identidade genética do ser humano, a inalterabilidade e a intangibilidade do patrimônio genético não-patológico da humanidade.

E) Crimes Biotecnológicos de Seres Não-Humanos – Acerca dos riscos biológicos, mais precisamente na área ligada à experimentação e investigação, adverte-se para as manipulações genéticas sobre os genes de qualquer ser vivo, excluindo-se o ser humano. A ação refere-se à utilização da engenharia genética sobre os genes de animais, plantas e, sobretudo, microorganismos patogênicos *in vitro* (ví-

rus e bactérias), com fins de produzir-se armas biológicas, com sérios riscos para o homem e para o ambiente.

Aliás, a Lei 8.974/95 também parece tipificar essas hipóteses, conforme se denota nos termos do art. 13, IV e V, prevenindo inclusive a modalidade culposa para o último caso (§ 4.º e § 5.º), *in verbis*:

“Art. 13 (...)

IV – a intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico (...)

V – a liberação ou descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei.

(...)

§ 4.º Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no meio de OGM for culposa..

§ 5.º Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no país for culposa (...).”

Nota-se que frente a uma terrível ameaça de epidemias, através das manipulações de vírus, bactérias e outros microorganismos patogênicos que possam causar sérios riscos ao homem ou à própria natureza, o Direito Penal repressivo atual pode revelar-se incapaz de impedir esses novos tipos de perigos distintos dos tradicionais, causando uma certa perplexidade e receio.

No estágio atual, a engenharia genética pode produzir ou usar organismos e microorganismos geneticamente modificados (OGMs) em ambientes controlados (laboratórios ou instalações industriais), bem como podem ser introduzidos em ambientes abertos. Nesses casos, tanto a vida como a saúde coletiva e o meio ambiente podem sofrer agravos com sua liberação acidental e descontrolada.

Em relação a esse tipo de biotecnologia, portanto, busca-se proteger a salva-

(36) Idem, *ibidem*.

guarda da vida, da integridade física, da saúde humana e do meio ambiente contra os perigos que oferecem essas condutas.

### 5.2 Crimes de manipulação ginecológica

As condutas de manipulações ginecológicas diferenciam-se das manipulações genéticas porque, a nosso ver, consistem em atividades experimentais, comerciais e investigatórias (nos gametas, pré-embrião, embrião e feto), relacionadas com a reprodução humana, mas não dirigidas à modificação do genoma. Além do que, não se utiliza da técnica do ADN recombinante.<sup>38</sup> As denominadas manipulações ginecológicas são condutas de caráter genético.

Em um sentido mais estrito, os crimes de manipulações ginecológicas, também denominados obstétricas ou crimes contra a gestação, são técnicas e condutas que objetivam a fecundação e o desenvolvimento de um ser humano por meios não-naturais, com fins não-terapêuticos.<sup>39</sup>

Diante dessas conceituações, sem imposição taxativa, as condutas tipificáveis e direta ou indiretamente relacionadas ao ser humano em formação seriam as seguintes:

A) Reprodução humana assistida *post mortem* – A possibilidade da geração de filhos mesmo após a morte tornou-se viável com o advento da técnica de congelamento (crioconservação) de gametas, pré-embriões ou embriões em laboratórios especializados. Além de problemas éticos que implica, existem indagações no âmbito civil no que diz respeito à legitimidade da filiação e aos direitos sucessórios dela decorrentes.

Além de levar a cabo uma inseminação com gametos ou pré-embriões extraídos de indivíduos que no momento da fecundação estariam mortos, ou de transferir ao útero de uma mulher um embrião originado por gametos cujos titulares também já seriam falecidos, poderia ocorrer a chamada paternidade/maternidade valiosa, ou seja, a realização da fertilização com sêmens e óvulos de pessoas consideradas importantes e bem sucedidas, violando-se, assim, o princípio da seleção natural; também podendo ocorrer o comércio de gametos e zigotos. Esta conduta é tipificada penalmente pela lei alemã de 1990.

Em nosso entendimento, o bem jurídico aqui atingido seria a diversidade da espécie humana, pois poderia haver procura seletiva pelos gametos de determinado(s) doador(es); da mesma forma, a dignidade, identidade genética e integridade psíquica do futuro filho, eis que este poderá ser fruto de um ser morto, ou de um esperma, óvulo ou zigoto comercializado.

B) Partenogênese – Dá-se o nome de partenogênese à estimulação de um óvulo por meios artificiais que provoquem a duplicação de sua série haplóide sem necessidade de ser penetrado por um espermatozóide. É a obtenção de um ser humano a partir de um só gameto (óvulo). Além da dignidade do ser humano, proteger-se-ia também a dotação genética dupla diferenciada (masculina e feminina), que não pode ser suprimida do processo de reprodução.<sup>40</sup>

C) Ectogênese – Recebe o nome de ectogênese o intento destinado a lograr o desenvolvimento completo de um ser humano fora do claustro materno, seja em laboratório, mediante a construção de úteros artificiais; seja através do seu implante no útero de alguma espécie animal ou por meio da gravidez masculina. Da mesma

(37) Idem, ibidem.

(38) Idem, ibidem, p. 38-39.

(39) Ampliamos o conceito proposto por MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulación genética y derecho penal*. Buenos Aires : Universidad, 1994, p. 32.

(40) ROMEO-CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 372.

forma que a partenogênese, o bem jurídico protegido seria, além da dignidade, a dotação genética dupla diferenciada.

D) Transferência, com qualquer fim distinto da procriação, sem fins terapêuticos, de embriões manipulados geneticamente, ao útero de uma mulher – Esta conduta deve ser proibida justamente porque este é um meio de se obter a partenogênese, a produção de quimeras e híbridos. Além de se proteger a dignidade do ser humano propriamente dito, pretende-se aqui tutelar a dignidade da mãe também.

E) Produção, utilização e destruição, com fins de experimentação, de embriões e fetos humanos destinados à procriação ou de suas células, tecidos e órgãos, sem fins terapêuticos – Como já foi mencionado, o ser humano não deve ser objeto de pura investigação sem respeito à sua dignidade. Pretende-se evitar uma coisificação e mercantilização das formas de vida humana para que estas não sejam destinadas a fins comerciais e industriais, ou de que sejam mantidos artificialmente vivos embriões humanos apenas para se extrair órgãos, células e tecidos dos mesmos oportunamente.

Quanto a essa conduta, por nós formulada com base no art. 169 do antigo Projeto do Código Penal Espanhol de 1992, a nossa legislação (Lei 8.974/95) estabelece, nos termos do art. 13, III, com sanção de reclusão prevista de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, a seguinte tipificação, *in verbis*: “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível”. Esta proibição está prevista na legislação alemã, norueguesa e francesa.

No que se refere à destruição de embriões (embrionicídio) especificamente, isto é, a morte de embriões obtidos *in vitro* para finalidades de investigação científica, cabe ressaltar que, além de não ser aborto, não podemos considerar homicídio, por ser o embrião incapaz de vida au-

tônoma, pois trata-se de ser humano, mas não indivíduo humano dotado de personalidade para fins da legislação penal vigente, necessitando, por isso, de proibição específica.<sup>41</sup>

F) Reprodução Assistida (*in vitro*, inseminação artificial, transferência intra-tubárica etc.) sem consentimento da mulher – Pretende-se aqui proteger os direitos reprodutivos da mulher, ligados principalmente a sua liberdade procriativa e de assumir os deveres derivados da maternidade, além de sua dignidade, pois seria uma violação por meios não naturais contra a mulher a sua fertilização não consentida.<sup>42</sup> Esta conduta está tipificada no atual Código Penal Espanhol (art. 162) e na lei alemã.

G) Gestação por substituição (mãe de aluguel) – A ilicitude do chamado aluguel da mulher para fins reprodutores resulta na ofensa em dois sentidos, no entender de Mantovani:<sup>43</sup> primeiro, constitui uma grave ofensa à dignidade da mulher, porque desnaturalizando-se o nobre papel da maternidade, degradar-se-ia a mulher a mero organismo reprodutor e mercenário, já que é visada uma reparação financeira (lucro) com o aluguel do útero. Além disso, mesmo se não houvesse esse “*meretrício de útero*”, mas apenas uma locação gratuita ou altruísta, também haveria instrumentalização da mulher como organismo sexual. Trata-se, em poucas palavras, no dizer de Mantovani, “*do comércio do ventre como outras tantas prostituem o sexo*”.

Para o referido autor, haveria também uma não menos grave ofensa à dignidade e à integridade psíquica do nascido, porque este seria rebaixado a uma *res* comerciável, um objeto de troca, de contratação e de

(41) MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 31.

(42) ROMEO-CASABONA, Carlos María. Genética y derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 16, p. 60-62.

(43) MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 24-25.

disputa, sofrendo uma crise de sua própria identidade, na verdade de uma não-identidade, pois ao nascer será filho de vários pais (mãe genética, mãe uterina, mãe adotante, pai genético, pai adotante etc.); é dizer: filho de ninguém.

O Direito Penal pátrio vigente não protege adequadamente essa conduta, pelo que se estima oportuna a introdução de uma norma preventiva específica, que incrimine essa espécie repugnante de contrato, alertando-se, porém, de que o bem a ser protegido está representado pela dignidade da mulher e do nascituro, que será ofendido como o simples aluguel do ventre. Vale lembrar que além desta conduta estar prevista na legislação penal da Alemanha e da França, é sancionada penalmente também pelos franceses a conduta de quem desenvolver uma atividade de intermediação entre os interessados nesse negócio.

### 5.2.1 Crimes de manipulação ginecológica-diagnóstica

Dentro das manipulações ginecológicas merecem especial destaque as chamadas manipulações diagnósticas.<sup>44</sup>

Os descobrimentos na genética humana estão permitindo a análise e determinação dos componentes genéticos, biológicos e fisiológicos do nascituro.

Pode-se entender como diagnóstico o conjunto de técnicas e procedimentos investigatórios que permitem prevenir os riscos de transmissão de enfermidades ligadas à genética antes que se realize o nascimento de um novo ser humano, haja sido ele concebido (diagnóstico pré-natal) ou não (diagnóstico pré-conceptivo).

Há, portanto, duas espécies de diagnóstico realizadas atualmente na medicina sobre o futuro ser humano:

– Diagnóstico pré-conceptivo ou conselho genético – Refere-se às informações prestadas pelo médico (geneticista) ao casal ou a alguém que deseja ter filhos, antes da efetiva realização da gravidez e de advertências sobre os riscos de se conceber um filho com enfermidades ou má-formações de origem genética (hereditária ou não-hereditária).

O médico, ao proceder análise da constituição genética dos pais, através de exames específicos (técnica do PCR, por exemplo), se vier a constatar incompatibilidades entre os mesmos, deverá alertá-los sobre os riscos de uma futura geração de um filho com problemas de ordem genética.

– Diagnóstico pré-natal – Neste tipo de diagnóstico o sujeito investigado é o *nasciturus* e não os seus progenitores. Podemos entender como diagnóstico pré-natal o conjunto de procedimentos de que dispõe a Medicina para obter elementos e informações sobre deformidades genéticas do ser que já foi concebido.

Ou, em termos mais precisos: intervenções diagnósticas pré-natais consistem em

*“todas aquelas ações que tenham por objeto o diagnóstico de um defeito congênito, entendendo como tal toda anomalia do desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular presente ao nascer (ainda que possa se manifestar mais tarde), externa ou interna, familiar ou esporádica, hereditária ou não, única ou múltipla”*.<sup>45</sup>

Por meio dessa técnica de diagnóstico pode-se detectar a presença de uma anomalia ou má formação no *nasciturus* e, inclusive, prever o seu sexo, bem como possíveis enfermidades a ele vinculadas.

Cabe ressaltar que são diversas as técnicas pré-natais que dispõe hoje a Medicina para detectar preventivamente os dife-

(44) ROMEO-CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 197.

(45) CARRERA, J.M. apud ROMEO-CASABONA, Carlos María. El derecho y la bioética.... op. cit., p. 373.

rentes tipos de deformidades que podem ocorrer sobre o nascituro, tais como: ecografia, embrioscopia e fetoscopia, radiografias, coriocentese, funiculocentese, amniocentese etc.

Atualmente, a amniocentese é a que permite diagnosticar um maior número de enfermidades congênitas devido a aberrações cromossômicas, desequilíbrios metabólicos, enfermidades genéticas não hereditárias, vinculadas ao sexo, situações de predisposição (diagnóstico preditivo) de enfermidades que aparecerão na infância ou idade adulta etc.<sup>46</sup>

Esta técnica, no entanto, apresenta certos riscos, como a perda do *nasciturus* (por aborto espontâneo, morte no útero), lesões e infecções, perturbações neonatais e também complicações para a mãe (perfuração visceral, desprendimento prematuro da placenta, hemorragia *postpartum*...).<sup>47</sup>

No que tange à situação do nascituro extra-uterino, contudo, o diagnóstico recebe outra denominação, ou seja, em relação à observação realizada sobre o ser humano produzido em laboratório o diagnóstico é chamado de pré-implantatório. Esta espécie de diagnóstico, portanto, trata da análise do pré-embrião ou embrião obtido *in vitro*, que será transplantado ao útero através das técnicas de reprodução assistida.<sup>48</sup>

Realizada a necessária diferenciação entre os tipos de diagnóstico relacionados com a genética poderíamos apresentar as seguintes condutas que mereceriam atenção do Direito Penal, como orientação para uma possível tipificação.

A) Expor, por negligência, imperícia ou imprudência, a vida ou a saúde do nascituro e da gestante, a perigo através de diagnóstico pré-conceptivo – Esta condu-

ta, por nós sugerida e criada com analogia ao art. 132 do nosso CP, refere-se à primeira espécie de diagnóstico apresentada.

Como é sabido, as informações técnicas prestadas pelos médicos, apesar de trazer muitos benefícios, prevenindo deformidades, podem gerar sérios riscos à vida e à saúde do nascituro, quando os pais forem “mal” aconselhados a respeito de problemas relativos à geração e desenvolvimento do futuro ser humano a ser concebido, ocasionando danos ao *nasciturus* ou a sua própria morte. Proteger-se-ia aqui, além da vida e da integridade do nascituro intra-uterino, a salvaguarda da vida e da integridade da gestante.

Por outro lado, quanto ao segundo caso de diagnóstico, poderíamos cogitar as seguintes figuras penais para a tutela do *nasciturus*:

B) Causar, por qualquer meio ou procedimento, lesão ou enfermidade em um embrião ou em um feto que prejudique gravemente seu desenvolvimento físico ou psíquico – Busca-se especificamente proteger a incolumidade física e psíquica do embrião (intra e extra-uterino) e do feto contra as intervenções ligadas, principalmente, às modernas técnicas do diagnóstico pré-natal referidas (biópsia corial, amniocentesis, ecografia etc.) que, apesar de anteverem uma série de deformidades, podem também afetar seriamente a dignidade do nascituro, se forem utilizadas incorretamente. Frise-se que este tipo está previsto no atual Código Penal Espanhol de 1995, mas referindo-se apenas ao feto e, além da previsão de pena para a forma dolosa (art. 157), é também punido o cometimento dessa conduta em sua forma culposa, quando for realizada por imprudência grave (art. 158).

A nosso ver, ao que parece, a Lei 8.974/95, de forma bem mais precisa, porém restrita, também poderia englobar a proibição da conduta aludida, conforme estabelece o seu art. 13, II. Veja-se: “II – a

(46) ROMEO-CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 374.

(47) Idem, ibidem.

(48) Idem, ibidem, p. 196.

*intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos...."*

Ademais, poderíamos, outrossim, suscitar a figura do aborto culposo para quando houvesse a morte do *nasciturus* por negligência, imprudência ou imperícia do médico responsável pelo diagnóstico. Esta tendência, aliás, vem tomando corpo no direito comparado, principalmente por alguns autores alemães e espanhóis.<sup>49</sup>

## 6. Limites à liberdade de investigação

Um problema fundamental quando se trata de um assunto relacionado a qualquer tipo de investigação científica sobre o ser humano é saber até onde deve ir a liberdade de investigação e qual ou quais devem ser os seus limites, e se realmente deve haver limites para estas experimentações.

Em primeiro lugar, os países admitem, em geral, uma ampla liberdade ao cientista para investigar, sempre que com isso não se vulnerarem os direitos humanos reconhecidos em declarações e convenções internacionais e em várias constituições. Todavia, entendemos que todo cientista deve renunciar quando sua investigação possa lesar os direitos de outras pessoas e, portanto, resultar em maleficências injustas para os demais.

O direito à investigação científica, segundo Romeo Casabona,<sup>50</sup> inscreve-se como uma projeção do direito à criação científica, com o qual se atendem de forma primária os interesses do investigador ou cientista, mas também os coletivos de pro-

mover o progresso científico pelos benefícios gerais que podem derivar-se para a sociedade. Acrescentando, Eser<sup>51</sup> coloca que a liberdade de investigação, através de procedimentos médicos e científicos, em todo caso, há de encontrar seus limites em infrações previstas no Direito Civil ou Penal, entrando em conflito com a proteção de bens garantidos constitucionalmente ou por outra norma jurídica.

A nossa Carta Magna, de acordo com a orientação mundial, consagrou a liberdade de criação científica (art. 5.º, inc. IX, da CF), abrangido o direito à liberdade de pesquisa ou investigação, como um dos direitos fundamentais, tornando-a, assim, a regra que deve comandar toda atuação na área das ciências.

Há, todavia, outros direitos igualmente considerados fundamentais (vida, integridade, dignidade...), reconhecidos também em nível constitucional, que poderiam ser objeto de ofensa de extrema gravidade, se a liberdade de investigação científica for considerada ilimitada.

Silva Franco aduz que se faz necessário encontrar um ponto de concordância prática entre direitos constitucionais de igual nível, evitando-se conflitos que possam surgir entre a liberdade de pesquisa e outros direitos fundamentais da pessoa humana. O ponto de equilíbrio, para ele, deve ser buscado num dos princípios mais importantes no rol dos direitos fundamentais (senão o maior), ou seja, na dignidade do ser humano.<sup>52</sup>

Assim, nenhuma liberdade pode ser aceita, no campo da investigação científica, se significa o emprego de técnicas, o uso de métodos ou a adoção de fins que lesem ou ponham em perigo a dignidade que deve ser assegurada a toda pessoa humana em todo seu percurso vital.

(49) Idem, ibidem, p. 402.

(50) Idem, ibidem, p. 7-8.

(51) ESER, Albin. La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética, aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán. *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Madrid : Marino Barbero Santos, 1989, p. 274 et seq.

(52) FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e direito. *Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina, v. 4, n. 1, 1996, p. 22.

A nosso ver, portanto, a liberdade de investigação encontra suas fronteiras onde a experiência científica colide com interesses, princípios e direitos também tutelados constitucionalmente. A liberdade de pesquisa é a regra, mas não é ela plena, total e irrestrita, devendo sofrer as limitações imprescindíveis para a integridade e a preservação do ser humano, principalmente na sua dignidade, “*pois esta, junto à liberdade, pertencem à própria essência do ser humano*”.<sup>53</sup>

Não é outra a posição da Unesco que, em sua 29.<sup>a</sup> reunião, proclamou por unanimidade e aclamação a Declaração sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, constituindo-se no primeiro instrumento universal no campo da biologia.<sup>54</sup>

No mesmo sentido se expressa o texto da Resolução do Parlamento Europeu sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética, de 16.03.1989, em seus itens n. 8 e n. 9, respectivamente, e a Declaração de Bilbao de 1993, art. 10.

E, finalmente, o recente Convênio para a proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano em relação às aplicações da biologia e da medicina, celebrado em Oviedo (1997), que assume como princípio fundamental a prioridade da dignidade da pessoa humana sobre qualquer outra consideração, antepondo os interesses dos seres humanos aos da ciência e da sociedade.<sup>55</sup>

Enfim, é mister que se busque um ponto de equilíbrio entre as duas posições antitéticas: ou a proibição total de toda e qualquer atividade biomédica, o que significa uma freada no processo científico em curso, ou a permissividade plena, o que pode

gerar prejuízos éticos, humanos e sociais inimagináveis.<sup>56</sup>

## 7. Princípio ou direito a dignidade do ser humano

Além dos direitos fundamentais tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal, como vida, integridade, liberdade etc., merece destaque o princípio ou direito fundamental da dignidade do ser humano, hoje muito em voga devido a sua íntima relação com a biogenética.

Segundo José Afonso da Silva:

“direitos fundamentais do homem referem-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, sendo reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele (ordenamento) concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.<sup>57</sup>

Acrescentando, ainda, o mesmo autor:

“No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana”.<sup>58</sup>

No ordenamento constitucional brasileiro a dignidade está insculpada no inc. III do art. 1.º e também tem sua proteção no art. 5.º, III, do mesmo diploma legal, para os fins de nosso interesse.

Para Díez Ripollés, a dignidade da pes-

(56) FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 22.

(57) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 1992, p. 163-164.

(58) Idem, ibidem.

(53) PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo : RT, 1996, p. 59.

(54) Aprovada em 11.11.1997.

(55) ALBUQUERQUE, Eugenio. *Bioética: una apuesta por la vida*. Madrid : CCS, 1997, p. 90.

soa se configura como o princípio informador e a raiz de todos os direitos básicos do homem reconhecidos como fundamentais sobre os quais se projeta e constitui seu filtro interpretativo, integrador e valorativo para os poderes públicos.<sup>59</sup>

No dizer de Valle Muniz, a dignidade da pessoa se configura como um princípio dinâmico que articula e sistematiza todos e cada um dos direitos fundamentais, acrescentando, mais adiante, que a chave da abóboda na interpretação do alcance e limites de proteção dos direitos fundamentais é o entendimento dos mesmos como realidades normativas dinâmicas configuradoras da dignidade da pessoa.<sup>60</sup>

No entanto, o que está se verificando, além do direito à dignidade do ser humano, já previsto em várias declarações,<sup>61</sup> convenções e constituições, é a expansão e o florescimento de outros bens, direitos e interesses que estão direta ou indiretamente a ela relacionados, e são também decorrentes das implicações causadas pelos abusos do desenvolvimento das ciências biomédicas sobre o ser humano, já analisados anteriormente.

Assim, os novos bens jurídicos aludidos, como a integridade genética, a identidade genética, bem como a individualidade, a diversidade, a inalterabilidade e a intangibilidade do patrimônio genético da humanidade seriam, em nosso entendimento, nada mais do que simples derivativos do princípio ou direito à dignidade. A dignidade, portanto, teria uma dupla perspectiva: subjetiva, quando relativa ao próprio

ser humano considerado individualmente; ou objetiva, quando relativa à humanidade como um todo.<sup>62</sup>

## 8. Interferência do Direito Penal

Feita a seleção das condutas ligadas aos avanços científicos das Ciências Biomédicas que, a nosso ver, poderiam afetar o ser humano, em especial o nascituro, merecendo, inclusive ser tuteladas penalmente, passaremos agora a traçar algumas linhas no que se refere à interferência do Direito Penal sobre estas ações, ou seja, se deve o Direito Penal ser o meio de proteção contra este tipo de criminalidade ou se existem outros meios legais suficientes para a regulamentação pertinente a esta matéria.

Como bem adverte Silva Franco, “não basta, contudo, a identificação do princípio-guia da intervenção do Direito na genética humana para que se considerem vencidos todos os desafios que a engenharia genética ou a reprodução artificial assistida estão promovendo atualmente”.<sup>63</sup>

Até recentemente os problemas gerados pelo emprego das genetecnologias eram auto-regulados, em nível de regras deontológicas emitidas por Comitês de Ética ou por Declarações Internacionais de Princípios. A realidade no momento é, contudo, outra.

A insuficiência do sistema de controle social informal (profissional) é manifesta e as atividades biomédicas, a cada dia que passa, alcançam, em razão de novas descobertas tecnológicas, um número maior de pessoas, passando a incidir sobre direitos considerados fundamentais das mesmas.<sup>64</sup>

(59) ROMEO-CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 67.

(60) Idem, ibidem.

(61) Veja-se, por exemplo, o art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade*”.

(62) BENITEZ-ORTUZAR, Ignácio Francisco. Op. cit., p. 104.

(63) FRANCO, Alberto Silva. *Genética humana e direito*. Op. cit., p. 23.

(64) Idem, ibidem.

Daí a necessidade de outros controles sociais, de caráter formal, mais eficientes. Assim, em alguns países, foram emitidas normas de Direito Civil e de Direito Administrativo atinentes a essas questões, estabelecendo-se sanções em nível de ressarcimento civil ou sanções administrativas. Em outros países, além de sanções destas espécies, recorreu-se ao mais grave de todos os controles sociais formais, ou seja, o Direito Penal, por entender-se que os sistemas jurídicos extrapenais se revelaram insuficientes e inadequados na tutela de bens jurídicos da mais alta hierarquia constitucional, ameaçados pela genotecnologia.<sup>65</sup>

Nesse sentido, a pergunta que fazemos é se deve o Direito Penal ser convocado para a tutela de bens jurídicos lesados ou postos em perigo por estas novas técnicas genéticas ou não e como isso deve ser feito. Sob esse enfoque, há duas posições bem distintas:<sup>66</sup>

De um lado, os que defendem a intervenção de um Direito Penal de caráter preventivo, com o fim de salvaguardar os bens do indivíduo ou da coletividade, que podem ver-se afetados de alguma forma pela genética abusiva.

Entendem esses que o mecanismo repressor, centrado numa tipologia de delitos de perigo abstrato, permitiria, ao invés de uma tardia incriminação, prevenir o aparecimento de situações de perigo concreto ou de dano para tais bens, servindo de anteparo à difusão do perigo inerente a essas atividades ligadas à genética.

De outro lado, há os que consideram que não basta que se reconheça a dignidade penal de certos bens, interesses e valores que são objetos da genética. Há mister ainda que se comprove a necessidade da tutela penal nessa área, como derradeiro

meio para a preservação da vida comunitária ordenada. Só assim teria legitimidade a intervenção penal com seu poderoso arsenal sancionatório.<sup>67</sup>

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, citada por Silva Franco, salienta que: “a necessidade ou carência de tutela penal pode decompor-se no princípio da subsidiariedade – não existirem outros meios (jurídicos ou não) capazes de conferir, por si só (ou seja, sem a necessidade do recurso à sanção penal), proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela; no princípio da adequação e eficácia – ser a tutela penal meio adequado, idôneo, eficaz, para a proteção do bem em causa e, ainda, numa comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos do que benefícios”.<sup>68</sup>

Seria, por isso, pertinente recorrer à intervenção penal, sem que se verifique, em concreto, a inércia ou a ineficácia de controles sociais informais (éticos profissionais) ou pouco formais (como, por exemplo, o direito Administrativo e Civil)? A intervenção penal prematura e precipitada seria o meio adequado e eficaz para a tutela dos bens jurídicos em questão? A intromissão penal antecipada não se transformará numa verdadeira camisa-de-força da própria atividade científica, produzindo um Direito Penal indiseriminado, simbólico e, até mesmo, um tanto terrorista?<sup>69</sup>

Em nossa opinião, entretanto, a intervenção penal deve dirigir-se somente contra certas condutas consideradas situações-

<sup>(65)</sup> Idem, ibidem.

<sup>(66)</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Genética e direito penal. IBCCrim*. Edição especial, n.45, 1996, p. 5.

<sup>(67)</sup> Idem, ibidem.

<sup>(68)</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 220. Apud FRANCO, Alberto Silva. *Genética e direito penal. IBCCrim*. Edição Especial, n. 45, 1996.

<sup>(69)</sup> FRANCO, Alberto Silva. *IBCCrim*. Idem, ibidem, p. 5.

limite que já foram objeto de análise em que, de uma forma ou de outra, ponham em risco bens jurídicos fundamentais dignos de tutela penal.

A questão de proteção dessa matéria de suma importância para o Direito Penal deve ser questionada de forma que a definição desses bens pertencentes ao indivíduo e à comunidade, frente às condutas que os lesem ou os ponham em perigo, sempre implique, ao mesmo tempo, em infrações graves de normas ético-sociais vigentes na sociedade em um momento determinado, razão pela qual o Direito Penal deve reservar-se frente aos ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos de especial importância e unicamente quando seja estritamente necessário, por serem insuficientes os outros instrumentos jurídicos não penais.

Por conseguinte, nas relações com as atuações sobre o genoma humano, principalmente, deve-se manter estes critérios, de modo que, em algumas ocasiões, a intervenção do Direito Penal poderá ser acessória ou inexistente, se forem detectados motivos suficientes para isso, em especial se outros setores do ordenamento jurídico puderem satisfazer plenamente as necessidades de proteção de bens ou interesses envolvidos ou de limitação das atividades não desejáveis. Por outro lado, a chamada ao Direito Penal será inevitável (mas sempre excepcional), quando se trate de condutas particularmente graves frente a bens e/ou valores dignos de uma proteção reforçada.<sup>70</sup>

A tarefa, todavia, é saber distinguir e detectar com a máxima precisão quais são as condutas e o os bens jurídicos atingidos pelas diversas intervenções tecnocientíficas sobre o ser humano e como decidir quais os instrumentos jurídico-penais a serem

utilizados para uma adequada proteção, segundo sua importância e formas de agressão que podem causar e quando o apelo ao Direito Penal seja realmente necessário.

## 9. Considerações finais

Vivemos hoje, na Política Criminal moderna, uma aporia entre os movimentos de descriminalização e a necessidade de criarmos novas formas de tutela para conter os abusos surgidos dos avanços tecnológico-científicos das diversas áreas do saber.

Tentamos, de alguma forma, no presente trabalho, contribuir para a reflexão dessa problemática, identificando e trazendo à tona novas formas de agressões a tradicionais ou futuros bens jurídicos que poderiam ser comprometidos, ligados ao notável avanço das Ciências Biomédicas, provocado principalmente pela Genética, e por entender que a nossa legislação vigente (Código Penal e Lei 8.974/95) não abarca todas as questões por nós ventiladas.

Para isso, e sem entrar no mérito de posicionamentos mais aprofundados sobre questões controvertidas anti ou pró-aborto, sugerimos a criação de um novo estatuto jurídico-penal para o nascituro, pois, em nosso entendimento, ele é o principal alvo dos vários tipos de experimentos de que dispõe hoje a biogenética, sendo, portanto, a própria existência do ser humano que pode estar em jogo, ou melhor, nas mãos dos cientistas, necessitando, por isso, o controle, pelo ordenamento jurídico, de algumas dessas condutas, inclusive recorrendo-se, em alguns casos, ao Direito Penal.

Assim sendo, urge capacitar o Direito a enfrentar as novas situações no intuito de que possa regular devidamente o convívio entre a ciência e a sociedade para que caminhem paralelamente, ao invés de se chocarem. O progresso científico existe para promover e facilitar a nossa vida, com equidade, ética e justiça social, e isso também constitui a razão de ser do Direito.

<sup>(70)</sup> Cf. ROMEO-CASABONA, Carlos María. Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 16. São Paulo : RT, 1996, p. 24.

## 2. DOCTRINA NACIONAL

---

### 2.6

#### PROPOSTA PARA UMA NOVA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAIS

RENÉ ARIEL DOTTI

**SUMÁRIO:** 1. Releitura histórica – 2. O problema da inflação legislativa – 3. A crise das codificações – 4. O nascimento e a evolução dos microssistemas – 5. A necessidade de um novo critério de legislação – 6. O princípio da intervenção mínima – 7. A proteção penal dos direitos do homem – 8. A revisão da Parte Geral do Código Penal: 8.1 Cláusula de efeito vinculante; 8.2 Redefinição normativa das infrações penais de menor potencial ofensivo; 8.3 Previsão normativa dos crimes de especial gravidade; 8.4 Penas restritivas de direitos (CP, art. 43); 8.5 Execução da pena de multa; 8.6 Causas de suspensão da prescrição; 8.7 Causas de interrupção da prescrição; 8.8 Suspensão facultativa da ação penal; 8.9 Suspensão obrigatória da ação penal – 9. A revisão da Parte Especial do Código Penal: 9.1 Alguns aspectos essenciais; 9.2 O processo seletivo; 9.3 A introdução de algumas regras mínimas; 9.4. Alguns exemplos relevantes: 9.4.1 Crimes contra a vida; 9.4.2 A periclitación da vida e da saúde; 9.4.3 O extremado rigor para alguns crimes contra a saúde pública; 9.4.4 Crimes contra a incolumidade pública; 9.4.5 A prática do crime através de meio de comunicação social; 9.4.6 Crimes contra a família; 9.4.7 Crimes contra a liberdade e a dignidade sexual; 9.4.8 Crimes contra a liberdade individual; 9.4.9 Crimes contra o respeito aos mortos – 10. As leis especiais: 10.1 O grande dilema; 10.2 A consolidação das leis especiais; 10.3. A vantagem da concentração das leis especiais – 11. Alguns modelos de estatutos: 11.1 Lei dos crimes contra a humanidade; 11.2 Lei dos crimes contra o Estado Democrático de Direito; 11.3 Lei dos crimes contra a administração pública; 11.4 Lei dos crimes contra a fé pública; 11.5 Lei dos crimes econômicos, financeiros e tributários; contra as relações de consumo e contra a economia popular; 11.6 Lei dos crimes de responsabilidade; 11.7 Lei dos crimes contra o meio ambiente e a qualidade de vida; 11.8 Lei dos crimes de trânsito; 11.9 Lei dos crimes contra o sistema previdenciário e de seguros privados; 11.10 Lei da criminalidade organizada e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; 11.11 Lei dos crimes contra o patrimônio imaterial e a propriedade intelectual; 11.12 Lei das Contravenções Penais.

**Resumo:** O autor propõe uma revisão dos critérios axiológicos definidores da legislação penal, tanto no que diz respeito à Parte Geral, como à Especial e leis especiais. É feita uma abordagem crítica da desordenada inflação legislativa penal existente em nosso ordenamento, de modo a embasar a proposta apresentada de consolidação das leis penais, coerente com os atuais valores sociais dignos de tutela penal. São também analisados diversos bens jurídicos penais tutelados atualmente, sendo reexaminados os valores neles expressos.

**Palavras-chave:** Código Penal – Parte Especial – Legislação – Leis especiais – Consolidação das leis penais – Reforma penal – Princípio da intervenção mínima.

#### 1. Releitura histórica

A profusão de leis durante o período da Primeira República (1889-1930) e as tendências muito expressivas para a revisão

do Código Penal de 1890, levaram o Governo a promover uma consolidação dos diplomas da época. Havia dificuldade não somente para se aplicar as normas vigentes como também para alcançar a sua compreensão. É oportuna a releitura das primeiras quatro *Consideranda* que introduziram o texto do Dec. 22.213, de 14.12.1932, que aprovou e adotou a *Consolidação das Leis Penais*, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe. Elas revelam características idênticas ao quadro legislativo dos dias presentes, passados quase setenta anos. Vale transcrever: "*Considerando* que o Código Penal Brasileiro, promulgado pelo Dec. 847, de 11.10.1890, tem sofrido inúmeras modificações, quer na classificação dos delitos e intensidade das penas, quer com a adoção de instituto reclamado pela moderna orientação da penologia; *Considerando* que essas modificações constam de um grande número de leis esparsas, algumas das quais já foram, por sua vez, profundamente alteradas, o que dificulta não só o conhecimento como a aplicação da lei penal; *Considerando* que, não sendo lícito invocar a ignorância do direito, devem as leis estar ao alcance de todos, já pela clareza, já pela divulgação, o que com rigor maior cumpre seja observado em relação às leis penais, em virtude da particular incidência destas sobre a liberdade individual; *Considerando* que, malogradas as várias tentativas de reforma do Código Penal Brasileiro, a que ora se empreende ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competência da respectiva Sub-Comissão Legislativa".<sup>1</sup>

## 2. O problema da inflação legislativa

Em trabalho apresentado para a XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil,<sup>2</sup> tive oportunidade de

acentuar que atualmente "a legislação especial em matéria criminal, quer criminalizando condutas ou declarando-as equiparadas a tipos já previstos no Código Penal, quer abordando aspectos relativos à caracterização dos delitos ou à aplicação ou extinção das penas, alcança o expressivo número de 109 (*cento e nove*) diplomas, sendo 91 (noventa e uma) leis, 17 (dezessete) decretos-leis e 1 (um) decreto. Quanto às leis extravagantes no campo das contravenções penais, o número chega a 10 (dez) diplomas, sendo 7 (sete) leis, 2 (dois) decretos-leis e 1 (um) decreto. A soma global chega a 119 (*cento e dezenove*) diplomas dispondo sobre crimes e contravenções, a parte das normas do Código Penal".<sup>3</sup> Nesse número não estão incluídos os decretos e as portarias que se limitam à tarefa de simples regulamentação da lei.

No campo da administração da justiça penal os seus operadores estão sofrendo a amarga experiência da inflação legislativa, responsável por um tipo de *direito penal do terror* que, ao contrário de seu modelo antigo, não se caracteriza pelas intervenções na consciência e na alma das pessoas, tendo à frente as bandeiras do preconceito ideológico e da intolerância religiosa. Ele se destaca, atualmente, em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema positivo. A primeira, fomenta o justicamento social determinado pelos padrões sensacionalistas da mídia que subverte o princípio da presunção de inocência e alimenta a fogueira da suspeita que é a justiça das paixões, consagrando a responsabilidade objetiva; a segunda, anarquiza os meios e métodos de controle da violência e da criminalidade, estimula o *discurso político* e revela a ausência de uma Política Criminal em nível de Governo federal.

(1) Em Vicente Piragibe. *Consolidação das leis penais*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. V (grifos meus; ortografia do original).

(2) Rio de Janeiro, 30.08 a 02.09.1999.

(3) Para esse levantamento foi utilizado o *Código Penal*, editado pela RT, sob a coordenação de Maurício Antonio Ribeiro Lopes (4. ed.), atualizado até 31.12.1998.

Esses fenômenos da perda do equilíbrio e da redução dos espaços do espírito e que se convertem numa espécie de *bang-bang* legislativo, foram muito bem observados, ao seu tempo e à sua maneira, pelo Conde Francisco de Cabarrus, no começo do Século XI: "Percorri com espanto aquela massa imensa e incoerente de teocracia, republicanismo, despotismo militar, anarquia feudal, de erros antigos e de extravagâncias modernas, aquela massa de trinta e seis mil leis com seus formidáveis comentadores".<sup>4</sup>

### 3. A crise das codificações

Não se poderá mais afirmar, como seria possível no começo do século, que os códigos (civil, penal, comercial etc.), caracterizam instrumentos jurídicos de segurança dos cidadãos. Essa é a lúcida conclusão de Lorenzetti ao afirmar que "a idéia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda do prestígio das visões totalizadoras; o Direito Civil se apresenta antes como estrutura defensiva do cidadão e de coletividades do que como 'ordem social'. (...) A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microsistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora com suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles. Pode-se também referir a famosa imagem empregada por Wittgenstein aplicada ao Direito, segundo a qual, o Código é o centro antigo da cidade, a que se acrescentaram novos subúrbios, com seus próprios centros e caracte-

rísticas de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros; vai-se ao centro de quando em quando para contemplar as relíquias históricas".<sup>5</sup>

### 4. O nascimento e a evolução dos microsistemas

Essas certas observações e comparações decorrem do surgimento dos microsistemas em todos os ramos jurídicos. Relativamente ao sistema penal, a diversificação dos interesses populares e as franquias constitucionais e legais de um Estado Democrático de Direito, assim como ocorre em nosso país, criaram núcleos com identidades próprias. Eles compreendem, isolada ou simultaneamente, vários aspectos, como: *a) o bem jurídico* tutelado (vida humana, liberdade, solidariedade social, patrimônio, probidade administrativa, meio ambiente, qualidade de vida, segurança no trânsito, regularidade do processo eleitoral, ordem econômica, tributária e financeira, relações de consumo etc.); *b) alguns tipos de destinatários protegidos*, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas (a criança, o adolescente, o consumidor, o diferenciado em consequência da raça, cor, etnia, religião ou origem; a mulher trabalhadora, a previdência social, a fazenda pública etc.); *c) alguns tipos de acusado* (motorista, empresário, banqueiro, racista, traficante, seqüestrador e variações do crime hediondo etc.).

Em análise do sistema do Direito Civil, mas que tem inteira aplicação no campo penal, Antunes Varella conclui que o Código "deixou de constituir o centro geométrico de toda a ordem jurídica constituída. O primado da legislação passou para a *Constituição*, ao lançar as bases de uma nova sociedade, ideologicamente comprometida". E acentua que a nova legislação especial se caracteriza por uma significativa alteração no quadro de seus destina-

<sup>(4)</sup> A afirmação está em sua obra *Cartas sobre los obstaculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad publica*, cit. por Ricardo Luis Lorenzetti, em *Fundamentos do Direito Privado*, trad. da edição argentina por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo : RT, 1998, p. 43.

<sup>(5)</sup> Op. cit., p. 45.

tários. Vale invocar suas próprias palavras: “A lei deixou de constituir em numerosos casos o *comando coercitivo* emanado da *vontade soberana* do Estado e dirigido ao *cidadão indeferenciado* que integra a comunidade nacional ou habita o seu território. Muitas das leis de maior expressão social nascem da *luta* entre o *poder público* e os *grupos de pressão* de certos estratos sociais dirigindo-se apenas aos membros destes núcleos mais ou menos poderosos de pessoas”. E reconhece, com grande precisão, o fenômeno ocorrente não apenas em seu país como também entre nós, brasileiros: “As leis deixaram em grande parte de constituir verdadeiras *normas gerais* para constituírem *estatutos privilegiados* de certas classes profissionais ou de determinados grupos políticos”.<sup>6</sup>

Entre nós, assim também entende Nilo Batista, como se poderá verificar pelos seguintes trechos de seu voto em sessão do Instituto dos Advogados Brasileiros: “Hoje, o sentimento de que o anteprojeto deve ser abandonado em favor de um programa de reforma radicalmente distinto está generalizado entre os penalistas. Os companheiros que dirigem o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais produziram um documento<sup>7</sup> que de modo firme e claro enuncia as razões diante das quais recusaram-se eles a oferecer sugestões ou críticas no anteprojeto. Queremos incorporar essas razões às presentes considerações. Qualquer esforço de reforma penal no Brasil não pode ignorar a convivência que ‘um regime geral penal’, fundado nas relações convencionais da parte geral e parte especial, guarda com diversos ‘regimes penais especiais’, seja fundados em leis extravagantes (drogas, armas, trânsito

etc.), seja fundados em exceções abertas no regime geral (como nos campos criados pelo aparentemente infinito processo de ‘hediondialização’ dos delitos), seja fundados no procedimento (como no caso das infrações de menor potencial ofensivo). Os inúmeros vícios teóricos, as grotescas contradições dessa ordem jurídico-penal que não se pretende unitária ou harmônica têm sido implacavelmente denunciados ao ponto de já caber, sim, indagar se a existência autônoma desses microssistemas penais não constituirá na verdade uma estratégia procurada e indispensável para o modelo de controle social-penal do projeto neoliberal. E aí chegamos à primeira conclusão: alterar apenas a parte especial do Código Penal, sem pensar na consolidação da legislação extravagante, com a correção de suas múltiplas anomalias, é trabalho de simples ‘decoração jurídica’, sem possibilidade de intervir nas dramáticas urgências que pulsam nos microssistemas (por exemplo, drogas). Em segundo lugar, o mesmo governo que está querendo trocar os sofás da parte especial não renuncia um milímetro ao programa de supercriminalização, de que o último exemplo foi o farmacêutico, com uma reforma completamente destemperada (ainda que talvez eleitoralmente rendosa) dos crimes contra a saúde pública: um governo que não deixa escorrer um mês sem duas ou três novidades penais que sempre surpreendem os penalistas, porque o poço de besteiras parece realmente não ter fundo. É muito claro que, quando a ‘reforma’ efetivamente interessa — numa espécie de direito penal de propaganda — o governo não espera por qualquer sugestão ou crítica, nem mesmo pela própria comissão que criou”.<sup>8</sup>

(6) O Movimento de descodificação do Direito Civil. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 508-509. (Grifos do original).

(7) Refere-se ao editorial do *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, de agosto de 1998, p. 1.

## 5. A necessidade de um novo critério de legislação

É elementar que não é mais possível a convivência harmônica entre o Código

(8) Sessão do IAB, agosto de 1998.

Penal e o Código de Processo Penal com os microssistemas que assumiram dimensões e características próprias, além do intolerável hábito de se vulgarizar a ameaça penal para os mais variados tipos de problemas sociais.

Diante da proliferação legislativa e da tendência evolutiva de criminalização e de neocriminalização de comportamentos ilícitos, que seriam muito melhor enfrentados pelas normas de Direito Administrativo (compreendendo as relações disciplinares, de consumo, do meio ambiente, financeiras etc.), surge para os estudiosos e profissionais do Direito e da Justiça criminais as dificuldades de interpretação, de aplicação e de efetividade das normas penais e processuais penais. Também deve ser renunciada, no meu entender, a pretensão de condensar todo o direito positivo em um Código.

É da tradição legiferante em matéria de códigos criminais em nosso país, que nos diversos diplomas que se sucederam, um dos dispositivos finais declarava, expressamente, qual era a legislação revogada. Vale conferir: Código Criminal do Império (art. 308); o Código Penal de 1940 (art. 360); o Código Penal de 1969 (art. 406); o Código Penal de 1969 com a Reforma da Lei 6.016/73 (art. 401); o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1984 (art. 2.º); o Esboço de 1994 (art. 468). Rompendo essa orientação, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial de 1998, apenas declara, genericamente, que: "Esta lei entra em vigor seis meses após sua publicação, revogadas as disposições em contrário" (art. 2.º).

## 6. O princípio da intervenção mínima

Segundo clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. Somente quando a sanção de ou-

tra natureza (civil, administrativa, tributária etc.) não se apresenta eficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da mais grave resposta estatal consistente na pena criminal.

Ela traduz restrições ou sacrifícios relevantes aos direitos fundamentais da pessoa humana, cujo respeito é um dos deveres essenciais do Estado. Daí porque a sua utilização deve ser limitada aos casos de extrema necessidade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), proclamou que a lei deve estabelecer "penas estrita e evidentemente necessárias" (art. 8.º).

Diante disso, a legislação penal e processual penal (incluindo a matéria de execução penal) deve ser objeto de leis complementares, que devem ser aprovadas por maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional (CF, art. 69). Somente dessa forma será possível limitar o *furor legiferante* que se manifesta ao sabor de acontecimentos episódicos, de interesses conjunturais ou de grupos de poder. Afinal, soa como intolerável paradoxo a verificação de que a lei complementar é utilizada, por exemplo, no setor tributário cujos valores e interesses, por mais destacados que possam ser, não se sobrepõem aos direitos humanos que são iminentes à legislação penal e processual penal.

## 7. A proteção penal dos direitos do homem

O fenômeno da chamada *globalização* na Economia e em outros setores das atividades cotidianas poderá transformar os seres humanos em peças de uma engrenagem sufocante a lembrar as antológicas denúncias de Charlie Chaplin, em *Tempos modernos* (1936), e de George Orwell, em *1984* (1950). O gênio do cinema produziu as imagens e as situações que *descartavam* o homem como centro do universo da existência e ameaçavam esmagá-lo junto com objetos transportados nas esteiras; e o

imortal visionário concebeu a figura do *big brother* que através das teletelas invadia a privacidade das pessoas. Mas a *globalização* ameaça alcançar estágios ainda não imaginados pela arte e pela literatura. Ela poderá tornar irreversível o *eclipse do homem* ou fazê-lo desaparecer nas galáxias da informática.

Em uma de suas inúmeras entrevistas, Norberto Bobbio foi perguntado sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação, especialmente quanto ao aumento cada vez maior e descontrolado da população; o progresso cada vez mais rápido e até agora inevitável da degradação do meio ambiente e o aumento cada vez mais rápido e insensato do poder destrutivo das armas. E, ao final, se em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, ele via algum sinal positivo. Bobbio respondeu que sim, que via pelo menos um desses sinais: “a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos humanos”.<sup>9</sup>

Essas perspectivas de consagração e efetivação dos Direitos do Homem devem pautar a reforma do sistema penal positivo, especialmente quanto ao processo de seleção dos bens jurídicos protegidos.

## 8. A revisão da Parte Geral do Código Penal

A Parte Geral do Código Penal necessita de ajustes para superar dificuldades que têm surgido na aplicação de suas normas confrontadas com regras da legislação especial ou, independentemente disso, carece de atualização diante da alteração de institutos ou das mudanças ditadas pela Constituição de 1988. Alguns setores podem exemplificar essa observação.

(9) *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 49.

### 8.1 Cláusula de efeito vinculante

Dispõe o art. 12 do CP que “as regras gerais”<sup>10</sup> deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo contrário”.

Tecendo considerações acerca da legislação extravagante, Nelson Hungria adverte que o Código Penal “não é toda a legislação penal: coexistem ou podem coexistir a seu lado, permanente ou temporariamente, outras leis penais, de caráter *supletivo* ou *complementar*. O próprio Código, no art. 360, ressalva (...). Deve entender-se que o Código é a lei penal *fundamental*, de modo que as outras leis penais vêm a formar com ele um todo *único*, quer quando definem novas infrações, quer quando, no caso particular, adota critérios em divergência com as regras gerais do Código”.<sup>11</sup> O critério assim adotado evita as “fastidiosas repetições no corpo das leis especiais, quando estas não repudiam as regras gerais do Código”.<sup>12</sup>

Porém, as *antinomias* que o pranteado mestre admitia, e com as singelas equações por ele mesmo preconizadas, assumiram proporções intoleráveis com a legislação dos últimos anos, determinantes da quebra do sistema e da violação de princípios fundamentais do Direito Penal, principalmente em alguns territórios mais expostos aos interesses de órgãos governamentais ou a pressão de grupos sociais como os inerentes à proteção da ordem

(10) Observa Nelson Hungria, interpretando esse dispositivo (que na redação original do Código Penal tinha o n. 10), que as “*regras gerais*”, a que se refere o art. 10, não são apenas as da ‘parte geral’ do Código Penal, senão também as que se contêm aqui e ali na sua ‘parte especial’ (ex.: art. 327, sobre conceito de ‘funcionário público’). (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, tomo I, p. 206).

(11) *Comentários*, v. e tomo, cit., p. 205.

(12) Nelson Hungria, *ibidem*, p. 206, nota de rodapé.

econômica, financeira, tributária, do consumidor e do meio ambiente. Surge, então, a necessidade imperiosa de se introduzir uma *cláusula pétrea* para eliminar contrastes não só inconvenientes à harmonia de um sistema como também reveladores de inconstitucionalidades explícitas ou implícitas. Daí a proposta de se acrescentar um parágrafo ao art. 12 do CP com a seguinte redação: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. *Parágrafo único.* A lei especial não conterá dispositivo tendente a abolir as regras de aplicação da lei penal e aos princípios relativos: a) aos elementos do crime; b) às formas de participação punível; c) à natureza e à quantidade das penas e das medidas de segurança.

### 8.2 *Redefinição normativa das infrações penais de menor potencial ofensivo*

A fórmula adotada pelo art. 61 da Lei 9.099/95<sup>13</sup> não esgota a variedade das hipóteses concretas, nas quais a grande repercussão do dano (como nos crimes de lesão corporal culposa) ou a multiplicidade de vítimas (sucessão de lesões corporais leves) não se ajustam à projeção constitucional das infrações de menor *potencial ofensivo*. Examinemos duas situações: em uma delas a vítima de uma lesão culposa sofreu a perda da visão; na outra, duas pessoas sofreram lesão corporal leve, praticadas dolosamente e pelo mesmo sujeito em forma continuada. Embora admitida, neste último caso, a aplicação da regra do art. 71 do CP e não se cogitando da incidência do parágrafo único desse mesmo

dispositivo, pode-se dizer que o crime (continuado) é de menor potencial ofensivo? Tanto em um como em outro desses eventos, o encaminhamento do caso ao Juizado Especial Criminal, com a conhecida supressão de atos e termos de investigação, afronta o espírito e os objetivos da norma constitucional.

### 8.3 *Previsão normativa dos crimes de especial gravidade*

Uma comissão de penalistas instituída pelo Ministro da Justiça, Nelson Jobim,<sup>14</sup> e coordenada por Francisco de Assis Toledo, apresentou ao Ministro da Justiça, Nelson Jobim, uma proposta de supressão da categoria dos crimes hediondos. Em seu lugar sugeriu a disciplina dos *crimes de especial gravidade*. Na aludida proposta foram eliminadas as inconstitucionalidades da Lei 8.072/90 (como o cumprimento integral da pena de prisão em regime fechado).

A revogação da lei dos crimes hediondos não poderá ocorrer, em meu entendimento, mediante simples declaração formal. Com efeito, há infrações que pelo bem jurídico tutelado, pela forma de execução ou pelas suas consequências, produzem maior impacto social e o legislador não pode ser insensível a esse fenômeno. Daí a sugestão para se reexaminar o projeto dos *crimes de especial gravidade*<sup>15</sup> que propõe um tratamento diferenciado de outros tipos de ilícito.

### 8.4 *Penas restritivas de direitos (CP, art. 43)*

— Os arts. 44, I, e 54 do CP revelam flagrante contradição. Enquanto o primei-

<sup>(13)</sup> Lei 9.099, de 26.09.1995, art. 61: "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".

<sup>(14)</sup> Portaria 215, DOU de 10.04.1995.

<sup>(15)</sup> Mensagem n. 783, publicada no *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 33, setembro, 1995, p. 6.

ro estabelece que as penas restritivas de direitos substituem a pena privativa de liberdade aplicada em quantidade não superior a 4 (*quatro*) anos, o segundo dispõe que tais penas são aplicáveis, “independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (*um*) ano”.

Não se promoveu, ao tempo do projeto de que resultou a Lei 9.714/98, o indispensável ajuste. Embora na prática o problema seja resolvido com a aplicação da lei nova que, neste caso, derroga a norma com ela incompatível, a contradição prejudica o sentido didático que deve ser inerente à lei penal.

– Com o veto presidencial ao § 1.º do art. 44 do Projeto de Lei 2.684/96 – do qual resultou a Lei 9.714/98 – surgiu a impossibilidade de se aplicar a pena de *advertência* prevista no caso de aplicação de pena privativa de liberdade inferior a 6 (seis) meses.

– A desconsideração da reincidência como causa *obrigatória* de aumento geral de pena e da interrupção da prescrição (CP arts. 61, I e 117, VI), além da contradição entre o inc. II do art. 44 do CP e o § 3.º do mesmo artigo.

### 8.5 Execução da pena de multa

O problema da execução da pena de multa adquiriu dificuldades acentuadas com o advento da Lei 9.268/96 que teve duas finalidades essenciais: a) evitar a conversão da pena pecuniária em prisão quando o condenado reincidente deixasse de pagá-la ou o condenado solvente frustrasse a sua execução; b) prevenir a impossibilidade da cobrança em face do curto espaço de tempo para se consumir a prescrição.

No entanto, a fórmula adotada – consideração da multa como dívida de valor – acarretou conflitos de ordem funcional sobre a legitimação para promover a exe-

cução (Ministério Público ou a Fazenda Pública).

Como há necessidade de se manter a regra destinada a impedir a prescrição da pena concretizada pelo decurso de 2 (dois) anos, quando for a única sanção cominada ou aplicada (CP, art. 114, I), parece-me adequado sugerir a seguinte redação para o art. 51 do CP: “Na execução da pena de multa transitada em julgado, aplicam-se as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

### 8.6 Causas de suspensão da prescrição

A Constituição de 1988 (art. 53, § 2.º); a Lei 9.099/95 (art. 89, § 6.º) e a Lei 9.271/96 (deu nova redação ao art. 366 do CPP) criaram hipóteses de suspensão do processo (*rectius*: suspensão da ação penal) que devem ser incorporadas à Parte Geral do Código Penal, posto não constituírem matéria particular da legislação especial.

A proposta de nova redação para o art. 116 do CP é a seguinte: “Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I – durante o exercício do mandato parlamentar enquanto não houver deliberação sobre o pedido de licença ou for o mesmo indeferido; II – enquanto estiver suspensa a ação penal pelo não comparecimento do réu citado por edital e que não tenha constituído defensor; III – durante o tempo de cumprimento das condições impostas para a suspensão da ação penal, no caso de crime em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (*um*) ano; IV – atual inc. I do art. 116 do CP; V – atual inc. II do art. 116 do CP.

### 8.7 Causas de interrupção da prescrição

Parece-me de toda conveniência restaurar o projeto que incluía, entre as causas de interrupção da prescrição, a decisão do Tribunal que, em grau de recurso, mantém

a sentença condenatória (nos mesmos limites penais ou modificando-os) ou, reformando a decisão absolutória vem a condenar o réu. Para tanto o inc. V do art. 117 do CP poderia ter a seguinte redação:

“V – pela decisão do Tribunal que confirma ou impõe a condenação”.

Os incisos seguintes seriam remunerados e adaptados os §§ 1.º e 2.º, mediante o texto a seguir:

“VI – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VII – pela reincidência.

§ 1.º Excetuados os casos dos incs. VI e VII deste artigo, a prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2.º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inc. VI deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção”.

### 8.8 Suspensão facultativa da ação penal

Algumas distorções têm ocorrido na aplicação prática da regra do art. 89 da Lei 9.099/95, como, por exemplo, a iniciativa da proposta de suspensão (se é exclusiva do Ministério Público ou extensiva ao Juiz) e a *dulcificação* do instituto quando se dispensa a reparação do dano por via oblíqua quando o Juiz entende que a matéria “por ser do cível”, simplesmente nega vigência à regra que estabelece essa a condição suspensiva. Diante de tais incertezas, que tanto comprometem o prestígio da justiça criminal, parece-me adequado propor um dispositivo com a seguinte redação:

“Art. Na ação penal de iniciativa pública, em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público poderá, com o oferecimento da denúncia, propor a sua suspensão pelo pra-

zo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o réu não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena e a satisfação das seguintes condições:

‘I – reparação do dano;<sup>16</sup>

‘II – proibição de freqüentar determinados lugares;

‘III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, por mais de oito dias,<sup>17</sup> sem autorização do juiz;

‘IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, trimestralmente, para comunicar suas atividades que devem ser registradas nos autos;

‘§ 1.º O juiz poderá especificar outras condições desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do réu.

‘§ 2.º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou descumprir qualquer condição imposta;

‘§ 3.º A suspensão poderá ser revogada se o réu vier a ser processado por contravenção;

‘§ 4.º Expirando o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade”.

<sup>(16)</sup> A cláusula “salvo impossibilidade de fazê-lo” (Lei 9.099/95, art. 89, § 1.º, I), como está redigida discrepa, flagrantemente da orientação traçada pelo art. 83, IV, do CP que exige para a dispensa da reparação do dano no caso do livramento condicional a “efetiva impossibilidade de fazê-lo”. Por outro lado, essa dispensa, no caso da suspensão do processo é um corredor aberto para a impunidade dos crimes patrimoniais astuciosos como o estelionato e a apropriação indébita.

<sup>(17)</sup> A redação do inc. III do § 1.º do art. 89 da Lei 9.099/95 é inexequível e absolutamente ilusória quando se trate de região que tenha várias comarcas próximas umas das outras e nas quais o acusado deva prestar serviços.

### 8.9 Suspensão obrigatória da ação penal

Nesta parte, há necessidade de acrescentar ao art. 100 do CP, um parágrafo, com a seguinte regra:

“Art. 100 (...).

“§ 5.º A ação penal será suspensa quando o réu, citado por edital, não comparecer e não constituir defensor”.

## 9. A revisão da Parte Especial do Código Penal

### 9.1 Alguns aspectos essenciais

Com muita propriedade acentua Juarez Tavares que o Direito Penal deve ser compreendido “no contexto de uma formação social, como matéria de prática social e política, como resultado de certo processo de elaboração legislativa, onde a estrutura jurídica se afirma em suas relações com as forças sociais hegemônicas, atuantes no Parlamento. Hoje, pode-se dizer que a norma incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro como pensava Kelsen, como forma exclusiva de imposição de deveres para a satisfação da ação própria de sancionar, mas o sucesso da interação dos interesses que se manifestam, no processo de sua elaboração”.<sup>18</sup> E indica como critérios norteadores da atividade legiferante, os seguintes: a) A proteção da dignidade da pessoa humana; b) A proteção do bem jurídico; c) A necessidade da pena; d) A intervenção mínima; e) A proporcionalidade; f) O compromisso com as categorias lógico-objetivas.<sup>19</sup>

Segundo o magistério de Silva Franco, algumas diretivas se impõem para a tarefa de revisão (e consolidação) da Parte Espe-

cial do Código Penal. Elas são relacionadas como *idéias-força* e comportam a seguinte síntese: a) A necessidade de adequação às normas da Carta Política de 1988 e aos tratados e convênios internacionais; b) A dignidade da pessoa humana como limitação material ao exercício do poder punitivo do Estado; c) A lesão ou o perigo de lesão aos bens jurídicos socialmente relevantes; d) A obediência ao princípio de intervenção mínima; e) A adoção de normas técnicas de composição de tipos e de cominação de penas, com aptidão para assegurar maior certeza do Direito; f) Fazer da Parte Especial “o centro do sistema penal, reduzindo, correlativamente, o peso da legislação especial, que assumiu proporções absurdas”; g) A solução de pontos de divergência assinalados pela jurisprudência.<sup>20</sup>

### 9.2 O processo seletivo

A distribuição das variadas formas de ilicitude na Parte Especial do Código Penal depende de um critério de Política Criminal, considerada como o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Compete à Política Criminal fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e revelar o Direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a compreender o Direito à luz de considerações extraídas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo nos casos singulares em atenção a esses fins.<sup>21</sup> Em síntese, pode-se afirmar que a Política Criminal é a sabedoria

(18) Critérios de seleção de crimes e cominação das penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : RT, 1992, p. 75.

(19) Juarez Tavares, ob. cit., p. 77-85.

(20) A reforma da Parte Especial do Código Penal – Propostas preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, cit. n. 3, de 1993, p. 70 et seq.

