

REVISTA BRASILEIRA DE **ciências criminais**

ano 6 - n. 24 - outubro-dezembro 1998

24

**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 6 • n. 24 • out.-dez./98

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

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

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. – ME –

Av. Sete de Setembro, 1000, Campina do Monte Alegre – CEP 18245-000 - SP, Brasil.

Impressão: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280 – CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Ao final de mais de dois anos desta Diretoria da RBCrim, é tempo de fazermos um balanço do que foi feito ao longo deste período de trabalho. Nossa Revista firmou-se no cenário nacional como o mais importante instrumento para a área das ciências criminais. Ela é – hoje – indispensável para todo aquele que trabalha com o direito penal. Ademais, dada sua natureza de rigor científico, foi ela um dos principais instrumentos para que o próprio Instituto Brasileiro de Ciências Criminais pudesse ter se firmado, como se firmou, na própria esfera internacional.

A interdisciplinariedade foi mantida e até aprofundada, com criação de seções específicas para a discussão de temas candentes (direito de trânsito) ou para refletir a necessidade de áreas diversas que expressassem novas dinâmicas da realidade jurídica.

Se é verdade que ela transformou-se em instrumental necessário para o operador do direito, não é menos verdade que foi um instrumental vivo e posicionado. Vivo por ter conseguido superar as inúmeras modificações legislativas que se manifestam nas modificações jurisprudenciais e doutrinárias. Posicionado por – em nenhum momento – ter deixado de ser um grande baluarte na defesa do Estado Democrático de Direito contra a avalanche legislativa que se abate sobre nós. Falar deste instrumento é, pois, falar da própria essência da defesa da Democracia no âmbito do direito penal. É, em última instância, repisar que a Revista Brasileira de Ciências Criminais está inserida dentro de um contexto de reafirmação dos direitos humanos e dos valores universais democráticos tão caros a nós que em outras tristes oportunidades vivenciamos períodos ditatoriais.

Por tudo isso parece-nos por demais importante continuarmos com esse trabalho a fim de mantermos viva a única revista de ciências criminais no Brasil; com a periodicidade e qualidade que tem e que a tornou verdadeira referência sul-americana de estudo nas ciências criminais. É essa a tarefa que passamos para a próxima Diretoria com a certeza de que seu trabalho – com a mesma responsabilidade do nosso – trilhará caminho muito menos íngreme do que aquele por nós percorrido.

É essa nossa expectativa para aqueles que terão a tarefa de transpor o milênio.

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
COLABORADORES	7
1. DOUTRINA INTERNACIONAL	
1.1 Temas fundamentais de execução penal – ANABELA MIRANDA RODRIGUES	11
1.2 A dignidade humana e justiça penal nos Estados Unidos – ERIC R. LOTKE	39
1.3 A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Direito Francês – JEAN PRADEL	53
1.4 El derecho penal ante la globalizacion y la integracion supranacional – JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ	67
1.5 A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro – KLAUS GÜNTHER	81
2. DOUTRINA NACIONAL	
2.1 Considerações acerca da perda da remição prevista no art. 127 da LEP – ANDRÉ GUSTAVO ISOLA FONSECA, BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA, CARLOS WEISS, CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS, ELIZABETE MATSUSHITA, FLÁVIA D'URSO ROCHA SOARES, FRANCIANE DE FÁTIMA MARQUES, GERALDO SANCHEZ CARVALHO, INÊS THOMAZ, MARILDA WATANABE DE MENDONÇA, MELISSA GARCIA BLAGITZ e RAFAEL RAMIA MUNERATTI	93
2.2 Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita – BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA	99
2.3 As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas – CARLOS MÁRIO DA S. VELLOSO	125
2.4 Culpabilidade: a incongruência dos métodos – JUAREZ TAVARES	145
2.5 Direito penal e política – LUIZ VICENTE CERNICCHIARO	157
2.6 O sistema penal e dignidade humana – PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO	167
2.7 A reforma do Código Penal – (História, notas e documentos) – RENÉ ARIEL DOTTI	179
2.8 O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro – ROBERTO PODVAL	209
3. DIREITO DE TRÂNSITO	
3.1 O novo código de trânsito revogou ou não as contravenções dos arts. 32 e 34 da LCP? – FERNANDO CÉLIO DE BRITO NOGUEIRA	223
3.2 Código Nacional de Trânsito – questões diversas – JULIO FABBRINI MIRABETE	229

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

- 4.1 Abuso sexual intrafamiliar – CLAUDIO COHEN e GISELE J. GOBBETTI .. 235

5. POLÍCIA E DIREITO

- 5.1 Identificação criminal: a excepcionalidade necessária – MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI 245

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

- 6.1 Por uma mudança no tempo do judiciário: percepções sobre seleção, formação e carreira de magistrados da justiça comum do Estado de São Paulo – ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER 257
- 6.2 O *habeas-corpus* na prática judicial brasileira (1841-1920) – ANDREI KOERNER 269
- 6.3 Programa integrado de prestação de serviços à comunidade: avaliando a experiência – TULIO KAHN 287

7. JURISPRUDÊNCIA**7.1 Jurisprudência Classificada**

- 7.1.1 Crimes econômicos, tributários e previdenciários – CARLOS ALBERTO PIRES MENDES, CRISTIANO AVILA MARONNA, FERNANDA VELLOSO TEIXEIRA, ROSIER BATISTA CUSTÓDIO e SÉRGIO ROSENTHAL 297

7.2 Jurisprudência Comentada

- 7.2.1 O indiciamento em inquérito policial como ato de constrangimento – legal ou ilegal – SYLVIA HELENA F. STEINER 305 —

- 7.3 Ementário de Jurisprudência – FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO e ROBERTO DELMANTO JUNIOR 309

8. LEGISLAÇÃO

- 8.1 Lei 9.695, de 20.08.1998 341

9. NOTICIÁRIO

- 9.1 IV Seminário Internacional do IBCCrim e Workshop Internacional – CRISTIANO AVILA MARONNA e ROSIER BATISTA CUSTÓDIO 343

- ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO** 345

COLABORADORES

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER

Advogada. Mestre e Doutoranda pelo Departamento de Antropologia da USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

ANDRÉ GUSTAVO ISOLA FONSECA

Procurador do Estado de São Paulo.

ANDREI KOERNER

Doutor em Ciência Política pela FFLCH/USP e Professor de Ciência Política na Faculdade de Direito da Universidade São Marcos.

BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA

Procuradora do Estado de São Paulo.

CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

Advogado Criminalista em São Paulo.

CARLOS MÁRIO DA S. VELLOSO

Ministro do Supremo Tribunal Federal.

CARLOS WEISS

Procurador do Estado de São Paulo.

CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS

Procuradora do Estado de São Paulo.

CLAUDIO COHEN

Professor Associado do Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social e do Trabalho da Faculdade de Medicina da USP.

CRISTIANO AVILA MARONNA

Advogado Criminalista em São Paulo.

ELIZABETE MATSUSHITA

Procuradora do Estado de São Paulo.

ERIC R. LOTKE

Diretor de Pesquisa no National Center on Institutions and Alternatives. Professor Adjunto de Direito na Georgetown Law School e na George Washington University.

FERNANDA VELLOSO TEIXEIRA

Advogada Criminalista em São Paulo.

FERNANDO CÉLIO DE BRITO NOGUEIRA

Promotor de Justiça em Barretos.

FLÁVIA D'URSO ROCHA SOARES

Procuradora do Estado de São Paulo.

FRANCIANE DE FÁTIMA MARQUES

Procuradora do Estado de São Paulo.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

GERALDO SANCHEZ CARVALHO

Procurador do Estado de São Paulo.

GISELE J. GOBBETTI

Psicóloga do Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social e do Trabalho da Faculdade de Medicina da USP.

INÊS THOMAZ

Procuradora do Estado de São Paulo.

JEAN PRADEL

Professor da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Poitiers (França) Presidente da Associação Francesa de Direito Penal.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra, Barcelona.

JUAREZ TAVARES

Professor Titular de Direito Penal.

JULIO FABRINI MIRABETE

Procurador Aposentado e Professor de Direito Penal.

KLAUS GÜNTHER

Professor Titular da Universidade de Frankfurt.

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Professor na Universidade de Brasília e Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Juiz de Direito Auxiliar do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária. Mestrando em Processo Penal pela Faculdade de Direito USP e Mestrando em Direito Comparado pela *Cumberland Schoof of Law, Sanford University*.

MARILDA WATANABE DE MENDONÇA

Procuradora do Estado de São Paulo.

MELISSA GARCIA BLAGITZ

Procuradora do Estado de São Paulo.

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

Advogado em São Paulo e Professor do Curso Secundário da Rede Oficial de Ensino do Estado – Disciplina: Filosofia.

RAFAEL RAMIA MUNERATTI

Procurador do Estado de São Paulo.

RENÉ ARIEL DOTTI

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

ROBERTO PODVAL

Advogado Criminalista em São Paulo.

ROSIER BATISTA CUSTÓDIO

Advogada Criminalista em São Paulo.

SÉRGIO ROSENTHAL

Advogado Criminalista em São Paulo.

SYLVIA HELENA F. STEINER

Juíza do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região.

TULIO KAHN

Doutor em Ciência Política e Coordenador de Pesquisa do ILANUD.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

TEMAS FUNDAMENTAIS DE EXECUÇÃO PENAL*

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Renovação e aprofundamento da idéia de socialização; 1.2 Vectores de uma reforma – 2. Regulação jurídica do estatuto do recluso a partir dos direitos e deveres fundamentais: 2.1 O problema; 2.2 Alguns direitos.

1. Introdução

1.1 *Renovação e aprofundamento da idéia de socialização*

1.1.1 Uma abordagem do direito de execução da pena de prisão tem inevitavelmente de se enquadrar no âmbito das decisões fundamentais em matéria de política criminal.

As opções tomadas ao nível do Código Penal são, por isso, condições prévias indispensáveis para delinear uma concepção sobre a execução da pena de prisão.

A importância da política criminal no tempo presente é, de resto, crescente. Falar de luta contra o crime significa assinalar uma *finalidade* ao direito penal, designadamente à pena, que lhe justifica a existência.

Só esta intencionalidade teleológica – que tem na realidade social e na protecção de bens jurídicos o seu ponto de referência privilegiado – responde hoje positivamente, aos problemas de legitimação do direito penal. Com efeito, assiste-se a uma profunda modifica-

ção do sistema penal, marcada pelo abandono da onticidade (conceitualista) ligada ao finalismo e pela superação da referência exasperadamente normativa do neokantismo, mediante a afirmação, fundamentada nas ciências sociais, da *finalidade prevenção*, hoje em dia geralmente reconhecida como *valor orientador da administração da justiça penal*.

Para além do mais, a atribuição à pena desta finalidade está ligada à *secularização*⁽¹⁾ do direito penal: perda a legitimação teológica e metafísica do *ius puniendi*, também a pena perde, em grande parte, a sua função de cunho retributivo e, justificado aquele à luz da necessidade – uma “amarga necessidade”, como já foi dito –, ganha esta uma finalidade terrena, limitada à prevenção do cometimento de outros crimes (prevenção geral e especial).

Para além da libertação da pena de um conteúdo metafísico, importa ainda sublinhar que o sistema sancionatório do nosso Código Penal, ligado a esta

(*) Palestra proferida durante do IV Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Sobre o fenómeno da secularização do direito penal, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 218 s.

orientação de política criminal, assenta na concepção básica de que a pena privativa de liberdade constitui a *ultima ratio* da política criminal. Desta concepção derivam conseqüências a dois níveis, que o legislador procura levar tão longe quanto possível.

Em primeiro lugar, conseqüências quanto à *reconformação da própria pena de prisão* no sentido de, em toda a medida possível, limitar o seu efeito negativo e criminógeno e oferecer-lhe um sentido positivo, prospectivo e socializador.

Em segundo lugar, conseqüências quanto à *limitação da aplicação concreta* da prisão, advogando a sua *substituição*, sempre que possível, por penas não institucionais.

1.1.2 Num sistema penal teleologicamente orientado, à pena cabe o ónus de otimizar os resultados. É, contudo, a "coerência" sem limites de uma política criminal preventiva que se repudia em absoluto.

"A criminalidade e a violência ocupam atualmente o centro das preocupações dos cidadãos. Mesmo uma política criminal que dê prioridade à "garantia da liberdade" em face do "combate à criminalidade" não pode negligenciar este tema".²

Actualmente vive-se uma dramatização e uma politização da violência extraordinariamente grandes. "Nunca como hoje houve a oportunidade de perceber a violência e o seu exercício. Uma sociedade que dispõe, por um lado, de poderosos meios de comunicação e, por outro, está vivamente inte-

ressada, enquanto valora esses meios, na comunicação do fenómeno da violência, não precisa já de a experimentar no seu próprio seio para a perceber em toda a sua onnipresença: basta-se só com contemplar o exercício da violência no mundo que a rodeia".³ Paralelamente a esta percepção social da violência, do risco e ameaça, a atitude social transforma-se: a sociedade não oferece mais um direito penal que realmente seja uma garantia de liberdade: A "magna carta do delinquente" a sociedade opõe a "magna carta do cidadão", o reclamo por um arsenal de meios efectivos de luta contra o crime e de repressão da violência.

O delinquente tende a converter-se num inimigo e o direito penal num "direito penal para inimigos". O requisito é a favor de um direito penal eficaz, de um direito penal que alia instrumentos e critérios repressivos a instrumentos e critérios de modernidade, dando lugar, ao lado de um direito penal social (de colarinho azul), repressivo da violência, a um direito penal tecnocrático (de colarinho branco), de orientação pelos fins.⁴ Marcado, entretanto, pelo olvido ou afastamento de princípios que tradicionalmente já vinham enriquecendo o património penal: o da protecção da dignidade humana e o da subsidiariedade da intervenção penal.

(2) Assim abre W. HASSEMER as considerações que tece em torno do tema *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Acadêmica - Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 87.

(3) W. HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'*, Doctrina Penal, 1990, p. 193. Nesta linha, o Autor alerta ainda para que "chegou a hora de conceitos como 'luta', 'eliminação' ou 'repressão' em detrimento de outros como os de 'colaboração' ou 'viver com'". Mesmo a idéia de prevenção perdeu o seu sabor terapêutico, social ou individual, e estrutura-se como instrumento eficaz e altamente interventor na luta contra a violência e o crime" (p. 195).

(4) Assim, HASSEMER, *Doctrina Penal*, 1990, p. 198 s..

O binómio criminalidade e violência ocupa, entretanto, o lugar de destaque que vimos salientando com a eclosão da criminalidade organizada e de massa.⁵ São estes fenómenos os principais responsáveis por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma “política de segurança”. Eles induzem a “grande escuta”, se quisermos arremedar a imagem orwelliana do Grande Irmão.

Pode mesmo afirmar-se sem grande margem para erro, que a criminalidade de massa é a principal responsável por uma política criminal *populista*. É conhecida a sua tática de manipulação do medo colectivo difuso resultante desta criminalidade, praticada com o objectivo de obter meios e instrumentos para o seu combate mediante a restrição da liberdade. “As contínuas vivências e descrições da criminalidade de massa condimentam um clima generalizado de medo ao crime, impotência do Estado e promessas de que, com maior repressão, a situação melhora”.⁶

Quanto à criminalidade organizada,⁷ ela acompanhou e preparou uma reestruturação das relações económicas, sociais, políticas e geo-estratégicas: o mercado criminal é indissociável da sociedade oficial. O panorama do mundo actual só se compreende à luz da economia criminal. Ela é, ao mesmo tempo, encoberta e ameaçadora.

Está demonstrado empiricamente que o tema do “combate à criminalidade”

constitui um “subtil regulador dos sentimentos de ameaça da população”,⁸ sentimentos poderosos e fortemente enraizados, activados e despertados quando a ameaça é ao mesmo tempo intensa e difusa e a impotência do Estado para controlar a criminalidade é notória.

Neste quadro, a invocação da finalidade de socialização na execução da pena de prisão ou de direitos e liberdades fundamentais afigura-se “anacrónica e ingénua”. O discurso da lei e da ordem ganha terreno. Uma política progressiva de “segurança da liberdade” é argumentativamente negligenciada quando apenas se limita a alertar para as restrições à liberdade que o combate ao crime comporta. Não bastam gestos de discórdância e de advertência em relação ao discurso poderoso e convincente da “necessidade de acção, já e em força”.

Assiste-se à desconstrução do modelo dominante sem se apresentar ainda um novo modelo teórico.

1.1.3 O interesse pela política criminal não é novo nem fortuito. Teve por causa a erupção da mentalidade científico-positivista. E, pese a involução idealista que, como reacção, se produziu entre as duas guerras mundiais, a nova mentalidade continua a dominar o pensamento do nosso tempo.

Em certo sentido, pode mesmo dizer-se que continuam a valer hoje os termos em que, por finais do século passado, surgiu já a atracção pela política criminal: esta continua a apresentar-se como a alternativa “moderna”, chamada a destituir do seu posto, paulatina mas inevitavelmente, a “velha” ciência jurí-

(5) Neste sentido, HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 91 s..

(6) HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 92.

(7) Sobre o tema, vide J. DE MAILLARD, *Crimes e Leis*, Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, Instituto Piaget, p. 32 s..

(8) HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 89.

dica. É certo que desde os seus primeiros desenvolvimentos, o progresso da política criminal não tem sido sempre igualmente poderoso e que, entretanto, a dogmática jurídico-penal conheceu talvez os momentos mais brilhantes da sua história. Mas não foi por isto que a política criminal perdeu a sua pretensão de alternativa de futuro, como indica o fato de em grande número de países – mesmo naqueles de maior tradição dogmática – ter monopolizado a atenção dos penalistas.

No actual contexto cultural da cibercultura, da simulação de novos mundos e da vulgarização das metáforas científicas – todos nós hoje falamos com à vontade de “teoria das catástrofes”, das “estruturas dissipativas” dos “objectos fractais” ou de “buracos negros” –, perdeu protagonistas e atractivo o estudo normativo do direito, parecem mais “científicas” as ciências sociais e, entre elas, encontram melhor guarida as ciências das penologia ou da criminologia do que a pura (ciência) dogmática. Esta, se não quer ver-se definitivamente arredada para o plano das peças decorativas mas inúteis, não pode deixar de se pensar estreitamente ligada às ciências sociais e, especialmente, à criminologia.⁹

Falar de finalidade, funcionalidade ou mesmo, hoje, de luta contra o crime significa indicar uma finalidade ao direito penal, designadamente à pena, que lhe justifica a existência. Sendo certo que uma integral justificação exige a avaliação das finalidades apontadas em face dos resultados obtidos.

A legitimidade do direito penal está hoje – perdidas as matrizes de legitima-

ção teocrática ou metafísica – na sua capacidade para reduzir ao mínimo possível o grau de violência que se gera na sociedade.¹⁰ A ausência de um “direito” penal suporia o abandono do controlo do crime ao livre jogo das forças sociais: em definitivo, a uma dinâmica de “agressão-vingança (agressão)-vingança”. A sua existência, pelo contrário, como mecanismo organizado e monopolizado pelo Estado, tem vantagens significativas. E, desde logo, a não pouca importância de uma significativa redução da violência que supõe a formalização inerente à atribuição ao Estado da função de punição. Na verdade, para além de o Estado, talvez já antes, mas seguramente a partir do surgimento do direito penal liberal, produto do iluminismo, delimitar os pressupostos da sua intervenção punitiva em “formas” (por exemplo, o princípio da legalidade) que cumprem uma função garantística e de redução das quotas de violência, ele delimita também materialmente a sua intervenção punitiva: trata-se agora da redução do âmbito do direito penal à protecção de bens jurídicos, com todos os limites que essa própria protecção conleva. Desta forma, a violência das múltiplas agressões e das correspondentes reacções vingativas substitui-se pela violência característica, quer de um mecanismo de dissuasão como é o da ameaça da pena, quer da aplicação da pena em si. Esta violência, no entanto, dados os limites formais e materiais que lhe são assinalados, é de menor grau que a violência que desencadearia a sua ausência.

A legitimação do direito penal advém, assim, de que a sua existência, como um

⁽⁹⁾ Cf. Já neste sentido T. WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*, Stuttgart, 1970, p. 37 s. e H. MÜLLER-DIETZ, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Berlin, 1971, p. 149 s..

⁽¹⁰⁾ Sobre isto e no que se segue, cf. J. M. SILVA SÁNCHEZ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 181 s..

mal, traz consigo um mal menor do que aquele que se quer evitar.

De facto, para lograr legitimidade, vê-se o direito penal chamado a uma auto-avaliação contínua, a fim de determinar se responde à exigência do “mínimo dano social” ou da “mínima violência”. Esta regra obriga-o a avaliar-se perante outro direito penal que possa ser igualmente eficaz com menos dano social, com menos violência. A história do direito penal é a história desta auto-confrontação – direito penal vigente / reforma do direito penal –, em que não apenas se tomam em conta as referidas considerações utilitaristas, mas outros princípios não utilitaristas, como os da culpa, da humanidade, ou da igualdade. Se o nosso olhar se alongar no tempo, o balanço dessa oposição dialéctica tem sido a apreciável redução da violência, do dano social causado pela pena, sem que isto tenha tido por contrapartida a aceitação de um aumento apreciável da violência social, em suma, sem que tenha diminuído substancialmente o nível da prevenção. O direito penal manteve, pois, pelo menos, o seu clássico nível de controlo, reduzindo significativamente os seus aspectos repressivos: basta pensar, como aspectos essenciais, na supressão das penas corporais, na abolição da pena de morte, na significativa redução temporal das penas privativas de liberdade, na progressiva humanização da execução da pena de prisão, ou no aparecimento de vastos elencos de penas de substituição.

O direito como “instrumento de liberdade” é a expressão deste evoluir. Nem sempre incontestado, contudo, perante as novas formas de violência e criminalidade. A fazer surgir a dúvida sobre se a política criminal não tem sido um erro gigantesco.

1.1.4 Na década de 70, as discussões em torno da política criminal eram

marcadas pela convicção da ineficácia total da intervenção¹¹ ou, ao menos, pela impossibilidade de tirar conclusões estatisticamente fundadas.¹² E, se bem que parte dos resultados tenha sido objecto de avaliações positivas,¹³ a socialização perdeu o seu estatuto de elemento chave da política criminal moderna. As atenções viraram-se para outras intenções punitivas, tais como a dissuasão, a punição como justa retribuição, a prevenção situacional, a diversão ou não intervenção.

A situação agravou-se na década de 80, porquanto qualquer discussão séria sobre “o que corria bem” com a socialização estava praticamente interdita. Provam-no os 25 anos que decorreram desde a última discussão aprofundada sobre o assunto levada a efeito no seio do Conselho da Europa (só em 1993 a discussão foi reatada). Aqueles que pretendiam ter encontrado “tratamentos” penais eficazes suscitavam a desconfiança entre muitos criminólogos. Os seus “resultados” positivos eram sistematicamente negligenciados ou rejeitados como produto de lacunas ou de erros de avaliação, ou como presunções injustificadas, repousando sobre dados insuficientes.

O “modelo de justiça”, dito neo-clássico, que pretendeu substituir-se ao

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

(12) 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*, 63, p. 378 s..

(13) Mesmo MARTINSON, em 1979, relativizou o seu discurso: Cf. “New finding, new views: a note of caution regarding sentencing reform”, *Hofstra Law Review*, 7, p. 242 s..

modelo socializador, talvez não tenha colocado seriamente em causa a limitação das sanções através do princípio da proporcionalidade e da culpa. No entanto, a importância dada à noção de “justa retribuição” – sobretudo quando ligada a objectivos utilitários de inocuidade ou de intimidação geral – levou a que se gerasse, em muitos países, um clima repressivo e potencialmente desumanizante no setor punitivo.

O abandono do modelo socializador que este movimento significou não foi acompanhado, entretanto, na realidade, pelas mudanças desejadas: a criminalidade não decresceu, o sistema judiciário é cada vez mais moroso, as prisões estão cada vez mais sobrelotadas e o clima prisional piorou consideravelmente e a motivação profissional do pessoal diminuiu.

1.1.5 Face ao desenvolvimento da criminalidade, um pouco por todo o lado e quaisquer que sejam os sistemas policiais, jurídicos e judiciários, o problema exprime-se sempre na mesma fórmula: “sentimentos de insegurança” e “crise da justiça” regressam como *leit motiv* exprimindo a exasperação crescente perante a ineficácia das polícias e da justiça. Paralelamente surge o fenómeno da “europeização” das prisões e o aumento da taxa de encarceramento.

Não é só o crime ou o criminoso que se europeizam, na medida em que apresentam mais ou menos as mesmas características em todos os países da Europa. São também as suas prisões, com sobrepopulação generalizada, cada vez mais estrangeiros, toxicodependentes e portadores de anomalia psíquica, um parque penitenciário que deixa a desejar e o pessoal desmotivado. Se bem que Portugal se tenha apresentado recentemente – numa radiografia dos sistemas punitivos de 34 países euro-

peus feita no âmbito do Conselho da Europa – com um dispensável primeiro lugar,¹⁴ o aumento das taxas de encarceramento, traduzido num aumento da duração do tempo de permanência na prisão, é um fenómeno generalizado.

Estudos recentemente realizados mostram que não há relação directa entre taxas de delinquência e aumento de taxas de encarceramento. Nem sequer entre taxas de encarceramento e economia. Verdadeiramente a relação é entre taxas de encarceramento e o “clima moral-social” associado a uma conjuntura económica específica.¹⁵ É o “humor do tempo”, revela um estudo de Zimring e Hawkins.¹⁶

Não é a lei, defendem os mesmos autores, mas a *aplicação da lei* que influencia decisivamente a taxa de encarceramento.

O que faz deslocar a questão para o contexto cultural.¹⁷ Exigências de austeridade e apelo à ordem social e a uma maior estabilidade exprimem um re-

(14) Portugal mantém na prisão, em média, 140 cidadãos por cada 100 000 habitantes: é a maior cifra da União Europeia. A maior parte dos Estado-membros mal se aproximam deste valor (veja-se o caso da Inglaterra (106,8), e do Luxemburgo (104,4), os dois países que apresentam as taxas mais elevadas): Cf. SPACE (Council of Europe annual penal statistics), Enquiry 1996. O mesmo estudo revela ainda que Portugal é o país em que é mais alta a média da duração da prisão.

(15) Cf. M. D. MELOSSI, *Effets des circonstances économiques sur le système pénale, Crime et économie* (Actes – Rapports présentés au 11.º Colloque criminologique), 1994, p. 79 s..

(16) F. ZIMRING e G. HAWKINS, “The growth of imprisonment in California”, *British Journal of Criminology*, 34 (Special Issue), 1991, *The scale of imprisonment*, p. 83 s..

(17) Nesse sentido e no que se segue, MELOSSI, *Crime et économie*, p. 83 s..

quisitório a favor da disciplina social a que uma política criminal mais agressiva pode dar corpo. Quando uma economia está em crise, os conflitos sociais atingem o paroxismo, a sociedade reivindica direitos e não se preocupa com a solidariedade. Já Durkheim o tinha compreendido, quando sustentava que a sociedade redefine as fronteiras da moralidade debatendo publicamente o direito, sobretudo o direito penal. Mead mostrou-o através da sua teoria do “bode expiatório”. E Foucault, com a sua análise da transformação das “ilegalidades subversivas” em “delinquência”, reforçou-o.

Nesse contexto, crime é a metáfora para designar toda a conduta desviante e pena a metáfora que serve para apontar o remédio. Uma verdadeira “obsessão pela pena” domina a sociedade — obsessão que acabou por dar lugar a uma verdadeira “indústria de luta contra o crime”.¹⁸

Por seu turno, o alargamento da repressão às novas formas de criminalidade e o apoio que este alargamento merece na opinião pública caucionam, ao mesmo tempo, uma repressão muito mais abrangente. O consenso obtido na luta contra a criminalidade organizada permite justificar um endurecimento cego da punição. “O grau de legitimidade atingido pelo sistema de justiça penal, pelo aparelho judiciário e pelo aparelho policial não tem precedentes na história italiana” — escrevia Pavarini em 1994. O pano de fundo era a Operação Mãos Limpas. Mas, concluía o mesmo autor: “Por cada mafioso enviado para a prisão, 100 toxicodependentes condenados eram também enviados a prisão; por cada político corrupto colocado atrás

das grades, 100 imigrantes de raça negra eram presos”.¹⁹

A mistura dos dois tipos de criminalidade, organizada e de massa, vicia os dados de uma política criminal racional. É preciso abalar os pilares da discussão e tentar compreender a verdadeira dimensão de uma política criminal de segurança.

As manifestações da criminalidade de massa afectam-nos directamente, seja como vítimas reais ou potenciais. Atingem-nos no aspecto económico, físico e emocional e levam-nos a duvidar da força do direito. Exigem soluções que passam, sobretudo, por políticas de prevenção. Nada vai mudar enquanto se não operar esta reorientação da política criminal.²⁰

Mas se esta criminalidade requer sobretudo meios de prevenção em vez de exacerbamento e utilização do arsenal punitivo, as suas fontes são profundas e difíceis de estancar. Não podemos iludir a verificação de que *criminalidade e medo da criminalidade* fazem parte da sociedade actual por razões que a filosofia social vem desvendando.

Ele fala-nos de “sociedade de risco” e de “narcisismo”.²¹ No fundo, para significar a crescente dificuldade com que na nossa vida diária nos defrontamos para encontrar orientações estáveis e com força de persuasão. De um lado, a complexificação das relações sociais

(18) NILS CHRISTIE, *Crime control as industry*, London, 1968 (apud MELOSSI, *Crime et économie*, p. 95).

(19) M. PAVARINI, “The new penology and politics in crisis: the italian case”, *British Journal of Criminology*, 34 (Special Issue), p. 59.

(20) Neste sentido, HASSEMER, “A segurança pública no Estado de Direito” (Associação Académica — Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 92 s. e 109 s..

(21) No que se segue, HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica — Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 105 s.

e os riscos da moderna tecnologia são vivenciados como algo ameaçador, abrangente, devastador, difuso; de outro, as instâncias de controle social (mundo profissional, vizinhança, escola) perdem a sua força para fixar normas óbvias e indiscutidas da vida em sociedade e a tendência é para o isolamento e dessolidarização.

Criminalidade e o medo da criminalidade marcam, assim, a contemporaneidade. Medo da criminalidade que, todavia, como um jogo de espelhos, adquire reverberações: entre a *ameaça* e o *sentimento* de ameaça não existe a mais remota relação causal. Mas sem que isso invalide que a causa seja a erosão das normas sociais: “nenhuma idéia é suficientemente forte para fundamentar uma prática, para funcionar como ciência rigorosa da praxis”.²² Sem uma ciência de navegação que apenas seja preciso aplicar, “navegamos sem o mapa que fazemos”, para o dizer como só Sophia de Mello Breyner o sabe dizer.

Tudo a apontar um caminho à política criminal: iniciar e favorecer processos de solidarização e de estabilização das normas.

Mas a consciência solidária dos cidadãos também se nutre do fermento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. O conceito de “patriotismo constitucional” de Habermas²³ serve aqui para lembrar que o respeito pelos direitos dos outros se constitui na mais eficaz barreira contra a dissolução da sociedade e o resvalar para a criminalidade.

1.1.6 Solidariedade e respeito pelos direitos fundamentais são conceitos-chave de uma política criminal que se volta decididamente para a socialização. Afirmamo-lo sem hesitar e com convicção.

Jurídico-constitucionalmente imposta pela dimensão social do Estado que a nossa Constituição consagra, iniciou-se a curva ascendente do seu ciclo a partir da década de 80. Tem cada vez mais peso a influência daqueles que refutam a tese de que “nothing works” no domínio da *intervenção (a mode Wort* que substitui o *tratamento*, em países “marcados” por esta experiência) socializadora. Existem dados suficientes, fornecidos por *meta-análises* – desde meados dos anos 80, foram publicadas uma série de meta-análises sobre o “tratamento de delinquentes”²⁴ – e outros instrumentos de estudo, para concluir que certas intervenções exercem uma influência não negligenciável sobre as taxas de reincidência e sobre outros critérios de aferição do êxito da finalidade de socialização. Isto sem embargo de ser simplista querer substituir o bordão *nothing works* pela generalização aventureira de que “o tratamento funciona sempre”.

Ao nível sociológico, a evolução do pensamento socializador, em relação aos reclusos, reenvia-nos para a evolução mais geral verificada em sede de tratamento da exclusão. Assiste-se,²⁵ com efeito, à “redescoberta da ética nas relações sociais”, devido, à “tomada de consciência colectiva das disfunções da nossa sociedade, da impotência

(22) Eduardo Prado Coelho, “1980-1990: a escrita de outros astros”, *O cálculo das sombras*, 1997, p. 51.

(23) *Apud* HASSEMER, *A segurança pública no Estado de Direito* (Associação Académica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1995), p. 111.

(24) Sobre o método da meta-análise, cf. M. F. LÖSEL, *L'évaluation des interventions psychosociales en prison et en d'autres contextes pénaux* (Actes – rapports présentés à la 20.^e Conférence de recherches criminologiques), 1993, p. 84s. e 106 s..

(25) Cf. S. PAUGAM, *La société française et ses pauvres*, Paris, PUF, 1993, p. 112.

do Estado providência face ao desenvolvimento da nova pobreza". A mudança imputa-se à necessidade de regular de outro modo, "nas sociedades modernas, as tensões sociais do fim do século, nascidas da degradação do mercado de emprego e do enfraquecimento dos laços sociais". Aplicado aos reclusos, este novo modo de regulação social – que, em vez de se acantonar à repressão, reabilitaria os interessados – significa desenvolver a relação de "pertença à comunidade" do recluso.²⁶ Se o corpo social não está facilmente inclinado para considerar como "seus" os reclusos, tal não fica apenas a dever-se ao facto de assim se evitar uma assistência e uma solidariedade que custam dinheiro, mas também ao facto de a sociedade não ser confrontada com uma paternidade embaraçosa. De facto, confrontar-se com uma população de toxicodependentes leva-a perguntar-se necessariamente, se tais indivíduos não reflectem afinal os problemas e o mal-estar de uma sociedade em crise, em vez de os provocarem.

A verdade é que, mesmo nos países que mais ampliaram o discurso repressivo ao nível da punição, a socialização, como princípio que preside à execução da pena de prisão, renova-se e aprofunda-se.

Desde logo, são novos métodos de intervenção, mais solidamente fundados em conhecimentos criminológicos, que se põem em acção.²⁷

Acresce que o esforço socializador, em muitos países e designadamente no

declínio no plano da política criminal não se traduziu senão parcialmente na prática: cf. KAISER, KERNER, SCHÖCH, *Strafvollzug*, 1991. Assim, não é exacto 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 *et alii* em 1975 e das conclusões 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, parecem convencidos de que "tais programas serão eficazes naqueles grupos de delinquentes que manifestem suficiente interesse e sejam 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 capacidade para ter iniciativa, ameaças latentes e manifestas de violência, a rotina, monotonia e massificação de actividades e relações (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*, vol. 3, n. 3, p. 302). Na Grã-Bretanha, a situação é muito semelhante. Da mesma forma que nos EUA, os programas de socialização resistiram ao desaparecimento. A situação não é de molde a pode dizer-se que exista uma planificação básica quanto à organização das prisões ou linhas mestras que definam o quadro de intervenção socializadora. Mas, de qualquer modo, pode identificar-se uma corrente com alguma influência, denominada de *construtivista* (cf. V. GARRIDO e S. REDONDO, op. Cit., p. 303 s.). Com esta expressão designa-se fundamentalmente um método de intervenção baseado na aprendizagem de competências sociais e no estabelecimento de relações interpessoais, bem distinto dos modelos terapêuticos. A ênfase não está tanto em desenhar programas com grande rigor metodológico, capazes de demons-

(26) Neste sentido, A.M. MARCHETTI (avec la coll. de PHILIPPE COMBESSIE), *La prison dans la Cité*, p. 296 s. (p. 299).

(27) O exemplo pode ir buscar-se aos EUA ou à Grã-Bretanha. Países que – juntamente com os países nórdicos – vêm sendo apontados como aqueles onde se verificou um maior declínio da ideia de socialização, por contraposição ao maior apogeu que também aí conheceu. Entretanto, o que hoje se reconhece é que aquele

nosso, não foi ainda feito de uma forma cabal. Se a confirmação que o ideal socializador tem recebido nos últimos anos é, com efeito, de grande relevo – a ampliação do arsenal punitivo um pouco por todos os países e a reforma do direito de execução das medidas privativas de liberdade são alguns dos seus sinais mais significativos –, importa sublinhar que o esforço realizado não serve de muito se não for adequadamente apoiado pelo *know-how* indispensável para o fazer triunfar.

A reforma prisional constitui, a este respeito, um exemplo lapidar: declarar que a socialização é o objectivo primário para que se deve orientar a execução da pena privativa de liberdade é totalmente acertado; essencial é, da mesma maneira, a humanização do sistema prisional no sentido de uma consideração efectiva e séria dos direitos do recluso. Mas o núcleo da questão está em dispor dos *meios* e dos *conhecimentos* necessários para concretizar a oferta de socialização, a fim de que as *oportunidades* dadas a quem está ainda em condições de abandonar a “carreira criminal” sejam, na maior medida possível, reais e não meramente simbólicas.

1.2 Vectores de uma reforma

1.2.1 A evolução sumariamente descrita deve ser apreciada no que significa por si mesma e no quadro das garantias

trar a sua aptidão para a diminuição da reincidência, quanto em implicar todos os funcionários da prisão – pessoal de segurança e técnicos de socialização – e os próprios reclusos em programas destinados a maximizar o papel dos indivíduos na sua adaptação à sociedade e a desenvolver as suas competências de relacionamento e de compreensão social. Daí que se utilize uma grande variedade de exercícios, actividades em grupos e de experiências de contacto pessoal.

jurídicas consubstanciadas no princípio do Estado de direito democrático.

Na verdade, as novas resistências ao que hoje é chamado de “renascimento da socialização” 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. A questão reside então em saber se a colocação da tónica na eficácia do tratamento 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 CEDH e em outros diplomas internacionais.²⁸

Assim, o novo tipo de intervenção funda-se no reconhecimento da necessidade de obter o *consentimento* esclarecido do seu destinatário, da importância de colocar o recluso em condições de optar pela adesão à intervenção e das vantagens da utilização da noção de “contrato” quando se quer obter a participação do recluso num programa de tratamento.

Aceita-se, por seu turno, que a *intervenção psico-social* pode fornecer uma larga gama de oportunidades aos reclusos e servir para atingir vários objectivos

(28) Sobre isto, M. R. HOOD, *Rapport Général*, Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale, 20.^e Conférence de recherches criminologiques, 1993, p. 207 s..

que não apenas o da diminuição das taxas de reincidência. Por exemplo: ajudar os reclusos desfavorecidos promovendo a igualdade real, restabelecer a saúde mental, melhorar o clima institucional na prisão e diminuir as taxas de suicídio. Além disso, neste domínio, não devem desprezar-se os modelos de intervenção inspirados na preocupação de tomar em conta a relação vítima-delinquente e em programas de mediação.

Deste modo, a intervenção de socialização pode compatibilizar-se com o respeito pelos direitos e garantias dos seus destinatários. Perante as variadas carências individuais e sociais dos reclusos, incumbe ao Estado fornecer as possibilidades de uma mudança, excluindo do mesmo passo 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 vida aberta é, portanto, a da procura desse “ponto de equilíbrio”, rejeitando a tendência que se visa abandonar os esforços de socialização sob pretexto de que seriam inatingíveis e indesejáveis.

Em suma, pode dizer-se que a socialização sobreviveu a muitas políticas penais que gozaram (ou gozam ainda) das vantagens de serem “moda”. E hoje, em países onde encarnadamente se combateu esse ideal, fala-se do seu ressurgimento, tal como já se tinha falado do ressurgimento da prevenção geral e da nova repressão penal, cumprindo os ciclos das finalidades da punição.

O nosso país, que foi resistindo aos “ventos da moda”, poderá agora aproveitar dos “ventos de renovação” do ideal a que permaneceu fiel, na medida

em que este ressurgimento da socialização tem em conta os erros do passado, a avaliação feita e fundamenta caminhos de futuro.

1.2.2 Diz-se, além do mais, quando o contributo empírico põe em destaque os efeitos dessocializadores da prisão, que o seu principal objectivo deve ser, não tanto a socialização, quando *evitar a dessocialização* dos reclusos.²⁹ É sabido que a criminologia nem sempre tem dado a atenção devida às considerações empíricas dos efeitos da prisão. E a doutrina penal nem sempre parece consciente da gravidade de uma tal carência. Sobre um ponto parece no entanto haver consenso: a prisão, a pena em torno da qual gira o sistema punitivo, não só produz efeitos de dessocialização, como também cria problemas e dificuldades ulteriores tendo em vista o regresso do recluso à comunidade.

Esta afirmação em si irrefutável, não desmente, todavia, a legitimidade da conclusão de que a pena de prisão *deve* ter uma finalidade socializadora: referir o fim socializador da pena é colocar a questão no terreno *normativo* da sua legitimação e não no da pura *descrição sociológica* dos fenómenos. Vale isto por dizer que refletir sobre a finalidade que deve guiar a execução da pena não é o mesmo que analisar os efeitos que a pena produz tendo em conta a realidade penitenciária.

No entanto, mesmo tendo presente a correcta distinção entre os dois planos de análise, os efeitos dessocializadores da pena de prisão alertam para o perigo de se assumir *sem mais*, a socialização como fim da execução.

(29) Sobre isto, cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena...*, cit., p. 317 s. 558 s..

Com efeito, eles desvelam um paradoxo aparentemente irreduzível: a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando, assim, um estímulo à adaptação às regras de vida em sociedade: mas, ao mesmo tempo, exclui o indivíduo do seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrária às "oficiais".

Na verdade, o quotidiano da vida prisional rege-se normalmente por regulamentos asperamente limitativos, que dificultam e proíbem as mais variadas actividades, subordinados ao objectivo principal de "evitar problemas" e, sobretudo, dominar o recluso, a ênfase na segurança, no evitar a fuga, no controle quotidiano e contínuo da vida do preso convertem a prisão, em si mesma dessocializadora por constituir uma "instituição total", num *habitat* que transmite ao recluso uma grande *violência* - factor importante na dessocialização progressiva do seu comportamento e, portanto, na configuração 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* do recluso tem como consequência, entre outras, a *falta de desenvolvimento do sentido de responsabilidade*, que vai dificultar a sua preparação e posterior adaptação à vida em liberdade.

Tudo o que se opõe à realização de um modelo de prisão não dessocializadora e que dá azo a que se fale com propriedade em predomínio do binómio *ordem e segurança* sobre a *intervenção* (socialização). O que acontece, de resto, na base de uma equívoca apresentação de tais aspectos como directamente dirigidos a influenciar positivamente a personalidade do recluso, quando na

realidade assumem um aspecto de pura custódia e, portanto, apenas funcionais à vida institucional.

Neste sentido, o primeiro objectivo da prisão deve ser *evitar dessocialização do recluso*. Efeito que a criminologia tem posto em destaque, salientado os aspectos da "infantilização" e da "subcultura prisional" como essenciais da acção dessocializadora exercida pela prisão. *Socialização* deve significar, portanto, numa primeira vertente, que os obstáculos a esta finalidade devem ser afastados. Retoma-se, assim, expressamente, o aspecto salientado na doutrina através da fórmula *nihil nocere*,³⁰ exigindo-se que se combatam as consequências nocivas da privação da liberdade.

Considerando os efeitos negativos do sistema penitenciário tradicional, o princípio do *nihil nocere*, se se quiser torná-lo verdadeiramente a sério, deve conduzir a modificações profundas da vida quotidiana no estabelecimento penitenciário. Destacam-se aqui, apenas, as proposições essenciais que concretizam o princípio: a configuração concreta da prisão não deve reforçar a estigmatização social já contida no julgamento pelo cometimento do crime; as limitações de direitos não devem ser autorizadas senão na medida em que são necessárias por razões de força maior, urgentes, que radicam no recluso (mas não em função das necessidades de funcionamento do estabelecimento): em consequência, as condições gerais de vida do recluso durante a execução da pena devem aproximar-se das condições gerais da vida em liberdade; finalmente, devem favorecer-se as relações do recluso com o mundo exterior.

(30) Cf. H. SCHÜLLER-SPRINGORUM, strafvollzug im Übergang - Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre, 1969, p. 178 s..

Adequar a execução da pena de prisão a esta intenção socializadora impõe a realização efectiva daquele programa de reforma punitiva geral cujos vectores principais são por demais conhecidos e, em boa parte, consagrados entre nós em sede legislativa.

A principal linha de força a destacar aqui é a de que a aplicação da pena de prisão deve restringir-se aos crimes mais graves. Só assim a pena de prisão estará em condições de assumir uma valência diversa da que lhe cabe tradicionalmente pelo que respeita à socialização: ela poderá ser capaz, pelo menos, de evitar que os efeitos positivos de intimidação que produz sobre o condenado sejam anulados por uma acção de sinal contrário, a dessocialização. Não sendo então impossível pedir à execução, nessas condições, que seja modelada em função das exigências de socialização manifestadas pelo recluso.

Esta ligação entre a limitação da pena de prisão, por um lado, e a capacidade da prisão para evitar os efeitos dessocializadores e servir a socialização, por outro, ressalta com mais vigor quando se consideram os problemas de organização e os custos económicos de uma execução centrada na socialização. A insuficiência das estruturas prisionais existentes em Portugal estará, em larga medida, na origem da actual situação de crise da pena de prisão. E, mantendo-se os níveis da sua aplicação, a criação, em larga escala, de novos estabelecimentos penitenciários, respondendo a modelos diferentes dos tradicionais em dimensão, organização e qualidade e quantidade dos operadores, não parece compatível com os recursos financeiros que o Estado está em condições de despendar neste sector.

Assim, a superação definitiva da crise passa por pôr em prática uma *política deflacionária* da utilização, em todas as suas vertentes, da pena de prisão. Se

assim não suceder, correr-se-á o risco de, a prazo, as prisões não poderem cumprir qualquer das funções de prevenção especial assinaladas, nem mesmo a de “neutralização” do condenado durante o tempo da execução.

Por outro lado, redução da população prisional permitirá associar à já vasta gama de penas de substituição a criação de novos estabelecimentos penitenciários com outras dimensões, estruturados segundo modelos organizatórios diversificados e dispondo de secções adequadas para tornar viáveis formas diferenciadas de tratamento, a obtenção de uma outra relação numérica entre operadores penitenciários e reclusos, a melhor selecção e formação do pessoal, a participação regular de técnicos especializados provenientes do exterior na vida da instituição e, finalmente, a organização racional do trabalho penitenciário que, como é sabido, em grande número de casos nem pode ser oferecido.

O cumprimento cabal destes objectivos manter-se-á no reino da utopia enquanto a prisão representar a forma normal de reagir à prática de crimes e se incrementar a sua duração (v. g., restringindo o âmbito de aplicação da liberdade condicional).

É este, porventura, o maior desafio que se coloca à organização do regime prisional. Na óptica do tratamento prisional, a socialização não deve ser encarada exclusivamente como preparação do recluso para voltar a ser sócio: essa promoção activa da aquisição de uma atitude social conforme ao dever-ser jurídico mínimo da comunidade não pode fazer esquecer que o recluso já é, enquanto tal, um sócio, sujeito embora a um estatuto especial, que nem por isso deixa de ser titular de direitos fundamentais. A pena de prisão não é uma pena de banimento, pelo que a reclusão penitenciária não pode ser um “espaço de quase-não direito”, uma obscura

“relação especial de poder” em que o Estado se desvincule do respeito que deve à dignidade da pessoa e aos seus direitos fundamentais. Ora, a intenção de *socialização*, visando embora um fim positivo, nem sempre contemplou a manutenção, por parte do recluso, dos direitos fundamentais que não são afetados por essa condição.

Antes de ser socializadora, afigura-se essencial que a execução da pena de prisão seja não-dessocializadora, e isto num duplo sentido: por um lado, que ela não ampute o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe garante; por outro lado, que ela reduza ao mínimo possível a marginalização de fato que a reclusão implica, com todos os efeitos criminógenos que lhe andam associados. Só a incorporação da não-dessocialização no conceito de socialização permitirá, de uma parte, cumprir a Constituição e, de outra parte, evitar o paradoxo, por tantos apontado, de se pretender preparar para 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 pena em *sujeito* da execução da pena, urge agora encará-lo *também* como sujeito *tout court*.

2. Regulação jurídica do estatuto do recluso a partir dos direitos e deveres fundamentais

2.1 O problema

2.1.1 A regulação jurídica do estatuto do recluso deverá ser um dos principais pilares da modernização do direito penitenciário.

O longo e penoso caminho percorrido neste domínio viu-se por vezes atravessado por considerações atinentes

ao *tratamento penitenciário* que incitavam a administração a reconhecer ao recluso, nos limites da ordem e segurança do estabelecimento, o exercício de certos direitos. Estava-se então menos em presença de verdadeiros *direitos* do que de *privilégios* que podiam ser restringidos ou suprimidos ao livre arbítrio de uma administração ainda toda poderosa. Em última análise, preocupava-se esta com os direitos do recluso na medida em que via na sua regulamentação um factor relevante para o bom funcionamento da instituição carcerária.

Sem se esquecer a importância que significou trazer assim a debate, no quadro de conceitos mais ou menos vagos e imprecisos de socialização, a temática referente à posição jurídica do recluso, sabe-se como só para além desta compreensão se logrou encetar novos rumos e perspectivas em relação a tão controvertida matéria.

A defesa da posição jurídica do recluso – iniciada, como é sabido, com os trabalhos de Freudenthal³¹ – veio culminar na sua consideração como portador de direitos fundamentais inerentes à condição do homem no mundo actual e a que indissociavelmente se liga, sem dúvida, uma mudança essencial de enfoque das chamadas relações especiais de poder.

(31) Cf. Do Autor, *Der Strafvollzug als rechtsverhältnis des öffentlichen Recht*, in ZStW, vol. XXXII (1908), p. 233 s., *Gefängnisrecht*, in ZStW, vol. XXXV, p. 917 s., *Strafrecht und strafvollzug im modernen Rechtsstaat*, in ZStW, XXXIX, p. 493 s., *Die rechtliche Stellung des Gefangenen*, in E. BUMKE, *Deutsches Gefängniswesen*, 1928, p. 141 a 146.

Por seu turno, o pensamento de Freudenthal não escapou aos juristas suíços do seu tempo. Cf. HAFNER E ZURCHER, in *Schweiz Gefängniskunde*, 1925, p. 95 s., cit. de F. CLERC, *Les droits du détenu*, in RPS, 1961, p. 34 s..

Abandonada a teoria clássica que situava certas relações de vida – designadamente, e pelo que aqui nos interessa, no que se refere aos reclusos – no domínio do *não-direito* e (ou) rejeitada a tese de que os cidadãos que são regidos por estatutos especiais renunciavam aos direitos fundamentais ou ficam numa situação de sujeição que implica uma qualquer *capitis deminutio*, surge definitivamente delineada no horizonte jurídico a unanimidade de posições que vêem o recluso como sujeito de direitos, mantendo relações *jurídicas* – de onde emergem direitos e deveres – com a administração.

Com isto pretende-se tão-só mostrar a diferença primordial que existe entre a degradação do recluso a mero objecto de medidas punitivas (ou de correcção), abandonado a forças que de todo lhe eram estranhas, arredado do direito – posição em que tudo lhe era “concedido” e “nada negado porque nada tinha” – e uma visão mais humanitária, pode dizer-se – já que a ela se prende, indiscutivelmente, um longo processo de humanização da detenção³² – mas, ao mesmo tempo, *jurídica* da posição do recluso.

Toda a contrária argumentação expandida, ainda que bem fundada, prendia-se afinal, irremediavelmente, a uma certa concepção do Estado e do Poder que não se compadece com a actual concepção do Estado de direito, exigindo a subordinação à lei e à Constituição – designadamente, no que diz respeito aos direitos fundamentais – destas agora impropriamente chamadas relações especiais de poder.

(32) Sobre a “ligação” entre o movimento de humanização das prisões e o reconhecimento de direitos aos reclusos, Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*, Coimbra, 1982, p. 9 s..

Se se fica tributário de uma administração penitenciária que inegavelmente procurou substituir, à margem da legalidade, todo um sistema de execução de penas privativas de liberdade anquilosado e cruel, expressão máxima de garantia conferida à protecção do recluso como ser humano é a preocupação de fixar através da *subordinação à lei* tal protecção dos direitos do homem relativamente ao recluso.

No entanto, a expressão de tal legalidade não deixa de exigir, por isso mesmo – porque se trata de garantir a existência de uma relação de vida especial –, uma *regulação elástica*.³³ Pode – e deve³⁴ – admitir-se que a “ordenação de certos sectores de relações (especiais) entre os indivíduos e o poder possa fundar (dar motivo) a restrições (também especiais) de alguns direitos – o bem estar da comunidade, a existência do Estado, a segurança nacional, a prevenção e repressão criminal, etc., são valores comunitários com assento ou reconhecimento constitucional que não podem ser sacrificados a uma concepção puramente individualista dos direitos fundamentais”.

Do que se trata é tão-só de relações de vida que exigem um *estatuto especial* – situado no seio da constituição onde deve procurar o seu fundamento ou, pelo menos, o seu pressuposto – que não legitima qualquer limitação específica e implícita de direitos fundamentais.³⁵

(33) Segundo K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1986, n.m. 321-327.

(34) Assim, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 1987, Coimbra, p. 245; da mesma forma, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1991, p. 555.

(35) Acentuando, expressamente, a idéia do fundamento constitucional de certas rela-

A compreensão da execução no âmbito jurídico-constitucional tem exatamente um dos seus momentos mais relevantes na determinação nos direitos fundamentais do recluso.

Ao estatuto especial do recluso é inerente uma legalidade própria em si mesma com um sentido necessariamente restritivo, indispensável à existência da própria relação especial como tal. De fato, o recluso não se pode eximir a uma intervenção, mais ou menos profunda, na esfera dos seus direitos fundamentais, enquanto essa intervenção exprime a própria essencialidade da execução ou é indispensável para assegurar a sua própria existência. Entretanto, as restrições de direitos fundamentais a que o estatuto especial dê motivos mas que não encontrem o seu pressuposto na Constituição serão, por isso, inconstitucionais.

Pressuposto destas restrições - e, a um tempo, deste estatuto especial do recluso, enquanto é imprescindível à própria colectividade a existência de certas relações de vida que incluem no seu âmbito direitos e deveres especiais³⁶ - será a defesa de *valores constitucionais* já que, por outra forma, o legislador poderia criar arbitrariamente or-

denamentos especiais para se subtrair ao respeito pelos direitos fundamentais.³⁷

2.1.2 A limitação que sofrem os direitos dos reclusos é assim amplamente fundamentada não à luz de valores que o legislador arbitrariamente tenha eleito para justificar a aplicação de medidas restritivas na execução, antes a socialização, sendo o princípio que norteia toda a sua regulação, surge como uma verdadeira exigência constitucional, como valor que cumpre ao legislador ordinário não só realizar como preservar.³⁸

Com efeito, a finalidade socializadora da execução da pena de prisão não se limita a aglutinar, a dar um corpo objectivo aos direitos fundamentais do recluso: ela é também um interesse da política penal do Estado - prevenção (especial) da reincidência - e, enquanto tal, inscreve-se no programa da acção estadual como fim heterónomo ao indivíduo. Ainda nessa veste, a socialização goza de indiscutível protecção constitucional. Aliás, o actual art. 30, n. 5, da Constituição dispõe que "os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas de liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução". Em verdade, a revisão constitucional de 1989, que adiou este preceito, seguiu de perto o art. 4.º, n. 1, do Decreto-Lei 265/79, que dispõe que "o recluso

ções de vida que apenas exigem um estatuto especial, Cf. K. HESSE, *op. cit.*, *loc. cit.*: "wenn die Grundrechte verfassungsrechtlich gewährleistet sind, können sie auch nur insoweit begrenzt werden als dies verfassungsrechtlich positiv oder doch wenigstens vorausgesetzt ist". Em sentido decisivamente contrário ao ensinamento clássico reconheceu-se que a situação de recluso *enquanto tal* não fundamentava, ademais num espaço totalmente isento de vinculação à lei, a conformação da sua posição jurídica.

(36) Referindo-se, com este sentido, a certas relações especiais de vida, pode ler-se em HESSE, *op. cit.*, *loc. cit.*: "Diese Lebensverhältnisse sind für das Leben des Gemeinwesens unentbehrlich".

(37) Neste sentido, HESSE, *op. cit.*, *loc. cit.*.

(38) Sobre a intervenção do poder legislativo no quadro de direitos fundamentais a fim de permitir a realização ou defender valores constitucionais, cf. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 215 s. É a idéia de socialização que justifica, fundamentalmente, o estatuto especial do recluso na sua qualidade de estatuto restritivo.

mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvas as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória, bem como as impostas em nome da ordem e segurança do estabelecimento prisional”.

Bem se justifica, entretanto, que “em nome da ordem e segurança do estabelecimento” (art. 4.º, n. 1, do Decreto-Lei 265/79) se venha a permitir a interferência nos direitos fundamentais do recluso. Reconhecido como a sua manutenção é um pressuposto indispensável para a realização do objectivo da socialização e contribuindo, ao mesmo tempo – enquanto se visa a segurança externa – para assegurar a defesa da sociedade, difícil será não lhe conceder valor como critério limitativo de direitos fundamentais dos reclusos. Indirectamente, é certo, ter-se-à em vista, aqui também, a existência de um valor constitucional.

O problema que fica em aberto é o de saber se se justifica *alargar* o fundamento legal da restrição de direitos do recluso às exigências da socialização. Este é, sem dúvida, um problema da competência do legislador ordinário. De uma parte, o legislador goza de uma amplíssima *liberdade negativa* na apreciação da necessidade de restrição de direitos: a permissão constitucional da sua *possibilidade* não implica, como é obvio, uma imposição legiferante de concretização. De outra parte, e de forma decisiva, o legislador só poderá proceder validamente à limitação de direitos se concluir que ela é necessário e adequada à protecção de certo interesse constitucionalmente protegido.

Entendemos, entretanto, que a lei não deve prever limitações de direitos ordenadas à protecção do interesse constitucional na socialização dos condenados, porque tal procedimento seria inadequado ao fim e, por vezes, desproporcionado. Repudiada a ideologia do tra-

tamento coercivo, a prevenção da reincidência e o conseqüente valor social da reinserção do condenado só podem ser eficazmente conseguidos através da *adesão voluntária* do destinatário da oferta estadual. Ora, não parece que a limitação de direitos possa contribuir, em caso algum para essa adesão voluntária. Ao invés, a limitação de direitos é por natureza, dessocializadora, no exacto sentido em que exclui o recluso do seu estatuto social normal.

Assim, do nosso ponto de vista, é a restrição de direitos fundamentais um procedimento inadequado ao conseguimento da socialização, pelo que a lei deve circunscrevê-la às exigências de ordem e segurança que a justifiquem de acordo com os requisitos gerais do art. 18 da Constituição.³⁹

2.1.3 Da articulação do regime vertido na Constituição e na lei desimplificam-se três conseqüências imediatas: em primeiro lugar, o recluso mantém, durante a execução da pena de prisão, a titularidade dos direitos fundamentais; em segundo lugar, a restrição dos direitos, liberdades e garantias (e dos direitos fundamentais de natureza análoga: art. 17 da Constituição) do recluso tem que operar-se por via legal (arts. 18 e 168, n. 1, al. b da Constituição); em terceiro lugar, a lei só pode restringir estes direitos quando a limitação seja “inerente ao sentido da condenação” ou “imposta em nome da ordem e segurança do estabelecimento”, devendo então subordinar-se aos requisitos gerais das

(39) Vai-se agora, inequivocamente, neste sentido, para que já se apontava em *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*, cit., p. 185 e n. 490 (embora aí se justificassem as limitações aos direitos dos reclusos impostas em nome da reinserção social e previstas no Dec.-Lei 265/79, ainda hoje em vigor).

leis restritivas (nomeadamente, a necessidade da limitação para a salvaguarda de um interesse constitucionalmente protegido, o princípio da proporcionalidade e o princípio da preservação do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais).

Ora, por um lado, parece conveniente que a lei, para além da cláusula geral já constante do art. 4.º, n. 1, do Decreto-Lei 265/79, dê um passo mais na concretização do estatuto jurídico do recluso, explicitando as limitações impostas em virtude da execução da pena de prisão e enfatizando os direitos que esta não afecta, sobretudo nos domínios em que a linha de fronteira se mostra mais controvertida ou obscura. Atento ao particular melindre de que se reveste a restrição dos direitos fundamentais, parece desejável diminuir a margem de apreciação da administração ao indispensável, dando assim melhor cumprimento ao princípio da igualdade e reforçando a segurança jurídica de quem lhe está subordinado.

Por outro lado, em situações normais, a garantia dos direitos, liberdades e garantias realiza-se essencialmente através da imposição de deveres de abstenção ao Estado e aos particulares. Mas, no contexto da realidade prisional, pode acontecer que a garantia dos direitos fundamentais dos reclusos só possa obter efectividade através da imposição de deveres de prestação ao Estado. É então imprescindível enunciar expressamente esses deveres sempre que os direitos fundamentais do recluso só possam deter consistência prática através de uma prestação positiva do Estado.

Este é um programa ambicioso que vale a pena tentar realizar. Aqui e agora proponho-me adiantar algumas reflexões em torno do direito do trabalho e à saúde, alinhando apenas alguns tópicos.

2.2 *Alguns direitos*⁴⁰

2.2.1 O direito ao trabalho

2.2.1.1 Um dos problemas mais delicados que actualmente se levantam na execução da pena de prisão é o que diz respeito ao *trabalho prisional*.

Associado à pena de prisão logo que esta ganhou autonomia normativa e científica com as leis penais da Idade Moderna, o trabalho prisional foi assumindo sucessivamente papéis diferentes na execução da pena. A traço grosso, e sem grandes preocupações de rigor cronológico, podem identificar-se três grandes estágios da concepção do trabalho prisional.

As primeiras teorias penológicas viam no trabalho um elemento fundamental para a regeneração moral e “normalização social” do delinquente. Inspiradas pela tradição cristã, e em especial pelo calvinismo, estas teorias procuravam, através do trabalho, afastar o delinquente da vida ociosa – e, portanto, pecaminosa – que “naturalmente” o havia levado para o senda do crime, inculcando-lhe do mesmo passo, os valores da ideologia burguesa recém-vitoriosa. Daí que o trabalho prisional fosse, simultaneamente, uma prática virtuosa (regeneração moral) e socialmente positiva (integração social).

Uma outra concepção do trabalho prisional assenta na ideia do trabalho como elemento da própria punição, como condição agravante da privação da liberdade. É a esta luz que se justifica o surgimento de uma pena prisão “com trabalhos forçados”, autónoma da prisão

⁽⁴⁰⁾ No exposto, segue-se, no essencial, o Relatório apresentado ao Ministro da Justiça em Novembro de 1997, pela Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas (A Execução das Medidas Privativas de Liberdade).

simples; a ela se deve também a natureza do trabalho prestado – regra geral, trabalho não produtivo, ou extremamente penoso ou humilhante, quando não desumano (pense-se *crank* e no *treadmill* anglo-saxónicos).

Finalmente, pode ainda falar-se de uma concepção do trabalho prisional que se afasta sensivelmente de ambas as perspectivas anteriores. O trabalho visa agora “criar, manter e desenvolver no recluso a capacidade d[e] este realizar uma actividade com que possa ganhar normalmente, a vida após a libertação, facilitando a sua reinserção social” (Dec.-lei 265/79, art. 63, n. 1).

Tal propósito é perfeitamente coerente com o modo como se encara a principal finalidade da execução da pena de prisão: se a socialização do recluso é essencialmente prevenção da reincidência, há fundadas esperanças de que a criação daquela capacidade contribua decisivamente para que o recluso consiga conduzir a sua vida futura sem praticar crimes.

Não se trata apenas de proporcionar ao recluso a aquisição ou manutenção das aptidões necessárias para o exercício de determinada profissão. Tão ou mais importantes são as chamadas competências sociais (conjugação de esforços numa colectividade produtiva, divisão de tarefas e de responsabilidades, contribuição pessoal – socialmente reconhecida através da remuneração – para o aumento da riqueza geral e conseqüente promoção da auto-estima) que o exercício do trabalho proporciona como talvez nenhuma outra actividade social.⁴¹

⁽⁴¹⁾ Uma idéia que é preciso corrigir, no entanto, quando se caminha decididamente na via da consideração do trabalho como factor de socialização, é a de que ele ocupa o lugar central na execução da pena de prisão dirigida à realização desse

2.2.1.2 Quanto ao seu regime jurídico, antes de mais, há que dizer que o *direito ao trabalho* constitucionalmente consagrado, como direito positivo à obtenção de trabalho, não sofre qualquer restrição em virtude da reclusão. O Estado tem, portanto, o *dever* de providenciar trabalho destinado aos reclusos.⁴²

objectivo. O centro de gravidade de uma concepção socializadora da execução da prisão deve deixar de se localizar no trabalho e centrar-se na formação e em programas de intervenção social (programas de socialização). Isto sem prejuízo de se reconhecer também um alto valor ao trabalho em vista da socialização; mas, em todo o caso, um *valor subordinado* em relação aos outros meios de socialização. O trabalho deve assim ser concebido como um *terreno de exercício* onde se aplica o que é adquirido durante a formação e a “intervenção” e onde o treino profissional, necessário no momento da libertação, pode ser adquirido ou mantido. Esta deslocação do centro de gravidade da execução socializadora, localizado até agora no trabalho prisional, merece ser assinalada, por força do significado histórico que encerra. Na verdade, o lugar primordial atribuído tradicionalmente ao trabalho já foi definido (Schüler Springorum) como “erro monumental da ciência penitenciária transformado em teoria” (cf. ÄBERSOLD/BLUM, *Der tut es immer wieder*, 1975, p. 90).

⁽⁴²⁾ Sobre os problemas específicos que coloca, entretanto, a realização do direito ao trabalho no âmbito prisional, cf. Relatório (cit.) – Anexo. Reflexões sobre o trabalho prisional, p. 254 s., especialmente p. 269 s.. Neste contexto, assinala-se que não é por acaso que é difícil encontrar legislações onde se consagre expressamente o *direito ao trabalho* do recluso. O mais longe que as legislações vão é na afirmação de uma obrigação da administração penitenciária de providenciar trabalho aos reclusos que o desejem. Assim, entre nós, não se consagra um direito ao trabalho do recluso (cf. Dec.-lei 265/79). Destaque-se, no entanto, o sistema espanhol, onde se confere ao trabalho dos reclusos dignida-

Claro é também que algumas das liberdades complementares do direito ao trabalho se encontram limitadas em função da própria condenação e das exigências de ordem e de segurança.⁴³

2.2.1.3 Problema controvertido é o de saber se o trabalho deve constituir também um *dever especial* do recluso, cuja violação dê lugar a sanções específicas, nomeadamente de índole disciplinar.

É sábio que a Constituição, ao garantir o direito ao trabalho, o considera inseparável do dever de trabalhar. Contanto que o alcance deste dever fundamental “[não seja] evidente”, certo é que a Constituição não reconhece a liberdade de não trabalhar, embora não pareça admissível que a lei penalize de algum modo a ociosidade injustificada. Trata-se, portanto, de um “dever sem sanção, que talvez possa ser qualificado como um ‘dever cívico’”.⁴⁴

Perante esta configuração do dever de trabalhar, a Constituição parece não pôr qualquer obstáculo à imposição legal de um dever de trabalhar aos reclusos, já que não se trata aí de uma restrição de direitos fundamentais.

de constitucional, configurando-o como um direito fundamental: o condenado, em qualquer caso, tem direito a um trabalho remunerado (art. 25.2 da Constituição espanhola).

(43) V.g., a liberdade de escolha de profissão. Limitadas apenas, porquanto a lei vigente prevê, correctamente, como critérios de escolha do trabalho, “nos limites de uma selecção profissional racional, sem prejuízo da segurança e da ordem do estabelecimento, as capacidades físicas e intelectuais, as aptidões profissionais e as aspirações dos reclusos (...)”.

(44) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da república Portuguesa - anotada*, 1993, anotação ao art. 58.

O centro do problema desloca-se, então, do domínio dos direitos fundamentais para o campo da estratégia e da racionalidade próprios do direito penitenciário. Quer dizer: não se trata agora de saber se a imposição do dever de trabalhar aos reclusos é constitucionalmente legítima, mas sim de averiguar da sua adequação ao cumprimento dos objectivos que norteiam a execução da pena.

Assim, em primeiro lugar, não parece que a obrigação de trabalhar se coadune com o modo por que se perspectiva a socialização do recluso, a qual pressupõe a participação voluntária na sua reinserção social. Ao invés, no contexto do constrangimento geral da vida pessoal que a reclusão necessariamente implica, a obrigação de trabalhar tenderá a levar o recluso a sentir-se objecto de um novo sofrimento e, portanto, a rejeitar, ao menos intimamente, a ocupação laboral. Em vez da adesão ao trabalho, o dever de trabalhar pode provocar a reacção negativa ao mesmo, com o conseqüente desejo de trabalhar o menos possível quando não de forma inadequada ou sabotadora.

Em segundo lugar, o dever de trabalhar não parece adequado ao consequimento de ganhos na ordem e na segurança do estabelecimento prisional. Desde logo, porque esses ganhos provêm da *prestação do trabalho* propriamente dito, não da *existência formal do dever*, e não se encontra demonstrado que a ocupação laboral diminua significativamente em virtude de o trabalho não ser obrigatório. Seguro é que ela aumentará na medida em que o recluso se sinta estimulado, de forma positiva (dignificação da espécie de trabalho e respectiva remuneração, concessão de prémios e benefícios, etc.), a prestar trabalho. Além disso, os estudos sobre a conflitualidade nas prisões apontam no sentido de ela variar na razão inversa

– e não na razão directa – do grau de constrangimento imposto aos reclusos.

Tudo a apontar, do nosso ponto de vista, para a *não consagração* ao nível legal de um dever de trabalhar específico para os reclusos.

Entretanto, entendemos que o dever fundamental (constitucional) de trabalhar não é absolutamente irrelevante para a posição jurídica do recluso.

Na verdade, como qualquer outro cidadão, o recluso encontra-se obrigado pelo dever fundamental de trabalhar; e porque se trata de um dever fundamental de natureza *cívica*, nada impede que a recusa injustificada de trabalhar por parte do recluso seja valorada nos momentos em que a entidade competente avalia, para os devidos efeitos legais, o processo da sua socialização.

Por outro lado, não se ignora que o trabalho disponível nas prisões é hoje um bem escasso. Além disso, a tendência actual do trabalho prisional é já a de evoluir para uma cada vez maior aproximação ao trabalho em liberdade, com tudo o que ela implica para a organização racional da actividade laboral. Assim, o recluso que decide trabalhar recebe uma prestação estadual pela qual deve ser responsabilizado, no plano penitenciário, em termos paratratuais. Deste modo, a lei deve consagrar o dever do recluso de garantir a prestação do trabalho nos termos acordados e prever o sancionamento (inclusive disciplinar) das infrações *injustificadas* a esse dever voluntariamente assumido. Tal regime encontrar-se-á em consonância com a intenção de auto-responsabilização inscrita no programa da socialização.

2.2.2 O direito à saúde

2.2.2.1 O direito à saúde, enquanto típico direito social, implica prestações

positivas do Estado. Assumem um particular relevo na execução da pena de prisão, porquanto a população prisional apresenta graves carências neste domínio.

Do ponto de vista dos direitos do recluso – plano de que curamos aqui –, o conteúdo deste direito traduz-se, desde logo, em não ser excluído das prestações estaduais, nesse domínio, em virtude da reclusão (não dessocialização). O que, do nosso ponto de vista, implica repensar a participação do Ministério da Saúde na defesa e na promoção da saúde dentro das prisões: a doença de um recluso não deixa de ser, por força da reclusão, um problema da área da saúde, pelo que a solução não pode repousar exclusivamente sobre o Ministério da Justiça.

Além disso, de um outro prisma, a defesa e a promoção da saúde inserem-se na área específica da socialização activa, justificando por isso a criação de programas especiais no âmbito penitenciário que dêem corpo a esse dever especial do Estado para como o cidadão recluso (profilaxia da toxicod dependência e da doença mental, designadamente).

2.2.2.2 Neste domínio (da saúde), assume relevo específico o problema do emprego de *meios coercivos*, i.e., contra a vontade do recluso. Que convoca, de resto, considerações autónomas em relação às suscitadas em geral, porque, desde logo, faz apelo a tópicos que exorbitam da pura segurança e ordem do estabelecimento, mas ainda por força do melindre e da complexidade das situações que lhe servem de ambiente: epidemias, auto-mutilação, greve de fome, suicídio, acidentes laborais, agressões, etc.

A extrema diversidade destas situações implica uma também diversa relevância jurídica, pelo que sempre será

necessário analisá-las separadamente, para assim poder retratar com nitidez os contornos dos direitos e dos deveres do recluso e da administração prisional perante cada uma delas. Propomo-nos aqui, apenas, considerar a problemática em torno da *greve de fome*, o que faremos considerando o direito português.

Por greve de fome⁴⁵ entende-se o instrumento contestatário ou reivindicativo que consiste em o recluso se recusar a ingerir alimentação com o objectivo de protestar contra uma situação judicial, penitenciária ou política, ou de reclamar a sua alteração.

O conceito desdobra-se, por isso em diversos elementos: recusa de ingerir alimentos, âmbito penitenciário e carácter reivindicativo e político.

O facto de ela se desenvolver no âmbito penitenciário é uma característica fundamental, que tem de ser levada em conta na resolução do problema.