(21) Franz von Liszt. *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguiet & Cia. Editores, tomo I, p. 3.

legislativa do Estado na luta contra as infrações penais.

A Parte Especial do Código Penal deverá prever as condutas consideradas mais reprováveis pela generalidade das pessoas. Algumas delas como os atentados à vida, à integridade, à liberdade, à honra, à saúde pública e ao patrimônio material guardam as mais antigas e variadas formas de reação individual ou coletiva.

Dentro dessa perspectiva, os delitos a serem regulados em uma Parte Especial, segundo a natureza do bem jurídico defendido, devem ser os que atentam contra a vida, a integridade corporal, a liberdade individual, a saúde pública e a incolumidade pública, o patrimônio material, o sentimento religioso e o respeito aos mortos.

A revisão do atual panorama de ilícitos para os fins de descriminalização, despenalização ou neocriminalização deve ter em consideração o princípio de intervenção mínima, sem prejuízo de consolidar a legislação que diz respeito aos valores e aos interesses de tutela dos bens jurídicos nucleares. Para exemplificar basta mencionar os seguintes diplomas:

Verifica-se, portanto, que um trabalho de tal envergadura deverá enfrentar o grande desafio da seleção dos bens jurídicos merecedores de tutela, a partir da vida humana. Além disso, deverá consolidar<sup>22</sup> em seu seio a legislação extravagante que ampliou a proteção da pessoa humana através da criminalização de condutas ofensivas à vida, à integridade corporal, à saúde, à liberdade, à incolumidade pública e aos direitos da intimidade como a proteção da vida privada. Existem diplomas especiais que precisam ser incorporadas ao Código

Penal em títulos e capítulos conforme os bens jurídicos defendidos. São exemplos a Lei 7.649/88, que dispõe sobre a obrigatoriedade do cadastramento de doadores de sangue e a realização de exame no sangue coletado; a Lei 9.263/96 (esterilização cirúrgica indevida); a Lei 9.434/97 (remoção e transplante de órgãos, tecidos e parte do corpo humano); a Lei 6.453/77 (responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares); a Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações); a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa); a Lei 6.538/78 (serviços postais); a Lei 9.296/96 (interceptação telefônica) e a Lei 9.472/97 (organização dos serviços de telecomunicações).

### 9.3 A introdução de algumas regras mínimas

A ser adotada a proposta no sentido de se institucionalizar os micro-sistemas criados pelas leis especiais, dando-lhes, entanto, uma disciplina normativa compatível com os princípios fundamentais do Direito Penal, torna-se indispensável que os primeiros dispositivos da Parte Especial estabeleçam algumas *regras mínimas* afim de que a elaboração das normas incriminadoras previstas no próprio Código e nos diplomas extravagantes se subordine a princípios e regras que devem ser adotados para a composição dos tipos de ilicitude.

Abordando o assunto de uma sistematização da Parte Especial, Heleno Fragoso refere o trabalho de Grispiigni, objetivando a construção de uma *teoria geral do elemento objetivo do crime*. O mestre italiano propôs o estudo de grupos de crimes, reunidos segundo elementos constitutivos comuns de sua estrutura objetiva. Na lamentação de Fragoso, aquela obra “infelizmente inacabada, apresenta-se como o delineamento de um programa de trabalho para a tarefa proposta”.<sup>23</sup>

(22) A tarefa de consolidação das normas da Parte Especial do Código Penal com as leis extravagantes e destas entre si, não implica na simples reunião ou fusão mas, também, nos procedimentos de alteração ou supressão de textos (despenalização e descriminalização).

(23) *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1986, v. I, p. 10.

Apesar de abandonada a idéia de uma rigorosa sistematização da Parte Especial dos códigos, algo parecido com uma *parte geral* introdutória, a doutrina dos grandes mestres não renunciou à necessidade de se organizar uma sistematização, pelo menos relativa. Nesse sentido é o entendimento de Antolisei, conforme suas próprias palavras: "Se l'idea di una Parte generale della Parte speciale deve essere scartata per la sua palese inconsistenza, non può seriamente dubitarsi della necessità di una maggiore elaborazione della materia, da effettuarsi con intendimenti non puramente descrittivi, ma scientifici (o dogmatici che dir si voglia)".<sup>24</sup> Entre nós, a mesma orientação é adotada por Anibal Bruno.<sup>25</sup>

Além das hipóteses da *cláusula vinculante*, sugeridas em um possível parágrafo ao art. 12 da Parte Geral, é preciso introduzir um mecanismo equivalente para ordenar, sistematicamente, a descrição dos delitos, a cominação das penas e outras matérias.<sup>26</sup> Essas *regras mínimas* da Parte Especial serviriam não somente para demarcar a estrutura das infrações e das respostas penais previstas no Código — incluídas as outras matérias — como também para fixar os limites da legislação especial que deve ter, sempre, um caráter complementar. Algumas dessas *coordenadas* podem ser referidas como, por exemplo: a) A excepcionalidade dos tipos penais abertos; b) A adoção de normas técnicas de redação dos tipos e de cominação de penas, com aptidão para assegurar maior certeza do Direito e melhor efetividade da Justiça; c) A declaração de que o crime praticado através dos meios de comunica-

ção será objeto de pena especialmente agravada;<sup>27</sup> d) A indicação dos crimes perseguidos mediante ação penal de iniciativa privada; e) As condições de processabilidade; f) A condição pessoal do autor para as hipóteses de exclusão do crime ou isenção de pena; g) As modalidades especiais de extinção da punibilidade.<sup>28</sup> Não entram nessa relação as causas especiais de aumento ou diminuição de pena ou as circunstâncias qualificadoras posto serem inerentes à própria natureza e fisionomia particular do crime descrito em seu tipo fundamental.

Algumas dessas *cláusulas de barreira* têm o objetivo de sistematização, evitando-se repetições desnecessárias; outras, porém, destinam-se a fazer da linguagem penal um requisito de segurança jurídica, além de conservar princípios fundamentais de um Direito Penal melhor adequado às aspirações de justiça e segurança. Entre eles deve-se destacar a exigência da culpabilidade, que tem a sua raiz na dignidade humana, erigida em fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 5.º, III). Todas essas indicações comportariam longa e judiciosa fundamentação, tarefa que se remete a um posterior e eventual texto.

#### 9.4 Alguns exemplos relevantes

Apesar de existirem múltiplos setores da Parte Especial que poderiam sugerir comentários específicos, alguns deles podem ser destacados — como singelos exemplos — para demonstrar a necessidade de se corrigirem distorções do sistema positivo e de superar dificuldades práticas para torná-lo eficiente. Além disso é preciso incorporar as normas penais extravagantes

(24) Francesco Antolisei. *Manuale di diritto penale — Parte speciale*. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1966, vol. I, p. 12.

(25) *Direito Penal — Parte Especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1966, tomo 4.º, p. 30-33.

(26) Como as causas de exclusão da criminalidade; de isenção, aumento ou diminuição de pena; condições de processabilidade, natureza da ação penal etc.

(27) Esse aspecto é melhor desenvolvido no item n. 9.4.6.

(28) Perdão judicial (CP, arts. 140, § 1.º; 242, par. ún., etc.) e o pagamento do tributo, por exemplo.

tes para adequar o elenco de infrações aos textos legislativos dos últimos anos.

#### 9.4.1 Crimes contra a vida

A punibilidade especialmente reduzida para a eutanásia, assim como estão propostas no *Esboço* de 1994<sup>29</sup> e no Anteprojeto de 1998,<sup>30</sup> carecem de um debate aprofundado não somente entre os profissionais da Medicina – como primeiros sujeitos legitimados a esse tipo de discussão – como também entre a comunidade de um modo geral. Todas as cautelas devem ser adotadas na elaboração desse tipo privilegiado de homicídio a fim de que a *morte piedosa* não seja causada por motivo torpe ou insensibilidade de um parente ou amigo do paciente.

O tratamento penal diferenciado entre o homicídio culposo, como espécie do crime de trânsito (Lei 9.503/97, art. 302) e o que é praticado fora da direção de veículo automotor (CP, art. 121, § 3.º) produz a injustiça de reprovar mais gravemente pelo uso (involuntário) de um instrumento lícito, ou seja, a máquina.

#### 9.4.2 A periclituação da vida e da saúde

O perigo para a vida e a saúde resultante de um comportamento doloso visando transmitir moléstia grave de que o agente sabe estar contaminado, tem sido, ao longo do tempo de vigência do Código Penal, um ilícito punido com a reclusão de 1 (um) a 4

(quatro) anos, além da multa. É elementar, no entanto, que entre as doenças sexualmente transmissíveis está o gravíssimo problema da Síndrome de Deficiência Imunológica Adquirida (AIDS: *Acquired Immunological Deficiency Syndrome*). A medida penal acima não traduz, para os dias do presente, a extensão do perigo de uma doença considerada ainda incurável, além de estar em desajuste com a intensidade ofensiva de outras infrações contra os mesmos bens jurídicos (vida e saúde).

#### 9.4.3 O extremado rigor para alguns crimes contra a saúde pública

Entre os gravíssimos inconvenientes determinados pela Lei 9.677/98, que deu nova redação aos arts. 272 a 277 do CP, como a deficiência na técnica de redação, desponta o extremado rigor punitivo para os casos de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substâncias ou produtos alimentícios ou produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. A possibilidade, pelo menos *in these*, de se punir a adulteração de um produto para a limpeza da pele com a reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos além da multa,<sup>31</sup> chega às raias do absurdo.

O legislador farmacêutico inovou em matéria de redação de normas penais. Acrescentou ao § 1.º do art. 273 do CP, novas disposições com os indicadores § 1.º A e § 1.º B, o que é absolutamente inusual no sistema. Certamente assim o fez para conservar a mesma redação do § 2.º que prevê a forma culposa do ilícito.<sup>32</sup> Mas, bastaria fazer a remuneração como é curial, já que a pena foi alterada para maior.

Em uma revisão dos crimes contra a saúde pública é necessário consolidar as normas previstas pelo Dec. 211/67 (registro dos órgãos executivos de atividades

(29) Trabalho de elaboração de anteprojeto da Parte Especial pelo grupo de especialistas sob a coordenação do Ministro Evandro Lins e Silva (Portaria do Ministro da Justiça n. 581, de 10.12.1992).

(30) Texto elaborado por uma comissão de especialistas sob a coordenação do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (Portarias do Ministro da Justiça n. 1.265, de 16.12.1997, e n. 232, de 24.03.1998).

(31) Cf. o art. 273, §§ 1.º e 1.º A.

(32) CP art. 273, § 2.º: "Se o crime é culposo".

hemoterápicas) e pela Lei 7.649/88 (obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue e realização de exames de laboratório no sangue coletado).

#### 9.4.4 Crimes contra a incolumidade pública

As figuras típicas que hoje estão previstas nos arts. 286 a 288 do CP devem ser trasladadas para outros setores. Os ilícitos de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso devem ser incluídos no título relativo aos crimes contra a incolumidade pública, enquanto o delito de quadrilha ou bando deve ser inserido entre as infrações relativas ao crime organizado. Quanto à primeira solução, não é mais possível falar-se da *paz pública* como um bem jurídico-penal autônomo. Nelson Hungria, com o mérito e a responsabilidade de ter sido o principal redator do Código Penal vigente observou que crimes que o nosso Código alinha sob a epígrafe *Dos crimes contra a paz pública* “figuram na maioria das legislações penais como ofensivos da ‘ordem pública’”. O legislador pátrio, aceitando sugestão dos Códigos francês, alemão e uruguaio, julgou mais adequada a dita epígrafe, devendo esclarecer-se, para logo, que ‘paz pública’ é aí tomada em sentido subjetivo, isto é, como o sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura. Com os crimes de que ora se trata (pelo menos com os arrolados pela nossa lei penal comum), não se apresenta efetiva perturbação da *ordem pública* ou da *paz pública* no sentido material, mas apenas se cria a possibilidade de tal perturbação, decorrendo daí uma situação de alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranquilidade, de sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social”.<sup>33</sup> No entanto, pode-

se afirmar que também os delitos contra a incolumidade pública produzem esse “sentimento geral de intranquilidade”, principalmente em algumas modalidades de perigo.

Quanto ao ilícito do art. 288 do CP, melhor ficará no repertório das infrações próprias da criminalidade organizada, dispostas em lei especial.

A Lei 6.453/77 (responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares) deve ser incorporada ao título que trata dos delitos contra a incolumidade pública.

#### 9.4.5 A prática do crime através de meio de comunicação social

A prática do crime através da imprensa, radiodifusão ou por outro meio de divulgação de massa, deve constituir causa de especial aumento da pena dos ilícitos já previstos no Código Penal. Relativamente aos delitos contra a honra é de todo aconselhável que o sistema positivo brasileiro elimine o critério de múltipla incriminação. Com efeito, a calúnia, a difamação e a injúria, além de previstas na lei penal fundamental, estão igualmente descritas no Código Eleitoral (Lei 4.737/65, arts. 324 a 326); na Lei de Imprensa (Lei 5.250/67, arts. 20 a 22) e na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83, art. 26).<sup>34</sup> O modelo português é bem mais apropriado. Dispõe o art. 183, n. 2, do diploma de 1995, que nos crimes contra a honra, se o crime for cometido através de meio de comunicação social, o agente é punido com pena de prisão até 2 (dois) anos ou com pena de multa não inferior a 120 (cento e vinte) dias. Em nosso sistema, a lei de imprensa deve conter normas de natureza deontológica, administrativa e civil, renunciando à incriminação de fatos que devem ser sancionados através das normas da

(33) *Comentários ao Código Penal*, cit., 1959, v. IX p. 162-163 (grifos do original).

(34) No dispositivo indicado está excluído o crime de injúria.

Parte Especial do Código Penal – como ocorre com os ilícitos contra a honra – ou da legislação extravagante, a exemplo dos preceitos que tratam de propaganda de guerra, de segredo de Estado, de processos para a subversão da ordem política e social ou de preconceito de raça ou classe, de perturbação da ordem pública ou desconfinança no sistema de crédito ou abalo de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica (Lei 5.250/67, arts. 14 e 15).

#### 9.4.6 Crimes contra a família

Entre os delitos contra a família deve-se incorporar as normas incriminadoras relativas à esterilização cirúrgica, praticada indevidamente conforme a previsão dos arts. 15 a 17 da Lei 9.263/96 (regula o § 7.º do art. 226 da CF). E assim se justifica porque o fato pode comprometer não somente os bens jurídicos relativos à integridade corporal e à saúde como também o direito à paternidade ou à maternidade.

Sob outro aspecto, não se justifica a tentativa de descriminalizar a bigamia sob o pressuposto de que o precedente crime de falsidade material ou ideológica nos documentos de habilitação para o casamento já é punido como lesão à fé pública. O argumento não convence por duas razões. Em primeiro lugar, a descriminalização contraria a declaração de princípio segundo a qual a família, como base da sociedade, “tem especial proteção do Estado” (CF, art. 226) e a bigamia ofende a instituição do casamento, como fenômeno humano, social, jurídico e cultural. O reconhecimento constitucional da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar para efeito de proteção do Estado não abandona a expectativa de sua conversão em casamento; ao contrário, a Constituição determina que “a lei deve facilitar a sua conversão em casamento” (art. 226, § 3.º). Em segundo lugar, a descriminalização iria gerar a impunidade do parceiro que, não

sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância (CP, art. 235, § 1.º). Se essa terceira pessoa não tiver contribuído para a falsificação ou para o uso do documento falso, necessários para instruir o processo, não cometerá então nenhum delito posto que a simples *convivência* não caracteriza participação punível.

#### 9.4.7 Crimes contra a liberdade e a dignidade sexual

Um problema deve ser enfrentado, desde logo, nessa temática dos delitos contra a liberdade e a dignidade sexual. Admitida a oportunidade de se descriminalizar a sedução,<sup>35</sup> não é possível esse *contraponto* indicado pelos redatores do anteprojeto de 1998, com a criminalização do *assédio sexual*. O tipo é o seguinte: “Art. 170. Assediar alguém, exigindo, direta ou indiretamente, prestação de favor de natureza sexual, como condição para criar ou conservar direito ou para atender à pretensão da vítima, prevalecendo-se do cargo, ministério, profissão ou qualquer outra situação de superioridade: pena – detenção de três meses a um ano, e multa”.

É elementar que no cotidiano dos casos a vítima – normalmente a mulher – será exposta ao profundo constrangimento moral sempre que comparecer a uma Delegacia de Polícia para noticiar o fato e pedir a abertura de procedimento investigatório que, no caso, se resumirá ao *termo circunstanciado* para ser conhecido na audiência de conciliação. Abstraídas as hipóteses de assédio sexual mediante o emprego da violência ou grave ameaça e que poderá caracterizar uma etapa do crime de

(35) CP, art. 217: “Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.

estupro ou atentado violento ao pudor, a incriminação do assédio não se mostra conveniente e muito menos necessária, ressalvada a hipótese de ilícito administrativo, trabalhista ou de outra ordem. Como já tive oportunidade de salientar,<sup>36</sup> antes de mais nada a vida de relação entre os sexos deve ser vivida sem estereótipos que estimulem as definições e as propostas totalitárias, como essas que nos vem do humor fustigante de Nelson Rodrigues quando sentenciou: “Betty Friedman devia ser treinada para puxar carroça”.

Quanto ao aspecto da consolidação, as normas que dispõe sobre os crimes que afetam a liberdade e a dignidade sexual devem ser conjugadas com as disposições da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 240 e 241) e com a Lei 5.250/67 (art. 17), além de outros diplomas.

#### 9.4.8 Crimes contra a liberdade individual

No campo dos direitos da personalidade, os bens jurídicos relativos à imagem, à intimidade da vida privada e ao sigilo das comunicações telefônicas e de dados, está exigindo previsões penais que se ajustem aos novos tempos de refinamento da ciência e da tecnologia dos instrumentos de devassa, por um lado, e da cultura da dignidade humana, por outro. A escuta telefônica ilegal, a captura abusiva da imagem e outras formas de interferência sem justa causa nos espaços de privacidade dos cidadãos, devem ser sancionadas a exemplo das lesões corporais, posto causarem uma ofensa em redutos espirituais do ser humano, produzindo *feridas da alma* não raro mais dilacerantes que as agressões físicas.

Nesse terreno, a consolidação deve considerar a existência de vários diplomas,

a exemplo da Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações); Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa); Lei 6.538/78 (serviços postais); Lei 9.296/96 (interceptação telefônica) e Lei 9.472/97 (organização dos serviços de telecomunicações).

#### 9.4.9 Crimes contra o respeito aos mortos

Nesse tópico deve-se consolidar normas da Lei 9.434/97 e do Dec. 2.268/97 (transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano).

O tipo de ofensa à memória de pessoa morta, que tem sido incluído nos anteprojeto da reforma da Parte Especial (1984 e 1998) e no Esboço de 1994, deve integrar o rol dos crimes contra o respeito aos mortos, em face da natureza específica do bem jurídico tutelado.

### 10. As leis especiais

#### 10.1 O grande dilema

Surge, agora, um notável dilema. Deve-se manter um regime de leis penais especiais ou todo o repertório de ilicitudes deve se concentrar na Parte Especial do Código? O problema não é de fácil equação e nem admite opções simplistas.

Para quem sustenta a possibilidade de um *direito penal mínimo* na teoria e também na prática, a solução está em promover uma extensa descriminalização e alcançar o que até agora nenhuma reforma conseguiu: incluir *todo* o direito penal em um só diploma, uma espécie de *bíblia* condensando o antigo e o novo *testamento*.

Para quem admite a existência do fenômeno da crise das codificações totalizadas e a *cidadania* dos microssistemas, o caminho está em organizar um elenco de infrações que tenham como ponto de parti-

(36) René Ariel Dotti. A criminalização do assédio sexual. RT, v. 752, p. 425 et seq.

da a identidade ou similitude do bem jurídico ofendido. Assim, dentro de uma visão *estatutária* dos microssistemas, torna-se necessário identificá-los em função dos objetos merecedores de tutela (humanidade, administração pública, ordem econômica, tributária e financeira; consumidor e meio ambiente etc.) e também dos meios e modo de execução do delito (crime organizado, enriquecimento ilícito, tortura etc.). Será, justamente, com a opção institucional desses núcleos periféricos que o legislador poderá incluir as normas de Direito Administrativo, cujo caráter didático é inquestionável como se poderá verificar pelos diplomas relativos aos crimes de trânsito, às atividades que atentam contra o meio ambiente, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins etc. O caráter flutuante de certas disposições, muitas delas revelando aspectos de mera oportunidade, recomenda que elas façam parte de diplomas específicos e autônomos, respeitados, porém, determinados princípios e certas regras ditadas no interesse da eficácia dos textos tanto da Parte Geral como da Parte Especial do Código Penal.

### 10.2 A consolidação das leis especiais

É imperiosa e urgente uma consolidação das leis especiais. Ninguém poderá, de sã consciência, negar essa realidade. Como, porém, levar a cabo esse *desideratum*?

Em primeiro lugar deve-se adotar um *critério*, que não poderá ser outro senão o de se aglutinarem as normas penais e extrapenais (como as administrativas) em um mesmo núcleo de crimes, identificados pelo bem jurídico afetado ou pelo meio ou modo de cometimento.

### 10.3 As vantagens da concentração das leis especiais

Uma nova consolidação das leis penais deverá reduzir consideravelmente o número

de leis especiais que atualmente já chega à casa dos cento e vinte diplomas (!) como já foi dito. E assim será possível fazer através da unificação de diplomas já existentes em núcleos identificados pelo bem jurídico ou caracterizados pela similitude da conduta e outras circunstâncias. Organizar-se-iam *estatutos* com múltiplas vantagens: *a)* O maior acesso ao conhecimento da legislação por um imenso público de trabalhadores, além dos profissionais do direito e da justiça (educadores, jornalistas, assistentes sociais, estudantes, administradores etc.); *b)* A definição de espaço normativo para serem introduzidas futuras modificações legislativas (uma nova lei, alterando dispositivo sobre o crime organizado, por exemplo, não ficaria solta no conjunto dos demais diplomas, porém seria direcionada para o *estatuto* respectivo); *c)* A superação de um grave problema enfrentado atualmente pela doutrina e pela jurisprudência quanto à revogação da lei velha (a fórmula tradicional “revogam-se as disposições em contrário” não tem eliminado as incertezas sobre a eficácia de dispositivos na sucessão de leis reguladoras do mesmo assunto; ao contrário, as tem aumentado); *d)* O melhor controle pelo legislador dos grupos de pressão cujos movimentos reivindicatórios ficariam localizados nos projetos de estatuto que lhes dissessem respeito (nos dias correntes a discussão de *todo* um código poderá ser obstaculada e o projeto ser adiado se houver pressão irresistível contra um preceito específico);<sup>37</sup> *d)* A possibilidade de se obter a consolidação geral através da discussão e votação dos estatutos em separado

(37) Assim ocorreu com o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial de 1984, ao descriminalizar o aborto no caso do nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviáveis. A resistência oposta por setores da Igreja católica foi tão grande que o texto do Anteprojeto revisto somente foi publicado três anos depois (Portaria 790, de 27.10.1987, *DOU* de 28.10.1987, seção I, p. 17777 et seq.)

(sabe-se que o grande desafio da reforma dos códigos é o procedimento legislativo mais complexo em relação à legislação fragmentária); e) O estímulo para a formação de uma *cultura legiferante* no sentido de que as reformas pontuais devem ser efetivadas com a alteração, acréscimo ou supressão de dispositivos em espaços normativos já existentes (drogas, trânsito, meio ambiente etc.) em lugar de se manter a publicação autônoma das leis modificadoras; f) Finalmente, consagra um critério legislativo já adotado como se poderá ver através do *Estatuto do Índio* (Lei 6.001/73) e do *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei 8.069/90), assim designados pelas próprias ementas dos diplomas.<sup>38</sup>

## 11. Alguns modelos de estatutos

A relação que segue não tem caráter exaustivo embora caracterize um *projeto* de limitação do número de leis especiais que de 120 (cento e vinte) diplomas extravagantes hoje existentes seria reduzido para 12 (doze), isto é, *dez vezes menos*. E assim será possível fazer quer descriminalizando ou despenalizando, quer suprimindo de uma grande quantidade de leis esparsas vários preceitos expletivos tanto em matéria penal como extrapenal.

A indicação se limita a sugerir, genericamente, os tipos legais de ilícito que podem ser acomodados sob a rubrica geral dos *estatutos* que são identificáveis pela natureza do bem jurídico ofendido e, em alguns casos, pelos meios e modos de execução dos delitos. Não haveria possibili-

dade, dentro dos limites de um artigo, de ensaiar qualquer redação individual de norma incriminadora, salvo para efeito demonstrativo.

### 11.1 *Lei dos crimes contra a humanidade*

Os ilícitos a serem agrupados sob a designação geral de *crimes contra a humanidade* — denominação clássica na literatura e nos tratados e convenções internacionais — seriam os seguintes: genocídio, tortura, preconceito, discriminação e desaparecimento de pessoa.

O trabalho de consolidação deverá ter em conta, entre outros, os seguintes textos: Lei 2.889/56 (genocídio); Lei 6.001/73 (crimes contra o índio e a cultura indígena); Lei 7.716/89 (preconceito de raça ou cor); Lei 7.853/89 (preconceito contra pessoa deficiente) Lei 9.263/96 (esterilização proibida, cujo art. 17, par. ún. dispõe sobre a esterilização coletiva); Lei 9.455/97 (define o crime de tortura) e o Dec. 40/91 (Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes).

### 11.2 *Lei dos crimes contra o Estado Democrático de Direito*

Um diploma específico respeitante à proteção penal do Estado Democrático de Direito é uma aspiração que, nas últimas décadas, coincide com a queda da ditadura militar (1964/1985) e com o anúncio feito pelo Deputado Fernando Lyra, como o primeiro Ministro da Justiça nomeado após aquele período. Disse o parlamentar designado pelo presidente eleito, Tancredo Neves, que pretendia eliminar o *lixo autoritário*. Ele se referia a dois anteprojetos a serem redigidos por comissão que instituiu e relativos aos chamados *crimes contra a segurança nacional e crimes de imprensa*. A equipe era coordenada pelo Ministro Evandro Lins e Silva e tinha como outros

(38) Não é adequada a designação de *código* para as leis que instituírem os microssistemas, assim como foi feito quanto à proteção do consumidor, cujo art. 1.º declara, enfaticamente: "O presente *Código* estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, (...)" e também quanto aos ilícitos no trânsito, quando a Lei 9.503/97, em sua ementa, diz que é instituído o *Código de Trânsito Brasileiro*.

membros os professores Antonio Evaristo de Moraes Filho, Nilo Batista e René Ariel Dotti e, nos trabalhos finais, recebeu a colaboração do Professor José Paulo Cavalcanti Filho. Relativamente aos crimes políticos foi elaborado um anteprojeto com 53 artigos contendo dispositivos penais e de processo penal e prevendo crimes contra a soberania e a integridade territorial; contra a nação e a humanidade; contra o exercício do poder legítimo; contra o exercício das liberdades políticas e o direito de sufrágio; contra o exercício da cidadania e de acesso à jurisdição. Quanto à parte processual, aquele *disegno di legge* estabeleceu normas que restringiam fortemente o uso, eliminavam do inquérito policial militar — amplamente utilizado durante a ditadura — e ampliavam as garantias de defesa do indiciado ou acusado. Expressamente o penúltimo dispositivo (art. 52) indicava quais seriam as leis revogadas, além da cláusula genérica.<sup>39</sup>

Pouco tempo mais tarde, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob a fecunda liderança do Dr. Eduardo Muylaert Antunes, elaborou também um anteprojeto sobre a matéria. O mesmo sucedeu com o *Esboço* de 1994 (arts. 437/450) e o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial de 1998 (arts. 396/406).

Sob a rubrica de *crimes contra o Estado Democrático de Direito* podem ser incluídos diversos tipos cujas condutas afetem a soberania nacional, a estabilidade democrática; as relações internacionais e a efetivação do Estado de Direito.

Algumas espécies de incriminação podem ser referidas como o atentado à independência e integridade nacionais; traição;

espionagem; atentado à Federação; atentado contra a liberdade de manifestação; incitamento à guerra civil ou alteração violenta do Estado de Direito; incitamento à desobediência civil; ofensa a chefe de Poder; ultraje de símbolos nacionais e regionais; perturbação de funcionamento de órgão constitucional etc.

A consolidação precisa abarcar a Lei 4.737/65 (crimes eleitorais); Lei 5.250/67 (lei de imprensa), quanto aos arts. 15 e 16, I; Lei 4.898/65 (abuso de autoridade) e Lei 7.170/83 (crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social).<sup>40</sup>

### 11.3 *Lei dos crimes contra a administração pública*

Os interesses da administração pública (direta, indireta ou fundacional) podem ser melhor atendidos por uma lei criminal extravagante. Os delitos praticados por funcionário público contra a administração em geral e os crimes praticados pelos particulares contra a administração em geral e contra a administração da justiça, devem ser agrupados juntamente com os delitos de enriquecimento ilícito no exercício de função pública e com os delitos contra a regularidade das licitações.

É perfeitamente justificável a exclusão dessa categoria de infrações da Parte Especial do Código Penal para trasladá-las em um *estatuto* próprio. Em primeiro lugar eles não ofendem *diretamente* os direitos humanos (vida, integridade, liberdade, honra, saúde, segurança etc.). Em segundo, a criminalização de novas condutas ofensivas ao Estado-administração (licitações, emprego irregular de verbas ou

<sup>(39)</sup> O anteprojeto dos crimes praticados contra o Estado de Direito Democrático foi publicado no *DOU* de 29.01.1986 (p. 1604 et seq.) para receber sugestões e está transcrito em *A reforma penal brasileira*, de René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 452 et seq.

<sup>(40)</sup> Os ilícitos previstos nesse diploma devem ser revistos para os efeitos de descriminalização (alguns deles) e de melhor regulação sob a rubrica de *crimes políticos*, designação usada pela Constituição (art. 102, II, b, e art. 109, IV).

rendas públicas,<sup>41</sup> advocacia administrativa e tráfico de influência etc.) é uma exigência cada vez maior da sociedade e uma das condições indispensáveis para a moralidade dos atos da administração pública ainda imersa em fantásticos escândalos. A descentralização de serviços públicos, a *terceirização* de tarefas antes confiadas exclusivamente ao Estado e muitos outros fenômenos autorizam plenamente um *direito penal da administração pública*.

Entre os diplomas e as normas a serem consolidados estão a Lei 4.898/65 (abuso de autoridade) e o art. 350 do CP (exercício arbitrário ou abuso de poder); a Lei 8.429/92 (enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública) e o respectivo Dec. 978/93 (regulamentação dispositivo sobre declaração de bens); Lei 8.666/93 (normas de licitações e contratos da administração pública).

#### 11.4 Lei dos crimes contra a fé pública

Poder-se-ia dizer que sendo a fé pública um dos bens jurídicos de maior relevância para a segurança jurídica das relações interpessoais e a fiadora da tranquilidade coletiva, melhor ficariam os ilícitos a ela vinculados em um título da Parte Especial do Código Penal, como atualmente ocorre (Tít. X, arts. 289/311).

Mas é forçoso reconhecer que também esse terreno é suscetível de transformações legislativas como ocorreu, por exemplo, com a Lei 9.426/96 que, alterando dispositivos do Código Penal, criminalizou condutas relacionadas com a entrada ilegal de estrangeiro no território nacional (CP, art. 309, par. ún.) e a adulteração de sinal iden-

tificador de veículo automotor (CP, art. 311). Esta última hipótese poderia soar estranha em um repertório de crimes contra a fé pública. Mas, para se reconhecer o contrário basta verificar as estatísticas de furto, roubo e receptação de veículos cujo triunfo criminoso depende da remarcação de número ou sinal identificador.

É certo que existem, na categoria desses ilícitos, alguns deles que já adquiriram estabilidade normativa pela sua antiga e indiscutível necessidade (Moeda falsa e crimes assemelhados; Falsidade documental e Falsidade ideológica; Uso de documento falso; Falsa identidade; Falso reconhecimento de firma ou letra etc.). Mas não se poderá negar que existem normas incriminadoras sob essa mesma tutela que podem sofrer alterações profundas em face das múltiplas possibilidades de falsidade assim como ocorre em títulos e outros papéis públicos. É evidente que *crimes novos* ou mesmo crimes antigos praticados com *novos instrumentos* como o computador, ou valendo-se do cenário da informática podem assumir tal proporção evolutiva que será melhor combatê-los através de lei especial.

Para a consolidação é necessário trabalhar com a Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro); Lei 492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional) e a Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo). Em todos esses diplomas há fatos típicos de *falsum*.

#### 11.5 Lei dos crimes econômicos, financeiros e tributários; contra as relações de consumo e contra a economia popular

Não poderia haver uma relação mais exemplar de ilícitos e de leis fragmentárias para justificar o processo de consolidação que as disposições penais, processuais e administrativas a respeito dos crimes econômicos, financeiros e tributários e

(41) Soa como absolutamente *fora de moda* a punição atual do emprego irregular de verbas ou rendas públicas, prevista no art. 315 do CP: detenção de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

contra as relações de consumo e a economia popular. Talvez o melhor argumento em tal direção é sugerir ao leitor uma vista ao item do índice temático do Código Penal editado pela *Revista dos Tribunais*. Sob a rubrica de “crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo” são coletados 21 diplomas.<sup>42</sup> Relativamente aos “crimes contra a ordem tributária”, a mesma fonte reúne 22 textos legislativos.<sup>43</sup>

Também nesse desse setor do *estatuto* devem figurar os *crimes contra a organização do trabalho*, em uma perspectiva do Estado Democrático de Direito, uma vez que um dos fundamentos da ordem econômica é a “valorização do trabalho humano” que visa “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)” (CF, art. 170).

A consolidação da *babélica legislação* dos crimes econômicos, financeiros, tributários, contra as relações de consumo e a economia popular, deverá observar as fontes acima indicadas e mais os ilícitos que possam afetar os seguintes bens ou interesses: a) A disciplina da produção (Dec.-lei 16/66 e a Lei 9.112/95); b) A regularidade do trabalho e os direitos do trabalhador,<sup>44</sup> previstos não somente no Código Penal (arts. 197/207) como também na Lei 7.783/89 (direito de greve) e na Lei 9.029/95 (exigência de atestados de gravidez e esterilização); c) O sistema de organização e funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (Lei 4.947/66); d) A idoneidade da Cédula de Produto Rural (CPR) (Lei 8.929/94).

A relação acima não é exaustiva. Além desses diplomas outros devem ser *acareados* como ocorre com o Dec.-lei 7.661/45 (Lei de Falências).

### 11.6 Lei dos crimes de responsabilidade

Para justificar – embora não seja necessário – a elaboração de um *Estatuto dos Crimes de Responsabilidade*, bastariam dois fatos. Ambos extremamente significativos. O primeiro deles foi a perplexidade que se abateu sobre o Congresso Nacional e a comunidade jurídica do país quando foi levantada a dúvida se o pedido de renúncia do Presidente Fernando Collor de Mello a ser apresentado antes ou durante o julgamento do acusado por crime de responsabilidade (Senado Federal, Brasília, 1992) determinaria o arquivamento do caso. A preocupação no sentido de levar avante o processo para que o denunciado viesse a sofrer a pena de inelegibilidade pelo prazo de 8 (oito) anos – uma espécie de *cassação anunciada* – criou as maiores perplexidades. Em tema estritamente penal dividiu-se o auditório dos *juristas de plantão* a ruminar em voz alta se a inelegibilidade era pena acessória ou principal, cumulada com a perda do mandato. Os problemas gerados pela falta de previsão da Lei 1.079/50, especialmente quanto à interpretação do par. ún. do art. 68, que trata da inabilitação para o exercício de função pública, por si só justificariam as iniciativas de revisão e consolidação.

O outro fato consistiu na orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o procedimento penal contra Prefeito Municipal, por crime de responsabilidade, ficava condicionado ao seu afastamento do cargo por *impeachment*, ou à cessação do exercício por outro motivo. A Súmula 301 foi revogada em face do julgamento, em 25.08.1971, do *Habeas Corpus* 49.038.<sup>45</sup> Recentemente,

(42) *Código Penal*, coordenação Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: RT, 4. ed., 1999, item n. 3.8, p. XV.

(43) *Código Penal*, cit., item n. 3.9, p. XVI.

(44) A Constituição Federal de 1988, acentuando o relevo dos direitos sociais do trabalhador, estabelece a proteção do salário, criminalizando a sua retenção dolosa (art. 7.º, X).

(45) RTJ 61/619.

a Súmula 394 do Supremo Tribunal (Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício), foi revogada e com tal solução um imenso número de processos que tramitavam nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais e até mesmo nos Tribunais Superiores estão sendo encaminhadas à primeira instância se o detentor de cargo ou função que determinava o foro especial estiver aposentado ou tiver cumprido o seu mandato parlamentar ou não esteja mais ocupando cargo no Executivo que lhe conferia o foro especial.

Essas e outras mudanças de rumo e a circunstância da legislação fragmentada nessa área exige a consolidação. Para tanto, a Lei 1.079/50; o Dec.-lei 201/67 e a Lei 7.106/83, que tratam de crimes de responsabilidade (Presidente da República, Ministros, Governadores, Secretários de Estado, Prefeitos etc.), devem ser compilados, além do art. 85 da CF deve ser objeto do *Estatuto*.

### 11.7 Lei dos crimes contra o meio ambiente e a qualidade de vida

Um Código Penal de notável atualidade científica e profunda sensibilidade democrática, ou seja, o Código Penal português de 1995, não inseriu na sua Parte Especial os crimes contra o ambiente e também os delitos econômicos. A justificação, apresentada em uma *exposição de motivos*, ressalta o caráter mais mutável desses ilícitos “melhor enquadráveis em lei especial, segundo, aliás, a tradição jurídica portuguesa e a idéia de que o direito penal tem uma natureza pragmática”.<sup>(46)</sup>

A Carta brasileira de 1988 contém um repertório de normas protetoras do meio

ambiente e da qualidade de vida mais abrangentes que todos os textos que a precederam e tem sido reconhecida como um modelo legislativo para outros países.

Há determinadas questões, como, por exemplo, se a Constituição Federal admite, nesses domínios, a responsabilidade penal objetiva,<sup>(47)</sup> que tem levado os juristas a um grande debate sobre a capacidade criminal da pessoa jurídica. Embora tal capacidade realmente não exista,<sup>(48)</sup> a controvérsia não está exaurida, ao contrário, foi intensificada com o advento da Lei 9.605/98 que, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente contém a previsão de penas criminais para as pessoas jurídicas (arts. 3.º e 21).

O grande número de leis e decretos posteriores ao Código Florestal (Lei 4.771/65) e ao chamado *Código de Caça* (Lei 5.197/67), quer tutelando as reservas naturais, quer protegendo a fauna, a flora, a pureza das águas, do ar e do solo, justifica plenamente uma revisão sistemática e a posterior consolidação. A Lei 9.605/98 em seu último artigo disse apenas o que a quase totalidade das leis dizem: “Revogam-se as disposições em contrário” (art. 82). Em outras palavras, alimentou a discussão sobre o conflito de leis penais no tempo. Como exemplos de diplomas que devem ser objeto da consolidação indicam-se, além dos já mencionados acima, os seguintes: Lei 6.453/77 (danos e atividades nu-

(47) A discussão é marcada pela leitura dos arts. 173, § 5.º, e 225, § 3.º da CF, principalmente o último dispositivo ao declarar que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente “sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

(48) A propósito, René Ariel Dotti. A incapacidade criminal da pessoa jurídica — Uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. n. 11, julho-setembro de 1995, p. 184 et seq.

(46) Item 24 da *Introdução*.

cleares); Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/85 (ação civil pública); Lei 7.643/87 (pesca do cetáceo) e Lei 7.679/88 (pesca de espécies em período de reprodução).

Trata-se, – insiste-se mais uma vez – de relação meramente exemplificativa porquanto entre a data que em o presente artigo é elaborado e sua publicação é bem possível que surjam novos textos legais.

### 11.8 *Lei dos crimes de trânsito*

Não é adequado trazer para o contexto de uma lei criminal toda a imensa gama de normas administrativas assim como ocorre com a Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Mas é necessário que um diploma dessa natureza, de grande repercussão social e com o objetivo principal de prevenir os *genocídios* nas estradas seja melhor redigido para superar não somente as graves deficiências técnicas já apontadas pelos comentadores e os tribunais, como também para resolver questões abertas no âmbito penal e processual penal. Os conflitos de interpretação decorrem, as mais das vezes, da má redação das normas penais e da falta de declaração expressa dos dispositivos revogados pela lei nova. Como exemplo pode-se mencionar a controvérsia sobre se o Código de trânsito revogou ou não as contravenções dos arts. 32 e 34 da lei respectiva.<sup>49</sup>

### 11.9 *Lei dos crimes contra o sistema previdenciário e de seguros privados*

Um *despacho saneador* está a merecer também o setor da legislação que trata dos crimes contra o sistema previdenciário e

de seguros privados. A tendência governamental é no sentido de ampliar as propostas legislativas na medida em que os problemas humanos e sociais (doença, invalidez, morte, idade avançada, desemprego etc.) decorrentes da falta de adequada cobertura, sejam objeto de combate através de duas fórmulas insensatas: aumento de impostos e leis criminais.

Um *estatuto* para regular as questões dessa natureza, abordando necessariamente aspectos administrativos poderia realizar um bom trabalho de descriminalização e de efetiva tutela penal dos relevantes bens jurídicos que estão em linha de consideração. Também como indicativos para uma compilação, indicam-se os seguintes diplomas: Dec.-lei 73/66 (Sistema Nacional de Seguros Privados); Lei 6.435/77 (Entidades de previdência privada); Lei 8.212/91 (Organização da Seguridade Social); Lei 8.213/91 (Benefícios da Previdência Social); Dec. 2.172/97 (Regulamento dos Benefícios da Previdência Social); Dec. 2.173/97 – (Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social).

### 11.10 *Lei da criminalidade organizada e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*

As recentes leis dispendo sobre o crime organizado, a lavagem de dinheiro e o controle de armas dão bem a medida do caráter recente dessa tentativa de *organizar* a defesa do Estado e dos cidadãos contra as mais variadas modalidades de audácia delituosa, seja ela fomentadora da violência, seja estimulante da fraude. O tráfico ilícito de drogas afins também se insere dentro desse contexto que desafia o Poder de Polícia, atormentando a vida das cidades e se aproveita dos mais variados atalhos para a impunidade.

A Lei 9.034/95, com supressão de normas inconstitucionais, como a que atribui ao juiz a iniciativa de produção e conser-

<sup>(49)</sup> A propósito, o artigo de Fernando Célio de Brito Nogueira, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, out.-dez. de 1998, p. 223 et seq.

vação da prova (art. 3.º e parágrafos); a Lei 6.368/76 (tráfico ilícito de entorpecentes); a Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro); a Lei 9.437/97 (controle de armas); a Lei 2.252/54 (corrupção de menores) e o art. 288 do CP (quadrilha ou bando), devem ser necessariamente revistas e consolidadas.

### *11.11 Lei dos crimes contra o patrimônio imaterial e a propriedade intelectual*

A matéria referente aos crimes contra o patrimônio material (furto, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, extorsão indireta, usurpação, dano, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, e a receptação devem permanecer na Parte Especial do Código Penal. Tal solução tem a justificá-la a circunstância de ser a propriedade um dos direitos fundamentais assim declarados pelo art. 5.º, *caput*, da Constituição, ao lado da vida, da liberdade, da igualdade e da segurança. Por outro lado, algumas dessas infrações como o furto, o roubo, a extorsão e a extorsão mediante sequestro têm sido reprimidas ao longo da história do desenvolvimento dos grupos humanos.

Mas, no que tange aos delitos referentes ao patrimônio histórico, artístico e natural e à propriedade imaterial, há necessidade de defini-los em um estatuto próprio, em face não só do caráter mutante de várias de suas normas como também para melhor proteger os respectivos bens jurídi-

cos. Assim, os delitos contra a propriedade intelectual, contra o privilégio de invenção, contra as marcas de indústria e comércio e de concorrência desleal, subordinados à rubrica *dos crimes contra a propriedade intelectual* devem também ser objeto da mesma lei especial.

O Dec.-lei 25/37 (organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional), a Lei 3.924/61 (monumentos arqueológicos e pré-históricos) e toda a legislação referente à propriedade imaterial deve ser harmonizada com as normas constitucionais respectivas.

### *11.12 Lei das Contravenções Penais*

A legislação atinente às contravenções penais também é fragmentária e comprometida de uma eficaz aplicação do sistema penal. Diante da impossibilidade em se promover uma descriminalização radical nesse domínio, mesmo porque advoga-se muitos nos dias correntes a necessidade de um *direito administrativo penal* como meio de prevenção da criminalidade, é fundamental reduzir o elenco desses ilícitos ao mínimo razoável. Um único diploma deveria absorver toda a legislação sobre a matéria, tomando como ponto de partida o Dec.-lei 3.688/41, a chamada *Lei das Contravenções Penais* em suas mais variadas divisões de bens e interesses protegidos (pessoa, incolumidade pública, fé pública, perturbação da ordem, do trabalho e do sossego, administração pública etc.).

## 2. DOUTRINA NACIONAL

### 2.7

#### O MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA EM FACE DO DIREITO PENAL \*

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais: reforma agrária e liberdade – 2. As invasões de terra e o direito penal: 2.1 Os crimes de alteração de limites e esbulho possessório previstos no art. 161 do CP; 2.2 O crime de dano tipificado no art. 163 do CP; 2.3 O crime do art. 20, *caput* e par. ún. da Lei 4.947/66; 2.4 O crime de violação de domicílio previsto no art. 150 do CP; 2.5 O crime de exercício arbitrário das próprias razões tipificado no art. 345 do CP; 2.6 O crime de desobediência tipificado no art. 330 do CP; 2.7 O crime de resistência previsto no art. 329 do CP; 2.8 A infração penal de apologia ao crime ou a criminoso tipificada no art. 287 do Diploma Penal; 2.9 O crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do CP – 3. As prisões em flagrante, temporária e preventiva: 3.1 Breves comentários acerca da prisão cautelar; 3.2 A prisão em flagrante; 3.3 A prisão temporária; 3.4 A prisão preventiva – 4. Conclusões.

#### 1. Considerações iniciais: reforma agrária e liberdade

A história já demonstrou, inúmeras vezes, que qualquer tipo de extremismo político, tanto de direita quanto de esquerda, é ilusório e altamente pernicioso, acarretando, sempre, incontáveis e irreparáveis violações aos direitos humanos.

Tal constatação é evidente, bastando observar, por exemplo, o processo penal russo dos anos 30, em que pessoas acusadas da prática de crimes contra o estado comunista de Stalin eram condenadas à morte em poucos minutos, sem qualquer garantia para a defesa, através de procedi-

mentos extraordinários.<sup>1</sup> Por outro lado, a ditadura militar brasileira foi repleta de exemplos de violações a direitos humanos, algumas das quais inclusive reconhecidas atualmente pelo próprio governo, providenciando-se o pagamento de indenizações às famílias das vítimas que sequer tinham atestado de óbito, o que denota um grande avanço em nossa democracia, não obstante esse dinheiro de forma alguma diminua a gravidade ou apague os traumas das vergonhosas torturas e homicídios praticados por aquele estado ditatorial.

E é no atual estado democrático de direito, haurido após amargos e longos anos de censura e supressão das liberdades

(\*) Palestra proferida com o apoio do IBCCRIM no IV Encontro Nacional da Rede Nacional dos Advogados Populares – RENAAP, no dia 18.12.1998, na cidade de São Luiz do Maranhão.

(1) Cf. Léonid Golovko. La célérité de la procédure pénale en droit russe. *Revue Internationale de Droit Pénal*. Èrs : Toulouse, v. 66, 3.º e 4.º trimestres de 1995, p. 641 et seq.

individuais, que movimentos como o MST se fortalecem, encontrando os miseráveis do campo o espaço necessário para exercer a sua liberdade, divulgando as suas reivindicações por uma melhor distribuição de terra e, conseqüentemente, de renda, as quais, se um dia alcançadas, serão exemplos de verdadeiros milagres.

Milagres, aqui, não na acepção religiosa, mas, sobretudo, no significado que lhes dá Hannah Arendt,<sup>2</sup> ao demonstrar que não mais satisfaz abordar o conceito de liberdade, por não ser tangível, de forma meramente contemplativa, distante da política, como vista pelos filósofos da Grécia antiga, ou, ainda, sob a ótica de Santo Agostinho, para quem a liberdade, como um *atributo da vontade*, é destacada da vida em sociedade e concebida de forma extremamente solitária, ou seja, restringida à *consciência íntima do homem perante Deus* e à discussão interna entre o querer e o não querer (*vella e nolla*); chegando-se, no último caso, ao extremo de se concluir, nessa linha de raciocínio, que o servo, como ser humano e filho de Deus seria, neste âmbito, tão livre quanto o senhor feudal, muito embora isso não retratasse a triste realidade, já que, como cediço, o servo dependia do senhor feudal para tudo: “segurança”, morada, terra para cultivo e fornos para cozer, indo ao cúmulo de alguns senhores feudais exigirem, sempre que houvesse casamento entre os servos, que a mulher, na noite de núpcias, fosse por eles primeiramente possuída.

Nessa esteira, e observando que nos tempos atuais não nos distanciámos muito de alguns aspectos do regime feudal, não só na questão carcerária, mas igualmente em relação aos excluídos sociais em meio à miséria no campo, posto que uma criança

que já teve vida intra-uterina e amamentação comprometidas pela falta de alimentação adequada de sua genitora, e que continua a encontrar a subnutrição no agreste nordestino, nas legiões de “bóias-frias” dos canaviais paulistas e dos cafezais paranaenses, sequer desenvolve adequadamente o seu cérebro para *poder* raciocinar.

Além disso, mesmo aquelas poucas crianças que têm a sorte de vencer a subnutrição e desenvolver razoavelmente as suas faculdades físicas encontram, na fome, terrível obstáculo ao pensar, o que faz quase que desaparecer a já empalidecida, e por isso tênue, distinção entre essa pobre criança e um animal irracional... E aqui nos deparamos com o gênio de Graciliano Ramos que, em sua obra *Vidas Secas*, conseguiu retratar bem essa tocante e deplorável realidade, em que uma cadela, por ter habilidade em caçar, além de ser nominalmente chamada de “Baleia” era, de fato, mais digna de atenção e respeito do que os dois filhos do casal Fabiano e Vitória, denominados “filho mais velho” e “filho mais novo”, que encarnavam outros personagens dessa triste e real saga, os quais sequer tinham os seus nomes próprios pronunciados.

É aqui, portanto, que a preocupação de Hannah Arendt, em trazer o conceito de liberdade para a política, ou seja, para o agir, o que, obviamente, exige capacidade mental e possibilidade física para *poder* agir, é irretorquível e, mais do que nunca, indispensável.

Com efeito, não há como negar que a liberdade só passa a ser perceptível a partir do momento em que ela é exteriorizada, concretizando-se em *ação*, o que requer a existência de espaço concreto para essa liberdade se expressar em atos, além da própria condição humana de pensar e operar: “Os homens são livres – diferentemente de possuir o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são uma mesma coisa”.<sup>3</sup>

(2) “O que é liberdade?” in sem referência, p. 199, textos do curso de pós-graduação acerca do conceito de *liberdade*, ministrado pelo Prof. Tércio Sampaio Ferraz, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, II Semestre de 1998.

(3) Idem, ibidem.

E acerca desse *agir*, a autora se refere ao conceito maquiavélico de *virtù*, isto é, da excelência com a qual o homem responde às oportunidades da vida, a título de *fortuna*, onde o desempenho identifica-se com o próprio esforço e dedicação do homem e, não, necessariamente, como o resultado obtido. Muito embora isso possa soar estranho para aqueles que se deixam inebriar pelo irritante clima que domina esse final de milênio – o qual se pauta pelo imediatismo dos resultados e, portanto, por vulgar superficialidade – a pessoa vale, assim, pelos referidos esforços e dedicação, e não pelo o que tem ou alcança.

Nessa linha, Hannah Arendt traz à colação duas palavras gregas que se identificam com o nosso verbo *agir*: *árkhein* e *prátein*. A primeira significa começar, conduzir e, por último, governar; a segunda, levar a cabo alguma coisa.<sup>4</sup>

Conclui, então:

“(...) a liberdade é concebida aqui não como uma disposição humana íntima, mas como um caráter da existência humana no mundo. (...) o homem é livre porque ele é um começo e, assim, foi criado depois que o universo passara a existir (...). No nascimento de cada homem esse começo inicial é reafirmado, pois em cada caso vem a um mundo já existente alguma coisa nova que continuará a existir depois da morte de cada indivíduo. Porque é um começo, o homem pode começar; ser humano e ser livre são uma única e mesma coisa. Deus criou o homem para introduzir no mundo a faculdade de começar: a liberdade”.<sup>5</sup>

Por fim, e chegando à sua concepção acerca do que sejam *milagres*, a autora esclarece que eles não são claramente eventos sobrenaturais, “mas somente o que todos os milagres, tanto os executados por homens como os efetuados por agentes divinos, devem ser sempre: *interrupções*

*de uma série qualquer de acontecimentos, de algum processo automático, em cujo contexto constituam o absolutamente inesperado*”.<sup>6</sup> Nessa linha, e ainda concluindo, aduz que “a vida humana situada sobre a terra é circundada por processos automáticos”, tanto relativos à natureza, quanto, também, à nossa vida política, complementando que liberdade, assim, significa *irromper em processos automáticos*, criar ou dar condições para o *infinitamente improvável acontecer*:

“Uma vez que processos históricos e artificiais se tenham tornado automáticos, não são menos destruidores que os processos vitais naturais que dirigem nosso organismo e que em seus próprios parâmetros, isto é, biologicamente, conduzem do ser para o não-ser, do nascimento para a morte. As Ciências Históricas conhecem à saciedade casos de civilizações petrificadas e irremediavelmente decadentes nas quais a ruína parece predeterminada, como uma necessidade biológica, e como semelhantes processos históricos de estagnação podem arrastar-se e perdurar por séculos, eles chegam a ocupar o maior espaço na história registrada; os períodos de existência livre foram sempre relativamente curtos na história da humanidade.

O que normalmente permanece intacto nas épocas de petrificação e de ruína inevitável é a faculdade da própria liberdade, a pura *capacidade de começar*, que *anima e inspira todas as atividades humanas e constitui a fonte oculta de todas as coisas grandes e belas*. Mas enquanto essa fonte permanece oculta, a liberdade não é uma realidade tangível e concreta; isto é, não é política (...)

Todo ato, considerado, não da perspectiva do agente, mas do processo em cujo quadro de referência ele ocorre e cujo automatismo interrompe, é um ‘*milagre*’ – isto é, algo que não poderia ser esperado. Sé é verdade que ação e começo são essen-

(4) Idem, p. 214.

(5) Idem, p. 215 e 216.

(6) Idem, ibidem.

cialmente idênticos, segue-se que uma capacidade de realizar milagres deve ser incluída na gama das faculdades humanas. Isso soa mais estranho do que o é realmente. É da própria natureza de todo novo início o irromper no mundo como uma 'probabilidade infinita', e é contudo, justamente esse infinitamente improvável que constitui de fato a verdadeira trama de tudo que denominamos de real. Toda nossa existência se assenta afinal, em uma cadeia de milagres, para usar desta expressão — o aparecimento da terra, o desenvolvimento da vida orgânica sobre ela, a evolução do gênero humano a partir de espécies animais. Pois, do ponto de vista dos processos no universo e na natureza, e de suas probabilidades estatisticamente esmagadoras, a formação da vida orgânica a partir de processos inorgânicos e, finalmente, o aparecimento da terra a partir de processos cósmicos e a evolução do homem a partir dos processos da vida orgânica constituem todos 'improbabilidades infinitas'; são milagres na linguagem do dia-a-dia. (...) A experiência que nos diz que os acontecimentos são milagres não é arbitrária nem artificial; ao contrário, ela é naturalíssima e quase, na verdade, uma trivialidade na vida ordinária. (...)

A história, em contraposição com a natureza, é repleta de eventos; aqui, o milagre do acidente e da infinita improbabilidade ocorre com tanta frequência que parece estranho até falar de milagres. Mas o motivo dessa frequência está simplesmente no fato de que os processos históricos são criados e constantemente interrompidos pela iniciativa humana, pelo *initium* que é o homem enquanto ser que age (...) E, quanto mais forte penderem os pratos da balança em favor do desastre, mais miraculoso parecerá o ato que resulta na liberdade, pois é o desastre e não a salvação que acontece sempre automaticamente e que parece sempre, portanto, irresistível".<sup>7</sup>

E essa liberdade, que nos é tão fundamental, adquire a conotação de *liberdade jurídica* a partir do momento em que ela passa a ser protegida pelo sistema legal dos povos civilizados, coibindo-se ingerências arbitrárias, tanto do próprio Estado quanto dos outros membros da sociedade, às esferas mais íntimas de cada um, ligando-se, aqui, *liberdade à intimidade* — é o que se chama de *liberdade negativa* —, bem como propiciando que as pessoas participem *ativamente* da sociedade, *em ato*, necessitando-se, como salientado acima, da criação de *espaços* para a liberdade se concretizar — é a denominada *liberdade positiva* —, sendo com esta incompatível, portanto, os processos de *exclusão social* tão frequentes em nosso país hoje, dos quais a ignóbil divisão de riquezas e terras é uma das causas.

Ecchegando-se ao tema da reforma agrária, é de se observar que nossa situação fundiária é de envergonhar o Brasil de forma ainda mais vexatória do que os insuportáveis índices de criminalidade violenta que encampam desde as comuns chacinas de final de semana na zona sul de São Paulo, até os conhecidos matadores de aluguel do norte e nordeste brasileiros. Para tanto, basta verificar o gigantesco número de pessoas que não têm sequer um mínimo lote de terra para plantar em meio a um país de baixa densidade demográfica, com extensão territorial superior a oito milhões de quilômetros quadrados e cerca de cento e cinquenta milhões de habitantes...

É por isso, aliás, que o maior latifundiário do mundo é um brasileiro de nome Cecílio do Rego Almeida, segundo noticiado pela revista *Veja*,<sup>8</sup> o qual, sozinho, possui uma área de setenta mil quilômetros quadrados, quase equivalente à Holanda e à Bélgica juntas!

Portanto, o *milagre* da reforma agrária, que já está se concretizando e um dia have-

(7) Op. cit., p. 217 a 219.

(8) São Paulo: Abril, edição n. 1.580, ano 32, n. 12, 13.01.1999, p. 28 a 35.

rá ainda de se perfazer por completo, se traduz em expressão mais do que legítima da própria liberdade, tendo os miseráveis do campo conseguido agir no espaço propiciado por nossa democracia, sensibilizando e pressionando o Governo acerca da urgência dessas reformas.

Por outro lado, e isso também não se pode deixar de registrar, excessos absolutamente injustificáveis e repugnantes já ocorreram tanto do lado do Governo quanto do sem-terra. Quanto àquele, basta lembrarmos o episódio de Eldorado dos Carajás; em relação a estes últimos, anote-se o incidente verificado na fazenda Rio Verde, em Itararé, de 3.800 hectares, no interior de São Paulo, considerada produtiva. Neste lamentável entrevero, a casa dos proprietários, já há 32 anos, desse imóvel rural, foi praticamente toda destruída, tendo os invasores, segundo noticiado pelo jornal Folha de S. Paulo,<sup>9</sup> levado todo o mobiliário, arrancado portas e janelas, destruído o telhado, pichado as paredes e defecado nos cômodos, havendo, ainda, “grande quantidade de madeira estocada na sala, pronta para ser incendiada com coquetéis *molotov* (bomba de fabricação caseira) espalhados pela casa”.<sup>10</sup>

Quanto aos sem terra envolvidos nesse triste episódio, o importante, porém, é não confundir o ato de alguns poucos desajustados com todo um movimento legítimo e muito justo em prol da reforma agrária. Aliás, em todas as categorias laborativas – e a luta em favor da reforma fundiária é um labor – existem bons e maus exemplos. Mesmo em categorias profissionais que em tese exigem um alto grau de conhecimento, conhecemos, por exemplo, bons e maus médicos, advogados, deputados, administradores de empresas e, por que não, sem-

terra, ainda mais considerando, ao contrário daqueles, a precária formação cultural da grande maioria dos que vivem em verdadeira penúria no campo.

Evidente que, a esta altura, esbarramos com os excessos e com a tutela também dos direitos daqueles que não são miseráveis e cuja *grande maioria* não tem culpa alguma pela vergonhosa distribuição de renda e terras no Brasil, tendo, pelo contrário, trabalhado muito, e por gerações, para adquirir e manter as suas propriedades rurais, pagando todos os seus impostos, bem como gerando empregos.

É bom sempre lembrar que o número de latifundiários, pela própria extensão de suas terras, à evidência, é diminuto em relação ao grande universo de proprietários rurais idôneos e batalhadores, os quais, também, por óbvio, hão de ser tutelados pelo direito da mesma forma que devem ser protegidos os miseráveis.

Assim, *escravo que é o sistema normativo da manutenção da paz e harmonia sociais*, é imprescindível que tanto o pequeno, o médio e até mesmo o grande proprietário rural, os sem-terra, o Governo e igualmente os habitantes das grandes cidades que restam inchadas em virtude do êxodo rural, todos, sem exceção, colaborem para que haja uma melhor distribuição de terras, já que é inconcebível que em um país gigantesco como o Brasil, e cheio de fazendeiros endividados que querem vender as suas terras, exista um contingente tão grande de miseráveis no campo. Por sinal, nosso país é tão gigantesco que nos permitimos cogitar, inclusive, que a existência de alguns latifúndios, desde que produtivos, não seria fator necessariamente impeditivo a que todos tivessem acesso à terra...