Com efeito, é forçoso reconhecer que o carácter contestatário ou reivindicativo da greve de fome e a sua inserção no âmbito penitenciário obrigam a um particular cuidado no tratamento da questão, uma vez que a situação de privação de liberdade limita por si mesma outros meios de protesto que se encontram geralmente à disposição dos cidadãos livres.⁴⁶

Para além de que a situação de privação de liberdade faz com que a decisão de não ingerir alimentos não possa ser encarada unicamente do ponto

de vista dos interesses e direitos do recluso, já que a administração prisional é necessariamente por ela envolvida, não podendo ignorar um facto de tal gravidade.

A greve de fome pode ter diversos motivos, sobretudo se é fruto de decisão individual. Normalmente, é usada como meio de pressão para protestar frente a uma decisão ou situação considerada injusta e obter a respectiva reparação.

Assim, ao colocar em perigo a sua vida, o recluso não tem por objectivo provocar a própria morte: diversamente, a colocação em perigo da vida dirige-se a demonstrar intensidade da (suposta) injustiça a qual se protesta.

Esta forma de reivindicação adquire também um carácter político porque a sua ressonância social coloca o Estado numa posição delicada. Daí que, muitas vezes, o recluso abandone a greve quando consegue a divulgação da situação.

Além disso, as greves colectivas têm normalmente um específico sentido político que incrementa a complexidade do problema, sobretudo se se trata de reclusos pertencentes a grupos terroristas, pois pode assumir aí especial relevo a ideia de defesa do Estado.

De relevo para a dilucidação das questões aqui implicadas é a delimitação da greve de fome em relação ao suicídio. Na verdade, aquela não pode qualificar-se genuinamente como um suicídio porque não está ordenada à vontade de morrer própria do suicida. Diversamente, a vontade do recluso é expressar, através da greve e consequentemente auto-colocação em risco, uma reivindicação de carácter judicial, penitenciário ou político. Daí que Munõz Conde⁴⁷ entenda que em caso algum se pode

(45) Sobre o tema cf., dentre numerosos estudos, VICENTA CERVELLÓ DONDERIS, *La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y limites de la alimentación forzosa*, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, p. 55 s..

(46) Cf., v. g., a limitação do direito de manifestação.

(47) *Derecho Penal. Parte Especial*, 1993, 3. ed., p. 73.

entender a greve de fome reivindicativa como um autêntico suicídio enquanto o recluso estiver consciente, pois a intenção é atingir o objectivo do protesto e não morrer.

Ainda assim, levanta-se a questão de saber se, em certos casos a admissão e conformação com a morte como resultado lateral da greve é subsumível ao conceito de suicídio. Uma resposta afirmativa poderia ter consequências de natureza jurídico-penal, pois sempre se poderia questionar, em abstracto, se a abstenção de actuar que permite o desencadear da morte releva tipicamente à luz do crime de auxílio ao suicídio.

Na verdade, os casos mais graves – aqueles em que o indivíduo manifesta reiterada e expressamente a vontade de prolongar o seu protesto até ao fim, admitindo assim a própria morte – podem aproximar-se do suicídio, já que a morte, embora não seja um resultado querido directamente, é aceita como consequência necessária ou eventual da não ingestão de alimentos.

Porém, uma forte corrente doutrinal⁴⁸ limita conceito de suicídio aos casos em que a vontade de morrer está presente de forma inequívoca, como fim precípua da criação do risco para a vida.

Ora, é seguro que a conformação com a morte está ausente na grande maioria dos casos de greve de fome e, nos restantes – naqueles em que se admite a possibilidade de morrer –, não se pode afirmar que existe um acto de renúncia inequívoco ao direito à vida ou o exercício de um eventual direito à própria morte.

Assim, não é a incriminação do auxílio ao suicídio que impõe, nestes casos, um dever jurídico de agir.

O problema da legitimidade da alimentação coactiva exige uma reflexão sobre os direitos do recluso por ela atingidos, quer para os ponderar entre si, quer para os confrontar com os deveres da administração penitenciária.

Entre aqueles direitos podem destacar-se, pela sua importância, o direito à autodeterminação sobre a vida e a saúde que deriva directamente da dignidade humana, o direito a ser submetido a tratamentos desumanos, o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito de autodeterminação sobre o próprio corpo e a liberdade de expressão.

Porém, a decisão sobre a legitimidade do tratamento e da alimentação coactivos em caso de greve de fome não pode atender apenas aos direitos do recluso: a solução do problema tem de ponderar também os interesses do Estado que se realizam através da imposição de deveres à própria administração penitenciária. De entre essa ressalta, em especial, os deveres de velar pela vida e saúde dos reclusos e de manter a ordem e a segurança do estabelecimento. A que acrescem, segundo alguns,⁴⁹ a “necessidade de assistência de uma comunidade organizada em estado social e o seu interesse em obviar aos suicídios de reclusos desfavorecidos, além do mais, pelas especiais condições de vida e com um efeito de espiral sobre os mais lábeis companheiros de reclusão”.

E invocam-se, para além disso, “factores adicionais susceptíveis de fazer subir as dificuldades”, como “o facto de

(48) A título exemplificativo, *vide*, na literatura espanhola, JORGE BARREIRO, A. “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, *Cadernos de Política Criminal*, n. 16, 1982, p. 20.

(49) BOTKE, *apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 408.

o recluso ver a sua autonomia cercada pelas condições de existência na *instituição total* que é a prisão” ou “o interesse do Estado em preservar a própria imagem – e de instituições tão sensíveis como o sistema penitenciário – à luz dos princípios e das representações do estado de Direito”, que convergem para um “complexo emaranhado de interesses e direitos fundamentais em colisão”, assim se explicando o desencontro de soluções legais e a diversidade dos juízos sobre a questão.⁵⁰

Numa tentativa de sistematizar tais juízos, podemos agrupá-los em duas teses: a que sustenta abertamente a inconstitucionalidade da norma que permite o tratamento e a alimentação coactivos e que não questiona a legitimidade constitucional deste regime.

A doutrina portuguesa propende para defender a primeira tese. Assim, desde logo, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro,⁵¹ que consideram o art. 127, n. 1, do Decreto-lei 265/79 de constitucionalidade duvidosa, afastando, no caso a validade do consentimento presumido que funciona no caso do suicida em estado de inconsciência (cf. art. 156, n. 2, *a* do CP). Já Silva Dias⁵² se pronuncia inequivocamente pela inconstitucionalidade daquela norma, em nome da liberdade de consciência tutelada pelo art. 14 da Constituição. Afirma o Autor (p. 131, s.): “em caso algum é juridicamente requerido o cumprimento de um dever que comporta uma lesão da autonomia ética do paciente. De outro modo, conceder-se-ia ao médico um poder de decidir sobre interesses alheios, o que representaria um desprezo olímpico pela autonomia de decisão do

indivíduo, mais ajustado ao perfil de uma sociedade totalitária do que de outra respeitadora da liberdade e dos direitos das minorias”. Para concluir que “(...) a ordem jurídica não exige do agente o cumprimento de um dever que atenta contra um bem jurídico que, na situação concreta, representa exhaustivamente a autonomia pessoal da vítima”.⁵³

Também na doutrina estrangeira,⁵⁴ uma corrente sustenta abertamente a tese da inconstitucionalidade, em nome da colisão com os direitos fundamentais da integridade física e do livre desenvolvimento da personalidade, defendendo que o direito de auto-determinação sobre o próprio corpo não tem que ceder face ao dever de protecção da saúde e da vida que incumbe ao Estado. De acordo com estes autores, o primado do princípio da autonomia resulta directamente do valor supremo da dignidade humana defendido pela Constituição, o que vale seguramente, pelo menos, quando apenas estão em causa interesses próprios.

No extremo oposto, procuram outros ancorar a legitimidade material da disposição legal que prevê a alimentação coactiva a partir da prevalência dos interesses prosseguidos pelo Estado em face da autodeterminação pessoal.

Na tentativa de encontrar vias de solução para o problema, dissemos já que ele não se resolve satisfatoriamente através da exclusiva ponderação dos direitos do recluso. É certo que, perante as dificuldades para determinar se o direito à vida é ou não superior à liberdade individual e à autonomia humana, sempre se poderia avançar com o critério do *favor libertatis* para encon-

(50) COSTA ANDRADE, *ult. loc. cit.*

(51) *Responsabilidade médica em Portugal*, Lisboa, 1984, p. 55 s..

(52) *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, p. 130 s..

(53) *Op. cit.*, p. 136.

(54) Para uma visão da doutrina estrangeira, cf. COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 408, nota 129.

trar uma resposta. Mas, sendo isto válido em geral, há interrogações que obrigam a colocar o conflito entre os direitos do recluso, por um lado, e os deveres da administração penitenciária, por outro. Sempre se poderá perguntar, com efeitos é verdadeiramente livre a decisão do grevista de não ingerir alimentos, ou, diversamente, se o facto de ela ser motivada por razões que dizem respeito à sua situação penitenciária (e por vezes incluída numa estratégia de grupo) não porá em causa a liberdade da decisão; ou se, em abstracto, a abstenção de agir não permitirá à administração penitenciária “libertar-se” invariavelmente de indivíduos hostis ou se, ao invés, a imposição da alimentação coerciva, sem mais, não lhe servirá para eliminar resistências e protestos contra a tomada de decisões pouco claras ou injustas.

Para além destas questões, uma decisão a favor do puro respeito pela liberdade do recluso não conteria virtualidades para ser inequivocamente aceite, atentos os valores que estão em causa.

Com efeito, não é difícil encontrar quem propugne – com razão ou sem ela –, em sede de deontologia médica, a prevalência do dever de salvar a vida em face do dever de respeitar a liberdade de decisão do doente e, assim, a legitimidade da actuação do médico ao abrigo de um direito de necessidade. Assim, já se defendeu⁵⁵ que, por sobre o dever deontológico do médico, consagrado no art. 57 do Código Deontológico, de não intervir “em manobras de alimentação artificial coerciva”, vale o dever de guardar respeito absoluto pela vida humana, também consagrado no mesmo Código (art. 50), estando por isso o médico obrigado ao cumprimento do dever deontológico prevalecente, sc.,

evitar a morte do recluso em greve de fome.

De entre os deveres da administração penitenciária que são chamados a participar na solução do problema, ressaltam, como se disse, os deveres de velar pela vida e saúde do recluso e de manter a ordem e a segurança do estabelecimento. E, na verdade, parece que só nesta sede se poderá atingir uma solução racional e materialmente fundada.

Recorde-se que a greve de fome, não integrando a noção de suicídio, consiste numa auto-colocação em risco com fim contestatário ou reivindicativo. Na esmagadora maioria dos casos, é o próprio Estado (na veste dos tribunais, da administração penitenciária, do regime político instituído, etc.) que está na origem do protesto ou da reivindicação. Sendo assim, o dever de velar pela vida e pela saúde do recluso, ainda que contra a sua vontade, traduz-se aqui na eliminação de um risco para a raiz, para o substrato antropológico de onde brota tal vontade, risco esse que foi criado, ainda que longínqua ou simbolicamente, pelo próprio Estado.

Assim, na greve de fome, o conflito entre a liberdade pessoal do recluso – a recusa de se alimentar – e a preservação coactiva da sua vida *assume contornos completamente diversos da recusa de tratamento em caso de doença letal (sc., em consequência da criação fortuita do risco)*.

Com efeito, neste último caso, a morte ocorre como consequência de uma vontade incondicionada de prosseguir, em perfeita liberdade de consciência, um interesse próprio a não submissão a tratamento –, a qual deve merecer o respeito do Estado.⁵⁶

(55) CABRAL BARRETO, em voto de vencido no *Parecer da Procuradoria Geral da República*. BMJ, n. 321, p. 199.

(56) Defende-se, neste ponto, uma solução contrária à actualmente em vigor (art. 127, n. 1, Dec.-lei 265/79) para os exames e

Na greve de fome, a morte ocorre como *consequência não desejada e só raramente aceite de uma vontade directa e imediatamente condicionada por um conflito com o Estado*. E por isso se compreende que o Estado se auto-vincule, através do dever de tratamento, a não permitir que o conflito entre os seus interesses e os interesses de um cidadão se “resolva” com a morte deste. Advogar a incompressibilidade da liberdade pessoal que leva à morte, *nestes casos*, como consequência da *autodeterminação* do

tratamentos médicos em geral: estes não devem poder impor-se coercivamente, nem mesmo em caso de perigo iminente para a vida, aplicando-se, por isso, o regime geral previsto, nomeadamente, nos arts. 150 e 156 do CP.

Sucede que o art. 127, n. 1, prevê genericamente a possibilidade de intervenção médica *coactiva* em caso de perigo para a vida ou grave perigo para a saúde do recluso. Os interesses que esta norma visa salvaguardar são, evidentemente, a integridade física e a vida do recluso e, também, a manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento. Relativamente aos primeiros, não parece que o facto de o recluso se encontrar, de alguma forma, sob a responsabilidade da administração prisional introduza alguma diferença relevante no regime geral das intervenções médicas, por outras palavras: se, em geral, a preservação da vida e da saúde, *enquanto interesse do próprio paciente*, não prevalecem, sobre a sua liberdade de autodeterminação, ficando penalmente proibida a intervenção médica *coactiva*, o *interesse próprio do Estado em preservar a vida e a saúde do recluso* não pode, por maioria de razão, justificar a limitação da liberdade do recluso de recusar o tratamento. Por outro lado, o exercício do direito à liberdade pessoal e à autodeterminação do recluso, nos precisos termos em que são exercidos nestes casos, não conflita com a segurança e a ordem do estabelecimento, já que a não intervenção da administração respeita integralmente a vontade *incondicionada* do recluso e não parece, por isso, susceptível de causar alarme na população prisional.

indivíduo, equivale a uma perversão, quando não a um entendimento cínico da protecção dessa autodeterminação.

Tudo o que se exaspera se se atender ao alto índice de perturbações nervosas evidenciado pela população prisional e à consequente (e complexíssima) questão de saber quais os limiares do comportamento livre, mesmo para alguém da doença psíquica, sobretudo quando estão em causa decisões com efeito tendencialmente irreversíveis.

Por outro lado, a possibilidade de imputação simbólica (não normativa) da “responsabilidade” pela morte do grevista ao Estado (e, logo, à administração prisional) transporta um elevado potencial de comoção, que, regra geral, causa forte alarme entre a população reclusa e que justifica, em definitivo, a cedência do direito à autodeterminação sobre o corpo e sobre a saúde, nesta específica forma de exercício, em homenagem à manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento.

Pode então adiantar-se, como conclusão provisória, que, em caso de greve de fome, os direitos à liberdade pessoal, de autodeterminação sobre a vida, o corpo e a saúde, e a liberdade de expressão titulados pelo grevista são limitados pelo interesse do Estado em preservar a sua vida e em manter a ordem e a segurança do estabelecimento, nos termos estritamente necessários à satisfação desses interesses.

Assim, tratando-se embora de intervenções em benefício da vida e da saúde do visado, elas legitimam-se, não pela intenção salutista do Estado de defender o “próprio bem” das pessoas contra a sua vontade – sede a que se tem, muitas vezes, reduzido o problema – mas antes *pela prossecução de interesses próprios do Estado e, portanto, heterónomos ao indivíduo, que gozam de protecção constitucional*. Não se ignora que essa proposição é susceptível de provocar o repú-

dio daqueles que, em geral, não admitem a prevalência de valores heterónomos sobre o que entendem caber na “autonomia ética” da pessoa. Mas é nesta sede, e não noutra, que imposta discutir o problema e construir a solução do conflito.

Resta saber, de acordo com o que se expendeu, qual o desenho da fronteira justa entre os direitos do recluso e os interesses do Estado que com eles conflituam.

A aproximação a esta questão faz-se clarificando em que momento se deve admitir a referida intervenção coactiva. Abrem-se, quanto a este ponto, duas possibilidades.

A intervenção seria legítima apenas quando o recluso perde a consciência aplicando-se, no fundo, à greve de fome e aos riscos que dela resultam as regras gerais sobre a intervenção médica nos casos em que não é possível averiguar, no momento da actuação, a vontade real do paciente (v. g., os casos de suicidas em estado de inconsciência).

Assim, mesmo nos casos em que o recluso tivesse expressamente dado a conhecer a vontade de levar o protesto até à morte, sempre se poderia dizer que, comportando estes processos ‘estádios finais mais ou menos prolongados de inconsciência durante os quais está cortada a comunicação com o suicida e, por isso, precludido o acesso à atitude existencial induzida pela experiência entretanto vivenciada (...) o respeito, sem mais, pela decisão inicial de suicídio’ poderia significar, afinal, “uma ‘perversão’ do direito de autodeterminação”,⁵⁷ pelo o que se justificaria a intervenção coactiva.

O inconveniente que se aponta a esta solução é o de que a situação de inconsciência pode ser, por vezes, uma situação

já irreversível, ou comportar danos irreparáveis para a saúde do recluso.

Para outra perspectiva, o momento de intervir seria aquele em que existe um perigo actual para a vida do recluso, ou um perigo grave para a sua saúde. Esta solução, antecipando o momento da intervenção, potência a lesão da liberdade, já que admite a legitimidade da intervenção contra a vontade expressa e consciente do recluso.

Todavia, ela é compatível com o entendimento que expusemos, relativamente à legitimidade da compressão da liberdade de autodeterminação do recluso perante os deveres de velar pela saúde do recluso e de manter a ordem e a segurança do estabelecimento que incumbem à administração. É dizer: admite-se que os interesses do Estado em preservar a vida e a saúde do recluso e em manter a ordem e a segurança do estabelecimento limitem, pelas razões já apontadas, a autodeterminação do recluso, não só nos casos em que a greve de fome causa um perigo actual para a sua vida, mas também ela provoca um perigo grave para a sua saúde.

Este será, então, o momento inicial a partir do qual a intervenção é legítima. Claro, que, do puro ponto de vista da manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento, o momento ideal para a intervenção coactiva ocorreria muito antes, no momento seguinte à recusa da ingestão de alimentos. Porém, o direito de autodeterminação e a liberdade de expressão do recluso impedem tal solução, devendo aqueles interesses suportar uma compressão até à ocorrência de um perigo grave para a saúde do grevista.

Daqui decorre que a *legitimidade da alimentação coactiva depende sempre do perigo grave para a saúde ou para a vida do recluso*, não podendo ser administrada com o mero intuito de eliminar uma forma de protesto incómoda para a administração prisional.

(57) COSTA ANDRADE, op. cit., p. 408.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.2

A DIGNIDADE HUMANA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NOS EUA*

(Tradução: Ana Sofia Schmidt de Oliveira)

ERIC LOTKE

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Crescimento – 3. As taxas de criminalidade – 4. Ingresso facilitado – 5. A dignidade humana – 6. Nenhuma correlação – 7. Soluções.

1. Introdução

Sou Eric Lotke do National Center on Institutions and Alternatives e vim falar a vocês sobre a dignidade humana e a justiça criminal nos Estados Unidos. É um tema estranho. Quando mencionei a um colega de escritório que viria ao Brasil falar sobre dignidade humana no sistema americano, ele disse: “Bem, será um discurso curto.”

A dignidade humana não está na lista das principais preocupações do sistema de justiça criminal do meu país. Na verdade, levar em conta a dignidade de um criminoso pode ser considerada uma conduta antipatriótica. Falo mais disso posteriormente. Antes, é preciso discutir sobre as mais importantes características da justiça americana – depois voltarei ao esquecido tema da dignidade – porque, de fato, existe dignidade no sistema americano. Apenas é preciso saber onde procurar. Os EUA têm cometido alguns erros nos últimos anos – incluída a perda da dignidade – e as condições lá experimentadas estão sen-

do vivenciadas no Brasil e em outros países. Talvez as outras nações possam aprender das decisões tomadas nos EUA.

2. Crescimento

O que há de mais impressionante no sistema de justiça criminal dos EUA é seu tamanho. Quão grande ele é, quão rapidamente tem crescido. O sistema de justiça criminal de outros países não é tão grande e, no curso da história dos EUA, nunca foi tão grande assim; por isso, o tamanho atual é extraordinário levando-se em conta padrões internacionais e históricos.

Já ouvi dizer que só uma pessoa perspicaz pode ser tocada por estatísticas. Como é o caso desse auditório, vou deixar que algumas estatísticas falem por si e tentar mostrar a vocês, através de números, quão grande é o nosso sistema.

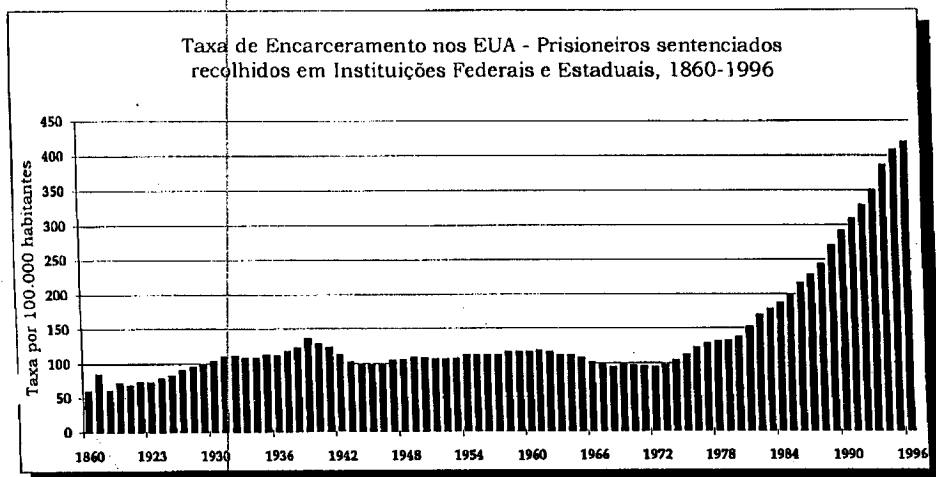
● O gráfico n. 1 mostra a *taxa de encarceramento*, o número de pessoas presas por 100.000 habitantes nos EUA. Nós temos dados desde 1860 e vocês podem ver que a taxa de encarceramento se manteve em torno de 100 X 100.000, um pouco acima, um pouco

(*) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

abaixo, por mais de um século da nossa história registrada. A taxa de encarceramento manteve-se relativamente estável durante todo o período da primeira guerra, da grande depressão, da segunda guerra, da era dos direitos civis, da guerra do Vietnã, e assim em diante. Na verdade, as taxas de encarceramento de

muitas outras nações se mantêm em torno de 100 X 100.000. No Brasil, creio, é de 80 X 100.000 e na Alemanha, França e Inglaterra, a taxa está logo abaixo de 100; no Canadá, um pouco acima. Talvez seja correto dizer que 100 X 100.000 é uma taxa média razoável ou "normal".

Gráfico n. 1



National Center on Institutions and Alternatives

- Mas então, por volta de 1980, alguma coisa aconteceu e a população prisional disparou em direção ao céu. Nossa população prisional praticamente foi quadruplicada desde 1980. (Imaginem que as vendas de automóveis houvessem quadruplicado desde 1980, ou que os casos de cólera houvessem quadruplicado desde 1980. Teríamos uma incrível história de sucesso comercial ou uma epidemia terrível. A mesma atenção deve ser direcionada a este rápido aumento nas taxas de encarceramento).

- Nós temos agora em torno de 1.7 milhões de pessoas trancadas nas prisões de todos os tipos nos EUA – penitenciárias, cadeias, centros de de-

tenção juvenis. Nossa taxa de encarceramento total é aproximadamente de 6 a 8 vezes maior que a taxa *per capita* dos países aos quais gostamos de nos comparar – outras democracias industrializadas como Alemanha, França, Japão ou Canadá. Vejam a tabela n. 1.

- Nós temos inaugurado uma média de três prisões por mês nos últimos 20 anos mas não conseguimos resolver o problema da superlotação. Entre em qualquer presídio nos EUA e você verá beliches duplos em pequenas celas, verá presos dormindo em colchões nos corredores e apertados, ombro a ombro, mesmo em grandes dormitórios.

Tabela n. 1

Taxas internacionais de encarceramento em 1995

PAÍS	NÚMERO DE PESSOAS	TAXA DE ENCARCERAMENTO POR 100.000 HABITANTES
África do Sul*	110,120	265
Alemanha	68,396	85
Áustria	6,761	85
Bangladesh	44,111	37
Belarus	52,033	505
Bélgica	7,401	75
Brunei Darussalam	312	110
Bulgária	9,684	110
Camboja	2,490	26
Canadá	33,882	115
China	1,236,534	103
Chipre	202	30
Coréia do Sul	61,019	137
Croácia	2,572	55
Dinamarca	3,421	65
Escócia	5,697	110
Eslováquia	7,979	150
Eslovénia	630	30
Espanha	40,157	105
Estados Unidos	1,585,401	600
Estônia	4,034	270
Fidji	961	123
Filipinas	17,843	26
Finlândia	3,018	60
França	53,697	95
Grécia	5,897	55
Hong Kong	12,741	207
Hungria	12,455	120
Ilhas Salomão	150	46
Ilhas Cook	45	225
Índia	216,402	24
Inglaterra/ País de Gales	51,265	100

PAÍS	NÚMERO DE PESSOAS	TAXA DE ENCARCERAMENTO POR 100.000 HABITANTES
Irlanda	2,032	55
Irlanda do Norte	1,740	105
Islândia	113	40
Itália	47,323	85
Japão	46,622	37
Kiribati	91	130
Letônia	9,608	375
Lituânia	13,228	360
Luxemburgo	469	115
Macau	439	107
Malásia	20,324	104
Malta	196	55
Moldova	10,363	275
Noruega	2,398	55
Nova Zelândia	4,553	127
Países Baixos	10,143	65
Polônia	65,819	170
Portugal	12,150	125
República Checa	19,508	190
Romênia	45,309	200
Rússia	1,017,372	690
Singapura	8,500	287
Suécia	5,767	65
Suíça	5,655	80
Tailândia	106,676	181
Turquia	49,895	80
Ucrânia	203,988	390

* A taxa de encarceramento da África do Sul leva em conta uma base populacional diferente daquela considerada em nosso último relatório e portanto não deve ser utilizada para finalidades comparativas.

• Entre estes 1.7 milhões de presos, 250.000 estão aguardando julgamento. Certa vez, eu estava conversando sobre estatísticas semelhantes a estas com um criminólogo canadense e simplesmente jogava alguns números. Ele, repentinamente, me interrompeu e exclamou espantado: "Os EUA têm um quarto de milhão de pessoas presas que são legalmente inocentes?" Com uma certa dose de constrangimento, tive que responder, "sim". Sendo americano, adquiri o hábito de pensar no sistema de justiça criminal em uma escala que em outros países é considerada absurda. Vejam a tabela n. 2.

Tabela n. 2

O TAMANHO DO SISTEMA*

A. Presos em penitenciárias	1.1 milhões
Presos em cadeias	0.5 milhões
Presos em centros juvenis	0.1 milhões
Total de presos:	1.7 milhões
B. Condenados em sursis	2.4 milhões
Condenados em livramento condicional	0.6 milhões
Total sob supervisão	3.0 milhões
Total do Sistema (A + B, 1997):	4.7 milhões
Prisões anuais (1996)	15 milhões
Entradas anuais (Est.1996)	12 milhões
Registros Criminais (1995)	50 milhões

• Infelizmente, as coisas pioram. O sistema é dinâmico, as pessoas entram e saem continuamente. Apesar de existirem aproximadamente 1.7 milhões de pessoas trancadas qualquer que seja o dia considerado, durante o ano de 1996 mais de 12 milhões de pessoas entraram nas prisões e cadeias americanas. A maior parte destas pessoas passaram

poucos dias nas cadeias locais, foram registradas e liberadas por fatos como prostituição, jogo, reincidência em direção sem habilitação, comportamento desordeiro, dar alimentos a animais selvagens, abrir *containers*, passar cheque sem fundos, ou qualquer tipo de conduta dentre as inúmeras que o FBI classifica sob a rubrica "outras". É possível também que estas pessoas passem poucos meses ou anos presas por possuir instrumentos relacionados a drogas ou por ter sido encontrada em poder delas pequena quantidade de alguma substância controlada. A maior parte da ação e dos custos do sistema de justiça criminal é dirigida a delitos deste nível. Não é, pois, direcionada aos homicidas, aos assaltantes ou aos estupradores que dominam os noticiários da televisão, os discursos dos políticos e o medo dos cidadãos.

• Mais de 15 milhões de pessoas foram presas em 1996.

• Some-se a estes números aquelas pessoas que se encontram sob supervisão sem estarem presas. São 2.4 milhões em *sursis* e 0.6 milhões em livramento condicional. Chega-se a um total de 3 milhões de pessoas sob supervisão. Somando-se os 1,7 milhões de pessoas presas, o resultado é a cifra de 4,7 milhões de pessoas aos cuidados da justiça criminal – *este número é superior à soma dos habitantes de sete dos estados norte-americanos menos populosos. Poderiam eleger 14 senadores.*

• Temos 50 milhões de registros criminais. Estes dados são guardados em computadores de alta tecnologia. A maior parte dos registros diz respeito a delitos não violentos de menor relevância. Quando estas pessoas preenchem formulários em busca de empregos e lhes é indagado se sofreram alguma condenação criminal, a resposta é SIM.

(*) Apesar de algumas diferenças entre os institutos, para facilitar a compreensão optou-se por traduzir "parole" por livramento condicional e "probation" por *sursis*.

Todo esse crescimento custa dinheiro: vejam a tabela n. 3.

Tabela n. 3

OS CUSTOS DA JUSTIÇA CRIMINAL

Despesas com o sistema de justiça criminal (federal e estadual, projeção de 1996)	\$120 bilhões
Custo médio de um preso adulto por ano	\$22,000
Custo médio de um preso juvenil por ano	\$40,000 – 70,000
Custo médio de construção por cela	\$ 50,000

• 120 bilhões de dólares foram gastos com o sistema de justiça criminal em 1996 (nos níveis estadual, federal e municipal), o que está muito acima dos 28 bilhões gastos em 1980. Houve um aumento de 330% em dólares reais.

• A média nacional de custo por prisioneiro é de U\$22,000 anuais. Compare-se este custo ao valor médio da anuidade em uma escola secundária que é U\$4,000. O valor da anuidade de um curso superior em uma faculdade particular está em volta de U\$18,000.

• Devem ser também levados em conta os custos escondidos: a grande circulação de pessoas nas cadeias possibilita a disseminação de doenças como aids e tuberculose. Crianças perdem seus pais e passam a depender da assistência pública. Existem em torno de 100.000 mulheres presas nos EUA e a maioria delas são as principais responsáveis pelo sustento de duas crianças, em média. O dinheiro destinado ao pagamento de pensões e planos de saúde dos funcionários das prisões normalmente vem de uma parte distinta do orçamento do Estado. Assim, este custo não aparece na cifra do custo das prisões embora faça realmente parte dele.

• Nem mesmo um país rico como os EUA pode arcar com uma despesa tão grande. Sendo uma nação rica, como acontece com uma pessoa de muitas posses, nós algumas vezes compramos coisas que não necessitamos e, pior, algumas coisas que podem nos causar problemas.

• Ao mesmo tempo em que gastamos fundos enormes construindo prisões e cadeias, reduzimos os fundos destinados à construção de escolas, estradas, parques, etc.

• Outra forma de pensar nos custos do sistema criminal é considerar não o dinheiro *gasto* mas o dinheiro *arrecadado*. O sistema de justiça criminal já faz parte da economia americana. É realmente um ponto de grande interesse econômico e, portanto, tem suas metas – quanto maior o número de pessoas presas, maior o lucro que outras pessoas terão.

3. As taxas de criminalidade

O segundo fator fundamental no sistema de justiça criminal é a consideração da taxa de criminalidade. O aumento do número de pessoas presas faria sentido se resultasse do aumento da criminalidade ou se servisse para reduzi-la. Mas durante o período de crescimento do sistema criminal, a criminalidade manteve-se em níveis estáveis. O aumento no número de prisões não foi uma resposta ao aumento do crime e nem serviu para diminuir a criminalidade. Desde o início da década de 70, as taxas de criminalidade têm se mantido estáveis, subindo ou descendo um pouco a cada ano, talvez com algumas características específicas em relação a determinadas categorias, mas, de um modo geral, permaneceram estáveis e até apresentaram um leve declínio.

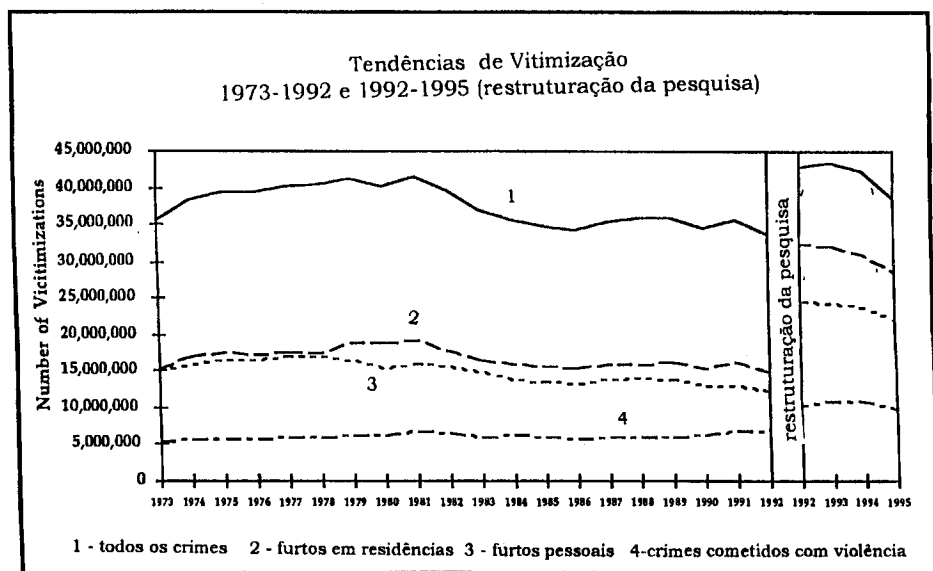
Vale observar que a taxa de encarceramento dos EUA é bem superior aos padrões internacionais mas a taxa de criminalidade é similar. Apenas em relação ao homicídio nossas taxas são mais altas; aquelas relacionadas a estelionato, roubo de veículos, agressão, etc., são similares às de outros países.

O gráfico seguinte mostra isso. É o gráfico n. 2. Baseado na National Crime Victimization Survey, mostra a tendência de vitimização nacional através da década de 70 e no período de construção de prisões nos anos 80 e 90. (A quebra é o resultado de uma reestruturação na pesquisa em 1992). Até mesmo o homicídio representa uma pequena fração da totalidade dos crimes, sendo a causa de aproximadamente 0,1% das prisões.

Descobrir que existe tal estabilidade é surpreendente para as pessoas que estão acostumadas a ouvir que a criminalidade aumentou durante a década

de 80 e no começo da década de 90. Existem duas razões principais que justificam tal crença. Uma das razões é que existe uma forma diferente de medir a criminalidade. Normalmente a chamada *medida da criminalidade*, em verdade é a medida da atividade policial e resulta do número de registros de prisões efetuadas pela polícia. Começando na década de 70, quando os departamentos de polícia foram aumentados e começaram a receber um número maior de reclamações e a registrar mais ocorrências através do atendimento pelo número 911, e entrando na década de 80, quando os registros começaram a ser informatizados, a medição da criminalidade sofreu um aumento consistente — principalmente porque os métodos de registro de ocorrências e armazenamento de dados foram melhorados e não porque a criminalidade tenha aumentado.

Gráfico n. 2



Isso pode levar a um círculo vicioso: a polícia registra um número maior de crimes, o que leva a uma dotação orçamentária maior para a polícia. Em consequência, mais investigadores são contratados, mais computadores são adquiridos e mais crimes são registrados. Assim, as pessoas acreditam que a criminalidade está aumentando, o que leva a maiores dotações orçamentárias, etc... E tudo isso simplesmente porque ninguém presta atenção à forma de cálculo da taxa de criminalidade.

A segunda razão principal que leva as pessoas a acreditarem que a criminalidade está aumentando é a cobertura feita pela mídia. Entre os anos 80 e começo dos anos 90, a atenção dedicada pela mídia ao crime explodiu. Até mesmo quando as taxas de criminalidade baixavam, a cobertura pela imprensa continuava subindo. A cobertura de crimes nos noticiários das três maiores redes de televisão quadruplicou de 1991 a 1995 – apesar do fato de ter ocorrido um declínio na taxa de criminalidade no mesmo espaço temporal. Durante este período, contado a partir de 1993, quando o número de homicídios diminuiu 20%, *a cobertura de homicídios pelos noticiários da televisão aumentou 720%*. Crimes são histórias fáceis. A cobertura pode ser feita a cada dia, antes do horário de fechamento das matérias a um custo bem baixo. E as novas tecnologias de transmissão via satélite fazem com que as redes de TV coloquem o crime dentro de cada casa onde um aparelho de televisão esteja ligado. Pessoas que vivem na área rural encontram-se saturadas de histórias terríveis de homicídios acontecidos em Nova York ou Los Angeles. Depois de um certo tempo, elas começam a pensar que o perigo está à espreita também nas suas esquinas.