<sup>(9)</sup> Edição Nacional de 17.11.1998, editorial Brasil, p. 1-9 11/6224, com texto originário da Agência Folha.

<sup>(10)</sup> Edição Nacional de 12.11.1998, editorial Brasil, p. 1-13 11/4215, com texto oriundo da Agência Folha.

## 2. As invasões de terra e o direito penal

O direito penal, estático e rígido, há que estar sempre em sintonia com a realidade,

humana e por isso mutável, bem como com os direitos e garantias fundamentais que vão, continuamente e aos poucos, se revelando no tempo – daí não serem taxativos os direitos e garantias fundamentais elencados em nossa *Magna Carta*, a teor do seu art. 5.º, § 2.º.<sup>11</sup>

É essa a árdua tarefa de nossos Tribunais, ou seja, de adaptar a lei ordinária à nova realidade constitucional e, também, aos direitos sociais e individuais revelados na prática, respeitando-se, ao mesmo tempo, o primado da segurança jurídica.

Nesse contexto, é de se questionar se a invasão de terras, com o objetivo de chamar a atenção do Governo para que a sua desapropriação seja efetuada, configura algum ilícito penal.

## 2.1 Os crimes de alteração de limites e esbulho possessório previstos no art. 161 do CP

Não se tratando de terras da União, dos Estados ou dos Municípios de que trata a Lei 4.947, de 06.04.1966, a invasão e a ocupação de determinada área de uma fazenda particular, e não de sua sede, sem causar danos, sem violência contra pessoa e com a exclusiva finalidade de pressionar o Governo para que apresse a reforma agrária, a nosso ver, *não constitui crime*.

Com efeito, o Código Penal, no Título II de sua Parte Especial, que trata “Dos Crimes contra o Patrimônio”, em seu Capítulo III intitulado “Da Usurpação”, define, no art. 161, *caput*, § 1.º, II, e §§ 2.º e

3.º, os crimes de *alteração de limites* e de *esbulho possessório*, *verbis*:

### “Alteração de Limites

Art. 161. Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, *para apropriar-se*, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, e multa.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem:

### Esbulho Possessório

II – invade, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2.º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3.º Se a propriedade é particular, e não há o emprego de violência, somente se procede mediante *queixa*”.

Como observável, o crime de *alteração de limites* exige, para a sua configuração, o *dolo*, isto é, a vontade livre e consciente de suprimir e deslocar tapume, marco ou qualquer outro sinal de linha divisória, acrescido do seguinte elemento subjetivo expressamente exigido pelo tipo: “*para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia*”.

É evidente que o referido elemento subjetivo do tipo do *caput* do art. 161 do CP está em consonância, aliás, com a própria divisão sistemática desse diploma legal que insere, como já salientado, o crime de alteração de limites em seu Título II, que trata especificamente “*Dos crimes contra o patrimônio*”.

Assim, considerando-se que quando membros do MST suprimem ou deslocam tapumes, marcos ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória de uma fazenda, eles de forma alguma pretendem tomá-la para si – e isto é patente –, mas, sim, forçar o Governo a *desapropriá-la*, pa-

(11) Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue”, parecer elaborado a pedido da “Sociedade Torre de Vigia”, que representa as “Testemunhas de Jeová”, em 24.10.1994, encontrável no Departamento de Filosofia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 4 e 5.

*gando a devida indenização* de acordo com o preconizado nos arts. 184 a 191 da Constituição da República, não há que se falar em ilícito *penal* contra a propriedade, muito embora possa estar configurado ilícito *civil* pela *turbação ou esbulho* da posse, prevendo o Código Civil, de certa forma analogicamente à legítima defesa do Código Penal, que o possuidor turbado ou esbulhado “poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo”, ressaltando, ainda, que “os atos de defesa, ou desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse” (CC, arts. 499 c/c 502 e par. ún.).

Inexistindo nas eventuais *alterações de limites* havidas nessas invasões, portanto, o fim de “apropriar-se” daquele pedaço de terra, agindo o MST, como é de conhecimento de todos, com fins exclusivamente *políticos* – as invasões são um instrumento de pressão e não de assalto à propriedade –, não há que se falar em crime de alteração de limites.

Por outro lado, é importante não confundir essa atividade com a atuação dos chamados *grileiros* – muitas vezes a mando de terceiros – que invadem terras, inclusive do Estado, aí sim para apoderar-se delas, perpetrando um verdadeiro crime contra a propriedade.

As considerações acima lançadas são também aplicáveis ao crime de *esbulho possessório* previsto no § 1.º, II, do art. 161 do CP.

Com efeito, esse crime traz em seu tipo subjetivo, além do *dolo*, ou seja, a vontade livre e consciente de invadir, também o “intuito de esbulho”, ou seja, de despojamento da posse ou desapossamento, *com fins, todavia, de enriquecimento ilícito*, ou seja, *de tomar a propriedade para si*, já que estamos no Título II da Parte Especial do Código Penal, que cuida justamente “dos crimes contra o patrimônio”.

Assim, não se confundindo o esbulho ou desapossamento do art. 499, *in fine*, do CC, com o esbulho do § 1.º, II, do art. 161 do CP, que exige o fim de enriquecimento ilícito, e tampouco com a mera turbação dessa posse – que é o que fazem os membros do MST quando invadem terras para pressionar o Governo a desapropriá-las e cumprir o mandamento insculpido nos mencionados arts. 184 a 191 da *Magna Carta* –, não há que se falar em crime contra o patrimônio.

Aliás, em linha de raciocínio semelhante a esta já se manifestou a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão redigido pelo ínelito Ministro Luis Vicente Cernicchiaro, no julgamento, por votação majoritária, do HC 5.574/SP, ocorrido em 08.04.1997, *verbis*:

“.....

A Constituição da República dedica o Capítulo III, do Título VII, à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização.

Na ampla arca dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.

A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político da sociedade, de outro, gera direitos.

É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. *Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.*

Reivindicar, por reivindicar, insista-se, é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar – o princípio da proporcionalidade – tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

A *postulação da reforma agrária*, manifestei, em *habeas corpus* anterior, não

*pode ser confundida, identificada com o esbulho possessório, ou alteração de limites. Não se volta para usurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito.* Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado, há anos, vem remetendo a implantação da reforma agrária.

Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. *Não se está diante de crimes contra o Patrimônio.* Indispensável a sensibilidade do magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.

O douto parecer do Ministério Público Federal registra que o caso se expressa em crime de perigo concreto a pessoas humildes. Daí, a necessidade de garantir-se a ordem pública. Repisa, aliás, as informações do Juiz de Direito.

Tais conflitos, certamente, podem acarretar esse estado porque, é ainda o parecer que registra, a área é sabidamente armada.

Ademais, a fundamentação que o eminente Magistrado agrega ao seu despacho denegatório é de que ocorreu esbulho possessório.

Tenho o entendimento, e este Tribunal já o proclamou, não é de confundir-se ataque ao direito de patrimônio com o direito de reclamar a eficácia e efetivação de direitos, cujo programa está colocado na Constituição. Isso não é crime; é expressão do direito de cidadania.

Sendo assim, Sr. Presidente, o ato há de ser completamente atacado, dada a absoluta impossibilidade do Tribunal de Justiça de São Paulo para referendar o desrespeito a decisão deste Superior Tribunal de Justiça.

Concedo o *habeas corpus* de ofício a fim de trancar a ação mandamental proposta naquele Tribunal” (voto condutor);

“No caso presente, adiantei, sem esmiuçar o mérito — mas como o Direito é fato,

não é só norma — e tem-se que delimitar a matéria fática. *As evidências estão a mostrar que não se trata de movimento para tomar propriedade alheia, mas de movimento para pressionar* — daí haver eu dito, expressão do direito de cidadania — *a reforma agrária.* Na espécie, *in concreto*, e V. Exa. parece que adere ao meu pensamento, entendo, os pacientes foram beneficiados por fianças deste Tribunal. Certa ou erradamente, o Tribunal de Justiça e o Juiz de Primeira Instância serão os executores dessa decisão enquanto não modificada. Se está colocado em risco o exercício do direito de liberdade, porque o Juiz de Primeira Instância cassou a eficácia de acórdão deste Tribunal — e para usar até a expressão que anotei de V. Exa. — excepcionalmente quando a decisão fosse teratológica, flagrantemente inconstitucional. Estamos diante de um caso concreto.

Concedo a ordem para trancar o *habeas corpus* e cassar a decisão, para retornar ao *status quo*” (aditamento ao voto condutor).

Não obstante todas essas observações, é de se lembrar, ainda, que os crimes de alteração de limites e esbulho possessório são infrações penais de menor potencial ofensivo, onde *sequer cabe prisão em flagrante* a teor do art. 69, par. ún., da Lei 9.099/95, que dispõe:

“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.

Assim, sequer a instauração de inquérito policial é legalmente admitida, salvo a hipótese de sua necessidade pelas circuns-

tâncias do fato ou complexidade, como referido no § 2.º do art. 77 dessa lei.

Por fim, ressalte-se que sendo a propriedade invadida particular, e não havendo violência *contra pessoa* (e sim contra coisa), a ação penal é privada, o que, apesar de possibilitar a incidência do instituto da composição civil através da conciliação, antes do recebimento da queixa-crime (arts. 72 a 74 da Lei 9.099/95), afasta a transação (art. 76 da citada Lei).

## 2.2 O crime de dano tipificado no art. 163 do CP

Da análise do art. 163 do CP, e dentro das circunstâncias que abaixo serão referidas, as invasões de fazendas promovidas por sem-terra também não configuram sequer o crime de dano, assim tipificado:

“Dano

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano Qualificado

Parágrafo único. Se o crime é cometido:

I – com violência a pessoa ou grave ameaça;

II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

III – contra o patrimônio da União, Estado ou Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena – detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

Como visto, só haverá *dano*, para efeitos penais, se a fazenda, suas cercas, animais ou pastos, ou outras benfeitorias,

efetivamente forem *destruídos* (eliminados, extintos), *inutilizados* (tornados inúteis, imprestáveis) ou *deteriorados* (arruinados, estragados), causando *prejuízos econômicos relevantes* para o proprietário das terras.

Diante da própria situação social lastimável em que se encontram os miseráveis do campo em nosso País, entendemos que, em termos de repressão penal, deve haver, aqui, muita cautela acerca da *delicada* questão sobre o que deve ser considerado, para o tipo do art. 163 do CP, efetivamente *dano*, limitando-se o seu conceito à efetiva depredação de bens de valores relevantes para a vítima, como, por exemplo, residências, máquinas, tratores etc.

Nesse sentido, parece-nos que há a necessidade, com fundamento na chamada causa supralegal de exclusão da tipicidade do “princípio da insignificância”, de reflexão sobre o tema. Indaga-se, por exemplo, qual seria a efetiva expressão econômica, para um grande latifúndio, com centenas de quilômetros de cercas, de vinte ou trinta mourões de madeira derrubados, muitas vezes já podres e velhos...

Mesmo que não se considere atípica a conduta do abate, por exemplo, de quatro rezes, já que elas têm certo valor econômico – o que afastaria a incidência da mencionada causa supralegal de exclusão da tipicidade da insignificância, não sendo lícito, outrossim, que o bem tutelado pelo art. 163 do CP varie de acordo com as poses da vítima, sob pena de chegar-se ao *non sense* de se entender irrelevante a destruição, por exemplo, de vinte televisores, só porque a vítima seria um grande atacadista, ou de um automóvel para uma fábrica automobilística –, por uma questão de equidade, não se pode fechar os olhos para a mínima expressão econômica, em termos de cálculo de pena, do eventual abate de cinco ou seis cabeças de gado, diante do patrimônio de um fazendeiro com mais de quatro mil rezes, por exemplo, ainda mais levando-se em consideração a natural morte

de algumas delas por doenças, mordidas de cobras etc...

Assim, deixada de lado a discussão acerca do *provável estado de necessidade no caso do abate de poucos animais*, o qual será tratado adiante, o julgador, ao aplicar a pena aos casos em que não incidam as excludentes da tipicidade (insignificância) ou da antijuridicidade (estado de necessidade) acima referidas, sempre haverá de ter em mente as “circunstâncias e consequências do crime” referidas no art. 59, *caput*, do CP, quando do cálculo da pena, levando-se em conta, aqui, a expressão do dano para o patrimônio alheio.

Assim, nas hipóteses em que as invasões sejam realizadas com certos cuidados, (1) não sendo utilizada violência contra pessoa ou grave ameaça, (2) inadmitindo-se depredação de residências, suas janelas, portas, bem como de tratores, máquinas etc., (3) evitando-se destruir as cercas, mas, tão-só e temporariamente removendo-as, restaurando-se o anterior *status quo* quando da saída dos camponeses sem terra, (4) não se procedendo ao abate de animais, ou, então, limitando-o ao mínimo necessário à efetiva alimentação dos que estejam famintos, (5) não se derrubando árvores, e (6) não se destruindo de forma alguma lavouras ou incendiando pastos em grande escala, sequer se configurará o crime de dano simples, prejudicando-se, por evidente, qualquer ilação acerca da sua figura qualificada.

Por outro lado, as comuns práticas de se proceder a plantios quando das invasões, para a própria subsistência dos sem-terra, o que pode implicar em alguma “queimada”, não significam dano significativo qualquer ao fazendeiro, muito pelo contrário, está-se, ali, plantando. Além disso, mesmo para aqueles que tenham “formado” os seus pastos com determinado capim, é certo que, em pouquíssimo tempo o pasto se refaz naturalmente, ainda mais considerando que essas lavouras são improvisadas e artesas-

nais, dando-se, por isso mesmo, em pequenos espaços de terra, cuja inutilização temporária para alimentação de rezes é de expressão econômica absolutamente irrelevante, se é que existente.

Ainda sobre o eventual abate de algumas poucas cabeças de animais, para a própria sobrevivência dos invasores e de suas famílias, encontramos, conforme já referido, a provável configuração do tipo permissivo do *estado de necessidade* previsto no art. 24 do CP, que faz excluir a antijuridicidade do fato, cuja aplicação, nesses casos, diante da *patente e vergonhosa miséria* em que se encontram essas pessoas, nos parece irrefutável, sendo desumano não acatá-lo. Afinal, a carne desses animais não vem saciar a gula de pessoas gordas e saudáveis que estariam se refastelando em banquetes com carne de propriedade alheia, muito pelo contrário. Ela serve de alimento a uma legião de miseráveis, com crianças subnutridas...

Além disso, como em nosso direito penal não há responsabilidade objetiva, encontram-se, aqui, inúmeros obstáculos à individualização da autoria de tal abate, sendo vedado imputá-lo indiscriminadamente aos indigitados líderes dessas ocupações.

Isto tudo, lembrando-se, ainda, que o crime de dano simples (art. 163, *caput*) é considerado *infração de menor potencial ofensivo*, não havendo que se falar em prisão em flagrante como estatuído no mencionado parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099/95, e ressaltando-se que a promoção da ação penal é privada, o que faz incidir a tentativa de conciliação para composição civil, antes do recebimento da queixa-crime (arts. 72 a 74 da Lei 9.099/95).

No que toca à invasão de terras da União, Estados ou Municípios, referidas na figura qualificada do inc. III do parágrafo único do art. 163, nos deparemos com a Lei 4.947/66, da qual trataremos a seguir.

### 2.3 O crime do art. 20, caput e par. ún., da Lei 4.947/66

A Lei 4.947, de 06.04.1966, que conforme o seu enunciado, “fixa normas de Direito Agrário”, tipifica como crimes, em seu art. 20, *caput* e parágrafo único, as seguintes condutas:

“Art. 20. Invadir, *com intenção de ocupá-las*, terras da União, dos Estados e dos Municípios:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, com idêntico propósito, invadir terras de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, *destinadas à Reforma Agrária*”.

A atuação dos sem-terra que invadem áreas públicas com o estrito fim de pressionar o Governo a proceder à reforma agrária, e não, de locupletar-se ilicitamente dessas terras, *não encontra tipificação* no art. 20, *caput* e parágrafo único da Lei 4.947/66.

Ao interpretarmos a figura do *caput*, e lembrando a regra hermenêutica de que a lei não possui palavras inúteis, verificamos que o tipo objetivo “invadir” é acrescido do elemento subjetivo “*com intenção de ocupá-las*”, denotando o verbo ocupar a exigência legal de que o invasor tenha como objetivo o de “*conquistar*”, “*tomar*”, “*obter*” para si (cf. Francisco Fernandes. *Dicionário de sinônimos e antônimos*. Globo, 2. ed. 1970, p. 585), o que não ocorre com as invasões eminentemente políticas dos sem-terra.

No que toca ao crime do parágrafo único do art. 20 da Lei 4.947/66, observa-se que o seu *sujeito ativo* não pode ser aquele que é o destinatário da própria reforma agrária, ou seja, o miserável do campo sem terra.

É evidente que esse parágrafo único visa garantir que as terras já desapropriadas pela

União, Estados ou Municípios, ou, então, que originalmente já eram de sua propriedade e foram destinadas para a reforma agrária, não sejam invadidas por *grileiros* e fazendeiros inescrupulosos que podem ser tudo, menos os miseráveis, destinatários da reforma agrária.

Por outro lado, se os sem-terra invadem terras públicas *já destinadas à reforma agrária*, não há que se falar, pelo exposto, em crime. No máximo isso poderia configurar um entrave administrativo acerca da escolha de quais famílias seriam ali assentadas.

Registre-se que o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, muito embora sob outro fundamento, qual seja, o do estado de necessidade, concedeu ordem de *habeas corpus* para trancar ação penal em que eram acusados trabalhadores rurais desempregados, *verbis*:

“Tratando-se de terras destinadas a assentamento, não há crime na ocupação praticada por trabalhadores rurais carentes de abrigo que lhes assegure condições mínimas de sobrevivência, circunstância que caracteriza estado de necessidade, a impor a concessão de ‘*habeas corpus*’ para trancamento da ação penal contra eles intentada” (HC 237.079, Rio Paranaíba, rel. Juiz Lamberto Sant’ Anna, j. 03.06.1997).

### 2.4 O crime de violação de domicílio previsto no art. 150 do CP

O delito de violação de domicílio, que está inserido em nosso diploma penal, na segunda Seção, intitulada *Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio*, do seu Capítulo VI, que trata *Dos crimes contra a liberdade*, está assim enunciado:

“Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em *casa alheia* ou em suas dependências:

Pena — detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1.º Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2.º Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3.º Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4.º A expressão “casa” compreende:

I — qualquer compartimento habitado;

II — aposento ocupado de habitação coletiva;

III — compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5.º Não se compreendem na expressão “casa”:

I — hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;

II — taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero”.

Fundamental para o tema aqui tratado, portanto, é se saber até que ponto a invasão de determinada área nos confins de uma fazenda — e não de sua sede ou de arredores próximos como o pomar, a piscina, a casa do caseiro etc. — estaria encampada pelo tipo penal acima descrito.

Para tanto, a nossa lei penal é expressa ao definir, no § 4.º do art. 150, o que deve ser entendido por “casa”: qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Evidente, assim, que a ocupação momentânea de porções de terra distantes da sede da fazenda ou das casas de seus colonos não viola a “casa” de ninguém.

Resta saber se áreas cercadas das fazendas, mesmo que distantes de suas sedes, se subsumem no conceito de suas “dependências”, como faz menção o *caput* do art. 150.

Cândido de Figueiredo traz como sinônimos da palavra “dependência” os termos “anexo, acessório: *as dependências de um prédio*” (*Grande dicionário da língua portuguesa*, 24. ed. Lisboa: Bertrand). Entre nós, Aurélio Buarque de Holanda faz menção a “acessório, complemento, anexo”, a “cada uma das peças ou cômodos de uma casa”, ou, então, a “edificação anexa a uma casa; puxado, puxada” (*Novo dicionário da língua portuguesa*, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986).

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, as dependências são os “jardins, pátios, quintais, garagens etc., desde que se trate de recintos fechados (muros, grades ou cercas)” (*Lições de d. penal — Parte especial*, 1995, v. I, p. 163), lembrando-se também a lição de Anibal Bruno, para quem o tipo penal visa garantir “a liberdade de querer do indivíduo na disposição do espaço em que se desenvolve a sua atividade privada” (*Direito penal — Parte especial*, Forense, tomo 4, I, p. 386). Aliás, ligando a tutela do art. 150 do CP à liberdade individual e à vida doméstica, se manifesta Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, 4. ed., Forense, v. VI, p. 207).

É nessa esteira que Anibal Bruno salienta, ainda acerca do objeto material do crime do art. 150 do CP:

"Mas não deve tratar-se de terrenos extensos, como um vasto parque, cujos confins fiquem distantes da casa e sem relação com ela" (op. cit., p. 388).

Portanto, nas invasões efetuadas pelos sem terra em que não se viole a sede da fazenda, as suas dependências, bem como as residências dos colonos ou as instalações agroindustriais, mas sim, áreas distantes das propriedades, não há que se falar em agressão à intimidade e em violação de domicílio.

### 2.5 O crime de exercício arbitrário das próprias razões tipificado no art. 345 do CP

Adotando a linha de raciocínio de que os arts. 184 a 191 da Constituição da República impõem ao Estado o *dever* de proceder à reforma agrária e de que a todo dever corresponde um *direito* – aqui, o direito de *reivindicar*, nas palavras do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, "a realização dos princípios e normas constitucionais", sendo, portanto, "*direito reclamar a implantação da reforma agrária*", já que "a Carta Política não é mero conjunto de intenções" (STJ, HC 5.574/SP, j. 08.04.1997) – em face dos excessos na maneira pela qual esse direito estaria sendo, em alguns casos, exercido, poder-se-ia cogitar, eventualmente, do crime de exercício arbitrário das próprias razões previsto no art. 345 do CP, *verbis*:

"Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa".

Todavia, essa infração de menor potencial ofensivo só se configuraria, a nosso ver, em *situações em que se pudesse re-*

*correr à Justiça*, como nas hipóteses de um fazendeiro que, já desapropriado em função da reforma agrária, viesse a retomar essas áreas, cometendo o crime do art. 20, par. ún., da Lei 4.947/66, ou, então, em casos em que algum órgão público estivesse procrastinando indevidamente a cessão da posse da terra já desapropriada, e os sem-terra, ao invés de recorrerem à polícia no primeiro caso, ou entrarem com mandado de segurança, na segunda situação, resolvessem invadi-las para, assim, "fazer justiça pelas próprias mãos".

Nas outras situações, em que a invasão de terras não visa tomá-las como de direito, mas sim, pressionar o Governo a desapropriá-las, turbando a posse dessas terras por período passageiro, não há sequer em se falar no delito do art. 345 do CP. Aqui, como referido, não se está buscando justiça pelas próprias mãos, mas, unicamente, chamando a atenção do Estado para o grave problema do campo a fim de que este efetivamente se mobilize para implementar o mandamento constitucional.

De qualquer forma, é de se lembrar que o crime do art. 345 do CP é considerado infração de menor potencial ofensivo, não cabendo prisão em flagrante quando o acusado se comprometa a comparecer ao Juizado, consoante o art. 69, par. ún., da Lei 9.099/95. Ressalte-se, também, que a sua ação penal é privada, cabendo conciliação (arts. 72 a 74 da referida lei), salvo se houver emprego de violência física contra pessoa, hipótese de ação penal pública onde cabe, outrossim, transação (art. 76 da Lei dos Juizados).

### 2.6 O crime de desobediência tipificado no art. 330 do CP

Se, em decorrência de ação de reintegração de posse, algum membro do grupo dos sem-terra que tenha invadido determinada área for efetivamente intimado de decisão judicial que determine sejam as terras desocupadas, poderá haver a tipifi-

cação do crime de desobediência caso a ordem não seja acatada, assim previsto em nosso diploma penal:

“Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”.

Evidente que o destinatário da norma penal é, *tão-somente*, aquele que efetivamente tenha sido intimado da decisão judicial para que desocupe a área. Assim, se aquele que tomou ciência da ordem judicial, apontado ou não como “líder”, efetivamente deixar as terras invadidas, ele jamais poderá ser responsabilizado pelo fato dos outros membros do MST continuarem nas localidades ocupadas.

A responsabilidade penal é personalíssima, sendo vedado, por outro lado e obviamente, que se presuma tenham todos os invasores tomado conhecimento da ordem judicial.

## 2.7 O crime de resistência previsto no art. 329 do CP

Outro delito que poderia ser aventado, é o de resistência, assim tipificado:

“Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena – detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1.º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena – reclusão, de um a três anos.

§ 2.º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência”.

Para que este delito se configure, é necessário haver, por parte de quem tenha *efetivamente* recebido a ordem judicial para desocupar as terras invadidas, a prática de *violência*, em nosso entender, *contra pessoa*, ou, então, *ameaça*, que não se

confunde com simples impropérios, não tipificando esse crime a chamada “resistência passiva”, à qual recorria Mohandas Karamchand Gandhi, na luta a favor da independência e contra o racismo da Índia, entre 1915 e 1947.

Além disso, não só a ordem deve ser *substancialmente* legal, como também deve estar sendo cumprida sem qualquer ilegalidade por parte do funcionário público que a esteja executando.

Cabe lembrar que os atos processuais, leia-se, aqui, judiciais – de acordo com o art. 172 do CPC, aplicável analogicamente à espécie por força do art. 3.º do CPP –, deverão ser realizados entre as 6:00 e as 20:00 horas dos dias úteis.

Portanto, não havendo violência contra pessoa e tampouco ameaça ao funcionário público incumbido de executar a ordem, por parte dos trabalhadores que tenham invadido as terras, não haverá que se falar, nem mesmo em tese, no delito do art. 329 do CP.

## 2.8 A infração penal de apologia ao crime ou a criminoso tipificada no art. 287 do Diploma Penal

Se as invasões para pressionar o Governo, *nos estritos termos acima expostos*, não configuram os crimes de:

- alteração de limites e esbulho possessório (CP, art. 161);
- dano (CP, art. 163);
- violação de domicílio (CP, art. 150);
- resistência (CP, art. 329);
- desobediência (CP, art. 330),
- exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345); e
- a infração do art. 20 da Lei 4.947/66,

não há que se cogitar sequer da remota possibilidade de verificação do delito previsto no art. 287 do CP por parte dos dirigentes do MST, assim definido:

“Art. 287. Fazer, publicamente, apolo-gia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa”.

### 2.9 *O crime de quadrilha ou bando pre-visto no art. 288 do CP*

Na mesma linha de raciocínio, se as invasões com o intuito de acelerar o pro-cesso de reforma agrária, *nos estritos li-mites já referidos neste estudo*, não confi-guram os crimes dos arts. 150, 161, 163, 329, 330, 345 do CP, e tampouco o delito do art. 20 da Lei 4.947/66, é descabida a imputação por prática do crime de quadri-lha ou bando, assim tipificado:

“Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

Aliás, a usual imputação de formação de quadrilha ou bando a membros de um movimento que tem fins legítimos e dos mais nobres, apoiado pela grande maioria da população, é a mais perniciosa de todas, sobretudo diante da gravidade das suas penas, a qual traz sérias implicações acer-ca das modalidades de prisão provisória, sem esquecer, também, que os seus even-tuais líderes não podem ser objetivamente responsabilizados pelos excessos pratica-dos por alguns sem-terra durante uma in-vasão, em meio a centenas de milhares de miseráveis em situação idêntica.

## 3. As prisões em flagrante, temporária e preventiva

### 3.1 *Breves comentários acerca da pri-são cautelar*

Hoje é cediço que as garantias do direi-to à *desconsideração prévia de culpabi-*

*lidade* (Constituição da República, art. 5.º, LVII) e à *presunção de inocência* (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Polí-ticos de Nova Iorque, art. 14, 2; Conven-ção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, 2, 1.ª parte) exigem que toda prisão provisória, ou seja, que não se dá em cum-primento a uma sentença penal condenató-ria passada em julgado, seja *exclusivamen-te cautelar*, sob pena de significar punição antecipada.

Nessa esteira, é de Antonio Magalhães Gomes Filho a lição:

“Diversa da prisão penal propriamente dita, a prisão cautelar, que alguns também denominam ‘prisão processual’, não deve objetivar a punição, constituindo apenas instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados” (*Pre-sunção de inocência e prisão cautelar*. Saraiva, 1991, p. 59).

O notável constitucionalista e proces-sualista penal espanhol, Professor Cate-drático da Universidade de Sevilha, Victor Moreno Catena, por sua vez, também é contundente em afirmar que “desde ningún punto de vista puede atribuirse a la prisión provisional la función de *anticipar la pena*, ni desde el prisma sancionatorio, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar. Esto es evidente porque sólo partiendo de la presunción de culpabilidad – de que el inculpado sea, sin más, culpable – se puede justificar su reclusión con fines de intimi-dación o de ejemplo” (*Derecho procesal – Proces penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 368).

Por fim, o insigne processualista penal argentino Pedro J. Bertolino também é claro em aduzir que “las medidas de coerción..., por contrario al derecho de fondo cuya pena tiene fines propios (retributivos; de preven-ción general o especial), ellas no involucran reacción antenada, sino ‘solamente protec-ción de los fines que el proceso persigue subordinados a la eficaz actuación de la ley sustantiva’” (*Código de Procedimiento*

*Penal de la Provincia de Buenos Aires*, 2. ed. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1989, p. 231 e 232).

Portanto, consoante nosso ordenamento constitucional, só se justifica a prisão anterior ao trânsito em julgado de decisão condenatória quando presente a sua *necessidade cautelar* que, em nosso diploma processual, se espelha nos requisitos da prisão preventiva (art. 312), cuja inexistência dá embasamento à concessão da liberdade provisória, sem fiança, para aquele que é preso em flagrante (art. 310, par. ún.).

A prisão cautelar, seja qual a sua modalidade – flagrante, temporária e preventiva, que são as únicas constitucionalmente admissíveis – é, portanto, *escrava do processo penal*,<sup>12</sup> verdadeiro instrumento do instrumento que é o processo penal, servindo unicamente para tutelar o seu bom e salutar andamento ou, então, a sua eficácia em caso de eventual condenação, na hipótese de fuga do acusado.

Além disso, em decorrência do reconhecimento do direito à desconsideração prévia de culpabilidade e da presunção de inocência, que são o reflexo, no processo penal, do chamado princípio *favor libertatis*, insito a todo Estado Democrático de Direito, cuja característica fundamental é, sobretudo, a tutela das liberdades individuais, qualquer restrição à liberdade, sobretudo daqueles contra quem pesa acusação de prática criminosa, há que se ater a critérios de estrita *legalidade, cautelaridade, excepcionalidade, adequação e proporcionalidade*, não se olvidando, jamais, da imperiosa necessidade da sua *efetiva motivação*, hoje constitucionalmente exigida (CR/88, art. 93, IX).

Antes de iniciarmos a análise individual dessas prisões, cabe ressaltar que a

necessidade do magistrado *fundamentar* a decisão<sup>13</sup> de recebimento da denúncia,<sup>14</sup>

(13) Acerca da natureza jurídica do ato de recebimento da denúncia, Fernando da Costa Tourinho Filho doutrina que “o ato por meio do qual o Juiz recebe a denúncia é uma decisão”, ou seja, um ato decisório (*Processo penal*, 13. ed. Saraiva, 3.º v., p. 78).

(14) Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci adverte: “Não se pode falar em fundamentação hábil quando a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa limita-se à afirmação da co-existência de *fumus boni iuris* (fundamentação razoável da acusação) e do legítimo interesse de agir do acusador, público ou privado: é absolutamente necessário que o órgão jurisdicional justifique-os, em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos de investigação criminal ou constantes das peças de informação” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Saraiva, 1993, p. 283).

Algumas decisões, embora isoladas, por sua vez, já começam a apontar para essa necessidade. Assim é que o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, no julgamento do *Habeas Corpus* 5.217, relatado pela Desembargadora Federal Sylvia Steiner, decidiu que “(...) a decisão de recebimento da denúncia deve ser fundamentada, para ensejar o controle extraprocessual e possibilitar o exercício da ampla defesa, para o que se faz mister o conhecimento das razões de decidir. Inteligência dos arts. 93, IX, e 5.º, LV, da CF” (*Revista do TRF* –, 3.ª Região, v. 26, p. 286).

Igualmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em acórdão da lavra do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha (HC 97.04319-2, j. 09.12.1997), assim ementado: “Inadmissível é considerar-se o recebimento da denúncia, com todas as repercussões e danos que causa à pessoa do réu, como um despacho meramente ordinatório, sem qualquer carga decisória. Sua natureza é típica de decisão interlocutória e, como tal, imperiosa se faz sua fundamentação, *ex vi* do disposto no art. 93, IX, c/c o art. 5.º, LV, ambos da CF”. Assim, concede-se, também de ofício, *habeas corpus* em favor da acusada não beneficiada pelo trancamento da ação penal em questão, para anular decisão de recebimento da

(12) Nesse sentido se manifesta Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, em suas aulas de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

exigida por nossa *Magna Carta*, passou a ser, na prática, mais do que nunca *indispensável*. Isto para evitar verdadeiros abusos, sobretudo acerca da classificação penal da imputação (v.g.: acusar da prática do crime do art. 288 do CP, apenado com reclusão, mesmo não encontrando-se nos autos do inquérito ou nas peças de informação embasamento para tanto), o que hoje encerra gravames terríveis à liberdade dos acusados, como a viabilização, mesmo que hipotética, da incidência de uma prisão temporária ou, ainda, da decretação de prisão preventiva.

### 3.2 A prisão em flagrante

Não obstante a prisão em flagrante, em seu primeiro momento, de fato tenha conotação cautelar, já que viabiliza a inicial produção de provas – embora contaminadas pela emoção –, uma vez ouvidas as testemunhas, bem como o acusado, há que se indagar acerca da real necessidade do Magistrado – se não encontradas nulidades formais no auto de prisão em flagrante, o que ensejaria o seu relaxamento, *ex vi* do art. 5.º, LXV, da Constituição da República –, *efetivamente fundamentar* a decisão que mantém a prisão do acusado, como se estivesse decretando uma prisão preventiva, a teor do já referido art. 93, IX, da *Magna Carta* e do art. 310, par. ún., do CPP.

Feitas essas considerações, abordando os crimes que eventualmente poderiam ser suscitados e imputados contra integrantes do MST que invadem terras com o único escopo de pressionar o Governo a acelerar o processo de reforma agrária, observamos que muitas dessas infrações penais – as quais, como referido, não subsistem após análise mais acurada –, são *infrações de menor potencial ofensivo, insuscetíveis*

*de prisão em flagrante*, nos termos do art. 69, par. ún. da Lei 9.099/95.

Com efeito, são infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, cujas penas máximas não são superiores a um ano, bem como não dotadas de procedimento especial para a sua persecução, as seguintes: 1. o esbulho possessório (art. 161, *caput*); 2. a alteração de limites (art. 161, § 1.º, II); 3. dano simples (art. 163, *caput*); 4. violação de domicílio simples (art. 150, *caput*); 5. exercício arbitrário das próprias razões (art. 345); 6. desobediência (art. 330); e 7. apologia de fato criminoso (art. 287).

Assim, havendo acusações da prática desses crimes, a partir do momento em que é lavrado o termo circunstanciado e o acusado assume o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal competente, ou então à Vara Criminal que esteja acumulando as funções do Juizado Especial, “não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”, conforme o referido art. 69 da Lei 9.099/95.

Observe-se que essa Lei, aqui, cai em inegável redundância já que fiança só se exige caso tenha efetivamente havido a prisão em flagrante ou, então, conforme o caso, condenação em primeira ou segunda instância.

No que concerne a supostas imputações dos crimes de: 1. dano qualificado, cuja pena é de *detenção* de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à eventual violência contra pessoa ou grave ameaça (art. 163, par. ún.), 2. invasão de terras da União, dos Estados ou Municípios ou destinadas à reforma agrária (art. 20 da Lei 4.947/66), apenada com a mesma pena de *detenção*; 3. violação de domicílio qualificada, sancionada com *detenção* de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência contra pessoa (art. 150, §§ 1.º e 2.º) e 4. resistência simples, cuja pena é de *detenção* de dois meses a dois anos (art. 329, *caput*), e que não são infrações de menor potencial

denúncia e demais atos subsequentes, a fim de que outra seja proferida, fundamentadamente”.

ofensivo, mesmo que haja, aqui, a prisão em flagrante, estaríamos diante de hipóteses de *fiança policial* (CPP, art. 322, *caput*).

Ainda nos casos de acusação de resistência qualificada (art. 329, § 1.º, do CP), que é punida com reclusão de um a três anos, ou da freqüente imputação de quadrilha ou bando (art. 288), apenas de idêntica maneira em sua forma simples (*caput*) ou em dobro se se tratar de bando armado (parágrafo único) — não sendo, portanto, o mínimo cominado superior a dois anos — caberia *fiança judicial* (art. 323, I, do CPP), desde que não incidentes as restrições legais dos incs. III e IV deste artigo ou dos incs. I e III do art. 324, a saber:

“Art. 323. Não será concedida fiança: (...)

III — nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV — em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;<sup>15</sup>

(...)

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I — aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;<sup>16</sup>

(...)

<sup>(15)</sup> Vedação que caiu praticamente em desuso hoje em dia e que, à evidência, de forma alguma se aplica a trabalhadores rurais que atuam no Movimento dos Sem-terra.

<sup>(16)</sup> O art. 350 do CPP faz referência aos seus arts. 227 e 328, aonde são impostos os seguintes deveres ao acusado que obtém liberdade provisória mediante fiança: comparecimento a todos os atos processuais para os quais for notificado, tanto do inquérito quanto do processo; necessidade de obtenção de autorização judicial para mudar de residência e de comunicação ao juízo sempre que se ausentar por mais de oito dias.

III — ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança”.

Ainda acerca do art. 323, restaria o obstáculo do inc. V, *verbis*:

“Art. 323. Não será concedida fiança: (...)

V — nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça”.

Acerca deste último, a expressão “clamor público” não encontra adequação à nova Constituição da República. Isto porque, se, conforme Pierre Bouzat, “clamor público” é “uma acusação precisa e enérgica”, que não se confunde com o “rumor público”, que é “boato abafado, impreciso, uma simples suspeita” (*Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. Paris: Recueil, 1912, vol. III, p. 233), ela nada tem de *cautelar*, não podendo, por si só, obstar a liberdade provisória mediante fiança.

Por fim, no que concerne à restrição do inc. IV do art. 324 — “não será, igualmente, concedida fiança... quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva” — este será tratado conjuntamente com a análise da prisão preventiva.

### 3.3 A prisão temporária

Instituída pela Lei 7.958/89, a prisão temporária veio regulamentar uma odiosa e comum prática policial, que de há muito existia: a “prisão para averiguações”, taxada, há tempos, por Galdino Siqueira, como fruto de “inqualificável abuso”.<sup>17</sup>

<sup>(17)</sup> *Curso de processo criminal*, 3.º Milheiro. São Paulo: Livraria Magalhães, 1924, p. 82 e 83. A respeito, *vide*, ainda, Dyrceu Aguiar

Essa nova modalidade de custódia está assim disposta no art. 1.º da referida lei:

“Art. 1.º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, *caput* e seu § 2.º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput* e seus §§ 1.º e 2.º); c) roubo (art. 157, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º); d) extorsão (art. 158, *caput* e seus §§ 1.º e 2.º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º); f) estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e par. ún.); g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e par. ún.); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput* e par. ún.); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1.º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 01.10.1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986)”.

A doutrina, logo após a edição desta lei, discutiu muito acerca desses incisos serem *cumulativos* ou *alternativos*.

Com efeito, Vicente Greco Filho (*Manual de processo penal*, Saraiva, 1991, p. 240 e 241), quanto aos requisitos, afir-

ma que, apesar das hipóteses parecerem ser “puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito”, é necessária a combinação deles entre si e também com as hipóteses da prisão preventiva.

Já Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo penal*, Saraiva, 1991, v. 3.º, p. 351 e 352) critica ferrenhamente esta modalidade de prisão, classificando-a de “retrocesso”, entendendo os requisitos seriam alternativos, enquanto Julio Fabbrini Mirabete (*Processo Penal*, Atlas, 1991, p. 375) parece entender igualmente que os requisitos seriam também alternativos, classificando, nessa linha, apenas o inc. I de draconiano, não os outros.

Porém, se bastasse somente o preenchimento dos requisitos de um dos três incisos desta nova modalidade de prisão, admitir-se-ia, entre outras conseqüências, intolerável *prisão obrigatória* nos casos de homicídio doloso, roubo, estupro, quadrilha ou bando etc. (inc. III), com uma perturbação da “ordem pública” *presumida*,<sup>18</sup> o que não seria aceitável.<sup>19</sup>

Se fosse necessário a satisfação das exigências dos três incisos, salientam alguns autores que esta lei tornar-se-ia “letra morta”,<sup>20</sup> o que, certamente não terá

(18) Julio Fabbrini Mirabete, op. cit., p. 375. Outros reflexos seriam, por exemplo, a prisão, com base no inc. I, de uma testemunha, como lembra novamente Julio Fabbrini Mirabete (idem, ibidem), ou uma prisão sem que haja prova da materialidade e indícios de autoria, com base nesse mesmo inciso, desde que “imprescindível...”, nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho (op. cit., p. 352).

(19) De duas a uma: ou a ordem pública restou, de fato, violada, ou não.

(20) ANDRÉ, Patrícia dos Santos. Prisão temporária: Medida cautelar para crimes leves?. RT 691/396, citada, também, por Ada Pellegrini Grinover (Limites constitucionais à prisão temporária, parecer elaborado para a Associação dos Advogados de São Paulo, em 23.12.1992, *Revista do Advogado*. São Paulo : AASP, abril de 1994, n. 42).

sido a intenção do legislador, pois, bastaria ter o suspeito identificação e residência fixa para que a prisão não tivesse cabimento.

Diante desses questionamentos, surgiram correntes sustentando a *cumulatividade parcial* desses incisos.

Ada Pellegrini Grinover<sup>21</sup> sustenta que sempre é necessária a verificação do inc. III, que se traduz no *fumus boni iuris*, ao exigir “fundadas razões (...) de autoria ou participação nos seguintes crimes”, limitando-se, por via de consequência, o seu âmbito de aplicação somente para a investigação dos delitos elencados neste inciso, de acordo, também, com a própria exposição de motivos desta lei.

Além do inc. III, a mesma autora salienta a exigência de satisfação, concomitante, do inc. I ou do II; estes dois incisos traduzir-se-iam no chamado *periculum libertatis*,<sup>22</sup> na medida em que “o risco para o

processo (*periculum*) vem caracterizado pela própria imprescindibilidade para as investigações (art. 1.º, I) e pela circunstância de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1.º, II)”.

Por sua vez, Rogério Lauria Tucci<sup>23</sup> afirma que é sempre necessária a verificação do inc. I, acompanhado ou do inc. II, ou do III; assim, sempre necessita a prisão ser imprescindível para a investigação, acompanhada da não-identificação ou da falta de residência fixa, ou, de forma alternativa, do cometimento dos crimes enumerados no inc. III.

Temos opinião, com todo o respeito, diversa dessas duas posições, conforme já tivemos a oportunidade de expor em nossa dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,<sup>24</sup> por várias razões.

Inicialmente, não conseguimos concordar com os lacônicos termos do mencionado inc. I: “quando *imprescindível* para a investigação do inquérito policial”.

Se “*imprescindível*” é o necessário, o indispensável,<sup>25</sup> em que reside a indispensabilidade da prisão do indiciado para a investigação, estritamente falando?

Para interrogá-lo (art. 6.º, V, do CPP)? Para participar de acareação (art. 6.º, VI, *in fine*, do CPP)? Sabemos que tem ele o direito ao silêncio.

a referida autora. Essa expressão se traduz, portanto, no *perigo da demora* em se manter o acusado em liberdade, para a *instrução processual*, mas nunca para fins de prevenção geral ou especial, objeto exclusivo da sanção penal.

(21) Parecer citado.

(22) Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, em aulas proferidas no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entende que não há que se falar de *periculum in mora* em questão de prisão no processo penal. Sem dúvida, o conceito de *periculum in mora* está atrelado ao dano irreparável que a natural demora da prestação jurisdicional acarretaria, tornando a sentença judicial praticamente ineficaz, como ocorre no pedido de liminar em Mandado de Segurança (Lei 1.533, de 31.12.1951, art. 7.º, II; Constituição da República, art. 5.º, LXIX). Nesse contexto, a prisão do acusado não pode estar atrelada à antecipação da prestação jurisdicional, sob pena de violação das garantias da desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5.º, LVII) e da presunção de inocência (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, art. 14, 2; Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, art. 8.º, 2, 1.ª parte); o mais apropriado, em termos de tutela do bom andamento da própria instrução criminal, nos parece ser o emprego da expressão *periculum libertatis*, como faz

(23) *Direitos e garantias no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 342.

(24) *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Renovar, 1998, p. 128 et seq.

(25) FERNANDES, Francisco. *Dicionário de sinônimos e antônimos*. Porto Alegre : Globo, 2. ed., p. 455.

Para tomar parte em reconstituição (art. 7.º do CPP)? Não há como obrigá-lo a figurar na simulação do ocorrido, já que se pode mais (silenciar), pode menos (não reproduzir ou representar com gestos aquilo que quer silenciar)...

De outra parte, desejando participar dessa diligência, terá o inquestionável direito de fazê-lo – e tão-somente – segundo a versão que queira dar aos fatos.

Para ser submetido a reconhecimento (6.º, VI, do CPP)?

Ora, nada impede que ele se recuse a participar do ato de reconhecimento, por exemplo, se não são respeitados os ditames dos arts. 226 a 228 do CPP.

Se o indiciado, nas hipóteses de reconstituição e reconhecimento, tem ou não o *dever* de colaborar, é outro problema. Aliás, essas atitudes sequer configurariam o crime de desobediência (CP, art. 330), que é afiançável (art. 322 do CPP), diante dos direitos ao silêncio e à ampla defesa.<sup>26</sup>

Ao acrescentarmos a esses argumentos, a possibilidade da *condução coercitiva* prevista no art. 260 do CPP,<sup>27</sup> discórdamos daqueles como Edmundo Oliveira<sup>28</sup> que sustentam que a cooperação do indiciado “por vezes (...) se torna indispensável (...)”, aduzindo, também, que “ainda

que não seja necessária a colaboração ativa do indiciado, pode acontecer que ele seja objeto de prova, como no reconhecimento, na acareação,<sup>29</sup> na reconstituição do crime”, concluindo que “a presença dele se torna, então, inescusável”, não sendo “razoável que a Polícia tivesse de procurá-lo a cada momento em que dele necessitasse”, o que ensejaria a prisão temporária.

A *condução coercitiva*, se é que realmente indispensável para a *tentativa* de realização do ato, seria mais razoável,<sup>30</sup> desde que *motivada*. “Imprescindível”, assim, não seria a prisão, mas simplesmente a *condução*.

O argumento de que não seria “razoável que a Polícia tivesse de procurá-lo a cada momento que dele necessitasse”, por outro lado, não convence.

Em primeiro lugar, os atos do inquérito policial para os quais a presença do acusado seria imprescindível, não são tantos assim, muito pelo contrário. Em segundo, mesmo os atos que necessitariam da sua presença e colaboração para serem realizados, podem sê-lo de maneira concentrada (em ato subsequente ao interrogatório, pode-se, por exemplo, colher material grafotécnico, se o acusado concordar).

A hipótese que restaria para que pudéssemos compreender a expressão “imprescindível para a investigação do inquérito” do mencionado inc. I, seria a de coação ou

(26) A propósito do crime de desobediência, Celso Delmanto traz à colação os seguintes acórdãos: “Réu ou indiciado: O desatendimento à ordem de comparecimento não caracteriza o delito, pois faz parte do seu direito de defesa (TACrSP, RT 427/430)” (*Código Penal comentado*, atualizado por Roberto Delmanto, cit., p. 500).

(27) Dispõe o referido art. 260, *caput*, do CPP: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

(28) *Prisão temporária*, Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, organizado por João Marcello de Araujo Junior, Forense, 1992, p. 156.

(29) Não vislumbramos como que uma acareação pode ser de fato realizada, se o acusado resta silente... Aqui, com a devida vênia, o acusado não é e nem pode ser “objeto de prova”, o mesmo ocorrendo com a reconstituição, como acima esclarecido.

(30) Nessa esteira, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu: “No poder legal dos delegados de polícia, iniludivelmente se encontra o de interrogar pessoa indiciada em inquérito, para tanto podendo mandá-la conduzir à sua presença, caso considere indispensável o ato e o interessado se recuse a comparecer” (rel. Lauro Malheiros, *vu*, RT 482, p. 357).

suborno de testemunhas, destruição de provas etc. Porém, isto já seria motivo suficiente, *se acompanhada da prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria* (art. 312 do CPP), para a prisão preventiva, decretável a qualquer momento.<sup>31</sup>

Acreditamos que a combinação do inc. I com o III seja natimorta, pelos seguintes motivos: *a)* é inaplicável se o indiciado não está colaborando com a investigação, pois, como visto, a lei não confere a ninguém o arbítrio de *forçá-lo* a participar de reconhecimento, de reconstituição, de falar ou de fornecer material grafotécnico, amostra de sangue, de cabelo etc.; *b)* caso estivesse destruindo provas, coagindo ou peitando testemunhas, ou seja, obstruindo as investigações, já estariam, em tese, presentes os requisitos da prisão preventiva, como acima salientado.

Se quisermos, de algum modo, interpretar os dispositivos em conjunto, para que talvez se possa aceitar o inc. I, necessariamente teríamos que a ele acrescentar o inc. II, que traz alguma *justificativa cautelar*, pela existência de *indícios* de frustração da eventual aplicação da lei penal, em virtude do fato do acusado não ter residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação. Mesmo assim, a prisão de quem não tenha domicílio ou não forneça dados para identificação pode ser “imprescindível” para a aplicação da lei penal e nunca, com base no acima sustentado, como diz o inc. I, “imprescindível para as investigações...”<sup>32</sup>

(31) Há discussão a respeito da obrigatoriedade do membro do Ministério Público de, ao pedir a prisão preventiva no curso do inquérito policial, denunciar, tendo em vista que a *opinio delicti* já estaria, em tese, formada. Porém, a jurisprudência majoritária se posiciona no sentido de que a denúncia pode vir posteriormente, como veremos adiante.

(32) Julio Fabbrini Mirabete (*Processo Penal*, 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 375) escreve,

Lembrando que a exposição de motivos desta lei faz restrição à abrangência de sua aplicação — “aos crimes graves por ela assim considerados, excluindo-se aqueles de menor gravidade subjetiva” —, necessário se faz, sempre, a observância do inc. III, limitando-se objetivamente seu âmbito de incidência, acompanhado certamente do inc. II.

Esta última hipótese é a *única* que justificaria cautelarmente a prisão temporária: “fundadas razões...de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes...” (inc. III), acrescida da não-identificação ou falta de residência fixa (inc. II), como *indício* de que o acusado não possa mais ser encontrado, vindo a frustrar a aplicação da lei penal — com menos requisitos, portanto, do que a prisão preventiva para a garantia da aplicação penal (art. 312 do CPP), tendo em vista que para esta prisão não basta a simples não-identificação ou a falta de residência fixa, é preciso mais.<sup>33</sup>

Assim, de todos os crimes que geralmente são imputados a membros do MST, o único em que se poderia admitir, *em tese*, a prisão temporária, é o de quadrilha

comentando o inc. II, que o bom andamento do inquérito policial “ficaria prejudicado pelo desaparecimento do indiciado, difícil de ser localizado por não ter residência determinada ou por não se conhecer sua verdadeira identidade. Efetuada a prisão, as providências de identificação, inclusive pelo processo datiloscópico, ficam asseguradas”. Porém, como já salientado, diante das garantias constitucionais da estrita legalidade e do direito ao silêncio, é questionável se o suspeito tem o dever ou não de colaborar, uma vez que ele pode *se negar* a falar, a se identificar, a fornecer suas impressões digitais, a participar de ato de reconhecimento ou torná-lo inviável etc., restando, no máximo, a condução coercitiva do art. 201, par. ún., do CPP.

(33) A doutrina e a jurisprudência são majoritárias no sentido de que é necessária a demonstração *concreta* do perigo ou intenção de fuga para a decretação da prisão preventiva, como veremos mais adiante.

bando que, como visto, não se perfaz com a associação para invadir terras como o *único escopo* de pressionar o Governo.

Isto porque, como já salientado, essas invasões, *nas estritas circunstâncias mencionadas na primeira parte deste estudo*, não configuram os delitos de:

- alteração de limites e esbulho possessório (CP, art. 161);
- dano (CP, art. 163);
- violação de domicílio (CP, art. 150);
- resistência (CP, art. 329);
- desobediência (CP, art. 330);
- exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345);
- apologia de fato criminoso (CP, art. 287); e
- a infração do art. 20 da Lei 4.947/66,

não havendo, portanto, que se falar em crime de quadrilha ou bando, conforme referido.

### 3.4 A prisão preventiva

Sendo decretável a qualquer momento, mesmo antes do oferecimento de denúncia,<sup>34</sup> a prisão preventiva se projetou sobre as outras modalidades de prisão provisória, afigurando-se quase que suficiente, *de per si*, a tutelar o bom andamento do processo penal e a eficácia de suas decisões.

O atual art. 312 do CPP, que teve a sua redação alterada, após vinte e seis anos, pela Lei 8.884, de 11.06.1994, assim está redigido:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver

prova de existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Desde logo verifica-se que, para a sua decretação, é necessário que estejam presentes os seus dois *pressupostos* – “prova de existência do crime e indício suficiente de autoria” –, acrescidos de um dos seus quatro *requisitos*: “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Lembrando-se que, diante do art. 9.º, n. 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, “a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento *não deverá constituir a regra geral*”, passemos à análise desses pressupostos e requisitos legais.

No que concerne à *prova de existência do crime*, a lição de Bento de Faria<sup>35</sup> é no sentido de que se exige “a demonstração de sua ocorrência, sem possível dúvida (...) não bastando, portanto, a seu respeito, indícios ou presunções, seja qual for a sua veemência”. Igualmente Julio Fabbrini Mirabete aduz que “não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência do ilícito penal”.<sup>36</sup>

Desde logo, portanto, uma vez que as invasões com o único escopo de pressionar o Governo, *nos termos expostos neste trabalho*, não configuram os crimes dos arts. 150, 161, 163, 287, 288, 329, 330, 345 do CP, bem como a infração do art. 20 da Lei 4.947/66, não há que se falar, à evidência, sequer na verificação desse pressuposto legal para a decretação de uma prisão preventiva.

Aliás, mesmo que se admitisse, somente para argumentar, que as invasões de fazendas praticadas por membros do MST encontrariam tipicidade penal, as infrações

(34) Nesse sentido, art. 311 do CPP. Quanto à jurisprudência, cf. STF, RHC 65.001, RT 619/387.

(35) *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Jacintho, 1942, v. 1, p. 368.

(36) *Processo Penal*, cit., p. 368.

acima referidas *são quase todas apenas com detenção*, restando sancionadas com reclusão somente a resistência qualificada (CP, art. 329, § 1.º), de difícil verificação, e o crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do diploma penal, que, como salientado, apesar de ser freqüentemente imputado, é, nas circunstâncias referidas na primeira parte deste estudo, insustentável.

Assim, de acordo com o art. 313, II, do CPP, nos crimes dolosos punidos com detenção, só poderia ser decretada a prisão preventiva nas hipóteses do acusado ser vadio — conceito que não se aplica, à evidência, aos militantes do MST —, ou quando haja dúvidas sobre a sua identidade e ele não forneça elementos para esclarecê-la, ou, ainda, na conformidade do art. 313, III, do mesmo diploma, se tiver sido condenado anteriormente, com decisão passada em julgado, por crime doloso, desde que não transcorridos mais de cinco anos entre o cumprimento ou extinção da pena anteriormente imposta e o novo fato (art. 64 do CP).

Por outro lado, considerando-se que os crimes de esbulho possessório (art. 161, *caput*), alteração de limites (art. 161, § 1.º, II), dano simples (art. 163, *caput*), violação de domicílio simples (art. 150, *caput*), exercício arbitrário das próprias razões (art. 345) e desobediência (art. 330) são *infrações de menor potencial ofensivo*, não admitindo sequer prisão em flagrante na hipótese do acusado ser imediatamente encaminhado ao Juizado ou quando assuma o compromisso de a ele comparecer (art. 69, par. ún., da Lei dos Juizados Especiais), o juiz deve estar atento não só à *desproporcionalidade* da prisão diante da pena prevista, mas, também, ao fato de o próprio legislador ter reputado os crimes em pauta como *infrações “de menor potencial ofensivo”*, prevendo, ainda, conforme se tratar de ação penal privada, pública condicionada ou pública incondicionada, a possibilidade de *composição* (art. 74 da Lei 9.099/95) e de *transação* (art. 76, *caput*,

da citada lei), tudo para *evitar o cárcere, inclusive o provisório, pelos evidentes e indelévels males que acarreta*.

A propósito do pressuposto da necessidade de existir *indício suficiente de autoria*, Eduardo Espínola Filho salienta que a autoria deve ser determinada “por indícios sérios, apontados ao paciente, sem probabilidade de êrro”.<sup>37</sup>

O Ministro Carlos Madeira, do Supremo Tribunal Federal, a respeito, aduziu:

“Meras suspeitas não podem ser havidas como indícios suficientes de autoria, a justificar a necessidade da prisão cautelar. Para tanto, devem os indícios convencer o juiz da *probabilidade* da prática do crime, e não de mera possibilidade”.<sup>38</sup>

Em suma, diante do princípio *favor libertatis*, ínsito a todo Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a tutela das liberdades individuais, a prisão provisória será medida sempre excepcional. E aqui, o direito à *presunção de inocência*, que é o reflexo, no processo penal, do referido princípio *favor libertatis*, deságua no brocardo *in dubio pro libertate*.<sup>39</sup> Assim, se houver qualquer dúvida quanto a existência do fato, bem como da sua tipicidade penal, ou inexistir indício suficiente de autoria, não só a prisão preventiva, como também qualquer outra modalidade de prisão provisória, serão ilegais. Ressalte-se que o mesmo se aplica à verificação de qualquer dos quatro *requisitos* da prisão preventiva, que adiante serão tratados.

Destarte, sendo a prisão preventiva “uma providência violenta, apesar do seu

(37) *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. III, p. 398.

(38) RHC 64.240-PR, v.u., RTJ 123/925.

(39) Cf. Antônio Manuel de Almeida Costa. Alguns princípios para um direito e processo penais europeus. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa: Aequitas, ano 4, fascículo 2, abril/junho de 1994, p. 212.

cunho legal”<sup>40</sup> “cuja consequência são as mais sérias e da mais alta responsabilidade”,<sup>41</sup> ela deverá sempre ser *fundamentada, e de maneira condizente com a sua violência*, refutando-se decretos que simplesmente venham a repetir o texto legal.<sup>42</sup>

Antes de analisarmos os quatro requisitos autorizadores da prisão preventiva, cabe ressaltar que, a partir de 1988, o disposto no art. 315 do CPP, que exige *fundamentação* para a decretação da prisão preventiva, encontrou expresso amparo constitucional no seu art. 93, IX.

Tratando do tema, Eduardo Espínola Filho, na década de 60, já escrevia:

“A exigência de fundamentação de decisões, principalmente no caso de ordenar a prisão preventiva, foi um dos postulados do nosso direito processual penal, em todos os tempos, não tolerando, tanto a doutrina e a jurisprudência, quanto a própria legislação, qualquer descuido no cumprimento de tão importante dever imposto ao juiz; a libertação do preso era a consequência inevitável da verificação, facultada por *habeas corpus*, de que a prisão preventiva não estava justificada pelos fundamentos do despacho. Inúmeros acórdãos nesse sentido, sem qualquer discrepância...”<sup>43</sup>

Na esteira desses ensinamentos, os Tribunais, com prudência, desde antes da

promulgação da Constituição da República de 1988, já exigiam, para a decretação da prisão preventiva, *motivação clara, apoiada em fatos concretos*,<sup>44</sup> que levem a *fundadas probabilidades e não meras presunções*<sup>45</sup> sobre as atitudes do acusado, contrárias aos interesses do processo criminal, caso continue em liberdade.

Reputavam e hoje, mais do que nunca, afirmam, ser imprescindível para a decretação da prisão preventiva, “que as circunstâncias revelem a procedência do juízo formulado” e que a necessidade da custódia se aponte “com segurança”,<sup>46</sup> ou seja,

(44) Nesse sentido estão inúmeros acórdãos, cujas ementas podem ser encontradas em nossa obra *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988: STF, HC 60.255, rel. Min. Néri da Silveira, v.u., RT 576/446; STF, HC 60.313-RN, rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 105/553; STF, RHC 60.608-RJ, rel. Min. Djaci Falcão, v.u., RTJ 110/560; TACrSP, 2.<sup>a</sup> Câ., rel. Juiz Sydney Sanches, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, São Paulo, Leud, 1976, v. 3.<sup>o</sup>, p. 447, n. 5.195; TACrSP, 1.<sup>a</sup> Câ., rel. Juiz Toledo de Assumpção, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, cit., Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, v. 3.<sup>o</sup>, p. 449, n. 5.205; TACrSP, 3.<sup>a</sup> Câ., rel. Juiz Ricardo Couto, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, cit., Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, v. 3.<sup>o</sup>, p. 450, n. 5.209; TACrSP, 4.<sup>a</sup> Câ., rel. Juiz Francis Davis, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, cit., Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, v. 3.<sup>o</sup>, p. 454, n. 5.222; TJSP, HC 119.721, rel. Des. Hoepfner Dutra, RT 454/335; STF, HC 44.299, rel. Min. Evandro Lins, DJU 23.03.1968, p. 485; STF, 1.<sup>a</sup> T., RHC 56.900-5-RJ, rel. Min. Rafael Mayer, v.u., DJU 27.04.1979, p. 3.380.

(45) Cf. Márcio Orlando Bártoli, voto vencido no HC 99.852-3-Cunha, proferido pela 6.<sup>a</sup> Câ. Crim. do TJSP, em 21.11.1990.