Mas o fato básico que precisa ser lembrado é: a taxa de criminalidade tem

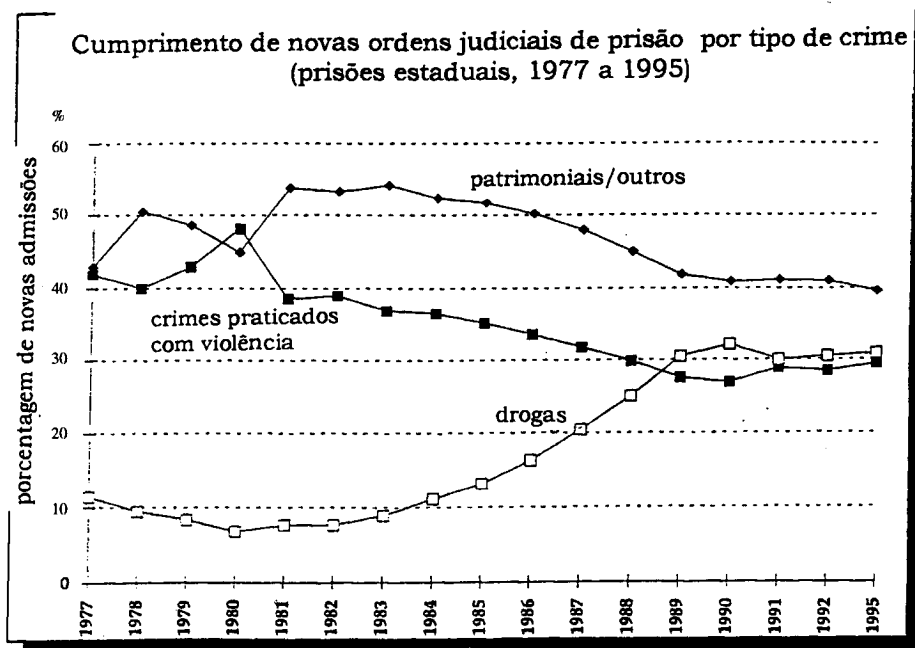
se mantido estável desde os anos 1970 e com certeza assim se manteve durante a era de construção de prisões.

4. Ingresso facilitado

Como é que se pode obter um enorme crescimento na taxa de encarceramento enquanto a taxa de criminalidade se mantém estável? A resposta é que o ingresso nas prisões tem sido facilitado. Pessoas que hoje lotam as prisões, há um tempo atrás nem mesmo teriam sido processadas. Nos velhos tempos, eram encontrados nas prisões assassinos, ladrões, estupradores; agora lá estão usuários de entorpecentes ou pequenos traficantes, pegos quando negociavam poucas gramas. Nos velhos tempos, a polícia entrava em um bar onde estava acontecendo uma briga e mandava todo mundo para casa; agora, eles prendem todos os envolvidos por agressão. O comportamento das pessoas é o mesmo mas a resposta do governo tem sido diferente. É assim, enfim, que se obtém um aumento na taxa de encarceramento sem que ocorra um aumento da criminalidade. Basta facilitar a entrada nas prisões. O aumento no número de pessoas recolhidas às prisões, desde 1980, é devido a condutas não violentes, na ordem de mais de oito em cada dez detenções. A grande maioria destas pessoas foram presas por problemas relacionados a drogas – possuíam pequena quantidade de droga para consumir ou vender.

O gráfico n. 3 mostra como é possível lotar dezenas de milhares de celas de prisões em um Estado com apenas uma centena de homicídios cometidos a cada ano. A maior parte das novas detenções é devida a crimes de menor gravidade, normalmente posse de entorpecentes ou furtos cometidos para sustentar o vício.

Gráfico n. 3

A expansão do sistema prisional é devida a criminosos não-violentos

National Center on Institutions and Alternatives

Em suma, nós estamos atualmente usando o sistema de justiça criminal para “administrar as classes mais baixas”. A prisão não serve mais para retirar do convívio social os verdadeiramente perigosos; tem sido utilizada como instrumento de controle de determinado segmento social.

A tabela n. 4 nos revela qual a parte da atividade policial relacionada aos crimes realmente sérios e que parte relaciona-se a outras infrações. Nós estamos utilizando o sistema de justiça criminal para lidar com uma variedade de problemas sociais que, em outros tempos, eram tratados como problemas de saúde mental ou em outra instância fora da justiça criminal.

As tabelas ns. 5 e 6 nos mostram que, infelizmente a entrada nas prisões não

foi facilitada de uma maneira uniforme em todas os bairros e regiões. Foi realmente facilitada naquelas regiões de menor influência política, cuja população sucumbe mais facilmente à propaganda política. É por isso que um em cada três jovens negros em todo o país está sob supervisão da justiça criminal – preso, em *sursis*, em livramento condicional ou solto sob fiança. Em Washington D.C., onde eu moro, 50% dos jovens negros está sob supervisão da justiça criminal e um em cada dez está efetivamente preso. Toda vez que eu vejo nove jovens negros caminhando na rua, eu deveria ver dez, mas o décimo foi capturado. Provavelmente por um crime em que ninguém se machucou.

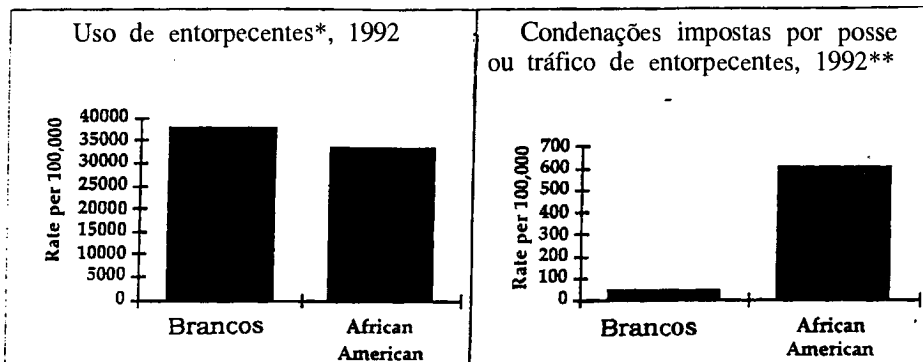
A entrada facilitada nas prisões é uma verdadeira armadilha para os direi-

Tabela n. 4
Percentualidade de prisões por crimes selecionados, 1996
(total 15.168.100)

PRISÕES POR CRIMES VIOLENTOS		PRISÕES POR CRIMES NÃO-VIOLENTOS	
	13,6%		86,4%
Homicídio	0,1%	Furtos	12,0%
Estupro	0,2%	Public Order ¹ (ordem pública)	10,5%
Roubo	1,0%	Drogas ²	9,9%
Agressão grave	3,4%	Embriaguez na direção	9,7%
Outras agressões	8,8%	Liquor Laws ³	4,5%
		Colarinho branco	4,0%
		Curfew & Runaways ⁴	2,5%
		Burglary ⁵	2,4%
		Outros	31%

- (1) Engloba uma variedade de delitos como perturbação de sossego, embriaguez pública, vadiagem.
 (2) Posse de substância entorpecente para venda ou uso.
 (3) Infração das leis que disciplinam o consumo de bebidas alcoólicas.
 (4) Infração das leis que disciplinam períodos de permanência de menores fora de casa.
 (5) Entrada ilegal em uma residência geralmente com a intenção de cometer um crime.

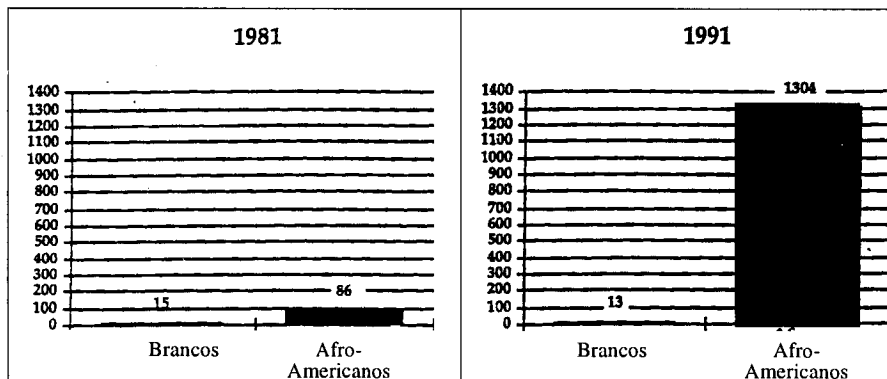
Tabela n. 5
DISPARIDADE RACIAL NA GUERRA CONTRA AS DROGAS



Sources: U.S. Department of Health and Human Services (1994). *National Household Survey on Drug Abuse, 1992*; U.S. Department of Justice • Bureau of Justice Statistics (October 1994). *National Corrections Reporting Program, 1992*.

Notas: * "Uso" abrange quem alguma vez fez uso de substância ilícita. ** O número de condenações diz respeito às pessoas que entraram nas prisões em decorrência direta de uma condenação judicial, não computadas aquelas pessoas que foram presas porque descumpriram alguma condição imposta, por exemplo, no *sursis*.

Tabela n. 6
COMPARAÇÃO HISTÓRICA (1981 - 1991)
PRISÕES DE INFRATORES JUVENIS POR PORTE OU TRÁFICO
DE DROGAS (BALTIMORE, MARYLAND)



Sources: Miller, Jerome G. (September 1992). *Hobbling A Generation: Young African American Males in the Criminal Justice of America's Cities: Baltimore, Maryland.*

tos humanos porque todas as pessoas presas têm efetivamente direito ao devido processo legal e recebem mesmo o seu *due process*. A maioria delas foi presa sem o uso de força desnecessária, foi apresentada diante de um juiz no tempo certo, respondeu a um processo justo e recebeu uma condenação correta. A falha, portanto, não está no procedimento mas sim na maneira e na oportunidade em que o processo é aplicado. O sistema de proteção às liberdades individuais está focalizado em casos individuais – e a maioria dos casos individuais resulta de um processo correto e justo. Nós precisamos encontrar uma forma de resolver os problemas do sistema como um todo, olhando para além do nosso modelo tradicional que apenas considera o caso individual.

5. A dignidade humana

Tudo isso nos conduz agora à questão da dignidade humana e a uma resposta que explique porque se afigura

ela tão esquiva no sistema americano de justiça criminal.

Ninguém prenderia uma pessoa só pelo fato de ser ela pobre ou por pertencer a uma raça diferente. Mas qualquer um prenderia um predador, um monstro, uma escória. Realmente, não há nada a fazer com um predador a não ser trancafia-lo, mantê-lo longe das nossas crianças. A retórica da justiça criminal – os discursos e a televisão – fala das pessoas que entraram para o sistema dessa forma, com esses adjetivos. Não se ouve falar de má-sorte, de problemas de saúde mental ou até mesmo de escolhas erradas. Falamos do mal e usamos etiquetas sub-humanas. As etiquetas fazem com que seja mais fácil tratá-las assim.

É quase um esporte. Um crime terrível acontece e os redatores de discursos se recolhem em seus escritórios com seus dicionários e começam a escolher adjetivos: brutal, selvagem, monstruoso. E quem é que comete um crime monstruoso? Um monstro. Então começa a

guerra de apostas sobre a sentença que será dada. Cinco anos não é o bastante, então aplicamos dez. Melhor quinze. Melhor vinte. Logo, as pessoas estarão passando os anos mais produtivos de suas vidas presas por crimes relativamente leves.

Este é o sentido da desumanização. É negar a uma pessoa sua dignidade simplesmente transformando-a em não-humana

6. Nenhuma correlação

Uma coisa que nós sabemos é que não existe uma relação consistente entre a construção de prisões e a redução de crimes. Algumas vezes construímos prisões e a criminalidade sobe; outras vezes, desce. Alguns estados param de construir e a criminalidade sobe como poderia também diminuir. Na verdade, durante o período de redução da criminalidade nos últimos anos, a população prisional continuou a crescer.

A criminalidade realmente tem diminuído e esta é definitivamente uma boa notícia. A razão é multifatorial. Muitas das razões para tal declínio nada tem a ver com o sistema de justiça criminal. Por exemplo, a estrutura etária da população está mudando. Nós temos relativamente menos pessoas na faixa de maior incidência de problemas criminais, que vai da adolescência aos trinta anos, e mais pessoas na faixa de menor incidência criminal, que vais dos 40 aos 50 anos. Este fato diminui a criminalidade. Também é preciso considerar que o mercado de crack amadureceu e se estabilizou. Quando o crack surgiu, em meados da década de 80, as pessoas lutavam pelo espaço e por uma fatia do mercado. No entanto, passados dez anos, o mercado se acomodou. Os traficantes e os mecanismos de distribuição estão estabilizados e não é mais preciso atirar em alguém para demarcar território. A

melhoria do policiamento também tem colaborado em algumas cidades para a diminuição da criminalidade – embora seja preciso dizer que o crime também diminuiu em cidades onde nenhuma mudança foi feita bem como deixou de diminuir em outras que fizeram mudanças. E é evidente que prender determinado tipo de criminosos também ajudou, embora, nesse passo, o benefício tenha sido infinitamente menor que o crescimento do sistema.

Finalmente, os moradores das zonas mais perigosas das cidades, que são as pessoas mais afetadas pelo crime e pela violência, estão se cansando disso. Há dez anos atrás, crack era “legal” e os traficantes usavam correntes de ouro e dirigiam seus “carrões”. Os garotos identificavam o crack com dinheiro e sucesso. Mas isso foi há 10 anos atrás. Agora, quando o garoto morador de uma zona perigosa pensa em crack, ele pensa no seu irmão mais velho, baleado e morto no meio da rua; pensa na sua irmã que se prostitui para comprar a droga; pensa no seu amigo que cumpre uma pena de dez anos de prisão por porte ilegal de arma. Atitudes como estas levaram um milhão de homens negros a realizar uma marcha em Washington-DC pelo arrependimento. Tudo isso também gera o declínio da criminalidade.

A tolerância zero, por outro lado, tem feito só abarrotar os tribunais de pessoas acusadas da prática de infrações de pouca relevância e tem gerado um enorme ressentimento das camadas mais baixas da população contra a polícia.

7. Soluções

Se nós quisermos manter o declínio, manter as taxas de criminalidade em baixa, é preciso concentrar a atenção naquilo que efetivamente funciona. Sanções alternativas como supervisão

intensiva e prestação de serviços comunitários custam menos que a prisão e apresentam melhores resultados quanto à reincidência. Muitos programas de prevenção ao crime, como monitoramento de jovens, tem se mostrado efetivos e outros parecem promissores. Um estudo sobre tratamento de dependentes de drogas na Califórnia revelou que cada dólar gasto no tratamento economiza US\$7 que seriam gastos mais adiante se aquela pessoa entrasse no sistema criminal.

No fundo, as soluções retornam à questão da dignidade humana. “Monstros” são trancados – quer seja esta uma política social sábia ou não – porque nós temos medo. Mas “pessoas” devem ser tratadas com respeito. Devemos deixar de lado nossa agenda de guerra – “Guerra contra as Drogas”, “Guerra contra o Crime” – e caminhar na direção de uma agenda de paz. Afinal de contas trata-se do nosso próprio povo. As pessoas devem ser responsabilizadas mas devem também ser ajudadas.

Os americanos devem perguntar-se: “Se fosse o meu irmão que estivesse no sistema de justiça criminal, o que eu esperaria que se fizesse com ele?” Ninguém prenderia seu próprio irmão viciado em drogas por 10 anos. Procuraria tratamento, esperando pacientemente durante as primeiras falhas até vê-lo alcançar finalmente o sucesso. Mas o sistema de justiça criminal nos

diz que “no terceiro golpe, você está fora”.¹

Onde está a dignidade humana no sistema americano? Lembrem-se que eu disse que estava em algum lugar.

Nós possuímos diversas sanções alternativas, embora não na mesma escala do problema. Programas de casas-abrigo mantêm os criminosos em pequenos grupos no seu próprio bairro e providenciam supervisores e a estrutura necessária para que se comportem. Custam apenas uma fração da alternativa institucional e podem estar ligados a programas de escolas, trabalho ou tratamento. Programas de recreação implantados no horário de saída da escola também contribuem para manter a criminalidade em baixa pois é nesta hora que os adolescentes normalmente se envolvem em problemas.

Ainda resta compaixão e respeito pela dignidade humana nos EUA. Aqueles que se preocupam com a dignidade irão encontrá-la em um sistema centrado na idéia de bases educacionais e de oferta de empregos. Aqueles que se preocupam com a dignidade no sistema de justiça criminal precisam esperar. Estão rescrevendo seus discursos, escondendo seus verdadeiros motivos, aguardando e trabalhando pela chegada do dia em que a dignidade retornará à justiça.

Muito obrigado.

(1) (N. da T.) *Three strikes and you're out* é como ficou conhecida uma lei editada inicialmente na Califórnia e já aprovada em outros estados, segundo a qual a terceira condenação por crime doloso, independentemente da natureza do delito, determina a aplicação de uma pena de prisão perpétua.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.3

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO FRANCÊS*

Ensaio de resposta a algumas questões chave

JEAN PRADEL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A questão fundamental: necessidade de dolo/culpa do órgão da pessoa jurídica ou dolo/culpa própria da pessoa jurídica: 2.1 O que diz o Código Penal?; 2.2 O que diz a jurisprudência?; 2.3 O que podemos dizer de tudo isto? – 3. Algumas outras questões: 3.1 Incidência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade beneficiando a pessoa física; 3.2 Sentido a se dar à expressão “por sua conta”; 3.3 Efeitos da dissolução ou de uma mudança de estatuto da pessoa jurídica após o cometimento da infração – 4. Conclusão.

1. Introdução

No momento em que o direito positivo brasileiro começa a se abrir à idéia de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas¹ e em que a doutrina também fornece suas primeiras opiniões a respeito, ao mesmo tempo em que exprime suas primeiras inquietudes ou esperanças,² talvez seja útil lançar um

olhar sobre o direito francês que, desde 1994, consagra esta responsabilidade de maneira relativamente geral.

Na verdade, o Código Penal francês de 1810 ignorava a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Societas delinquere non potest*, dizia-se. A responsabilidade penal era unicamente pessoal ou, se se preferir, individual. E durante todo o século XIX, doutrina e jurisprudência não deram nenhuma importância à idéia de que a um ser jurídico pudesse ser aplicada uma pena. Achille Mestre, na sua tese de vanguarda sobre *La responsabilité pénale des personnes morales* (1899) assinalava que *a maior parte dos penalistas lhe dispensa algumas linhas normalmente pouco refletidas*. No século XX, durante muito tempo a mesma indiferença perdurou e a Corte de Cassação^a chegou

(*) Tradução realizada pela Dra. Berenice Maria Giannella, Procuradora do Estado de São Paulo.

(1) Com a Lei 9.605, de 12.02.1998, sobre o meio ambiente cujo art. 24 consagra, em termos sóbrios, que uma “pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.”

(2) Vejam-se os estudos de Luis Regis Prado, Sérgio Salomão Shecaira, José Carlos Meloni Sicoli, Oswaldo Henrique Duek Marques, César Roberto Bitencourt e Luis

Paulo Sirvinskas, em Boletim IBCCrim, 6.º ano, n. 65, abril de 1998.

(a) N.T.: A Corte de Cassação é o Tribunal Supremo Francês, com sede em Paris.

mesmo a colocar com clareza que, por exemplo, *a multa é uma pena e toda pena é pessoal, de modo que ela não pode ser aplicada a uma pessoa jurídica, que somente pode incorrer em responsabilidade civil.*³ No máximo, a jurisprudência consentia em admitir a responsabilidade das pessoas jurídicas pelas infrações materiais puníveis independentemente de qualquer atitude psicológica e para as quais seu autor não poderia se eximir senão provando um caso de força maior.⁴ Algumas decisões admitiam, também, é verdade, que uma medida de segurança^b poderia ser aplicada a uma pessoa jurídica.⁵

Então, após intensa reflexão levada a efeito no campo do direito comparado, da lógica e da prática, o novo Código Penal, que entrou em vigor em 01.03.1994, consagrou magistralmente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de tal modo que, de pronto, nós nos perguntamos se se tratava de uma evolução ou de uma revolução.⁶ Não retomaremos aqui todo o debate sobre a legitimidade desta nova responsabilidade.⁷ Lembraremos somente que, ao

menos na França, a doutrina majoritária é favorável a que as pessoas jurídicas possam ser penalmente responsáveis, o que foi, antes de tudo, um elemento que pesou na decisão dos autores do novo Código Penal. Talvez mais útil seja reproduzir aqui o art. 121-2 do CP que consagra esta responsabilidade: *As pessoas jurídicas, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis segundo as disposições dos arts. 121-4 a 121-7 (sobre a tentativa e a cumplicidade)^c e nos casos previstos pela lei ou regulamento, pelas infrações cometidas, por sua conta, por seus órgãos e seus representantes.*

Todavia, as coletividades territoriais e seus agrupamentos somente são penalmente responsáveis pelas infrações cometidas no exercício de atividades suscetíveis de serem objeto de delegação do serviço público.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas autoras ou cúmplices dos mesmos fatos.

Este texto – o mais célebre do novo Código Penal – já ensejou numerosas aplicações. A primeira condenação foi proferida pelo Tribunal Correcional^d de

(3) Crim. 16.05.1930, D.H. 1930, 431; 16.12.1948, Bull. Crim n. 291; 02.12.1980, Bull. Crim, n. 326.

(4) Crim. 07.03.1918, D. 1921-I, 217, nota Nast; 25.04.1968, J.C.P. 1969-II, 16100, nota Puech.

(b) N.T.: “Mesure de Sûreté” vem a ser uma espécie de sanção aplicável à pessoa jurídica, não se confundindo com a medida de segurança do direito brasileiro.

(5) Crim. 20.01.1960, J.C.P. 1960-II, 11.774, nota R. Legeais, decisão determinando o fechamento do estabelecimento a uma empresa “pega em flagrante”.

(6) M.E. Cartier, *La responsabilité pénale des personnes morales, évolution ou révolution?* J.C.P. 1994, ed. E., n. 50.

(7) O que não é admitido na Europa continental à exceção de raros países como a Holanda. Ao contrário, os países de *common law* são muito favoráveis a esta responsa-

bilidade e isto de longa data. V. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, n. 216 e s.; *La criminalisation du comportement collectif (Criminal liability of corporations)*, XIV Congresso Internacional de Direito Comparado, preparado e editado por H. de Doelder e K. Tiedemann, 1996, Kluwer Law International, v. especialmente comentário geral de K. Tiedemann.

(c) N.T.: *cumplicité* no direito francês pode ser traduzida como a “participação” prevista no direito penal brasileiro referente ao concurso de pessoas.

(d) N.T.: “Tribunal Correctionnel” é o Tribunal ao qual compete o julgamento dos “delitos”, lembrando que o direito penal francês distingue os delitos dos crimes e das contravenções.

Lyon, em 18.11.1994 e, até 31.12.1997, 100 condenações haviam sido prolatadas definitivamente e, em consequência, inscritas no Registro Criminal^c das pessoas jurídicas.⁸ Infelizmente, no entanto, estas decisões foram quase todas – 97 exatamente – proferidas por juízes de Primeira Instância e foram frequentemente motivadas de maneira muito simples, para não se dizer outra coisa. Ou seja, os problemas jurídicos trazidos por esta nova categoria de responsáveis penais estão longe de estar resolvidos. Estes problemas já foram visualizados pela maior parte da doutrina.⁹ Neste ensaio, limitar-me-ei a examinar alguns deles. O mais importante trata do fundamento mesmo da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Uma vez examinado, deter-me-ei em algumas outras questões que eu não qualificaria como secundárias, ainda que examinadas somente em um segundo momento.

2. A questão fundamental: necessidade de dolo/culpa do órgão da pessoa jurídica ou dolo/culpa própria da pessoa jurídica

É esta a questão essencial que aqui se coloca, aquela que toca à dogmática penal ou, se se preferir, ao fundamento da responsabilidade da pessoa jurídica. Dois sistemas são concebíveis: ou o

elemento subjetivo de uma infração (dolo ou culpa) somente se concebe em uma pessoa física que pode, e somente ela, ter um comportamento reprovável de sorte que a pessoa jurídica, incapaz ela mesma de dolo ou culpa, somente pode ser *responsável por reflexo ou ricochete*;¹⁰ ou, ao contrário, consideramos que a pessoa jurídica, tendo vida própria, pode cometer um crime mediante culpa ou dolo distintos do elemento subjetivo das pessoas físicas. Enfim, é necessário escolher entre a tese do ricochete da responsabilidade da pessoa física sobre a pessoa jurídica e aquela da culpa distinta do ente jurídico, que teria um comportamento diverso daquele de seu dirigente.

2.1 O que diz o Código Penal?

O texto do art. 121-2, alínea 1 dispõe, lembremos, que as pessoas jurídicas são responsáveis *pelas infrações cometidas... por seus órgãos ou representantes*. Daí resulta que as infrações imputáveis às pessoas jurídicas devem ter sido cometidas por pessoas físicas. É, pois, em relação à pessoa dos indivíduos que devem ser apreciados o dolo ou a culpa. Esta disposição textual consagra, pois, a primeira tese, aquele do reflexo, e isto de maneira indubitável.

É bem verdade que uma hesitação pode aparecer com a alínea 3 do mesmo artigo, segundo a qual a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas *autores ou cúmplices dos mesmos fatos*. Enquanto a alínea 1 fala somente em uma infração (praticada por uma pessoa física), a alínea 3, falando de “mesmos fatos” e não mais da mesma infração, sugere que há duas infrações diferentes: uma praticada pela pessoa

^(c) N.T.: *Casier Judiciaire*, espécie de Folha de Antecedentes das pessoas jurídicas.

⁽⁸⁾ Em 57 casos, somente a pessoa jurídica foi processada e em 43 casos, a pessoa jurídica foi processada simultaneamente com a pessoa física, devendo ser assinalado que cinco pessoas físicas foram absolvidas. V. Primeiro balanço da aplicação das disposições do novo código penal referente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, Circular do Ministério da Justiça em data de 26.01.1998.

⁽⁹⁾ R. Merle e A. Vitu, *Droit pénal général*, 7. ed. 1997, Cujas, n. 641 e s.

⁽¹⁰⁾ H. Donnedieu de Vabres, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, R.I.D.P., 1950, p. 342.

física e outra pela jurídica, imputáveis a uma e a outra em condições diferentes, o que poderia dar lugar a um elemento psicológico da pessoa jurídica distinto daquele da pessoa física. Esta foi a sugestão feita por um autor que explicou que, se o art. 121-2 do CP não é muito claro, é porque ele foi resultado de um compromisso entre a Assembléia Nacional e o Senado, a primeira visando estender a responsabilidade a grupos puníveis e malfeitores enquanto o segundo tendia a reduzir a responsabilidade do chefe da empresa.¹¹ Mas, não é de todo correto dizer-se que esta interpretação da alínea 3 seja a melhor. Pode-se muito bem sustentar que os mesmos atos imputados simultaneamente à pessoa física e à pessoa jurídica compõem a infração a que eles correspondem.¹² Então, a alínea 3 não infirma o princípio do reflexo consagrado na alínea 1 porque se limita a lembrar – aquilo que já era evidente – que a infração praticada pela pessoa física pode lhe ser imputada tanto quanto à pessoa jurídica.

Em conclusão, admitimos que o art. 121-2 CP, globalmente considerado, consagra a tese do reflexo: a pessoa jurídica é responsável por “ricochete”, indiretamente, de sorte que é em relação à pessoa do indivíduo que se torna necessário aferir o dolo ou a culpa.

2.2 O que diz a jurisprudência?

Por hora, ela ainda é muito escassa e composta por decisões freqüentemente pouco motivadas.¹³ Não obstante, pode-

mos citar algumas decisões publicadas, que emanam de juízos do fato¹⁴ à exceção de uma que foi proferida recentemente pela Câmara Criminal da Corte de Cassação.

Dentre os julgamentos proferidos por tribunais correccionais (juízos de primeiro grau), citaremos os seguintes. De um lado, uma decisão aplicando o sistema do reflexo. Em data de 12.07.1995, o Tribunal Correccional de Verdun, deliberando sobre um caso de homicídio culposo ligado à violação de prescrições editadas pelo Código de Trabalho em matéria de segurança dos empregados, fez com que a condenação da pessoa jurídica decorresse da ação de seu dirigente: no caso, o dirigente do estabelecimento reconheceu que não estava a par do funcionamento técnico da empresa e que ignorava o método utilizado para a limpeza dos postos, tendo esta atitude negligente originado o falecimento do operário. Em uma consideração bastante clara, o tribunal ditou a regra de que *a responsabilidade penal de uma pessoa jurídica (...) é estabelecida quando seus órgãos (...) praticaram (...) o elemento material e o elemento subjetivo de uma infração e acrescentou que a responsabilidade penal do Senhor Level ficando estabelecida, a cooperativa será igualmente responsável em decorrência da questão da prevenção*.¹⁴ Mas de outro lado, podemos citar três outras decisões que consagram a idéia da culpa autônoma da pessoa jurídica. Primeiro, uma decisão do Tribunal de Paris, de 03.11.1995, que se refere a uma sociedade que

(11) Cl. Lombois, *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 73 e p. 74.

(12) V. Trib. Corr. de Lyon, 09.10.1997, *Droit pénal*, 1997, comm. 154, nota J.H.R., decisão que fala dos mesmos fatos jurídicos e, pois, da mesma infração.

(13) E ela emana mais freqüentemente de juízos de Primeiro Grau como já se disse.

(14) N.T.: *juges du fond ou du fait*: juízes que examinam as questões de direito e os fatos postos no processo. A decisão destes juízes sobre os fatos é respeitada pela Corte de Cassação que somente aprecia as questões de direito.

(14) Trib. Corr. de Verdun, 12.07.1995, J.C.P. 1996-II, 22.639, nota Guery e Acomando.

cometeu uma negligência grave suscetível de ensejar sua responsabilidade penal.¹⁵ Em seguida, um julgamento do Tribunal de Versailles, datado de 18.12.1995:¹⁶ em uma demanda de direito comercial, o julgamento, em sua parte relativa ao “elemento intencional”, lembrou que a situação verificada em um canteiro de obras *corresponde a uma política deliberada da empresa e fala de uma estratégia adotada (...) no intuito de evitar a perda de mercados e de evitar atrasos*.¹⁷ Há, enfim, um julgamento do Tribunal de Lyon, de 09.10.1997, que colocou o princípio de que *a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica impõe que seja estabelecido em relação a ela o conjunto de elementos constitutivos da infração apurada, o elemento material de um lado e o elemento subjetivo de outro, este consistente em uma abstenção deliberada ou na realização de atos, imputáveis a seus órgãos, mas distintos daqueles que poderiam ser atribuídos às pessoas físicas que tenham participado da prática da infração, qualquer outra solução conduzindo na prática a erigir uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas a partir de seus dirigentes agindo por sua conta*.¹⁸ E o Tribunal, não podendo imputar à pessoa jurídica agir distinto daquele imputado ao dirigente, a absolveu, condenando, no entanto, este último.

Um autor escreveu recentemente que seria necessário que a Corte de Cassa-

ção escolhesse entre as duas teses postas: a do reflexo e a referente à culpa própria do ser jurídico.¹⁹ Agora, sua câmara criminal acaba de proferir uma decisão, em 02.12.1997, que responde com folga a questão posta.²⁰ Um empregado demitido ajuizou uma reclamação trabalhista contra a sociedade que o havia empregado. No curso do processo, a sociedade forneceu atestados redigidos por dois de seus funcionários de forma a fazer aparecer os erros do outro empregado e justificar sua demissão. Então, o trabalhador demitido noticiou o crime, dando início à persecução penal contra os dois trabalhadores por falsificação de documentos e contra a sociedade, pelo uso dos documentos falsos. As duas pessoas físicas e a jurídica foram condenadas ao pagamento de multas. Uma das pessoas físicas e a pessoa jurídica recorreram da decisão. Em seu aresto de 02.12.1997, a câmara criminal colocou, em princípio, que as pessoas jurídicas só podem ser declaradas responsáveis se ficar estabelecido que uma infração foi praticada por sua conta por seus órgãos ou representantes, segundo o que dispõe o art. 121-2 al. 1 do CP. Depois, ela reconheceu que a Corte de Apelação não apurara se o diretor da sociedade havia tido conhecimento pessoal da inexatidão dos fatos relatados nos atestados e, em consequência, reformou a decisão, deixando bem claro que uma pessoa jurídica somente pode ser responsável penalmente se seu dirigente realizar o “elemento subjetivo do delito”, para utilizar a expressão indicada nesta decisão *in fine*. Foi, portanto, a tese da responsabilidade por reflexo que a Corte de Cassação consagrou.

(15) Trib. Corr. de Paris – 03.11.1995, *Direito Social*, 1996, 157, nota Coeret, *Rev. sc. Crim.* 1996, 392, obs. G. Giudicelli-Delage.

(16) Trib. Corr. de Versailles, 18.12.1995, *J.C.P.* 1996, 22.640, nota J.H. Robert, *Droit pénal*, 1996, comm. 71.

(17) § 2.º Sobre o elemento subjetivo, § 15.

(18) Trib. Corr. de Lyon, 09.10.1997, *supracitado*.

(19) J.H.R., em realidade J.H. Robert, nota *supracitada* sobre Trib. Corr. de Lyon, de 09.10.1997.

(20) *Crim.* 02.12.1997, *J.C.P.* 1998-II, 10.023 com relatório do Conselheiro F. Desportes.

2.3 O que podemos dizer de tudo isto?

A doutrina é francamente favorável à tese da responsabilidade por reflexo. Numa época em que o legislador francês acabara de consagrar algumas hipóteses específicas de responsabilidade penal das pessoas jurídicas (hipóteses desaparecidas hoje), H. Donnedieu de Vabres considerava que a pessoa jurídica poderia vir a ser responsável graças ao *substratum* de um indivíduo que a representa e que pratica a infração em seu lugar.²¹ O sábio autor exprimia assim sua famosa teoria do *substratum* humano, que deixava entender que é no indivíduo que se deve apreciar a intenção ou a culpa. Mais claramente hoje, MM. R. Merle e A. Vitu indicam que para que a pessoa jurídica seja responsável *é preciso que sejam estabelecidos, na cabeça da pessoa física, todos os elementos materiais e intelectuais da responsabilidade*.²² Também claros, MM. F. Desportes e F. Le Guehec escrevem: *Uma sociedade não pode cometer um furto ou um ato de terrorismo, mas sob certas condições, estas infrações praticadas por pessoas físicas poderão lhe ser imputadas. Mas, os elementos constitutivos destas infrações, tanto os materiais quanto o subjetivo, deverão estar reunidos na cabeça de uma pessoa física, e não na pessoa jurídica. Em particular, os tribunais não terão que se perguntar, em se tratando de infrações dolosas, se a pessoa jurídica “quis” a prática da infração, ou, em se tratando de infrações culposas, se a pessoa jurídica “cometeu um ato culposos”, não tendo estas questões nenhum sentido*.²³

Pararemos aqui a enumeração doutrinária. Acrescentemos, somente, que o direito inglês hoje consagra a mesma tese sob a denominação de “princípio da identificação”.²⁴ De outro lado, a tese da culpa autônoma da pessoa jurídica é proposta muito raramente. Consagrando a teoria da realidade da pessoa jurídica, um autor escreveu *que em se reconhecendo ao grupamento uma vontade própria, permitimo-nos nos certificar de forma suficientemente clara da responsabilização anterior dos indivíduos*, o que parece ser um adendo à tese da culpa autônoma.

Pessoalmente, eu me inclino a favor de um princípio que demanda algumas explicações em alguns casos particulares.

a) O princípio absoluto é que a responsabilidade penal de um ser jurídico é somente uma responsabilidade de reflexo. A pessoa jurídica não é um ser de carne, não tem nenhuma realidade própria, mesmo se a Corte de Cassação, em um julgamento célebre, colocou o princípio da realidade da pessoa jurídica.²⁵ Estritamente, a pessoa jurídica tem um nome e um domicílio, ela é titular de um patrimônio, mas ela não “quer” a infração e não pratica atos culposos.

(21) H. Donnedieu de Vabres, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, R.I.D.P., 1950, 239 e s..

(22) R. Merle e A. Vitu, supracitado, n. 649.

(23) F. Desportes e F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal. I- Droit pénal général*, Economica, 4. ed. 1997, n. 600.

(24) A responsabilidade penal da pessoa jurídica (que nada mais é que uma abstração) repousa sobre a responsabilidade da pessoa física que a representa, que a encarna, que se identifica com ela, que é seu centro. É a teoria antropomórfica da identificação que remonta a uma decisão da *House of Lords* de 1915, v. C. Harding, *Criminal liability of corporations*, *United Kingdom* em K. Tiedemann e H. de Doelder, supracitado, p. 369 e s.; v, também, J. H. Robert, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*, *Droit pénal*, 1995, chron. 30; J. Spencer, *La responsabilité dans l'entreprise*, *Rev. Sc. Crim.* 1997, p. 289 e s..

(25) Civ. 28.01.1954, D. 1954, 217, nota Levasseur.