(46) TJSP, Câms. Conj. Criminais, HC 111.779 – Queluz, rel. Des. Dalmo Nogueira, j. em 17.08.1971, v.u., RT 433/345.

(40) Basileu Garcia. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. III, p. 152.

(41) Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal anotado*, ed. de 1960, cit., v. III, p. 368.

(42) Nesse sentido, cf. STJ, RHC 2.725-7, rel. Min. Edson Vidigal, m.v., DJU 07.06.1993, p. 11.265-6; RHC 2.618-6, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, m.v., DJU 28.06.1993, p. 12.901, RHC 2.726-9, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 23.06.1993, v.u., DJU 02.08.1993, p. 14.263.

(43) *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, cit., ed. de 1960, v. III, p. 408.

“com a indicação de dados dos quais se possa deduzir legitimamente a necessidade da medida”.<sup>47</sup>

No que toca ao requisito cautelar da *conveniência da instrução criminal*, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de não poder o decreto de prisão preventiva se “basear em meras suposições, cumprindo apontar fatos concretos, vinculados à atuação do acusado, que comprovem atitudes contrárias aos interesses da instrução”.<sup>48</sup>

É de se anotar, outrossim, como assinado em dois acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, relatados pelo Ministro Adhemar Maciel, que “a rigor, a instrução criminal vai *até a fase das diligências* (Código de Processo Penal, art. 499)”,<sup>49</sup> sendo que, uma vez terminada esta, mostra-se impossível “a manutenção da prisão cautelar” que tenha por único fundamento, *in concreto*, a conveniência da instrução criminal.<sup>50</sup>

No que concerne à *garantia da aplicação da lei penal*, o Tribunal Regional Federal da 2.ª Região decidiu que “deve o juiz demonstrar que o indiciado ou denunciado já fugiu ou está planejando evadir-se do distrito da culpa, para subtrair-se à ação

da justiça. Sem motivação convincente, a prisão cautelar não pode subsistir”.<sup>51-52</sup>

Quanto à fuga do acusado, em pelo menos três acórdãos, o Superior Tribunal de Justiça salientou que ela “pode ser indicio de o réu ser rebelde ao cumprimento de eventual condenação”.<sup>53</sup> Todavia, parecem absolutamente normal e de pleno direito que o acusado não se submeta espontaneamente a uma prisão que julga ilegal (tanto em flagrante como preventiva, por exemplo), contra a qual está impetrando ordem de *habeas corpus*.

Por outro lado, se tudo indicar que, mesmo condenado, o acusado terá direito a

(51) HC 92.02.06.857, v.u., DJU 23.06.1992, p. 18.393. Neste sentido: TRF 2.ª Reg., HC 92.02.06.799, v.u., DJU 02.06.1992, p. 15.363.

(52) Interessante é a transcrição de duas ementas sobre o tema:

“*Habeas Corpus*. Custódia Preventiva. Fundamentação inconvincente. Decreto de prisão preventiva fundamentado principalmente no temor de evasão do paciente. A custódia cautelar não pode se basear em conjecturas, mas na real necessidade de constrição que justifique a excepcionalidade da medida. Precedentes do STF. Recurso provido” (STF, 2.ª T., RHC 67.069-5-MG, rel. Min. Francisco Rezek, v.u., RT 643/380);

“O que se tem reconhecido, reiteradamente, mesmo no Colendo Supremo Tribunal Federal, é que ‘o decreto de prisão preventiva deve ser convincentemente motivado, não sendo suficientes meras conjecturas de que o réu poderá fugir ou impedir a ação da justiça. Assim, a fundamentação não pode se basear em proposições abstratas, como simples ato formal, mas resultar de fatos concretos’ (RTJ 73/411)” (TJSP, 1.ª Câmara, HC 84.153-3-Apiá, rel. Des. Jarbas Mazzoni, v.u., RJTJSP 124/544).

(53) STJ, HC 2.012, v.u., DJU 03.08.1992, p. 11.334; STJ, 6.ª T., HC 1.846, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., DJU 17.05.1993, p. 9.361; STJ, 5.ª T., RHC 4.139-0-PE, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 05.12.1994, v.u., DJU 06.02.1995, p. 1361.

(47) TACrSP, 3.ª Câmara, HC 31.164 – São Paulo, rel. Juiz Chiaradia Netto, j. em 20.05.1971, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, cit., Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, 3.º v., p. 453, n. 5.219.

(48) 1.ª T., HC 60.255-PE, rel. Min. Néri da Silveira, v.u., RT 576/446. Cf. também, TJSP, Câms. Conj. Crims., HC 76.244, rel. Des. Arruda Sampaio, v.u., RT 351/90; Câms. Conj. Crims., HC 82.619, rel. Des. Chiaradia Neto, v.u., RT 370/160; Seção Criminal, HC 93.898, rel. Des. Adriano Marrey, v.u., RT 391/65.

(49) 6.ª T., RHC 3.611-7-RJ, j. em 29.06.1994, v.u., DJU 28.08.1994, p. 22.219.

(50) 6.ª T., RHC 4.261-3-SP, j. em 13.02.1995, v.u., DJU 13.03.1995, p. 5316-7.

*sursis*, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, apelação em liberdade com ou sem fiança e até prisão-albergue domiciliar em caso de eventual confirmação da sentença condenatória, *não haverá motivo para que venha a furtar-se à aplicação da lei penal*.

A respeito do tema *La Fuga o il Concreto Pericolo di Fuga*, Antonio Cristiani lembra: "(...) che già era stata segnalata dalla dottrina, circa l'improbabilità della fuga di un imputato che sappia di poter fruire, in caso di condanna, di una sospensione condizionale o di un indulto".<sup>54</sup>

Desta feita, nessas hipóteses, a fundamentação do decreto de prisão preventiva, somente com base na garantia da aplicação da lei penal, será inconsistente.

E aqui encontra amparo a situação do integrante do MST que se veja processado por qualquer dos crimes previstos nos arts. 150, 161, 163, 329, *caput*, 330 e 345 do CP, ou, ainda, pelo delito do art. 20 da Lei 4.947/66, que *são apenados com detenção*, sobretudo lembrando que alguns desses crimes são considerados, inclusive, *infrações de menor potencial ofensivo* (art. 161, *caput* e § 1.º, II; 163, *caput*; 150, *caput*; 345 e 330), conforme já salientado.

Mesmo no que concerne à imputação de quadrilha ou bando simples, apenada com reclusão de um a três anos, tudo indica que, na hipótese de condenação, ainda que se fixe a pena em até o dobro do mínimo, haverá direito a *sursis* (art. 77 do CP), ou, então, a penas restritivas de direitos, conforme a nova redação dos arts. 43 et seq. do CP dada pela Lei 9.714, de 25.11.1998, previstas para penas não superiores a quatro anos, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

No que se refere ao requisito da garantia da ordem pública, é ele o ponto mais delicado dos termos do art. 312 do CPP.

Evidente que qualquer violação à lei encerra violação às normas de conduta estabelecidas pelo Estado. Manifesto, porém, que o conceito, aqui, de *ordem pública* exige mais, sob pena de se transformar a prisão preventiva em prisão obrigatória para todo e qualquer processo, tendo em vista que a "ordem pública" teria sido violada.

As correntes doutrinárias tradicionais, com as quais não comungamos, são duas acerca do conceito processual penal de "ordem pública": uma aponta para o sentido de que ela representaria o perigo da *reiteração criminosa* ou da *consumação do delito tentado* e, outra, dirige-se ao *impacto social* e até ao resguardo da *credibilidade do Poder Judiciário*.

Assim é que Basileu Garcia, da primeira corrente, escreve:

"Para a garantia da ordem pública, virá o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, *evitar que o delinqüente volte a cometer delitos*, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência".<sup>55</sup>

Observe-se, desde logo, entretanto, que "indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal", se esta-

(55) *Comentários ao Código de Processo Penal*, cit., vol. III, p. 169-170. Nessa esteira igualmente se encontram os ensinamentos de M. Costa Manso (*O processo na segunda instância e suas aplicações a primeira*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1923, v. I, p. 617), João Mendes de Almeida Júnior (*O processo criminal brasileiro*, 3. ed., 1920, v. I, p. 379) e Vittorio Grevi (*Le libertà e il codice*, *Corriere della sera*, Milano, Anno 119, n. 166, 14.07.1994, p. 1 e 13).

(54) *Manuale del Nuovo Processo Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1989, p. 236.

vam em liberdade, encontravam-se nessa condição em virtude de *liberdade condicional*, podendo ser esta suspensa imediatamente (LEP, art. 145), ou, então, em decorrência de *fuga* do estabelecimento penitenciário, sendo recapturados, o que torna, à evidência, desnecessária a prisão preventiva.

A par dessas observações, esse conceito de ordem pública é criticado pelo já referido professor espanhol Victor Moreno Catena, cujas palavras ressaltam que, nesta hipótese, estaríamos diante de verdadeira *presunção de culpabilidade*:

“Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de *prevención especial*: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea — *probable comisión de 'otros' o 'ulteriores' delitos* — deja entrever que esta concepción se asienta en una *presunción de culpabilidad*. La privación de libertad se entiende así como un remedio frente a la temida peligrosidad del inculcado, si bien no cabe perder de vista que la *valoración de dicha peligrosidad sólo puede encontrar su normal fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa*”.<sup>56</sup>

Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos, valorando-se, de antemão, sua periculosidade, baseia-se, sobretudo, em *dupla presunção*: a primeira, de que o acusado cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, cometerá outro delito ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado.

Restariam violadas, portanto, as garantias constitucionais da *desconsideração*

*prévia de culpabilidade* (Constituição da República, art. 5.º, LVII) e da *presunção de inocência* (Constituição da República, art. 5.º, § 2.º, c/c os arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8.º, 2, 1.ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Aliás, nas hipóteses de *reiteração criminosa* “contra a mesma ou diversa pessoa, ou para a consumação do crime tentado”,<sup>57</sup> caberia, então, e *aí sim*, a *prisão em flagrante* quando do cometimento do novo crime ou da tentativa de consumação do anterior.

Não é acertada, também, a orientação de que o requisito da garantia da ordem pública se verifica no caso da salvaguarda da integridade física do próprio acusado,<sup>58</sup> diante de eventual vingança de familiares da vítima. A propósito, M. Costa Manso adverte que “se o criminoso é que é ameaçado de represálias, por parte da vítima, da família desta, ou de elementos populares, não se justifica a prisão. O que a autoridade neste caso deve fazer, é garanti-lo contra qualquer violência, e não tirar-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo”.<sup>59</sup>

Outros autores vinculam a ordem pública ao *impacto social e até à credibilidade do Poder Judiciário*.<sup>60</sup>

(57) M. Costa Manso, op. e v. cit., p. 617.

(58) A respeito, João Mendes de Almeida Júnior (*O processo criminal brasileiro*, 4. ed., cit., p. 347) traz o pensamento de Faustin Hélie que, à sua época, aventava esta hipótese.

(59) *O processo na segunda instância e suas aplicações a primeira*, cit., v. I, p. 617. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67 e 68, nota de rodapé n. 10, também cita essa passagem de M. Costa Manso. Nessa linha, igualmente encontram-se os seguintes acórdãos: TJDF, HC 5.396, v.u., DJU 05.12.1990, p. 29.549, e TJSP, RT 655/278.

(60) Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, Saraiva, 1991, p. 67, esclarece, baseando-se na

(56) *Derecho procesal — Proceso penal*, em co-autoria com Vicente Gimeno Sendra e Valentin Cortes Dominguez, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 368.

Quanto ao impacto social, o Desembargador Vasconcelos Leme, relatando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, assim definiu a expressão *ordem pública*:

“A ordem pública, no sentido em que deve ser entendida, de *perturbação da ordem pública*, evidentemente não ocorre.

Nada diz que a liberdade do paciente possa causar *perturbação de tal monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantias para a sua tranquilidade*”.<sup>61</sup>

Tratar-se-ia, de situações extremas, ou seja, “a infração penal com requintes de selvageria, a conduta significativamente abjeta, a repercussão inusitada, ilustrativamente, reclamam pronta e eficaz reação jurídica”, como aduz o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.<sup>62</sup> Por exemplo, po-

deríamos citar os atentados com explosivos, como a dinamite,<sup>63</sup> em locais de alta concentração de pessoas, ou em casos repugnantes como quando o acusado, “na prática do delito, demonstra insensibilidade moral, beijando a vítima já esfaqueada”,<sup>64</sup> condutas estas que, nem de longe, se comparam com as invasões do MST, por evidente.

Porém, é indisfarçável que nesses termos a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – insito a toda e qualquer medida cautelar, identificando-se com uma verdadeira punição sumária diante da gravidade da imputação, a qual, com a posterior decisão condenatória, caso ocorra, seria simplesmente “ratificada” pela sentença. Isto representaria a *inversão e a própria negação não só do processo penal, como, também, de todas as garantias constitucionais que tocam a ele: primeiro se pune a pretexto de manter-se a “ordem pública” para, depois, na sentença, após o desenrolar de todo o processo, formar-se a convicção da culpabilidade ou inocência do acusado!*

Não há como negar, com efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc. – o

doutrina tradicional: “À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de *defesa social*; fala-se, então, em ‘*exemplaridade*’, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o *sentimento de justiça* da sociedade; ou, ainda, em *prevenção especial*, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à *supressão de provas* ou dirigidas contra a *própria pessoa do acusado*...”. O mesmo autor acrescenta, ainda, que este critério se traduz em “um recurso retórico do legislador, utilizado ‘com o objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica’ e que implica ‘a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica’” (p. 66).

(61) HC 45.429 – Capital, j. em 24.05.1955, m.v., RT 239/66.

(62) STJ, 6.ª T., RHC 3.096-8/SP, j. em 22.03.1994, v.u. Nesse sentido, também

da lavra do mesmo Ministro, RHC 2.775-4, v.u., DJU 13.09.1993, p. 18.579.

(63) “A preservação da ordem pública autoriza a prisão preventiva, nessas condições. Quem atenta contra pessoas ou coisas, a dinamite, revela periculosidade evidente, não se autorizando, sem maiores esclarecimentos, opor óbices à atividade do julgador de primeira instância, recolhendo-o à prisão, desde logo, para a garantia de todos, em circunstâncias semelhantes” (TJSP, HC 71.382 – Santos, rel. Des. Cantidiano de Almeida, j. em 08.08.1961, v.u., RT 320/73).

(64) STJ, 6.ª T., RHC 5.604-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 09.09.1996, v.u., DJU 14.10.1996, p. 39.037.

*não se confunde com a perturbação das testemunhas e jurados, como abaixo será exposto – estar-se-á presumindo a culpabilidade do acusado, como aponta o referido Professor espanhol Victor Moreno Catena:*

“Por las mismas razones, no es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de *calmar la alarma social* que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. *Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación de libertad* en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del inculpado, *como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito* (la reiterada y conocida invocación a la inseguridad ciudadana desde algunos sectores llevaron, entre otras razones, a modificar la reforma de la prisión provisional introducida por la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril). Una concepción de esta naturaleza resulta insostenible en un sistema constitucional como el español, que acoge un riguroso respeto por los derechos de los ciudadanos y proclama la presunción de inocencia. De este modo, la vía legítima para calmar la alarma social – esa especie de ‘sed de venganza’ colectiva que algunos parecer ver y por desgracia en ciertos casos se da – no puede ser la prisión provisional, encarcelando sim más y al mayor número posible de los que *prima facie* aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una resolución judicial rápida sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la sentencia dictada en un proceso penal determinará la culpabilidad y la sanción del acusado”.<sup>65</sup>

Isso tudo, sem prejuízo, porém, do reconhecimento de que a efetiva perturbação da ordem pública, em hipóteses de crimes

cometidos com grande carga de violência, pode, em casos extremos, vir a *tumultuar o bom andamento da persecução penal*, seja na fase do inquérito ou do processo, influenciando sobretudo as testemunhas e os jurados.

Isto porque, em situações especialíssimas e excepcionais, em que a prova a ser colhida se refere a fatos com grande violência, a perturbação mencionada por Vasconcelos Leme poderia atingir, então, a própria regularidade dos atos dessa persecução, ou seja, conforme referido, a segurança das testemunhas e a tranquilidade dos jurados, encontrando-se aí – *e talvez só aí* – a *cautelaridade processual*, constitucionalmente exigida.

A garantia da ordem pública, aqui, passa a se identificar com a própria *conveniência da instrução criminal*, baseada em dados concretos constantes dos autos. Por exemplo, quando durante o cometimento do crime, o ladrão armado ameaça a vítima, dizendo: “Se você me denunciar, eu mato a sua família...”.

Todavia, mesmo ao analisar o problema da perturbação da ordem pública com vistas ao bom desenvolvimento do processo, como acima afirmado por nós, deve ainda o magistrado agir *com muita cautela*, estando atento às hipóteses de *dramatização*<sup>66</sup> promovida pelos meios de comunicação em massa. Tal dramatização, que visa mais aumentar a audiência televisiva ou radiofônica, ou ainda, o número de leitores de periódicos, com a finalidade precípua de valorizar o espaço para a propaganda, do que, realmente, informar, de forma isenta, o ocorrido.<sup>67</sup>

(66) Alberto Silva Franco, em palestra realizada por Mario Chiavario, em 05.10.1993, no Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, chamou a atenção para a questão da “dramatização” de eventos delituosos.

(67) Cf. Raul Cervini. Incidencia de las ‘mass media’ en la expansion del control penal en latinoamérica. *Revista Brasileira de*

(65) *Derecho Procesal – Proceso Penal*, em co-autoria com Vicente Gimeno Sendra e Valentin Cortes Dominguez, cit., p. 368 e 369.

A propósito, o Ministro Adhemar Maciel, do Superior Tribunal de Justiça, relatou acórdão com a seguinte ementa:

“(…)

II – Não se pode confundir ‘ordem pública’ com o ‘*estardalhaço causado pela imprensa* pelo inusitado do crime’. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP”.<sup>68</sup>

Por fim, lembrando que muitos dos crimes imputados ao MST ou são infrações de menor potencial ofensivo ou, então, apenados com detenção, salvo a acusação de quadrilha ou bando, que, nos limites referidos neste estudo, é insustentável, resta analisarmos o requisito da manutenção da *ordem econômica*.

A respeito do interesse estatal em estipular regras para a organização de sua economia, José Celso de Mello Filho<sup>69</sup> anota que esse movimento veio com o aparecimento do Estado Social, que surgiu com vistas a minimizar “os abusos e as iniquidades cometidos contra os assalariados”, sob a égide da doutrina do *laissez-faire*, *laissez-passer*, base ideológica do Estado Liberal.

Celso Ribeiro Bastos<sup>70</sup> observa que mesmo Estados que se mantêm liberais, ado-

tam políticas intervencionistas, não obstante este quadro esteja se revertendo atualmente. Consequentemente, as cartas políticas passaram a estipular determinados regramentos com o fim de direcionar a organização das economias, com vistas a um melhor equilíbrio social.

A respeito, Miranda Gallino distingue ordem econômica de economia:

“Economía y orden económico son cosas diferentes. La economía es un hecho, un fenómeno cultural y social, en su expresión primaria, ella puede existir con escasa, o aun sin protección jurídica, abandonada al buen criterio de los hombres en sus operaciones de cambio y producción, en el seno de una sociedad ideal. Sin embargo, en nuestra sociedad actual sin un *cierto orden*, esta economía no puede prosperar, no puede desarrollarse al punto de constituir un eficaz instrumento de plena satisfacción de las necesidades materiales del hombre. Esto permite afirmar que el derecho penal, no protege o tutela la realización del fenómeno económico como un hecho en sí, sino que protege la *integridad del orden*, que se estima necesario para el cumplimiento de ese hecho, de manera que puedan producirse así los fines propuestos. Resulta así claro que cualquier conducta que produzca la ruptura de este orden (concebido a manera de equilibrio indispensable en las manifestaciones económicas) trae como consecuencia una necesaria sanción” (*Delitos contra el orden económico*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 26 c 27).

No Brasil, os regramentos constitucionais da *ordem econômica* encontram-se dispostos no art. 170 de nossa Carta Política, *verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

*Ciências Criminais*. São Paulo: RT, janeiro e março de 1994, v. 5, p. 39.

(68) 6.<sup>a</sup> Turma, HC 3.232-2 – RS, j. em 28.03.1995, DJU 04.09.1995, p. 27.863, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, “Ementário de Jurisprudência”, p. 527, item II.27. Obs.: Não há registro se a decisão foi unânime ou tomada por maioria de votos.

(69) *Constituição Federal anotada*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 498 e 499. Vide, também, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, tomo V, p. 439 *usque* 458.

(70) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, 7.<sup>o</sup> v., p. 3 a 10.

- III — função social da propriedade;
- IV — livre concorrência;
- V — defesa do consumidor;
- VI — defesa do meio ambiente;
- VII — redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII — busca do pleno emprego;
- IX — tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Ao incluir a preservação da *ordem econômica* como motivo autorizador da decretação de prisão preventiva, parece que o legislador estava com as vistas voltadas aos crimes que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro, abalando-o, os quais geralmente se perpetram sem o uso de violência física, mas com a inteligência e o engodo.

Em tese, mesmo havendo decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não tinha cabimento a prisão preventiva com vistas à garantia da ordem pública, quando se tratasse de crimes econômicos, mas somente para delitos que envolvessem grande carga de violência ou grave ameaça contra a pessoa,<sup>71</sup> hoje estaria autorizada a prisão preventiva também para esses delitos, desde que de grande monta, em face do novo texto legal.

(71) Por exemplo: “Crimes de estelionato, duplicata simulada e quadrilha. *Ausência de periculosidade ou risco de lesão à ordem pública* que autorize o encarceramento provisório. Fundamentação que não sustenta a subsistência da medida” (STF, 2.<sup>a</sup> T., RHC 67.239-6-SP, rel. Min. Francisco Rezek, v.u., DJU 19.05.1989, p. 8.440). Com idêntico teor (STF, 2.<sup>a</sup> T., RHC 67.217-5-SP, rel. Min. Francisco Rezek, v.u., DJU 12.05.1989, p. 7.793).

Apesar da criminalidade econômica, *a priori* e aparentemente não impressionar tanto o cidadão quanto a violenta, que lhe está mais próxima, e não nos distantes e altos escalões do Governo, ou na quase intangível órbita em que se dão as decisões do mercado financeiro, ou, ainda, no mundo das decisões daqueles que presidem enormes grupos empresariais, de forma impessoal e através de prepostos,<sup>72</sup> é de se atentar para o fato de que as consequências advindas desse tipo de criminalidade, muitas vezes, envolvem um número enorme de pessoas e são tão prejudiciais à sociedade quanto a criminalidade violenta.

Todavia, por mais que o delito haja ocorrido e suas consequências se operado, a prisão daquele que tenha violado as regras econômicas impostas inclusive pela Constituição da República, se afasta, por completo, da sua natureza instrumental, uma vez que a prisão preventiva jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a consequente desestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.

Além do mais, a atividade dos membros do MST em nada abala a ordem econômica, muito pelo contrário. Isto porque, como visto, o próprio *caput* do art. 170 da Constituição da República enfatiza a necessidade, através das normas que se destinam a organizar a economia, de se buscar a *justiça social*, a *valorização do trabalho humano*, o *asseguramento a todos de existência digna*, reconhecendo o Cons-

(72) Nesse sentido, Manoel Pedro Pimentel (*Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973, p. 28 e 29) quanto à impessoalidade das decisões nos grandes grupos empresariais, Paulo Salvador Frontini (Crime econômico por meio de empresa. Relevância da omissão causal. *Revista de Direito Mercantil*, v. 5, ano XI, p. 42), citado pelo primeiro.

tituinte, ainda, no inc. III desse mesmo artigo, a *função social da propriedade*.

#### 4. Conclusões

Ao final deste estudo, nos permitimos afirmar, com a mais profunda convicção, que os aplicadores do Direito não podem olvidar-se da miséria das crianças de rua, herança do êxodo rural, despojando-se, sob o manto da fria legalidade, de qualquer comprometimento com as mudanças sociais.

A sensibilidade é um dom dos brasileiros e todos nós temos a consciência desse maravilhoso predicado. Sabemos que, pelo menos em nossa classe média e na população mais pobre, um vizinho não precisa marcar hora para bater à nossa porta; que em nossas mesas, sempre cabe mais um, por mais escasso que possa ser o alimento. A nossa índole acolhedora é conhecida por todos estrangeiros que nos visitam e saem encantados com a receptividade do povo brasileiro.

É somente com essa sensibilidade que poderemos interpretar a rígida e estática lei sob o aspecto histórico-evolutivo, ou seja, verificando que, por vezes, “os objetivos do legislador histórico não são mais reconhecíveis de modo claro” ou, então, que “as necessidades sociais do mundo em transformação passam a exigir uma *reavaliação* dos fins propostos para determinada legislação”, como nos ensina o eminente Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Tércio Sampaio Ferraz Junior.<sup>73</sup>

A sabedoria de Henri de Page, ao tratar da chamada interpretação *sociológica*, que se aproxima da acima referida, transpõe

cristalina quando afirma, lembrado por Alípio Silveira, que “a interpretação das leis não deve ser formal; deve ser, antes de tudo, real, humana, *socialmente útil*”.<sup>74</sup>

Nesse contexto, e sob a égide do nosso Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a tutela das liberdades individuais e como um dos primordiais escopos a busca da justiça social, é que o direito penal e o direito processual penal devem ser interpretados e aplicados.

Se o direito penal busca prevenir que gravíssimos conflitos sociais surjam, ou pelo menos minimizar ao máximo a sua sempre inevitável ocorrência, é evidente que esta prevenção não pode se dar tão somente através da automática e quase que mecânica imposição de sanções criminais àqueles que tenham violado as normas insculpidas na antiga parte especial do Código Penal ou em leis penais extravagantes; é imprescindível, e daí a grandeza e beleza do Direito, refletir acerca das *reais causas* desses conflitos, que, no caso dos sem-terra, encontram raízes em um vergonhoso estado de coisas, na exaltação da ganância e do egoísmo humanos, os quais, em latifúndios que abrangem extensões de países inteiros, encontraram concretude.

Enfim, os órgãos do Poder Judiciário, o Ministério Público e os advogados, todos, devem estar atentos a este outro conflito social – o da miséria – que é  *muito mais profundo e relevante* do que as aparentes, só aparentes, violações ao Código Penal por parte dos integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra que invadem fazendas improdutivas, com o único objetivo de pressionar o Governo a acelerar a implementação da Reforma Agrária, nos limites aqui traçados.

(73) *A ciência do direito*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 74 et seq.

(74) *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, 1. ed. São Paulo: RT, 1968, v. 1, p. 126.

## 2. DOCTRINA NACIONAL

---

### 2.8

#### TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

SYLVIA HELENA F. STEINER

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O estabelecimento do tribunal e sua competência – 3. Os princípios gerais de direito penal – 4. Composição e administração da Corte – 5. Investigação e ajuizamento das ações – 6. Das penas aplicáveis – 7. Da apelação e da revisão – 8. Da cooperação internacional – 9. Da execução das penas – 10. Considerações finais.

**Resumo:** O artigo trata da criação do Tribunal Penal Internacional, desde seu surgimento histórico, princípios norteadores, crimes, procedimento e competência, adotando como fio condutor a análise sucinta dos artigos do estatuto do tribunal.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional – Competência – Princípios – Procedimentos – Crimes – Penas.

#### 1. Introdução

Após os horrores e as atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra, as nações deram-se conta da necessidade de se criar um corpo normativo supranacional, que identificasse e consagrasse um rol mínimo de direitos fundamentais reconhecidos como inerentes à própria existência humana, e dotasse a comunidade internacional de um sistema de proteção a esses direitos, como condição de sobrevivência da espécie. A experiência trazida pelos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, que submeteram os acusados por crimes de violação massiva de direitos humanos, se por um lado despertou a consciência da humanidade para a necessidade dessa rede supranacional de justiça punitiva de violações de direitos, por outro não se mostrava a mais adequada, pelos vícios

que a impregnavam. Com efeito, tratavam-se, ambos, de verdadeiros tribunais de exceção, criados pelos Estados vencedores, e após os fatos, para julgar os nacionais dos Estados vencidos.

A garantia fundamental, reconhecida pela Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, do direito a um julgamento justo, levou a comunidade internacional a evoluir no propósito de criação de um sistema judicial internacional permanente, independente e imparcial, para processo e julgamento de crimes que transcendessem a esfera de interesses dos Estados.

A instalação de dois Tribunais *ad hoc* nesta década – o Tribunal de Ruanda (ICTR) e o Tribunal da extinta Iugoslávia (ICTY), por Resoluções do Conselho e Segurança da ONU, já representou um avanço. Agora, a iniciativa partia do Conselho de Segurança da ONU, órgão em tese imparcial, dotado de legitimidade para declarar a existência de situação de conflito armado, ou de reconhecer a prática de crime de genocídio ou de crimes de guerra em determinado território. Não mais o julgamento dos vencidos pelos vencedores, mas dos violadores por uma Corte instalada por decisão de um organismo internacional.

Sem dúvida, uma evolução. No entanto, a imparcialidade das decisões do Conselho de Segurança da ONU também vinha, e vem sendo, questionada. O sistema universal de proteção a direitos e garantias fundamentais não poderia ficar a depender da decisão política de um órgão que nem sempre, como se tem visto, reflete a vontade dos Estados. De outra parte, a preservação desses direitos está, muitas vezes, acima da vontade dos próprios Estados.

Não sem motivo os reclamos da comunidade internacional pela criação de um sistema judicial imparcial, independente e permanente, destinado ao processo e julgamento dos mais graves crimes cometidos contra a humanidade. Reconhece-se que a segurança da humanidade, em certa medida, depende da existência de um ordem internacional dotada de um sistema penal punitivo, como corolário da própria ordem legal internacional.

Por tais razões, no âmbito das Nações Unidas, já no início da década de 90, a Comissão de Direito Internacional elaborou o primeiro projeto de estatuto de um Tribunal Penal Internacional. Apresentado o projeto, a Assembleia Geral estabeleceu um Comitê, com a participação de todos os Estados-membros e de observadores das Nações Unidas para discussão e apresentação de emendas ao projeto da Comissão. Esse Comitê reuniu-se entre 1996 e 1998, culminando pela apresentação de um reformado projeto para discussão na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma em junho e julho de 1998. Aos 17 de julho, finalmente, a Conferência aprovou o chamado Estatuto de Roma, criando o Tribunal Penal Internacional.<sup>1</sup>

(1) Embora ainda não haja tradução oficial do Estatuto para a língua portuguesa, diversos dos termos a serem utilizados neste trabalho foram tirados da versão espanhola, sempre comparada ao texto oficial em inglês. Alguns dos institutos vêm em tradução livre, a fim de que sejam melhor compreendidos à luz de institutos semelhantes de

Feitas tais considerações introdutórias, tentaremos, de forma resumida, apresentar o Tribunal Penal Internacional, apenas em relação à sua estrutura e competências. Importante deixar claro que o objetivo do presente trabalho é apenas uma introdução à estrutura e competências da Corte, já que as normas estatutárias estão sendo discutidas e aperfeiçoadas pelos grupos de trabalho da Comissão Preparatória, e farão parte integrante do conjunto normativo que regulará, efetivamente, o funcionamento da Corte. Assim, e para simplificar a compreensão do Estatuto, seguiremos a ordem das partes de seu texto, tal como nele apresentadas. Ao final, nos propomos a apresentar os temas que mais têm sido debatidos, mesmo porque a discussão sobre sua compatibilidade com nosso texto constitucional vem ganhando foros, na medida em que a comunidade internacional cobra das nações a adesão ao Estatuto. Assim, embora sem pretender apontar as soluções, este trabalho tentará demonstrar as dificuldades que vêm sendo postas em debate, principalmente em relação aos institutos da entrega de nacionais ao Tribunal, e a previsão da pena de prisão perpétua aos condenados.

## 2. O estabelecimento do tribunal e sua competência

Em seu Preâmbulo, o Estatuto do TPI reconhece que os graves crimes cometidos

nosso direito interno. A própria escolha do nome Tribunal Penal Internacional, ao invés de Corte Penal Internacional, adotada em várias traduções, deve-se ao fato de que, nos países iberoamericanos, o termo Tribunal é o que melhor traduz a estrutura dos órgãos judiciais colegiados com competência para processo e julgamento de pessoas, físicas ou jurídicas, enquanto que as Cortes internacionais reconhecidas têm jurisdição sobre Estados. De qualquer forma, frise-se que a tradução aqui apresentada é livre, podendo ser revista quando da publicação da tradução oficial.

neste século contra homens, mulheres e crianças, constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, e que não mais se pode admitir a impunidade dos infratores. A punição dos infratores, assim, contribui para a prevenção de novos crimes. Portanto, no interesse das gerações presentes e futuras, os Estados decidem estabelecer uma Corte de caráter permanente, independente, com competência sobre os crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional em seu conjunto.

Portanto, o TPI, como instituição permanente, exercerá sua jurisdição sobre pessoas, e em relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, sempre tendo um caráter complementar às jurisdições internas. Vale dizer, o Tribunal exercerá sua jurisdição sempre que esgotadas, ou falhas, as instâncias internas dos Estados.

A sede do TPI será em Haia, tendo personalidade jurídica internacional, vinculando-se ao sistema das Nações Unidas.

A competência do TPI vem descrita no seu art. 5.º: sobre o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

Embora em seus arts. 6.º a 8.º o Estatuto aponte para uma descrição básica dos delitos de genocídio, de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra, a tipificação desses delitos, com todos os seus elementos e circunstâncias, vem sendo elaborada pela Comissão Preparatória designada pela Assembléia das Nações Unidas, que vem se reunindo em sessões de discussão de grupos de trabalho. O Grupo de Trabalho de Elementos dos Crimes (WGEC), ao lado do Grupo de Trabalho de Regras de Procedimento e Prova (WGRPE) devem apresentar, já em junho do ano 2000, o resultado final com o texto definitivo das normas pertinentes.

O crime de agressão, segundo previsão do art. 5.º, 2, será submetido à competên-

cia da Corte apenas após a aprovação de emenda ao Estatuto, na forma prevista nos seus arts. 121 e 123. A grande resistência de alguns Estados, especialmente daqueles com poder de veto no Conselho de Segurança da ONU, na tipificação do crime de agressão, persiste, já que tiraria desse órgão o poder de determinar com exclusividade a existência de situação de agressão, como hoje ocorre.

Como elementos básicos, apresenta o Estatuto, no seu art. 6.º, que o crime de genocídio é qualquer ato praticado com intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. As condutas básicas apresentadas no texto do Estatuto referem-se à matança de membros do grupo, lesões graves à integridade física, submetimento do grupo a condições de existência que possam acarretar sua destruição física, total ou parcial, assim como as medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo ou o traslado forçado de crianças do grupo para outro grupo.

Em seu art. 7.º define os crimes contra a humanidade como aqueles cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Dentre as diversas condutas arroladas numa série de alíneas, destacam-se as condutas de homicídio, escravidão, deportação forçada da população, tortura, violações sexuais, desaparecimentos forçados e o *apartheid*.

Os crimes de guerra, apresentados no art. 8.º, são aqueles cometidos como parte de um plano ou política de cometimento de tais atos em grande escala, e que estejam previstos nas Convenções de Genebra de 1949, em situações de conflitos armados internacionais ou em situações de conflitos armados internos, exceto aqueles decorrentes de motins, atos isolados ou esporádicos de violência ou tensões internas. Entre outros, os homicídios, a tortura, a privação de julgamento justo, a tomada de reféns, os ataques intencionais contra a

população civil que não participa das hostilidades, o ataque a pessoal e material de órgãos humanitários ou hospitais, as violações sexuais, o uso de armas de guerra que tragam sofrimento desnecessário etc...

Embora em cada um desses artigos venham elencadas uma série de circunstâncias tidas por típicas, assim mesmo entenderam os Estados necessária a criação do já mencionado Grupo de Trabalho de Elementos dos crimes, que vem circunstanciando detalhadamente cada uma das condutas descritas nas alíneas de cada artigo.

O Tribunal exercerá sua competência em relação aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, o que se dará quando contiver a ratificação de sessenta Estados. Para os Estados que aderirem posteriormente, a competência só poderá ser exercida sobre os fatos cometidos após a entrada em vigor para esse Estado (art. 11).

Os Estados, ao ratificar o Estatuto, estarão aceitando sua competência obrigatória, e somente sobre estes o Tribunal poderá exercer sua jurisdição. Em outras palavras, a Corte só tem jurisdição sobre os Estados-Partes no Estatuto, e desde que os crimes tenham sido cometidos nesse Estado, a bordo de nave ou aeronave desse Estado, ou por um seu nacional (art. 12).

A iniciativa da investigação fica a cargo do Procurador, de ofício ou por provocação do Estado-Parte ou do Conselho de Segurança da ONU (art. 13). Em razão dessa regra, e como garantia da própria independência do Tribunal, uma série de normas asseguram a independência do Procurador, que tem poderes investigativos amplos (art. 15). O caráter do TPI é essencialmente acusatório, embora, como veremos adiante, possuam os magistrados alguns poderes para requisitar complementação probatória.

O Tribunal Penal Internacional rege-se pelo princípio da complementaridade. Não antecede os sistemas judiciais internos. Ao

contrário, para exercer suas competências exige o preenchimento de uma série de requisitos atinentes à admissibilidade, centrados especialmente na questão referente ao esgotamento dos recursos internos, embora aqui com um sentido mais amplo do que aquele previsto nos Estatutos das Cortes Européia e Americana. Assim é que vem expressa a previsão de competência da Corte sempre que um Estado não esteja disposto a levar a cabo a investigação dos fatos, ou não possa fazê-lo. Prevê ainda a hipótese de que esteja em curso procedimento interno, mas conduzido de forma a demonstrar que tal procedimento seja incompatível com uma real intenção de apurar responsabilidades. Veja-se a amplitude da previsão, consistente com a prática de procedimentos viciados que levam muitas vezes à impunidade, pela prescrição das ações ou por sentenças absolutórias proclamadas com vistas a subtrair os acusados da jurisdição internacional (art. 17).

Para finalizar esse capítulo, vale a referência à previsão expressa do respeito à coisa julgada (art. 20).

### 3. Os princípios gerais de direito penal

O Estatuto do TPI traz expresso o princípio da legalidade em seu art. 22. Não se admite a analogia, nem a interpretação extensiva. Também é expresso o princípio da legalidade das penas (art. 23), embora o sistema de penas nele previsto seja diverso daquele por nós reconhecido. Em verdade, todas as discussões havidas no âmbito do Comitê Preparatório, antes da aprovação do Estatuto, geraram em torno da adoção de um modelo de Tribunal que não refletisse, com preferência, nenhum dos sistemas judiciais predominantes — do *common law* ou do *civil law*. Também não se perseguiu um sistema híbrido, apenas conjugativo de ambos, mas sim um sistema novo, especial em relação aos modelos conhecidos. Nem sempre a proposta foi realizada, já que diversos institutos do

Estatuto refletem ora um ora outro sistema, e muitas vezes colidem exatamente em razão desse hibridismo.

Assim é na previsão da estrita legalidade das penas, cuja previsão é tão somente em relação à qualidade destas (reclusão por até trinta anos ou prisão perpétua, além de multa e confisco do produto do crime — art. 77), sendo que deixa à livre discricionariedade dos juízes a quantidade da pena aplicável para cada delito.

Também prevê o Estatuto a irretroatividade de suas normas, exceto as que vierem a beneficiar o acusado (art. 24). A responsabilidade penal é individual, previstas as figuras de autor ou partícipe (art. 25). De se destacar as previsões dos arts. 27 e 28, que afastam as chamadas imunidades dos Chefes de Estado ou de qualquer autoridade que exerça cargos oficiais, ainda que tais imunidades sejam em regra reconhecidas em outras normas de direito internacional para outros fins. Em relação aos chefes militares, aponta-se inclusive para a possibilidade de atribuir-se-lhes a prática de crimes pela omissão em exercer sobre as tropas sob seu comando a vigilância necessária, ou por não adotar as medidas necessárias para evitar que os crimes fossem cometidos. Em regra, os crimes são punidos apenas a título de dolo (art. 30).

São inimputáveis os menores de dezoito anos (art. 26). São consideradas circunstâncias eximentes a doença mental ou desenvolvimento mental retardado, a legítima defesa e a coação diante de ameaça de morte ou lesões graves. Outras eximentes podem ser reconhecidas pela Corte (art. 31). Também a estrita obediência a ordens superiores, em circunstâncias que o Estatuto descreve, podem ser tidas por eximentes (art. 33).

O Estatuto traz previsões sobre o erro de fato ou de direito, no sentido de que não constituem eximentes de responsabilidade, exceto se tais erros demonstrarem a inexistência do dolo (art. 32).

#### 4. Composição e administração da Corte

O TPI compõe-se de Câmara de Julgamento Preliminar, Câmara de Primeira Instância e Câmara de Apelações.<sup>2</sup> Além desses órgãos, integram-no a Procuradoria e a Secretaria.

O corpo judicial é composto de dezoito juízes. Escolhidos pela Assembléia dos Estados-Partes, devem ter, além de reconhecido valor moral e competência para ocupar os mais altos cargos do Poder Judiciário em seus Estados de origem, formação em direito penal e processual penal ou em direito internacional humanitário, além de outros requisitos elencados no art. 36. O Estatuto exige, ainda, que a composição da Corte assegure o equilíbrio da representação de gênero, além de representação dos principais sistemas jurídicos e distribuição geográfica equitativa.

Estão previstas hipóteses de dispensa de magistrados, ou de sua recusa, tudo a assegurar a imparcialidade dos julgamentos (arts. 40 e 41).

O Procurador, também escolhido pela Assembléia dos Estados-Partes, atuará de forma independente, inclusive para a administração da Procuradoria, onde poderá contar com Procuradores Adjuntos. Além dos requisitos da idoneidade moral e reconhecida competência, devem demonstrar experiência na prática do exercício de ações penais (art. 43), dentre outros requisitos. Suas relevantes funções vêm elencadas nas diversas alíneas do citado dispositivo.

O Secretário do TPI exerce relevantes funções, na medida em que é responsável por toda a estrutura administrativa do Tribunal. Para ter-se uma idéia da importância de suas funções, é o Secretário que,

(2) Na versão oficial em inglês, Pre Trial Chamber, Trial Chamber e Appeal Chamber. Na tradução espanhola, Sala de Cuestiones Preliminares, Sala de Primera Instancia e Sala de Apelaciones.

dentre outras atribuições, organiza e controla a Unidade de Vítimas e Testemunhas,<sup>3</sup> cujas atribuições vão desde a proteção das vítimas até a administração do Fundo previsto no art. 79, como pleiteiam alguns delegados nas reuniões da Comissão Preparatória.

Uma série de medidas disciplinares, e mesmo de demissão do cargo, vêm previstas nos arts. 46 e 47 do Estatuto. Estão ainda expressos os privilégios e imunidades dos membros do Tribunal (arts. 48 e 49), bem como o poder de os magistrados elaborarem o Regulamento da Corte, ou mesmo emendarem as regras de Procedimento e Prova (arts. 51 e 52).

Cabe aqui ressaltar o poder discricionário que se dá aos juízes do TPI, à semelhança das experiências que vêm sendo apreendidas dos Tribunais de Ruanda e da extinta Iugoslávia. Tem-se entendido que a discricionariedade dos magistrados é condição para o próprio êxito das ações propostas perante estas Cortes, já que por vezes as regras de procedimento e prova, se demasiadamente rígidas, poderiam tornar inviáveis os procedimentos. Assim, embora passíveis de críticas pelo risco possível ao princípio da estrita legalidade do procedimento, tem sido reconhecido, às Cortes de Ruanda e da Iugoslávia um poder de reforma das regras de procedimentos bastante freqüente.

Exatamente em razão das experiências dos Tribunais *ad hoc* que estão instalados, algumas das regras previstas para o TPI deixam bastante aberto o espaço para a criação jurisprudencial, traço aliás marcante nos sistemas jurídicos assentados no *common law*. Nas reuniões da Comissão Preparatória, mais especificamente no Grupo de Trabalho de Regras de Procedimento e Prova, do qual temos participado, não têm sido poucas as discussões acerca da conveniência, ou mesmo da legalidade,

de certas normas expressas sobre a discricionariedade judicial. A exemplo, poderíamos citar a norma que deixa ao critério do juiz estabelecer formas de proteção às vítimas, sem qualquer ressalva quanto à necessidade do adequado balance com as regras de garantia da publicidade do processo. No Tribunal da extinta Iugoslávia, há precedente de aceitação de testemunhos anônimos, como única forma de proteger a vítima.<sup>4</sup>

## 5. Investigação e ajuizamento das ações

O Procurador, ao receber uma *noticia criminis*, e a entendendo procedente, poderá determinar o início das investigações. Dispõe ele de poder discricionário para decidir sobre a oportunidade de iniciar a investigação, caso entenda, a exemplo, que o ajuizamento da demanda não redundaria em benefício para a justiça ou para as vítimas. Entendendo não haver condições para intentar a ação, comunicará à Câmara de Julgamento Preliminar. Em alguns casos que define, a Câmara poderá rejeitar a proposta de arquivamento do Procurador (arts. 53 e 54). O Grupo de Trabalho de Regras de Procedimento e Prova ainda discute sobre as consequências da decisão da Câmara de Julgamento Preliminar, já que o Estatuto é omissivo.

Não existe, no Estatuto, previsão de remédio semelhante ao *habeas corpus*, razão pela qual não há como obstar-se o andamento de investigação determinada pelo Procurador.

Durante a fase de investigação, o acusado goza de direitos e garantias expressos no art. 55, destacando-se o direito de não autoinculpar-se, o direito de ficar calado, e o de ser assistido por defensor.

A Câmara de Julgamento Preliminar acompanha toda a fase de investigação dos

(3) Na versão oficial, Victims Unit. Em espanhol, Dependência de Víctimas e Testigos.

(4) V. Tadic Case, <http://www.un.org/icty/tadic/trial2/decision-e/61205pm2.htm>

crimes e de colheita de provas (art. 57). Compete-lhe tomar as medidas necessárias a tais fins, inclusive expedir ordens de detenção provisória do acusado (art. 58). Também o juízo de admissibilidade da ação é procedido nessa instância. Entendendo procedentes as acusações contra o acusado, é a Câmara de Julgamento Preliminar que celebrará a audiência de confirmação das acusações, exercendo um juízo que, em nosso sistema, equivaleria ao de pronúncia (arts. 60 e 61).

Confirmada a acusação, inicia-se o processo propriamente dito, que tem lugar nas Câmaras de Primeira Instância, nos termos do disposto nos arts. 64 et seq. do Estatuto. O acusado poderá declara-se culpado, e se sua declaração vem amparada em provas, e a Câmara não entender necessárias novas provas ou diligências, poderá desde já proferir a sentença. Caso contrário, nela iniciar-se-á o processo (art. 65). Não há regras rígidas de procedimento, vigendo aqui o princípio da mais ampla discricionariedade dos juízes. Alguns atos obrigatórios de procedimento estão sendo propostos pelo Grupo de Trabalho de Regras de Procedimento e Prova.

O Estatuto reconhece o princípio da presunção de inocência (art. 66) e assegura uma série de direitos ao acusado (art. 67), constantes de um rol em muito assemelhado ao rol de garantias judiciais presentes nas Convenções de Direitos Humanos, inclusive na Americana. Pode-se afirmar, assim, que o Estatuto do TPI acolhe o modelo garantista de processo penal, embora, como dito anteriormente, muitas vezes as garantias sejam amainadas quando em confronto com as garantias de proteção às vítimas e testemunhas, também, asseguradas no Estatuto (art. 68). O regime probatório é amplo, e mesmo a Câmara de Primeira Instância, apesar do modelo eminentemente acusatório da Corte, pode requisitar novas provas, se entendê-las necessárias.

No capítulo das provas, vale ressaltar que não se admitem as provas obtidas por

meios ilícitos. Mas tal disposição estatutária vem também amainada, já que a prova ilícita só pode ser rejeitada se ficar comprovado que a violação põe em dúvida a credibilidade da prova, ou que sua admissão atente contra a integridade do processo ou venha em demérito do próprio juízo (art. 69, 7).

Em nome da dignidade da Corte, prevê o Estatuto uma série de delitos contra a administração da Justiça (art. 70), a serem julgados pela própria Corte.

As decisões da Câmara de Primeira Instância obedecem ao sistema duplo de reconhecimento de culpabilidade e posterior aplicação das penas. As sentenças serão exaradas por maioria, sendo que os votos divergentes devem ser declarados (art. 74). A decisão deverá, ainda, indicar a extensão dos danos que devem ser reparados às vítimas, e a forma de sua reparação (art. 75). A pena deverá ser imposta em audiência pública (art. 76), para a qual poderá ser requerida ao Estado-Parte a entrega do acusado na forma do art. 90.

## 6. Das penas aplicáveis

Parte sensível nas discussões que se vêm travando junto aos meios oficiais e acadêmicos diz exatamente com o capítulo das penas aplicáveis em caso de condenação proferida pelo Tribunal Penal Internacional.

O art. 77 do Estatuto prevê que a Corte poderá impor aos condenados pena de reclusão, por um determinado período que não pode exceder a trinta anos, ou pena de prisão perpétua, quando assim o justificarem a extrema gravidade do crime e as circunstâncias pessoais do condenado. Prevê, ainda, a aplicação cumulativa e facultativa de pena de multa, e de perda dos bens adquiridos com o produto do crime.

Em completa obra que relata todos os caminhos percorridos desde o primeiro esboço do Estatuto, elaborado pela Comis-

são de Direito Internacional, passando pela Comissão *Ad Hoc*, pelo Comitê Preparatório e pela Conferência de Plenipotenciários de Roma, Rolf Einar Feife, autor do capítulo referente às penas<sup>5</sup> registra as discussões, que num primeiro momento centravam-se sobre a previsão ou não da pena capital no Estatuto. O primeiro projeto não previa a pena de morte, mas a pena de prisão perpétua. No Comitê Preparatório, que antecedeu a Conferência de Roma, as discussões foram acirradas, já que diversas delegações insistiam na inclusão da pena de morte, ao argumento de que sem a possibilidade de haver essa pena o objetivo intimidatório da Corte seria diminuído, bem como sua credibilidade reduzida. Outros, contrários à pena de morte, acenavam com a incompatibilidade entre tal pena e disposições expressas em Convenções de Direitos Humanos por seus Estados ratificadas, o que tornaria incompatível a ratificação do Estatuto. Em verdade, verificou-se que a preocupação maior das delegações que insistiam na previsão de pena de morte era no sentido de que sua exclusão pudesse ser entendida como uma norma “programática”, por assim dizer, de abolição dessa forma de punição dos sistemas internos nos países que viessem a ratificar o Estatuto.

Tanto é verdadeira essa ilação, que na Conferência de Roma chegou-se a um acordo, no sentido de que o Estatuto não previria a pena de morte, mas teria expressa uma cláusula de “não censurabilidade” do sistema de penas existente nos Estados<sup>6</sup>. Nesse sentido, o art. 80 do Estatuto estabelece que “Nada nessa Parte afeta a aplicação pelos Estados das penas prescritas por sua lei nacional, nem a lei dos Estados que não preveja penas prescritas nessa parte”.

Já a discussão sobre a pena de prisão perpétua não alcançou avanços significati-

vos, exceto na expressa previsão de sua revisão, após vinte e cinco anos, prevista no art. 110. Aliás, relata o mesmo Autor, a permanência de norma que autorizasse a pena de prisão perpétua era vista como um “gesto de boa vontade”, no sentido de mostrar-se flexibilidade na argumentação pela exclusão da pena de morte. Os maiores oponentes à previsão da pena de prisão perpétua foram justamente os países iberoamericanos. Afinal, como resultado de várias negociações, manteve-se a pena de prisão perpétua, rejeitando-se a pena capital.

Em nosso meio, grande é o debate sobre a compatibilidade de tal previsão estatutária com a disposição constitucional inscrita no art. 5.º, inc. XLVII, *a*, que proíbe a prisão perpétua. Se tal previsão constitucional aplica-se ou não aos delitos internacionais, ou às decisões proferidas por Cortes internacionais, é matéria a exigir o mais sensato exame. Afinal, é também princípio inscrito no texto constitucional o de que o país se rege, no plano internacional, pela prevalência dos direitos humanos. Cogitar-se da hipótese de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano.

## 7. Da apelação e da revisão

O Estatuto prevê que a acusação e a defesa poderão apelar da sentença. O Procurador poderá recorrer ao fundamento de vício de procedimento, erro de fato ou erro de direito. A defesa, ou o Procurador em seu nome, poderá apelar invocando vício do procedimento, erro de fato, erro de direito ou qualquer outro motivo que afete a justiça ou a regularidade da decisão ou do processo. Também poderão apelar para sustentar a desproporção entre o delito e a quantidade de pena aplicada (art. 81). Estão previstos apelos contra decisões que

<sup>(5)</sup> The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute. Org. Roy S. Lee, Kluwer Law International, 1999.

<sup>(6)</sup> Non prejudice provision.

chamaríamos interlocutórias, como, a exemplo, as referentes à competência e à prisão provisória (art. 82).

Há hipóteses de legitimação extraordinária para recorrer, como a do Estado, na hipótese de o Procurador ser autorizado a investigar em território desse Estado, e das vítimas, por seu representante, da decisão que fixa a reparação (art. 82, 2 e 4).

As apelações são julgadas pela Câmara de Apelação, que poderá reformar a decisão recorrida, ou determinar que nova decisão seja proferida pela Câmara de Primeira Instância (art. 83).

O Estatuto prevê, ainda, um processo de revisão da sentença, que poderá ser requerida pelo próprio condenado ou por seus familiares, ou pelo Procurador em seu nome. Os requisitos para a revisão são os de que haja novas provas, que não estivessem disponíveis ao tempo do julgamento e que tenham valor probante a ponto de que, se conhecidas, teriam levado a outro veredito. Também tornam possível a revisão o reconhecimento de que uma prova, em que se tenha baseado a condenação, fosse falsa, ou de que um ou vários juízes tenham incorrido em descumprimento de suas funções durante o julgamento (art. 84).

Essa parte do Estatuto encerra-se com a expressa previsão de indenização por erro judiciário (art. 85).

## 8. Da cooperação internacional

Ainda que de maior interesse sejam as regras de procedimento e as atinentes a tipificação dos delitos, num trabalho que apenas se propõe a apresentar aos estudiosos brasileiros um esboço do Tribunal Penal Internacional, não poderíamos deixar de nos referir a alguns dos institutos previstos em seu instrumento de criação. Em verdade, a compreensão sobre o sistema internacional de proteção aos direitos fundamentais passa, necessariamente, pela compreensão de determinados princípios e institu-

tos de direito internacional. Um deles é o princípio, ou norma cogente, do *pacta sunt servanda*. Nada mais traduz que não a obrigação que têm os Estados de cumprir com as obrigações assumidas quando ratificam um tratado internacional.

Portanto, a menos que, como nas palavras de Pedro Dallari, o Estado deseje cometer um estelionato internacional,<sup>7</sup> está ele obrigado a agir de acordo com o pactuado com outros Estados. No caso do Estatuto do TPI, um dos deveres que se impõem aos Estados-Partes é o da cooperação (art. 86).

Por tal obrigação, os Estados se comprometem a cooperar na investigação dos fatos e no ajuizamento dos crimes de competência do Tribunal. Assim, a exemplo, podem os Estados ser chamados a cooperar para a cumprimento de ordem de detenção e entrega de pessoas à Corte (art. 89). Também deve facilitar o trânsito de pessoa detida por ordem da Corte, ou a entrega de documentos. Uma série de formas de cooperação vem elencada no art. 93.

Verifique-se que da obrigação de entregar pessoas à Corte resulta outra das discussões que vêm sendo travadas em nossos meios acadêmicos e oficiais. A discussão centra-se em haver ou não identidade entre o instituto da entrega de pessoas à Corte e o de extradição de pessoas a outros Estados. Há disposição constitucional expressa no sentido de que não podem os brasileiros ser extraditados, nos termos do art. 5.º, inc. LI. Portanto, é no exame sereno dos dois institutos que se encontrará resposta. Pelos termos expressos do Estatuto, extradição e entrega não se confundem, tanto que, havendo concorrência entre ambos, a segunda prefere à primeira (art. 90, 2). Também o art. 102 do Estatuto, talvez por prever dificuldades na inter-

(7) "Normas Internacionais de Direitos Humanos e a Jurisdição Interna". *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região*, 1997.

pretação dos institutos, cuida de explicitar o que se deve entender por “entrega” e por “extradição”.

De lembrar-se, ainda, que a Corte pode expedir ordens de prisão provisória (art. 92).

## 9. Da execução das penas

A Parte X do Estatuto, em seu art. 103 e seguintes, prevê as formas de execução das penas aplicadas pelo Tribunal. Princípio por consignar está o critério da Corte a designação do Estado onde o condenado irá cumprir pena, dentre aqueles que tiverem manifestado disposição em receber condenados. Serão levados em conta, no entanto, as garantias que puderem ser oferecidas de aplicação de normas internacionais sobre tratamento de presos, a opinião do acusado, sua nacionalidade, e outros fatores. A Corte poderá, a qualquer tempo, determinar a remoção do preso de um para outro Estado, de ofício ou a seu pedido.

Estão assegurados aos presos todos os direitos assegurados aos demais condenados, acrescidos do direito à comunicação irrestrita com o Tribunal (art. 106, 3). Da mesma forma, não poderá o condenado ser processado e julgado, ou extraditado a terceiro Estado, enquanto estiver à disposição da Corte, nem poderá ter reduzida ou alterada a pena que lhe foi imposta (art. 110).

Ao cumprir dois terços da pena imposta, ou vinte e cinco anos, se a pena imposta for a de prisão perpétua, a Corte procederá de ofício à revisão da reprimenda, a fim de verificar se pode ser reduzida (art. 110, 3). No caso de não ser deferida a redução, a Corte se obriga a proceder periodicamente a novas revisões, na forma ainda a ser regulamentada nas Regras de Procedimento em elaboração (art. 110, 5).

Lembramos, uma vez mais, que o Estatuto não prevê o remédio do *Habeas Corpus* em nenhuma de suas fases, inclusive na de execução das penas.

## 10. Considerações finais

Pretendemos deixar claro, no início deste trabalho, que apenas seriam apresentadas as regras básicas de organização, competência e funcionamento do Tribunal Penal Internacional. Além do intuito meramente introdutório, o fato é que não se tem ainda um quadro exato de todas as normas que regulamentarão o funcionamento da Corte, posto que ainda se reúne a Comissão Preparatória que elabora os anexos do Estatuto, referentes aos Elementos dos Crimes e às Regras de Procedimento e Prova.

Para nós, pode soar estranho que regras de procedimento e prova, por exemplo, possam delimitar ou ampliar o conteúdo das normas do próprio Estatuto. Ou que seja dado aos juízes modificar tais regras, de acordo com o caso concreto, sem que com isso sejam os atos processuais fulminados com a pecha de ilegalidade. Em verdade, como dito anteriormente, as normas que regem o Tribunal Penal Internacional traduzem um modelo próprio, bem diverso do nosso modelo processual, com previsões cuja aceitação exige de nós um despir de preconceitos. Estão sujeitos à competência da Corte crimes que envolvem centenas, por vezes milhares de vítimas. O perfil do Tribunal não é apenas o de uma Corte punitiva. Tem por objetivo, além da punição dos violadores de direitos fundamentais, a reparação das vítimas, que assumem no processo papel por nós jamais reconhecido e regulamentado.

Não bastasse a dificuldade em assimilar-se um modelo novo de processo penal, estamos diante de um conjunto de regras que, num primeiro exame, contrariam normas de garantia da nossa lei maior, como a proibição da prisão perpétua e a extradição de nacionais. Ainda, de tipos penais que não prevêm pena delimitada, um sistema que não delimita o tempo de prisão provisória e que não consagra o remédio do *Habeas Corpus*.

De outro lado, cresce a pressão da comunidade internacional para a adesão de todos os Estados, a começar daqueles que adotam o modelo de Estados democráticos, a fim de que a Corte possa ser instalada, e a punição aos crimes que ofendem toda a comunidade internacional tenha seu foro próprio. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional não admite a oposição de reservas (art. 120) o que significa que a ratificação dos Estados é incondicional. Portanto, essa é a tarefa que se nos coloca à frente: a aceitação de um tribunal penal internacional de caráter permanente, resultado de uma luta pela internacionalização dos direitos e garantias dos seres humanos a que vem se dedicando a humanidade há mais de um século.

O fato é que o Brasil insere-se na comunidade internacional, e tem por princípio, inscrito no art. 4.º, II, da CF, reger-se nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos. A Constituição Federal, no art. 7.º de suas Disposi-

ções Transitórias, afirma que o país propugnará pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Esse Tribunal é o Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência de Roma.

É, à toda evidência, um modelo novo de justiça penal, que não despreza as conquistas da dogmática do direito penal moderno, mas agrega características de um modelo construído a partir das experiências judiciais criadas para o julgamento e punição dos autores de violações massivas de direitos humanos por que passou a humanidade neste século. Se temos consciência de que nosso modelo de processo penal interno não seria o adequado para dar as respostas buscadas por um sistema penal internacional, resta-nos examinar, com o espírito desarmado, as normas trazidas pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, quando integradas pelas regras de procedimento e prova, e definir se tal modelo nos parecerá compatível com a justiça penal internacional que almejamos.

### 3. DIREITO PENAL ESPECIAL

---

#### 3.1

#### A PROCEDIBILIDADE PENAL À LUZ DA LEI 9.430/96

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

**Resumo:** O autor trata da improcedibilidade penal antes de encerrado o processo administrativo, referente a infrações tributárias, uma vez que, só então, ocorre a constituição definitiva do crédito tributário. São abordadas, também, questões como prescrição e decadência deste, e suas formas de interrupção.

**Palavras-chave:** Lei 9.430/96 – Procedibilidade penal – Crédito tributário – Crime tributário – Processo administrativo.