Já é muito difícil admitir que ela pratique o elemento material da infração, mas é impossível reconhecer que ela possa realizar o seu elemento psicológico. Este elemento moral somente se concebe vindo da cabeça de uma pessoa física, não sendo a pessoa jurídica nada mais que uma criação ou um prolongamento das pessoas físicas. A responsabilidade da pessoa jurídica não é distinta da ação das pessoas físicas que a compõem. A pessoa jurídica se encarna em pessoas físicas, em pessoas de seus órgãos ou em seus representantes. Ela se instala, para praticar uma infração, no corpo de uma pessoa física.²⁶ Ela “empresta” a criminalidade da pessoa física.²⁷ Em consequência, é o dolo ou a culpa desta última que o Ministério Público deve demonstrar se pretender processar uma pessoa jurídica. Donde a consequência de que a pessoa jurídica somente pode ser responsabilizada se a pessoa física tiver sido determinada, único meio de se apreciar seu dolo ou sua culpa. Esta é a solução, pois, que parece imposta pelo art. 121-2 CP e admitida pelo direito inglês, como já se disse.²⁸

b) As dificuldades surgem, no entanto, em alguns casos particulares.

– O primeiro caso é aquele em que se revela muito difícil determinar a pessoa física na origem da infração. A infração pode ter sido cometida pelos

órgãos coletivos da pessoa jurídica, sem que seja possível descobrir o papel de cada um de seus membros e imputar a responsabilidade pessoal da infração a um indivíduo determinado.²⁹ A prática francesa admite, então, ser suficiente que a infração possa ser imputada a uma pessoa física, ainda que não identificada, para que a pessoa jurídica seja condenada.³⁰ Em sua decisão de 18.10.1996, a Corte de Limoges lembrava que *uma infração somente poderá ser imputada a uma pessoa jurídica se ela foi praticada por uma pessoa física, sem que seja necessário, no entanto, que esta seja formalmente identificada*. É bem verdade que esta decisão foi cassada pela câmara criminal, em seu julgamento de 02.12.1997.³¹ Mas não o foi sob este aspecto que sequer foi criticado nas razões apresentadas no recurso. Isto, todavia, não é o essencial: o que é importante, na minha opinião, é que é indispensável determinar a pessoa física à origem da infração porque a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nada mais é que um reforço na repressão dos indivíduos. É importante, pois, que as autoridades judiciárias, notadamente o juiz de instrução e a polícia

⁽²⁶⁾ Cl. Moulounguy, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, Rev. trim. dr. commercial, 1994, p. 441.

⁽²⁷⁾ Não vamos, no entanto, pensar como o cúmplice em relação ao autor principal: o cúmplice tem uma certa autonomia porque ele realiza um elemento material próprio (uma ajuda ou auxílio notadamente) e um elemento psicológico igualmente próprio (ou intenção de se associar à atividade delituosa do autor principal).

⁽²⁸⁾ V. *supra*, nota 22.

⁽²⁹⁾ Circular Geral de Aplicação do Código Penal de 1994, em data de 14.05.1993. V. também A Pezard, *Notions de responsabilité individuelle et de responsabilité collective*, Les Petites Affiches, 11.12.1996, n. 149, p. 13.

⁽³⁰⁾ V., no mesmo sentido, a Recomendação do Conselho da Europa n. R(88) de 20.10.1988 referente à responsabilidade penal das empresas pessoas jurídicas, que propõe não ser necessária a identificação da pessoa física para se poder condenar uma pessoa jurídica. Mais precisamente, o anexo 2 incita os Estados membros a impor a responsabilidade penal às pessoas jurídicas *haja ou não a identificação de uma pessoa física tendo cometido as ações ou omissões constitutivas da infração*.

⁽³¹⁾ Crim. 02.12.1997, supracitado.

judiciária, possam determinar o autor físico da infração. Não podemos, de fato, proclamar o princípio do *substratum* humano e, ao mesmo tempo, desprezá-lo se se revelar impossível determinar a pessoa física. A regra do *substratum* humano e sua consequência, a regra de que a pessoa jurídica somente é responsável por reflexo, implicam em que a pessoa física autora da infração tenha sido determinada. A partir daí, eu farei duas observações.

Primeiramente, em caso de extrema dificuldade se, por exemplo, o exame do organograma da sociedade não nos permitir responder a esta indagação, poderíamos adotar um sistema de presunções (simples) de responsabilidade em cascata, como em matéria de imprensa. Em primeira linha, o responsável seria o diretor da empresa, que poderia se eximir da responsabilidade trazendo a prova de uma delegação³² ou de um caso de coação. Na falta, então, poderíamos processar o diretor adjunto etc... sem descer muito para baixo evidentemente pois que o responsável é um órgão ou representante do ser jurídico. Este sistema de uma busca sistemática de uma pessoa física traria três vantagens:

- respeitar-se-ia o princípio lógico do *substratum* humano; de fato, quando se fala em *política deliberada da empresa*³³ ou da má organização da sociedade, é na realidade o comportamento de pessoas físicas que se estigmatiza, eis que é por abuso de linguagem que

dotamos a pessoa jurídica de um querer próprio;³⁴

- manter-se-ia a responsabilidade das pessoas jurídicas e, pois, sua eficácia;
- saberíamos melhor o que cada um deve fazer em uma empresa e incitaríamos os chefes a se certificar do respeito à lei penal;

Em segundo lugar, se se revelar realmente impossível encontrar a pessoa física autora da infração, poderíamos imaginar não impor uma pena à pessoa jurídica, mas lhe impingir uma medida de segurança, uma espécie de medida penal como o fechamento temporário do estabelecimento, um bloqueio ou uma fiscalização das contas, o pagamento de uma quantia de dinheiro, notadamente ao Estado... Este ponto de vista é adotado ou visualizado no estrangeiro. Assim, o projeto de código penal suíço evita os termos “pena” e “multa”, falando, desde logo, em “sanções” e “obrigações financeiras impostas”.³⁵

— O segundo caso é aquele em que a culpa do órgão ou dirigente é tão diminuta que normalmente o Ministério Público, em direito comum, não seria obrigado à persecução penal. O fato de uma pessoa jurídica estar envolvida no fato deve mudar a situação? Este segundo caso é bastante próximo do primeiro e, na prática, o Ministério Público processará somente a pessoa jurídica, se assim o impuserem as necessidades de

(32) Lembremos que a jurisprudência admite que, sob certas condições, o diretor da empresa possa delegar certos poderes a um subordinado qualificado. A primeira decisão vista foi Crim. em 28.06.1902, D. 1903-I, 585, nota Roux.

(33) V. Trib. Corr. de Versailles, 08.12.1995, supracitado.

(34) Há, é verdade, uma realidade sociológica, mas somente sociológica, da pessoa jurídica como entidade assimilada a um ser humano: “falamos na realidade da vida social sobre a culpa de uma empresa que poluiu um rio... ou que obteve subvenções fraudulentamente”, comentário supracitado, K. Tiedemann, p. 25.

(35) K. Tiedemann e H. de Doelder, supracitado, estudo de E. Stauffacher sobre o direito suíço, p. 360 e s.; K.L. Kunz, Rev. dr. pénal et crim., 1994, p. 371.

ordem pública. Desta forma, existem duas correntes na jurisprudência: em caso de dolo ou culpa grave, a persecução englobará em geral, ao mesmo tempo, o órgão ou representante e a pessoa jurídica; em caso de culpa ténue do órgão ou representante, a persecução visará apenas a pessoa jurídica.³⁶

Dentro deste espírito, podemos citar a circular de 05.04.1995, comentando a Lei de 02.02.1995, relativa ao aumento da proteção ao meio ambiente e prevenindo a responsabilidade das pessoas jurídicas por certos delitos de poluição. Esta circular distingue dentre os fatos *aqueles que revelam principalmente uma administração deficiente da pessoa jurídica e aqueles que traduzem uma verdadeira culpa pessoal de seu dirigente*. E ela insta os promotores a processar a pessoa física somente se estiver demonstrado *que ela falhou gravemente em sua função, ao não cumprir todas as diligências normais para evitar a poluição, levando em conta notadamente as advertências e intimações que poderiam lhe ter sido remetidas pelos serviços competentes do Estado*. Não se pode dizer mais claramente que as faltas leves dos indivíduos que fazem parte da pessoa jurídica podem escapar à repressão.

3. Algumas outras questões

Três outras questões devem ainda ser enfrentadas.

3.1 Incidência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade beneficiando a pessoa física.

Imaginemos que o órgão ou representante da pessoa jurídica seja pe-

nalmente irresponsável em virtude de uma excludente de ilicitude ou porque ocorreu uma causa subjetiva de imputabilidade (coação, doença mental, erro). O ato material que ele cometeu e que resta objetivamente contrário ao direito, ao menos no caso de superveniência de uma causa de não imputabilidade, pode servir de fundamento à condenação penal de uma pessoa jurídica?

Antes da entrada em vigor do novo Código Penal e sob o império de um texto muito particular – uma ordenança de 05.05.1945 que admitia a responsabilidade penal das empresas de imprensa sob certas condições, hoje ab-rogada – uma decisão isolada foi proferida: apesar de uma excludente que beneficiou o diretor do jornal *l' Illustration*, em virtude de coação, uma condenação penal foi proferida contra este jornal.³⁷ A doutrina se mostrou muito crítica a respeito.³⁸

O que existe hoje a este respeito? Há uma corrente doutrinária que entende que um ente jurídico poderá ser condenado mesmo que seu dirigente tenha sido declarado irresponsável e em apoio à sua tese ela cita dois exemplos.³⁹ Veja-se, primeiro, o caso de uma estação de depuração de uma comuna^g que conduziu à poluição de um rio, porque as finanças municipais não permitiram a sua manutenção conveniente; o prefeito não pode ser condenado porque, para ele, esta situação se constituiria em caso de coação irresistível, em virtude da exigüidade das finanças municipais. Segundo exemplo: a absolvição de um

(37) Paris, 21.12.1949, D. 1950, p. 434.

(38) H. Donnedieu de Vabres, *supracitado*, p. 343.

(39) J.N.R. sobre Trib. Corr. de Lyon, 09.10.1997, *supracitado*.

(g) N.T.: menor unidade territorial administrativa, correspondente aos nossos municípios.

(36) J. Pradel, *Droit pénal général*, *supracitado*, n. 534, p. 601 e 602.

diretor, acometido de graves problemas mentais, não impede a condenação da pessoa jurídica que não foi diligente ao ter conservado no posto diretivo um doente mental.

Há evidentemente, o problema genérico da escolha entre o dolo/culpa da pessoa jurídica e dolo/culpa da pessoa física do dirigente. Nós o vemos sob um aspecto particular. Na verdade, a questão pode ser resolvida por ela mesma: a partir do momento em que uma pessoa jurídica somente é, em princípio, responsável se o dirigente também o é, ela não o será se o diretor for beneficiado por uma excludente de ilicitude, se ele foi coagido, se é doente mental ou vítima de um erro invencível.⁴⁰ Assim, por exemplo, se a decisão foi tomada coletivamente por um diretório onde todos os membros sofreram coação irresistível, nenhuma persecução será possível contra ninguém.

3.2 *Sentido a se dar à expressão “por sua conta”.*

Sabemos que, segundo o art. 121-2 al. 1 CP, as pessoas jurídicas são responsáveis *pelas infrações cometidas por sua conta, por seu órgãos ou representantes*. Esta expressão *por sua conta* não está definida e não foi objeto de discussões quando dos debates parlamentares.⁴¹

(40) Porque, segundo o art. 122-3 CP: “Não é penalmente responsável a pessoa que justifica ter acreditado, por erro de direito que ela não poderia evitar, poder legitimamente praticar o ato”.

(41) O anteprojeto do Código Penal de 1978 dizia *pelas infrações cometidas pela vontade deliberada dos órgãos da pessoa jurídica, em seu nome e no interesse coletivo de seus membros*, o que fez a doutrina dizer que havia lá *uma condição muito minudente*, R. Merle e A. Vitu, supracitado, n. 648.

a) Para simplificar as coisas, é preciso primeiramente indicar os três casos que são manifestamente estranhos à expressão *por sua conta* da pessoa jurídica. Se, inicialmente, o órgão ou representante age em seu único interesse ou no interesse de um terceiro, a pessoa jurídica não pode ser responsável, podendo mesmo ser vítima; veja-se, por exemplo, o dirigente de uma sociedade que desvia fundos em seu proveito próprio ou em proveito de um terceiro. A solução é a mesma em um segundo caso: aquele do dirigente que age no interesse de uma minoria dos membros da pessoa jurídica ou no interesse dos empregados, e não no interesse do ente jurídico em geral. A terceira hipótese de não implicação da pessoa jurídica é aquela em que a pessoa física agiu no interesse geral, no interesse do Estado.⁴²

b) Em outros casos, ao contrário, a pessoa jurídica será implicada porque a infração foi cometida *por sua conta*. Neste sentido, o caráter bastante vago da expressão levou a doutrina a dizer que *é preciso não se perder em conjecturas sobre a interpretação desta condição*,⁴³ pois as situações de responsabilização da pessoa jurídica são muito diversas.

— A primeira, a mais simples e a mais evidente, é aquela da busca de uma vantagem financeira. A partir do momento em que o órgão ou representante comete uma infração visando realizar um benefício à sua sociedade, esta é evidentemente responsabilizada: ele emite falsas notas fiscais para justificar na contabilidade de seus sócios o pagamento de comissões ocultas; ele se mancomuna com o dirigente de uma outra sociedade para desviar para esta fundos de sua própria empresa, o que se constitui em um caso de falência fraudu-

(42) M.E. Cartier, supracitado, p. 22.

(43) R. Merle e A. Vitu, supracitado.

lenta;⁴⁴ ele obtém uma vantagem ilícita para sua sociedade praticando atos de corrupção com um funcionário público ou um agente político eleito, etc....⁴⁵ Dentro do mesmo espírito, a Recomendação supracitada do Conselho da Europa (de 20.10.1988) indica em sua alínea 2 *que é desejável ligar a responsabilidade aos ganhos da atividade ilícita*.

– A segunda condição é aquela em que a pessoa física age bem dentro das atividades da pessoa jurídica, mas sem procurar especificamente enriquecer-se. Por exemplo, o diretor negligencia ao não se certificar que os operários estão efetivamente usando um capacete nos canteiros de obra, embora no entanto a sociedade os tenha comprado em número suficiente. E, de repente, um acidente ocorre com um operário que não o utilizava. A negligência do diretor pode responsabilizar a pessoa jurídica.⁴⁶ Pode-

mos citar também o exemplo de discriminações raciais ou sexuais realizadas na colocação dos empregados de uma empresa. Evoquemos, ainda, o caso de uma associação que, mesmo dentro de um propósito generoso, serve de intermediária entre um casal desejoso de adotar uma criança e uma “mãe doadora”, esta intermediação constituindo o crime do art. 227-12 CP (Lei de 29.07.1994). Em todas estas situações – e poderíamos multiplicar os exemplos – a pessoa física age não para buscar um proveito, mas para assegurar o simples funcionamento ou os objetivos da pessoa jurídica: esta será, pois, responsabilizada, o que demonstra que a expressão *por sua conta* deve ser entendida de maneira bastante elástica. Sobre tudo isto, verdadeiramente falando, não há muitas dificuldades ou discussões. Já quando do colóquio organizado pelo Ministério da Justiça, por ocasião da entrada em vigor do novo Código Penal, M.J.J. Hyest, deputado que participara ativamente dos debates parlamentares, declarou: *Não é necessário que a pessoa jurídica tenha tirado proveito do ato. Assim, quando uma coletividade local não mantém convenientemente sua estação de limpeza, que benefício ela obtém? Parece normal, no entanto, prever que a persecução não se exerça somente em direção ao responsável direto pela estação de limpeza*.⁴⁷

3.3 Efeitos da dissolução ou de uma mudança de estatuto da pessoa jurídica após o cometimento da infração.

a) Vejamos, primeiro, o caso da dissolução da pessoa jurídica. É preciso distinguir.

mente, de tomar as medidas de segurança necessárias visando fazer economia.

(47) Em *Le nouveau code pénal*. Enjeux et perspectives. Dalloz, 1994, p. 47-48.

(44) Art. 197-2.º da Lei 85-98, de 25.01.1985. O art. 202 desta lei, modificada por aquela de 16.12.1992, instituiu justamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para responder a este caso exemplificado.

(45) Poderíamos imaginar vários delitos, mas é preciso prestar atenção ao princípio da especialidade segundo o qual, no direito francês, uma pessoa jurídica somente é responsável pelas infrações para as quais esta responsabilidade é especialmente prevista: *nos casos previstos pela lei* lembra o art. 121-2 al.1 CP. Para este estudo crítico dos casos onde o legislador não admitiu a responsabilidade das pessoas jurídicas, v. F. Franchi, *A quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales?* Rev. sc. Crim. 1996, p. 277 e s.. E a jurisprudência interpreta estritamente os textos, Crim. 30.10.1995, Bull. Crim. n. 336 (não há responsabilidade penal das pessoas jurídicas em casos de infrações previstas no código do consumidor, fraude e publicidade enganosa em espécie).

(46) A pessoa jurídica seria *a fortiori* responsabilizada se o patrão tivesse deixado de comprar os capacetes, ou, mais genericamente,

Se uma infração foi cometida antes da dissolução e apurada após a dissolução, o Ministério Público pode evidentemente processar a pessoa jurídica. Mas o interesse fica um pouco diminuído porque, segundo o art. 133-1 CP, *a dissolução da pessoa jurídica [...] impede ou paralisa a execução da pena. Não obstante, ela pode ser obrigada ao recolhimento da multa e das custas judiciais e mesmo ter seus bens confiscados [...] após a dissolução da pessoa jurídica até o término das operações de liquidação.* Em suma, apenas algumas penas como a multa – essencial é verdade – é que podem ser executadas após a dissolução, e ainda sob a condição de que a liquidação não esteja perfeita e acabada.⁴⁸

Se uma infração for cometida após a dissolução da pessoa jurídica, podemos nos indagar sobre a possibilidade de processar a pessoa jurídica uma vez que podemos pensar que ela desapareceu. Tal pensamento, no entanto, não é correto, porque o art. 1844-8 CC lembra que a dissolução da sociedade leva à sua liquidação e sobretudo que *a personalidade jurídica da sociedade subsiste para as necessidades da liquidação até a publicação do término desta*,⁴⁹ quer dizer que, durante o período intermediário da liquidação, a pessoa jurídica ainda “vive”. De sorte que uma persecução contra ela é possível em vista de uma infração cometida por ela durante este período. Mas encontramos os

mesmos limites acima citados: apenas algumas medidas penais poderão ser executadas, e ainda antes do término da liquidação.

b) Pode acontecer também de a pessoa jurídica, sem ter desaparecido, sofrer uma mudança estatutária.

Esta modificação pode primeiramente ser moderada: a pessoa jurídica muda de estrutura jurídica. Uma sociedade anônima se transforma em sociedade de responsabilidade limitada ou vice versa. Esta pessoa jurídica continua subsistindo. Como expressa o art. 1844-3 CC, *a transformação regular de uma sociedade em uma sociedade de outra forma não leva à criação de uma nova pessoa jurídica. Há o mesmo com a prorrogação ou qualquer outra modificação estatutária.* A substância da pessoa jurídica subsistindo, nada impedirá, por exemplo, de processar a sociedade de responsabilidade limitada por uma infração recentemente cometida pela sociedade anônima. Não poderíamos admitir que, através do viés de uma mudança estatutária da pessoa jurídica, seus dirigentes pudessem riscar com um traço de caneta o passado penal desta pessoa jurídica.

Mais complexa é a hipótese da fusão (as sociedades X e Y nada mais são que uma, Z) ou aquela da incorporação (a sociedade X é incorporada da pela sociedade Y). A doutrina considera, no silêncio da lei, que a nova sociedade Z ou que a sociedade incorporadora não poderão se ver processadas pelas infrações praticadas pela sociedade fundida ou incorporada.⁵⁰ Este ponto de vista se funda no fato de que a pessoa jurídica resultante de uma fusão ou incorporação é nova, constituindo um ser jurídico

(48) O que é evidente, uma vez que, após o término da liquidação, os bens da antiga pessoa jurídica não estão mais disponíveis, tendo sido integrados aos patrimônios próprios dos membros desta pessoa (se houver bens, evidentemente).

(49) V., no mesmo sentido, art. 391 al. 2 da Lei de 24.07.1996 sobre as sociedades comerciais e art. 15 da ordenança de 23.09.1967 sobre os grupos de interesse econômico.

(50) F. Desportes e F. Le Gunehec, *Le nouveau droit pénal*, supracitado, n. 590. Estes autores reconhecem que sua proposição pode levar a possíveis fraudes à lei.

novo. Daí resulta que os dirigentes poderiam ser tentados a proceder a operações para se livrar da persecução penal. O que é inadmissível. Também penso que a persecução é possível contra a nova pessoa jurídica na condição, evidentemente, que seus dirigentes possam ser acusados de fraude à lei. Porque o direito penal é um direito realista que não pode se sustentar em aparências.

4. Conclusão

Eis algumas idéias, alguns incícios de resposta a questões essenciais. E eu as respondi de bom grado, porque sempre

fui partidário da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A idéia de uma responsabilidade *lato sensu* das pessoas jurídicas é corrente na Europa, ainda que ela se apresente sob diversas formas: ora a pessoa jurídica é somente garante do pagamento de multas infligidas a seus dirigentes, ora à pessoa jurídica se aplica uma medida de segurança (confisco, fechamento do estabelecimento notadamente); outras vezes ainda, ela é objeto de uma responsabilidade quase penal (sanções pecuniárias especialmente); ora enfim, e na minha opinião, este é o melhor sistema, ela é responsável penalmente de maneira plena e integral.⁵¹

⁽⁵¹⁾ K. Tiedemann, comentário introdutivo a um projeto de pesquisa concernente à harmonização do direito penal comercial no quadro da Comunidade europeia em *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, sob a direção de M. Delmas-Marty, Rev. Sc. Crim, 1997, p. 268 e s..

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.4

EL DERECHO PENAL ANTE LA GLOBALIZACION Y LA INTEGRACION SUPRANACIONAL* **

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Globalización, integración supranacional y delincuencia – 3. La política criminal frente a la delincuencia de la globalización: 3.1 Las vías de configuración de un Derecho penal de la globalización; 3.2 La dogmática frente a la delincuencia de la globalización; 3.3 Los principios político-criminales en el Derecho penal de la globalización.

1. Introducción

El examen de la respuesta jurídico-penal a la delincuencia generada por los fenómenos de la globalización y de la integración supranacional puede acometerse desde, al menos, dos perspectivas. Una de ellas es, estrictamente, la del examen de los mecanismos actuales y futuros de cooperación internacional a partir de una contemplación estática de los ordenamientos nacionales vigentes; en esta línea, procedería estudiar, entre otros temas, la institución de la extradición así como la eventual modificación de los principios de competencia jurisdiccional penal de los Estados.¹

En este ámbito se dan importantes diferencias entre los países del common law, que sólo raramente admiten excepciones al principio de territorialidad, y los de Derecho continental, más dispuestos a relativizarlo, acogiendo el principio de “vicarious administration of criminal justice”, además del principio personal y del de protección universal.²

La outra perspectiva posible, en cambio, há de centrarse en cómo la delincuencia de la globalización puede llegar a modificar el bagaje conceptual de la teoría del delito, así como las garantías formales y materiales del Derecho penal – y del Derecho procesal penal.³ Esta última es la perspectiva que

(*) ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; APC: Archives de Politique Criminelle; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JZ: Juristenzeitung; KritJ: Kritische Justiz; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; RTDPE: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(**) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Cf., en esta línea, los trabajos contenidos en McDonald (ed.), Crime and Law

Enforcemet in the Global Village, Highland Heights/Cincinnati 1997.

(2) Entre otras diferencias. Cf. Eser, Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases: A Problem in Outline, en Criminal Science in a Global Society: Essays in Honor of Gerhard O. W. Mueller, Littleton Col. 1994, p. 3 y ss., 11-12.

(3) Prescindo de otras cuestiones importantes, como si existe o no un deber de interpretar el Derecho penal nacional conforme al Derecho de la intergración, o si existe o no un deber de introducir preceptos penales

aquí se seguirá, lo que permite modificar ligeramente el título propuesto por el de ¿qué modificaciones pueden experimentar el sistema del Derecho penal clásico y sus principios político-criminales en virtud de la globalización y la integración supranacional?

Mi hipótesis es que el Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unifico, pero también menos grantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación⁴ y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción.

Esta hipótesis se basa en algunas constataciones básicas. Por un lado, la globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente *prácticas*, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad.⁵ Expresado de otro

modo, en este punto la reflexión científica no surge como producto de una aspiración intelectual de unidad de perfección teórica.⁶ Más bien, se trata de responder a exigencias del poder político o de las instancias de aplicación judicial del Derecho, impotentes en la lucha de los ordenamientos nacionales contra la criminalidad transnacional. Por ello, no se trata aquí en primera instancia de discutir las condiciones de posibilidad de una ciencia supranacional del Derecho penal, cuanto de construir concretas respuestas jurídico-penales supranacionales. A la ciencia se le pide simplemente disponer las bases respuestas. Esta situación es esencialmente incompatible con la *preocupación sistemática* y, en particular, con el manejo de un sistema al que la vocación distintiva ha hecho significativamente complejo.⁷

p. 331 y ss., 336; también, Dannecker, JZ 1996, p. 873.

a partir de las directivas comunitarias, pues ello tiene que ver, según creo, de modo muy específico con el estado de desarrollo jurídico de la Unión Europea. Sobre ello, por todos, Dannecker, *Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, JZ 1996, p. 869 y ss., 871, 873.

(4) En contra, Tiedemann, *Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung*, en *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, München 1998, p. 411 ss., 433-434, quien sostiene que la integración ha de conducir a la limitación de la punibilidad que se deriva de las construcciones de la Parte General de *Rechtsgut* alemana.

(5) Así, expresamente, para la política criminal de la Unión Europea, Vogel, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, JZ 1995,

(6) A propósito del Derecho penal de la integración europea, lo señala con claridad Perron, *Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?*, en *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, München 1998, p. 227 y ss., 246: "Motor der europäischen Rechtseinheit ist nicht die romantische Rückbesinnung auf das gemeinsame Kulturgut, sondern die *Einsicht in die Notwendigkeiten der Globalisierung der Wirtschaft*"; "Die Anforderungen an das europäische Strafrecht sind daher *eminenter praktischer Natur*". Las cursivas son mías.

(7) Aludiendo, por ejemplo, a la construcción alemana de las categorías del injusto y de la culpabilidad, Perron, *Lenckner-FS*, p. 235, aunque insistiendo en la necesidad de esta diferenciación en el plano supranacional, dada la importancia del manejo del concepto de hecho antijurídico no culpable (p. 241, 242), frente a lo que ocurre, por ejemplo, en Inglaterra. En cambio, Tiedemann, *Lenckner-FS*, p. 423-424, señala que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad y culpabilidad es innecesaria para la formulación de reglas y, para la simplificación del Derecho desde perspectivas pro-

En segundo lugar, la delincuencia de la globalización es *económica*, en sentido amplio, (o, en todo caso, lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos).⁸ Ello significa que la reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto esencial de estudio delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata de delitos calificados criminológicamente como *crimes of the powerful* (de sujetos poderosos); de delitos que tienen una regulación legal insuficientemente asentada; y de delitos cuya dogmática se halla parcialmente pendiente de elaboración. Todo lo cual há de redundar en una configuración de los mismos sobre bases significativamente diversas de las del Derecho penal clásico (de la delincuencia pasional o de los *crimes of the powerless*).

En tercer lugar, la exigencia de dar respuesta a la globalización y su delincuencia se concibe, en general, en términos *punitivistas*, esto es, de evitación de hipotéticas lagunas, así como de rearme jurídico-penal frente a modelos de delincuencia que crean una fuerte sensación de inseguridad no sólo a los individuos, sino también – y de modo muy especial – a los propios Estados. Si a esto se añade el evidente déficit de ejecución (*Vollzugsdefizit*) de la normativa penal en estos ámbitos, dada la magnitud de la tarea asumida, parece

razonable pensar en que la menor *certainty* de la consecuencia jurídico-penal (o, en otras palabras el inevitable carácter selectivo de la represión) se vea compensado con una mayor severity de la misma (esto es, con un reforzamiento de los aspectos *simbólicos* de la sanción).

Por fin, en cuarto lugar, en la respuesta a la delincuencia transnacional no parece posible que el Derecho penal de la globalización prescindiera de la tradición prescindida de la tradición jurídico-penal anglosajona (del *common law*), significativamente distinta de la continental europea.⁹ En efecto, en el Derecho penal de la integración europea parece impensable una imposición lineal de la tradición jurídica alemana que nos resulta más próxima, ignorando las perspectivas británica (y también las francesas).¹⁰ En una respuesta global a la delincuencia mundial, parece asimismo imposible prescindir de los países anglófonos y, por tanto, de su Derecho.¹¹

Si este elemento se superpone a los anteriores, parece razonable partir de la idea de que en cada uno de las materias debatidas en orden a su configuración “global” tienda a imponerse la solución más sencilla¹² y, con ello, probablemente

cesales-prácticas (teniendo en cuenta, además, el sistema de jurado), perfectamente prescindible.

(8) En este sentido, para el Derecho penal de la unificación europea *Paliero* Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien, ZStW 110 (1998), p. 417 y ss., 420. Sobre otros aspectos de la globalización y la delincuencia, en particular los flujos migratorios, Hess, Die Zukunft des Verbrechens, KritJ 1998, p. 145 y ss.

(9) Para quienes siguen pensando que las divergencias no son tantas es aconsejable la lectura de la clarificadora descripción de *Ashworth*, Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England, ZStW 110 (1998), p. 461 y ss., 472.

(10) Más orientada al Derecho procesal la anglosajona; más caracterizada por el legalismo la francesa. Ambas, menos preocupada por los aspectos sistemáticos de las reglas de imputación.

(11) Lo advierte con razón *Perron*, Lenckner-FS, p. 228.

(12) *Perron*, Lenckner-FS, p. 239: “...der ohnehin unvermeidliche Kompromiß (*könnte*) auch zugunsten einer noch einfacheren, wesentlich pragmatischeren Anordnung der

también más *laxa*. En tal extremo, no parece que haya de influir sólo la mentalidad punitivista o defensista com la que se plantea la globalización del Derecho penal. También debe contarse com las resistencias psicológicas de cada cultura (o variante cultural) jurídico-penal a renunciar a instrumentos represivos asentado en la misma. El riesgo que com todo ello se asume es evidente: descontextualizada una determinada solución de Derecho sustantivo de sua marco procesal e institucional, es muy posible que el Derecho penal global resulte en conjunto más represivo que cualquiera de los sistemas que hayam contribuido a su génesis.¹³

2. Globalización, integración supranacional y delincuencia

La *globalización* – como salto cualitativo de la internacionalización – es una

Strafbarkeitsvoraussetzungen getroffen werden (...), wie sie beispielsweise in Frankreich oder England üblich ist”.

- (13) De nuevo aquí he de discrepar de *Tiedemann*, *Lenckner-FS*, p. 433. Este autor advierte la ausencia de construcciones y finuras sistemáticas en Francia e Inglaterra, se bien apunta que en la primera ello se suple com una orientación a la vez práctica y legalista-positivista, mientras que en la segunda el mecanismo de compensación es la unidad del pensamiento sustantivo y procesal. Pero, aunque tales compensaciones fueran suficientes – lo que debe valorarse –, lo cierto es que parece difícil que se consiga, en un Derecho penal de la integración, respetar la unidad orgánica que una determinada institución tiene en su país de origen, de modo que lo esperable es que las transacciones y compromisos redunden en la asunción de aspectos parciales que podrían tener el efecto que se apunta en el texto. Como apunta, por lo demás, *Pieth*, *Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität*, *ZStW* 109 (1997), p. 756 y ss., 758, armonización del Derecho penal significa com frecuencia expansión del Derecho penal.

de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones y la ampliación de los mercados. Cuestión distinta es que, a partir de esta consideración, pueda tenerse en cuenta, junto a la globalización de la economía, outro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las innovaciones técnicas. Pero, en última instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, por tanto, esa mayor rapidez de comunicaciones). Por su parte, también la integración es básicamente una noción económica. La integración aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, com libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones.¹⁴

Los fenómenos de la globalización económica y la integración supranacional tienen un doble efecto sobre la delincuencia. Por un lado, – aunque esto interesa aquí en menor medida – dan lugar a que determinadas conductas tradicionalmente contempladas como delictivas, deban dejar de serlo, pues lo contrario se convertiría en un obstáculo a las propias finalidades perseguidas com la globalización y la integración supranacional. En efecto, conductas vulneratorias de barreras y controles estatales a la libre circulación pasan de

(14) *Pieth*, *ZStW* 109 (1997), p. 756.

ser punibles a no serlo. Un ejemplo reciente es el de la normativa penal española en materia de transacciones económicas con el exterior que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró inaplicable en el año 1995.¹⁵

Pero, por otro lado, los fenómenos económico de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto – criminalidad rancelaria –, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de la instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización.¹⁶

En efecto, desde el punto de vista estructural, las características más significativas de la criminalidad de la globalización son dos. Por un lado, se trata de una criminalidad, en sentido amplio, *organizada*. Es decir, que en

ella intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, ya sea en las empresas, ya incluso en la forma estricta de la organización criminal. La disociación que ello produce entre ejecución material directa y responsabilidad determina, asimismo, que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes en el plan delictivo. Desde el punto de vista material, la criminalidad de la globalización es criminalidad de sujetos poderoso, caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales. Su capacidad de desestabilización general de los mercados así como de corrupción de funcionarios y gobernantes son rasgos asimismo notables.¹⁷

3. La Política, criminal frente a la delincuencia de la globalización

Frente a la naturaleza económica de los fenómenos de la globalización y la integración el Derecho penal es, obviamente, un producto político y, en particular, un producto de los Estados nacionales del S. XIX, que adquiere su plasmación última en las codificaciones respectivas.¹⁸ Así las cosas, el tema *El Derecho penal frente a la globalización y a la integración económica* no es sino la caracterización del modo en que

(15) En sentencias de 23 de febrero (asunto *Bordessa*) y de 14.12.1995 (asunto *Sanz de Lera*).

(16) Cf. *Pearce/Woodin* (ed.), *Global Crime Connections. Dynamics and Control*, Houndmills, etc. 1993; *Ryan/Rush* (ed.), *Understanding Organized Crime in Global Perspective. A Reader*, Thousand Oaks/London/New Delhi 1997.

(17) Sobre la importancia de la corrupción internacional de funcionarios públicos y los esfuerzos por combatirla, cf. la detallada exposición de *Pieth*, ZStW 109 (1997), p. 758 y ss.

(18) Sobre el debilitamiento del Estado frente a la delincuencia de la globalización, *Hess* KritJ 1998, p. 153; pero al mismo tiempo, sobre el endurecimiento general de la Política criminal en términos de hacer frente a la inseguridad u mostrar efectos simbólicos (p. 155-156).

desde un Derecho nacional, que aparece como el último bastión de la soberanía nacional,¹⁹ se afronta un problema transnacional. A mayor abundamiento, los Derechos nacionales sólo en ocasiones muestran similitudes, de modo que en muchos casos expresan más bien importantes divergencias culturales o de tradiciones jurídicas. Ello sitúa cualquier abordaje conjunto del problema de la criminalidad de la globalización ante importantes dificultades adicionales.²⁰

3.1 Las vías de configuración de un Derecho penal de la globalización.²¹

El objetivo fundamental del Derecho penal de la globalización es, como se ha indicado al principio, eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de *paraísos jurídico-penales*. La existencia de tales “paraísos” resulta especialmente disfuncional cuando se trata de combatir una modalidad de delincuencia, en la que el lugar y el momento de la intervención de los principales responsables de las organizaciones pueden resultar perfectamente disponibles. Ahora bien, la obtención de tal respuesta tendencialmente uniforme no es fácil. De entrada, podería pensarse en una suficiencia de los procesos de armonización de legislaciones en los preceptos correspondientes²² (de

los que la integración europea ofrece ya algunos ejemplos).²³ Sin embargo, ello com ser necesario e importante, no resulta suficiente.²⁴ Es preciso además, homogenizar las reglas legales de la Parte General que determinan esencialmente la aplicación que haya de darse a tales preceptos específicos.²⁵ Es más, seguramente lo anterior también resulta insuficiente si no se trabaja de modo simultáneo en una construcción supranacional relativamente homogénea del sistema del Derecho penal, de los conceptos y categorías de la teoría jurídica del delito, así como de los principios y garantías político-criminales fundamentales.²⁶

“importación” jurídica: cf. von Münch, Rechtsexport und Rechtsimport, NJW 1994, p. 3.145 y ss.

(23) Cf. Kühl, Europäisierung der strafrechtswissenschaft, ZStW 109 (1997), p. 777 y ss., 784, aludiendo a los conocidos ejemplos del blanqueo de capitales, la sanción del “insider trading”, la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y, en fin, la asimilación del tratamiento de la corrupción de funcionarios comunitarios al de la propia de los funcionarios nacionales.

(24) Se trataría con ello de superar, o al menos complementar, el método comparatista con el de un discurso con pretensiones unitarias. Cf. las observaciones de Courais Struktur – und Auslegungsaspekte des angelsächsischen Strafrechts, GA 1981, p. 533 y ss., 533. Sobre el origen del método del “Derecho comparado” en el fenómeno codificador que pone fin al predominio del “Ius Commune”, Perron, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?, en ZStW 109 (1997), p. 281 y ss., 284-285.

(25) Vid. El importante esfuerzo constructivo de Tiedemann, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, en FS für Jescheck, II, Berlin 1988, p. 1.411 y ss.; así como de sus discípulos Vogel, JZ 1995, p. 331 y ss.; y Dannecker, JZ 1996, p. 869 y ss..

(26) A estos dos aspectos aluden Kühl, ZStW 109 (1997), p. 784; Perron, Lenckner-FS,

(19) Precisamente en esta cuestión es donde comúnmente se sitúa el mayor obstáculo a la unificación. Cf., por ejemplo, Pagliaro, Limiti all’ unificazione del Diritto penale europeo, RTDPE 6, 1993, p. 199 y ss., 203.

(20) Cf. Eser, en Criminal Science, p. 5.

(21) Cf., para el caso europeo, Delmas-Marty, Vers un Droit pénal européen commun?, en APC 19, 1997, p. 9 y ss., 12 y ss.; Pagliaro, RTDPE 6, 1993, p. 204 y ss.

(22) En donde desempeñan un importante papel los fenómenos de “exportación” e

Aquí surgen dificultades muy relevantes. Por un lado, ni la asimilación, ni la armonización legislativas garantizan en ningún caso la homogeneidad de las respuestas, aparte de plantear dificultades de índole constitucional.²⁷ Ello ni siquiera se garantiza con la adopción de tratados de unificación sectorial del Derecho penal, que no pueden abordar su aplicación uniforme por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. En fin, la atribución del *ius puniendi*, tanto en su dimensión legislativa como jurisdiccional,²⁸ a instancias supranacionales tropieza, al menos por el momento, con los *déficits democráticos* de las instituciones surgidas de los procesos de integración, cuanto más si se trata de otro tipo de instancias supranacionales. En la medida en que las penas que se impongan sean privativas de libertad (no tanto si se trata de penas pecuniarias o de penas privativas de derechos) no parece posible hoy por hoy atribuir a órganos de instituciones supranacionales el ejercicio del *ius puniendi* contra la delincuencia de la globalización.

p. 227-228. Por supuesto, ello no quiere decir que la configuración de un modelo dogmático unitario sea suficiente (crítico, Perron, ZStW 109 (1997), p. 300), pues los aspectos prácticos y de funcionamiento del sistema penal en su conjunto desempeñan un papel esencial si de lo que se trata es de obtener una justicia penal supranacional. Pero desde luego, el modelo dogmático constituye un aspecto fundamental.

(27) Por ejemplo, en relación con los mandatos de criminalización, discutidos ya desde hace tiempo en el marco de la Unión Europea.

(28) Esta es la línea del llamado *Corpus Iuris* (Delmas Marty, dir.), 1997, germen de un Código penal modelo para la Unión Europea. Cf. el documentado comentario de *Choclán Montalvo*, Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El *Corpus Iuris* europeo (I y II), en *La Ley*. Revista jurídica española, n. 4.475 y 4.476, lunes 09 de febrero y martes 10.02.1998.

Por tanto, parece que lo más probable será la adopción de tratados de uniformización, también en temas de Parte General,²⁹ acompañados de esfuerzos por garantizar de facto (mediante encuentros, seminarios, etc) una aplicación lo más homogénea posible de los mismos.

3.2 La dogmática frente a la delincuencia de la globalización

El Derecho penal de la globalización no es Derecho penal. Como se indicó al inicio, se concentra en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas con éstas. De ahí que se produzca un cambio significativo en cuanto al modelo de delito que sirve de referencia a la construcción dogmática: En lugar del homicidio del autor individual se trata, por ejemplo, de abordar actos de corrupción realizados por una empresa que, a su vez, comete delitos económicos. A partir de tal constatación, se produce una importante disyuntiva: o bien se acomete una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho penal,³⁰ o bien se asume que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo. Lo primero, que vendría a configurar lo que de modo gráfico puede expresarse como "Derecho penal de dos velocidades", significa en realidad la renuncia a la teoría del delito como teoría general del ilícito penal (y, en esa medida, aparentemente un retroceso histórico); lo segundo, por su parte, supone la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad

(29) Así también *Vogel*, JZ 1995, p. 334.

(30) En favor de la sectorialización, *Tiedemann*, *Lenckner-FS*, p. 419.

de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio. Probablemente, pues, si la disyuntiva se plantea entre los referidos dos males, haya que inclinarse por el mal menor, esto es, a mi juicio, por la primera opción.

La homogeneización de las reglas legales de la Parte General y de los propios criterios dogmáticos de imputación en un plano global podría, por lo demás, pugnar en teoría con la naturaleza *cultural* de la dogmática. En efecto, por mi parte, comparto la convicción, profundamente arraigada entre los penalistas,³¹ del carácter supranacional de la ciencia del Derecho penal. Ocurre, sin embargo que, como es sabido, dicha convicción se había asentado durante largo tiempo en la creencia acerca de que el Derecho penal se hace supranacional por su vinculación con determinadas estructuras lógico-objetivas (así, las de la acción, de la culpabilidad o de la autoría)³² de las que se derivaría el conjunto del sistema dogmático de modo deductivo-axiomático.³³ Ello determinaría que nuestra ciencia fuera no sólo transnacional, sino, más aún, global, universal, desvinculada de referencias espacio-temporales, independiente de culturas y sistemas de valores. Modernamente, en cambio, se rechaza por muchos la posibilidad de construir de modo completo el sistema dogmático del Derecho

penal sobre la única base de las verdades — supuestamente permanentes e inmutables-inherentes a las estructuras lógico-objetivas. De este modo, sin negar la importante función de límite que tiene la realidad del ser³⁴ — en particular el concepto de persona y los derechos que le son inalienables —, a la que obviamente no puede oponerse la construcción dogmática, se tiende de modo creciente a construir el sistema, en el seno de un marco ontológico que se estima bastante amplio,³⁵ sobre la base de conceptos normativos. Estos adquirirían su contenido concreto desde perspectivas teleológicas, conformadas a partir de las finalidades político-criminales del Derecho penal. Unas finalidades político-criminales que no se reducen a meras consideraciones utilitaristas- sociales de eficiencia empírica sino que comprenden de modo esencial consideraciones valorativa derivadas de un principio de respeto a la dignidad humana y a las garantías fundamentales del individuo (en definitiva, son *culturales*).³⁶

(31) Al "sueño" de *von Liszt* con una ciencia penal universal alude *Perron*, ZStW 109 (1997), p. 282 nota 6. El tema de la *Strafrechtlehrertagung* (jornadas anuales de penalistas de lengua alemana) de 1997 fue, asimismo, el de la "Internationalisierung des Strafrechts".

(32) Finalidad, poder actuar de otro modo, dominio final del hecho, respectivamente.

(33) Así en *Armin Kaufmann*, Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, en *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio 1985, p. 100 y ss.

(34) De nuevo sobre ello, Kühl, ZStW109 (1997), p. 787.

(35) Sobre la reducción del Derecho penal a una serie de principios generales, *Perron*, ZStW 109 (1997), p. 283.

(36) Cf. cómo se observa que es éste el punto de vista desde el que se trata de construir una aproximación común a los problemas en Fletcher, *Criminal Theory as an International Discipline*, en *Eser/Fletcher* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung Rechtsvergleichende Perspektiven*, II, Freiburg 1988, p. 1.595 y ss., 1621: "The most significant consequence of the conference was the recognition that we share a common discipline. Both German and American thinkers, it turns out, are committed to systematic as well as to pragmatic analysis. It may be that many Americans are discovering the virtues of systematic thought as many German scholars are finding new insights in pragmatic, case analysis. The German may be importing Bentham, and we, Kant and

De la relación dialéctica de lo uno y otro han de surgir, sin duda, enunciados valorativos concretos, cuya aptitud para dotar de contenido a las categorías sistemáticas debe quedar fuera de duda.³⁷ En efecto, la adopción de esta perspectiva puede permitir dotar al sistema del Derecho penal de un innegable carácter supranacional, si se toma como punto central de referencia la comunidad cultural y de valores que subyace a las constituciones occidentales actuales.³⁸

Hegel. If we sense that we are becoming one intellectual community, we can only be confident that the discussions of the future will be even deeper and more searching".

(37) Cf. al respecto *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992, p. 103-178.

(38) Roxin, *Strafrecht AT*, I, 3. ed., München 1997, § 7.º V, n. marg. 84 nota 76: "Freilich beruht die über die nationalstaatlichen Grenzen hinausgreifende Allgemeingültigkeit strafrechtsdogmatischer Eingriffen weniger auf ontischen oder sachlogischen Gegebenheiten (...) als auf dem im internationalen Meinungsaustausch erarbeiteten Konsens über die leitenden Kriminalpolitischen Zwecksetzungen und der gemeinsamen Diskussion unterschiedlicher Problemlösungsmöglichkeiten. DaB verschiedene Rechtsordnungen ggf. divergierende Wertentscheidungen treffen, hindert die Kritik dieser Lösungen nach dem Stande der international erreichten strafrechtsdogmatischen Erkenntnis nicht" (Desde luego, la vigencia general de las perspectivas de la dogmática penal, más allá de las fronteras de los estados nacionales, se asienta menos en datos ónticos o lógico-objetivos que en el consenso obtenido en el intercambio internacional de opiniones acerca de las finalidades rectoras de la Política criminal, así como en la discusión común de las diversas posibilidades de solución de los problemas. Que distintos ordenamientos jurídicos adopten, llegado el caso, decisiones valorativas divergentes, no impide la crítica de estas soluciones a partir del estado del conocimiento alcanzado en el plano internacional sobre la dogmática jurídica penal).

Mas ello implica un factor de *relativización*. Una ciencia del Derecho penal basada exclusivamente en las estructuras lógico-objetivas, o que limite a constituir el sistema de problemas o de estructuras de imputación,³⁹ puede ser *plenamente* universal. En cambio, una ciencia penal de rasgos teleológico-valorativos, si bien puede ser supranacional, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, no puede independizarse de las culturas, de los sistemas de representaciones valorativas: tiene, por tanto, obvios condicionantes espacio-temporales.⁴⁰ Por poner un ejemplo evidente, difícilmente se llegará a un acuerdo valorativo *completo*, en cuanto

(39) No puede ignorarse, en efecto, que existe otra vía metodológica distinta de la de las estructuras lógico-objetivas desde la cual la ciencia del Derecho penal de hace auténticamente universal. Se trata de la propuesta de Hruschka de centrarse en la conformación del sistema de casos problemáticos y de estructuras de imputación, dejando para un nivel secundario, y de discutible estatuto científico, el tema de las respuestas a los problemas, esto es, en suma, el tratamiento valorativo de las estructuras de imputación. Cf. Hruschka, *Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von Georg P. Fletcher, Rethinking Criminal Law*, GA 1981, p. 237 y ss; *El mismo*, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, JZ 1985, p. 1 y ss. También, del mismo autor, la "Vorbemerkung" de las dos ediciones de su *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin 1983 (1.ª) y 1988 (2.ª).

(40) En contra, aunque obviamente partiendo de una concepción según la cual la teoría del delito no es un producto teleológico-valorativo, sino puramente ontológico, Hirsch, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, en FS für G. Spindel, Berlin 1992, p. 43 y ss, 50-51, 53: "...las diferencias culturales no tienen influencia alguna en el ámbito en el que se trata de la elaboración científica de las doctrinas generales del delito".

a la atribución de finalidades político-criminales al Derecho penal, y por tanto tampoco en cuanto a la concreta atribución de contenido a las categorías y conceptos del sistema dogmático, entre el mundo occidental, el mundo islámico y el del extremo oriente.⁴¹ En efecto, la relación entre razonamiento de principios y razonamiento utilitarista, así como la articulación de la relación individuo-sociedad, entre otras cuestiones, tienen lugar en unos y otros ámbitos culturales de modo sustancialmente distinto.⁴² De ahí que, desde este punto de vista, la labor de la ciencia penal *no sólo* discurrirá en el marco generado por las *estructuras ontológicas* y en el que establece, en virtud del principio de legalidad, el respectivo *Derecho positivo nacional*,⁴³ sino que se vería evidentemente limitada por los condicionantes que establece un determinado *horizonte valorativo común*. Así las cosas, el penalista podrá dedicarse, sin marco alguno que le constriña, a elaborar de modo universal las estructuras lógico-objetivas que pueden condicionar – a mi juicio, de modo no determinante hasta el mínimo detalle – la ulterior construcción doctrinal. De la misma manera, y en idénticos términos,

a elaborar los sistemas de problemas y las estructuras formales de imputación. Cuando pretenda, sin embargo, construir el *concreto sistema de proposiciones (de soluciones a los problemas)* en el que se expresan los contenidos últimos de la *dogmática como disciplina práctica*, há de moverse en un contexto valorativo determinado (además de los obvios marcos, antes indicados, del plano ontológico y del Derecho positivo). A partir de ahí, la cuestión radica en determinar quiénes pueden llegar a compartir un “contexto valorativo” de configuración dada. A reserva de estudios más concretos al respecto, me inclino por recurrir al término ambiguo de “lo occidental” para designar a la comunidad de sujetos en la que nos hallamos comprendidos.⁴⁴ Ello, con las obligadas

(41) La importancia de la diversidad de las representaciones valorativas, con concreta referencia al extremo oriente, la subraya Courakis, GA 1981, p. 534-535.

(42) En su polémico y trascendente trabajo “The Clash of Civilizations”, publicado en la revista *Foreign Affairs*, Summer 1993, p. 22 y ss, 25, señala el professor Samuel P. Huntington que “las personas de diferentes civilizaciones tienen puntos de vista diversos sobre las relaciones entre Dios y el hombre, el individuo y el grupo, el ciudadano y el Estado, padres e hijos, marido y mujer, así como perspectivas distintas sobre la importancia relativa de derechos y responsabilidades, libertad y autoridad, igualdad y jerarquía”.

(43) Un marco, éste, que en la construcción conceptual de la teoría del delito resulta especialmente amplio y flexible.

(44) Dicho término, ciertamente, es susceptible, a mi juicio, de comprender no sólo el occidente europeo sino también los países eslavos del Este de Europa, así como los países americanos (del norte, centro y sur de América). Ello supone adoptar una postura distinta a la de *Huntington*, para quien la civilización occidental se contrapone no sólo a las orientales (confuciana, japonesa, hindú), la islámica y la africana, sino también a la eslavo-ortodoxa y a la “latino-americana”. La razón de acoger este punto de vista es la existencia de innegables vínculos en los valores sobre los que se asientan las estructuras estatales vigentes – o las que se aspiran a construir –, así como la evidente base cristiana de las culturas de todos estos pueblos. De todos modos ello no conlleva olvidar la existencia de posibles divergencias relativas en el seno de “lo occidental” por razón de peculiaridades culturales. Pero son divergencias en el seno de un sistema cuyos trazos generales se comparten. Lo mismo sucede con las diferencias ideológicas, que obviamente también incidirán en aspectos concretos de la configuración de las categorías dogmáticas, contra lo que pretende *Hirsch*, Spindel-FS, p. 53, para quien se trata de “la búsqueda de soluciones materialmente correctas de modo general, sin que las valoraciones

matizaciones de que, en primer lugar, lo occidental no es una referencia estática, sino dinámica, en la medida en que su significado varía con el tiempo⁴⁵ y su extensión espacial también puede ser variable. Y, en segundo lugar, que el establecimiento de un marco valorativo común no implica la pretensión de una construcción definitiva (cerrada) del sistema, sino que, por el contrario, debe aceptarse de antemano la existencia presente y futura en el seno de dicho marco de *discrepancias culturales relativas*.⁴⁶ de configuración *técnica y práctica* del sistema del Derecho penal,⁴⁷ así como, obviamente, *ideológicas y científicas*. Más bien se trata de establecer una referencia negativa según la cual no podrían participar el la trabajosa construcción de esa ciencia común quienes no participaran del mismo horizonte valorativo asimismo común.

ideológicas desempeñaran papel alguno en ello”.

(45) Para expresarlo podemos acudir a la interesante noción de *Zeitgeist*. Sobre el influjo de tal “espíritu del tiempo” en la conciencia jurídica y social así como en el sentimiento jurídico, con una interesante exposición esquemática sobre los cambios producidos (en el ámbito occidental) en los últimos años, cfr. *Würtenberger, Zeitgeist und Recht*, 2. ed., Tübingen 1991, p. 105 y ss.

(46) Un ejemplo sencillo, que cita Würtenberger, *Zeitgeist*, p. 108 y ss., es el de la distinta actitud de los ciudadanos alemanes y norteamericanos en torno a la noción de Estado social, a pesar de que, como él constata, se advierten aproximaciones relativas en los últimos años.

(47) Es muy revelador el estudio relatado por *Perron, ZStW* 109 (1997), p. 291 y ss. sobre el diverso modo de resolver técnicamente un caso típico de homicidio bajo el *battered woman syndrome* en ocho países de la Europa occidental y en Estados Unidos. Si bien, existía una coincidencia en el sentido de imponer una pena de gravedad intermedia.

Es evidente, desde luego, que este modelo constructivo plantea no pocos obstáculos derivados de la dificultad tanto de la determinación de los presupuestos valorativos de referencia,⁴⁸ como de las condiciones de su puesta en común para los diversos países. Así se explica que las primeras críticas a tal modo de proceder se hayan centrado en la inseguridad de un sistema centrado en consideraciones valorativas de este género, e incluso en su menor cientificidad(!). Sin embargo, ello es perfectamente rebatible. Como claramente lo es la afirmación⁴⁹ de que el sistema teleológico tiene un carácter nacional (por su vinculación a un determinado ordenamiento constitucional) que se opone frontalmente a las pretensiones transnacionales de la dogmática.⁵⁰ Creo, precisamente, que es virtud de las obras de la dogmática de signo normativista la de poner de relieve cómo ese carácter transnacional, y sin embargo valorativo, es posible en los países que pertenecen

(48) A partir de declaraciones muy genéricas o de modelos culturales relativamente difusos.

(49) Que encontramos en *Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, en Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 – Jahr – Feier der Universität zu Köln, Colonia 1988*, p. 399 y ss, 416; proponiendo también como única posibilidad de modelo transnacional del sistema del Derecho penal el supuestamente asentado en realidades ontológicas, *Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, p. 34 y ss, 44 y ss; de nuevo *Hirsch, Spendel-FS*, p. 44, 49.

(50) Cf. el intento de *Baldó Lavilla*, Estado de necesidad y legítima defensa, Barcelona 1994, p. 43 y ss., de construir la resolución de los conflictos de intereses que plantean las situaciones de necesidad mediante principios operativos de segundo nivel, derivados de las ideas rectoras de libertad y solidaridad, subrayando el carácter transnacional de tal ordenación (p. 44 nota 32).

a un mismo ámbito de cultura: la occidental, en nuestro caso.⁵¹

En lo que aquí interesa, sin embargo, y teniendo en cuenta el señalado carácter sectorial (básicamente económico-empresarial) de la delincuencia propia de la globalización, conviene poner de relieve que las diferencias culturales son seguramente muy inferiores a lo que se suscitaría en relación con situaciones en las que los conceptos de persona y sociedad se vieran más implicados. Así las cosas, el problema no se deriva tanto de la contraposición de modelos culturales, entendidos como "conjunto de representaciones valorativas sobre la persona y la sociedad", cuanto de la diversidad de tradiciones jurídicas.⁵² Estas, en la materia que aquí interesa, se manifiestan en la contraposición de una tradición jurídica continental de importante influencia alemana (países de lengua alemana, Europa de Este, Italia, España, Portugal, Iberoamérica, etc.), la tradición francesa y la tradición del *common law*.

⁽⁵¹⁾ Cf. también en este sentido Schünemann, La Política Criminal y el Sistema del Derecho penal (trad. Martínez Escamilla), ADPCP 1991, p. 693 y ss., p. 712-714: "...ha de constatarse actualmente, por lo menos en las sociedades occidentales, una nivelación rasante de las decisiones fundamentales y convicciones básicas político-criminales (...). A causa de esta comunidad en la convicciones básicas-político-criminales incluso hoy me parecen más favorables que antaño las perspectivas de nivelación de los ordenamientos jurídicos nacionales así como de los sistemas jurídico-penales". Lo que incluiría a los países anglosajones, en los que Schünemann detecta tanto una aproximación a modelos sistemáticos como la creciente acogida de criterios político-criminales característicos de la prevención de integración.

⁽⁵²⁾ Cf. asimismo Grasso, Les perspectives de formation d'un Droit pénal de l'Union Européenne, APC 18, 1996, p. 7 y ss., 31 y ss.

Sin ánimo de exhaustividad alguna, pueden mencionarse las siguientes cuestiones como características de la dogmática de la globalización, en la que las cuestiones probatorias adquieren por otro lado una trascendencia excepcional. La *imputación objetiva* tiene a perder – ya en los Derechos nacionales – su vinculación con relaciones de necesidad con arreglo a leyes. En su lugar, se plantea la suficiencia de relaciones de probabilidad. Esta tendencia puede acentuarse en la medida en que se asiente la propuesta de algunos autores de proceder a una *inversión* de la carga de la prueba en este punto (por ejemplo, en materia de medio ambiente).

La responsabilidad en *comisión por omisión*, sometida en nuestro ámbito a precisas exigencias con vocación de aplicación restrictiva (sobre la base de la idea de la identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa), se está transformando al aplicarse al ámbito de los delitos de empresa o de estructuras organizadas (como infracción del deber de vigilancia). Existe la posibilidad cierta de que – en el marco de un Derecho penal global – se acabe asimilando a las figuras, mucho más laxas, de la *vicarious liability* anglosajona o la *responsabilité du fait d'autrui* francesa.⁵³ Algo parecido puede suceder en la imputación subjetiva, donde la trabajosa distinción entre dolo eventual y culpa consciente puede difuminarse en la amplia figura de la *recklessness*.

En el ámbito de las formas de intervención en el delito, tienden a imponerse fórmulas de *no distinción entre autoría y participación*; algo que ya se advierte en el plano de la pura

⁽⁵³⁾ Entendiendo, sin embargo, que estas figuras, anglosajona y francesa, respectivamente, constituyen la correspondencia de la autoría en comisión por omisión, Tiedemann, Lenckner-FS, p. 431.

tipificación si se examinan los tipos de delito en materia de tráfico de estupefacientes o de blanqueo de capitales.⁵⁴

En fin, la tendencia a examinar las exigentes en términos procesales como *defences* conduce a que las causas de justificación y de exculpación se conciben como elementos que no sólo deben ser razonablemente alegados, sino incluso probados por el imputado.⁵⁵

3.3 Los principios político-criminales en el Derecho penal de la globalización.

Como hemos indicado, el paradigma del Derecho penal clásico es el homicidio de un autor individual. No resulta aventurado sostener que la mayor parte de las garantías clásicas del Derecho penal adquieren su fundamento en esta constatación. El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado (aunque haya otros muy relevantes como el terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada – armas, blancas, niños). La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad (de la clásicamente denominada legislación) *excepcional*, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene. Sucede, aquí, por tanto, algo similar a lo reflejado sumariamente en cuanto a las reglas dogmáticas de imputación.

A título, de nuevo, puramente ejemplificativo, aludiremos a algunos aspectos de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. En cuanto al primeiro, no me detendré en si puede estimarse que el mismo tiene un equivalente funcional en la regla *stare decisis* (o vinculación por el precedente) del ámbito anglosajón; aunque sí manifestaré que ello no es tan evidente como algunos afirman.⁵⁶

Más relevante es, a mi juicio, el manifiesto abandono del *mandato de determinación* en los tipos que, con toda probabilidad, pasarán a configurar el Derecho penal de la criminalidad transnacional.⁵⁷

En el plano procesal, la configuración del Derecho penal de la globalización como un instrumento represivo que da repuesta a exigencias de la política determina que el conflicto entre los sistemas orientados al principio de legalidad procesal y a la búsqueda (tendencial) de la verdad material y aquellos en los que rigen de modo general el principio de oportunidad, la posibilidad de acuerdos y, en fin, criterios dispositivos, presumiblemente acabe inclinándose del lado de estos últimos.⁵⁸

(54) Cf. otros temas, incluyendo mención a los sistemas sancionatorios, en Pagliaro, RTDPE 6, 1993, p. 202-203.

(55) Como ocurre en Francia, Inglaterra, e incluso en España y en la jurisprudencia tradicional italiana. Ello le lleva a Tiedemann, Lenckner-FS, p. 433, aparentemente, a partir de la afirmación de lo excepcional de la solución alemana contraria, a proponer su abandono (!).

(56) Quizá, por ejemplo, Pagliaro. RTDPE 6, 1993, p. 200-201. Cf., en el sentido del texto, la descripción de Ashworth, ZStW 110 (1988), pp. 464-465.

(57) Sobre el hecho de que una concepción demasiado estricta del mandato de determinación puede oponerse a las exigencias de efectividad y probabilidad del Derecho de la integración (por ejemplo, en la materia de los actos realizados en fraude de ley), Vogel, JZ 1995, p. 338.

(58) Plantea la cuestión, aunque sin efectuar pronósticos, Perron, Lenckner-FS, p. 245. Tampoco en lo que se refiere a la relevancia del testimonio de coimputados, así como a la validez del empleo de confidentes, parece que el Derecho penal de la globalización esté en condiciones de desviarse de lo que es ya tendencia con-

En cuanto al principio de culpabilidad, es cierto que existe en el plano internacional un consenso en cuanto a la admisión de la relevancia del error de prohibición. Pero también que esto, pese a su importancia, no es lo decisivo; por contra, lo determinante es qué se entiende por error (frente a conocimiento) y cuál es el baremo de la evitabilidad. Por otro lado, está clara la acogida en el Derecho penal de la globalización de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, lo que no es indiscutible desde perspectivas de culpabilidad.⁵⁹ En fin, parece evidente la dificultar de rechazar figuras que impli-

can una presunción de culpabilidad, pero se hallan absolutamente arraigadas en sus tradiciones jurídicas de origen, como la *strict liability* o las *infractions matérielles*.⁶⁰

Por fin, el principio de proporcionalidad no deja de verse comprometido por la sanción penal de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos (así, por ejemplo, en el caso del blanqueo de capitales). Asimismo, por la evidente proliferación de tipos de peligro muchas veces standard, tanto imputados en comisión activa, como en comisión por omisión.

solidada en los diferentes ordenamientos nacionales.

⁽⁵⁹⁾ Al menos, parece claro que es preciso determinar con claridad cuál es el círculo de personas físicas integradas en la estructura, cuyas acciones desencadenan la responsabilidad de la persona jurídica. Además, es preciso determinar cómo se construye la imputación subjetiva de la persona jurídica en caso de actuaciones de órganos colegiados, en las que unos miembros obran con dolo y otros no; si cabe una suma de conocimientos individuales, cada uno por sí mismo insuficiente, para conformar el dolo de la empresa; si causas de exclusión de la responsabilidad concurrentes en el miembro de la empresa pueden beneficiar a ésta o no; etc. Alude a ello Vogel, JZ 1995, p. 341.

⁽⁶⁰⁾ En efecto: es sabido que en Francia e Inglaterra se acoge la existencia de *infractions matérielles* o bien ilícitos de *strict*

liability, lo que, desde nuestra perspectiva constituye una vulneración del principio de culpabilidad. Cf. Ashworth, ZStW 110 (1998), p. 467 y ss. Pues bien, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las admite en tanto en cuanto se configuren como presunciones *iuris tantum* de culpabilidad (esto es, procesalmente rebatibles). Cf. sobre ello Tiedemann, Lenckner-FS, p. 428-429. Pero es evidente que ello desnaturaliza nuestra concepción sustantivo-procesal del principio de culpabilidad, al igual que podría afirmarse a propósito de la responsabilidad por hecho de otro, etc. Sin ánimo de abundar en instituciones que estimamos vulneratorias del principio de culpabilidad en la doctrina continental actual, a las mencionadas puede añadirse la *constructive liability* (equivalente al *versari in re illicita*): Ashworth, Principles of Criminal Law, 2. ed., Oxford 1995, p. 85-86, aunque estimádola restringida a delitos dolosos contra la vida o integridad.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.5

A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL ATUAL E NO FUTURO* **

KLAUS GÜNTHER

Como sói acontecer, duas posições essenciais reivindicam para si devido significado do conceito jurídico-penal de culpa.¹

A primeira talvez e na medida do possível, se encontra vinculada ao entendimento da vida diária, de fundar a culpa na liberdade do autor de agir de outro modo no momento do fato.² Esta liberdade deve expressar-se nos elementos negativos da culpabilidade, nas causas de sua exclusão ou de exculpação. Historicamente, deriva ela de uma reação contra uma *praxis* penal absolutamente discricionária. Um autor só pode ser punido quando se tenha livremente decidido pelo ilícito. Certamente, este caráter penalmente limitativo da culpa transforma-se em seu conteúdo, no qual se afirma que um autor *sempre deve* ser punido quando tenha cometido, nesse sentido, culpavelmente um fato punível. Não é, entretanto, muito claro o que se deva entender afinal por esta “liberdade”. Não se deve acolher que possa

derivar daquilo que se fizesse presente na pessoa individual no momento do fato, de modo que esta estivesse realmente consciente acerca de uma determinada alternativa de conduta fiel ao direito e fosse capaz de compreendê-la.³ A liberdade de agir de outro modo é, portanto, uma ficção, que se orienta pelo próprio entendimento dos demais membros de uma sociedade. Segundo esta ficção, o culpado atua afinal contra seus próprios bons motivos, envolvendo-se na contradição de si mesmo. A culpabilidade aproxima-se, assim, de uma autonomia ou autodeterminação moral. O fato pode ser “reprovado” ao autor, quando este não tenha utilizado sua capacidade para uma autodeterminação moral. Na medida em que a isso se vincula uma “censura moral”, viola-se a separação entre moral, costume e direito, que é constitutiva para um Estado de Direito liberal e democrático. O autor não é tratado, aqui, como pessoa de direito, mas como pessoa ética ou moral.

A outra posição busca superar estas dificuldades, renunciando de antemão a fundar o significado da culpa a partir da

(*) Tradução de Juarez Tavares.

(**) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Para a evolução histórica, v. Hans Aschenbahr, *Historische und dogmatische Grundlagen Der Strafrechtssystematischen Schulddlehre*, Berlin, 1974.

(2) Compare para isso exemplarmente: Arthur Kaufmann, *UnzeitgemäßBe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*, in *Jura* 1986, 225 e ss.

(3) Isto não é certamente uma assertiva de princípios contra a proposta de fundar o significado da culpa na liberdade de agir de outro modo, senão um problema de prova forense. Este problema é frequentemente reduzido a questões genéricas se a liberdade de vontade como tal é ou não empiricamente demonstrável.

perspectiva do autor e de sua liberdade na situação do agir. Além disso, está associada a insuspeitas normas jurídicas, assim como à prática vigente do sistema de justiça criminal, segundo a qual muitas vezes o autor não é punido apesar da afirmação de sua liberdade, porque a pena não era necessária, ou, em sentido inverso, apesar da possibilidade de uma exculpação, é punido por razões preventivas.⁴ A culpabilidade não arrasta consigo em todos os casos a pena, e a exculpação não conduz sempre à absolvição, conforme razões preventivas indiquem que não se deva impor a punição ou que ela seja imprescindível. Estas experiências conduziram a que o significado da ficção da culpa foi assimilado pelos fins preventivos da pena, sendo por eles inteiramente determinado ou, no mínimo, co-determinado. Aqui se regressa, pois, aos fundamentos de uma justificação da pena, desta vez, entretanto, na função de *fundamentos da culpa*. Assume-se de qualquer forma esta função somente pelos fundamentos de justificar racional e finalisticamente a pena, portanto, segundo as teorias da prevenção, não porém pela idéia de que a pena se justifique por seus próprios fins como retribuição. Assentando-se o fim da pena na correção do autor, só se lhe pode imputar culpavelmente a violação da norma se ele, através da pena, puder ser corrigido. Para as teorias da prevenção geral o significado da culpa se orienta pelo sentido de fazer com que a pena deva refletir-se em terceiras pessoas. Se a pena é necessária, como reação a uma imputável violação da norma, a que outros não se sintam estimulados a realizarem o mesmo

fato punível, o autor será, então, por isso "culpado" ou, como se diz mais cautelosamente, "responsável".⁵ Se, ao invés, para uma violação da norma a pena não deva intimidar, mas restituir aos cidadãos a confiança da norma, que lhes fora possivelmente abalada, ou fortalecer-lhes a crença na impositividade do direito, será o autor então "culpado" se tiver causado com sua conduta dano na validade da norma e a pena seja necessária para delimitar este dano.⁶ A determinação preventiva do conceito de culpa se firma e se dilui na fundamentação dos fins da pena. Todas as objeções que aqui se formulam, se passam igualmente na fundamentação da culpa.

Frente a um conceito de autonomia da culpa, as teorias preventivo-funcionais da culpabilidade apresentam por certo a vantagem de esclarecer abertamente o caráter da culpa jurídico-penal como uma ficção instituída. "Culpa" é uma etiqueta, afixada em alguém segundo as necessidades sociais. Mas estas teorias adquirem seu realismo sob uma lacuna de legitimidade, pois tomam esta necessidade como dada, sem outra fundamentação. A culpabilidade e seus elementos (na forma negativa da exculpação ou de exclusão) são, funcionalmente, apenas determinados segundo esta pressuposta necessidade. Ademais, elas fazem depender a determinação da "culpa" novamente da finalidade da pena. Em sentido inverso, o conceito de autonomia da culpa opera segundo pressupostos morais extremamente fortes.

II

Este dilema entre uma lacuna de legitimidade e uma exigência moral

(4) Assim, por exemplo, procura-se esclarecer por quê pessoas, que são especialmente obrigadas a arrostar o perigo (bombeiros, soldados, etc.), não podem socorrer-se, em tais casos, do "estado de necessidade exculpante" nos termos do § 35 do CP.

(5) Compare para isso exemplarmente: Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed., Munique, 1995, p. 547 e ss.

(6) Compare para isso exemplarmente: Günther Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993.

pode ser superado, se relacionarmos o conceito jurídico-penal de culpa à idéia da legitimação democrática das normas jurídicas e à pessoa do cidadão como titular do direito de participação política no processo democrático de formação do pensamento e da vontade sobre a positivação das normas jurídicas.⁷ Com isso ter-se-ia, por um lado, como suficiente que a culpa fosse uma atribuição, que se orienta de conformidade com a ordem e cuja violação é imputada a uma pessoa. Igualmente, porém, ter-se-ia relacionado a pretensão de legitimidade a uma pessoa segundo sua culpabilidade. Por outro lado, em lugar da autonomia moral, ter-se-ia relacionado apenas aquela da ordem legítima do direito, portanto diminuindo as exigências quanto ao conceito de pessoa. O conceito respectivo de pessoa deve ser, contudo, determinado em primeiro lugar. Este conceito deve servir de ponte entre a pretensão de legitimidade da ordem jurídica e as exigências de obediência à norma, cuja lesão seria imputada como “culpa”.