O art. 83 da Lei 9.430/96 possui a seguinte dicção:

“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei 9.249, de 26.12.1995, aplicam-se aos processos administrativos dos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo Juiz”.

Introduziu, de rigor, a improcedibilidade penal antes de encerrado o processo administrativo, quando, em verdade, ocorre a constituição definitiva do crédito tributário.

Quanto ao momento em que se dá a constituição definitiva do crédito tributário, defendi, no passado, tese distinta, que não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos seguintes:

“Reza o *caput* do art. 174 que: “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

Ora o referido artigo diz claramente que, após 5 anos da constituição definitiva do crédito tributário, perderá a Fazenda Pública o direito à ação judicial para cobrança do mesmo.

Desta forma, a primeira pergunta que se coloca é aquela de saber quando é que se constitui definitivamente o crédito tributário.

A resposta é dada pelo próprio legislador, no art. 142, *caput*, que diz: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Ora, a constituição do crédito tributário só poderá ser executada através da autoridade administrativa (singular) encarregada do lançamento, que se compõe dos seguintes elementos:

- a) é um procedimento administrativo;
- b) em que o fato gerador da obrigação correspondente é verificado;
- c) em que a matéria tributável é determinada;
- d) em que o montante do tributo é calculado;

e) em que o sujeito passivo é identificado;

f) em que, se for o caso, a penalidade cabível é proposta. Pela definição do art. 142 a constituição do crédito tributário pelo lançamento decorre de um procedimento administrativo ao fim do qual as 5 ocorrências das letras *b e f* são individualizadas e completadas.

Ora, o procedimento administrativo mencionado, sendo mero conjunto de atos enquanto não completado nos termos do art. 142 não constitui lançamento, e, portanto, não constitui crédito tributário definitivamente constituído.

O legislador — para deixar bem claro que a constituição definitiva ou a extinção definitiva do direito de constituição do crédito tributário depende do fato de ser completado num período de 5 anos — declara no parágrafo único do art. 173 que: “O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.

De notar-se que a lei fala em “início de constituição do crédito tributário” a partir de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento (quando a constituição se completa). E fala em extinção “definitiva” do direito da constituição do crédito tributário, que só pode ser, por consequência, se constituído, definitivo.

Ora, o procedimento administrativo a que se refere o parágrafo único do art. 173 evidentemente ainda não é lançamento, porque lhe faltam os demais componentes mencionados no art. 142. Isto vale dizer que enquanto não houver crédito constituído, a decadência é ocorível no prazo de 5 anos estipulado no citado artigo.

No momento, todavia, em que há o lançamento, *não se pode falar mais em decadência*, começando a partir daí a correr o prazo prescricional a que alude o art. 174.

Encerrado o lançamento, com os elementos mencionados no art. 142 do CTN e regularmente notificado o contribuinte, nos termos do art. 145 do CTN, o crédito tributário estará definitivamente constituído.

A hipótese do art. 145 de alteração do lançamento representa apenas que *um novo crédito tributário foi constituído a partir de um novo lançamento e que o crédito tributário anteriormente constituído deixou de existir*. O art. 145 cuida de uma “novação tributária” e, portanto, de uma nova situação criada, a partir de recursos próprios da legislação tributária. A nosso ver a impropriedade terminológica não desnatura as características de efetiva “novação” aludida no referido dispositivo.

Ora, sendo claro na lei que, a constituição definitiva do crédito tributário, torna-o exigível é evidente que se o sujeito passivo não concordar com o mesmo terá direito de opor-se à sua exigibilidade, que fica, *administrativamente*, suspensa nos termos do art. 151 do CTN assim expresso: “Suspensão a exigibilidade do crédito tributário: I. o depósito do seu montante integral; II. moratória; III. as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV. a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes”.

A suspensão do crédito tributário é sempre administrativa, *mesmo que por ordem judicial*, pois representa uma não ação da Administração imobilizada no seu direito exigencial, por força de lei ou da Justiça.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário constituído, todavia, não tira do crédito tributário as suas características de definitivamente constituído, mas apenas o torna administrativamente inexigível. Por decorrência, também, judicialmente.

Ora, dentro desta linha de raciocínio que nos parece ter sido a linha de raciocínio do legislador, o crédito tributário definitivamente constituído e administrativamente suspenso, poderá vir a ser, quando levantada a suspensão, judicialmente inexigível, se tiver ocorrido a prescrição.

Com efeito, se a prescrição começa a correr da data da constituição definitiva do crédito tributário, o fato de o crédito tributário definitivamente constituído ser inexigível é absolutamente irrelevante para a ocorrência da prescrição.

A prescrição que começa a correr da constituição definitiva do crédito tributário tem vias próprias para ser interrompida e dentre elas nenhuma relacionada com as formas administrativas da suspensão.

Reza o parágrafo único do art. 174 que a prescrição se interrompe: "I. pela citação pessoal feita ao devedor; II. pelo protesto judicial; III. por qualquer ato judicial que constitua a mora o devedor; IV. por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor", e verifica-se, de plano, que da suspensão mencionada no art. 151 não se cogita.

Por outro lado, a lei fala claramente em 3 formas judiciais de interrupção e uma extrajudicial, *que representa confissão*.

O aspecto de dúvida, que poderia ser levantado pelo item I (citação pessoal do devedor), fica totalmente esclarecido, quando se percebe que o lançamento só pode ser notificado (art. 145) e o conhecimento do devedor passa a decorrer de uma notificação e não de uma citação, como judicialmente é conhecida.

Por esta razão o sujeito passivo do crédito tributário é notificado, administrativamente, e citado, judicialmente. Ora, a primeira forma interruptiva diz respeito à própria ação de cobrança judicial, ao contrário das demais.

As outras formas, todavia, visam, em nosso entender, dar à Fazenda a possibili-

dade interruptiva, principalmente a segunda, se impossibilitada em exigir seu crédito administrativamente, pelas suspensões previstas no art. 151 do CTN.

*Com efeito, se suspensa a exigibilidade do crédito tributário e próximo o período prescricional de extinção do direito adjetivo à ação, tem a Fazenda Pública o recurso, pelo protesto judicial, de continuar titular do direito a agir judicialmente, quando eliminadas as causas da suspensão.*

A interpretação acima permite conciliar as diversas correntes doutrinárias, a partir da compreensão de que se a decadência não se interrompe, uma vez constituído o crédito tributário dela não mais se fala. Por outro lado, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não desvirtua a sua natureza, de tal forma que continua constituído, mas já com os ponteiros do relógio correndo em termos de exigência judicial.

As formas de interrupção da prescrição, finalmente, permitem à Fazenda uma múltipla variedade de procedimentos judiciais e até extrajudiciais para assegurar-se do direito à ação, mesmo que administrativamente suspensa a exigibilidade do crédito.

Somente a interpretação acima parece-nos dar a real utilidade do item II do parágrafo único do art. 174 do CTN, que seria absolutamente inútil dentro de qualquer outro contexto exegético" (grifos meus).<sup>1</sup>

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre apenas ao final do processo administrativo, quando entendeu que a prescrição apenas passa a correr contra a Fazenda a partir daquele momento, nos termos do art. 174 do CTN.<sup>2</sup>

(1) *Direito tributário* 4, José Bushatsky Editor, 1976, p. 192-198.

(2) A matéria foi amplamente discutida no *Caderno de Pesquisas Tributárias* n. 1 (3.ª tiragem, Ed. Resenha Tributária/CEU - Centro de Extensão Universitária, 1991)

Com a conformação jurisprudencial, desde o distante 1982, passou a Fazenda a ter 5 anos para constituir o crédito tributário (art. 173), risco de ser punida pela decadência, e 5 anos para executar o crédito definitivamente constituído (art. 174), não havendo, todavia, prazo algum entre o início da constituição do crédito tributário (art. 142) e seu encerramento, nos processos administrativos (art. 149), para puni-la por inércia. Em outras palavras, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a decadência ocorre em 5 anos, se não iniciada a constituição do crédito; a prescrição 5 anos após a sua constituição definitiva; mas um prazo infinito poderia mediar entre o início da constituição e sua complementação, em lançamento “de ofício”.<sup>3</sup>

pelos seguintes autores: Aires Fernandino Barreto, Bernardo Ribeiro de Moraes, Carlos da Rocha Guimarães, Edvaldo Brito, Fábio Fanucchi, Francisco de Assis Praxedes, Ives Gandra da Silva Martins, José Carlos Graça Wagner, Leonel de Andrade Velloso, Noé Winkler, Paulo de Barros Carvalho, Rafael Moreno Rodrigues, Roberto Oscar Freytes, Rubens Aprobato Machado, Sebastião de Oliveira Lima e Ylves José de Miranda Guimarães.

- (3) A decisão do Supremo Tribunal Federal foi comentada por Ruy Barbosa Nogueira nos seguintes termos: “1. O Supremo Tribunal Federal julgou, em 06.10.1982, embargos no recurso extraordinário 94.462-1, de São Paulo (*Diário da Justiça da União*, de 17.12.1982, ementário 1.280-6), acolhendo as razões da União Federal, para concluir que, com a lavratura do auto de infração, se consuma o lançamento do crédito tributário. A empresa embargada havia sido notificada de um auto de infração lavrado em outubro de 1969, no qual o fisco federal impugnara a dedução de despesas contabilizadas em 1967 e 1968, para o efeito da apuração do lucro tributável. Contra o auto de infração apresentou a empresa impugnação administrativa e, depois, recorreu para o Primeiro Conselho de Contribuintes, que julgou desfavoravelmente o seu recurso em abril de 1975. Como entre a data da lavratura do auto de infração e a intimação do acórdão do Conselho haviam decorrido

O art. 83 vem, portanto, em proteção da Fazenda e do contribuinte, ao impedir o início do processo criminal sem se saber se o crédito tributário existe ou não, impor à Administração maior celeridade nos processos administrativos, visto que, antes, a jurisprudência da Suprema Corte permitia-lhe que decidisse os processos administrativos — em que é parte e juiz ao mesmo tempo — em câmara lenta.<sup>4</sup>

Reagiu, sem razão, o Ministério Público, que, à evidência, devendo cuidar do direito por inteiro, não é especializado em direito tributário, como são os agentes da receita. Sendo os integrantes dessa instituição menos numerosos que os agentes fiscais e menos especializados em matéria tributária, à nitidez, para detectar a existência de crime tributário, nada melhor que

mais de 5 anos, entendeu a empresa que a União não mais lhe podia exigir o imposto e a multa notificados, uma vez que, à época da notificação, já se achava extinto pela decadência o seu direito de proceder ao lançamento. No julgamento do recurso extraordinário da empresa, o Supremo Tribunal acolheu a sua tese, concedendo-lhe a segurança impetrada, mas nos embargos voltou à sua jurisprudência, segundo a qual a *lavratura do auto de infração esgota a atividade de lançar* que o Estado pode exercer, após a ocorrência do pressuposto do tributo. A decisão do Supremo, agora, reproduz em substância o que já decidira em acórdão anteriores (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 89, p. 939; v. 90, p. 272; v. 94, p. 382; v. 97, p. 912), com a diferença, porém, de que a sua motivação procura apoiar-se em elementos doutrinários que não parecem idôneos para justificar a conclusão adotada em sua jurisprudência” (*Direito tributário atual* 6. São Paulo: Resenha Tributária, co-ed. IBDT, 1986, p. 1.311-1.312).

- (4) No referido livro coordenado por Ruy Barbosa Nogueira (*Direito tributário atual* 6) diversos autores divergiram da posição do Supremo Tribunal Federal, doutrinariamente, acatando-a, todavia, pois segundo Hart, o Direito é o que a Suprema Corte declara que seja (*The concept of law*. Londres: Clarendon, 1961, p. 138).

esperar o resultado do processo administrativo, a fim de dar início à ação penal, como determina a lei apenas nos casos em que a obrigação efetivamente exista.<sup>5</sup>

A reação corporativa da categoria, que melhor atuou na Constituinte assegurando para si a condição de superpoder à margem dos três poderes, foi a de que não poderia ficar subordinada ao trabalho técnico da tributação, desempenhado pelos especialistas do governo, e nem esperar a conclusão do processo administrativo. Por essa razão, ingressou com ação direta de constitucionalidade, que, embora indeferida,

(5) Lei-se: "Crime contra a ordem tributária. Ação intentada antes do término do processo administrativo. Trancamento.

HC SP 96.03.021354-3 – Rel. Sinval Antunes – TRF 3.<sup>a</sup> Região.

Despacho: 1. O art. 83 da Lei 9.430 de 27.12.1996, trouxe ao nosso ordenamento jurídico salutar inovação, qual seja, a decisão final administrativa como condição prévia para o encaminhamento da representação fiscal ao Ministério Público para fins de instauração da ação penal quando tratar-se de crimes contra a ordem tributária.

2. Apresenta-se precipitada a denúncia oferecida antes do término do processo administrativo-fiscal. Se à Fazenda Pública não é dado o ajuizamento de execução fiscal, enquanto houver a pendência de recurso na instância administrativa, porquanto somente após o julgamento de referido recurso o débito passará a ser inscrito em dívida ativa, igualmente não pode o Ministério Público, antes disso propor ação penal, até porque inexistente ainda ilícito fiscal. Portanto inexistindo ilícito tributário, muito menos existirá razão para apuração de ilícito penal.

3. Com o advento superveniente de decisão administrativa proferida em sede recursal favorável às empresas contribuintes, à qual, por via oblíqua acaba por favorecer aos pacientes, resta indubitosa a ausência de justa causa para a continuidade da *persecutio criminis*.

4. Ordem concedida (...) (RDDT21/202) *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n. 20, RT, ano 5, jul/set 1997, p. 160.

não lhe retirou o poder de, por meios próprios, sem auxílio da Receita, iniciar processo de crime tributário, mesmo antes de encerrado o processo administrativo.<sup>6</sup>

Ocorre que o poder, que não lhe foi negado pela Suprema Corte, diz respeito apenas a dar início a esse processo se obtiver, por meios próprios e sem auxílio da Receita, notícia de crime tributário.<sup>7</sup>

À evidência, à falta de elementos, que a Receita não lhe poderá fornecer, por força do art. 198 do CTN, assim redigido:

"Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades", caberá aos juízes a que serão

(6) ADIN 1.571-UF, Rel. Min. José Néri da Silveira, 20.03.1997.

(7) "Crime contra a ordem tributária. Representação condicionada ao julgamento definitivo do processo administrativo. Retroatividade.

HC-SP 97.03.004211-26167 (95.060-56943) – Rel. Juiz Gilberto Jordan – Subs.

Despacho: O referido dispositivo legal passa a integrar em boa hora o nosso ordenamento jurídico. É curial que a existência e legalidade do crédito é prejudicial ao processo penal que se move para apenar o sujeito passivo da obrigação tributária que permanece inadimplente, como já vinha sustentando doutrinariamente Hugo de Brito Machado.

Vinculando a denúncia criminal à certeza de que o crédito é mesmo exigível e legal, resguarda-se a máquina judiciária, que só será movimentada quando o crédito tributário for considerado legítimo pelo menos no seio da própria administração.

Isto posto, concedo parcialmente a liminar (...) (publ. DJU II de 20.03.1997, p. 16.531, in RDDT 20/177 (*Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n. 20, RT, op. cit. p. 160-161).

endereçados os processos crimes, suspender, até final decisão administrativa,<sup>8</sup> o processo iniciado, nos termos do art. 93 do CPP, assim redigido:

“Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente”.

Em outras palavras, por ser impossível decisão judicial condenando qualquer contribuinte por crime tributário relativo a tributo inexistente ou a crédito não constituído, o que a Suprema Corte ofertou ao Ministério Público foi, apenas, o direito de dar início ao processo crime, sem permitir o julgamento final, até porque, caso contrário, estaria reformulando sua jurisprudência anterior, pela qual, enquanto não houver a constituição definitiva do crédito tributário — isto é, a certeza de que a obrigação tributária, ingressada no mundo administrativo pelo lançamento, efetivamente exista —, não pode haver a prescrição contra a Fazenda, que ainda está para definir se tem ou não tem o crédito respectivo<sup>9</sup>.

Ora, se a própria Fazenda não sabe ainda — na conformação do Supremo Tribunal Federal — se existe ou não o crédito tributário, como poderá o Ministério Público, menos especializado em questões tributárias e que não está legitimado para exercer a função de lançar tributos, entender que haja crime decorrente de uma obrigação ainda não conformada em crédito tributário?<sup>10</sup>

Parece-me, pois, inconsistente a tese dos que defendem que poderá o Ministério Público obter a condenação por crime tributário de contribuinte que, pela autoridade fazendária legitimada a proceder o lançamento, seja considerado não devedor de qualquer obrigação, nem a Fazenda credora de qualquer crédito.

Seria como condenar alguém por homicídio, estando a pretendida vítima, a assistir o julgamento de seu assassino, na plateia.

Em boa hora, veio o art. 83, pois não mais permitirá, após a conformação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre prescrição e decadência, que os processos — então sem curso de prazo de um e outro instituto — se prolonguem indefinidamente.

(8) Leia-se: “Crime contra a ordem tributária — Suspensão da ação até julgamento definitivo do processo administrativo — Lei 9.430/96.

HC SP 97.03.001571-9 — Rel. Newton de Lucca — TRF 3.<sup>a</sup> Região (RDDT 18/142) (*Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 20, op. cit. p. 161).

(9) Neste sentido, leia-se os trabalhos de Arlindo Felipe da Cunha e Flávia Valéria Regina Penido publicados nos *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 20 (op. cit., p. 153 a 161).

(10) Os arts. 139 e 142 do CTN têm a seguinte dicção: “Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta; Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

### 3. DIREITO PENAL ESPECIAL

---

#### 3.2

#### CRIMES CONTRA O CONSUMIDOR: ART. 7.º DA LEI 8.137/90 X CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO

**SUMÁRIO:** 1. Objetivos da tutela penal do consumidor – 2. Conflitos resultantes da superveniência do Código de Defesa do Consumidor – 3. Equívoco mais comum – 4. Criação de tipo semelhante pela Lei 8.137/90 – 5. Conclusões.

**Resumo:** Após analisar, de forma sucinta, os objetivos da tutela penal do consumidor, o autor aborda uma das diversas questões polêmicas em face do advento da Lei 8.137/90, concomitantemente à Lei 8.078/90 e seu conflito aparente ou real com a Lei 1.521/51.

Encerra o texto sugerindo um modo de interpretação harmônica entre os tipos penais por ele enfocados.

**Palavras-chave:** Direito penal – Leis especiais – CDC – Leis 8.078/90 e 8.137/90 – Aplicação – Conflito – Visão crítica.

#### 1. Objetivos da tutela penal do consumidor

A comissão do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor incumbida de elaborar o anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, plenamente ciente do cipoal normativo já então existente no âmbito penal, como de resto nos campos administrativo e civil, concluiu desde logo pela impossibilidade do açambarcamento de todos os tipos que pudessem afetar o consumidor, de forma direta ou indireta, pelo menos numa primeira etapa de sua concepção e implementação.

Com efeito, analisada toda a parte especial do Código Penal, bem como a legislação penal especial, que contém tipos

naquele sentido (*e.g.*, crimes contra o patrimônio, notadamente apropriação indébita, diversas modalidades de estelionato, fraude no comércio, crimes contra a saúde pública, lei de crimes contra a economia popular, lei de incorporações imobiliárias, de loteamentos, contra o sistema financeiro etc.), convencionou-se que a projetada tutela penal no Código de Defesa do Consumidor deveria compatibilizar-se com os referidos tipos pré-existentes.

Daí a advertência de seu art. 61 do CDC, no sentido de que:

“Constituem crimes contra as relações de consumo previstos neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais as condutas tipificadas nos artigos seguintes”.

Referida comissão deliberara, então, tratar da questão em *duas etapas*: na 1.ª delas pela criação de tipos penais bem específicos em matéria de “relações de consumo”, atendendo a diretivas da União Econômica Européia e da ONU; 2.ª e, posteriormente, sua consolidação em corpo normativo especial, com a inclusão de outros tipos penais esparsos, numa verdadeira *consolidação sistemática de crimes contra a ordem econômica e relações de consumo*. Ou, então, sua inclusão em títu-

lo especial do próprio Código Penal, na sua parte especial hoje concluída, mas que *não contemplou esse título, muito embora comissão criada no âmbito da Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania, presidida pelo eminente Prof. Damásio Evangelista de Jesus, em 1993, o tivesse sugerido expressamente.*

A Lei 8.137, de 27.12.1990, portanto, decorreu de uma completa ausência de sintonia entre nossa comissão do anteprojeto do Código do Consumidor, e a que se entregara à reforma da legislação esparsa de crimes econômicos, donde o literal atropelamento da Lei 8.078/90, de tramitação contemporânea.

De salientar-se, aliás, que a origem remota da Lei 8.137/90, foram os estudos elaborados no ano de 1984 por comissão designada pelo então Ministro da Justiça, e que tivemos também a honra de integrar, como assessor do eminente Desembargador Diwaldo Sampaio.

Referida comissão, todavia, tinha como tarefa específica rever a Lei 1.521/51, de molde a atualizá-la, bem como criar tipos novos dentro da nova realidade econômica, política e social.

No dia 15.03.1990, por sinal “Dia Mundial dos Direitos do Consumidor”, quando o projeto de Código do Consumidor já estava em trâmite no Congresso Nacional, a presidência da república editou as Medidas Provisórias 153 e 156 que, respectivamente, definiram “*crimes de abuso do poder econômico*”, e “*crimes contra a Fazenda Pública, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que os praticarem*”.

Como foram fulminadas por ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria Geral da República, porém, referidas medidas serviram de base para o projeto da vigente Lei 8.137/90.

De qualquer forma, o que nos parecera relevante como critérios para que o Cód-

igo do Consumidor contemplasse figuras penais, já que seu caráter é de um *micro-sistema jurídico* e de caráter *inter e multidisciplinar*, foram os seguintes; 1. Especialização; 2. Harmonização com outras normas; 3. Gravidade de alguns comportamentos para cuja tutela não bastariam os dispositivos de cunho civil e administrativo; 4. Caráter pedagógico/utilitário; e 5. Efetividade e âncora dos sobreditos dispositivos de cunho civil e administrativo.

## 2. Conflitos resultantes da superveniência do Código de Defesa do Consumidor

Sabendo-se que a Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor) foi sancionada em 11.09.1990, mas com vigência a partir de 12.03.1991, a grande pergunta que se faz é se derogou, ou não, dispositivos da Lei 8.078, de 27.12.1990, que entrou em vigor nessa data, quando se deu sua publicação. O então, se a Lei 8.137/90 conviveria com a referida Lei 8.078/90, bem como com a Lei 1.521/51, já que cuidou de questões nelas tratadas,<sup>1</sup> em parte.

Embora o delito de publicidade enganosa, por exemplo, e para pinçar apenas um dos aspectos que nos parecem de maior relevância, tenha surgido como grande novidade, tanto na Lei 8.137/90 (art. 7.º, VII) como na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na realidade já existia na legislação pátria, se bem que de forma esparsa e com especificidades de acordo com os respectivos valores que visava tutelar.

É o caso, por exemplo, da Lei de Incorporações em Edificações (Lei 4.591/64, arts. 65 e 66), Lei dos Loteamentos (Lei 6.766/79, art. 50, III), e da Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51, art. 3.º, VIII).

(1) Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*. 3. ed. São Paulo : Atlas, p. 298.

### 3. Equívoco mais comum<sup>2</sup>

O equívoco mais comum que se tem cometido, refere-se a processos criminais em que o *anunciante*, que é aquele que

<sup>(2)</sup> *Jurisprudência* – Ap. Crim. 769.299/7 – Sto. André – absolveu réu acusado pela prática dos arts. 66 e 67 – ou seja, cartão de crédito aceito para “preço à vista” em estabelecimento comercial, mas cobrado percentual a maior pelo caixa. Já na Ap. Crim. 879.033/4 – São Paulo – a 11.ª Câm. do TACrim-SP, por v.u., negou provimento a apelação do réu que havia sido condenado pela mesma prática retro-referida (oferta de produtos com cartão de crédito, mas sem o esclarecimento de que seu uso faria o preço aumentar cerca de 30%). Na Ap. Crim. 926.759/1 – Capital – 14.ª Câm. do TACrim-SP – recurso da ré, acusada da prática dos dois delitos (arts. 66 e 67 do CDC) – cuidou-se de anúncio de promessa de venda de autos “sem juros” e “sem TR” – absolvida do primeiro, foi condenada pelo segundo, apesar de nosso parecer (não houvera recurso do Ministério Público); no caso entendemos que na verdade, como o anúncio fora preparado pela própria empresa da ré, uma concessionária “Fiat”, somente haveria incidência do art. 66 e não do art. 67 do CDC. Ap. Crim. 972.791/7 – Capital – 15.ª Câmara – TACrim-SP – denunciado o réu pela prática do delito do art. 66 do CDC e condenado, o TACrim manteve a condenação, apesar de meu parecer; no caso anunciara-se à venda uma “moto”, deixando claro no reclame, entretanto, que se cuidava de um consórcio. Ap. Crim. 964.485/4 – 13.ª Câm. TACrim-SP – denunciado pelos arts. 66 e 67 do CDC, foi o réu absolvido, com nosso parecer, porque o cartaz na vitrina, juntado aos autos, não era de molde a induzir o consumidor em erro (falava de “pacote” com itens separados de roupas mais baratos do que sua venda individualizada). Ap. Crim. 988.413/1 – 5.ª Câm. – absolvido o réu em 2.ª instância do delito do art. 66, de acordo com nosso parecer, porque anunciava venda de dois veículos da mesma marca, e a vítima se julgou prejudicada por anúncio que falava de qualidades diversas – tese do *bait ad* – na verdade não veiculou publicidade enganosa, apenas procurou atrair o consumidor para ver se “desencalhava” também o outro veículo.

*encomenda e patrocina* a publicidade de seu produto ou serviço, é denunciado como incidente no delito do art. 67 do CDC, quando na verdade seu comportamento deveria enquadrar-se no disposto pelo art. 66 do mesmo diploma legal, ou então no art. 7.º, VII, da Lei 8.137/90, conforme cada caso concreto, como se verá em passos seguintes.

E, com efeito, dispõe o art. 66 do CDC que é crime contra as relações de consumo: “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços. *Pena* – detenção de 3 meses a 1 ano e multa – § 1.º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta; § 2.º Se o crime é culposo. *Pena* – detenção de 1 a 6 meses ou multa”.

Referido delito assemelha-se ao de falsidade ideológica, dele se distinguindo, entretanto, em razão de não exigir dolo específico do agente, consistente na declaração ou omissão quanto a fato juridicamente relevante capaz de prejudicar direito, ou criar obrigação.

Além disso, enquanto o delito de falsidade ideológica pressupõe uma intromissão de declaração falsa ou sua omissão em documento público ou privado, o delito de oferta enganosa pode ser praticado por qualquer meio da chamada *mass media* (i.e., ter como suporte material um panfleto, cartaz, uma mensagem televisiva, radiofônica, mensagem inserida em periódicos, serviços de alto-falantes, uma simples exibição em vitrine de lojas etc.).

O que precisa ficar bem claro, todavia, é que o *sujeito ativo* é o *fornecedor/anunciante*. Ou seja, é o patrocinador maior das mensagens publicitárias ou ofertas, pois é a ele quem interessa a comunicação sobre seus produtos ou serviços. E mais: ele é quem conhece perfeitamente as condições dos mesmos produtos ou serviços que se dispõe a oferecer no mercado.

Por outro lado, cuida-se de delito *mera-mente formal*, prescindindo de qualquer resultado, quer *induzindo o consumidor em erro*, quer *lhe causando efetivamente um prejuízo*. Basta para sua caracterização, que a mensagem enganosa tenha sido divulgada, e apenas isso.

Já o art. 67 dispõe que também é crime contra as relações de consumo: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa. *Pena* — detenção de 3 meses a 1 ano e multa”.

Cuida-se aqui de *delito próprio de agentes envolvidos com a elaboração das peças publicitárias, e dos que lhes dão a divulgação pelos meio de comunicação em geral*.

Ou seja: quem faz publicidade é o profissional da área, cujo comportamento ético, inclusive, *é disciplinado por lei*, ou seja, a Lei Federal 4.680, de 18.06.1965, que “dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda e dá outras providências, e *seu regulamento*, o Dec. 57.690, de 01.02.1966, que “aprova o regulamento para a execução da Lei 4.680/65”.<sup>3</sup>

(3) Dispositivos mais importantes — Da Lei — Art. 1.º “São publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda”. Art. 6.º — “a designação profissional de Publicitário será privativa dos que se enquadram nas disposições da presente lei. *Do Decreto* — Art. 17 — A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, *aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda* a que se refere o art. 17, da Lei 4.680, de 18.06.1965”. *Os incs. I e II falam, em última análise, de publicidade abusiva (I) e publicidade enganosa (II) — I. não é permitido* — a) publicar textos ou ilustrações que atentem contra a ordem pública, a moral e

Igualmente o Código do Conar — Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária<sup>4</sup> estabelece parâmetros éticos para os publicitários.

Por outro lado, quem *promove a mensagem publicitária é o veículo*, dispondo o art. 2.º da referida Lei 4.680/65 a respeito que: “Consideram-se Agenciadores de Propaganda os profissionais que, vinculados aos veículos da divulgação, a eles encaminham propaganda por conta de terceiros. E seu art. 4.º esclarece que: “São veículos de divulgação, para os efeitos desta Lei, quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que

os bons costumes; b) divulgar informações confidenciais relativas a negócios ou planos de Clientes-Anunciantes; c) reproduzir temas publicitários, axomas, marcas, músicas, ilustrações, enredos de rádio, televisão e cinema, salvo consentimento prévio de seus proprietários ou autores; d) difamar concorrentes e depreciar seus méritos técnicos; e) atribuir defeitos ou falhas a mercadorias, produtos ou serviços concorrentes; f) contratar propaganda em condições antieconômicas ou que importem em concorrência desleal; g) utilizar pressão econômica, com o ânimo de influenciar os Veículos de Divulgação a alterarem tratamento, decisões e condições especiais para propaganda; II. é dever — a) fazer divulgar, somente acontecimentos verídicos e qualidade ou testemunhos comprovados; b) atestar, apenas, procedências exatas e anunciar ou fazer anunciar preços e condições de pagamento verdadeiros; c) elaborar a matéria de propaganda sem qualquer alteração, gráfica ou literária, dos pormenores do produto, serviço ou mercadoria; d) negar comissões ou quaisquer compensações a pessoas relacionadas direta ou indiretamente, com o Cliente; e) comprovar as despesas efetuadas; f) envidar esforços para conseguir em benefício do Cliente, as melhores condições de eficiência e economia para sua propaganda; g) representar, perante a autoridade competente, contra os atos infragentes das disposições deste Regulamento”.

(4) Vide nosso *Manual de direitos do consumidor*, 3. ed. São Paulo : Atlas, p. 557 et seq.

*reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários”.*

#### 4. Criação de tipo semelhante pela Lei 8.137/90

Além dos tipos já analisados constantes do Código de Defesa do Consumidor que, repita-se, *entrou em vigor em 12.03.1990*, sobreveio, intercorrentemente o tipo do *inc. VII do art. 7.º da Lei 8.137/90*, de teor seguinte: “Art. 7.º Constitui crime contra as relações de consumo (...) VII – “Induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sem a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”.

Insta salientar, de início, que se cuida de delito apenas na forma dolosa e de algum resultado, qual seja, a *indução do consumidor em erro* mediante indicações ou afirmações falsas ou enganosas sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, *por meio, inclusive, da mensagem publicitária*.

Ora, *induzir*, do latim *inducere*, traduz a idéia de, dentre outras, *inspirar, incutir, ou ainda instigar, incitar, sugerir, persuadir, mover, levar, arrastar*,<sup>5</sup> no caso o consumidor potencial, no sentido de aproximar-se do fornecedor/anunciante.

E grande questão que se coloca é a seguinte: teria referido dispositivo, então, derogado os dois outros já comentados, do Código de Defesa do Consumidor, ou vice-versa, até porque este último entrou em vigor em data posterior à vigência da Lei 8.137/90?

Entendemos que não, até porque, se postos em confronto os núcleos verbais

enunciados dos três dispositivos analisados, não se confundem. Senão, vejamos.

Quando os dispositivos do Código do Consumidor falam em *fazer afirmação falsa ou enganosa ou omitir informação relevante* (art. 66), ou então em *fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva* (art. 67), querem referir-se à *oferta* e à *publicidade* em si que, embora enganosas ou abusivas, podem até não causar qualquer movimento do consumidor no sentido de buscar o produto ou serviço assim anunciados. Ou seja, basta a veiculação da mensagem publicitária ou oferta viciadas pela enganosidade ou abusividade, para que os delitos ali capitulados se consumam, característica, aliás, principal dos chamados *delitos formais* ou de *mera conduta*.

Mesmo porque o valor que se pretende ali ver preservado, é o princípio da boa-fé e lisura que devem presidir todas as relações de consumo, em face da manifesta vulnerabilidade do consumidor, ainda que difusa ou coletivamente considerado, conforme a epistemologia do Código de Defesa do Consumidor, bem estampada em seus artigos iniciais, notadamente seu art. 4.º.

Desta forma, a simples veiculação da oferta ou da publicidade enganosas ou abusivas, pode caracterizar os delitos dos arts. 66 e 67 do CDC, *independentemente de qualquer indução a erro do consumidor individual ou coletivamente considerado, ou então de experimentação de qualquer prejuízo de ordem material ou moral*.

O mesmo não ocorre, entretanto, com o delito do *inc. VII do art. 7.º da Lei 8.137/90*.

Com efeito, e como já visto em passo anterior, *induzir* ultrapassa o simplesmente *observar e nada fazer ou passividade do público-alvo da oferta ou publicidade enganosa*.

E nos permitimos dar um exemplo a respeito: o anúncio de uma venda em liquidação de estoques de uma empresa, pode

(5) Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 1. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, verbete *induzir*.

*induzir* o consumidor a ponto de *incitá-lo*, ou ainda *instigá-lo*, *sugerir-lhe*, *persuadi-lo*, *movê-lo*, *levá-lo*, ou mesmo *arrastá-lo* a atender ao chamamento da mensagem publicitária. Chegando ao estabelecimento, todavia, decepçiona-se ao constatar que o estoque em liquidação era mínimo, e os que o antecederam já o esgotaram. Persuasivamente, todavia, e já que o consumidor está no estabelecimento, seus vendedores o convencem a adquirir outras mercadorias, quicá semelhantes às que estavam em oferta ou em liquidação, mas certamente a preços maiores. É o que, no jargão publicitário norte-americano chama-se *bait ad*, ou seja, “anúncio publicitário isca”.

Eis aí, portanto, o *induzimento* de que fala o referido tipo da Lei 8.137/90.

Não contemplando o mesmo dispositivo, porém, a forma culposa, mas tão-somente dolosa, os dados mais importantes que poderão configurá-lo serão a ausência de esclarecimentos a respeito do estoque disponível, exibição de preços disfarçados ou artificialmente mais baixo, e outros dados que demonstrem ter havido *dolo de aproveitamento*, conforme relatado na hipótese retro-aventada.

Mas, não é só. O estelionato, como sabido, ou então o estelionato “coletivo”, definido pelo inc. IX do art. 2.º da Lei 1.521/51 (isto é, “*obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos — ‘bola de neve’; ‘cadeias’; ‘pichardismo’ e quaisquer outros equivalentes*”), caracterizam-se pela obtenção de vantagem ilícita por *induzimento e manutenção em erro* da vítima *por qualquer meio fraudento*, certamente aí se incluindo a *mensagem publicitária ou oferta enganosas*.

Desta forma, e bem ao contrário dos outros tipos já tratados em itens anteriores, o estelionato caracteriza-se *necessariamente pela materialidade representada por um dano efetivo, ainda que na forma tentada*.

## 5. Conclusões

Desta forma, só vemos uma maneira de considerarem-se plenamente em harmonia e convivência os tipos penais sob comento:

A) *Delitos de menor intensidade lesiva aos valores estatuídos pela epistemologia do Código do Consumidor — arts. 66 e 67 do CDC*, mesmo porque *meramente formais*;

B) *Delito de média intensidade lesiva — art. 7.º, VII, Lei 8.137/90*, até porque de *resultado material relativo*; e

C) *Delitos de maior intensidade lesiva (a publicidade como meio fraudulento para obtenção de vantagem ilícita) — art. 171 do CP e inc. IX do art. 2.º da Lei 1.521/51*, de resultados *materiais*.

A presente abordagem, contudo, não esgota o rol de questões polêmicas em face do advento da Lei 8.137/90, concomitantemente à Lei 8.078/90, e seu conflito aparente ou real com a Lei 1.521/51, tais como a permanência ou não do recurso de ofício tirado dos arquivamentos de inquéritos policiais que apuram crimes contra a saúde pública e economia popular, a permanência de diversos tipos da mesma Lei 1.521/51, a aplicação da Lei 9.099/95 aos delitos previstos pelos três diplomas legais citados etc.

Cuidou-se aqui, portanto, da abordagem de um dos temas polêmicos, esperando-se que a doutrina e jurisprudência entreguem-se à tarefa para sua dirimição.

# 4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

## 4.1

### RAZÕES E PERSPECTIVAS DA VIOLÊNCIA E DA CRIMINALIDADE: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA CRIMINOLOGIA CLÍNICA

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A violência na história bíblica do homem e no mito de Édipo – 3. Os dois grandes dilemas do homem – 4. A violência fundamental: 4.1 O conceito e a dinâmica da violência fundamental; 4.2 A integração da violência fundamental pela libido (amor) no seio da família; 4.3 As formas de manifestação da violência fundamental – 5. As perspectivas da violência – 6. Conclusão – Bibliografia.

**Resumo:** As razões da violência e da criminalidade, dentro de uma perspectiva da história do homem, estão, via de regra, na própria violência, nas leis tiranas, no exercício arbitrário do poder e nas grandes interdições que o “homem comum” enfrenta e que o impedem de se tornar igual aos homens, enquanto uma minoria privilegiada quer romper a interdição de se tornar igual a “Deus”. É o que se “lê” no mito e nos arquétipos da versão bíblica e da versão da tragédia grega sobre a violência presente na história dos homens. Como referencial teórico dentro da psicanálise, tem-se a proposta de Bergeret sobre a violência fundamental, inata no homem, que é um instinto de luta pela vida, e pela qual o indivíduo tenta romper todos os obstáculos que se colocam à expansão de seu espaço vital. A violência e o crime acontecem porque o homem não “pensa” sobre o que faz e conseqüentemente não sabe exatamente o que faz. A resolução da violência fundamental não se dá pela repressão, mas por sua integração pela pulsão do amor (pulsão libidinal). Da mesma forma, então, a resolução da violência e da criminalidade presentes na sociedade não se resolverão por leis severas e por punições severas, mas por um grande e profundo processo de tomada de consciência por parte de todos os envolvidos, de pensar sobre o que se faz e de saber o que se faz, o que vai conduzir a um processo de pacificação e de reconciliação.

#### 1. Introdução

Quais as razões da criminalidade? A partir de uma tomada de posição sobre essas razões, que perspectivas de desdobramentos ou de solução se têm pela frente? Queer definir as razões da criminalidade parece-nos ser uma pretensão tão gigantesca quanto a de querer contar os grãos da areia do mar. Entretanto, pode-se discorrer sobre elas, ou melhor, sobre algumas delas, fazer algumas aproximações teóricas, dentro de um determinado enfoque, entre os múltiplos possíveis. É o que tentaremos fazer, definindo desde já nosso enfoque como sendo o psicológico ou, mais especificamente, o psicanalítico.

#### 2. A violência na história bíblica do homem e no mito de Édipo

Se tomarmos como referencial a versão bíblica sobre a história do homem, constatamos esta “verdade” inofismável: o crime nasceu com o homem. Ainda que a versão bíblica sobre a origem do homem não corresponda à “verdade objetiva” dos

fatos, de qualquer forma ela é um dos grandes mitos da humanidade. Ora, a "verdade" dos mitos, na medida em que carregada de arquétipos, é mais profunda que a "verdade" puramente objetiva dos fatos, embora mais dificilmente acessível à razão pura. Podemos dizer então que a versão bíblica sobre a história do homem contém profundas verdades. E uma dessas primeiras grandes verdades contém uma profunda violência. Não se trata da violência explícita presente no ato autoritário de expulsão do paraíso, pelo fato de Adão e Eva haverem comido da fruta proibida. Trata-se, isto sim, conforme diz Odália (1985), de uma conduta ainda anterior a essa, mais profundamente violenta: é a lei arbitrária e despota que proibiu o homem de comer daquela fruta. Por que motivo seria ela proibida? Tratar-se-ia de proibir simplesmente por proibir, pelo prazer de proibir? O homem, que ganhou mulher, riquezas e toda a terra, sofreu sua primeira grande privação: ficou privado de seu direito de tomar suas decisões e de se igualar àquele que sobre ele exerce o poder. Revoltou-se contra o poder que o aprisionava e, portanto, o violentava, e cometeu sua "primeira" transgressão à lei, seu "primeiro" crime, que consistiu em querer igualar-se a quem se colocava numa posição superior a ele e exercia sobre ele um poder tirano e arbitrário. "O exemplo bíblico é um paradigma, a matriz de uma situação que se perpetua na vida social do homem, onde a prática violenta só é parcialmente desvendada. E por não ser desvendada, ela é manipulada como uma prática de dominação entre desiguais" (Odália, 1985, p. 24). Portanto, o "primeiro" crime não consistiu num ato de violência; sua "*razão*", esta sim, foi um ato de violência, caracterizada pelo uso arbitrário do poder e da força, e que acarretou privação de um direito fundamental do homem. Através do crime, o homem reagiu a esse ato tirano de violência. Só que as "*perspectivas*", a partir de então, para Adão e Eva, não se tornaram nada boas, já que eles perderam o direito à

sua condição de vida paradisíaca. Segundo Rousseau, em sua obra *O contrato social*, se alguém tem o "direito" de subjugar a um outro e privá-lo de bens fundamentais, também este outro terá o direito de reagir ao jugo e reconquistar seus bens fundamentais. "O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros... Como é feita essa mudança? (...) Enquanto um povo é constrangido a obedecer e obedece, faz bem; tão logo ele possa sacudir o jugo e o sacode, faz ainda melhor, porque, recobrando a liberdade graças ao mesmo direito com o qual lhe arrebataram, ou este lhe serve de base para retomá-la ou não se prestava em absoluto para subtraí-la" (Rousseau, 1999, p. 21-22).

Vale lembrar um detalhe, se é que podemos chamá-lo de detalhe, o qual, do ponto de vista psicológico e psicodinâmico, inclusive da dinâmica familiar, tem particular importância. A mulher, Eva, necessitou da serpente, para nela jogar sua culpa e projetar seus impulsos e desejos, e depois necessitou do homem, para com ele dividir sua culpa. O homem, por sua vez, necessitou da mulher, para nela projetar seus impulsos e desejos e nela depositar sua culpa. Marido e mulher estabelecem entre si um pacto oculto de projeções de desejos e impulsos, de cumplicidade e de complementação de culpa. Um pacto secreto e inconsciente de violência mútua, portanto, do qual cada um tira suas vantagens; por isto mesmo, apesar da violência, a união persiste.

O "segundo" crime do homem foi um fratricídio: Caim matou seu irmão Abel. Matou-o porque o pai aceitou a oferta de seu irmão Abel, gesto de carinho e gratidão por parte do mesmo, mas não aceitou a sua, não aceitou seu gesto de carinho e gratidão. Portanto, o "segundo" crime do homem foi um ato típico de violência explícita. Porém, sua "*razão*" igualmente foi um ato de cruel violência: o "pai" mostra clara preferência por um filho, o mais novo, o pastor, o mais valorizado, o que lhe ofere-

ce primícias de seu rebanho, enquanto rejeita ao outro e à sua oferta, o mais velho, o agricultor, o que só tem frutas para lhe oferecer. Novamente, o crime nada mais é que a reação a um ato anterior de violência, (e que violência!), pelo qual o homem sofreu a privação de uma necessidade fundamental: a de carinho e atenção do pai. E as “*perspectivas*” para Caim, a partir de seu crime, foram simplesmente terríveis: ele foi expulso da presença do pai e condenado a vagar abandonado e errante pela terra. O próprio Caim disse ao Senhor: “Meu castigo é grande demais para que eu o possa suportar. Eis que me expulsais agora deste país, e eu devo ocultar-me longe de vossa face, tornando-me um peregrino errante sobre a terra. O primeiro que me encontrar, matar-me-á”. Mas o Senhor respondeu a Caim: “Não! Mas aquele que matar Caim *será punido sete vezes*”.

Estes foram portanto os primeiros crimes dos homens, suas razões e perspectivas, segundo a versão bíblica. Resultou daí um sucessão infundável de crimes, sempre como reações a violências (*razões*) que os precederam, e sempre seguidos de severas punições, portanto novas violências (*perspectivas*), até se chegar à expressão máxima de crime e de violência, que foi a morte do próprio Filho de Deus. Por este crime, Ele, o Filho, pediu perdão a Deus em favor de seus algozes, dizendo, ou melhor, alegando que “eles não sabem o que fazem”. Foi como que a primeira declaração de inimizabilidade do agente criminoso, feita pela própria vítima, e vítima do maior crime da história dos filhos dos homens. A vítima do maior crime da humanidade pediu perdão em favor de seus algozes, reconhecendo que os mesmos não tinham pleno discernimento do que faziam, dadas evidentemente suas condições pessoais, históricas, culturais etc. Ainda que não portadores de nenhuma doença ou condição psíquica especial, eles não devem ser plenamente responsabilizados por seu ato. Disse o Cristo a Pilatos: “Quem me entre-

gou a ti tem pecado maior”. Vale dizer, os “acusadores”, os instigadores, os que se julgam ser a “consciência” do povo, os que exercem sobre ele o poder arbitrário e põem-se a julgar sua conduta são os que cometem crime maior, já que, certamente, é maior seu discernimento, seu *animus necandi* e, portanto, maior seu dolo. De qualquer forma, quando pediu perdão, alegando que “eles não sabem o que fazem”, por certo estava se referindo a todos os envolvidos na trama de sua condenação e execução. Somente através do perdão é que se poderia romper com essa cadeia de violências e as perspectivas poderiam ser totalmente outras. Acontece, porém, que para a desditosa sorte dos filhos dos homens, embora Deus os tenha perdoado, eles mesmos não se perdoaram. O resultado é que as violências e crimes continuaram e continuam, aguçando-se suas razões e agravando-se suas perspectivas.

A versão bíblica sobre os crimes do homem não está isolada. Dela se aproxima a versão da mitologia grega. Conforme Bergeret (1990), a mitologia grega é rica em práticas de violências e de crimes pelos deuses entre si, entre os deuses e os homens, e entre os membros das famílias dos homens. Para esse autor, na mitologia pré-édipica (isto é, na que antecede as aventuras de Édipo, o Rei) a violência, sob todas as suas formas, é uma marca constante nas relações entre pais e filhos, ou entre os homens e as divindades. Trata-se de violências exercidas pelos pais sobre os filhos e vice-versa. Bergeret cita o relato que Anzieu faz das violências brutais cometidas pelos deuses, entre pais e filhos, ao longo de sua genealogia. Diz ele serem raras as alusões a situações em que a violência e o crime aparecem concomitantemente ao incesto. Para Bergeret, os crimes sexuais e, no caso, o incesto, seriam invocados somente como uma forma de buscar tornar mais compreensíveis e mais aceitáveis outros atos de violência menos compreendidos e menos aceitos pela sociedade, aque-

les calcados propriamente nos impulsos destrutivos. Pois bem, o que há de constante em toda essa história de violências? Para Bergeret, o que há de comum, como motivação básica (“razões” da criminalidade) é a sede insaciável de poder, a rivalidade entre pais e filhos, acompanhada do medo de ser subjugado e destruído, tudo isso calcado no instinto de sobrevivência. Essa trama de violências é muito bem retratada na tragédia grega. (Ver a respeito Brandão, 1985). A temática da tragédia grega gira em torno do desejo do homem mortal de se libertar dos limites a ele impostos pelos deuses e, através do “êxtase” e do “entusiasmo”, comungar com a imortalidade, própria dos deuses, tornando-se pois “herói” e, conseqüentemente, Ator, isto é, um outro. Esta ultrapassagem de suas próprias medidas, de sua própria realidade é chamada de *démeseure*, de *hubris*, isto é, uma violência feita a si próprio e aos deuses imortais, o que provoca o ciúme divino e a punição imediata. Temos então inicialmente a imposição de limites por parte dos deuses (dos pais), a proibição de acesso aos seus privilégios (fruta proibida), a que se segue a contra-reação do homem frente a esse uso arbitrário da força que visa a manutenção de um estado de privilégios, vindo, como conseqüência, a punição por parte de quem é o detentor desses privilégios. É exatamente o que acontece na tragédia de Édipo, o Rei. Layo, sabendo pelo oráculo da Ésfinge que seu filho recém-nascido iria matá-lo, ordenou que o levassem e o matassem, sendo cúmplice neste ato sua mulher e mãe do recém-nascido. Novamente, o homem necessita da mulher para nela projetar seus impulsos e com ela dividir sua culpa. Novamente, o pacto secreto e doentio entre marido e mulher. O servo leva Édipo, porém não o mata e sim abandona-o e ele é salvo por um pastor. Já adulto, Édipo encontra-se com Layo, seu pai, numa encruzilhada e o mata, sem saber que se tratava de seu pai. Vem a Tebas, cidade de Layo, e apossa-se de seu trono e de seu leito. Segundo Bergeret (1990),

Édipo, pela versão de Sófocles, matou Layo, seu pai, e tomou seu lugar no leito, e não *para* tomar seu lugar no leito. Portanto, diz ele, o tema fundamental e primeiro do Édipo não é o incesto e sim a violência fundamental, ou seja, a rivalidade entre pais e filhos, calcada no instinto de sobrevivência. Descobertos os crimes, vêm as terríveis punições: Jocasta, mãe e esposa cúmplice, “suicida-se” e Édipo vaza seus próprios olhos, perde o trono e abandona a cidade.

Poder-se-á contra-argumentar: tudo isso não passa de mitos. Pois bem, frente a essa objeção, a resposta é simples e direta e baseia-se na teoria junguiana dos arquétipos, dos quais os mitos são personificações: a verdade contida nos mitos é mais profunda do que a verdade puramente objetiva contida nos fatos históricos. Os mitos são personificações dos arquétipos. E os arquétipos, segundo Jung, são vivências e experiências profundas e significativas por que passou a humanidade, vivências e experiências essas que foram se sedimentando e passando de geração em geração (Jung, 1987). Por isto é que os mitos resistem ao tempo e chegam ao domínio da coletividade: é que eles são ricos de significados e as experiências profundas neles contidas são compartilhadas pela humanidade. Os mitos são símbolos e, enquanto tais, são capazes de transformar a energia pulsional. Eles são como telas, nas quais as energias pulsionais são projetadas, dinamizadas e transformadas. São reveladores de aspectos profundos da mente do homem, de sua história, de experiências profundas por que passou e à luz das quais interpreta a si mesmo, o universo e sua posição no universo. Os mitos são reveladores do inconsciente coletivo. Conseqüentemente, as verdades neles contidas costumam ser mais profundas e mais significativas que as verdades contidas nos fatos históricos. São verdades referentes à vida interior do homem, aos seus instintos, aspirações, temores e ao próprio inconscien-

te coletivo. São verdades dificilmente legíveis nos fatos históricos.

A partir dessa rápida leitura sobre os mitos bíblicos e gregos, podemos continuar fazendo algumas reflexões sobre as razões e perspectivas da violência e da criminalidade.

### 3. Os dois grandes dilemas do homem

O homem, principalmente o homem moderno, o homem do mundo globalizado, vive dois grandes dilemas. O dilema da necessidade premente de vencer, sempre vencer e ultrapassar os limites do humano (que leva à *hubris*, a maior das violências perante si e os demais humanos) ou ajustar-se às condições humanas de sobrevivência. É o dilema de vencer as interdições que impedem o indivíduo de se realizar como homem (o que pode levar a conflitos com a lei) ou submeter-se e resignar-se. A minoria dominante vive mais explicitamente o primeiro dilema, o da necessidade premente de vencer, vencer, vencer sempre mais os seus iguais e os que lhes superam em poder e capital, numa corrida desenfreada e louca, à procura de ultrapassar os limites do humano e atingir os umbrais do divino, cometendo assim a maior das violências, para a mitologia grega, a *hubris*, que consiste em querer tornar-se o todo poderoso (Bergeret, 1990). Esta escalada de poder por parte da minoria dominante vai se fazer à custa da exploração da maioria dominada, que será a vítima desta grande violência, a *hubris*. Entretanto, tornar-se igual a Deus sempre será para os dominadores um eterno desafio, eternamente inatingível. Esta será sempre a sua grande interdição, que chamaremos de interdição primária ou fundamental. Será, portanto, a sua fruta proibida. Mas, às vezes, algo similar ao endeusamento do homem até parece acontecer, quando certos segmentos poderosos da economia mundial, globalizada, tornam-se como que divinos, ao atingirem um poder quase que total sobre a humanidade,

exceto sobre alguns povos que, por força de sua milenar tradição, tentam lhes resistir e acabam se marginalizando em relação ao restante da humanidade. Tais grupos, na economia globalizada de hoje, têm quase um poder de vida ou morte sobre as nações do assim chamado terceiro mundo ou dos países em desenvolvimento, cuja economia está umbelicalmente atrelada ao capital e aos investimentos desses poderosos grupos. Em função disso, as nações mais pobres rogam “de joelhos” a grande graça “divina” dos seus investimentos e do seu capital, que serão para elas sua verdadeira salvação em suas crises de “vida ou morte”, sendo que, por esses investimentos, elas fazem promessas e concessões que não se fazem ao comum dos mortais.

Por sua vez, a maioria dominada vive mais explicitamente o segundo dilema, o de vencer as interdições, as quais vamos chamar de secundárias, que impedem ao homem comum de ser igual ao próprio homem, de se realizar como homem, com acesso a todos os bens a que tem direito, tais como moradia, terra, educação, saúde, trabalho. Eis o grande paradoxo: a minoria dominante aspira ser igual a “Deus”, numa corrida insaciável de um poder “divino”, que jamais será atingido, enquanto a maioria dominada aspira unicamente ser igual ao próprio homem. Frei Beto, em entrevista ao *Jornal do Psicólogo*, de março/abril de 1999, refere-se a uma violência estrutural que decorre da brutal concentração de renda no Brasil assim tipificada: 1% da população detém cerca de 47% da renda nacional. Segundo Frei Beto, essa violência estrutural é ainda um reflexo de nossa tradição escravocrata. A maioria dominada sucumbe perante a minoria dominante. “A mídia também é violenta, diz o citado autor. Se pensarmos que os principais símbolos de nossa mídia são um leão que ruge, um rato que rói com um cacete na mão e uma tiazinha com chicote, temos que concordar com Luís Fernando Veríssimo quando diz que carregamos a nostalgia do es-

cravo que se dobra diante do seu senhor. No fundo estes símbolos mexem com o inconsciente de quem ainda não aprendeu a lutar por seu espaço, de se fazer respeitar" (p. 7).

No entanto, muitos não sucumbem ante as interdições. Entre eles, alguns são mais felizes em encontrar formas "legítimas" de lutar contra elas. Outros, em função de sua própria história, foram menos felizes, mas nem por isso sucumbiram e, na busca dos bens que lhes são interditos, recorrem a formas legalmente ilegítimas, a formas de violência, não à violência maior, a *hubris*, que os dominadores cometem para vencer a interdição primária, fundamental, mas às violências menores, cometidas pelos dominados para vencerem as interdições secundárias. Esta luta das classes dominadas por vencer as interdições secundárias pode ser analisada e compreendida à luz da teoria das subculturas delinquentes, de Cohen. "Incapaz ou sem vontade para alcançar as metas da classe média, o jovem da classe proletária volta-se a comportamentos de agressão, vandalismo e desapropriação através dos quais o êxito é possível, logrando assim escapar à intolerável frustração e ansiedade" (Bergalli, 1983, p. 124-125). Igualmente a teoria da anomia nos oferece um bom referencial para compreendermos esse fenômeno. "A teoria da anomia (...) repousa sobre a idéia de que aqueles a quem a sociedade não oferece caminhos legais (oportunidades) para alcançar o bem-estar, ver-se-ão pressionados muito antes que os demais à prática de atos reprováveis para lograr esse objetivo (em geral, delitos contra a propriedade)" (Bergalli, 1983, p. 134). Robert Merton distingue quatro formas de conduta anômica, de não conformidade ante as frustrações: o ritualismo, o retraimento, a inovação e a rebelião. (Bergalli, *idem*, p. 135-137). Pelo ritualismo, os indivíduos desistem de perseguir os fins a que normalmente o homem almeja e que são alcança-

dos pela classe média, quais sejam a ascensão social, o sucesso, as boas amizades etc. No entanto, apegam-se rigidamente, ritualisticamente, às normas, às regras, tal como um burocrata. Pelo retraimento, os indivíduos desistem tanto dos fins, como das normas, tornando-se vadios, alcoólatras, drogaditos etc.; rejeitam a moral e os valores da classe média e não os substituem por outros. A inovação é a forma mais explícita e evidente de reação desviada, supondo o uso de técnicas novas ou ilícitas para obter os propósitos desejados, desrespeitando-se as restrições morais e legais que dificultem esse objetivo. Pela rebelião, os indivíduos rechaçam totalmente os fins acima aludidos e as instituições que permitem sua obtenção, introduzindo novos valores e novas formas institucionais e de organização. O sistema de leis vigente é célere para ilegitimar, ainda que pontualmente, as formas violentas e/ou anômicas de se enfrentarem essas interdições, mas é parcimonioso, quando não totalmente omissivo, em ilegitimar a violência das próprias interdições. O sistema de leis vigente, comprometido com a reação social ante o crime, elege como delinquentes unicamente aqueles que tentam romper com as interdições secundárias, deixando ilesos e isentos de culpa os que tentam romper com a interdição primária. Cria-se, pois, um curioso e cruel paradoxo: os delinquentes são comumente identificados entre aqueles que, ainda que de forma pouco ajustada ou "ilegítima", tentam capturar as frutas proibidas, a que têm direito, a fim de simplesmente tornarem-se iguais aos homens, mas raramente são identificados entre aqueles que tentam se igualar a "Deus", na busca do poder e domínio totais.

Cabe lembrar, no entanto, que, lamentavelmente, os membros que, dessa maioria dominada, conseguirem passar para a minoria dominante, deixarão de enfrentar as interdições secundárias, para, aderindo à *hubris*, à violência fundamental, busca-

rem, eles também, igualar-se a Deus, numa busca incansável da vitória e do sucesso. E assim a cadeia da violência se perpetua, nos pólos desses dois dilemas que, no final das contas, se entrelaçam: o da necessidade de sempre vencer e conquistar o “absoluto” ou a busca de ajustar-se ao humano e de solidarizar-se com os demais e o da necessidade de vencer as interdições (secundárias) ou a conduta de submissão e resignação. Diz Frei Betto: “Creio que estamos vivendo a psicologia do vencedor. Quanto mais forte essa síndrome do vencedor, mais profunda a frustração generalizada das pessoas. (...) A vida não é feita de vitórias. É feita de oscilações entre dificuldades e alegrias. A vida é feita de perdas. É preciso saber canalizar o desejo e canalizar o desejo é saber perder para poder ganhar mais” (idem, p. 7). Para Recamier (Pirolí, 1997), uma das tarefas fundamentais do ser humano consiste em desenvolver e elaborar o luto fundamental, ligado a todos os tipos de perda, separação, desilusão. O vencer, sobretudo quando marcado pela voracidade, a vitória, o ganho, não garantem, por si mesmos, o verdadeiro sucesso, se não estiverem ancorados no saber elaborar a perda. Se o ganho não estiver ancorado no saber elaborar a perda, ele não passará de um simples e único passo dentro de uma corrida voraz e desenfreada, ativada violentamente pelo pavor de eventuais perdas. Nesta corrida, o indivíduo estará sempre cego para uma coisa fundamental: os direitos e o bem estar do outro, que representarão limites para a sua busca incansável de um sucesso infinito, para a sua luta por vencer a interdição primária, a de se igualar a Deus. Daí que, recorrendo novamente ao mito bíblico e, portanto, ao próprio inconsciente coletivo da humanidade, Deus disse: “Eis que o homem se tornou como um de nós, conhecendo o bem e o mal. Agora, pois, cuidemos que ele não estenda a sua mão e tome também do fruto da árvore da vida, e o coma, e viva eternamente” (Gênesis, III, 22).

#### 4. A violência fundamental

##### 4.1 O conceito e a dinâmica da violência fundamental

Jean Bergeret, em *La violencia fundamental: el inegotable Edipo* (1990), apresenta sua teoria sobre a existência de um instinto fundamental no homem, que ele chama de violência fundamental. É um instinto presente no ser humano já a partir de sua concepção. É o instinto da luta pela vida. Por isto mesmo, deve estar presente desde o início, pois podemos pensar que, inicialmente, ele assume um caráter inclusive biológico. É uma força que proporciona a expansão do ser, a conquista do espaço. Poderíamos pensar, à guisa de analogia, no tenro broto da semente que rompe a terra, nasce, finca suas raízes e conquista o espaço, assim como no pintainho que rompe a casca do ovo para nascer. Trata-se de uma força vital que tende a romper obstáculos que limitam o espaço do indivíduo e lhe criam empecilhos à vida. Não se trata, pois, de uma força cujo objetivo original é atacar e destruir, mas sim conquistar e garantir a vida.

Ocorre que os tais obstáculos que se oferecem ao indivíduo e lhe ameaçam o espaço são, com frequência, as outras pessoas. Tais obstáculos, incluídas as pessoas, são os objetos do “ataque” da violência fundamental. Esses objetos, entretanto, não são perfeitamente definidos. A violência fundamental não os “ataca” porque são estes ou aqueles objetos, mas simplesmente porque são obstáculos à expansão da vida do indivíduo. Daí que a violência não supõe uma relação de amor nem de ódio, mas unicamente de rivalidade. O objeto da violência fundamental, a pessoa contra a qual ela se dirige é identificado simplesmente como um “outro”, não importa quem seja, ao qual o indivíduo busca sobrepor-se, dentro do dilema que reconheceríamos como trágico: “Ou ele ou eu”. Oportuna e ilustrativa se faz aqui a análise etimológica

da palavra violência. Ela provém do radical grego antigo *bi*, que deu lugar tanto ao substantivo *bia* (violência), como ao substantivo *bios*, que justamente significa vida (Ver Bergeret, 1990, p. 11). É por demais curioso e significativo observar que violência e vida têm, pois, uma mesma raiz etimológica.

Quando a criança nasce, esses “outros”, para ela, são seus pais. Evidentemente, seus pais são objetos de apoio, dos quais ela depende vitalmente, sobretudo a mãe, nos primeiros dias e meses de vida. Mas, exatamente por ela depender vitalmente dos pais é que ela sente o espaço todo como sendo unicamente seu e exclusivamente a seu serviço. A criança toma a mãe todinha para si, toma os pais todinhos para si, toma o ambiente todinho para si e sente-o como que girando em torno dela. Por isto, tudo o que possa se opor a essa sua “onipotência”, a essa sua expansão vital sem limites, serão “outro” para ela, serão objeto de sua violência fundamental, constituindo-se num obstáculo a ser suplantado. E não faltarão obstáculos à “onipotência” da criança, pois a essa onipotência se opõem as leis da realidade. A criança, por si mesma, não tem capacidade de entender essas leis e de se orientar por elas. Quem vai “administrar” a sua vida de acordo com as leis da realidade, inicialmente, serão seus pais. Portanto, é de se esperar que seus pais se constituam nos primeiros “outros”, nos primeiros obstáculos à violência fundamental, nos seus primeiros objetos de “ataque”.

Por sua vez, a criança não deixa de ser também um obstáculo aos pais, pesem todo o amor e carinho que por ela têm. Ela lhes toma quase todo o tempo, o espaço e atenção. Principalmente a mãe, nos primeiros meses de vida do(a) filho(a), não é mais “dona” de si. Coloca todo o seu ser, todo o seu tempo à disposição do(a) mesmo(a). Conseqüentemente, o pai vai sentir que sua mulher não é mais sua, como era antes, estando ela agora à disposição, antes de tudo, da criança. Ela lhes “toma” a vida.

Por isto mesmo, os pais, sobretudo na medida em que ainda imaturos, tendem a reviver, na relação com seus filhos, os seus aspectos infantis ainda não suficientemente resolvidos.

Conforme a criança vai crescendo, vai se desenvolvendo e amadurecendo nela a pulsão do libido, isto é, a pulsão sexual, a pulsão do amor. Ela vai conseguindo então identificar melhor as pessoas à sua volta e identificar mais precisamente os seus pais. Ora, na medida em que as condições ambientais forem saudáveis e favoráveis, a libido vai se “alimentar” da energia da violência fundamental e vai colocá-la a seu serviço. “O dinamismo de todo esse grupo instintual arcaico constituiria a base dinâmica, nesse momento mal diferenciada objetivamente, sobre a qual se estabeleceria o apoio da libido que, como diz Freud, extrairia nele amplamente (se não totalmente) a energia própria para sua vetorização teleológica completamente específica, na direção da objetividade autêntica, do intercâmbio amoroso e da criatividade” (Bergeret, 1990, p. 228).

Libido, que tem a ver com amor, e violência fundamental não se opõem, pois esta, como já dissemos, é antes de mais nada uma energia vital, que procura romper os obstáculos. Vale lembrar a raiz etimológica da palavra violência, que é a mesma de vida, conforme dito acima. Ocorre que, neste “romper obstáculos”, a violência, na medida em que não devidamente socializada e orientada, isto é, não integrada pela libido, pode se tornar de fato destrutiva. Tudo vai depender da forma como ela vai ser aproveitada e canalizada pela libido, dentro de condições saudáveis e favoráveis do ambiente, sobretudo do ambiente familiar.

A maturidade psicológica consiste numa organização da vida psíquica sob o primado da libido. Noutros termos, consiste numa organização da vida psíquica tendo como referencial a pulsão da libido, a pulsão do amor. E o grau de maturidade e ajustamen-

to da libido vai depender da resolução sadia do complexo de Édipo. Desta resolução vai depender a capacidade do indivíduo de desenvolver relações saudáveis com as pessoas, tanto do sexo oposto, como do mesmo sexo. No complexo de Édipo, o que vai estar na base para ser resolvido, segundo Bergeret, é exatamente a rivalidade da criança com seus pais. E aqui Bergeret diverge de Freud, na interpretação que faz da tragédia grega de "Édipo, o Rei". Para Freud, a questão fundamental que está em jogo é o incesto: Édipo matou seu pai *para* tomar seu lugar no leito. Para Bergeret, a questão principal a ser resolvida é a da violência fundamental, a da rivalidade. O incesto surge como uma expressão ou consequência da rivalidade, ou seja: Édipo matou seu pai e ocupou seu lugar no leito (e não *para* ocupar...). Segundo Bergeret, outras interpretações que se fizeram, ao longo dos séculos, de "Édipo, o Rei", enfatizaram mais a violência, a rivalidade, tendo deixado em segundo plano o incesto. (Édipo de Sêneca, do Corneille ou de Voltaire, o "Thébaïde" de Racine). Nas outras interpretações, o incesto não aparece, ou é dessexualizado ou aparece sob forma de violência. O que aparece em primeiro plano é a violência, são as lutas, são as rivalidades entre os homens, entre pais e filhos, é o parricídio, é a luta entre as gerações. Na releitura que Bergeret faz do Édipo, recorrendo às outras interpretações que dele foram feitas ao longo dos séculos, na qual (e nas quais) a ênfase recai sobre a rivalidade entre filhos e pais, sobre a luta pela sobrevivência, somos levados a lembrar o pensamento de Montesquieu (Ramierez, 1983, p. 28), segundo o qual a primeira lei natural do homem "é a de conservar o próprio ser". Segundo Bergeret, os especialistas em patologia mental teriam deixado de lado o conceito darwinista de luta pela vida. Lembra ele o pensamento de Nietzsche sobre as forças arcaicas instintivas existentes no indivíduo, que constituem um "querer viver" "e que se encontrariam na raiz de todas as pulsões" (p. 218). Tal

"querer viver" relaciona-se com o "instinto de combate" que ele, Nietzsche, busca nas lendas gregas.

#### 4.2 *A integração da violência fundamental pela libido (amor) no seio da família*

Para Bergeret, a grande, a principal repressão que ocorre no complexo de Édipo não é sobre o incesto, mas sim sobre a violência, sobre a rivalidade entre pais e filhos. A boa resolução e a superação do complexo de Édipo supõem, não a repressão da violência, mas sua canalização e aproveitamento. O instinto da violência fundamental é arcaico, precede as pulsões libidinais e situa-se no mesmo nível das pulsões de autoconservação. Como já dissemos, suas energias, suas pulsões não têm um direcionamento definido, não têm um objeto definido. Seu único objeto é o outro que se coloca à frente do sujeito a lhe impor limites, dentro do já citado trágico dilema "ou ele ou eu". Já as pulsões libidinais, as pulsões de amor buscam um objeto ao qual se dirigem, têm um alvo, sendo que esta direção, este objeto e este alvo se diferenciam cada vez mais na medida da maturidade dessas pulsões, ou seja, na medida em que o indivíduo amadurece em sua capacidade de amar.

A relação que se estabelece entre as pulsões libidinais e a violência fundamental não é de oposição, de confronto e de conflito. Segundo Bergeret, é antes uma relação de continuidade, de sucessão no tempo pela qual as pulsões libidinais apóiam-se nas energias da violência fundamental, integram-nas na própria libido e lhes dão um direcionamento. Esta integração da violência fundamental à libido se fará a partir de uma resolução sadia do complexo de Édipo, a saber, da resolução das relações conflitivas de amor, ódio (agressividade) e competitividade que se estabelecem entre os pais e o filho. Com o êxito dessa resolução e dessa integração, a vida

psíquica vai se organizar sob o primado da libido, pelo qual as energias da violência fundamental serão “vetorializadas”, segundo expressão do próprio Bergeret, serão canalizadas pelas pulsões libidinais para objetos e objetivos definidos e socializados. Psicanaliticamente, pode-se pensar que “todo homem, teoricamente ao menos, é concebido com a possibilidade de viver primeiramente sua violência absoluta e egoísta e depois chegar à relação amorosa. Isso, porém, somente à medida em que consegue integrar a primeira (*violência*) à segunda (*relação amorosa*) e em que consegue aceitar a coexistência de uma e de outra no seio da ambivalência afetiva a que todo adulto deve ser capaz de aceder...” (Bergeret, p. 214). Na medida em que essa violência fundamental não é integrada à libido, ao amor, ela se torna perversa. Entretanto, não há que se falar aqui no dilema “tudo ou nada”. Deve-se antes reconhecer a possibilidade de porções maiores ou menores dessa violência não serem integradas e permanecerem em seu estado primitivo. Tais fracassos de integração vão depender primordialmente, entre outras coisas, do clima familiar, do quanto for saudável o relacionamento dos pais entre si e do quanto os pais se mostrarem acessíveis, confiáveis e amorosos perante a criança. Tudo se complica na medida em que o relacionamento dos pais entre si for pouco saudável e em que, no relacionamento deles com a criança, eles se projetarem nela e confundirem os sentimentos e impulsos dela com os seus próprios sentimentos e impulsos não resolvidos.

Winnicott (1987) fala da existência na criança de dois sentimentos básicos e primitivos: o amor e o ódio. Embora esse ódio a que se refere não deva necessariamente ser identificado com a violência fundamental, não deixa de servir como suporte para sua compreensão e aceitação, principalmente no que diz respeito à questão do conflito e rivalidade entre pais e filhos. Diz

Winnicott que a criança dirige seu ódio primeiramente contra o ambiente mais próximo, contra os pais, sendo muito importante ela sentir, em contrapartida, da parte dos pais, o que ele chama de confiabilidade, isto é, a aceitação, o apoio e a compreensão, como condição dela saber administrar e canalizar seu ódio e sua agressividade. Ocorre que os pais, na medida de sua imaturidade e da imaturidade de seu relacionamento, poderão reviver, frente aos impulsos hostis da criança, os seus próprios impulsos infantis, não suficientemente resolvidos e, nessa medida mesma, não saberão oferecer à criança a disponibilidade e o apoio necessários. Acirra-se neste contexto a rivalidade entre pais e filhos. “A hipótese da existência de uma violência fundamental leva-nos a pensar que a luta entre gerações constitui um fenômeno funcional inevitável. A criança muito pequena tem espontaneamente tendência a projetar sobre o adulto sua violência ligada à sua necessidade de sobreviver, enquanto que o adulto, ao mesmo tempo, vê despertar-se nele, como um eco, as partes forçosamente mal integradas de sua própria violência primitiva” (Bergeret, 1990, p. 276).

Os pais têm que ter o cuidado para resolver os problemas de sua história dentro de sua própria história, e não às custas da história do outro, seja esse o cônjuge ou o filho. A saúde das relações dos cônjuges entre si é requisito importante para a saúde das relações do casal com os filhos. Em trabalho relatado no Congresso Internacional Família e Violência, realizado em Florianópolis, de 20 a 23.04.1999 (Sá, 1999), apresentamos a hipótese da existência de dois esquemas matriciais de violência na família, ambos não necessariamente manifestos, mas podendo integrar a face oculta da violência na família. O primeiro esquema é um pacto secreto inconsciente que fomenta relações doentias destrutivas entre o casal, e o segundo esquema é a rivalidade entre pais e filhos, calcada

na violência fundamental. Conforme dizíamos no referido trabalho, o primeiro esquema são as motivações inconscientes que levam duas pessoas a se escolherem como marido e mulher, conforme dizem Pincus & Dare (1981). Essas motivações têm como suporte o mecanismo inconsciente da projeção, pela qual o cônjuge percebe e interpreta no companheiro sentimentos e necessidades que são seus, mas que ele censura, assim como atribui ao companheiro o papel de fazer aquilo que ele gostaria de fazer, mas que a censura não lhe permite fazer. Ou ainda, um precisa do aspecto frágil e "doentio" do outro, reforça nele tais traços, ao mesmo tempo que o rejeita por isso. Um cônjuge precisa do outro para lançar nele as justificativas, os motivos, enfim, a culpa por sua conduta reprovável. É o que vem retratado na história bíblica de Adão e Eva, os quais selaram entre si um pacto de cumplicidade para a prática do "pecado capital", da *hubris*, no impulso de se igualar a Deus (violência primária). É igualmente o que vem retratado na tragédia do Édipo, o Rei, na qual Layo e Jocasta selam o pacto de cumplicidade na trama de matar o filho Édipo. Trata-se, pois, de um "contrato secreto", na expressão de Pincus & Dare (1981), de um pacto inconsciente, com efeitos deletérios sobre o casal e seus filhos. É sem dúvida um pacto permeado de violência, que implica alguma forma de ataque ao modo de ser e de agir do outro, alimenta conflitos de relacionamentos e rejeições. Na medida em que esse pacto se alimenta de relações doentias, o filho corre o risco de se tornar nova vítima, pois sua presença se constituirá num sério complicador dessas relações já por demais complicadas. As conseqüências de tudo isso podem ser observadas a um nível consciente e manifesto, tais como brigas, desentendimentos e abandonos. E mais, as violências sofridas por uma criança na família vão alimentar motivações inconscientes suas na escolha futura de seu parceiro de casamento e, provavelmente, na perpetuação

da violência. Assim, o casamento pode se constituir inconscientemente numa perpetuação de um domínio oculto dos pais sobre o(a) filho(a).

A violência que permeia a relação dos cônjuges será um sério obstáculo a que os pais favoreçam nos filhos a integração da violência fundamental pela libido. A violência fundamental, caracterizada inicialmente pela rivalidade entre pais e filhos (rivalidade que pode ser de ambas as partes), constitui-se no segundo esquema matricial de violência oculta na família, a que nos referimos no supracitado trabalho. Os cuidados paternos para com a saúde do lar devem ser redobrados, principalmente se se pensar que as violências praticadas no lar tendem a servir de paradigmas para outras violências a serem praticadas no meio social. Os impulsos destrutivos da criança, a sua violência fundamental não serão resolvidos por castigos severos, principalmente por castigos físicos. Tais castigos constituir-se-ão em poderosas barreiras para o trabalho psíquico de integração da violência pela libido e contribuirão para que porções da violência fundamental permaneçam desintegradas e livres, atuando à revelia das pulsões libidinais. Retomemos neste contexto o pensamento de Bergeret, quando diz: "O destino feliz da violência humana fundamental, útil em si mesmo, deve logicamente realizar-se dentro de um processo integrador no seio da problemática amorosa, no sentido mais amplo de termo" (Bergeret, p. 275).

#### 4.3 As formas de manifestação da violência fundamental

As porções não integradas da violência fundamental, sejam da criança, sejam de seus pais, sejam dos adultos em geral, vão se manifestar nas mais diferentes formas de violência, tanto no seio da família como da sociedade em geral. A não integração da violência fundamental produz conflitos relacionais precoces, que não permitem que

ocorra o primado do esquema triangular edípico. Isto é, tais conflitos não permitem que as relações entre a criança e os pais deixem de ter a marca da rivalidade primária, na luta narcísica pela sobrevivência, para se orientarem pelo amor, ainda que com a marca da competitividade. As dificuldades e conflitos dos filhos são reflexos de dificuldades parentais e do grupo familiar.

Da parte dos pais, são formas de atuação da violência fundamental primitiva não integrada: abortos; abandonos de filhos; rejeições, nas suas mais diferentes modalidades, conscientes ou não, disfarçadas ou não; castigos severos impostos aos filhos, não raramente físicos; mortes inconscientemente provocadas; ataques sexuais, nos quais a sexualidade é mero pretexto. Enfim, as violências praticadas pelos pais contra os filhos não constituem novidade, sua frequência é alarmante, conforme se pode verificar em Azevedo & Guerra (1995). Quanto às violências praticadas pelos filhos contra os pais, elas se observam ao nível das fantasias, nas atividades lúdicas, nos sonhos, e mesmo nas reações violentas e potencialmente destrutivas das crianças. As lutas, as rivalidades e os conflitos observados na adolescência, diz Bergeret, são reedições de partes não integradas da violência fundamental, vivida nos primeiros anos de vida.

No que diz respeito à violência observada na sociedade em geral, diz Bergeret: "As guerras, as revoluções, a luta pela vida entre as classes sociais, entre as nações e as etnias têm grande parte de suas bases na escolha vital que têm de fazer entre 'ele ou eu', 'eles ou nós' (p. 210-211). A própria violência no trânsito está associada ao trágico dilema "ou ele ou eu".

Mas não poderíamos deixar de retomar aqui a violência da lei primordial e tirana do "pai", arquetipicamente registrada na ordem dada pela representação bíblica do Criador: "Não comerás desta fruta". Ou seja, é como se o pai dissesse ao filho: não

tentes ser como eu, não tentes invadir meu espaço. Se o registro é arquetípico, é porque se trata de uma representação do inconsciente coletivo. E, nesse inconsciente coletivo, a reação do homem à lei tirana do "pai" foi justamente a de transgredi-la, para se igualar ou se sobrepor a ele, ao que se seguiu o grande castigo da expulsão do paraíso. O crime da Caim, de fratricídio, foi a expressão máxima de rivalidade.

Igualmente, não podemos deixar de associar à violência fundamental a violência primária da minoria dominante, em sua ânsia de vencer a interdição primária, para se igualar ao próprio "Deus". Associam-se à violência fundamental os grandes "crimes", ainda que não tipificados e não reconhecidos como tais pelos diplomas legais vigentes, praticados pelo imperialismo do capital, e que fazem por concentrar mais e mais as riquezas, as riquezas da própria terra que a todos pertencem, nas mãos de poucos, tendo como consequência a miséria crescente da maioria. Não podemos deixar de associar à violência fundamental os chamados "crimes de colarinho branco", tipificados ou não, característicos daquele irmão voraz que, na luta pela sobrevivência, não conseguiu integrar suficientemente sua violência primitiva, vive sob o primado do dilema "ou eu ou ele", não tem a mínima consideração por esse "ele", nem de amor e reconhecimento e sequer de ódio, pois o outro é como se não existisse, ou, se sua existência é levada em consideração, é para ser colocada a serviço do próprio "eu". O mesmo se diga dos grandes crimes ambientais, de economia popular, dos crimes de relações de consumo. São todos crimes regidos por "leis" como "salve-se quem puder" ou "quem puder mais chora menos". Enquanto ditos populares, essas "leis" refletem a psicologia da coletividade, são princípios reguladores, ou melhores, "desreguladores" da conduta humana que fincam suas raízes na violência fundamental e já estão presentes tanto na narração bíblica da criação, como

no mito de Édipo. A violência primitiva, de que fala Bergeret, não tem um objeto perfeitamente definido e delimitado no tempo e no espaço. O indivíduo busca a ampliação *ad infinitum* de sua felicidade, de sua vida, às custas dos bens, da vida e da felicidade do outro, não importando quem seja esse outro, não importando de quem sejam esses bens. É como se o campo minado fosse todo meio que difuso. Por isso mesmo, os crimes acima referidos podem ser compreendidos com base na teoria da violência fundamental, que seria sua razão psicológica, ao lado, evidentemente, de outras razões das mais diversas ordens. São todos crimes praticados por conta da violência primária, que é a que tem como objetivo vencer a interdição primária, a que impede ao homem tornar-se igual a "Deus", em sua luta pela sobrevivência.

Quanto às violências praticadas pela maioria dominada, nós as estamos denominando de secundárias. Tais violências secundárias não deixam de ter suas razões psicológicas também na violência fundamental, já que são formas de luta pela sobrevivência. Com a grande diferença, porém, de que o seu objetivo é o de vencer as interdições secundárias, isto é, aquelas que impedem o indivíduo de se tornar igual ao próprio homem. Enquanto na minoria dominante trata-se de uma busca desenfreada, e por vias impróprias, de expandir *ad infinitum* os limites da própria vida, no caso da maioria dominada, trata-se da luta pela sobrevivência propriamente dita, nas condições a que todo ser humano tem direito. Comparando a violência primária e as violências secundárias, talvez possamos dizer, ao menos à guisa de hipótese e de reflexão, que a primeira deve-se sobretudo a porções maiores não integradas da violência fundamental, enquanto que as segundas, embora tenham suas raízes na violência fundamental, contêm componentes agressivos, em proporções maiores que a primeira. Vejamos então alguns aspectos

da distinção que Bergeret estabelece entre violência fundamental e agressividade.

A violência, conforme ficou esclarecido acima, tem um objeto pouco definido. A ela não importa muito este ou aquele objeto, esta ou aquela pessoa. O objeto, em si, na sua identidade própria, tem uma importância secundária. Ele passa a interessar ao sujeito unicamente na medida em que se coloca à sua frente, como um limite à sua expansão vital. Ao sujeito não importa a sorte do objeto. O sujeito centraliza-se unicamente em si mesmo. Portanto, a violência não supõe nem o amor e nem o ódio. Préexiste a qualquer ambivalência afetiva. O ataque se faz sem ódio, nem se justifica por nenhum sentimento de ódio, pois este supõe a presença e a capacidade do amor. O ataque justifica-se unicamente pela busca da autopreservação e da expansão vital. Por conseguinte, a violência fundamental não supõe a presença de conflito entre amor e ódio. O conflito diz respeito unicamente às facilidades *versus* dificuldades de lutar pela própria sobrevivência. Em função do que diz Bergeret acerca da indefinição do objeto e da ausência de ambivalência afetiva, podemos supor a ausência de conflitos e de sentimentos de culpa, bem como supor que o confronto sujeito-objeto não é aberto, explícito e direto. É um confronto encoberto, disfarçado. Consequentemente, está menos sujeito a ferir os sentimentos universais de probidade, a provocar sentimentos de reprovação e revolta e, assim, menos suscetível a suscitar e a justificar leis que o tornem ilegítimo e o punam.

Já a agressividade tem objeto definido, perfeitamente distinto do sujeito, um objeto eleito em função de suas peculiaridades, eleito em função das pulsões libidinais, pulsões dirigidas a ele mesmo, ou a outros objetos, em relação aos quais ele seria uma ameaça. Supõe, pois, a capacidade de amar e de odiar. A agressividade visa prejudicar o objeto ou mesmo destruí-lo. A agressividade pode supor, portanto, a presença da

ambivalência afetiva, do sentimento de culpa, de conflitos, de confrontos abertos e explícitos, que ferem mais explicitamente os sentimentos de probidade e provocam mais facilmente os sentimentos de reprobção social e, conseqüentemente, são mais susceptíveis a suscitar e justificar leis severas que os ilegítimos e os punam.

Dadas essas diferenças que Bergeret estabelece entre violência e agressividade, somos levados a pensar, à guisa de hipótese e reflexão, que a violência primária, voltada ao rompimento da interdição que impede o homem de igualar-se a “Deus”, alimenta-se sobretudo da violência fundamental, enquanto que as violências secundárias, voltadas ao rompimento das interdições que impedem o indivíduo de se igualar ao homem, têm suas raízes na violência fundamental, porém com parcelas maiores de agressividade, supondo-se com isso uma presença mais explícita do drama humano, do medo, do pânico e da revolta nos conflitos e na luta pela sobrevivência.

A respeito da distinção entre violência primária e violência secundária e para contextualizá-la melhor, cabe lembrar aqui a distinção que Hassemer (1993) estabelece entre dois tipos de criminalidade: a criminalidade moderna e a criminalidade de massa. A moderna inclui a econômica, a ecológica, a criminalidade no comércio exterior e o contrabando internacional de drogas e apresenta as seguintes características: a) ausência de vítimas individuais; b) pouca visibilidade dos danos causados; “... os danos causados não são mais visíveis, o delito perde sua tangibilidade, adquire outra estrutura” (p. 88); c) as formas de ação são civis, não corre sangue, de um modo geral há colarinhos brancos, assinaturas de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis. A esta criminalidade moderna Hassemer contrapõe a criminalidade de massa, que inclui os crimes contra os indivíduos, crimes de roubo, seqüestro, homicídio, crimes sexuais etc., que são os que

de fato suscitam medo, pânico e revolta na população. Portanto, a criminalidade moderna corresponde à violência primária, cujos objetos são menos definidos e cujos confrontos são mais disfarçados, enquanto que a criminalidade de massa corresponde à violência secundária, toda ela permeada de conflitos e traumas explícitos, como já dissemos anteriormente.

## 5. As perspectivas da violência

A vítima do maior crime da humanidade disse: os homens não sabem o que fazem. Freud, por sua vez, em *Totem y tabu*, Parte IV, fala dos impulsos hostis dos filhos contra o pai, impulsos esses que, na horda primitiva, teriam se traduzido em ato concreto pelo qual os irmãos se uniram e mataram o pai tirano, a fim de se livrarem de seu jugo. Posteriormente, os irmãos arrependeram-se de seu ato e passaram representá-lo simbolicamente em cerimônias de sacrifícios, pelas quais, ao mesmo tempo em que reviviam sua hostilidade em relação a seu pai, cultuavam-no, tomavam-no como modelo e manifestavam seu amor para com ele, bem como expiavam sua culpa. Freud fala então que o homem, em seus estágios mais primitivos, passava diretamente da idéia para o ato. No homem primitivo, “suas idéias transformavam-se imediatamente em atos. Pode-se inclusive dizer que a ação substitui nele a idéia” (1973, p. 1850). Com o tempo, através das gerações, o homem vai evoluindo em seus processos psíquicos e vai desenvolvendo sua capacidade de diferenciar suas idéias e impulsos do ato propriamente dito, ou seja, o homem vai desenvolvendo sua capacidade de pensar antes de agir e, portanto, de se distanciar de seus atos. Esta mesma evolução observa-se na trajetória individual da vida de cada pessoa. Freud encerra sua magistral obra *Totem y tabu* com a frase de Goethe, em Fausto: “No princípio era a ação”. Portanto, o homem, segundo Freud, não tem garantida e acabada sua capacidade

de de pensar sobre seus atos, mas ela deve ser conquistada por sua evolução e maturidade, o que equivale a dizer que também deve ser conquistada por sua evolução e maturidade a sua capacidade de saber o que faz. Por conseguinte, pode-se supor, e a psicanálise nos dá suporte para isso, que o homem de fato não sabe exatamente o que faz. Ele o saberá, na medida em que souber pensar. Os maus operadores do Direito são aqueles que não mostram sua face, mas, no lugar de se escudarem na lei, antes servem-se da lei como seu escudo, sob a alegação latente, cômoda e alienante de que a lei pensa por eles. Aliás, na verdade, eles não seriam operadores do Direito, mas serviçais do Direito. Já os bons operadores do Direito são aqueles que mostram sua face, não se servem da lei como seu escudo, mas, escudando-se nela, como é cabível num estado democrático de Direito, têm a capacidade e a coragem de repensá-la continuamente. Estes não seriam serviçais do Direito, mas sim os verdadeiros operadores do Direito.

Os filhos dos homens em geral não sabem exatamente o que fazem. A opinião pública, a mídia, as massas, os modismos, as conveniências emergentes, os sectarismos, as ideologias os cegam. As defesas inconscientes e os interesses pessoais e de classe os cegam. A rotina os cega. Os hábitos os cegam. No exercício profissional, o cuidado e o esmero técnicos, por si sós, não garantem que o profissional pense profundamente no que faz. Os técnicos que realizam um exame criminológico poderão realizá-lo de forma tecnicamente impecável e até chegar a uma conclusão bem fundamentada e irrecusável, no contexto do pensamento criminológico. No entanto, a rotina, a ideologia, os hábitos talvez os ceguem, e eles não pensarão sobre o que poderá significar e acarretar para o preso a conclusão contrária, por exemplo, a que chegaram, incluídos aí, não só o preso, mas toda sua família, esposa, filhos etc. Um juiz, ao condenar um réu à pena privativa

de liberdade, ainda que o faça através de uma sentença tecnicamente perfeita, certamente, até mesmo em função da própria rotina, não conhecendo a pessoa de seu réu e suas condições de vida, não pensará sobre as reais conseqüências que tal condenação poderá trazer ao condenado, nem sobre as reais condições em que ele irá cumprir sua pena. O legislador, ao introduzir reformas pontuais no Direito Penal, para atender aos reclamos de massa filtrados pela mídia, como se, por um passo de mágica da lei, estivesse resolvendo graves problemas da criminalidade, não está de fato pensando profundamente sobre todo o significado e alcance de tal procedimento. Se as reformas pontuais constituem respostas imediatas à pressão da opinião pública, exercida através dos meios de comunicação de massa, elas acabam sendo reflexos dos próprios comportamentos de massa e da psicologia das massas. Ora, segundo Freud, a psicologia das massas é a psicologia humana mais primitiva. As massas não pensam; elas só agem. Isto leva a concluir que leis projetadas para satisfazer a pressões e resolver fatos emergentes não resultam de “pensamentos”, mas de ações. Os técnicos que fazem o exame criminológico não conhecem a “pessoa total” de seu examinando e não “pensam” sobre ela, o promotor e o juiz não conhecem a “pessoa total” de seu denunciado e seu condenado e não “pensam” sobre ela, o legislador das reformas pontuais não conhece a fundo as conseqüências e os desdobramentos das reformas introduzidas e não pensa sobre elas. Pensar sobre os próprios atos é representá-los psiquicamente, e este pensamento será tanto mais amplo quanto maior for a amplitude e abrangência com que o ato é representado. Na medida em que o profissional não pensa sobre o que está fazendo, ele não sabe exatamente o que está fazendo.

O mesmo se deve dizer sobre os criminosos. Independentemente da questão da imputabilidade, eles não sabem exatamente

te o que fazem. Aliás, os limites que se estabelecem entre a imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade constituem mera ilusão de um pensamento falsamente objetivo, ilusão essa da qual o Direito cegamente se serve, para tornar suas decisões ao menos aparentemente e formalmente corretas e “legalmente” bem fundamentadas. Afinal, infelizmente para muitos a decisão justa é aquela formal e legalmente correta. O delinquente, ao atacar sua vítima, não sabe exatamente quem ela é, não pensa sobre as consequências e todos os possíveis desdobramentos que sua ação criminosa poderá acarretar-lhe. Além de seus impulsos, suas carências e privações, a própria rotina e os hábitos do crime obliteram-lhe o pensamento e o cegam. Na medida em que o criminoso não pensa sobre o que está fazendo, ele não sabe exatamente o que está fazendo, independentemente de ser ou não formalmente reconhecido imputável perante a lei.

Unindo a justificativa da grande proclamação de pedido de perdão de Cristo e o pensamento de Freud sobre os atos do homem e sua capacidade de pensar sobre eles, chega-se à conclusão de que os filhos dos homens não sabem exatamente o que fazem. Este “não saber” é o companheiro fiel da violência, ou ainda, muitas vezes é a própria razão da mesma, nas suas mais diversas faces de manifestação. É o “não saber” do legislador, o “não saber” das leis, o “não saber” dos técnicos, o “não saber” dos operadores (serviçais) do Direito, o “não saber” dos que administram a execução da pena, é o “não saber” dos delinquentes.

O “não pensar” sobre o que se faz, o “não saber” o que se faz é parte integrante da história da violência do homem. Ocupa um lugar de destaque entre as razões da violência. Por sua vez, o “pensar” sobre o que se faz, o “saber melhor” o que se faz é parte integrante da história da reconciliação, tem como perspectiva a reconciliação e a paz. Enquanto as perspectivas da

violência forem unicamente as punições e novas leis mais severas, as perspectivas da violência continuarão sendo novas violências. A história bíblica já no-lo demonstrou, a Tragédia Grega no-lo demonstrou, os fatos atuais no-lo demonstram. Como já dissemos no início, o primeiro ato de violência foi uma lei tirana e despota. Temos que ter muito cuidado com as leis e com as punições. Temos que nos perguntar se elas foram de fato “pensadas” e se quem as editou e as introduziu sabia de fato o que estava fazendo. Diz Montesquieu: “Existem dois tipos de corrupção: uma se produz quando o povo não observa as leis; a outra, quando as leis o corrompem: mal incurável, já que está no próprio remédio” (Montesquieu, L. VI, cap. XII, p. 106, citado por Ramirez, 1983, p. 28). Segundo Hasssemer (1983), a execução, ao lado do ensino jurídico, é um dos eixos fundamentais sobre o qual se repensa criticamente o Direito Penal, sobretudo o Direito Penal voltado para as consequências. De fato, quem trabalha no âmbito da execução, quem contata com o preso e conhece melhor seu mundo, tanto o carcerário como seu mundo interior, constata na realidade crua e cruel “o que restou” das ações e decisões emanadas do Direito, qual está sendo o resultado. Levantando-se o véu da proteção dos bens jurídicos, da prevenção por intimidação e da ressocialização, todos os três apaziguadores das consciências, o que se observa é o que tivemos a oportunidade de ouvir da fala explícita de um preso num distrito policial: “Doutor, quando a gente sair pra rua, alguém vai ter que pagar pelo que a gente está passando aqui”. Ao que outros presos responderam em coro: “Pode crer, Doutor”. O resultado da aplicação da pena está sendo a prática de novas violências, que vão gerar outras violências futuras, conforme declarado pelos presos, pelo que cai por terra qualquer pretensão de proteção dos bens jurídicos, de prevenção por intimidação ou de ressocialização, ao menos levando-se em conta, é claro, as condições em que aque-

les presos estão cumprindo suas penas, as quais não são muito diferentes, por certo, das dos demais distritos.

Conforme dissemos acerca da violência fundamental, proposta por Bergeret, a resolução e os encaminhamentos saudáveis da mesma se dão através de sua integração pelas pulsões libidinais. Na própria história psicodinâmica do indivíduo, sua violência não se resolve através de castigos, de repressões, mas através da experiência de amor, de simbolização e de criatividade. Por que então na sociedade seria diferente? Por que na sociedade as punições, as penas teriam o condão de, por si só, canalizar a violência para formas socialmente sadias de solução? Não se trata em absoluto de pregar a impunidade. Trata-se isto sim de reconhecer que as punições, ainda que necessárias, destinam-se unicamente à contenção de momento das condutas violentas. Toda pena que se reveste de vingança, apesar de satisfazer nosso instinto de vingança, que também é violento, não passa de uma reedição da violência e, portanto, de sua perpetuação. Aliás, o próprio Lombroso, em sua obra *O homem delinqüente*, já diz que as penas impostas pelo Estado são de linhagem criminosa, uma vez que o Estado as selecionou entre condutas que, se praticadas pelos indivíduos, constituem-se em crimes.

A reconciliação de que já falamos acima não é um simples gesto de “dar as mãos” como se nada tivesse acontecido e se quisesse negar o conflito. O conflito jamais deve ser reprimido e nem negado ou desconsiderado. O conflito deve ser resolvido e, dessa resolução, faz parte a reconciliação, que é a reaproximação das partes. Retomando pensamento por nós exposto em trabalho anterior, a reintegração social do delinqüente, do criminoso “se viabilizará na medida em que se promover uma aproximação entre ele e a sociedade, ou seja, na medida em que o cárcere se abrir para a sociedade e esta se abrir para o cárcere” (Sá, 1997, p. 121). Segundo Baratta

(1990), “o conceito de reintegração social requer a abertura de processo de interações entre o cárcere e a sociedade, no qual os cidadãos recolhidos no cárcere se reconheçam na sociedade externa e a sociedade externa se reconheça no cárcere” (p. 145). Schneider (1991), por sua vez, propõe e defende programas que ele chama de “recompensa”, nos quais se planejam encontros de autores de crimes com pessoas que foram vítimas, embora não necessariamente vítimas suas. Nesses encontros, promover-se-iam debates construtivos entre ambas as partes, ou ambos os grupos, através dos quais se poderia levar o autor, conforme reconhece Schneider, a descobrir emocionalmente as consequências danosas que seus crimes acarretaram para suas vítimas e assim, quem sabe, promover nele um “luto psíquico”, conforme expressão do próprio Schneider. “A recompensa é um processo criativo, uma contribuição pessoal e social que requer um supremo esforço de confissão e de luto psíquico e social por parte do autor do delito e com a qual o autor assume sua responsabilidade nos delitos ante a vítima e a sociedade. De um trabalho efetivo de confissão e de luto saem transformados e amadurecidos o autor, a vítima e a sociedade” (Schneider, 1991, p. 219). “Tudo isso, porém, dentro de um contexto sadio de discussão, evitando-se o agravamento do sentimento de rejeição e de inutilidade por parte do preso, mas, pelo contrário, procurando-se mostrar-lhe que ele tem qualidade e condições para ser aceito e ser útil no seio da sociedade. Tais programas poderiam colaborar para a transformação e amadurecimento do autor, vítima e sociedade” (Sá, 1997, p. 123). Ou seja, tais programas de “recompensa” e de reintegração social, propostos por Schneider e Baratta, poderiam colaborar para que tanto os delinqüentes como a sociedade passassem a pensar melhor sobre a violência de ambas as partes e a saber melhor o que fazem. Cabe aqui fazer menção a duas verdades que reputamos incontestáveis. A primeira de-

las é que todo crime é expressão de um conflito entre o infrator e o "outro", representado este no caso pela vítima. A segunda verdade é que a pena privativa de liberdade poderá acarretar muitos efeitos e consequências; uma coisa jamais ela promoverá: a resolução desse conflito. Cumprida a pena privativa de liberdade, se não se tomarem outras providências, o conflito continuará em aberto, não resolvido, e, conseqüentemente, continuará não resolvida e não integrada a violência fundamental (primária ou secundária).

Voltando à questão da minoria dominante, que tende a cometer a violência que estamos chamando de primária, pensamos que, em relação a esse tipo de violência, a reconciliação torna-se mais difícil ou mais "impensável" do que já é. Isto por dois motivos. O primeiro motivo é que, conforme hipótese por nós acima levantada, nos crimes praticados por força dessa violência, são maiores as porções de violência fundamental não integradas pela libido; a agressividade, o amor e, conseqüentemente, os conflitos fazem-se pouco presentes. Daí podermos pensar que, nessa minoria dominante, talvez se tornasse mais difícil um processo de reconciliação, por ser mais difícil a motivação para tal. O segundo motivo diz respeito à indefinição do objeto da violência primária. Se o objeto é pouco definido, se o objeto, como tal, na sua identidade, pouco interessa ao autor da ação, como se falar em reconciliação? Com quem se faria a reconciliação? Em qualquer hipótese, porém, uma coisa é certa: a punição não serve de solução para o problema da violência. No caso da violência primária, praticada pela minoria dominante, seria muito importante que houvessem estratégias eficientes para coibi-la, pois dela decorrem em grande parte as violências secundárias. A essa violência aproximase conceitualmente, conforme vimos anteriormente, a criminalidade moderna de que fala Hassemer (1993). Para se enfrentar a criminalidade moderna, Hassemer propõe

um tipo de Direito moderno que ele, ao menos provisoriamente, chamaria de "Direito de Intervenção". O Direito de Intervenção orientar-se-ia pelo perigo, pela periclitação e não pelo dano, que supõe o fato já consumado. Trata-se de um Direito preventivo. Mesmo no Direito de Intervenção, não é o caso, segundo o autor, de se falar necessariamente em severidade das penas, pois a eficácia das mesmas se garante pela certeza e pela precocidade de sua aplicação. O que interessa em primeiro lugar não é que a violência primária seja punida mas que ela não aconteça.

Romano (1996), Professor de Filosofia Política da Unicamp (Universidade de Campinas – São Paulo), em suas reflexões sobre o problema da violência, analisa o pensamento de Platão, e o cita, a partir do diálogo "O Político", nos seguintes termos: "Qual será o melhor Juiz? O que faria morrer todos os injustos e prescreveria aos justos comandar a si mesmos? Ou o juiz que, dando autoridade aos justos e deixando viver os injustos, tornaria estes últimos submissos, voluntariamente, a esta autoridade?" Platão, comenta Romano, não segue esta pista enganosa. Há um terceiro juiz, diz ele (Platão), comenta Romano, "supondo-se que ele exista, é claro (...) o que, tomando na mão uma parcela única onde reina a divisão, não faria nenhum dos membros perecer mas, após tê-los reconciliado para o futuro, dando-lhes leis, seria capaz de vigiar para que eles fossem amigos uns dos outros" (Romano, 1996, p. 157).

## 6. Conclusão

Em termos de razões e perspectivas da violência e da criminalidade, diríamos: na proporção mesma em que a minoria dominante intensificar sua corrida desenfreada para romper a interdição primária, a de querer igualar-se a "Deus", o que se constitui na violência primária, a *hubris*, maiores serão os empecilhos para a maioria

dominada resolver seu dilema de vencer as interdições secundárias, que a impedem de se igualar ao próprio homem, perpetuando-se, então, na mesma medida, as violências secundárias. Temos de reconhecer, no entanto, que a vocação do infinito, a vocação do absoluto está no próprio homem. Daí que, quando o indivíduo vence as interdições secundárias e consegue igualar-se aos homens, ele, levado por essa vocação do absoluto, de suplantar a quem o supera, deixa-se conduzir pelo impulso de se igualar a "Deus", o que se constituiu no "pecado original" da humanidade. Este impulso é o herdeiro direto da violência fundamental que ocorre na família, segundo Bergeret, e que consiste na rivalidade entre pais e filhos, na luta pelo poder, no desejo inconsciente do filho de suplantar o pai e ocupar o seu lugar, violência esta presente no âmago do complexo de Édipo. E esta violência só é resolvida através de uma boa orientação da libido, através do amor, quando então o filho deixa de aspirar o lugar do pai para procurar o seu próprio lugar e a sua própria identidade, de acordo com suas condições, suas habilidades e seus limites.

Ora, se no microsistema chamado família o encaminhamento de solução do dilema da violência está no amadurecimento da libido, no amor realizado de forma adulta e madura, outro não poderia ser o caminho, ao se falar da violência no macrosistema assim chamado sociedade ou humanidade. A violência esteve presente no início da história do homem e será sempre um grande desafio, da mesma forma que será sempre um desafio no seio da família. Isto não nos impede no entanto de pensarmos na possibilidade de uma vida mais saudável. E o caminho para uma vida mais saudável, do ponto de vista da violência, não passa pelos castigos, pelas penas cada vez mais severas, pelas formas explícitas ou disfarçadas de vingança. Embora possa ter suas variantes até necessárias em função do momento ou de fatos específi-

cos, tal caminho tem um sulco principal e norteador, que se chama pacificação, reconciliação. Para Hassemer, o temor, o pânico e a revolta das pessoas ante a criminalidade não são um reflexo direto da criminalidade real. Têm também os seguintes componentes importantes: a decadência das normas sociais, a sensação de insegurança perante as transformações econômicas, com o surgimento de dificuldades crescentes no âmbito da educação, saúde, emprego e moradia, uma busca meio que narcísica da própria sobrevivência, sem consideração pelos demais, dentro do que o citado autor chama de de-solidarização. Para Hassemer, urge tomarem-se providências para o fortalecimento das normas sociais, para que todas as pessoas, incluídos os mais fracos, os "despossuídos", as minorias étnicas, tenham as garantias de uma vida minimamente saudável. Há necessidade de se incrementar um grande processo que ele chama de solidarização.

O grave problema da violência, sejam as violências secundárias, seja a violência primária, é sem dúvida alguma econômico. No entanto, não pára por aí. Ele não deixa de fincar suas raízes nos grandes anseios e nos descaminhos do próprio homem. Tais anseios e descaminhos já se manifestaram nos primórdios da história do homem, em função dos quais ele começou sua trajetória sofrendo violência, a violência da interdição fundamental e primária, bem como, por outro lado, cometendo violência, a violência primária e fundamental, que persiste até hoje, seja no microsistema da família, seja no macrosistema da humanidade.

Portanto, as razões da violência costumam estar na própria violência. Os filhos dos homens, frente à violência das interdições aos seus anseios, enveredam pelos descaminhos e, não sabendo exatamente o que fazem, cometem a violência, seja a primária ou sejam as secundárias. Quanto às perspectivas da violência, dependendo do quanto os filhos dos homens sejam capa-

zes de pensar e de saber o que fazem, elas serão, ou o acirramento da violência, ou um aprofundamento na consciência sobre a mesma e na capacidade de administrá-la, através da paz e da reconciliação. Os filhos dos homens não sabem exatamente o que fazem. Se assim é, muito menos saberão tirar proveito das punições severas por seus crimes, mesmo porque quem as impõe, também não sabe exatamente o que está fazendo. Oxalá tenhamos cada vez menos serviços de Direito e cada vez mais verdadeiros operadores do Direito. Não resta, pois, outra alternativa, outro caminho a não ser o da consciência e, por conseguinte, o da reconciliação, como princípio norteador geral. Embora se trate de uma utopia, deveríamos ter como meta inclusive a reconciliação entre os que praticam a violência primária, *a hubris*, na ânsia de se igualarem a Deus, e os que praticam as violências secundárias, impelidos pela necessidade e no justo direito de se igualarem aos homens. Qualquer punição ou mesmo decisão conciliatória só será útil na medida em que promover a reconciliação, entendida esta como um processo evolutivo, por parte de todos os envolvidos, de saber pensar, de tomada de consciência sobre seus atos e suas consequências e possíveis desdobramentos, procurando cada um sentir-se no papel do outro, a fim de também pensar sobre o comportamento desse outro e de saber o que ele fez. Utopia? Sem dúvida. Chamemo-lo, porém, preferivelmente de horizonte a ser perseguido.

Trata-se de ter como meta um grande processo de solidarização, para usar a expressão de Hassemer. Afinal, outra não é a direção apontada pela Psicanálise para a trajetória vital do indivíduo, quando diz que a maturidade se conquista graças à integração do instinto de violência pelo instinto de vida, pelas pulsões da libido. Poderíamos dizer que a proposta adleriana sobre a primazia do instinto do domínio e do poder não foi recepcionada pelo pensamento majoritário da comunidade científi-

ca psicanalítica. Continuou prevalecendo o pensamento ortodoxo freudiano. Reconhece Freud, reconhece Melanie Klein, reconhece Bergeret: a maturidade psíquica, a capacidade de simbolização, ou seja, de pensar sobre os próprios atos se dão pelo primado da libido, pelo primado das pulsões do amor. E se assim é na trajetória das violências e dos conflitos inerentes à história do indivíduo, assim também o será na trajetória das violências e dos conflitos inerentes à história da humanidade.

### Bibliografia

- AZEVEDO, M. A & GUERRA, V. de A. *Violência doméstica na infância e na adolescência*. São Paulo : Robe Editorial, 1995.
- BARATTA, A. Por un concepto de reintegración social del condenado. Oliveira, E. (Coord.), *Criminologia crítica (Forum internacional de criminologia crítica)*, Belém : CEJUP, 1990.
- BERGALLI, R. Perspectiva Sociológica: desarrollos ulteriores. Bergalli, R., Ramirez, J. B. e Miralles, T. *El pensamiento criminológico*. Bogotá : Editorial Temis Libreria, tomo I, 1983, p. 109-131.
- . *Perspectiva sociológica: estructura social*. Idem, 1983.
- BERGERET, J. *La violencia fundamental: el inagotable Edipo*. Trad.: Carlos Padrón y Soledad Escassi. Fondo de Cultura Económica. Madrid : Ediciones Gráficas Ortega, 1990.
- BRANDÃO, J. de Souza. *Teatro grego: tragédia e comédia*. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1985.
- CHRISTO, Carlos A. Libânio (Frei Beto). *Vivemos a psicologia do vencedor*. *Jornal do Psicólogo*, março/abril de 1999.
- FREUD, S. (1912-13). Totem y tabu. (Parte IV: El retorno infantil al totemismo). *Obras Completas*, 3. ed. Madrid : Biblioteca Nueva, 1973, tomo II.
- HASSEMER, W. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre : Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- JUNG, C. Gustav. *Psicologia do inconsciente*. Trad. de Maria Luiza Appy. (*Obras Completas de C. G. Jung*, v. 7, t. 1). Petrópolis : Vozes, 1987.
- ODÁLIA, N. *O que é violência*. São Paulo : Brasiliense, 1985.

- PINCUS, L. & DARE, C. *Psicodinâmica da família*. Trad. de Clara Rotenberg e Shirley Kleinke. Porto Alegre : Artes Médicas, 1981.
- PIROLI, K. Silvana. Personalidade psicopática: um estudo sobre sua estrutura psíquica e seu funcionamento. Dissertação de mestrado. Curso de pós-graduação da Universidade Guarulhos, 1997.
- RAMIREZ, J. B. Criminologia y evolución de las ideas sociales, Bergalli, R., Ramirez, J. B. e Miralles, T. *El pensamiento criminológico*. Bogotá : Editorial Temis Libreria, tomo I, 1983.
- ROMANO, R. *Sob a sombra do trasúmaco*. Reflexões à Margem da Violência. Justiça e Democracia (Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia – SP), Ano I, n. 2, 1996.
- ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. São Paulo : Editora Cultrix, 1999.
- SCHNEIDER, H.J. Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la victima e la sociedad. *Kosovski*, E. (Org. e Ed.), Vitimologia. Rio de Janeiro : Reproarte, 1993.
- WINNICOTT, D. W. *Privação e delinquência*, 1. ed. bras., trad. de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- SÁ, Alvino A. de. "Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 21, jan.-mar. de 1998.
- . *A face oculta da violência na família*. Trabalho não publicado, apresentado no Congresso Internacional "Família e Violência", realizado em Florianópolis, de 20 a 23.04.1999.
- Sobre o autor: Psicólogo, Doutor em Psicologia Clínica, Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP, Psicólogo (Assistente de Planejamento e Controle II) da Secretaria de Adm. Penitenciária do Estado de São Paulo, Diretor da Clínica Psicológica da Universidade Guarulhos, Professor de Psicologia Criminal da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

## 4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

### 4.2

#### PREVISIBILIDADE DO COMPORTAMENTO DO APENADO: UMA MISSÃO IMPOSSÍVEL

ELZA IBRAHIM

**Resumo:** O Judiciário espera dos trabalhadores em saúde mental, no exame criminológico, o atestado da previsibilidade de comportamento futuro do sentenciado, porque "está na lei". Essa missão é impossível e só realizável fundada em um simplismo de conhecimento, num determinismo causal, fechado e simplório. Aos técnicos da CTC, ao contrário das expectativas dos órgãos que acompanham e deliberam sobre a execução penal, cabe esclarecer as condições psíquicas humanas. Cabe buscar o trabalho conjunto da psicologia e do direito a fim de alcançar melhores condições de cumprimento de pena e respeito à dignidade humana.

**Palavras-chave:** Psicólogo institucional – Preso – Cidadão – Posicionamento político – Exame Criminológico – Periculosidade – Progressão – Livramento condicional – Previsibilidade de comportamento futuro – Avaliação – Relação de Poder – Determinismo causal – Preconceitos – Regras Institucionais – Recuperação – Natureza do delito – Destino – Segregação – Programa individualizador – Condições carcerárias.

Espero que este encontro entre a Psicologia e o Direito fortaleça uma aliança em prol do apenado, possibilitando-lhe uma melhor reinserção na sociedade, garantindo-lhe o direito à vida.

O papel do psicólogo institucional seria o de ampliar o conhecimento jurídico no sentido de se reconhecer o preso como sendo, antes de mais nada um homem, um cidadão que, temporariamente tem a sua liberdade restringida. Não podemos, psicólogos e profissionais de Direito, reforçar as normas segregadoras e repressoras já

existentes no próprio sistema. Nosso papel é reconhecer as outras facetas do apenado, pois sabemos que onde existe o mal, existe também o bem; onde eclode o ódio, eclode o amor; onde existe o claro, existe o escuro; onde habita a certeza, habita também a incerteza. A cada dia me convenço de que o psicólogo institucional precisa, antes de mais nada, ter um posicionamento político frente à vida. Mas, *principalmente*, usá-lo em sua *prática*.

Nosso objetivo com este trabalho é suscitar uma reflexão e discussão sobre a utilização do Exame Criminológico, as condições em que é realizado e as expectativas criadas em torno dele.

Em tese, o Exame Criminológico (EC) é uma análise biopsicosocial multidisciplinar, que tem como meta a avaliação da periculosidade do apenado com direito à progressão de regime e ao livramento condicional. Ele veio substituir o EVCP (Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade) que, depois da Reforma Penal de 1984, ficou reservado aos portadores de doença mental – os inimputáveis – e como tal, submetidos à Medida de Segurança, cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. O EC passa a fazer parte do processo criminal do condenado, sendo apreciado pelo Conselho Penitenciário e pela Vara de Execuções Penais (VEP), que esperam ser o exame esclarecedor da previsibilidade de comportamento futuro do apenado. Ele é elaborado por

equipes técnicas do Departamento do Sistema Penal do Rio de Janeiro (Desipe), compostas, cada uma, de um assistente social, um psiquiatra e um psicólogo.

Com a Reforma Penal Brasileira de 1984, o EC ficou sediado na fase da execução da pena, excluída a possibilidade de sua realização na fase de cognição. O apenado cumpre a sua pena e, à época de se beneficiar da progressão de regime ou do livramento condicional, o exame é elaborado. Apesar de ser regionalizado, algumas unidades prisionais e as delegacias de um modo geral, não possuem uma equipe multidisciplinar completa para a elaboração de tal exame. O preso é então levado à unidade mais próxima onde a equipe que irá lhe atender o estará vendo pela primeira e única vez. Começa aí o absurdo: a condição em que é realizado este exame é, no mínimo aflitiva, pois o apenado sabe que será observado e avaliado por aquele sentado à sua frente, estabelecendo-se imediatamente uma relação de poder: de um lado o condenado, a quem cabe um papel passivo; do outro, o “técnico”, detentor do poder de diagnosticar e decidir sobre a vida futura daquele indivíduo. Ou seja, a elaboração deste tipo de exame obedece a um determinismo causal, onde o “nosólogo” não só descreve o delito do apenado, como também deverá prescrever a sua conduta futura, dando “subsídios” a quem se utiliza do EC, afirmando se aquele apenado irá ou não voltar a delinquir. Vê-se, muitas vezes, pareceres preconceituosos que repetem os próprios preconceitos que a sociedade tem com relação ao condenado. Por lei, o EC deve constar do processo criminal e alguns juristas o priorizam, não porque acreditam no exame, mas porque “ele está na lei”. Neste ponto gostaria de falar da minha experiência como membro do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro, num período consecutivo de 8 anos (de agosto de 1991 a agosto de 1999). Em várias oportunidades, durante as sessões do Colegiado, pude observar o empenho de alguns colegas em exigir que o EC for-

necesse dados sobre a previsibilidade de comportamento do apenado, levando-se em consideração o seu comportamento carcerário durante o período de reclusão. Geralmente o sistema considera o apenado que questiona e se opõe às regras criadas pela instituição, como alguém com pouquíssima – ou nenhuma – chance de recuperação. No entendimento institucional, o respeito incondicional às normas e à hierarquia são sinais de normalidade e recuperação. O apenado deveria ter, além de um bom ou excelente comportamento, aferido pelo Serviço de Segurança da unidade, um exame que garantisse avaliar se o mesmo voltaria ou não a delinquir. Além disso, pude constatar também que a natureza do delito era *novamente* interpretada, muitas vezes preconceituosamente, “condenando-se” o réu duas vezes. Tanto o EC como os profissionais que dele se utilizam para determinar a concessão ou não do benefício pleiteado, podem ter visões preconceituosas em relação à *natureza do delito*. A justiça, por vezes, começa falhando na aplicação da pena e continua incidindo no mesmo erro quando julga novamente o apenado pela valorização à natureza do delito. À equipe técnica que elabora o EC cabe avaliar a ausência de periculosidade do condenado e a comprovação da sua readaptabilidade à sociedade que já são, por si só, substratos bastante complexos e questionáveis. Pior ainda é tentar fazê-lo pela pura revisão do processo que causou a apenação: seria dar importância ao fato, e não ao homem. A justiça, portanto, espera que o laudo forneça um retrato fiel do que se passa “dentro do sujeito” e o técnico, na maior parte das vezes, se sente obrigado a revelar esta absurda “radiografia”. Talvez a justiça *ainda* não tenha condições (nem interesse) de refletir sobre o que é a vida psíquica e o mundo interno de cada indivíduo, nem tampouco em como ele se constitui fora de um determinismo causal.

Alguns juristas e psicólogos forenses tentam associar determinadas situações de

vida como potencialmente criminogênicas. Os exames então tentariam confirmar a existência de acontecimentos na vida do apenado que seriam, por si só, geradores de ações criminosas, constituindo assim equações simplistas do tipo: "influência com privações + pais alcoólicos = futuro criminoso". Não resta mais nada ao indivíduo a não ser cumprir este destino, tornando-se escravo de sua própria vida pregressa. Seria o mesmo que dizer que, perdas afetivas na tenra infância provocam o surgimento da psicose. Sabemos que esta poderia ser *uma das* causas da psicose, quando associada a outros fatores. Mas ela não é, absolutamente, regida por um mero e puro *determinismo fechado e simplório*. Este fenômeno rigoroso e condicionado caminha na contramão da Psicanálise, que tem como seu principal objetivo tentar *compreender e libertar o homem*. É através da reconstrução do passado — não pelo modelo de *causa e efeito*, mas pela "*associação livre*" — que se pode entender e dar sentido à dinâmica dos conflitos atuais. O EC, diante da proposta de linhas teóricas libertadoras, poderia ser considerado — da maneira como é visto atualmente — uma técnica psicológica a serviço das correntes segregadoras da repressão. A "anamnese" é elaborada com o intuito de se encontrar vestígios que ratifiquem as "anormalidades" que aparecem desde a infância. Difícilmente encontramos uma avaliação técnica que enfatize a autopreservação do sujeito e a integridade de caráter que *ainda* se encontram em alguns condenados, apesar das humilhações e constrangimentos sofridos dentro das instituições.

Acreditamos que, se o preso fosse acompanhado durante toda a execução da pena,

como previsto na Lei de Execução Penal, o quadro não seria tão assustador. As CTCs (Comissão Técnica de Classificação) realizariam os exames com a finalidade de elaborar um programa individualizador. Ou seja, a classificação do apenado seria feita logo após o seu ingresso no estabelecimento prisional, e a equipe acompanharia a execução de sua pena, elaborando um plano de tratamento, levando em conta suas necessidades e inclinações. Enquanto isto não é feito, precisamos estar conscientes das condições absurdas em que o EC é realizado. Nós, trabalhadores em saúde mental, não podemos compactuar com as expectativas do Judiciário no que diz respeito à previsibilidade de comportamento do apenado. Ao invés disso, temos a obrigação e o dever de lhes esclarecer sobre as condições psíquicas humanas e seus infortúnios. Se conseguirmos trabalhar juntos — Psicologia e Direito — em prol de melhores condições carcerárias e do respeito à figura humana, já estaremos dando um grande passo à frente.

### Bibliografia

- BASAGLIA, Franco. *A psiquiatria alternativa*. São Paulo : Brasil Debates, 1982.
- COSTA MAYRING, Álvaro da. *Exame Criminológico*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- IBRAHIM, Elza. *Exame criminológico* (Execução Penal: estudos e pareceres). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995.
- RAUTER, Cristina. Diagnóstico Psicológico do criminoso: tecnologia do preconceito. *Revista do Departamento de Psicologia da UFF*, 1989.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro : Vozes, 1976.

# 5. POLÍCIA E DIREITO

## 5.1

### O INQUÉRITO POLICIAL É O VILÃO NO DIREITO BRASILEIRO?

BISMAEL B. MORAES

**SUMÁRIO:** 1. Esclarecimentos iniciais – 2. O direito amoldado às realidades – 3. Nascimento do inquérito policial – 4. Uma garantia contra apressados juízos – 5. Investigação da notícia da infração penal – 6. Constatação de uma falha da própria universidade – 7. Força do inquérito policial – 8. Visão assentada do inquérito policial – 9. Natureza jurídica do inquérito policial – 10. Contrariedade no inquérito policial? – 11. Repressão rentável e inquérito policial – 12. Movimento de inquéritos policiais em São Paulo – 13. Inquérito policial malfeito – 14. O inquérito policial e a “cascata do silêncio” – Bibliografia.

**Resumo:** O inquérito policial é, comumente, apontado como culpado pela lentidão da Justiça Penal Brasileira. Contudo, a par da eventual veracidade da afirmação, é o eu estudo sério, e não propostas de extinção, que contribuirão para o seu aperfeiçoamento e, conseqüentemente, o da persecução penal.

**Palavras-chave:** Processo penal – Inquérito policial – Investigação criminal – Repressão – Prevenção.

#### 1. Esclarecimentos iniciais

Dentre os órgãos públicos, é a Polícia, sem dúvida, dos mais essenciais e, ao mesmo tempo, antipáticos; talvez, o mais antipático, exceto quando dele se necessita. Por sua natureza discricionária – que alguns de seus integrantes, desinformados, teimam em confundir com arbitrária –, a eventual antipatia por ela nutrida, não raro, alcança muitos atos jurídicos de sua competência; ao que parece, o inquérito policial, peça fundamental do sistema processual penal brasileiro, tem sofrido reflexos desse preconceito, o que é lamentável injustiça. É o que se pretende analisar.

Esta abordagem limitar-se-á ao *inquérito policial*, tradicional no direito brasileiro, de competência da Polícia Judiciária, estabelecido pelo Código de Processo Penal e exigido por inúmeras leis pátrias. Assim, não serão objetos de análise outros tipos de inquérito, tais como inquérito parlamentar, inquérito judicial, inquérito policial-militar, inquérito administrativo, inquérito judicial-trabalhista, inquérito civil etc. (todos posteriores àquele, embora “cantados em verso e prosa”, por óbvio, nele inspirado).