O processo democrático da criação jurídica se expressa em que a impositividade do direito depende dos discursos públicos e dos procedimentos decisórios, nos quais todos os cidadãos têm

o direito de participar. Cidadãos numa democracia não são unicamente os destinatários, mas também os autores das normas jurídicas. Esta dupla função de autores e destinatários das normas jurídicas está ancorada em uma concepção comunitária de pessoa, que de diversos modos é pressuposta e pretendida na legitimação democrática e na imposição do direito. Pertence a esta concepção, antes de tudo, a capacidade de uma pessoa de poder distanciar-se e assumir posições críticas em relação a condutas e manifestações. A capacidade de crítica pode relacionar-se a condutas e manifestações tanto *alheias* quanto *próprias*. Nisso reside o fundamento da liberdade da pessoa, que pode conduzir-se criticamente tanto frente a condutas e manifestações alheias quanto autocriticamente frente a si mesma. Chamo de “crítica” uma tomada de posição motivada. Uma pessoa, à qual se assenta a capacidade de uma posição crítica, pode portanto executar através de ações e manifestações o ato cognitivo da sua motivada atitude. Além disso, é capaz de seguir os respectivos motivos, por ela mesma acolhidos, de executar, pois, um ato volitivo. Ambos os atos se vinculam reciprocamente ao conceito de “motivo”. “Motivos” são definidos (dentre outras formas) pela diferenciação que produzem no mundo, de modo que possam *conduzir* uma pessoa a alterar suas ações e manifestações no sentido de uma correção. Que eu posso seguir um motivo se mostra pelo fato de que eu (*ceteris paribus*) *atuaria de outro modo se tivesse agido sem este motivo*. Ademais, as espécies de motivos são, primeiramente, indeterminadas; podem existir diversas modalidades de motivos – racional-finalístico, estratégico, moral e outros. Com a assunção da mera capacidade de atitude crítica frente a ações e manifestações não se pode determinar *se e de que modo* a pessoa deve fazer uso dessa capacidade e sobre

(7) As ponderações que se seguem aproximam-se dos argumentos de Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main, 1992, capítulo 3, p. 109 e ss.; John Rawls, Political Liberalism, New York, 1993, p. 35 e ss.; Frank Michelman, Can Constitutional Democrats Be Legal Positivists? Or Why Constitutionalism?, in Constellations 3, 1996, p. 293 e ss.; Oliver Gevostenberg, Deliberative Demokratie. Zur rekonstruktion des Zirkels von Rechtsstaat und Rechtserzeugender Politik, Frankfurt am main, 1997. V. também Klaus Günther, Individuelle Zurechnung und Verfassungsstaat, in: Jahrb. f. Recht u, Ethik 1994, 5. 143 ff.; Urs Kindhäuser, Rechtstreue als Schuld-kategorie, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 107 (1995), S. 701ff.

quê espécie de motivos pode amparar-se. Enfim, quando nos referimos à capacidade de atitude crítica compreendemos conjuntamente os dois atos, o cognitivo e o volitivo. Denomino a pessoa, à qual se pode atribuir esta capacidade, de *pessoa deliberativa*.⁸

Para que a pessoa deliberativa possa basear motivadamente, em geral, sua atitude crítica, deve dispor, de qualquer modo, de uma outra capacidade, que decorre sobretudo do conceito de motivo. Os motivos derivam de *argumentações* acerca de conflituosas pretensões de validade quanto a manifestações explícitas ou implícitas (p. ex., intenções de ações). A pessoa deliberativa deve, portanto, poder participar das argumentações das quais se originam as pretensões de validade a manifestações e que são motivadamente criticadas ou contramotivadamente sustentadas. Tais argumentações ou discursos são caracterizados através de um elenco de pressupostos idealizados, sobre os quais não me compete aqui enveredar. Segundo a espécie das conflituosas pretensões de validade articulam-se as argumentações acerca da descoberta ou da construção dos melhores motivos, que resultam, em sentido provisório, de uma crítica permanente efetuada por uma ilimitada quantidade de partícipes dessas argumentações. A manifestação que se torna motivada dessa forma apresenta para ela mesma, conforme a pretensão de validade, a presunção de verdade, de correção

normativa ou de adequação valorativa. Da capacidade que se atribui à pessoa deliberativa de poder participar em tal discurso não resulta, em contrapartida, que ela deva participar, que deva aceitar para si os melhores motivos e seguí-los em sua conduta. A argumentação, além disso, pode se dar como um discurso internalizado, por assim dizer, na forma de um monólogo desta pessoa. Para a sua atribuição é suficiente que a pessoa seja dotada da capacidade de comprovar, argumentativamente, os motivos sobre os quais se baseia sua assunção crítica quanto às próprias manifestações e ações, que ela possa agir ou "refletir" autocriticamente. A isso pertencem, antes que tudo, a capacidade e a disponibilidade de corrigir as próprias convicções à luz de melhores motivos. Manifestas características da pessoa deliberativa são, pois, a capacidade e a disponibilidade a uma *autocorreção*. Um assaltante de bancos, que procura os melhores meios de executar seu roubo, deve fundar a escolha de seu plano de ação sobre suposições empíricas capazes de verossimilhança e, argumentativamente, colocá-las à prova (pelo menos num monólogo implícito); ele se conduz, portanto, criticamente frente à sua própria ação (planejada), assim como a possíveis alternativas de ações e por isso merece a atribuição de uma "pessoa deliberativa".

O conceito de pessoa deliberativa apresenta também a característica de considerar essa pessoa como *fonte própria* de suas ações e manifestações.⁹ Ela não é somente fonte, no sentido causal, de suas manifestações e ações, mas também no sentido de que isto *depende* de sua atitude autocrítica, e de como ela

(8) As características da pessoa deliberativa, por seu turno, necessitam evidentemente de fundamentação. Assim, deve-se demonstrar, dentre outras coisas, *que e como* o conceito de pessoa deliberativa se associa à crítica às pretensões de validade. Ver nisso Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, tomo 2, Frankfurt am Main, 1981, p. 115.; Klaus Günther, *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*, in Cardozo Law Review, 1996, p. 88 e ss.

(9) Isto implica que a pessoa, assim tratada, seja considerada apta para suas próprias manifestações e ações e, nesse sentido, "livre". Compare nisso: Jakobs, AT 17/20, com outra visão; o mesmo, *Schuldprinzip*.

se exterioriza e se e como atua. A capacidade de atitude crítica torna-se o centro produtor de sua ação e a pessoa — certamente abstraindo-se arbitrariamente de seus motivos e constituição, assim como de outras circunstâncias concretas — é “reduzida” a essa capacidade. Quando, para uma manifestação ou ação, fizesse diferença se a pessoa usar ou não sua capacidade de atitude crítica, então poder-se-á dizer que as manifestações e ações desta pessoa lhe podem ser *imputadas* como de sua autoria. Entenda-se bem que isto não depende se a pessoa efetivamente faz uso de sua capacidade e se, como se tem sempre definido, faz disso uso “correto”. Decisivo é apenas poder atribuir-se-lhe a capacidade de atitude crítica; em consequência desta atribuição, passa ela a valer então como centro produtor de suas manifestações e ações, ainda que, faticamente, não tenha feito uso desta capacidade. Quando a atribuição da capacidade de atitude crítica apresenta, dentre outras, a função de imputar as manifestações e ações a uma pessoa como sua autora, esta capacidade é então designada como *competência performativa*. Uma pessoa torna-se retratada como capaz de manifestações e ações quando estas puderem ser imputadas à sua capacidade de atitude crítica, isto é, à sua competência performativa. Evidentemente, quanto à vinculação dos acontecimentos para com a competência performativa de uma pessoa, trata-se de uma “atribuição” e não de um fato “natural”. A quantidade de condições necessárias e suficientes para a constituição de um acontecimento é, com certeza, mais complexa do que sugere a vinculação à capacidade de atitude crítica. O motivo para esta redução de todas as condições a uma só se situa na significação que o conceito de pessoa deliberativa possui no tocante à forma de legitimação das normas jurídicas.

Uma pessoa deliberativa dispõe da capacidade de atitude crítica acerca de manifestações e ações próprias e alheias; ela pode basear sua atitude em motivos, os quais pode pelo menos comprovar na função de partícipe virtual do discurso; ela pode atuar seguindo os motivos por ela acolhidos e desse modo tornar-se autora imputável de suas manifestações e ações. Os processos democráticos se caracterizam pelo fato de associarem os procedimentos de formação das normas impositivas à capacidade de cada um de, nas suas manifestações (p. ex., nas proposições normativas), assumir criticamente uma terceira posição. Esta capacidade torna-se um elemento *constitutivo e operativo* desse procedimento. Os processos democráticos pressupõem uma pessoa deliberativa e se reproduzem no uso geral da capacidade que se lhe atribui. Além disso, os processos democráticos são de tal forma organizados, que possibilitam, numa extensão consciente, a contraprova argumentativa dos motivos e contramotivos para uma atitude crítica frente às proposições normativas, de modo a incrementar uma competição pública em torno dos melhores motivos. Em certa medida, como as pessoas deliberativas podem participar desta concorrência, tornam-se elas autoras das normas que resultam desse procedimento.

III

Certamente os processos democráticos não são idênticos aos discursos e as pessoas deliberativas, que participam desses processos como cidadãos, não desempenham o papel de partícipes do discurso. Os processos democráticos possibilitam, na verdade, o tratamento diferenciado das pretensões de validade e a comprovação argumentativa dos motivos a favor ou contra uma determinada pretensão de validade. Mas, diversamente dos discursos, os processos

democráticos se organizam de tal forma que possibilitam, dentro de certo tempo, múltiplas decisões acerca de validade positiva de normas jurídicas. Isto significa ademais, que as normas jurídicas continuam valendo ainda que nem todos os cidadãos tenham feito uso de sua capacidade deliberativa e nem todos os partícipes se tenham melhor motivado para uma revisão da atitude que está sendo rejeitada. As normas jurídicas, portanto, valem também para as pessoas que não tenham assumido uma atitude crítica e para aquelas que, apesar de sua atitude crítica, não estejam dela convencidas. Esta particularidade do processo democrático frente ao discurso, e das normas jurídicas frente a outras espécies de motivação de condutas, tem consequências para o conceito de pessoa deliberativa, na medida em que esse conceito tenha sido por ele pressuposto ou pretendido. Ao conceito de pessoa deliberativa devem ser agregados ainda outros elementos, que derivam das mencionadas particularidades específicas do processo democrático de motivação das normas e do especial caráter das normas jurídicas como resultado do procedimento democrático.¹⁰ Com base nesses elementos, a pessoa deliberativa, que toma parte no processo democrático e democraticamente obedece a normas legitimadas, diferencia-se *de um lado* por outros atributos que lhe são próprios, quanto pelos atributos éticos, morais ou de certo modo racionais (p. ex., racional-finalístico) do próprio autor. *De outro lado*, este conceito específico de

pessoa deliberativa se ramifica internamente na pessoa do *cidadão*, como autor de normas jurídicas, e na *pessoa capaz de direito* como destinatária dessas normas.¹¹

Frente aos processos democráticos, os discursos se caracterizam, ademais, pelo fato de que eles ampliam *integralmente* a capacidade atribuída à pessoa deliberativa. Na medida em que uma pessoa baseia, argumentativamente, sua atitude crítica quanto a ações e manifestações em motivos comprováveis, torna-se ela, no mínimo, partícipe virtual de um implícito monólogo. Disso resultam diversas consequências para a pessoa, segundo a espécie de manifestação de sua pretensão, a espécie do discurso e a espécie dos motivos relevantes. Segundo essas espécies da pretensão, do discurso e dos motivos orienta-se o caráter específico da pessoa deliberativa. Uma pessoa que age planificadamente conduz-se racionalmente em determinado sentido e põe à prova, argumentativamente, seu plano de ação (compare o exemplo do assaltante de bancos) para verificar se os meios escolhidos são adequados a realizarem o fim pretendido. Uma pessoa deliberativa, que não se conduza dessa forma frente às suas próprias manifestações e ações, atua irracionalmente, isto é, como uma *pessoa não-racional*. Uma pessoa,

⁽¹⁰⁾ Metodologicamente, trata-se de um processo de "bootstrapping". Compare para tal assertiva, por exemplo, da extensão gradativa do conceito de pessoa na interpretação do direito à igualdade, Joshua Cohen, *Moral pluralism political consensus*, in D. Copp, J. Jampton, J.E. Roemer (organizador), *The Idea of Democracy*, Cambridge, Reino Unido, 1993, p. 270 e ss. (p. 278).

⁽¹¹⁾ Emprego aqui o conceito de pessoa capaz de direitos num sentido extenso e inespecífico, sem diferenciar entre "capacidade jurídica" e "capacidade social". Uma limitação se situa somente em que o conceito aqui empregado de pessoa capaz de direito diz respeito à pessoa natural, somente à qual se pode atribuir de um modo sensível a capacidade deliberativa. Isto não implica, porém, uma redução naturalística do conceito de pessoa capaz de direito. Além disso, não se exclui que os cidadãos constituam "pessoas jurídicas", às quais se possa igualmente imputar responsabilidade jurídica.

que é confrontada com um problema moral, deve ponderar se a pretensão normativa de validade, implícita em sua intenção de ação, poderia ser aceita por todos os outros homens como resultado de um discurso prático. Uma pessoa deliberativa, que não baseia sua atitude crítica em motivos práticos, compartilhados desse modo comunitariamente, atua imoralmente, quer dizer, como uma *pessoa não-moral*. O mesmo vale para uma *pessoa ética*, quando ela não baseia sua atitude crítica frente às suas próprias manifestações e ações em ponderações acerca do seu auto-entendimento e da melhor auto-realização.¹²

Em todos esses casos, a pessoa deliberativa, caracterizada apenas pela capacidade de atitude crítica frente a manifestações e ações, se torna especificada como pessoa racional, moral ou ética através de outros elementos derivados das respectivas pretensões de validade, dos discursos e dos motivos. Ao processo democrático da produção normativa é, por certo, indispensável uma especificação resultante desde logo das particularidades desse processo e das normas jurídicas. Na medida em que nesse processo se verifiquem os referidos discursos e disso participem os cidadãos, associam-se eles às funções de participação desenvolvidas nos conceitos específicos e correspondentes de pessoa. Igualmente, são eles, contudo, também *cidadãos*, que exercem sua participação nas argumentações na forma de um *direito subjetivo* de participar politicamente nos procedimentos juridicamente institucionalizados da formação pública de opinião e de vontade. Disso resulta que a pessoa deliberativa, que possui um direito subjetivo de participação política, *não está obrigada*, na

qualidade de partícipe do discurso público, a fazer uso fático de sua atribuída capacidade de atuação crítica. Ademais, o *dever* de também observar a norma não decorre nem do não-uso nem do uso público da capacidade de crítica. A validade positiva do direito se funda apenas na, em geral, constituição procedimental da norma, não, porém, na atitude favorável ou desfavorável de um único cidadão. Daí, pretender-se sua impositividade também frente àqueles cidadãos que não façam uso de seu direito de participação ou que, como partícipes do processo democrático, não estejam convencidos de rever seu antagonismo. O dever de cada cidadão de observar a norma se baseia apenas no igual direito ao exercício público de sua capacidade de crítica e no procedimento juridicamente institucionalizado, no qual esse direito pode ser eficazmente exercido – não, porém, sobre o *se* e o *como*, e também não sobre o resultado do respectivo uso fático desse direito. A *capacidade* de atitude crítica, atribuída à pessoa deliberativa, e o igual direito subjetivo ao uso eficaz desta capacidade no *processo* democrático juridicamente institucionalizado fundamentam, portanto, a pretensão de impositividade do direito positivo.

IV

O conceito de pessoa deliberativa, numa democracia de um Estado de direito, é tomado como pressuposto e utilizado, de certo modo, simetricamente tanto para o conceito de cidadão quanto na *observância* de normas jurídicas legítimas. Isto significa, de um lado, que a legítima expectativa do cidadão de que o destinatário da norma evitará o injusto *depende* da capacidade da pessoa a uma atitude autocrítica frente a suas próprias manifestações e ações. Mas, também aqui há uma particularidade que diferencia o dever de observar as normas jurídi-

(12) Para estes diversos conceitos de pessoa, v. Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1994.

cas legítimas do dever de observar normas legítimas de outra espécie. O dever de observar normas jurídicas e evitar o injusto não significa que o destinatário da norma deva fazer uso da pressuposta capacidade de atitude crítica frente às próprias manifestações e ações, *de tal modo* que ele aceite a norma por motivo *próprio*. O destinatário não deve interpretar o dever de observância da norma como autovinculação de sua vontade, nem seguir a norma como pessoa moral. O dever de observância das normas jurídicas é, portanto, diverso do dever de obediência a normas morais – esse resulta diretamente do autônomo consenso acerca das normas morais, enquanto aquele se relaciona ao processo global, procedimentalmente possível e autônomo, da legítima constituição da norma jurídica e não está associado ao consenso individual ou à rejeição de uma única norma jurídica. O dever de observância da norma igualmente não é um bem que o seu destinatário deva realizar por amor à sua vida exitosa, ou, como “bom burguês” de uma república virtuosa, por amor ao bem comum. O dever de observância do direito pressupõe apenas no destinatário que ele, em geral, possua a capacidade de assumir criticamente uma atitude para com suas próprias manifestações e ações. O destinatário pode decidir se observa a norma e por quê fundamentos o faz. O direito não exige, portanto, da pessoa de direito que ela *esteja de acordo* com a norma e *por isso* se veja obrigada a observá-la. Concedelhe a liberdade de rejeitar a norma – em todo caso não a obriga para tanto que faça uso de sua capacidade de atitude crítica, de tal modo que a norma rejeitada se veja lesionada com seu atuar. Assentada com o dever de observância da norma em relação à pessoa de direito, aqui se exaure a exigência de que ela não deva lesar a norma rejeitada na medida em que faça uso da capacidade de atitude crítica

frente às *próprias* manifestações e ações. Este dever de evitar o injusto *apesar* da rejeição da norma é legítimo *quando* a pessoa (capaz de direito) tenha o direito e a possibilidade de colocar-se no papel de cidadão e fazer uso de sua capacidade deliberativa de tal modo que assuma uma posição pública contra a norma. À pessoa (capaz de direito) não se negará, portanto, o direito de rejeitar a observância da norma que lhe é exigida, senão apenas de exercer esse direito na função de pessoa (capaz de direito), quando atue na situação na qual seja obrigada à sua observância. Nesta situação não pode ela, como pessoa capaz de direito, socorrer-se do fato de que tenha rejeitado a norma. Seu direito à rejeição da norma só pode ela fazer valer na função de cidadão, quando não se encontre na situação na qual seja obrigada à sua observância.¹³ Por isso, em caso de lesão, pode o direito cominar sanções às pessoas que estejam obrigadas a evitar o injusto. Estas sanções não interferem na liberdade da pessoa de assumir uma atitude com essa sua atitude antagonica e apenas prejudicam no caso de a pessoa agir de conformidade com essa sua atitude antagonica. Elas não exigem, porém, uma atitude de

(13) Neste sentido entendo o argumento kantiano contra Beccaria (Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, p. 457, Cap. 202, 203) de que o autor criminal não poderia ser “como tal” igualmente co-legislador da lei penal. Segundo minha opinião, isto deve ser entendido de forma que o autor, cujo fato seja julgado sob uma norma, não estaria autorizado a decidir conjuntamente na função de legislador se a norma vale ou se ela deveria ser alterada. Então seria ele juiz e legislador de seu próprio fato e poderia fomentar, na respectiva situação, uma exceção em seu favor. Kant dissimula este raciocínio, sob o aspecto da imparcialidade do variado argumento da razão prática, com a fórmula patética de que o legislador seria “santo” (e, assim, por consequência seria profanado com a participação do criminoso).

concordância da pessoa para com a observância das normas jurídicas positivas que lhe são impostas e também nenhuma forma (isto é, de concordância) de observância motivada. A pessoa capaz de direito pode, por exemplo, observar a norma segundo uma atitude racional-finalística, na qual ela pondera as vantagens e desvantagens que para ela acarretaria uma lesão normativa e, em face das maiores desvantagens, decidir não realizar o plano de ação originário, que estaria associado a uma tal lesão da norma. O assaltante de bancos, que desiste de seu plano porque uma patrulha da polícia se encontra nas imediações, observa com isso da mesma forma que uma pessoa racional a respectiva norma que proíbe o roubo de bancos.

Apenas de passagem, deve-se aqui salientar que o dever de evitar o injusto, apesar de uma posição de rejeição para com a norma, só se relaciona à pessoa deliberativa, quando *na função de pessoa capaz de direito*. Seu direito moral de rejeitar a norma, e de lesar a norma jurídica como *pessoa moral* permanece aqui inalterado (certamente com a consequência de que esta lesão da norma também lhe seja imputada como *pessoa capaz de direito*).¹⁴ O dever de não traduzir em ação própria a atitude de rejeição não se estende, portanto, à pessoa moral.

V

A conexão interna entre o processo democrático de elaboração normativa e de observância da norma subsiste, portanto, em que em ambas as posições pressupõe-se igualmente o conceito de *pessoa deliberativa*. Tanto na legítima validade de normas quanto no dever de observância dessas normas faz-se de-

pendar de que a pessoa possa conduzir-se criticamente frente a manifestações e ações (próprias e alheias). Por outro lado, diferenciam-se, contudo, os processos democráticos de elaboração normativa e observância da norma em que o conceito de pessoa deliberativa é tomado, num caso, como *cidadão* e, no outro, como *pessoa capaz de direito*. Deste modo, origina-se uma complexa relação de tensão entre cidadãos e pessoas capazes de direito. O Estado democrático de direito se diferencia de todas as outras formas de legitimação do direito pelo fato de que ele permite a *comunicação interativa* de cidadãos e pessoas capazes de direito *no conceito de pessoa deliberativa*, sem eliminar a diferenciação entres estas duas funções e transformar uma na outra. De um lado, a pessoa capaz de direito não se torna assimilada pelo cidadão, cuja principal virtude é a de atuar em favor do bem comum e, por isso, estaria como cidadão também moralmente obrigado a evitar o injusto. De outro lado, a pessoa capaz de direito não se torna inteiramente afastada do cidadão, de forma que o dever de observância de norma estaria fundado na pura positividade do direito, independentemente de sua legitimidade. O Estado democrático de direito vive da *geral e constante interação, regulada e institucionalizada*, entre as funções do cidadão e da pessoa capaz de direito, não da confusão de suas identidades no papel de burguês ativo e virtuoso ou da sua absoluta separação nas funções de autolegislator excepcional quanto à observância da norma (*princeps legibus solitus*) e de seu servo passivo.

Por um lado, os processos democráticos possibilitam o desenvolvimento da pessoa deliberativa nos procedimentos de formação pública de opinião e de vontade. A legitimidade das normas jurídicas depende dos processos institucionalizados juridicamente, nos quais os

(14) Sobre o caso da desobediência civil não me cabe aqui debruçar.

cidadãos podem criticamente tomar parte nas proposições normativas. Nos discursos públicos as proposições normativas são, argumentativamente, postas à prova pelos participantes, que as associam a motivos e contramotivos, apresentados a favor ou contra a pretensão de validade das normas. Na medida em que as normas jurídicas derivam de conformidade com esse processo geram para si a suposição preliminar de legitimidade. Igualmente de acordo com essa visão, os processos democráticos vão ao encontro da pessoa deliberativa, porque eles associam, a um processo de comprovação argumentativa, e no qual a pessoa deliberativa pode tomar parte no papel de cidadão, as normas que devem motivar as ações dessa pessoa no papel de destinatária da norma. Da mesma forma, a participação fática na formação pública de opinião e de vontade no papel de cidadão não implica o dever para a pessoa deliberativa de seguir, no futuro e por isso, no papel de destinatário da norma. Não se trata aqui de um modelo rousseauiano de "auto-elaboração legislativa". Apenas o direito de participar e a institucionalização do processo democrático são fundamentos do dever de evitar o injusto, isto é, a chance perceptível jurídica e faticamente e não o exercício ou o não-exercício fático do direito. Para sua atitude crítica frente às próprias ações e manifestações, a pessoa deliberativa é, por isso, também apenas obrigada a se deixar motivar por normas positivamente válidas, originadas de acordo com certa forma processual. Sua atitude de rejeição frente a normas pode ela fazer valer, ademais, em discursos públicos na condição de cidadão. O dever de observância da norma deixa, portanto, *intocável* o exercício da capacidade deliberativa no papel de cidadão. Com o dever de observância normativa da pessoa capaz de direito, não perde o cidadão o direito de, publicamente, pleitear a derrogação ou a

alteração da norma. Ao invés, o dever de observância normativa funda-se justamente no direito de questionar qualquer norma positivamente válida e na possibilidade de trazer à vigência no processo democrático a posição rejeitada, portanto, de efetivamente conservar a função de cidadão. Tão logo se assegure esse direito e a possibilidade de alternar-se nas funções de cidadão, é de se supor também que a *pessoa capaz de direito* não torne eficaz, com sua conduta, sua atitude de rejeição frente à norma e evite o injusto.

Por outro lado, o dever de observância da norma, democraticamente fundamentado, da pessoa deliberativa, vem ao encontro da pessoa capaz de direito. A uma, vincula o dever de observância da norma à capacidade de pessoa capaz de direito à atitude crítica frente às suas próprias manifestações e ações. Assim como a pessoa deliberativa pode assumir uma posição pública contra uma norma, na condição de cidadão, dispõe ela também, como pessoa capaz de direito, da capacidade geral de atitude crítica frente a seus próprios planos de ação. Em caso de uma lesão normativa isto tem duas consequências para a imputação: primeiramente, à pessoa capaz de direito *só* pode *então* ser imputada a ação lesiva quando tenha a capacidade de atitude crítica frente às manifestações e ações próprias e alheias. Sua ação somente pode ser, então, assim interpretada como se sua origem se situasse *apenas* no uso dessa capacidade. Sua capacidade de atitude crítica frente a ações e manifestações próprias e alheias é o critério geral para a *capacidade de imputação* da pessoa capaz de direito. Em segundo lugar, a imputação *só* pode *então* ser feita quando a pessoa tenha a capacidade de atitude crítica frente a manifestações e ações próprias e alheias e quando tenha a chance jurídica e institucional de

participar eficazmente no processo democrático de alteração normativa e tenha assumido também criticamente a lesão ao dever de evitar o injusto. É, assim, de se exigir que ela torne válida sua atitude de rejeição à norma alternando-se no papel de cidadão, e como pessoa capaz de direito igualmente considere sua própria ação autocriticamente sob a perspectiva da norma. Por força de sua capacidade de autodistanciamento crítico seria ela capaz de, pelo menos, observar exteriormente a norma. Nesta confrontação *exterior* de uma ação imputável e normativamente lesiva se situa a *culpa* da pessoa deliberativa *como pessoa capaz de direito*.

Sob confrontação “exterior” entendo a imputação de uma ação normativamente lesiva como culpa individual de uma pessoa capaz de direito, sob a perspectiva de *um terceiro*. A pessoa culpada não é juridicamente obrigada, *ela mesma*, a confrontar-se faticamente com a ação normativamente lesiva, consoante o modo antes descrito. A atribuída capacidade à autocrítica frente a ações próprias não deve desaguar na exigência de executar retrospectivamente esta autocrítica e reconhecer-se culpado. Da mesma forma que o cidadão, por ocasião da legitimação das normas, deve faticamente fazer uso de sua deliberativa capacidade no exercício de seu direito de participação política, a pessoa capaz de direito está obrigada, por ocasião da legítima atribuição da culpa jurídica, de faticamente fazer uso de sua capacidade deliberativa na consideração de uma ação normativamente lesiva. A culpa jurídica permanece sempre como atribuição alheia. Somente na culpa moral está a pessoa obrigada a internalizar o julgamento de culpabilidade de um terceiro, quando a ele não possa se opor motivadamente. Esta diferença baseia-se novamente nas diversas características dos motivos, dos

conceitos de pessoas e nos discursos no direito e na moral.

Com o direito de participação no processo democrático de elaboração normativa e a possibilidade de trazer à validade, em tais processos, sua atitude de rejeição, pode-se exigir que, no seu atuar, a pessoa capaz de direito deva observar a norma e evitar o injusto. Na observância deste dever, reconhece a pessoa capaz de direito as outras pessoas como pessoais iguais e livres, que por seu lado só estão obrigadas a observar aquelas normas que resultam de um processo democrático, com iguais direitos de participação. Quando uma pessoa capaz de direito rejeita uma norma positivamente válida e resultante legitimamente do processo antes descrito, então deve ela reconhecer da mesma forma as outras pessoas na condição de cidadãos – isto é, ela deve publicamente convencer estas pessoas de que a norma não deve ser observada, porque não merece qualquer aprovação geral. Ela deve, na competição pública acerca da conquista da maioria, defender a derrogação da norma. Quando ela, da mesma forma, lesiona a norma com seu atuar, desconsidera as outras pessoas como cidadãos livres e iguais. De qualquer modo, não está ela novamente obrigada, no caso de rejeição da norma, a se deixar convencer pelos fundamentos dos demais cidadãos. Ela pode simplesmente tomar a norma como um obstáculo à sua própria liberdade de agir e adaptar-se, na sua conduta, a esta circunstância, assim como a outros obstáculos insuperáveis. Quando ela, neste caso, igualmente lesiona a norma, então desconsidera as demais pessoas tanto como cidadãos iguais quanto como iguais pessoas capazes de direito, que, por sua vez, podem confiar em que a norma vale faticamente.

Somente de passagem deve-se aqui ainda salientar que o dever de observân-

cia da norma não depende apenas da capacidade atribuída à pessoa deliberativa de assumir uma posição crítica, senão também do fato de que os processos de formação de opinião e de vontade sejam institucionalizados juridicamente, na forma de processos democráticos, nos quais a pessoa capaz de direito e obrigada a evitar o injusto possa tornar efetivamente válida, como cidadão, sua atitude de rejeição frente à norma. Sem tais processos não há dever de observância da norma e igualmente qualquer culpa, na hipótese de uma lesão normativa. Em síntese, só há culpabilidade jurídico-penal num Estado democrático de direito! Comunidades integradas eticamente proferem ao invés, uma censura "moral" de culpabilidade e excedem, com isso, os limites entre direito, ética e moral. Regimes autoritários, por sua vez, utilizam, na verdade, a censura de culpabilidade preferencialmente contra os "maus criminosos", entendendo por isso, porém, a pura prevenção contra os indivíduos perigosos.

VI

Destarte, introduz-se um conceito de pessoa que está conjuntamente subjacente tanto no cidadão como partícipe do processo democrático de elaboração normativa quanto na pessoa capaz de direito como destinatária das normas legais democráticas. Apenas sob o pressuposto deste conceito deliberativo de pessoa funciona a alternância regulamentada e institucionalizada entre as funções de cidadão e as funções da pessoa capaz de direito, obrigada à observância da norma. Ao menos esta concepção tem permitido até agora a introdução de um critério geral para a capacidade de imputação, para a fundamentação do dever de observância da norma e para a explicação do conceito de dever de observância normativa. Partindo disso,

abre-se agora também um caminho para um conceito específico jurídico(penal) de culpabilidade. No entanto, este caminho não pode ser sobrepassado de modo que o conceito jurídico-penal de culpabilidade e seus elementos, formulados na forma negativa de causas de exclusão da culpa ou de exculpação, sejam deduzidos simplesmente dos princípios acima fundamentados. No entanto, são os *próprios cidadãos* que sobrepassam este caminho. No caminho da elaboração democrática das leis, devem eles fixar as condições sob as quais um indivíduo vale como pessoa capaz de direito, capaz de imputação e de culpa. Nesta tarefa, a interpretação dada pelos cidadãos não é diferente daquele conceito de pessoa deliberativa, sempre tomado por eles mesmos como pressuposto, e daquele que eles igualmente sempre tomam em consideração quando se situam na condição de partícipes dos discursos públicos acerca da formação democrática de opinião e de vontade. Enquanto a pressuposta capacidade performativa permanece igualmente implícita nas deliberações acerca da legitimidade das normas jurídicas, torna-se explícita na interpretação do conceito de pessoa capaz de direito quando versa o tema do discurso público. Trata-se aqui de uma interpretação das capacidades deliberativas, *na medida* em que sejam relevantes para a pessoa capaz de direito como destinatária da norma. Os cidadãos interpretam-se eles mesmos na sua função futura simplesmente como destinatários das normas. Decidem acerca do conceito de pessoa capaz de direito que formará os fundamentos da futura imputação de suas ações lesivas à norma: interpretam-no e formulam-no de uma forma historicamente variável. O conceito jurídico-penal de culpabilidade deriva de um círculo prático, no qual os cidadãos reconhecem um ao outro sempre como pessoas deliberativas, livres e iguais.

Pode-se expressar esse círculo também de uma maneira que os cidadãos com o conceito de culpabilidade assumam a responsabilidade de como atribuí-la reciprocamente.

Com a interpretação e a formação de sua futura função, na qualidade de destinatários de norma, determinam os cidadãos as condições sob as quais o preenchimento do dever de evitar o injusto pode ser imposto. Estas condições formam o dever de observância da norma na pessoa deliberativa, quando na qualidade de pessoa capaz de direito; elas são talhadas sobre a capacidade de atitude crítica acerca das próprias manifestações e ações. Nem toda lesão da norma, mas somente aquelas que se deixam reconduzir a uma pessoa performativamente competente, portanto, a uma pessoa que dispõe da capacidade de atitude crítica, fundamentam a imputação de uma lesão normativa como culpabilidade da pessoa capaz de direito. Com os elementos específicos da capacidade de imputação, quer dizer, com a determinação das condições para a exclusão da capacidade de imputação confirmam os cidadãos que a observância da norma jurídica deve depender da capacidade da pessoa de assumir uma atitude crítica.¹⁵ A pessoa capaz de direito deve ser, em geral, capaz de assumir uma posição para seu plano de ação e de alterá-lo motivadamente. Na determinação das condições para a exclusão da imputação vinculam-se os cida-

dãos a fatos psíquicos; tomam conhecimento de fatos psíquicos empiricamente dados e, como tais, metodologicamente descobertos. Igualmente devem eles, contudo, determinar e afirmar a relevância desses fatos para o preenchimento legitimamente esperado do dever de evitar o injusto. Para tanto, devem empregar um conceito de pessoa, sob a luz do qual interpretam os fatos psíquicos. Quando este conceito de pessoa deriva do círculo prático antes mencionado, então seus elementos são compatíveis com as capacidades deliberativas, que os cidadãos também tomam em consideração, agora no papel de partícipes do discurso público.

Ao mesmo tempo afirmam *como* a capacidade para uma atitude crítica é atribuída às próprias manifestações e ações. O autor deve estar informado acerca das normas, deve ser capaz de alterar seus planos em consequência da atitude crítica informada, e tal alteração do seu motivo de agir não deve superar outros motivos bons e aceitáveis. Especificamente: na função de destinatário da norma ao cidadão só pode ser individualmente imputada uma ação normativamente lesiva quando se encontra preenchido o pressuposto cognitivo do conhecimento normativo, quando ele, portanto, esteja informado, por meio da norma, acerca de sua atitude frente a seus planos de ação. Somente assim pode uma atitude informada pela norma constituir um motivo qualquer para omitir-se da ação planejada. Inclusive não deve ele se situar na condição de tornar exigível a observância da atitude crítica frente aos próprios planos de ação, porque, com isso, estaria vinculada a renúncia de bens maiores, próprios ou de pessoa próxima, ou a lesão de outros deveres de categoria superior. Com as causas de exculpação ou de exclusão da culpabilidade se determinam sob quais condições um indivíduo

(15) Sigo aqui um argumento para o esclarecimento da função e do significado das causas de exculpação e de exclusão da culpabilidade, formulado por H.L.A Hart, certamente em outro contexto: H.L.A Hart, *Legal Responsibility and Excuse*, in "Punishment and Responsibility", 2. ed., Oxford, 1988, p. 28 e ss., 46 e ss.. V. para este argumento sobre H.L.A Hart, Björn Burkhardt, *Das Zweckmoment in Schuld-begriff*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1976, p. 32 e ss (338 e ss.).

não deve ser tratado como uma pessoa culpada. Na formulação negativa destas condições expressa-se especialmente nítida a mencionada diferença entre ambas as funções do cidadão e da pessoa capaz de direito.

O conceito de culpabilidade gira sempre em torno do fato de como os cidadãos compreendem sua própria liberdade para uma atitude crítica em face de ações e manifestações próprias e alheias, em quê extensão e de quê modo compelem um ao outro reciprocamente esta liberdade. Dito em resumo: no conceito de culpabilidade está em jogo o próprio entendimento do cidadão como pessoa capaz de direito, livre e igual.

Certamente salienta-se aqui também uma singular assimetria entre cidadãos e pessoas capazes de direito na função de destinatários da norma. Enquanto a explicação jurídica do conceito de pessoa deliberativa e sua capacidade de imputação, interpretada teórico-discursivamente à luz da pessoa capaz de direito, é complexa e diferenciada, do lado do cidadão é ela mais implícita. Isto poderia situar-se em que sempre tendemos a compreender a responsabilidade cívica em um sentido ético-coletivo, enquanto na responsabilidade jurídico-penal nos acostumamos, desde há muito, com uma acentuada individualização da imputação.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PERDA DA REMIÇÃO PREVISTA NO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

ANDRÉ GUSTAVO ISOLA FONSECA
BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA
CARLOS WEIS
CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS
ELIZABETE MATSUSHITA
FLÁVIA D'URSO ROCHA SOARES
FRANCIANE DE FÁTIMA MARQUES
GERALDO SANCHES CARVALHO
INÊS THOMAZ
MARILDA WATANABE DE MENDONÇA
MELISSA GARCIA BLAGITZ
RAFAEL RAMIA MUNERATTI

SUMÁRIO: 1. Natureza jurídica da Decisão em incidente no Processo de Execução Penal – 2. Existência de cláusula *rebus sic stantibus* – 3. Os princípios constitucionais violados pela decretação de perda da remição.

1. Natureza Jurídica da Decisão em incidente no Processo de Execução Penal

O processo de execução penal, assim como todos os demais processos, é uma relação jurídica que serve de instrumento para, através da atuação do poder jurisdicional do Estado, dar satisfação, no caso, ao direito de punir estatal. A simples aplicação da pena está ligada ao direito penitenciário, constituindo atividade administrativa, mas a efetivação da sanção penal, satisfação do *ius puniendi* do Estado, somente se opera por meio do processo de execução, intimamente jurisdicional.

Na execução penal há uma pretensão resistida pois, de um lado está o Estado que deseja o cumprimento da sanção e

de outro, encontra-se o sentenciado, que não quer esta satisfação. O conflito assim originado somente pode ser solucionado por meio da atividade jurisdicional do Estado, desenvolvido através de um processo. A execução penal, deste forma, também é a seqüência ordenada dos atos tendente a uma decisão, revestida, por óbvio, de jurisdicionalidade.