#### 2. O direito amoldado às realidades

Todos nós aspiramos a uma boa justiça, esta, em suas várias formas – social, política, econômica etc. –; e, no que tange ao Direito (pois, alguém já afirmou que “nada mais se parece com a injustiça do que a justiça tardia”), desejamo-lacélere e equânime. Por isso, volta e meia, aparecem algumas vozes, sem a devida ponderação, detratando o Inquérito Policial, sem o devido conhecimento de tal peça diante da

realidade jurídico-penal circundante, na pretensão de fazer crer que a demora na realização da justiça criminal no Brasil se deve a esse procedimento (“não existente em outros países” — repetem). Assim, até ensaiam ou propõem o seu desaparecimento e substituição por modelos alienígenas.

Deve-se ter em conta, porém, que cada povo tem sua origem, seus costumes, suas tradições, sua história. Muitas vezes, embora do mesmo Continente, as sociedades são profundamente diferenciadas: vejamos, a propósito, italianos e alemães; mexicanos e norte-americanos; brasileiros e peruanos, e tantos outros confrontos que poderiam ser analisados. Depois, como o Direito deve se amoldar às realidades do povo ao qual se aplica, sendo traço marcante de sua cultura, verifica-se que, embora natural a busca por novos procedimentos jurídicos, faz-se imprescindível conhecer bem o que se tem à mão, para evitar experiências ou transplantes, com riscos de rejeição ou até desastres.

### 3. Nascimento do inquérito policial

Numa pesquisa séria, observa-se que toda a legislação portuguesa com suas raízes ibéricas e muitos dos costumes de Portugal, por motivos óbvios de colonização, vigoraram no Brasil até o início do século XVIII, quando foi promulgado o Código de Processo Criminal do Império, em 1832. Assim, o *inquérito policial*, como embrião fático do processo penal brasileiro, não era ainda conhecido com tal nome, mas pode-se constatar que já apareceriam elementos de sua constituição na Lei 261, de 03.12.1841. Essa Lei, em seu art. 4.º, determinava a competência dos Chefes de Polícia e dos Delegados, na Corte e em cada Província, atribuindo às autoridades policiais (no § 9.º) “*remeter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com uma exposição do caso e das circunstâncias, aos juízes*

*competentes*, a fim de formarem a culpa. (grifos nossos). ”

O mestre João Mendes de Almeida Júnior (que foi Catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo e Ministro do Supremo Tribunal Federal) esclarece que as autoridades, abusando da atribuição conferida pela Lei 261/1841, muitas vezes excediam-se. E, para cortar esse abuso, (que se fundava no pretexto da dificuldade na indagação das provas), apareceu, na Lei 2.033, de 20.09.1871, a figura do *Inquérito Policial*. (*O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, v. II, p. 74-75).

De fato, o Dec. 4.824, de 22.12.1871, regulamentando a Lei 2.033/1871, no art. 38, estabelecia os procedimentos a serem obedecidos por “chefes, delegados e subdelegados de polícia”, no tocante à apuração dos crimes, e definia, no art. 42: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; deve ser reduzido a escrito...”.

### 4. Uma garantia contra apressados juízos

Todos sabem que, sem base sólida, o edifício cai. Igualmente, sabemos todos que o inquérito policial bem feito é base para a denúncia, e esta, uma vez recebida, desencadeia as demais fases do processo-crime, que só se encerrará com a sentença de mérito. Logo, se o inquérito não fornecer os elementos de que necessita o Ministério Público para a ação penal, não haverá justiça criminal. Daí, as observações, todas procedentes, do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, na Exposição de Motivos do nosso diploma processual penal de 1941, opondo-se à proposta de instituir-se o Juizado de Instrução:

“Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da

ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado estudo da realidade brasileira, que não é apenas dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente" (...) Em favor do inquérito policial, como instrução provisória, antecedendo a propositura da ação penal, há um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelos crimes ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas (...) Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do 'detetivismo', às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única?. Reconhece, por fim, o Ministro Francisco Campos que o inquérito "assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena".

### 5. Investigação da notícia da infração penal

Ilustre autoridade policial de São Paulo e do Brasil, Dr. Coriolano Nogueira Cobra, que foi membro da Academia Paulista de Direito, deixou à posteridade o seu conceito de *investigação*: "a Polícia, para a realização de sua missão repressiva ou judiciária, nem sempre encontra condições favoráveis. Não poucas vezes ela se defronta com casos complexos, de difícil elucidação. Esses casos exigem, naturalmente, maiores esforços e cuidados, para esclarecimentos de suas circunstâncias e autoria. Para poder organizar os seus respectivos inquéritos, é a Polícia, então, obrigada a realizar árduos, delicados e pacientes trabalhos. A esses trabalhos, que são a busca, indagação, pesquisa e exame, se dá o nome de *investigação policial*". (*Manual de investigação policial*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1983, p. 6).

Por seu turno, escreveu o antigo Chefe da Polícia Judiciária do Porto, em Portugal, Dr. Fernando Celestino Braga: "A investigação, que tem por único objetivo a descoberta da verdade, é uma missão melindrosa e difícil, havendo absoluta necessidade de ter a seu serviço homens de bem, que encarem o seu trabalho como um apostolado, dispostos a jogar a sua vida, a sua carreira e a sua honra pela verdade, pela justiça e pela razão". E fez mais uma procedente observação: "comprometer seja quem for, por querer demonstrar golpe de vista, infalibilidade, instinto policial, ou por receio de reconhecer o erro, ou ainda para demonstrar grande desembaraço, é uma monstruosidade profissional e moral sem classificação. A investigação criminal é um problema de certeza: quanto à existência do crime e quanto ao seu autor" (*Guia de investigação criminal*. Porto : Editora do Autor, Portugal, 1953, p. 11-15).

A notícia da infração penal, que os doutos chamam de *notitia criminis*, uma vez investigada, transforma-se em *informatio delicti*, que, grosso modo, diz respeito aos elementos que deram forma ao delito. E a colheita desses elementos está compreendida, na sistemática processual brasileira, nos trabalhos de investigação e instrução inicial, em regra, realizados pela Polícia Judiciária e que se materializam no *inquérito policial*, embrião fático do nosso processo criminal.

### 6. Constatação de uma falha da própria universidade

Foi durante os anos de pesquisa, entre 1978 e 1982, do Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da USP, no Largo de São Francisco, sob orientação do Professor Doutor Rogério Lauria Tucci – hoje Titular de Processo Penal daquela Faculdade, que tinha a assistência do Doutor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo –, que se apresentaram a este subscritor algumas surpresas: 1.º) começava-se, ali, com

esses ilustres mestres, uma análise jurídica mais assentada a respeito da Polícia Judiciária e, particularmente, sobre o procedimento chamado *inquérito policial*; 2.º) descobria-se que o *inquérito*, desde sua instituição, em 1871, com suas raízes remotas nas devassas, das Ordenações Manuêlinas de 1521, fora objeto de estudos sérios até fins dos anos 50 e começo dos anos 60, entrando, depois, numa fase de desprestígio jurídico; 3.º) sentia-se que certos juristas florescentes, talvez por uma espécie de velada aversão à polícia, ou em razão de atos praticados por alguns de seus integrantes, pareciam torcer o nariz ao estudo sério do *inquérito*, o que já se refletia na própria Escola de Direito, alcançando inclusive parte da jurisprudência; 4.º) notava-se que, como se fosse possível misturar ciência e preconceito, a própria Universidade, aos poucos, deixava de se aprofundar nos atos jurídicos praticados dentro do *inquérito*, que lhe pareciam sem importância (quando não eram objeto de gracejo), sendo seus bacharéis destinados às carreiras de juiz e de promotor ou à advocacia, e não houvesse necessidade de autoridades policiais bem formadas (como se a vida, a honra, a liberdade, o patrimônio e a segurança pouco valessem!); 5.º) verificava-se, então, que só os grandes juristas do final do Século passado e da primeira metade deste Século XX (João Mendes de Almeida Júnior, Eduardo Espínola Filho, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Antonio de Paula, acrescentando-se Helio Bastos Tornaghi e mais alguns poucos), haviam-se debruçado, com maior empenho, sobre os atos praticados pela Polícia Judiciária dentro do *inquérito*. No mais, com raras exceções, apareceram apenas pequenos manuais, repetindo artigos do Código de Processo Penal e apresentando modelos ou formulários, com os doutrinadores não “perdendo” mais do que 15 ou 20 páginas de seus livros sobre esse procedimento policial; e 6.º) comprovou-se a suspeita, ao final do Curso, quando a Dissertação de Mestrado, intitulada Do

*inquérito* e seu relatório em polícia judiciária (depois publicada como *Direito e polícia — Uma introdução à polícia judiciária*, São Paulo: RT, 1986) foi o primeiro trabalho de pesquisa em nível de Pós-Graduação sobre o *inquérito* na universidade brasileira! (Prova cabal da pouca importância jurídica e social dada a esse procedimento do Direito Processual Penal Brasileiro).

Direito é ciência, e ciência não mente. Dessa forma, sabendo-se que o *inquérito policial* bem feito representa mais de 80% do processo-crime brasileiro, restando a denúncia, o contraditório e o julgamento, não caberia aos juristas preconceituosos parte da culpa pela má formação de muitas autoridades responsáveis pela segurança pública, em prejuízo da sociedade?

## 7. Força do *inquérito policial*

Pelo princípio da obrigatoriedade, que decorre do art. 5.º do CPP, a autoridade policial, ao tomar conhecimento de que ocorreu uma infração penal, e depois de acerrar-se das cautelas quanto à procedência do noticiado, deverá dar início ao *inquérito* respectivo, desenvolvendo diligências e investigações necessárias à apuração do fato e de sua autoria. Se não praticar esses atos de ofício, sem justificativa legal sólida, aquela autoridade poderá ser responsabilizada administrativa e, até penalmente.

Por igual, como fiscal da lei e cultor do Direito, o membro do Ministério Público, de posse das informações do crime, de suas circunstâncias e da sua autoria, — elementos contidos no *inquérito* bem formalizado —, também é impelido pelo princípio da obrigatoriedade, sob pena de responder pelo delito de prevaricação, a oferecer denúncia contra o indiciado, no procedimento elaborado pela Polícia Judiciária, ainda que, por eventual motivo não jurídico, se antipatize com a autoridade policial que presidiu tal peça.

Argumentando com juristas do quilate dos professores Joaquim Canuto Mendes de Almeida, José Frederico Marques e outros, o Desembargador Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, do TJSP, em sua concisa obra *Inquérito policial – Novas tendências* (Edições Cejup, Pará, 1986), à p. 19, mostra que “o inquérito policial inteira o processo penal, como parte integrante do todo, fase, pois, que é da persecução penal, ubicada à formação da culpa” (...) E, acompanhando o saudoso Professor Titular de Direito Penal da USP, Manoel Pedro Pimentel – que afirma do Inquérito Policial: “.... não é uma simples peça informativa, como sustentam alguns autores” –, o Desembargador Sérgio Pitombo complementa: “Daí porque o juiz penal, em muito, se dirige pelos meios de provas constantes do inquérito, ao receber ou rejeitar a acusação; ao decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória; ao determinar o arresto, seqüestro e o confisco de bens, por exemplo”.

## 8. Visão assentada do inquérito policial

Repositório dos elementos materiais da prova e circunstâncias do fato, o *inquérito policial*, numa análise mais profunda e isenta de preconceito, pode ser visto como: a) *um procedimento técnico*, pois requer habilitação, profissionalização e especialização de quem nele atua; b) *um procedimento jurídico*, uma vez que deve ser realizado segundo os ditames da lei e na conformidade do Direito; c) *um procedimento formal*, pois, além de observância na feitura de cada termo, laudo ou auto (curador ao menor indiciado; compromisso de testemunhas e peritos etc.), tem uma *ordem* para início – *Portaria* ou *Auto de Prisão em Flagrante*, pelo Delegado de Polícia; *Requisição* do Juiz ou do Ministério Público; ou o *Requerimento* do ofendido ou de seu representante –, desenvolvendo-se com as demais peças e respectivos despachos que se fizerem necessários, e

deve encerrar-se com um minucioso relatório da autoridade que o presidiu; d) *um procedimento escrito*, porque suas peças devem ser escritas ou datilografadas (e hoje, digitadas) e, ainda, rubricadas pela autoridade policial; f) elaborado pela *Polícia Judiciária*, pois só as autoridades policiais desse órgão têm competência legal para apurar as infrações penais e sua autoria, no inquérito policial; g) *um procedimento que enfeixa os elementos materiais da prova*, porque é nele que se encontram os laudos médicos e periciais sobre a infração penal, a qualificação da vítima e das testemunhas, bem como as circunstâncias do fato e a identificação do autor, acompanhando tudo, ainda, as armas e/ou os instrumentos usados para o evento; h) *um procedimento básico para a ação penal*, pois, tratando-se de peça que carrega os elementos suficientes para a denúncia, não pode o Ministério Público dele prescindir para tal mister (embora alguns “doutrinadores”, desavisados, procurem argumentar ao contrário, com exceções, quando a realidade jurídico-forense mostra que mais de 95% (noventa e cinco) dos processos criminais nasceram de inquéritos bem feitos, número que só veio a diminuir recentemente, com a Lei 9.099/95 (art. 77, § 1.º), dispensando tal procedimento na apuração das infrações penais menores, exigindo da autoridade policial apenas a feitura do Termo Circunstanciado); i) *um procedimento necessário à realização de certas medidas cautelares*, no interesse da ordem pública, como, por exemplo, para o juiz decretar medida de segurança a indivíduos perigosos, ou ordenar o seqüestro de bens obtidos ilicitamente, ou para que sejam procedidas buscas e apreensões etc.; e j) *um procedimento que leva à materialização da Justiça Penal*, porque, sendo repositório dos elementos materiais da apuração da infração penal, essenciais à denúncia que inicia o processo-crime, levará as provas colhidas, após o filtro do contraditório processual, à apreciação do juiz competente para a sentença.

Pode alguém pretender-se jurista, dizendo que o inquérito policial “é mera peça informativa”?

## 9. Natureza jurídica do inquérito policial

Quanto à natureza jurídica do inquérito policial, pode tal apresentar-se de duas maneiras: a) como um procedimento híbrido, composto de atos de ordem administrativa e atos de valor processual definitivo, ou b) como um procedimento extrajudicial, de natureza processual, de vez que inserido no Código de Processo Penal e realizado pela Polícia Judiciária.

## 10. Contrariedade do inquérito policial?

Ao analisar o inc. LV do art. 5.º da Constituição, o Professor Rogerio Lauria Tucci, Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP, expõe sobre a existência de “reiterada confusão terminológica, entre *processo* e *procedimento*, falando-se num, quando, na realidade, se quer cogitar de outro: a própria Constituição Federal expressa “processo administrativo”, quando está aludindo a procedimento administrativo (qual seja, entre outros, o *inquérito policial*, – “procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”, em difundida proposição de José Frederico Marques)”. (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 380).

(Com a devida vênia, ao que parece, quando o legislador constituinte estabeleceu que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, 5.º, LV), em verdade, refere-se ao processo administrativo *stricto sensu*, ou seja, no sentido próprio que lhe dá o art. 41, § 1.º, inc. II (com redação da

Emenda 19, de 04.06.1998), da CF: “O servidor público estável só perderá o cargo: (I...); II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

É o que o Professor Hely Lopes Meirelles, tratando das *modalidades de processo*, denomina de “processo administrativo disciplinar – meio de apuração e punição de faltas graves de servidores públicos e demais pessoas sujeitas a regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. E tanto é verdade, que esse autor mostra que a “sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço público para subsequente instauração de processo e punição do infrator (...) É o verdadeiro *inquérito administrativo* que precede o *processo administrativo disciplinar*”. No processo administrativo disciplinar, “desde a citação acusatória deverá ser facultada ao indiciado, ou ao seu advogado, o exame do processo, para apresentação da defesa e indicação de suas provas no prazo regulamentar, possibilitando-lhe o acompanhamento de toda a instrução. Nesse conhecimento da acusação, com oportunidade de contestação, apresentação de contraprovas e presença nos atos instrutórios é que se consubstancia a “*ampla defesa*” assegurada pela Constituição (art. 5.º, LV) e sem o qual é nulo o julgamento condenatório”. (*Direito administrativo brasileiro*, 18. ed. São Paulo : Malheiros, p. 594/596).

Por sua vez, Heráclito Antonio Mossin, mestre em Direito Processual Penal e Professor da Universidade de Ribeirão Preto, registra: “o inquérito policial assume forma inquisitorial. Desse seu caráter inquisitório, surgem dois elementos: *não contrariedade* e *discrecionaliedade* nas investigações (...), quando a polícia judiciária exerce a sua atividade, não tem ela o propósito e nem mesmo a finalidade de resolver pretensões, mas o faz exclusivamente para investigar o crime, não só quanto ao seu acontecimento, sua comprovação, mas também para estabelecer quem

foi o seu autor. Em circunstância desse matiz, esse procedimento não pode comportar o crivo do contraditório. (...) Como consequência da inquisitorialidade que está sendo alvo de considerações, no campo da *informatio delicti*, não existe *acusado*, mas *indiciado*, razão pela qual também o texto constitucional” (CF, 5.º, LV) “não incide sobre esse procedimento preparatório da ação penal. Assim, somente terá pertinência o contraditório onde houver processo, em que estiver sendo exercido o poder jurisdicional, e não em procedimento propedêutico em que não existe formalmente nenhuma acusação”. (*Nulidades no direito processual penal*. 2. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 171-172).

Portanto, s.m.j., ao assegurar o contraditório e a ampla defesa aos litigantes (...) em processo administrativo, a Constituição não o faz em relação ao *inquérito policial*, embora pudesse fazê-lo, requerendo, porém, alterações sensíveis no procedimento policial formal, para não haver prejuízo aos fins investigativos e apuratórios pretendidos, na sistemática do Código de Processo Penal.

É, todavia, respeitável o entendimento jurídico do ilustre mestre Rogério Lauria Tucci, especialmente no que tange à assistência de advogado na fase do *inquérito policial*, exemplificando como direito comparado e argumentando com os juristas Carlos E. Eduards, Vicente G. Sendra, Alejandro D. Carrió e José Antonio T. García, ao defender “*a contrariedade no inquérito policial*”. E acentua: “não há como cogitar de uma contrariedade, por assim dizer, mitigada; firmamos a convicção de sua indispensabilidade, mesmo na fase da investigação criminal” (op. cit., p. 388).

## 11. Repressão rentável e inquérito policial

Analisados, com rigor histórico e ponderação, os costumes, as legislações e os

tratados de direito, particularmente, no que tange às penas, com raras exceções, sempre fizeram sobressair a repressão como “remédio”, ou seja, partindo dos fatos consumados – a traição, o furto, o roubo, a lesão corporal, a morte –, mantiveram, e ainda mantêm, esse “cômodo entendimento” (*reprimir*, em vez de *prevenir*), em pleno final do século XX da Era Cristã! Ao que parece, continuam arraigados a velhas correntes de penalista, sob a influência dos cânones católicos e apegados à Igreja da Idade Média: “pune-se porque pecou”, “pune-se para que não peque”, ou, misturando-se as duas vertentes, “pune-se porque pecou e para que não peque mais”. Exceto pela abnegação de uns poucos humanistas (não raro, chamados de tolos ou sonhadores), prevalece, atualmente, a máxima de que “o crime compensa” – nem tanto aos seus autores diretos e, às vezes, fantoches ou “bodes expiatórios” –, mas, principalmente, a grupos ou corporações – econômicas, políticas, de comunicação de massa –, uma vez que os reflexos do medo, bem manipulados, estimulam o “instinto de defesa” e, nessa “didática sub-reptícia e proveitosa”, levam a maioria, anestesiada pela propaganda, a justificar a repressão, em todas as suas formas, numa verdadeira roda viva, com retorno alvissareiro e fama ou palmas para os algozes “inatingíveis e incapturáveis” (como disse o insigne mestre Roberto Lyra).

Logo, se a *repressão* – oficializada pelo Estado com o *Direito repressivo* – é extremamente rentável, por que pensar na *prevenção* ou numa forma de *Direito preventivo*, que mais se amolde à conveniência social? Assim, raciocinam e agem os “es-  
pertos”, seguidos pelos bajuladores e pelos “inocentes úteis”, como se todos não fossem membros da mesma sociedade doente pela insegurança, pela violência, pela criminalidade e pelo medo!

Pode-se constatar que, via de regra, a Polícia, seguindo uma espécie de preordenação conveniente ou uma aceitação tácita

dos Poderes do Estado, parece preferir a *repressão* e não a *prevenção* do crime, talvez por que a primeira seja mais emocionante, embora prejudicial e funesta, mas rentável, enquanto que a segunda pouco tenha a oferecer à “indústria do medo” e sirva tão-somente à paz da sociedade. Se assim não fosse, como justificar o próprio texto da Constituição Federal, quando, no art. 144, ao tratar da competência dos *órgãos de segurança pública*, excetuando-se a polícia federal, não usa, uma vez sequer, o substantivo *prevenção*, o adjetivo *preventivo*, nem o verbo *prevenir*? Está claro que fazer *repressão* é mais fácil e rentável do que fazer *prevenção*, pois esta requer maior preparação dos agentes e maior planejamento e cuidado em suas ações, para que haja tranquilidade social, e isso não possibilita manchetes, comentários, discursos, contratos, concursos etc.

Se as autoridades governamentais ainda não se dispuseram a dar um tratamento de choque contra a miséria, para diminuir a *criminalidade induzida* pela propaganda massificante e pelas carências dos mais fracos e esquecidos, ou seja, não realizam a *prevenção social* (possibilitando moradia, trabalho, escola, comida etc., em padrões compatíveis com a dignidade humana), que os órgãos de segurança pública sejam preparados para evitar a maioria dos crimes no nascedouro, realizando, de modo criterioso e eficiente, guiados pelas normas do Direito, a prevenção policial. Não havendo a prevenção como providência fundamental contra a criminalidade, corre-se atrás dos efeitos com a investigação e a apuração, por intermédio do inquérito policial, numa verdadeira cascata de atividades e gastos, quando o Estado já falhou na segurança.

## 12. Movimentos de inquéritos policiais em São Paulo

Silenciar em relação à falta de prevenção social (condições mínimas de vida às

pessoas) e a prevenção policial (com uma polícia uniformizada, bem preparada e bem paga, para realizar, diuturnamente, policiamento preventivo das ruas, evitando os crimes, e não chegando depois que tudo aconteceu, para fazer “espetáculo cinematográfico, à moda mocinho e bandido”, espalhando mais insegurança ou ativando a curiosidade mórbida, com o sangue, os prejuízos e o medo de um povo que merece respeito, mas é tratado como cobaia) é querer escamotear os fatos e jogar a culpa no inquérito policial!

Seria salutar para o Estado, se outras autoridades públicas — de todos os Poderes — e alguns nobres causídicos e professores, para melhor aquilatar o trabalho da Polícia Judiciária, diante da falha do policiamento preventivo, corresse uma escala de rodízio, num plantão policial, noite e dia, sábado, domingo e feriado, nem sempre com meios suficientes (às vezes, presidindo a um ou mais autos de prisão em flagrante, em plena madrugada ou até na Noite de Natal!), e talvez descobrissem que, na sistemática jurídica brasileira, uma vez praticada a infração penal, em regra, a autoridade policial começa a trabalhar com o direito *in natura*, pois, não raramente, tem apenas a notícia verbal, e transforma tudo em atos formais, no inquérito policial.

A propósito, há inquérito que pode iniciar e terminar no mesmo dia, ou no espaço de 4 a 6 horas, como em certos autos de prisão em flagrante; mas, em razão das circunstâncias da maioria dos crimes — investigações, oitivas, vestígios, perenização de provas etc. —, o tempo pode ser de muitos meses para o seu término. Observa-se, por exemplo, o que ocorre em São Paulo, cujas Delegacias de Polícia Distritais (DPs) são de 1.ª classe — com um Delegado Titular, um Delegado Adjunto e cinco Equipes Plantonistas (mas nem sempre), cada uma com um Delegado, Escrivão, dois Investigadores e um Carcereiro e, às vezes, um Operador de Telecomuni-

cações: já está provado que uma Delegacia pode apenas elaborar, em média, de 1.200 a 1.500 inquéritos policiais por ano – e, em regra, para fazê-los bem, tal número não deveria ir além de 1.000 –, mas se o registro de ocorrências (crimes que não foram evitados, pela falta de prevenção) é de quatro, seis, oito vezes ou mais, verifica-se, desde logo, que a Polícia Judiciária tem um volume de serviço impossível de ser feito em tempo hábil. Nesses casos, como não criticar a demora nos inquéritos policiais?

### 13. Inquérito policial malfeito

Assim como seria aberrante que um Juiz de Direito não dominasse o processo e que um Promotor de Justiça não entendesse, por exemplo, de ação penal, evidentemente, *seria um peso morto para a Polícia Judiciária que um Delegado seu não soubesse elaborar, com acuidade profissional, um inquérito policial*, peça jurídica que hoje tem respaldo na própria Constituição Federal (art. 144, § 4.º) e que sempre existiu em nosso Direito, com tal *nomen juris*, desde 1871. Pode-se dizer até, tomando por base a realidade jurídico-forense brasileira, que mais de 80% da Justiça Criminal se deve aos elementos constantes do inquérito policial. (Aliás, nos casos de homicídio – envolvendo o que de mais precioso tem o ser humano: a própria vida –, e também nos casos de crimes graves, como estupro, roubo, furto qualificado, estelionato, tráfico de drogas e contrabando, esse número é de 100%, como provam os arquivos e as publicações especializadas do Judiciário.) É só pesquisar a respeito. A ciência não mente.

Todavia, há, de fato, inquéritos malfeitos. E sempre que ocorre uma reunião de advogados criminalistas ou de promotores de justiça, em regra, as críticas às falhas desses procedimentos de Polícia Judiciária são muitas. Mas será que todas podem

ser debitadas à conta de quem os faz, unicamente? E a falta de prevenção social e policial, causando uma avalanche de crimes a serem apurados? E a “industrialização do medo”? E a utilização da insegurança do povo pela política? E a universidade “torcendo o nariz” ao estudo sério do inquérito policial e dos fatos que lhe dão origem?

### 14. O inquérito policial e a “cascata do silêncio”

Sem a *prevenção* – por todos os meios possíveis, permitidos e imagináveis – não haverá remédio, Ministro da Justiça ou Secretário de Segurança, nem armas e munições que façam diminuir o crime e a violência. Por desconhecimento dessa realidade ou por deliberado interesse, existe uma espécie de *cascata do silêncio*, consentida ou aceita por grande parte de integrantes dos Três Poderes do Estado, consubstanciada no seguinte: 1.º) não se evitam os fatos, e o povo sofre; 2.º) uma vez acontecidos, vão a registro, e vêm as investigações; 3.º) instauram-se inquéritos, abarrotando as delegacias e sobrecarregando a Polícia Judiciária; 4.º) os inquéritos, terminados, vão lotar os cartórios do Judiciário e as mesas do Ministério Público; 5.º) saturados os fóruns criminais, demoram os julgamentos, em desprestígio da Justiça; 6.º) vão saindo as sentenças, aumentando a população carcerária e os mandados de prisão; 7.º) vêm os gastos do Governo, com contratos e concursos, sempre insuficientes, pois as infrações penais não param, em razão da falta de prevenção social e policial. Assim (como “pensar não ofende”), logo se vê que não são o inquérito e as autoridades policiais os algozes dessa vergonhosa sequência...

Em suma: o fato de uma autoridade policial, por desconhecimento, ou mesmo pela sobrecarga de serviços, não elaborar um *inquérito policial* dentro dos parâme-

tros mínimos exigidos, não quer dizer que o procedimento apuratório seja o responsável e, por isso, deva desaparecer. Não é possível encontrar Juiz de Direito que passa os pés pelas mãos, assim como Promotor de Justiça pouco afeito à denúncia escorreita, e mesmo Advogado que não se faça entender na petição ou na defesa apresentadas? E nem por isso há proposta de se acabar com o processo criminal, porque as deficiências, nesses casos, são dos indivíduos e não do instrumento jurídico com que deveriam trabalhar corretamente. Assim, o inquérito policial pode e deve ser melhorado, mas, primeiramente, tem que ser estudado e conhecido, sem preconceito, à vista das realidades sociais e jurídicas brasileiras!

Sopesando que a própria universidade (como já se frisou), ainda não estuda a Polícia e seus atos, de modo assentado, é de se desconfiar daqueles “juristas” que, por ignorância, preconceito ou qualquer outro motivo inconfessável, procuram desprestigiar o inquérito policial ou até propor a sua supressão, sem estudar, em profundidade, o seu verdadeiro papel.

## Bibliografia

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo : RT, 1973.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1959, v. II.
- BRAGA, Fernando Celestino. *Guia de investigação criminal*. Porto : Editora do autor, Portugal, 1953.
- COBRA, Corilano Nogueira. *Manual de investigação policial*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1983.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1993.
- MORAES, Bismael B. *Direito e polícia — Uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo : RT, 1986.
- . Em defesa do inquérito policial. *Revista ADPESP*, n. 24. São Paulo, 1997.
- MOSSIN, Heráclito Antonio. *Nulidades no direito processual penal*, 2. ed. São Paulo : Atlas, 1999.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial — Novas tendências*. Pará : Edições Cejup, 1986.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993.

## 6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

---

61

### A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL:

#### A implementação do controle do inquérito policial pelo Ministério Público do Estado de São Paulo

ANDREI KOERNER, CÉLIA SOIBELMAN MELHEM E FLÁVIA  
SCHILLING

**SUMÁRIO:** 1. O papel constitucional do Ministério Público e o controle externo da polícia – 2. O inquérito policial – 3. O controle do inquérito policial pelo Ministério Público – 4. O Ministério Público e o controle do inquérito policial: temas para pesquisa – Bibliografia.

**Resumo:** O artigo aborda o tema do controle do inquérito policial pelo Ministério Público, como uma maneira de ampliar a efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. A partir do estudo do papel constitucional do Ministério Público, o texto tece considerações sobre as violações de direitos a que tem dado ensejo o inquérito policial. Essas violações são vistas como resultante da distribuição de papéis e poderes entre os diversos agentes do sistema judiciário penal. Enfim, o texto apresenta a proposta de um diagnóstico aprimorado para elucidar as dificuldades de implementação desse controle.

**Palavras-chave:** Controle externo – Inquérito policial – Ministério Público – Garantias processuais – Controle do inquérito policial.

#### 1. O papel constitucional do Ministério Público e o controle externo da polícia

O controle da atividade policial para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos tem sido importante desafio para a consolidação da democracia no Brasil. A democracia política tem convivido estes anos com altos índices de violência, como

mostram os dados sobre o número de mortos em confrontos com policiais, que têm sido classificados na rubrica “resistência seguida de morte”.

Nos últimos anos, foram adotadas diversas medidas para o controle da atividade policial, como a produção de estatísticas, modificações na formação dos policiais, a criação de divisões especiais e a Ouvidoria da Polícia. Ao Ministério Público foi atribuído pela Constituição de 1988 o papel do controle externo da polícia.

A Constituição significou um avanço para o papel institucional do Ministério Público, ao defini-lo como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cuja função é a “defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis. Entre as suas atribuições está a de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF). No entanto, o dispositivo constitucional deveria ser regulado por lei complementar, que não foi até o momento editada pelo Congresso Nacional.

Assim, mesmo sendo o titular da ação penal pública e o destinatário do inquérito o Ministério Público permanece distanciado das atividades da polícia durante a instrução preliminar, com as investigações não seguindo suas diretrizes nem recebendo sua supervisão cujo exercício seria regulado por lei complementar.

Procurando suprir essa lacuna, a Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo editou Ato 098/96, estabelecendo normas para o exercício de controle externo da atividade da Polícia Judiciária pelo Ministério Público. No entanto, a execução desse controle tem sido bastante limitada, em virtude da oposição das autoridades policiais. Os procedimentos de controle existentes revelam-se insuficientes para a garantia dos direitos fundamentais no processo penal, ao mesmo tempo que a colaboração entre as duas instituições tem se revelado problemática. Mesmo entre os membros do Ministério Público encontramos resistências ao desempenho dessa função.

A implementação desse controle encontra, pois, múltiplas dificuldades de ordem legal, institucional e cultural. Coloca-se, portanto, à instituição, o desafio de exercer efetivamente seu papel constitucional, atuando no sentido de universalizar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa e melhorar a qualidade técnica dos inquéritos.

O presente trabalho apresenta alguns temas para futura pesquisa das resistências ao exercício dessa função no andamento do inquérito policial, um procedimento particularmente importante e problemático nas relações entre os agentes policiais e os das outras organizações do sistema judicial.

## 2. O inquérito policial

No Brasil, as corporações policiais (polícias militares, civis e federal) gozam de

ampla autonomia no desempenho de suas atividades. Esta autonomia compreende: 1) o espaço de poderes discricionários legalmente previstos; 2) a divisão de atribuições entre as diversas organizações do sistema judicial (Judiciário, Ministério Público, advocacia, sistema penitenciário); 3) o espaço das práticas, em que atividades efetivamente desempenhadas pelas autoridades policiais são aceitas pelos agentes de outras organizações estatais, especialmente do sistema judicial.

O espaço dos poderes discricionários das autoridades policiais não distingue o Brasil de outros países, pois este tipo de poder é previsto legalmente e considerado próprio e necessário à atividade policial enquanto tal.

Quanto aos espaços da divisão de atribuições e das práticas, o Brasil apresenta uma especial peculiaridade na relação entre polícia e Judiciário na instrução criminal. Na Europa, a investigação policial conduz à instrução criminal, que se dá perante juizados especiais de instrução; nos Estados Unidos, a investigação policial ocorre com a supervisão do Ministério Público e a instrução é conduzida perante o júri de acusação.

No Brasil, a investigação policial preliminar leva à abertura do inquérito policial, que é conduzido pela autoridade policial, sem a intervenção do Ministério Público ou do Judiciário. O inquérito policial é definido como etapa preparatória auxiliar do processo penal, no qual se realizam atos importantes da instrução judicial, produzindo-se provas, ouvindo-se o suspeito e as testemunhas etc. Porém, esses atos ocorrem sem o respeito a procedimentos técnicos e sem as garantias legais do processo penal. Esses requisitos só são obedecidos a partir do momento em que é instaurado o processo penal no Judiciário, quando é iniciada a instrução propriamente dita.

O inquérito policial foi criado pela Reforma Judiciária de 1871, isto é, no con-

texto da transição gradual do trabalho escravo para o trabalho livre. A sua adoção foi guiada pelas considerações conservadoras de manutenção de mecanismos *allegais* de controle social sobre o número crescente de indivíduos que se tornavam formalmente cidadãos, libertos dos instrumentos de violência física exercidos diretamente pelos proprietários sobre seus escravos.

O inquérito policial foi a inovação mais importante da reforma no domínio criminal. O inquérito mantinha a iniciativa de ação da polícia na instrução criminal, independente de intervenção da autoridade judiciária. Esta inovação foi incluída no substitutivo enviado ao Senado pelo Ministro da Justiça Sayão Lobato ao projeto de reforma aprovado na Câmara dos Deputados. Neste projeto, e no programa liberal, o preparo dos processos era atribuição do juiz municipal. À autoridade policial cabia executar todas as diligências que os juízes municipais e os juízes de Direito (das comarcas especiais) ordenarem (art. 5.º do Projeto, apud Bruno, *idem*, 221). A emenda apresentada pelo Ministro Lobato era uma modificação de sua proposta de 1862, onde defendia que a polícia deveria manter a atribuição de formação da culpa até a sentença, inclusive, fazendo com que esta fosse confirmada pelo juiz de direito. Deste modo, ele argumentava, prevaleceria “a Jurisdição da Autoridade Judiciária, que definitivamente decide da pronúncia ou julgamento dos processos policiais, e é reduzida a ação da autoridade policial a um mero auxiliar, como é indispensável”. Como auxiliar, a polícia deveria manter as atribuições que lhes eram próprias, a de prender os criminosos e coligir todos os esclarecimentos para instrução do competente processo, o que era necessário em virtude das circunstâncias do país (*RMJ*, 1862).

Com o inquérito policial, a reforma de 1871 separou a justiça da polícia, sem estabelecer uma relação de controle da pri-

meira sobre a segunda. Ocorreu antes uma superposição das duas esferas, o que, na prática, resultou no afastamento do controle judicial efetivo da legalidade dos procedimentos policiais. (Koerner, 1998: 105-106)

O inquérito foi, desde a época de sua criação, objeto de críticas, mostrando-se ainda hoje seus inconvenientes: a duplicação da instrução criminal; a inefetividade da ordem jurídica; o distanciamento do conhecimento dos conflitos pelos outros agentes do sistema judicial; a opacidade das práticas policiais para os demais agentes e organizações estatais, em particular os do sistema judicial

Já em 1873 Nabuco de Araújo criticava o inquérito policial no Senado. Para Aquino e Castro, com o inquérito policial mantinha-se a liberdade de ação da polícia, pois, “(...) o que se vê é a polícia, como dantes, formando processos, dispondo do destino dos acusados, segundo seu alvedrio e má vontade, e indiretamente julgando sem nenhuma responsabilidade legal (...) pois que é sempre verdade que o inquérito que formulou tem que servir de base ao processo que vai ser completado em outro juízo” (apud Nequete, 1973, I: 85). Em maio de 1877, o inquérito era criticado pelas autoridades judiciárias e por representantes dos advogados do Superior Tribunal de Justiça, que consideravam-no uma duplicação inútil e protelatória da formação da culpa; a polícia podia, no inquérito, controlar o resultado dos processos, pois era ela que chamava as testemunhas que sabiam do fato. Os depoimentos das testemunhas eram tomados por escrito e, mesmo que o juiz pudesse chamar as testemunhas mais tarde, o inquérito acabava servindo como a base da pronúncia. O inquérito, porém, não tinha as garantias de defesa na preparação do processo e tornava-se uma surpresa para o réu, que não podia providenciar sobre a sua defesa. Era consensual a necessidade da extinção do inquérito; a polícia deveria limitar-se a capturar os criminosos, e passá-

los à autoridade judiciária com as provas que houvesse colhido (*RMJ*, 1876: 525-620). O Desembargador Inocêncio M. A. Góes, Presidente da Relação da Bahia, afirmava: “Os inquéritos, como base para a formação da culpa, dão extraordinária supremacia à autoridade policial, pois será difícil a qualquer autoridade judiciária, em presença de uma larga inquirição de testemunhas concludentes e contestes, atestando um fato e seu autor, deixar de pronunciá-lo como indiciado no crime imputado, donde resulta que a polícia, em vez de ser auxiliadora da justiça, esta é que receberá as suas inspirações daquela. A polícia, investida da faculdade dos inquéritos e mais atos concernentes à verificação do crime e descobrimento do seu autor, ocupa sem dúvida um lugar assaz importante; é quase que o verdadeiro juiz, e sem a responsabilidade da decisão, sofismando-se assim o princípio da separação das funções respectivas. Além do exposto, acresce que, notando-se em nossa população uma excessiva repugnância para comparecer em juízo e depor como testemunha, os inquéritos criaram uma obrigação acessória às preexistentes, dando-se grandes dificuldades para o comparecimento das testemunhas do inquérito no juízo da formação da culpa, o que ainda é motivo para retardamento”. (apud Koerner, *ibidem*)

Com o inquérito duplica-se a instrução, pois muitas das provas produzidas na etapa preliminar devem ser necessariamente produzidas novamente durante a instrução, por falhas técnicas ou pela inexistência das garantias legais do processo. A duplicação da instrução tem consequências para a eficiência do sistema judicial, pois o processo penal sofre atrasos, provas são perdidas ou inúteis, causam-se atribulações inúteis para os envolvidos (testemunhas que são chamadas a depor por duas ou mais vezes).

A prática de investigação pela polícia parte do criminoso para chegar ao crime, o que além da inversão da lógica de investigação determinada pela lei, conduz ao uso

da tortura para obter a confissão do suspeito e assim desvendar os demais aspectos do crime, que permitirão a formação do conjunto dos indícios para a acusação criminal (Mingardi, 1992: 52 et seq.). A consequência do uso da tortura é o descrédito em juízos das provas produzidas no inquérito, para as quais não houve a necessária salvaguarda das garantias legais. Roberto K. de Lima considera que os esforços de juízes e promotores, que anulavam atos do inquérito por suspeita de tortura com o objetivo de evitar a continuidade das práticas violentas, acabava resultando no fracasso do Judiciário no cumprimento de sua função punitiva, tendo como efeito perverso o reforço das atividades punitivas da polícia (Lima, 1994: 86). Neste sentido, como apontam Guaracy Mingardi e Roberto K. de Lima, as próprias falhas técnicas na produção das provas resultam muitas vezes de prejudgamentos efetuados pelas autoridades policiais ou do “acerto” entre estas e os acusados.

A duplicação da instrução no inquérito tem consequências também para a eficácia da ordem jurídica, pois os outros agentes do sistema judicial (promotores, juízes e, também, advogados) intervêm no caso tendo muitas vezes apenas as provas apresentadas pelas autoridades policiais. Estas controlam o “relato primário” do sistema, ou seja, a tradução dos conflitos sociais em litígios ou casos judiciais. Conforme a tradução que tenha recebido pelo relato primário, o conflito será processado de uma ou de outra maneira pelo sistema judicial. “A armação do processo é realizada pelos policiais através do poder que possuem de interpretar a lei em suas atividades de vigilância. A polícia realmente analisa e classifica os fatos criminosos que lhes cabe registrar ou investigar. Tecnicamente, tal classificação é chamada ‘tipificação’. Esta consiste em rotular os fatos trazidos ao conhecimento da polícia como algo que se ajusta a um tipo legal, isto é, um fato previamente tipificado pela lei como um cri-

me". Embora a promotoria possa modificar a tipificação adotada pela polícia, esta é muito importante, porque é produzida pelas únicas autoridades presentes na ocorrência da ocorrência policial (Lima, R., op. cit., p. 90-91). Assim, a ordem jurídica torna-se eficaz somente mediante as refrações que sofre por esses agentes, que atuam segundo lógica distinta à da ordem constitucional e, mesmo, contrária a ela (Lima, op. cit.; Mingardi, op. cit.). A duplicação da instrução criminal mostra enfim o espaço de poder autônomo das autoridades policiais, mostrando-se refratárias a qualquer mudança legal que venha a quebrar o seu controle sobre este aspecto de sua atividade. Essa resistência compõe-se de diversos aspectos, como a lógica corporativa — a disputa entre as diversas organizações do sistema judicial pelo controle do processo —, a dimensão das práticas *a-legais*, com sua contrapartida político-clientelística, e uma dimensão extrativa, ou seja, um espaço de práticas ilegais de corrupção e de extorsão de cidadãos, bem como de cumplicidade com o crime organizado.<sup>1</sup>

Nos últimos anos, as autoridades do Estado de São Paulo têm procurado solucionar alguns dos problemas apresentados,

com a instituição da Ouvidoria da Polícia do Estado, a expansão da atuação da Corregedoria e da implementação de outros sistemas de controle interno. Porém, o tema do inquérito policial não envolve só um problema de controle interno e de regularidade de procedimentos, mas também o da distribuição de atribuições, na instrução criminal, entre os diversos agentes e organizações do sistema de justiça. No cerne deste problema encontramos questões centrais para a consolidação e aprofundamento da democracia no país: a eficácia do sistema judicial, a efetividade das garantias aos direitos fundamentais, a distribuição de poder das organizações estatais, bem como os modos e lógicas de ação dos seus agentes.

### 3. O controle do inquérito policial pelo Ministério Público

O Ato da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo procura sanar alguns dos problemas criados pelo inquérito policial. Na justificação do ato é salientada a necessidade de centralizar a atividade correcional do Ministério Público sobre a atividade policial nas áreas em que as duas instituições exercem atividades conexas, nomeadamente, “na investigação das infrações penais, na sua materialidade e autoria, bem como na verificação das condições em que se encontram as pessoas presas sob custódia da autoridade policial”.

A atividade de controle deve se voltar primordialmente para atividades correcionais inerentes ao inquérito policial. Os dispositivos do ato são explícitos neste sentido, colocando como objetivos do controle exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial, além da prevenção da criminalidade e a celeridade e aperfeiçoamento da persecução penal, “a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou abuso de poder relacionados com a atividade de investigação criminal” e

(1) Dentre as várias modalidades de corrupção, Guaracy Mingardi salienta a praticada por um indivíduo, criminoso profissional ou não, que paga ao policial para não ser indiciado. Ao ser preso, o suspeito procura livrar-se o mais rápido possível, enquanto ao policial interessa que fique preso alguns dias sem auxílio legal. Com isso, os investigadores podem interrogá-lo para levantar alguns delitos após o que, chamam o advogado para servir de intermediário no acerto, deixando de indiciá-lo num ou em mais crimes; ou tipificando o delito num menos. O autor ressalta que, para o acerto, dois instrumentos essenciais são a cadeia e o cartório; aquela “por motivos óbvios”, este, porque ameaça o suspeito detido com o inquérito (Mingardi, op. cit., p. 58. Sobre o crime organizado, Mingardi, 1998, sobre a corrupção, Schilling, 1999).

“buscar superar as falhas na produção da prova, inclusive técnica, para fins de investigação criminal” (art. 1.º, par. ún., incs. III e IV do Ato 098/96). Quanto ao controle da regularidade do inquérito policial, o ato dispõe que o Ministério Público deverá zelar pela observância do prazo para sua conclusão, concedendo se necessário a prorrogação e requisitando diligências que julgue necessárias e úteis para o esclarecimento do fato e da autoria (arts. 16 e 17); deverá manter “um sistema especial de acompanhamento dos inquéritos devolvidos à delegacia de polícia, a fim de permitir o controle do prazo concedido para conclusão das investigações” (art. 18); deverá zelar para que “a coleta de provas seja orientada pelos critérios da utilidade, eficácia e celeridade na conclusão das investigações, indicando, inclusive medidas tendentes a atingir a finalidade do inquérito policial (art. 19), além de outras disposições relativas à celeridade do ajuizamento da ação de indiciados presos e à estrita observância, pelo Ministério Público, do prazo legal para a denúncia (arts. 20 a 22).

Porém, como afirmou-se acima, a execução deste ato encontra resistência das autoridades policiais e também entre membros do Ministério Público. Segundo informações preliminares obtidas, há duas correntes principais no interior da instituição: alguns, incluída a própria Procuradoria-Geral, afirmam que o controle externo instituído pelo art. 129, VII, da Constituição, tem sentido amplo, ou seja, atribuiu ao Ministério Público a verificação do respeito, pelas autoridades policiais, dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição Federal; outros membros do Ministério Público consideram que o controle externo é apenas técnico, devendo incidir sobre a atividade policial apenas para suprir lacunas e insuficiências da investigação, sem interferir diretamente nos seus instrumentos de ação e objetivos.

#### **4. O Ministério Público e o controle do inquérito policial: temas para pesquisa**

Esta situação de impasse coloca diversos temas para pesquisa, sendo necessário produzir um diagnóstico aprimorado das dificuldades legais, institucionais e culturais que limitam a atuação do Ministério Público no acompanhamento, fiscalização e promoção de inquéritos policiais.

O ponto de partida da pesquisa seria a leitura de estudos comparativos das organizações e a instrução criminal em diversos países, da área de Direito Constitucional e Processual Penal sobre as garantias aos direitos fundamentais no processo; da prática judicial, a cultura legal e a cultura policial no Brasil. A dimensão cultural do Ministério Público seria pesquisada por meio de questionário a ser distribuído entre membros do Ministério Público, escolhidos segundo critérios qualitativos (tempo na carreira, procedência profissional e áreas de atuação), a respeito dos temas e dificuldades para a implantação do controle externo.

A eficiência do serviço existente seria quantificada pela análise de estatísticas produzidas pelas organizações envolvidas, relacionando-se a proporção entre os inquéritos instaurados, os que foram arquivados ou concluídos e o seu seguimento no Judiciário.

Outro aspecto seria o estudo da qualidade dos resultados, comparando casos de atuação conjunta das duas organizações. Isso seria feito, por um lado, pelo estudo de casos de grande repercussão ou de avultado interesse, que resultaram na cooperação ou na concorrência da atuação das duas organizações. Um exemplo de atuação bem sucedida de cooperação, em que foi efetivado o controle do Ministério Público na condução do inquérito policial, foi o caso do Bar Bodega, no qual a promotoria não acompanhou a conclusão do inquérito po-

licial, deixando de dar seguimento ao processo, opondo-se aos indícios apresentados pela polícia contra os suspeitos.

Por outro lado, seria feito o estudo qualitativo de situações de indiferença, selecionando-se um caso arquivado, no qual não houve seguimento da ação penal, por falhas técnicas do inquérito, mas em que também estejam presentes indícios de tortura, abuso de poder ou corrupção praticadas por autoridades policiais, aos quais não houve a verificação da sua efetiva responsabilidade.

Do estudo preliminar, ressalta-se desde já a necessidade de elaboração de um projeto piloto de um Sistema de Acompanhamento de Inquéritos para instalação na situação da Central de Inquéritos do Ministério Público no Fórum da Capital do Estado, a fim de melhorar a eficiência, o controle e a qualidade na condução do grande número de inquéritos ali processados.

Alternativas à situação existente seriam detectadas em entrevistas com membros do Ministério Público e da Polícia ligados a grupos especiais, como os da área de combate ao crime organizado e os membros do Centro de Apoio Criminal (órgão da Procuradoria Geral do Estado destinado a subsidiar atuação dos promotores de justiça nos processos criminais; da atuação do Centro de Apoio Criminal).

Identificadas essas dificuldades, poder-se-á apresentar identificar os diversos tipos de dificuldades, culturais, legais, organizacionais e de procedimentos, formulando-se sugestões e propostas de mudanças para a sua superação. Essas sugestões e propostas seriam amplamente divulgadas dentro da instituição e de outras organizações interessadas por meio de publicações

e eventos, como seminários com líderes na área jurídica, membros do Ministério Público e de outras carreiras judiciárias e da polícia, procurando levantar propostas, debates e dificuldades para as mudanças.

Esses temas todos serão estudados no sentido de que o controle externo da atividade policial realizado pelo Ministério Público amplie a garantia dos direitos fundamentais no processo criminal, a qualidade técnica da instrução criminal e limite as práticas arbitrárias e espaços de corrupção policial.

## Bibliografia

- BRUNO, Fábio Vieira (org.). *O parlamento e a evolução nacional* (3.<sup>a</sup> Série – 1871-1889). Brasília : Ed. do Senado Federal, 1979, v. 4.
- KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira*. São Paulo : HUCITEC, Depto. Ciência Política da USP, 1998.
- LIMA, Roberto K., de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro – Seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro : Ed. da Biblioteca da Polícia Militar, 1994.
- MINGARDI, Guaracy. *Tiras, gansos e trutas: cotidiano e reforma na polícia civil*. São Paulo : Scritta, 1992.
- . *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: Ed. do IBCCrim, 1998.
- NEQUETE, Lênine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Porto Alegre : Livraria Sulina, 2v., 1973.
- SCHILLING, Flávia. *Corrupção: Ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a luta contra a corrupção (1980-1992)*. São Paulo : Ed. IBCCrim, 1999.
- BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Relatórios apresentados à Assembléia Geral Legislativa pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça*. Rio de Janeiro : Typ. Imperial, 1838 a 1888, (RMJ).

## 6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

### 6.2

#### REFORMA JURÍDICO-INSTITUCIONAL NO BRASIL E NOVAS ARTICULAÇÕES ENTRE DIREITO E POLÍTICA:

##### Considerações sobre a atuação do Ministério Público na área dos direitos difusos

DÉBORA ALVES MACIEL

**SUMÁRIO:** 1. Novos significados do papel do Poder Judiciário e a judicialização da política – 2. Direitos sociais e Ministério Público: a nova identidade institucional dos promotores de justiça e a lógica em uso dos procedimentos judiciais – 3. Conclusão – Bibliografia.

**Resumo:** Os novos padrões de atuação do promotor de justiça brasileiro na defesa dos chamados direitos *difusos* têm sido analisados como uma das manifestações do fenômeno da *judicialização da política*. O artigo discute de que forma os recentes recursos de poder judicial e extrajudicial, atribuídos aos promotores públicos, abrem uma ampla margem de decisão desses atores quanto ao encaminhamento de interesses e conflitos sociais ao Poder Judiciário, resultando em uma dinâmica peculiar de interseção entre esfera jurídica e esfera política.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário – Ministério Público – Reforma jurídica – Política e direito.

O redesenho institucional do Ministério Público brasileiro e os novos padrões de atuação dos promotores públicos na área dos *direitos difusos* trazem elementos importantes na compreensão das relações recentes entre esfera política e esfera jurídica no Brasil. Início este artigo discutindo a noção de *judicialização da política*. A partir daí, faço algumas considerações sobre as novas atribuições do Ministério Público na defesa de direitos sociais e mostro que a judicialização de conflitos sociais e políticos, através dessa Institui-

ção, depende de opções rotineiras, realizadas pelo promotor de justiça, entre o encaminhamento desses conflitos à decisão dos juízes e o uso de procedimentos extrajudiciais que lhes permitem negociar o significado da lei.

#### 1. Novos significados do papel do Poder Judiciário e a judicialização da política

A expressão “*judicialização da política*” tem sido utilizada como categoria conceitual e, simultaneamente, como descrição histórica de um fenômeno detectado tanto nas democracias consolidadas como aquelas em processo de consolidação. Ela refere-se a um novo padrão de intervencionismo judiciário no qual instrumentos de controle da legalidade constitucional conferem ao Poder Judiciário um papel político importante na transformação dos princípios programáticos constitucionais em direito ordinário, possibilitando um “*garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos*” contra outros órgãos de poder soberano, principalmente, o Executivo (Santos,

1996). Relacionada à ampliação do poder político dos juízes, a judicialização da política resulta, entretanto, de um modelo de justiça distinto do modelo liberal clássico, caracterizado pelo ideal de imparcialidade valorativa nas decisões judiciais; pelo ideal da nítida separação entre os três poderes e pela ênfase doutrinária e processual nos conflitos de caráter interindividual.

Na definição de Tate & Vallinder (1995): “a judicialização da política deve normalmente significar (1) a expansão da área de atuação das cortes judiciais ou dos juízes às expensas dos políticos e/ou administradores, isto é, a transferência de direitos de decisão de legislatura, do gabinete ou da administração pública às cortes judiciais ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos judiciais de decisão para fora das próprias cortes judiciais” (p. 13, minha tradução). Judicializar significa chegar a alguma decisão, utilizando os procedimentos típicos da arena judicial: submissão de fatos individuais às normas abstratas e universais preexistentes; efeitos prospectivos da decisão sobre casos no futuro; decisão por um juiz, com base em um saber técnico, especializado. O primeiro sentido do conceito, que será tratado aqui, refere-se aos órgãos de justiça formais que se caracterizam por um novo “ativismo judicial”. Uma das caracterizações do fenômeno está na identificação de uma nova “disposição” dos tribunais em expandir o repertório de questões sobre as quais eles devem decidir, reservadas, anteriormente, ao Legislativo e ao Executivo. A judicialização da política demandaria, portanto, a adesão ativa dos atores judiciais a valores e preferências políticas em relação aqueles de outros decisores, promovendo uma politização dos conflitos judiciais.

Algumas hipóteses têm sido construídas para explicar os novos padrões de intervencionismo judiciário. São elas: a garantia de independência do Poder Judiciário e a sua igualdade político-institucional fren-

te aos outros poderes; a existência de uma política de direitos, formalizada em normas constitucionais, ou a atuação de atores políticos e grupos de interesse que expandem, pela via judicial, a noção de “direitos”, não previstos constitucionalmente; a incapacidade das coalizações governamentais de liderar impasses políticos e a capacidade de oposições políticas e grupos de interesse de atrair disputas à arena judicial; a percepção dos grupos sociais da ineficácia dos poderes políticos na efetivação de direitos, “transferindo” a legitimidade política aos atores judiciais, considerados mais competentes e confiáveis; a delegação voluntária da autoridade de decisão das instituições políticas às Cortes sobre temas com alto custo político (Tate & Vallinder, 1995).

No caso brasileiro, as reformas constitucionais de 1988 consolidaram a importância dos mecanismos judiciais na resolução de conflitos sociais e políticos. A redemocratização com o retorno ao Estado de direito resultou na ampliação das atribuições do Poder Judiciário, como árbitro legítimo para decidir conflitos entre sociedade e Estado e entre os poderes do próprio Estado. Com vistas à ampliação da oferta dos serviços judiciais, a uma justiça mais rápida, ao controle social e político sobre os atos do Executivo e Legislativo, à efetivação de direitos constitucionais foi redefinido o papel institucional do Ministério Público, foram criados os Juizados Especiais de Pequenas Causas e novos mecanismos processuais foram revigorados ou construídos: a ação de inconstitucionalidade; o mandato de injunção; a ação popular; o mandato de segurança coletivo; o referendo popular; o plebiscito e a ação civil pública.

O Poder Judiciário não é mais entendido “*como mero poder neutro, incubido de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares*” (Ferreira Filho, 1994, p. 9). O controle de constitucionalidade pelo Su-

premo Tribunal Federal – mediante a provocação de uma “comunidade de intérpretes” da Constituição<sup>1</sup> – transforma o Judiciário em um “*legislador negativo*”, pela ação direta de inconstitucionalidade (por violação de norma constitucional), e em um “*legislador ativo*”, pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (pelo não cumprimento de norma constitucional). A politização do seu papel expressa-se, fundamentalmente, no controle da administração pública com vistas não só à proteção dos interesses individuais – já previsto na visão liberal clássica – mas, agora, em prol do interesse geral: é legitimado ao juiz determinar compulsoriamente, com prazo fixado, providências administrativas necessárias à execução de norma constitucional de interesse geral.

Os estudos recentes sobre as implicações das reformas político-institucionais na judicialização da política no Brasil têm se concentrado em análises dos usos das ações diretas de inconstitucionalidade, por atores políticos e grupos de interesse, e dos padrões das decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>. As conclusões de alguns desses estudos são as de que, do ponto de vista da ação desse órgão, o Judiciário brasileiro tem sido cuidadoso ao administrar as suas relações com os demais Poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como *ativismo judicial*. Entretanto, a “descoberta” desse instrumento e o seu crescente uso apontaria para a tendência de uma adesão maior do Supremo

Tribunal Federal ao novo papel de guardião dos direitos fundamentais que lhe foi constitucionalmente confiado.<sup>3</sup>

## 2. Direitos sociais e Ministério Público: a nova identidade institucional dos promotores de justiça e a lógica em uso dos procedimentos judiciais

O novo papel do Ministério Público (Ministério Público) na defesa de direitos sociais compõe o quadro das mudanças jurídico-institucionais consolidado pela Constituição de 1988, ampliando o acesso de interesses e conflitos até então excluídos da arena judicial. Entretanto, é importante ressaltar que redesenho institucional do Ministério Público, a construção de uma nova categoria de direitos e de um novo tipo de ação coletiva estão em curso já nos primeiros anos da década de 80. A Lei 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, e a Lei 7.347, de 1985, conhecida como a Lei da Ação Civil Pública, normatizam, pela primeira vez no Brasil, a noção de interesses difusos, disciplinam o uso da ação civil pública (ACP) e conferem ao Ministério Público a titularidade do novo instrumento na defesa desses interesses.

Mantidas as atribuições tradicionais de proteção das relações jurídicas do direito de família, dos interesses dos incapazes, e da defesa da propriedade privada – feitos de usucapião, testamentos e disposições de última vontade – atribui-se à Instituição o controle da probidade administrativa dos agentes do Executivo e do Legislativo, a legitimidade para a proposição da ação direta de inconstitucionalidade, a fiscalização do patrimônio público e dos serviços de relevância pública (Macedo, in Sadek, 1995). O Ministério Público transforma-se, além de titular exclusivo da ação penal, em titular concorrente da ação civil

(1) Podem propor ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF).

(2) A este respeito, ver: Castro, 1997; Teixeira, 1977; Vianna e outros, s/d.

(3) Ver, principalmente, Vianna e outros, s/d.

pública que o permite acionar o Poder Judiciário para a proteção dos direitos constitucionais fundamentais. Como uma espécie de “*advogado da sociedade*”, os promotores de justiça passam a ser agentes públicos capazes de pressionar os executivos municipais e estaduais para a implementação de políticas públicas, consideradas necessárias à efetivação desses direitos.

Em termos político-institucionais, o Ministério Público brasileiro adquire autonomia administrativa e independência frente aos outros poderes. *Independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos* são garantias constitucionais que aproximaram as condições da carreira dos membros do Ministério Público às dos juízes. No exercício de suas funções, promotores e procuradores não estão na categoria de “funcionários públicos hierarquizados”. Isto significa que, embora orientados em suas ações pelas diretrizes de uma política da Instituição, os membros do novo Ministério Público gozam de ampla autonomia de ação frente aos próprios órgãos superiores da Instituição, legitimada diretamente pela Constituição e pelas leis existentes. A perda do cargo ou a remoção do cargo ou função não são decorrentes exclusivamente de decisões administrativas, mas de procedimentos judiciais com ampla defesa por parte do procurador ou do promotor (Mazzili, in Ferraz, 1997).

Os direitos difusos – categoria jurídica fundamental na nova agenda político-institucional do Ministério Público – representa uma inovação importante em relação ao ordenamento jurídico tradicional, baseado em princípios essencialmente individualistas. Esses direitos são metaindividuais, indivisíveis e sua titularidade pertence a indivíduos, grupos e comunidades, independente da existência de um vínculo jurídico definido. A sua difusionalidade permite que o autor da ação civil pública seja o “representante” da coletividade e

não necessariamente o titular do interesse a ser tutelado, construindo a idéia de *legitimidade extraordinária*. Como interesses passíveis de reunião em um único processo, as decisões judiciais protegem de modo indeterminado todos os indivíduos atingidos. Assim, ganham acesso ao sistema de justiça consumidores, o cidadão preocupado com a preservação do ambiente natural e cultural, indivíduos atingidos pela propaganda enganosa, contribuintes, participantes de programas habitacionais de massa, pequenos acionistas, pessoas lesadas por instituições financeiras, minorias étnicas, sexuais ou religiosas marginalizadas ou atingidas por atitudes discriminatórias ou segregacionistas etc. (Mancuso, 1994).

O instrumento processual de proteção desses interesses, a ação civil pública, tem também características inovadoras em relação a alguns princípios do Direito Privado. Ressalto quatro delas: 1) a *inversão do ônus da prova* (o réu deve provar que não provocou o dano); 2) a *irrelevância da licitude da atividade* (a aprovação da atividade pelos órgãos públicos competentes não elimina a responsabilização pelos danos); 3) a *responsabilidade objetiva* (comprovada a relação de causalidade entre a ação e o dano, não é necessário demonstrar a existência subjetiva da culpa para a condenação de reparação); 4) e, por fim, “a *condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*” faz com que a sentença judicial imponha ao réu reparar o dano ou suspender a atividade que esteja violando o interesse ou simplesmente pondo-o em risco. Isto implica que as decisões judiciais tenham um caráter de reparação concreta e imediata do dano causado.

Os impactos do uso desse procedimento sobre o processo de decisões judiciais são significativos. Nas áreas do meio ambiente e dos consumidores, por exemplo, o ritmo lento do julgamento pode significar o aumento potencial do risco. Em função

disto, a Lei da Ação Pública confere um significativo grau de discricionariedade ao juiz, permitindo-lhe dar efeito suspensivo aos recursos para evitar danos irreparáveis à parte; ampliar os limites do pedido da obrigação de fazer ou não fazer, quando julgar necessário; definir as medidas cominatórias que obrigam o réu ao cumprimento da sentença (Mancuso, 1994, p. 7-10). É importante enfatizar a presença de aspectos extrajudiciais envolvidos no processo de decisão, exigindo de promotores e juízes uma "segunda especialização" para o tratamento dessas questões.

A Constituição de 1988 ampliou o leque de interesses passíveis de serem protegidos pelo Ministério Público através da ação civil pública, previstos nas Leis de 81 e 85, criando um vasto campo de ação para os promotores de justiça e transformando o Ministério Público em uma importante via de acesso ao Judiciário. No decorrer dos anos 90, uma série de leis serão criadas com vistas à regulamentação dos novos direitos constitucionais: a Lei de proteção aos deficientes físicos, de 1989; a Lei de proteção aos investidores do mercado imobiliário, de 1989; o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990; o Código do Consumidor, de 1990; a Lei dos atos de improbidade administrativa, a lei anticorrupção, de 1992; a Lei de defesa do Patrimônio Público, de 1993; a Lei de defesa da ordem econômica ou da concorrência, de 1994. (Mancuso, 1997).

A novidade da força político-institucional do promotor de justiça está tanto no seu novo recurso de poder judicial, a ACP, como também nos instrumentos administrativos disponíveis, de caráter extrajudicial. O conjunto desses recursos e a variabilidade no seu grau de formalidade expressam a sua capacidade de iniciativa e pressão no controle de irregularidades e ilegalidades que ameaçam direitos constitucionais. A propositura da ação civil pública perante o Judiciário é uma das atribuições institucionais do Ministério Pú-

blico, mas não o seu monopólio. São também legitimados a fazer uso dela a União, estados e municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista e as associações da sociedade civil, constituídas há pelo menos um ano e que tenham, entre as suas finalidades, a proteção do interesse em litígio. No caso da autoria concorrente, o Ministério Público realiza o papel de fiscal da lei.

Os procedimentos extrajudiciais representam uma ampla margem de ação do promotor de justiça e têm um grau variável de formalidade. O inquérito civil é o mais formal e permite ao promotor de justiça recolher provas preparatórias para a propositura ou não da ACP. Inspirado no inquérito policial, esse procedimento é instaurado e presidido pelo próprio Ministério Público. Para isto, ele é dotado de poderes específicos para requisitar informações e documentos de órgãos estatais, instituições privadas ou públicas ou exigir-lhes a realização de exames e perícias em vigor; para fazer inspeções e diligências investigatórias; para notificar cidadãos e autoridades públicas a prestar depoimentos e esclarecimentos, contando, quando necessário, com o auxílio da polícia civil e militar. Entretanto, esses procedimentos podem ser utilizados para a averiguação de irregularidades ou denúncias sem que implique na abertura do inquérito civil. Como forma de pressionar os órgãos da administração pública direta a cumprir seus compromissos, o *termo de ajustamento de conduta* é um outro instrumento extrajudicial importante: se o governo muda e o próximo administrador não investe na produção do bem coletivo acordado (saneamento, por exemplo), o Ministério Público pode cobrar do Executivo o valor estipulado sem discutir em juízo o mérito da questão.

O trabalho de Pereira Silva (1999), baseado em entrevista com promotores das diversas áreas dos interesses difusos e comarcas, mostra que o uso de procedimentos extrajudiciais não tem se restringido à

instauração do inquérito civil, principalmente nas comarcas de primeira e segunda entrâncias. Na descrição dos próprios promotores sobre as suas atividades, a organização de *blitz* ou diligências, requisitando a presença de autoridades governamentais e organizações não-governamentais, pode ser uma das maneiras menos formalizadas de pressionar o Poder Público a tomar medidas de punição administrativa contra as irregularidades observadas. A sua intervenção pode ir além até mesmo do uso dos procedimentos extrajudiciais, quando eles participam de iniciativas conjuntas com organismos governamentais ou de campanhas, da fundação de organizações não-governamentais, articulando forças políticas locais e mobilizando os recursos comunitários existentes.

Estudos sobre o Ministério Público têm identificado no novo papel da Instituição uma manifestação do fenômeno da judicialização da política. (Arantes, 1999; Pereira Silva, 1999). De fato, ao ser legitimado a agir judicialmente na defesa dos interesses difusos, o promotor público: traz à rotina judiciária ações de conteúdo social e coletivo; pressiona os executivos a tomarem medidas, consideradas necessárias à efetivação de direitos constitucionais e influência decisões legislativas com vistas à leis regulamentadoras específicas. Entretanto, a aplicação do conceito de judicialização da política via Ministério Público requer o reconhecimento das peculiaridades do contexto de decisão do promotor de justiça brasileiro. Se as decisões do juiz, estão circunscritas, fundamentalmente, a um exercício formal de autoridade judicial, sustentado em ações jurisdicionais, as do promotor público não, em função dos seus recursos de autoridade formal e informal expressos : a) na sua posição de via de acesso e agente ativador do Poder Judiciário; b) na sua capacidade judicial de construção jurídica de demandas e interesses; c) na autonomia institucional de ação e na sua capacidade política

de pressão extrajudicial sobre agências estatais, cidadãos, empresas públicas e privadas etc; d) na sua capacidade de, em alguns contextos, desempenhar o papel de “articulador político”.

Assim, se o seu poder de pressão advém da ameaça potencial de uso do poder judicial formal – e, portanto, da possibilidade de submeter as decisões aos métodos típicos da esfera legal – o que chama a atenção no novo papel dos promotores é a possibilidade de uso de recursos extrajudiciais, com graus variados de formalidade, como forma “deliberada” de provocar efeitos na formulação e implementação de políticas sociais. Isto significa que os promotores públicos são potencialmente capazes de aliar competência técnica e especializada – atributos típicos da sua identidade como ator judicial – à capacidade de ação política.

Neste sentido, as escolhas feitas pelos promotores em relação ao uso desses recursos implicam em efeitos diferenciados sobre o acesso de conflitos e demandas ao Judiciário. As “razões” dessas escolhas tendem a ser justificadas por críticas ao funcionamento desse Poder, à cultura jurídica dos juízes e ao seu desconhecimento de matérias específicas, elementos presentes no discurso dos promotores sobre a avaliação da justiça no Brasil (Sadek, 1997; Pereira Silva, 1999). Ao valer-se do recurso da ação civil pública, o promotor de justiça corre o risco de ter decisões desfavoráveis no julgamento de suas iniciativas, em função das questões doutrinárias em torno dos direitos difusos e dos formalismos legais com os quais estão comprometidos os juízes. De fato, o Judiciário brasileiro tem sido resistente na aceitação da legitimidade extraordinária – possibilidade jurídica, característica da idéia de interesse difuso, de alguém, em nome próprio, defender interesse alheio – até mesmo quando o Ministério Público é o autor da ação (Arantes, 1999). As decisões judiciais desfavoráveis podem, no limite, deslegitimar o próprio

instrumento judicial e a capacidade de iniciativa do promotor.

Por outro lado, a opção pelo uso de procedimentos extrajudiciais permite ao promotor selecionar e controlar o acesso dos conflitos e demandas ao Poder Judiciário. O uso do inquérito civil, o envolvimento com as comunidades locais, as parcerias estabelecidas com organizações governamentais e não-governamentais são iniciativas que podem representar a priorização de uma atuação preventiva e a busca de uma “solução negociada” dos conflitos, dispensando o recurso à ação judicial. A escolha por procedimentos dessa natureza podem implicar na criação de outras formas de racionalização das atividades no interior das Promotorias especializadas. O *Protocolado Geral*, criado pelos promotores da área ambiental da comarca de São Paulo, visa a compatibilização entre a atuação individualizada do promotor e os objetivos gerais da Promotoria. Ele é um procedimento investigatório, contendo dados sobre os agentes envolvidos em atividades de interesse ambiental e sua adequação em relação às exigências legais. Os problemas concretos, detectados a partir daí, passam a ser objetos de uma atuação sistemática do promotor que, assim, antecipa-se às possíveis denúncias.

### 3. Conclusão

Chama a atenção de pesquisadores sobre o sistema de justiça brasileiro o campo aberto de atuação aos promotores no Brasil, na área dos interesses difusos. A lógica em uso dos procedimentos disponíveis demonstram que as reformas formais-legais não têm prescindido de um significativo *ativismo judicial e político*, por parte desses atores, na construção de sua identidade e da sua legitimidade político-institucional. É um problema de investigação empírica detectar o grau e a intensidade com os quais os diversos procedimentos são utili-

zados nas áreas específicas de atuação, verificando como os tipos de conflitos, de interesses e de atores influenciam nessas escolhas. De todo modo, as características de atuação dos promotores apontam para diferenças significativas em relação à dinâmica de judicialização em órgãos superiores do Judiciário, diferenças importantes de serem analisadas em função dos papéis e das posições distintas desses atores no sistema judicial.

A judicialização da política não pode ser entendida, essencialmente, como a solução de conflitos sociais e políticos mediante a aplicação técnica do direito (Arantes, 1999). Nem mesmo a “aplicação técnica do direito”, como ideal de neutralidade do modelo liberal de justiça, elimina escolhas feitas pelos decisores judiciais: esses afirmam políticas existentes quando escolhem fazer a política da “não política”. Na verdade, uma das implicações da judicialização é a de um papel político mais positivo desses decisores do que aquele envolvido em uma “não-decisão” judicial (Tate & Vallinder, 1995). As mudanças das expectativas em relação à função do Judiciário, nas sociedades contemporâneas, têm exigido a busca de adequação entre procedimentos jurídicos e a produção de justiça e, advindo dessas mudanças, o fenômeno da judicialização tem como seu correlato importante a “*politização da justiça*”.

### Bibliografia

- ARANTES, Rogério S. Direito e política: Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 14 (39): 83-102, fev./1999.
- CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 12 (34): 148-156, jun./1997.
- FERREIRA FILHO, M.G. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, 198: 1-17, 1994.

- MACEDO, Ronaldo Porto Macedo Jr. *A evolução institucional do Ministério Público*.
- MANCUSO, Rodolfo C. *A defesa dos interesses difusos em juízo. Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. São Paulo : RT, 1994.
- MAZZILI, Hugo N. Independência do Ministério Público. In FERRAZ, Antônio Augusto Mello (coord.) *Ministério Público. Instituição e Processo*. São Paulo : Atlas, 1997.
- PEREIRA SILVA, Cátia Aida. Novas facetas da atuação dos promotores de justiça. Um estudo sobre o Ministério Público e a defesa dos interesses sociais. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1999.
- SADEK, T (org.) *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. São Paulo : IDESP/Sumaré, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Souza, e outros. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 11(30): 29-62, fev./1996.
- TATE, C. Neal & VALLINDER, T. (ed.) *The global expansion of judicial power*. New York : New York University Press, 1995.
- TEIXEIRA, Ariosto. A judicialização da política no Brasil (1990-1996). Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck e outros. *A judicialização da política*, s/d, mimeo.

## 6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

---

6.3

### CRISE(S) DA JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA UMA QUESTÃO RECORRENTE

JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS

SUMÁRIO: 1. Premissas: as crises da jurisdição – 2. Jurisdição e consenso (jurisconstrução) – 3. A solução dos conflitos – 4. Notas finais (ou nem tão finais assim...).

**Resumo:** O artigo aborda as diversas crises por que passa a jurisdição nas sociedades contemporâneas. Retomando a dicotomia entre os modelos conflituais e os consensuais, o centro da crise situa-se na superação dos primeiros, e a análise é voltada para as características dos segundos, nomeados de *jurisconstrução*. Apresentando as virtualidades e os problemas desse tipo de mecanismo, o artigo aponta para duas perspectivas de sua implementação: democratizante ou neo-liberal, segundo o seu conteúdo e método. O artigo analisa os métodos de resolução de conflitos segundo o caráter autônomo ou heterônomo de tomada de decisão. Em conclusão, o artigo defende a necessidade de uma abordagem macro-estrutural que compreenda as transformações sociais e estatais contemporâneas, e que tenha em mente o debate teórico-jurídico contemporâneo, em particular a teoria garantista.

**Palavras-chave:** Crise judiciária – Jurisdição.

#### 1. Premissas: as crises da jurisdição

Para enfrentarmos esta temática já é tradicional retomarmos a proposta apresentada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth para o trato das questões que o atingem<sup>1</sup>.

Separando em momentos distintos – ondas –, tais autores propuseram uma trajetória que nos apresenta o caminho perseguido por tal preocupação, que passa pela *incorporação dos pobres e dos hipossuficientes culturais, pelos novos interesses e pelos novos mecanismos de solução de controvérsias*.

Portanto, neste ponto devemos apenas fazer referência a que as preocupações relativas a esta interrogação permitiram que se colocasse em pauta o problema da *efetividade da prestação jurisdicional*, fazendo com que uma certa processualística, que incorpora interrogantes de cunho sociológico, tenha produzido algumas soluções no sentido de buscar alternativas para o caráter cada dia mais agudo e insuficiente das respostas dadas aos conflitos pelo aparato jurisdicional do Estado Moderno.

Deve-se ter presente, também, que as crises por que passa o modo estatal de dizer o Direito – jurisdição – refletem não apenas questões de natureza estrutural, fruto da escassez de recursos, como inadequações de caráter tecnológico – aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos – que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas

<sup>(1)</sup> Ver, dos autores, *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos pólos das relações jurídicas, por outro.

Assim, as crises da Justiça fazem parte de um quadro cada vez mais intrincado de problemas que são propostos à solução, tendo-se como paradigma a continuidade da idéia de Estado de Direito – e por consequência do Direito como seu mecanismo privilegiado – como instrumento apto, eficaz e indispensável para a solução pacífica dos litígios, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado Contemporâneo.

Devemos, portanto, entender esta crise sob diversas perspectivas: uma que diz respeito ao seu financiamento – infra-estrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos – que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários etc.), efetivamente dispendidos, como também ao custo diferido que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas –, remuneração etc. – que nominamos *crise estrutural*.

Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem<sup>2</sup> técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda o acúmulo de demandas. É a *crise objetiva ou pragmática*.

A terceira crise se vincula à incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais mas, também, a (re)formulação das mentalidades, moldadas que foram para pretenderem funcionar a partir de silogismos lógicos neutralizados da incidência de uma pressuposição legal-normativa (suporte fático abstrato) a um fato ocorrido na rea-

lidade (suporte fático concreto). Ora, este mecanismo lógico formal não atende – se é que algum dia atendeu – às soluções buscadas para os conflitos contemporâneos, em particular aqueles que envolvem interesses transindividuais. É a *crise subjetiva ou tecnológica*.

Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação de o modelo jurisdicional atender às necessidades sociais do final do século – e do milênio – em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende utilizar – direito do Estado, direito social, *lex mercatoria*, costumes, equidade etc. É a *crise paradigmática*.

Por outro lado, deve-se ter assente que quando se fala em crise da Justiça, este tema está intrinsecamente ligado à crise do Estado e do próprio Direito, e quando se fala em um repensar das funções estatais diante das mesmas, automaticamente isto se projeta sobre seu braço ordenador, o Direito.<sup>3</sup>

O Estado, como instância central da regulação social, passou a orientar as condutas humanas enfrentando hoje, tanto a nível internacional (ONU, mecanismos do mercado internacional etc.) como a nível nacional, uma(s) crise(s) que o atinge(m) como um todo, e particularmente como

(3) *O conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes propicia a perda da confiança nas soluções normatizadas, gerando a crise do direito. A crise do direito, como a crise das instituições relaciona-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de Justiça, em crescente insatisfação. Ver: KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. Direito e justiça, 2. ed. São Paulo : Ática, 1994, p. 172.*

(2) Veja a respeito os trabalhos de Luis Alberto Warat, em especial *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre : SAFE, 1984.

expressão jurídica,<sup>4</sup> onde os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda da soberania e autonomia dos Estados Nacionais (e.g., fenômeno da globalização) por um lado, como também pela quebra de suas instâncias e instrumentos de legitimação interventiva.

Tendo presente estas circunstâncias, parece-nos, então, perfeitamente justificada a pretensão que temos de tratar este debate conjugando-o com o do Estado, visando, com isso, supor que devemos ter presente que não há uma inexorabilidade iminente que leve à emergência de *mecanismos alternativos* para a solução de conflitos como estratégia final para o trato das questões relacionadas com estas crises que acima apontamos.

## 2. Jurisdição e consenso (jurisconstrução)

Portanto, importa-nos retomar algumas considerações acerca da dicotomia mecanismos conflituais/mecanismos consensuais utilizados para por fim a querelas.

O primeiro cuidado que devemos ter é o de tomarmos consciência de que, no *debate acerca da crise da administração da justiça*, além dos aspectos (infra)estruturais, devemos ter presente, como já dito

acima, que a complexidade do mundo contemporâneo nos coloca frente a interesses que têm características totalmente diferenciadas – tais os individuais, os individuais homogêneos, os coletivos e os difusos –, o que aprofunda ainda mais o fosso que se apresenta entre a busca de respostas jurídicas suficientes e eficientes para equacionar as demandas e as possibilidades que as fórmulas tradicionais de solução de controvérsias dispõem para oportunizá-las.

É o próprio *modelo conflitual de jurisdição* – *caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito* – que é posto em xeque, fazendo com que readquiram consistência as propostas de se repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas, tais as que repropõem em pauta a idéia do consenso como instrumento para a solução de demandas, permitindo-se, assim, que se fale em um novo protótipo<sup>5</sup> que nomeamos *jurisconstrução*, cuja caracterização pretendemos retomar a seguir.

Para a solução dos conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturado como *poder de Estado* encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas previamente expostas através de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen.<sup>6</sup> Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não-cumprimento

(4) (...) incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura libertar-se de sua tutela, o Estado se encontra em uma crise de legitimidade. (André-Nöel Roth. O direito em crise: Fim do Estado Moderno?. FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19. Ver, também: Celso Fernandes Campilongo. *Direito e democracia*. São Paulo : Max Limonad, 1997, em especial, p. 112 et seq. Ainda: FARIA, Jose Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo : Malheiros, 1999.

(5) Usamos o termo protótipo, pois estamos designando algo que ainda não tem suas feições definitivas perfeitamente traçadas, estando, diríamos, em fase de testes.

(6) Ver do autor o seu clássico *Teoria pura do direito*, bem como *Teoria do ordenamento jurídico* de Bobbio.

espontâneo das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimidade de *dizer o Direito* (jurisdição).

Esta estrutura aqui descrita, referenda um modelo jurisdicional que se assenta na fórmula clássica, como dito, da *oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos*, para os quais é indispensável que se sobreponha o Estado como ente autônomo e externo, neutro e imparcial, do qual provenha uma decisão cogente, impositiva, elaborada com base em textos normativos de conhecimento público, previamente elaborados.

A contrapartida que se apresenta nestes tempos de crise – dos sistemas judiciários de regulação de conflitos – entre outras, pode ser percebida pelo crescimento em importância dos instrumentos consensuais e extrajudiciários.

A justiça consensual em suas várias formulações – na esteira dos ADR<sup>7</sup> americano, *shadow justice* ou da *justice de proximité* francesa – aparece como resposta ao disfuncionamento deste modelo judiciário, referindo a emergência/recuperação de um modo de regulação social que, muito embora possa, ainda, ser percebida como um instrumento de integração, apresenta-se como um procedimento geralmente formal, através do qual *um terceiro busca promover as trocas entre as partes, permitindo que as mesmas se confrontem buscando uma solução pactada para o conflito que enfrentam*.

Aparecem, assim, os *mecanismos consensuais* – apesar de suas distinções – como uma *outra justiça*, na qual, ao invés da delegação do poder de resposta, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de gerir-los, caracterizando-se pela *proximidade, oralidade, ausência/diminuição de custos, rapidez e negociação*, como já dito, onde na discussão do conflito são trazidos

à luz todos os aspectos que envolvem o mesmo, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos na petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem pré-definido pelo direito positivo.

A questão que sobressai, aqui, é a de diferenciar a estrutura destes procedimentos, deixando de lado o caráter triádico da jurisdição tradicional, onde um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito, e assumindo uma postura diáde/dicotômica, na qual a resposta à disputa seja construída pelos próprios envolvidos.

É por isso que propomos como gênero o estereótipo *jurisconstrução*, na medida em que esta nomenclatura permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o *elaborar/concertar/pactar/construir* a resposta para o conflito que reúne as partes.

Sob esta ótica os aponta-se como *objetivos* destas formas alternativas de solução de conflitos os seguintes:

- a) em relação ao Estado, busca desincumbi-lo dos contenciosos de massa, restando-lhe uma função simbólica de referencial e como instância de homologação e apelo;
- b) para as empresas, no caso das relações de consumo, aponta para ganhos de custos, imagem e marca;
- c) para as partes, incorporando-as ao procedimento, permite, assim, a sua descentralização, flexibilização e informalização.

Assim, a solução consensual aponta para uma pretensa harmonização dos interesses e o equilíbrio entre as partes.

Pode-se, então, sustentar que a solução consensual de litígios pode ser caracterizada como uma *desjudicialização do conflito, retirando-o do âmbito da função*

<sup>(7)</sup> ADR – Alternative Dispute Resolution.

*jurisdicional do Estado e afastando-o, até mesmo, das técnicas judiciais de conciliação, colocadas à disposição do julgador tradicional, ou seja, a mediação judiciária.*

No caso da *mediação* – como espécie de Justiça Consensual ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR) – supõe-se que o conflito possa ser resolvido pela restauração de uma identidade harmoniosa que atravessaria o campo social, exigindo conceber o julgamento jurídico como um *modelo reflexivo*<sup>8</sup> e não mais sob o modelo silogístico de uma fórmula determinante.

Um dos *problemas* que emerge neste momento é o do personagem – operador – que funcionará como intermediário das trocas. Este papel tanto pode ser ocupado por um técnico como por alguém com autoridade moral, muito embora as consequências distintas que poderão advir de uma ou outra opção, o que se explicita na Lei 9.307/96.<sup>9</sup>

Dessa forma, poderíamos construir um quadro para objetivar uma demonstração do modelo de justiça consensual, como apontado anteriormente:

1. Quanto às características: aponta para uma informalização dos procedimentos, onde a troca de informações e a reconstrução do quadro geral do conflito são as feições marcantes;

2. Os problemas que estariam ligados à mesma diriam respeito ao controle social de seu funcionamento e de suas decisões, bem como o problema da profissionalização da sua prática, apontando para uma possível burocratização e encarecimento

em razão do surgimento de uma nova “profissão”, a do mediador/árbitro e de uma estrutura procedimental burocratizada;

Todavia, o seu estudo aponta para *algumas interrogações*: como ficariam, a jurisdição como função do Estado, os operadores tradicionais do Direito e os seus métodos? Como os interesses seriam representados? Qual o conteúdo das demandas que estariam afetas a este tipo de solução? E a idéia de Estado de Direito?

Tais questões apontam para o receio em relação ao surgimento de uma *justiça paralela desprovida das características e garantias tradicionais do modelo estatal*, ou apenas a um apego xenófobo a prestígios e/ou garantias profissionais dos diversos operadores jurídicos? Será que o mercado de trabalho se reduziria ou, pelo contrário, se ampliaria pela incorporação de conteúdos e pessoas de longa data alijados do processo jurisdicional estatal?

Em razão mesmo de tais interrogações, aponta-se para a pretensão de um efetivo acesso à Justiça/jurisdição estatal de seus interesses e, por consequência, um reforço da instituição judiciária e de suas garantias, ou seja, atenta-se, muitas vezes, para a importância de que o resguardo dos interesses se faça através de demandas coletivas no âmbito do Judiciário estatal e não individualmente, pois o que importa é assegurar a salvaguarda de pretensões de natureza transindividual de cunho difuso.

Entretanto, aqui permanece a dúvida exposta por Cappelletti acerca da viabilidade de os modelos jurisdicionais tradicionais estarem aptos a lidarem com estes(as) objetos/pretenções, quais sejam os interesses coletivos e, particularmente, os difusos.

*Dois outras críticas* ainda se podem apontar nesta matéria:

A *primeira* delas diz respeito às insuficiências das bases filosóficas sobre as quais se organizou a função jurisdicional na modernidade democrática, em especial

(8) Tal “modelo” não se identifica com a idéia de “direito reflexivo”, muito embora esteja presente nela a perspectiva habermasiana de legitimação discursiva da solução para o litígio. Ver, a respeito: Jose Eduardo Faria (org.). *Direito e globalização econômica* e, também, deste autor *O direito na economia globalizada*.

(9) Ver, neste sentido, o art. 1.º desta Lei.

aquelas que pretenderam uma purificação do conflito através de sua *limitação objetiva* – quanto ao seu conteúdo – e *subjetiva* – quanto às partes envolvidas –, objetivando, assim, uma neutralização inconsistente, impondo aos atores envolvidos na lide terem presente a constante preocupação de sanear o processo, expurgando do mesmo tudo aquilo que a lei considera irrelevante para a solução do mesmo. Tal situação se aguça contemporaneamente quando temos presente a incapacidade que tem o Estado de permanecer com a detenção do monopólio de produção e execução jurídicas.<sup>10</sup>

Apesar disso, não se pode negligenciar o conteúdo de muitas das garantias conquistadas e que estão vinculadas ao modelo de jurisdição estatal, o que aponta para a busca de um efetivo acesso à Justiça do Estado e suas garantias como o único caminho eficiente para assegurar as suas pretensões diante das diferenças marcantes entre as partes envolvidas nas relações sociais contemporâneas.

A *segunda*, e mais contundente, crítica que se pode apontar, diz respeito ao equívoco que se cometeria em pretender supor as relações sociais a partir de uma possível harmonia e de uma eventual conquista do consenso. Nada mais virtualmente ilusório do que imaginar uma sociedade que estivesse fundada no desaparecimento do conflito. Ao revés, é o conflito que constitui o social e faz parte da tradição democrática, estando na base mesma do Direito como instrumento de regulação das práticas sociais e da resolução dos litígios.

Logo, como se pretender a construção do consenso diante do conflito que é imanente às relações sociais, o que apenas teria alguma possibilidade de êxito caso estivessemos diante de uma desconstrução das paixões e interesses.

Assim sendo, o *poder da conciliação*, ao mesmo tempo em que aponta a recons-

trução de laços conviviais, onde o conflito é reconstruído pela interação das partes, tem uma implicação simbólica de pretender referir uma sociedade na qual seja possível o atingimento utópico de uma paz social, como a *pax mercatoris*<sup>11</sup> prometida pelos liberais clássicos.

Todavia, para nós operadores do Direito, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios permitem supor o evitar as deficiências profundas – instrumentais, pessoais, de custos, de tempo etc. – próprios à Grande Justiça – a jurisdição estatal –, como apontado acima, marcando, apesar das insuficiências, para alguns, um reforço das relações de cidadania, sendo privilegiado como instrumento apto a pôr fim a conflitos que se prolongariam ou teriam tratamento insuficiente/deficiente, caso fossem levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais *mas*, por outro, supõem, para muitos, a aceitação acrítica destes métodos sem sequer considerar que esta temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo no contexto dos projetos de reforma do Estado, em particular no que diz respeito ao que nominamos *funções do Estado Contemporâneo* – onde a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada(?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da Economia, do Direito e do Estado.

Assim, pensar um modelo consensual para as soluções de controvérsias pressupõe termos presentes estas duas perspectivas – uma interna que apontaria para o seu viés democratizante, outra externa que refletiria os seus vínculos com um projeto de sociedade assentado na proposta (neo) liberal.

Apesar disso, neste momento é importante que tenhamos clareza quanto ao con-

<sup>(10)</sup> Vide os textos de Jose Eduardo Faria e Celso Campilongo, anteriormente mencionados.

<sup>(11)</sup> Talvez com a mesma simbologia e lógica da *lex mercatoris* apontada por J. E. Faria.

teúdo de tais métodos.

### 3. A solução dos conflitos

Os novos-velhos métodos de solução de controvérsias revigorados, agora, como formas alternativas de solução de conflitos se põem na esteira de uma grande dicotomia suposta acima, que separa os *métodos heterônomos dos métodos autônomos de solução de controvérsias*.

Àqueles se vinculam dois modelos: o da *jurisdição estatal*, onde o Estado-Juiz decide coercitivamente a lide, e a *arbitragem* — retomada pela Lei 9.307/96<sup>12</sup> — na qual a um terceiro — árbitro ou tribunal arbitral —, escolhido pelas partes, é atribuída a incumbência de apontar a solução para o conflito que as (des)une.<sup>13</sup> São ditos, ambos, heterônomos, pois assentam-se na atribuição a um terceiro do poder de dizer/ditar a solução/resposta, seja através do monopólio público-estatal, seja através da designação privada.

Aqui está realmente a distinção intrínseca entre ambos. Na arbitragem cabe às partes escolherem aquele(s) — indivíduo ou tribunal(arbitral) — que irá(ão) ditar a resposta para o conflito, enquanto que a jurisdição aparece organizada como uma função de Estado à qual sujeitam-se os indivíduos envolvidos na lide, cuja solução fica vinculada às regras de competência definidas nas leis processuais.

Por outro lado, os modelos ditos autônomos revelam a pretensão de que os litígios sejam solucionados a partir da aproximação dos oponentes e da (re)elaboração da situação conflitiva sem a prévia delimitação formal do conteúdo da mesma atra-

vés da norma jurídica. Assim, supõe-se a possibilidade de uma sublimação do mesmo a partir do compromisso das partes com o conteúdo da resposta elaborada por elas mesmas no embate direto que travam.

Ou seja: neste caso a solução do conflito provém não de uma intermediação externa pela autoridade do Estado-Juiz ou do árbitro que dita a sentença,<sup>14</sup> mas de uma confrontação explícita de pretensões, interesses, dúvidas, perplexidades etc..., que permita às partes, neste processo de troca, ascender a uma solução consensuada, apenas mediada pela figura de um terceiro cujo papel é o de facilitar os intercâmbios e não o de ditar a resposta (sentença), que vem previamente definida no texto legislado pelo Estado, de cuja aplicação está encarregado o Poder Judiciário, no caso da jurisdição, ou o que é definida pelo árbitro a partir das opções originárias dos envolvidos, no caso da arbitragem.

Compõem o conjunto deste método a mediação e a conciliação. Esta última — a conciliação — se apresenta como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a negociar para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que visa facilitar a comunicação entre os envolvidos, como se verá adiante.<sup>15</sup>

Diante disso, o que temos perante nós é o confronto que se estabelece entre uma

(12) Deve-se ter presente, e.g., que a arbitragem é também o mecanismo privilegiado para a solução de conflitos no âmbito do processo integracionista no Mercosul, cf. se observa, em particular, do Protocolo de Brasília, que regulamenta a matéria.

(13) Ver arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 9.307/96.

(14) Ver Capítulo V da Lei 9.307/96.

(15) *El mediador no actua como juez, pues no puede imponer una decision, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de la controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vias de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a*

tradição assentada em um modelo conflitivo de resolução de conflitos, onde sempre teremos um ganhador e um perdedor – logo um satisfeito e outro descontente – que é próprio da tradição liberal e do modelo de Estado de Direito que lhe acompanha, e o crescimento de importância adquirido pelos métodos alternativos de solução de conflitos em razão mesmo das interrogações que se impõem pela rediscussão acerca da eficiência e suficiência do sistema jurisdicional proposto no âmbito do debate relativo à temática do acesso à justiça, como já exposto anteriormente.

Também no âmbito supranacional, como é o caso da União Européia e do Mercosul – evidentemente que com suas variáveis intrínsecas –, o que se pode observar é que, na esteira da crise apontada, estamos frente a este mesmo dilema: ou construir/fortalecer os mecanismos jurisdicionais de solução de conflitos, via organismo supranacional de jurisdição – o que implica no reforço dos sistemas ditos heterônomos –, privilegiado pelos nominados *institucionalistas* ou, por outro lado, pretender o reforço de fórmulas privilegiadas do consenso.

No caso do *Mercosul*, o que temos presentemente é um sistema embrionário de

*conciliar sus intereses. Plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse "perdedor" al tener que cumplir lo decidido por juez. En definitiva, puede decirse que realmente 'la mejor justicia es aquella a la que arriban las partes por sí mismas', en tanto el haber participado en la solución torna más aceptable el cumplimiento... Ver Elena Highton e Gladys Álvarez. Mediación para Resolver Conflictos. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1995, p. 122-123.*

solução de conflitos regulado genericamente pelos Protocolos de Brasília e Ouro Preto, os quais propõem a solução pactada – via arbitragem – de litígios entre Estados-Parte (art. 1.º) ou particulares e Estados-Parte (art. 25), cujo procedimento se caracteriza pela *flexibilidade, celeridade, obrigatoriedade e temporariedade*, para a interpretação, aplicação e descumprimento do Tratado de Assunção, dos Acordos e das decisões do Conselho e do Grupo Mercado Comum, ou para aplicação de sanções ou medidas legais/administrativas de efeito restritivo.

No âmbito das disputas entre Estados-Parte (art. 1.º), o procedimento se inicia com *negociações diretas* (art. 2.º), as quais, se inexitosas total ou parcialmente em um prazo de 15 dias, darão lugar à intervenção do Grupo Mercado Comum (art. 4.º), estabelecendo-se o contraditório e a intervenção de especialistas que findará pela propositura de *recomendações* (*soft law*) que sendo incapazes de pôr fim ao litígio permitirão o estabelecimento do *procedimento arbitral* (arts. 7.º, 8.º e 9.º) através de comunicação à Secretaria Administrativa, constituindo-se um tribunal *ad-hoc* para que através do contraditório (art. 15) possa chegar ao laudo – em um prazo de 60 dias prorrogáveis por mais 30 dias – (art. 20) que será decidido por maioria, constituindo-se em decisão obrigatória e inapelável (art. 21.1), cabendo, apenas, recurso para esclarecimento de dúvidas ou omissões e de interpretação. Em caso de descumprimento da decisão proferida pelo tribunal arbitral ficará o faltoso sujeito a *medidas compensatórias temporárias* (art. 22).

No caso de conflitos que envolvam particulares, a *negociação direta* (art. 28) será intermediada pela Seção Nacional do GMC a partir de *reclamação* apresentada pelo interessado que, se no prazo de 15 dias não houver sido equacionada, será elevada ao GMC a pedido do particular. O exame deste órgão permitirá, ou não, seguimento à re-

clamação (art. 29). Em caso positivo será convocado um *grupo de peritos* (arts. 29.2 e 30) que terá 30 dias para dizer de sua procedência, observando-se o princípio do contraditório. Sendo procedente a reclamação formulada contra um Estado-Parte, qualquer outro deles poderá requerer a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas, as quais, se ineficazes, permitem o recurso ao procedimento arbitral (art. 32).

#### 4. Notas finais (ou nem tão finais assim...)

Como se observa, na esteira da tomada de consciência da crise de administração da justiça impõe-se uma tentativa de revisão de posturas frente à tradição processual prática, apontando agora para a necessária instrumentalidade e efetividade do processo, recuperando estratégias relegadas a um plano secundário, diante da hegemonia da forma estatal de dizer o Direito — a jurisdição. Neste sentido é que se pode perceber a revisão de inúmeras posturas, fórmulas e práticas.

O acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implicou — seja a nível interno, seja internacional ou supranacional — na necessária incorporação ao quotidiano jurídico-jurisdicional de fórmulas diversas que permitissem não só a agilização dos procedimentos mas, isto sim, uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismo apto a dar respostas suficientes e eficientes para a solução dos litígios que lhe são apresentados.

Todavia, um parêntese deve ser feito: não podemos esquecer que o problema acerca do acesso à justiça não envolve apenas a (re)introdução em pauta de tal debate, senão que implica no reconhecimento das deficiências infra-estruturais do Estado — em particular de sua função jurisdicional —, além do inafastável comprometimento da

formação dos operadores do Direito, bem como dos problemas impostos pela incorporação de novos interesses protegidos pelo Direito, além de impor um compromisso com uma certa tradição própria da modernidade ocidental, à qual se liga o modelo de justiça pública própria do Estado Moderno, democrático e de Direito.

Neste quadro ampliado de transformações, readequações e repercussões, o sistema jurídico passa a privilegiar novas antigas práticas de solução de controvérsias.

O *consenso* emerge como o grande articulador destas novas práticas, podendo ser observado ocupando lugar em vários aspectos da ordem jurídica e promovendo a (re)introdução de práticas que, embora conhecidas, muitas delas, juridicamente, não tinham o reconhecimento/aceitação quotidiana dos operadores do Direito.

Em diversos países são promulgadas e publicadas leis que dispõem sobre mecanismos alternativos de solução de conflitos, em particular a *arbitragem* que, sendo um mecanismo compromissório de solução de conflitos relativos a direitos disponíveis, está toda ela centrada na pretensão da busca do consenso, que está presente não apenas na convenção que optou pelo método, pelas regras aplicáveis, na indicação do(s) árbitro(s), no procedimento, nos objetivos do próprio procedimento, assim como o juiz quando chamado a intervir para a instauração do procedimento arbitral diante da resistência de uma das partes, terá por função buscar a conciliação acerca do litígio no momento da audiência que for designada para a lavratura do compromisso arbitral.<sup>16</sup>

Por outro lado, não podemos olvidar que estas interrogações devem ser projetadas no interior de um debate mais amplo acerca das definições político-institucionais do Estado Contemporâneo — afinal, estamos

(16) Ver o conjunto de legislações incluídas ao final deste livro.

falando da redefinição de uma das funções básicas da atividade estatal – em particular no que se refere à construção dos nominados blocos supranacionais de países que, embora pretendam projetar-se como mega convenções/ajustes de caráter particularmente econômico, interferem fundamentalmente no cotidiano da cidadania e, por isso, impõe-se, talvez mais do que nunca, o reforço, em escala comunitária, de garantias do Estado de Direito, em particular no que diz respeito à solução de controvérsias, os quais – é preciso que se diga para aqueles que ainda não perceberam – mesmo que tratem de interesses qualificados como disponíveis, envolvem indivíduos ou grupos de indivíduos que nem sempre ou quase nunca colocam frente a frente personagens que detêm parcelas iguais ou semelhantes de poder social – veja-se em especial no caso das relações de consumo –, sobretudo nos dias que correm, onde parece que caminhamos “cegos” – ou embevecidos – para uma facilitação dos negócios globalizados.<sup>17</sup>

Para resumir, podemos dizer que nosso ponto de vista parte da constatação de que o estudo deste tema precisa levar em consideração alguns aspectos de um debate *macro* que questione a reformulação mes-

ma porque passa, ou pretenda-se que passe, o Estado Contemporâneo, envolvido que está em construir, talvez, uma nova identidade. Sem termos consciência destas inter-relações parece-nos impossível que tenhamos capacidade de lidarmos competentemente com as propostas com que nos defrontamos.

A complexidade – para utilizar descontextualizadamente um termo da *teoria dos sistemas* – da sociedade contemporânea que, por um lado nos impõe repensá-la, por outro, não pode pretender ver satisfeitas suas deficiências pelas reminiscências de um passado anterior mesmo à construção daquilo que pretendemos conhecer como Estado Moderno, devendo-se perceber que *o problema da solução de conflitos* no Estado Contemporâneo deve ser inserida neste macrocontexto de crise do Estado e, particularmente, de uma de suas formas de apresentação – o Estado do Bem-Estar Social e para compreendê-la seria necessário recuperar alguns de seus paradigmas mais remotos,<sup>18</sup> bem como termos presente uns tantos outros que nos são apontados, em particular aquele proposto pela *teoria garantista*,<sup>19</sup> o que é um outro assunto para um momento seguinte.

(17) Não se pode perder de vista, apesar de não ter sido objeto de nossa apreciação neste momento, a necessidade inafastável de levarmos em consideração alguns autores clássicos, particularmente aqueles que trabalharam com teorias explicativas da origem do Estado, tais como Thomas Hobbes e John Locke, os quais muito influíram para a importância que assume o Direito, como ordem jurídica estatal e a jurisdição como instrumento para a resolução pacífica dos conflitos, para o primeiro e o segundo, respectivamente.

(18) Neste sentido estamos desenvolvendo projeto de pesquisa junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, no qual visamos recuperar estes paradigmas iniciais da estrutura estatal moderna.

(19) Para esta discussão pode-se, provisoriamente, indicar: Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995; *O direito como sistema de garantias*, Jose Alcebiades de Oliveira Jr.. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; Sergio Cademartori. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999 e Antonio Pena. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

# 7. JURISPRUDÊNCIA

## 7.1 Jurisprudência Comentada

### 7.1.1

## O EXAME DA PROVA EM *HABEAS CORPUS*

RANULFO DE MELO FREIRE

### **HABEAS CORPUS. Crime contra a honra e a vida política.**

*Ementa: É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di illuminabilità, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município "com dívidas causadas por suas falcatruas".*

HC 78.426-6/SP – 1.ª T. – STJ – j. 16.03.1999  
– Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 16 de março de 1999 – MOREIRA ALVES, Presidente – SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator.

RELATÓRIO – O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – O Tribunal de Justiça de São Paulo

recebeu denúncia oferecida contra o paciente, Prefeito de Bauru, por injúria contra seu antecessor, praticado pela imprensa.

Essa a decisão ora impugnada por *habeas corpus*, a título de falta de justa causa e ofensa ao art. 9.º da Lei 8.038/90, quando o Juiz delegado para a instrução, ao invés de citar o paciente para o interrogatório, apenas o intimou para ser qualificado, quando da inquirição da testemunha (fl.).

Esta a denúncia – fl.:

“O Procurador de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições (Portaria PGJ 2.473/96, publicada no DOE de 05.07.1996), vem respeitosamente perante Vossa Excelência para oferecer denúncia contra Antonio Izzo Filho, prefeito do Município de Bauru, qualificado a fl., pelo seguinte fato delituoso.

Consta do incluso procedimento que na edição do dia 21.11.1996 do *Diário de Bauru*, o denunciado, Prefeito eleito de Bauru, injuriou o então Alcaide, Tidei de Lima, ofendendo-lhe a dignidade, em razão de suas funções.

Apurou-se que durante o período de transição do governo municipal o indigitado concedeu entrevista a órgãos de imprensa da cidade de Bauru criticando a situação financeira em que receberia a Prefeitura do ofendido, ocupante do cargo de Chefe do Executivo Municipal na gestão 1993/96 (cf. certidão de fls.).

Através de sua assessoria de imprensa, no dia 20.11.1996, Antonio enviou ao *Diário de Bauru*, texto contendo as declarações que fizera sobre as dívidas da Prefeitura (fls.), que foram publicadas pelo periódico na edição do dia seguinte. Nelas afirma que a vítima: “mente descaradamente para

a população de Bauru"; deixou o município com dívidas causadas por "falcattruas"; "deve pensar que é um ditador de alguma ilha da América Central e não Prefeito de Bauru"; é um "mentiroso, safado, que pensa apenas nos seus interesses"; "deve pensar que o povo é burro, que basta falar bonito para enganar uma população" (fls.).

Sentindo-se ofendido em sua honra subjetiva por ter sido chamado de "desonesto", "ditador", "mentiroso, safado, que só pensa nos seus interesses" e "falso", em razão de suas funções à frente da Prefeitura Municipal de Bauru, Tidei de Lima ofereceu representação".

Capitulou-se a imputação no art. 22, *caput*, c/c art. 40, I, b, da Lei de Imprensa.

Da requintada impetração extraio, no tocante à falta de justa causa, estas passagens nucleares — fl.

"O paciente, atual Prefeito de Bauru, tão logo fora eleito no pleito de 1996, prestou diversas declarações à imprensa local. Nestas não se furtou ao dever de esclarecer seus eleitores e os municípios em geral a respeito das reais condições em que encontrou a cidade. Como lamentavelmente ocorre nas diferentes administrações e nos diversos níveis, o paciente verificou que as finanças da urbe estavam em ruína. Havia, como se vê da própria notícia que embasa a ação penal (fls., doc.), um debate posto na mídia onde o paciente apontava os erros da gestão anterior e o representante desta contra-atacava. Veja-se mesmo, para sair do palavrório jornalístico, que o paciente encaminhou, dando consequência aos seus dizeres, inúmeras representações ao próprio Ministério Público (docs. anexos).

Embora o paciente tivesse desde a fase do inquérito policial negado a utilização da expressão "falcattruas" (doc.) e nisso foi corroborado pelo assessor de imprensa que elaborou o teor da entrevista (doc.), é evidente, até para não se entrar em discussão matéria de prova, que os assertos supostamente delituosos, já destacados pela inicial acusatória, inserem-se no exercício do direito de crítica e informação, assegurados na Constituição Federal e consubstanciados na liberdade de comunicação, prevista no art. 5.º, inc. IX.

(...)

Com propriedade, Pietro Nuvolone, dissertando sobre as causas de justificação nos *reati di stampa*, aludia àquelas situações de fato positivamente valoradas pelo legislador "che, pur

potendo rientrare esegeticamente nella fattispecie punibile di parte speciale, consuiscono, invece un confine che non può essere oltrapassato nell'applicazione della norma incriminatrice, discriminando, così, il lecito dall'illecito" (Il diritto penale della stampa. Padova: CEDAM, 1978, p. 49).

Este, inuito a propósito, é o pensar desta Col. Suprema Corte, que, nas palavras qualificadas do eminente Ministro Sepúlveda Pertence proclamou:

"Tem-se enfatizado, por outro lado, que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a *zona di illuminabilità*, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários".

"Finalmente, nem se pode licitamente reclamar que a crítica política se limite à imputação de fatos concretos. Não se pode pretender — frisa Nuovolone (op. cit., p. 68) — que a crítica seja 'objetiva', cuidando-se quase sempre de uma interpretação subjetiva e, portanto, de uma angulação individual, que freqüentemente é de antítese polêmica". (Inquérito 503-7 — RJ, Tribunal Pleno v.u., LEX de Dezembro de 1993 — JSTF 179/357).

Evidente, nessa linha de raciocínio, que o exercício normal de um direito não revela ilicitude. De fato, como salienta Maggioro:

"Em estos casos debe excluirse la difamación, no ya porque un suposito *animus corrigendi, retorquendi, difendendi, consulendi*, neutraliza el *animus diffamandi* (...), sino porque el agente está protegido por la plena legitimidade de su acción. (...) el agente se justifica, porque su acción queda dentro dos limites del ordenamiento jurídico (...)" (*Derecho Penal*, parte especial; tit. orig.: *Diritto Penale*. Bogotá: Temis, 1972, v. IV, p. 411).

Efetivamente, num sistema de ordenamento jurídico do mundo democrático-liberal, mesmo as autoridades mais altas do Estado estão institucionalmente submetidas ao controle dos outros membros da coletividade. Fala-se, assim, numa *zona de illuminabilità* (Nuovolone, op. cit., p. 68) em que o homem público, aquele que exerce funções ou ocupa cargos públicos, fica exposto à crítica. Daí Nuvolone considerar, indubitavelmente, lícita a apreciação ofensiva *se motivada por fatos verdadeiros ou considerados verda-*

deiros (cf. na op. cit., p. 54), enquanto, remarque-se, relacionados com as funções públicas”.

(...)

O quadro exposto, a rigor, por si só, dispensa acréscimos para que se demonstre o interesse público resguardado, *ex lege*, como justificador da matéria acoimada de criminosa (art. 27, inc. VIII, da Lei de Imprensa).

Sem embargo, é no campo da falta de dolo que também transparece com nitidez a falta de crime no texto questionado. Sobre o tema é bom realçar que este Excelso pretório, em *Habeas Corpus*, decidiu que a intenção dolosa constitui “elemento subjetivo que, implícito no tipo penal, revela-se essencial à configuração jurídica dos crimes contra a honra...” (RT 749/570, rel. Min. Celso de Mello). Daí a referência a julgado relatado pelo eminente Min. Marco Aurélio, segundo o qual “*animus narrandi*, afasta, em virtude da presença dessa excludente anímica, a configuração legal dos crimes de calúnia, difamação e/ou injúria” (RTJ 145/381; apud RT 749/570). Aliás, o eminente Min. Costa Leite, conduzindo aresto paradigmático no *Habeas Corpus* 177-DF, deixou assentado o seguinte:

“Expressões que, segundo os léxicos, podem ser consideradas à honra subjetivas, mas que, integradas ao contexto em que proferidas, não assumem conotação ofensiva. Inexistência, de qualquer modo, do *animus injuriandi*. Em tais condições, impende reconhecer a falta de justa causa para a ação penal. Ordem deferida”. (STJ, 6.ª Turma, j. 06.03.1990, v.u., DJ de 09.04.1990, Sec. I, p. 2749).

A respeito do tema Magalhães Noronha ensinava:

“Não basta, pois, que as palavras sejam “apostas” a ofender, é mister que sejam proferidas com esse fim”. (*Direito penal*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1978, v. II, n. 350, p. 126).

O certo é que na avaliação da honra subjetiva não se pode deixar de lado o exame da realidade objetiva. Caso contrário, o próprio atingido seria avaliador da suposta ofensa. Bastaria, então, sempre e em todos os casos, a manifestação da “vítima” de se sentir ultrajada, para caracterizar o crime contra a honra.

Seja como for, não é demais, agora com apoio no magistério do hoje saudoso Prof. Manoel Pedro Pimentel, que tão precocemente privou-nos das suas luzes, reavivar:

“Quando a intenção do agente não for a de ofender o sujeito passivo, e sim a de corrigi-lo, aconselhá-lo, ou o agente estiver brincando, ou narrando um fato, ou se defendendo, estarão presentes *animi* diversos, que exculparão sua conduta”. (*Legislação penal especial*. São Paulo : RT, 1972, p. 162).

Quanto à ausência de citação para o interrogatório, argumentam os ilustres impetrantes que o art. 9.º da Lei 8.038 – ao impor, nos processos de competência originária dos Tribunais, a observância na instrução do procedimento comum – prevalece sobre o rito próprio da Lei de Imprensa, que deixa o interrogatório a juízo do acusado.

Requerida liminar para sustar a audiência de instrução questionada, decidi – fl.:

“Indefiro a liminar: no que seria mais plausível cogitar-se de provimento cautelar – além de duvidosa a competência originária do Supremo Tribunal Federal – o art. 45, III, da Lei de Imprensa desfaz o *periculum in mora*”.

Pelo Ministério Público Federal, requereu o il. Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles – fl.

“Em favor de Antônio Izzo Filho os advogados Alberto Toron e Carla de Domenico ajuízam pedido de *habeas corpus*.”

Abordam, em essência (fls.), a ausência de justa causa à persecução criminal posto que se insere no normal enunciado crítico a conduta do paciente, então jamais possível de admitida ser, como o foi pelo julgado, ofensiva da honra na modalidade de injúria, e apresenta vício procedimental na circunstância de não se ter propiciado o interrogatório do réu, a teor do despacho monocrático de fls.

É certo que, recebendo a denúncia, a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo fez assentar que, *verbis*:

“Diante do exposto, recebe-se a denúncia oferecida contra Antônio Izzo Filho, determinando-se o envio dos autos à comarca de Bauru, para que lá tenha lugar todos os atos instrutórios, desde a citação, para o que ficam delegados poderes ao juiz a quem, por distribuição, venha competir o processamento da causa, assegurado para tanto o prazo de 90 (noventa) dias, eventualmente prorrogáveis desde que consultado o Tribunal”. (fls., grifamos)

Seguiu-se, como se disse, despacho do MM. Dr. Juiz de Direito *a quo*, a fls., designando ata

para qualificação do réu e realização da instrução.

É o que se tem.

Conveniente, então, sejam solicitadas informações ao MM. Juízo de Bauru, atuando por delegação do Tribunal de Justiça, no Processo 1.349/98 (ainda: fls.), movido pelo Ministério Público Estadual contra Antônio Izzo Filho, a que nos seja informado se no dia 16 de dezembro passado aconteceu a *qualificação e interrogatório* do acusado Antônio Izzo Filho, bem como o *atual andamento do feito*".

Vindas as informações complementares, opinou S. Exa. — fl.

"Cumprida a diligência mandada proceder pelo Magistrado Sepúlveda Pertence tem-se que, *verbis*:

'Em atenção ao Ofício 132/R, referente ao *Habeas Corpus* 78.426, em que é paciente Antônio Izzo Filho, tenho a honra de informar a Vossa Excelência que o paciente foi interrogado no dia 23 de dezembro p.p., sendo que no dia 16 de dezembro p.p., o paciente não foi interrogado, justificando sua ausência. No dia 29 de dezembro passado foi ouvida a testemunha de acusação Paulo Torres, ocasião em que, encerradas as diligências, foi determinada a devolução dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça"' (vide: fls., grifamos)

Queda, portanto, não caracterizado o buscardo vício procedimental pela equivocada compreensão que a impetração deu ao despacho judicial de fls.

Quanto ao segundo fundamento, é de se ter presente que a instrução criminal está encerrada, como registrou o trecho retrotranscrito, e buscar o trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, por proclamação de ausência de justa causa, quando o julgamento de mérito, conclusivo de trabalho *amplo* do conhecimento, avizinha-se, não é juridicamente aceitável.

Pelo *indeferimento* do pedido".

É o relatório.

VOTO — O Sr. Min. Sepúlveda Pertence (Relator): O parecer da PGR demonstrou ter perdido seu objeto a pretensão de observância do procedimento comum da instrução: o paciente, como pretendiam os impetrantes, foi interrogado.

No ponto, é certo, não tocaria ao Supremo Tribunal decidir da questão, atinente ao despacho do Juiz de primeiro grau, não obstante por delegação do Tribunal: o evidente prejuízo da impetração dispensa, contudo, a declaração da incompetência e a remessa do feito ao Tribunal local.

Examinando a falta de justa causa para o processo.

Aí, ao contrário do que pareceu ao Ministério Público Federal, não se me afigura decisiva, para afastar a decisão a respeito, a iminência do julgamento da ação penal na instância de mérito: da própria realização dele, mormente se resultar em provimento condenatório, não só poderia advir a preclusão da alegação de inépcia da denúncia — em que afinal se cifra a alegação — mas também constrangimentos ou ameaças à liberdade do paciente, tanto mais quanto se trata de instância única.

Entretanto — ao menos no juízo documental e sumário do *habeas corpus*, em que é impossível verificar os antecedentes e o contexto em que veiculadas pela imprensa em texto alegadamente de responsabilidade do paciente — não é dado excluir o caráter injurioso das expressões incriminadas na denúncia.

Certo, em parecer oferecido ao TSE, quando Procurador-Geral, parcialmente transcrito na impetração — que, de sua vez, extraiu as passagens de meu voto no Inq. 503 —, efetivamente acentuara a expansão do que os italianos chamam a *zona de iluminabilità* em relação ao homem público, e que o expõe à liberdade de apreciação crítica da sociedade em geral e, em particular, dos seus adversários, sem que se possa divisar ofensa criminosa em qualquer juízo desfavorável.

Ponderei, contudo, no voto condutor daquela decisão — Inq. 503, 24.06.1992, RTJ 148/73, 93 —, que a tolerância com a liberdade de crítica "há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade".

Por isso no juízo da delibação daquele caso recebeu-se a denúncia por fato no qual candidato de partido oposicionista aludia, referindo-se

ao então Governador do Estado, à “cumplicidade do governo dele com o crime organizado” e à necessidade de “atacar a questão do tóxico”, instalado no Estado por convivência do mesmo governo.

*Mutatis mutandis*, também não se me afigura ser de descartar sumariamente na espécie o tom injurioso que, mesmo abstraída a agressividade dos adjetivos, colore, por exemplo, a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município “com dívidas causadas por suas falcaturas”: e não é o *habeas corpus* a sede própria para discutir a autoria da farsa.

Por isso – me parte em que ainda atual o interesse na impetração – denego a ordem: é o meu voto.

DECISÃO – A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. 1.ª Turma, 16.03.1999.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

## COMENTÁRIO

Escrever, muitas das vezes, é o resgate da saudade, embora possa ter o papel de moeda: pagamento de uma dívida...

Entre os meus alunos, na Getúlio Vargas, um havia que foi sempre meu *antialter ego*. E como essas coisas soem vir em grau ascendente, acabou por me interpelar: “suas aulas são de Direito ou de Sociologia?”. Como eu não sabia, respondi que talvez fossem, *também*, de Política, desde que essas palavras não tivessem conotação teórica, pois a tanto não iam minhas meias noções na área das Ciências Humanas.

Ele (não eu) estaria embaixacado de novo: um julgado sobre *habeas corpus* que não se atem aos lindes da exegese jurídica! Isso, por obra e graça da atuação dos Advogados e da atuação do Desembargador, já que bastaria os impetrantes deixassem fluir normalmente o julgamento da ação penal ou o Desembargador dizer, apenas, que “a matéria extravasa os limites estreitos do *habeas corpus*”...

Acontece que os Advogados são Alberto Zacharias Toron e Carla de Domenico; o Desembargador relator, Sepúlveda Pertence!

Voltemos ao acórdão, ou melhor, comecemos pelo acórdão.

A “requintada impetração”, a que se referiu o Ministro, não caiu bem para a Procuradoria da Justiça: não seria “juridicamente aceitável” trancar a ação penal na iminência do julgamento de mérito. Dissentiu, em melhor escola, o aresto do Supremo Tribunal Federal, por julgar que a procrastinação poderia implicar sério prejuízo, mormente se a decisão de mérito fosse condenatória. Estar-se-ia a cometer abuso, sanável por *habeas corpus* – se indevida a ação penal instaurada contra o paciente.

Tal como em outros julgados (a impetração sublinhou três deles), o acórdão não teve por demasia perquirir, em autos de *habeas corpus*, se houve ou não crime; a denegação foi à conta de entender que lavrava fundo dissídio na interpretação da prova.

À parte as razões de decidir, importam, e muito, o teor da inicial, as considerações do acórdão, a esclarecedora ementa; servem de alertar advogados, juízes, promotores, delegados de polícia para a lição de Lafayette, que colho em voto do Ministro José Dantas, do Superior Tribunal de Justiça: “Se os cuidados da lei são com a liberdade, o Poder Judiciário há de estar ao

alcance das mãos do preso ou do coagido sem justa causa. Quanto mais longe se puser a prestação jurisdicional, de modo a dificultar o exercício do direito de *habeas corpus*, tanto mais significa denegação na garantia constitucional”.

É a aura do conceito brasileiro de *habeas corpus* (Ruy), despertando, da mudez, o Supremo Tribunal Federal, nos votos de Pedro Lessa.

O *habeas corpus* intuído como controle da legalidade, meio de adversar o abuso, a reclamar, bem por isso, advogado com imaginação para moldar a hipótese jurídica; talento, coragem do julgador para acolher ou rejeitar o pedido. É o caso dos autos.

Enquanto uns se arreceiam de trancar inquéritos, ações penais abusivas — há muito tempo Márcio Munhoz, Nelson Hungria advertiam que não era defeso examinar provas em *habeas corpus*. E indagava Victor Nunes Leal: “Como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as provas em que se baseia a acusação ou a condenação?”.

Mas quem imprimiu maior vigor no voto — o Prof. Laudelino Dias diria: “Quem calafetou, encerrou, lustrou — foi o Ministro Pedro Chaves. “Acho indispensável o exame das provas, quando se trata de *habeas corpus* fundado na alegação de falta de justa causa. Não conheço outro processo lógico de apreendimento da verdade perante uma alegação, sem o exame das provas”.

Todo esse dissertar acerca de abuso de poder, ilegalidade, papel do *habeas corpus* não é mera logomaquia; quanto mais não seja, tem que ver com o devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV).

Mais do que antes, está em questão o devido processo legal. O *habeas corpus* — na modalidade do que ora se trata — tem que ver com isso.

Esclareçamos.

Tanto por razões de ordem interna (participação na política nacional, associacionismo plantado em grupos de estudo), como externa (v. a Constituição Federal) — o Ministério Público assenhoriou-se de ricos e variados papéis na estrutura do poder nacional. A nova gama de crimes (crime organizado, crimes contra o meio ambiente, contrabando, por exemplo) alargou a área de atuação da polícia.

O poder legal cresce menos que a arbitrariedade. A provar que isso não é uma frase — aí está a mídia (televisão, principalmente) com o enxame de entrevistas de autoridades a incriminarem indiciados, passando, ao leigo, a impressão de que se trata de criminosos.

Isso não passa indene ao papel do Advogado e do Juiz: a submissão ao princípio de respeito ao devido processo legal impõe-lhes o acatamento à linha exegética perfilhada na inicial e no acórdão que, bem ou mal (menos bem, parece), aquiesci comentar.