Apesar de ser um processo, a execução diferencia-se do de conhecimento pois seu desenvolvimento não é linear. É ela caracterizada pela sucessão de incidentes que determinam a forma de cumprimento do título executivo gerado pela sentença penal condenatória. Cada um desses incidentes, ainda que possam ser iniciados de ofício, possuem um pedido, uma pretensão, que

na maior parte das vezes sofre resistência por parte do outro sujeito processual, formando-se uma, então, lide. Para a solução dessa controvérsia, cada um desses incidentes acaba assumindo a característica de ação, ainda que todos reunidos sob o mesmo instrumento processual.

Conclui-se, assim, que a execução penal é formada por diversas ações, cada uma delas incidentais ao processo de execução propriamente dito. Todas se desenvolvem através do contraditório, com a participação dos sujeitos processuais atuando dialeticamente a fim de influenciar o julgador. Quando um desses incidentes é resolvido, o ato jurisdicional é uma sentença, com todas as suas características dentro do processo de conhecimento, pois ela põe fim ao conflito, ainda que seja uma questão incidental, decidindo sobre o mérito.

A sentença penal possui uma conceituação diversa da sentença no processo civil. Aqui, por influência do art. 162 do CPC, a maior parte dos doutrinadores tende a considerar sentença apenas o ato que põe fim ao processo, embora muitos deles reconheçam que haja a possibilidade de uma sentença também decidir sobre uma ação incidental.

No processo penal, a sentença caracteriza-se como a decisão proferida pelo juiz que soluciona a causa, subdividindo-se em condenatória, absolutória ou definitiva em sentido estrito. Nos incidentes do processo de execução, a decisão é claramente sentença definitiva em sentido estrito, pois decide o mérito da questão, sem condenar ou absolver o réu. Não pode ser admitida como simples decisão interlocutória, pois não se restringe aos aspectos processuais, mas abrange o mérito, a razão do conflito, dando-lhe uma solução definitiva para conceder ou denegar ao requerente o direito material que ele alega possuir.

No caso de um pedido de progressão, por exemplo, o sentenciado alega preencher os requisitos legais, possuindo, portanto, direito ao benefício. A decisão no incidente vai esclarecer se ele tem ou não o direito material alegado. Ela não se limita a apreciar aspectos procedimentais, como a presença do defensor e a observância do contraditório, mas analisa a fundo a existência do direito, se naquele momento ele está ou não presente diante das condições apresentadas pelo requerente, solucionando definitivamente o conflito.

Como sentença, a decisão nos incidentes transita em julgado formal e materialmente, impedindo que a mesma questão apresentada no petitório inicial seja rediscutida no processo ou em outro incidente. O que foi decidido quanto à unificação de penas ou à comutação, por exemplo, depois de esgotados os recursos, somente pode ser modificado por meio de revisão criminal ou *habeas corpus*.

A sentença que concede a remição, na esteira deste entendimento, também transita em julgado formal e materialmente, não podendo ser objeto de modificação por um fato futuro qualquer, pois não tem sua eficácia submetida a qualquer condição.

2. Existência de cláusula *rebus sic stantibus*

A cláusula *rebus sic stantibus*, originária do direito contratual, estabelece que, caso haja uma modificação futura das condições que determinaram a realização de um contrato, de forma que sua execução torne-se dispendiosa ou impossível, este poderá ser revisto para melhor se adequar à nova situação.

Esse conceito foi transportado, com alterações, para o direito processual penal, para justificar porque a sentença

condenatória pode ser modificada, não possuindo ela o que em doutrina convencionou-se chamar de coisa soberanamente julgada.

A cláusula tem aplicação, igualmente, na execução penal autorizando a mudança do título executivo através dos diversos incidentes.

Há decisões judiciais (predominante na Vara das Execuções de São Paulo) no sentido de emprestar às sentenças que decidem a remição a referida cláusula *rebus sic stantibus* permitindo-se, desta maneira, ser modificada por um fato novo, como uma falta grave. Equivocadas, entretanto.

Com efeito, a remição é determinada pelo trabalho do sentenciado, de forma que a cada três dias trabalhados, obtenha ele um dia de desconto em sua pena. A decisão que concede a remição tão somente reconhece um fato ocorrido no passado, o trabalho do preso, sendo, portanto, declaratória. Ela apenas reconhece que a pena remida foi extinta com o trabalho do preso, que esta parte da reprimenda foi resgatada pelo trabalho.

Efetivamente, dentro da execução penal existem decisões sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, mas há outras às quais ela não se aplica. É preciso distinguir as decisões relativas à forma de cumprimento de pena – qualidade do título executivo – das referentes à quantidade da pena.

As primeiras podem sujeitar-se à cláusula mencionada, pois se fundam em uma relação continuativa e projetam seus efeitos sobre o cumprimento futuro da pena. Assim são as decisões que concedem progressão de regime, livramento condicional, *sursis* e conversões de pena em geral.

Se o condenado frustra as regras do regime semi-aberto ao qual foi promovido, ou as condições do livramento condicional com o qual foi beneficiado,

por exemplo, sofre regressão de regime ou revogação, respectivamente.

Isto significa dizer que o seu direito, ao que foi estabelecido na decisão concessiva, só se mantém enquanto continuarem existindo as condições que autorizaram a concessão. Tais decisões são tomadas para o futuro. Não é o que se verifica com a remição e nem com as demais decisões que afetam a quantidade da pena, como é de primeira intuição. Em relação a essas, a cláusula é inaplicável simplesmente porque elas não se baseiam em uma relação continuativa. São exemplos a concessão de indulto e de comutação de penas.

Uma vez concedida uma redução de $\frac{1}{4}$ de pena, mesmo que posteriormente o beneficiário venha a praticar falta disciplinar grave, não perde o desconto da pena recebido, cuja avaliação teve como base o merecimento demonstrado no passado, e não o prognóstico futuro. A decisão que concede a remição, como os últimos exemplos citados, está cercada da garantia constitucional da coisa julgada como brilhantemente vem reconhecendo o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (HC 258.862/0; 293.968/0).

O art. 127 da LEP não autoriza entender que a sentença que reconhece a remição possui a cláusula *rebus sic stantibus*. Como salientado, esta decorre da natureza da decisão e não da norma e se a natureza determina a ocorrência da coisa soberanamente julgada, a regra que permite sua violação deve ser considerada inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar uma norma diante da Constituição Federal, sempre observa o princípio da sua conservação. Assim, caso uma regra comporte duas interpretações, sendo uma delas constitucional e outra inconstitucional, deve se dar prevalência à aquela que mantém a norma.

O art. 127 da LEP traz justamente uma situação como esta. Possui ele duas interpretações. Uma que considera a norma aplicável apenas aos dias trabalhados mas ainda não julgados, preservando sua eficácia diante da Constituição. Outra, por sua vez, considera que a referida norma se aplica aos casos em que a remição já foi concedida por sentença transitada em julgado, em flagrante violação à regra constitucional do art. 5.º, inc. XXXVI.

Ao intérprete cabe, então, duas soluções: ou observar o princípio da preservação acolhido pelo Pretório Excelso, entendendo a regra do art. 127 apenas aplicável aos casos não julgados, ou entender como única interpretação possível a de que ele seria aplicado aos casos já julgados, quando será forçoso admitir sua inconstitucionalidade.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, se divide entre essas duas orientações, havendo julgados tanto no primeiro (HC 302.422/2), quanto no segundo sentido.

Qualquer uma dessas interpretações está correta e é preservadora dos princípios constitucionais brasileiros. Entretanto, desconsiderando estas duas possibilidades, tem-se pretendido que a norma mencionada seja entendida como uma permissão para que o aplicador viole a coisa julgada, em manifesta afronta a Constituição. Tem-se desejado dar ao art. 127 uma interpretação que ele não possui e nem pode possuir, sob pena de perder sua eficácia diante do Texto Maior.

A regra da jurisdiicionalidade é a imutabilidade das decisões que eliminam conflitos. Como exceção, admite-se a modificação apenas nas situações já descritas cuja decisão tem consequências que se prolongam no tempo. Nos demais casos, a interpretação deve ser restrita, para preservar a imutabilidade

das decisões e a própria segurança jurídica.

Ensina *Rui Carlos Machado Alvim*, no livro *O trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais* - Ed. Atlas, que o art. 127 da LEP, interpretado em sua literalidade, vem sendo mal aplicado. Diz o autor: "Dessa literal transmissão pode-se, afoitamente, coligir que o cometimento, a qualquer tempo, de falta grave elimina todo o tempo de pena privativa de liberdade anteriormente remido.

Tanta devastação não atinge o conteúdo da norma.

Nem poderia, por absorver verdadeira anomalia jurídica, à medida que, desprezando o fator tempo como apaziguador de todas as vicissitudes, reproduz permanentes incerteza e insegurança, valores incompatíveis com os postulados predominantes da política jurídica nacional.

Inexiste, na orbe do direito, ao ou fato ou negócio que não sofra a influência do transcurso do tempo: as ações judiciais prescrevem, os direitos decaem, os atos processuais precluem, as coisas se usucapem; até a pretensão punitiva do Estado sucumbe ante o curtir do tempo, dando ao criminoso a convicção da impunidade...

Como aceitar, então, neste caso, a negatividade da influência do tempo?"

Não há, pois, como decretar a perda dos dias remidos sem violar a garantia da coisa julgada e provocar a insegurança jurídica. Acrescente-se, ainda, que, se nem mesmo uma eventual (e hipotética) lei, que venha a abolir o instituto da remição, pode retroagir para atingir a coisa julgada, seria paradoxal admitir que uma falta disciplinar, apurada exclusivamente no âmbito administrativo, por autoridade administrativa, tivesse o condão de tornar ineficaz uma sentença judicial contra a qual não cabe mais recurso.

3. Os princípios constitucionais violados pela decretação de perda da remição

Além da infringência à coisa julgada trazida pelo art. 5.º, XXXVI, da CF, intimamente ligada à segurança das relações jurídicas, a decretação da perda da remição acarreta a violação de pelo menos outros dois princípios constitucionais; a saber: o da proporcionalidade da pena, disposto no inc. XLVII, e o da individualização da pena, inc. XLVI, ambos do artigo mencionado.

Todos esses princípios são, como se sabe, essenciais e asseguradores do Estado Democrático de Direito. Consubstanciam-se na limitação do poder estatal no exercício dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da proporcionalidade assegura que a sanção a ser aplicada diante da violação de uma norma será proporcional ao prejuízo por ela causado à sociedade. Por considerar que nenhum crime é tão grave que mereça penas como trabalho forçado e morte, exceto em caso de guerra, é que a Constituição Federal veda essas sanções.

O princípio da individualização da pena, ao seu turno, garante que a previsão, aplicação e execução da sanção será baseada, não apenas no crime praticado, mas também levará em conta a personalidade do agente, suas condições peculiares e o modo como vem cumprindo a reprimenda. Tudo, enfim, para assegurar o atendimento às finalidades da pena: repressão, prevenção e ressocialização.

De tais mandamentos nucleares do sistema constitucional pode-se concluir que a sanção a ser aplicada quando da transgressão de uma norma deve ser proporcional ao prejuízo efetivamente causado ao bem jurídico e, ainda, deve

observar sempre as condições pessoais do agente.

A Lei de Execuções Penais premia com direito a benefícios, como a remição, o preso que trabalha e demonstra interesse em sua ressocialização. Por outro lado, os sentenciados que não exerçam atividade laborterápica e não procuram assimilar a terapêutica penal, encontram, por isso, dificuldade na obtenção destas benesses. Prestigia o texto legal, como se vê, o mérito.

A situação a seguir exemplificada bem ilustra a afronta desta proporção mencionada. Suponhamos que dois apenados envolvam-se em uma contenda. Ambos cometerão falta grave que os sujeitaria a uma punição. Um deles trabalhou, remiu esses dias, procurando, desta maneira, atingir os fins da execução. O outro não. Caso seja dada a interpretação restritiva ao art. 127 da LEP, aquele que demonstrou mérito, sofrerá como pena, além das sanções administrativas, a perda de todos os dias trabalhados. Em contrapartida aquele que não exerceu atividade laborterápica, não reuniu méritos e, neste passo, não procurou a ressocialização nada perderá porque nunca teve remido a pena pelo trabalho. Sofrerá apenas a mesma sanção administrativa a qual se sujeitou o outro preso.

Nesse contexto, para uma situação idêntica duas pessoas acabariam sofrendo penalidades diversas e desproporcionais. Pior, aquele que possui condições pessoais mais favoráveis foi punido mais severamente, com a perda dos dias remidos, do que aquele que não as possui.

A conclusão que se extrai da aplicação mecânica da lei, pretendida por alguns intérpretes, é a de quem participa e se dedica à atividade de trabalho proposta está sujeito a ser mais gravemente punido pela prática de uma eventual falta grave. Vale dizer: o exercício

de um direito constitucional – o trabalho – pode ser sancionado por via indireta, o que descaracteriza a sua natureza social, conquanto seja realizada no interior de um estabelecimento prisional.

Com efeito, o trabalho penitenciário é previsto na Lei de Execução Penal como um dos deveres do condenado (art. 39, inc. V). Mas o texto legal não lhe tira também o caráter de direito social a ser conferido pelo Estado. É o que vem preconizado pelo art. 6.º da Carta Política e art. 41, inc. II da LEP. Demais, aliada a esta premissa, consigne-se que o art. 3.º do mesmo Estatuto assegura ao preso todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Nas Regras Mínimas da ONU prevê-se que o trabalho penitenciário não deva ter caráter afritivo (n. 71.1) e terá a sua organização e método assemelhado às condições de trabalho livre (n. 72.1). Desta forma, a punição com a decretação da perda dos dias remidos assim julgados, sob a ótica da natureza constitucional da atividade laborativa, vai de encontro também a outra garantia, qual seja, a de que o Estado proporcione e assegure o trabalho como condição da efetividade da existência digna.

No que toca, ainda, a desproporcionalidade das sanções, acentue-se que mesmo aqueles que entendem possa ser decretada a perda dos dias remidos, admitem que, para atender ao princípio da individualização da pena, deve se buscar, na interpretação sistemática da Lei de Execuções Penais, uma forma de se afastar essa situação anômala e iníqua. Em acórdão pioneiro, decidiu o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que: “Se para as sanções severas, como o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos, não se pode exceder de trinta dias o período de imposição (LEP art. 58), o mesmo deve ocorrer com a perda dos dias remidos, para cada falta grave. Aliás, isso possibilita não somente um limite para cada

sanção dessa espécie como individualiza e gradua a punição aplicada sem que se percam todos os frutos do trabalho e bom comportamento do sentenciado de uma única vez.

(...) Portanto, é de se entender que a sanção administrativa adicional, que é a perda de dias remidos, por conta de falta disciplinar grave, deve ser fixada pelo juiz, considerando os antecedentes de conduta do apenado e as consequências de seu ato, até o limite previsto no art. 58 da LEP.” (AE 1.081.045/6, j. 25.11.1997 – 4.ª Câmara – Rel. Figueiredo Gonçalves).

A individualização da pena é garantida pela Constituição Federal no mesmo art. 5.º que assegura a imutabilidade das decisões judiciais. Ao dispor dessa forma, entendeu o constituinte que a preservação das decisões definitivas do Judiciário não impede e nem restringe a individualização da pena.

Esta, em sede de execução, ocorrerá por meio dos incidentes de progressão, indulto, livramento condicional e mesmo remição, quando determinado o desconto dos dias trabalhados. A impossibilidade de perda dos dias já remidos por decisão definitiva, como salientado acima, antes de impedir a individualização, a garante, pois privilegia o preso que trabalha e busca atingir aos fins da execução, e por isso mesmo merece ter sua pena diminuída.

Argumente-se ainda, por derradeiro, que mesmo considerando-se que a regra restringe a individualização da pena, se o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, entendeu que a lei federal poderia modificar o princípio, quanto mais regra da própria Constituição Federal. Assim, a segurança das relações jurídicas autorizaria a manutenção da decisão mesmo diante de uma falta grave, sem que isso implicasse inobservância a uma regra constitucional.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: O ESTADO DE PREVENÇÃO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA

SUMÁRIO: Introdução: A sociedade de risco e o estado de prevenção – 2. O bem jurídico, a prevenção geral e o estado de prevenção – 3. Criminalidade organizada e criminalidade de massa – 4. A figura típica organização criminosa no direito brasileiro e o princípio da legalidade estrita – 5. Direito penal do autor e direito penal de exceção – Bibliografia.

1. Introdução: A sociedade de risco e o estado de prevenção

Ao mesmo tempo em que, nas décadas de 80 e 90, o Estado de Direito se afirmou nas sociedades industriais contemporâneas, teve início um processo de criminalização crescente.

Esse fenômeno não pode ser avaliado sem considerar a profunda mudança que o próprio Estado de Direito vem passando em razão da globalização.

O desenvolvimento científico e tecnológico transformou profundamente as relações sociais. Afetou, de forma direta e intensa, as relações econômicas e transformou o mercado e as grandes empresas transnacionais no real centro de poder, não mais nacional ou regional, mas mundial.

O conceito de sociedade passou a ter também uma referência global: a sociedade mundial, que deve ser preservada na exata medida do interesse que nela tem o capitalismo mundial.

Sergio Moccia aponta que esse processo pode ser traduzido em uma crise

político-institucional de privatização e clandestinidade do poder¹ e que se manifestou através da ineficiência das estruturas institucionais para efeito de garantir o controle político administrativo e prevenir a degeneração criminosa da gestão das instituições públicas.

Decorre de tais transformações uma aproximação à teoria organicista da sociedade, segundo a qual o homem, o indivíduo, é reduzido a um subsistema que desempenha e tem que desempenhar meras funções para equilibrar internamente o sistema social.²

Analizando as relações entre Estado e indivíduo nas sociedades contemporâneas, Alessandro Baratta³ observa que

(1) *La Perenne emergenza – Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Italia, 1995, p. 1/4.

(2) Cf. Eugênio Raúl Zaffaroni, *El funcionalismo sistémico y sus respectivas juridicoponales*, p. 756

(3) Cf. "Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal. Lineamento de uma teoria do bem jurídico", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, janeiro-

“O ‘Estado de segurança’ seria então o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que, num ritmo cada vez mais acelerado, conduz a situações de risco. Neste sentido, o ‘estado da segurança’ seria a forma política que assume a ‘sociedade de risco’, como definiu Beck a nossa sociedade”.

Nasce nessa nova ordem social o conceito de “Sociedade de Risco”. Do ponto de vista do sistema, os indivíduos que se comunicam e interagem numa intensidade e frequência cada vez mais acelerada são um risco. O Estado no mundo globalizado teme o pluralismo, a liberdade individual, pois podem desequilibrar o funcionamento da vida econômica, ou seja, do mercado.

Hassemer⁴ também aborda o problema e observa que nossa vida diária tem sérias e crescentes dificuldades em encontrar orientações estáveis, dada a própria volatilidade das relações sociais. Para definir a situação, diz que a sensação difundida é a de “estarmos entregues à própria sorte”.

Nessa nova realidade, vivenciada como uma constante ameaça de lesões, não é difícil ver que as funções do Direito, e especialmente o Direito penal, em razão de sua maior força coativa, vêm assumindo um caráter cada vez mais promocional e simbólico, de forma a reforçar os valores do direito e confirmar a ordem sócio-econômica do mundo globalizado.

As consequências dessa transformação na gênese do que Hassemer chamou

de “o novo Direito penal” são múltiplas e todas elas apontam para a volta a um direito penal máximo e, portanto, totalitário.

A preocupação com as chamadas “organizações criminosas” ganhou destaque central nessa nova ordem social, pois, afinal, se os indivíduos perante o Estado são um subsistema, uma organização criminosa é um subsistema viciado, que ousa planejar a afronta ao dever de lealdade à ordem vigente e por isso desperta a necessidade de uma intervenção emergencial e excepcional.

As características dessa intervenção são dadas pelo aumento do rigor sancionatório, pela introdução de tipos penais associativos, pelo recurso intensificado a medidas de prevenção, incluindo o incremento de medidas cautelares (de prisão e de apreensão de bens), pela ampliação do campo e métodos probatórios e a valorização do arrendimento.

Organizações criminosas e procedimentos criminais especialmente contra elas criados são a clara afirmação do Direito penal simbólico, preventivo e promocional. Um Direito penal que volta a confundir direito e moral, ilícito e imoral, a fim de promover mudanças sociais necessárias à nova ordem mundial.

2. O bem jurídico, a prevenção geral e o estado de prevenção

Observam Zaffaroni e Pierangeli^{5,6} que as “manifestações irracionistas”

março de 1994, IBCCrim, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 13.

(4) Cf. Winfried Hassemer, *Três temas de Direito Penal*, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 1993. Ver também Zaffaroni, op cit supra; Hassemer e Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

(5) *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 462/8 e Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 5. ed., São Paulo, 1994, p. 18.

(6) Resumidamente, o Direito penal, no plano do “dever ser” tem de proteger bens jurídicos, definidos como valores constitucionalmente protegidos. O conceito de bem

no campo do direito penal tentam “ar-rasar” com o conceito de bem jurídico, enfatizando o dever de respeito à norma, que pode ser resumido pela expressão “prevenção geral positiva”.

Logo se vê, então, que Direito penal mínimo é inconciliável com prevenção máxima, que, em tempos anteriores de prevenção negativa, já justificou uma intervenção desproporcionada e arbitrária.

É inegável a tendência que sofre o Direito penal de começar sua justificativa a partir da proteção de bens jurídicos e do ponto de equilíbrio da prevenção e culpa, para acabar se tornando em uma ou outra – não raro muitas – manifestações de poder arbitrário.

Transportando o raciocínio para o campo do Direito penal, se o fim utilitarista, racional-funcional, não for a todo momento balizado pelas garantias individuais fundamentais, inerentes ao Estado de direito, a lei penal transforma o meio – prevenção – em fim. Quando isso ocorre, desaparece a proteção de

jurídico deve ter um caráter de deslegitimador ou limitador da intervenção penal. Essa proteção só é legítima contra os ataques danosos (princípio da lesividade) os mais graves (natureza fragmentária), quando não existam outros meios eficazes de controle de natureza não penal (natureza subsidiária), de forma que a intervenção seja mínima, pois toda manifestação penal significa limitar a liberdade individual, valor máximo do Estado de Direito. A esse respeito, desenvolvivamente, veja-se Silva Sánchez, p. 181/241; Ferrajoli, p. 326/333 e 467 e ss.; Moccia, p. 5 e ss.; Mir Puig, p. 29; Figueiredo Dias e Costa Andrade – *Direito Penal e Estado de Direito Material e também Direito Penal – a doutrina geral...* p. 17, 28/29, 44/57, Roxin, *Introducción...* p. 21 e *Derecho Penal...*, p. 55 e ss.; Hassemer e Muñoz Conde, *Introducción*, p. 103.113; Regis Prado, p. 27 e ss.; Silva Franco, *Da intervenção mínima...*; Assis Toledo, *Princípios...* p. 15/21.

bens jurídicos e o caminho está aberto para uma intervenção penal máxima, na qual os fins justificam os meios.

Se o Direito penal de proteção de bens jurídicos, de caráter subsidiário e fragmentário, é o único compatível com o próprio conceito de Estado de direito material, o certo é que o Direito penal construído tem subrepticamente desprezado limites e continua sucumbindo à tentação intervencionista.

Até meados dos anos sessenta o Direito penal seguia tradição basicamente academicista – concentrado hermeticamente em seus fundamentos teóricos – postulando por criminalização ampla, para manutenção dos interesses do Estado e da moralidade. A pena era apoiada sobretudo em retribuição, mas também em prevenção de intimidação.

A respeito, reflete Hassemer que “o sistema penal viu-se empurrado para o centro do interesse político e social onde se apresentava sob o estigma do exercício da dominação e da imposição de sofrimento; espontaneísta, desigual, desdenhoso do ser humano, cruel, ineficaz para a prevenção, estabilizador da dominação”.⁷

O desastre retributivo abriu espaço para um processo crítico do sistema, com o que desenvolveu-se o campo da política criminal. A reflexão penal passou do campo da justificação abstrata do sistema penal para uma justificação dos fins que ele deve alcançar. E, assim, as fundamentações sistêmicas (Luhmann e Parsons) passaram a não ser aceitas como fins em si mesmas. O empirismo ganhou espaço nas fundamentações dos fins penais.

⁽⁷⁾ Hassemer, op. cit. p. 28; Baratta, op. cit. p. 5/24, Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992; Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 235/258.

Duas tendências opostas puderam ser observadas. A primeira tendência buscou resgatar legitimidade para o Direito penal e resultou no que se chama de "teoria do Direito penal voltado para as consequências". Pretendeu-se mostrar que a dominação do Estado através do ordenamento penal era racional, na medida em que era útil para os próprios dominados. Essa intervenção passou a ter como metas a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral negativa e a ressocialização.

A segunda tendência teve caráter abolicionista. Para seus seguidores, o sistema penal, seja qual for a finalidade que se atribua à pena, nunca pode cumprir o ideal de justiça, porque a realidade do conflito não consegue ser reproduzida no processo, nem vista com imparcialidade pelo juiz. E, do ponto de vista da criminalidade, ela não é um dado, mas sim algo construído e produzido pelas instâncias de controle social, seletivamente.⁸

A importância crítica do abolicionismo não pode ser negada, ainda que suas proposições não sejam, nem venham a ser acatadas. As idéias de ressocialização, cura e intimidação foram desmitificadas. Mostraram os abolicionistas que os "clientes" da justiça penal não são todos os cidadãos abstratamente considerados, mas apenas alguns "bodes expiatórios".

E mais. Tanto a idéia de ressocialização como as de prevenção por intimidação ou neutralização afrontam a dignidade humana e justificam uma

expansão desmedida e moralizante no campo das incriminações e da punição.

Nem sequer o conceito de bem jurídico, proposição assumida pelo direito penal voltado para as consequências, esteve imune de tornar-se um legitimador de intervenções penais arbitrárias, mais do que um critério de deslegitimação.

Os esforços doutrinários de encontrar esses tais bens ou valores ontologicamente foram vãos e acarretaram uma progressiva expansão de significado, justificando mais e mais incriminações.

A noção de bem jurídico continuou a abranger conceitos abstratos, não delimitáveis nem sequer palpáveis, como "saúde pública", "paz pública", "condições funcionais do mercado de capitais", "economia popular", dentre outras.

Não se trata aqui de negar validade aos bens jurídicos universais ou supra-individuais, questão que não será abordada. Entretanto, partindo-se de sua aceitação, o que não se pode permitir é que eles tenham enunciados em si mesmo vagos, porque dizem tudo e nada ao mesmo tempo. Em resumo, não servem como critério de deslegitimação da intervenção penal, tanto assim que a própria teoria não esteve imune ao "terror do Estado".

Tratou-se então de procurar limitar novamente o conceito de bem jurídico, através da busca do referencial constitucional. Procurou-se também dar à prevenção geral uma ótica positiva – de integração – e relativizar a ressocialização, colocando-a como direito do condenado.

Os esforços, ainda que orientados no plano teórico por vários dos mais ilustres penalistas da atualidade, mesmo sobre as bases teóricas da intervenção mínima, têm levado no plano concreto à manutenção e elaboração de incriminações indevidas, apoiadas em bens

(8) Houlsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1984; Hassemer, *Três temas...* p. 29; Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1993 e Figueiredo Dias e Costa Andrade, *O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2.^a reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

jurídicos vagos, sempre acompanhadas por leis emergenciais sobre medidas coercitivas de investigação.

Do Direito penal voltado para as consequências, passamos agora ao “Direito penal funcional”, que mascara suas reais intenções e seu caráter altamente substancial, sob a roupagem da proteção de bens jurídicos, da qual a prevenção deveria ser apenas desdobramento.

O Direito penal da atualidade é preventivo ao extremo e, portanto, não é Direito penal mínimo. Não é Direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos claramente definidos e ofendidos de forma grave e palpável.

O atual sistema penal se expande como instrumento de política e segurança públicas e se distancia de seus princípios. Preocupa-se com mais incriminações e agravamento de penas, afrouxamento de garantias processuais e penais, especialmente em nome do combate à criminalidade organizada, que atua preponderantemente nas áreas econômica, tributária, comércio de drogas, armas e informática.

Para esses novos problemas do mundo contemporâneo é feito o novo Direito penal, para o qual o indivíduo nada mais é do que parte de um sistema, não raro parte perigosa e ameaçadora desse sistema. Não é por outro motivo que só tem lugar a prevenção, único objetivo capaz de afirmar a validade do sistema.

Como bem avalia Hassemer, vestiram a prevenção por intimidação e passaram a chamá-la de prevenção de integração. A prevenção negativa não podia ser comprovada empiricamente (quem é dissuadido pela norma penal?) e por isso perdeu sua credibilidade jurídica. Mas se essa intimidação se converte em integração, ela dispensa prova e, portanto, pode ser aceita. Se em cada proibição legal e em cada cominação de pena o que se pretende é

afirmar o valor da norma – os valores do sistema – esse fim é atingido imediatamente, sem depender de efeito sobre os indivíduos. Na expressão de Hassemer, “as arestas foram polidas, lixadas e desgastadas, enquanto as engrenagens mecanicistas se afrouxaram”.⁹

Em resumo, um Direito penal meramente intimidatório caminha para o terror – como mostrou o passado – e um Direito penal exclusivamente integrador caminha – como temos visto recentemente – para uma inadmissível e pura censura moral.¹⁰ Esse é o Direito penal simbólico.

No que resulta essa nova prevenção positiva? Num progressivo déficit de ligação do Direito penal concreto com suas fontes de legitimação.¹¹

(9) Hassemer, op. cit. p. 36 e 54; Silva Sánchez denomina as duas faces da prevenção de *more of the same*, op. cit. p. 213/223; ver ainda Baratta, op. cit. p. 21.

(10) Aqui é necessário distinguir as posições limitadoras da prevenção positiva, adotadas por Roxin, Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues, estas com teor garantista, das posições fundamentadores, como a de Jakobs, claramente expansionista.

(11) Relevante a afirmação de Hassemer, op. cit. p. 57 “... o Direito Penal funcional despedaçou a *ratio* original da orientação para as consequências... O princípio da proteção dos bens jurídicos, por exemplo, significou uma coisa para o enfoque voltado para as consequências e outra para o enfoque funcional. Originalmente, ele era formulado crítica e negativamente, como obstáculo à criminalização: a conduta que não ofende um bem jurídico é imprestável para converter-se em tipo penal. O princípio em apreço perde a sua *ratio* quando passa a ser utilizado como fundamento para a criminalização: todo bem jurídico merece proteção penal. De forma análoga, o princípio se articula com a idéia da orientação para as consequências. Numa tutela penal outrora orientada para a realização da justiça, esta idéia atuava como instrumento limitador, bastante diferente da função que lhe está

Tão vagos quanto os fins preventivos, podem ser os bens jurídicos tutelados. Para afirmar o sistema a tutela penal não pode mais esperar pelo dano, nem por uma situação concreta de perigo. Basta o perigo abstrato, para um bem jurídico abstrato. E perigo abstrato não é mais um agir que atinja o mundo exterior, mas sim um agir moralmente censurável, porque poderia, num desenvolver, vir, quem sabe, a atingir o mundo exterior.

Essa antecipação da esfera da punibilidade indica uma "personalização da antijuridicidade", materializada na incriminação, não de uma conduta lesiva que não se realizou -, mas sim de uma fase anterior, na qual o que se extrai é apenas a "infidelidade ao ordenamento".

Ainda que não se possa falar em uma única doutrina da prevenção geral positiva, é certo que todas elas têm em comum o predomínio de elementos ético-sociais.

Diante da antiga intimidação - sempre assombrada pela lembrança do terror - pretende-se agora uma afirmação social das normas, alguns defendendo mais, outros menos, uma política penal voltada para o indivíduo. A conotação é sem dúvida educativa e se projeta sobre o foro íntimo do cidadão. Se a norma é a diretriz válida, quem a ela se contrapõe é o desviado e está isolado dos que crêem.

A doutrina tem uma base autoritária pelo menos tendencial, porque não pode

reservada como princípio dominante da cominação e imposição de penas no Direito Penal funcional. E, por fim, a abordagem do Direito Penal voltada para as consequências - diversamente da abordagem funcional - encontrava nas garantias do Estado de Direito o seu fundamento, e não um obstáculo".

A respeito também Silva Sánchez, op. cit. p. 231; Baratta, op. cit. p. 14/15 e 22; Moccia, op. cit. p. 9/11.

ser finalidade do Direito penal a conformação de consciências. Não convence, por outro lado, que tenha superado os inconvenientes da tradicional intimidação, nem que seja mais garantista. Para atingir essa suposta estabilização social as proibições e penas podem ser infundadas e superiores ao requerido para fins intimidatórios.

Entre agir com infidelidade e agir de forma imoral, não há diferença. O Estado volta a fazer censura sobre a pessoa e proibir que sejamos malvados.¹²

3. Criminalidade organizada e criminalidade de massa

Dois fenômenos criminosos distintos aparecem no âmbito das preocupações preventivas das sociedades contemporâneas. O primeiro deles é a criminalidade de massa, aquela da qual efetivamente

(12) Ilustrativa a respeito a análise de Ferrajoli, op. cit. p. 274/275, que segue aqui transcrita: "Las doctrinas penales que atribuyen al derecho penal funciones de prevención general requieren por el contrario una discusión diferenciada. Con seguridad confunden derecho y moral, inscribiéndose en el inagotable filón del legalismo y del estatismo éticos, las recientes doctrinas de la prevención general llamada positiva, que atribuyen a las penas funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al estado así como de la promoción del conformismo de las conductas: desde las doctrinas que conciben genericamente el derecho penal como un instrumento insustituible de 'orientación moral' y de 'educación colectiva', hasta la reciente doctrina de Gunther Jakobs que, inspirándose en las ideas sistémicas de Niklas Luhmann, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento u por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones".

a população se sente vítima, real ou potencial: são roubos e furtos nas ruas, residências, abuso de drogas.

Cada vez ganhando maior espaço na mídia e nos discursos políticos vem sendo divulgado o temor à “criminalidade organizada”.

O certo até o momento é que esse segundo fenômeno é muito pouco preciso, o que equivale dizer que ainda não se sabe muito bem o que é, como se manifesta e no que se distingue do crime de massa. Em síntese, crime organizado não é crime de quadrilha, não é tampouco qualquer associação criminosa. E, ainda, “crime organizado” constitui uma gama incerta de fenômenos delitivos distintos.

Guaracy Mingardi,¹³ sociólogo e pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, expõe que existem estudos sociológicos negando veementemente a existência de um fenômeno distinto do “crime em larga escala”, chamado de organização criminosa e que, provavelmente, esse posicionamento seja desencadeado como uma oposição à “excessiva dramatização” com a qual a imprensa tem tratado a questão.

Algumas idéias e perfis sobre o *organized crime*, contudo, vêm sendo traçados. Não obstante, estamos no início de uma definição e classificação criminológicas.

Segundo a análise de Zaffaroni,¹⁴ toda tentativa até agora feita de concei-

tuar o crime organizado falhou, e sobre esse fracasso vem sendo construído um Direito penal autoritário, o que é mais estarrecedor. Avalia ainda que os criminólogos não chegaram a um ponto de acordo e nem sequer conseguem traçar a fronteira entre o *organized crime* e o *white collar crime*. Diz, categórico que “o *organized crime* não é um conceito criminológico, mas uma tarefa que o poder impôs aos criminólogos”.

A existência de grupos mais ou menos organizados, ainda que atuem com base profissional e de forma habitual – estável – não é o suficiente para a distinção que buscamos. Sempre houve criminalidade cometida por grupos, bandos, cujas características principais – número de participantes, estabilidade e união em torno de uma finalidade criminosa comum –, portanto, nada acrescentam.

As leis emergenciais de exacerbação e ampliação dos meios de investigação criminal, recentemente editadas, como no Brasil a Lei 9.034/95, dirigem-se à prevenção de perigos e elucidação de crimes atribuídos a organizações criminosas. Métodos como observações policiais prolongadas, escutas, agentes infiltrados, dentre outros, configurando sérias lesões às tradicionais garantias individuais, destinam-se ao combate do crime organizado, como observa Hassmer.¹⁵

Bem por isso, é mais do que necessário traçar a fronteira entre as organizações criminosas e a criminalidade de

(13) *O Estado e o Crime Organizado*, Publicação do IBCCrim, São Paulo, 1998, p. 28.

(14) Eugenio R. Zaffaroni, *Crime organizado: uma categorização frustrada*, in *Discursos Sediciosos*, n. 1, p. 45 e ss., publicação do Instituto Carioca de Criminologia. Da mesma constatação parte Giovanni Fiandaca, *Criminalità Organizzata e Controllo Penale*, Saggi e Rassegne,

Grafiche Fiorini, Verona, Itália, 1991, p. 5, para o qual criminalidade organizada não é uma expressão válida do ponto de vista científico. Contaminada por juízos valorativos político-ideológicos a expressão é tão ampla e genérica que não surpreende não terem podido os criminólogos defini-la. E ainda Hassmer, op. cit. p. 64/68.

(15) Op. cit. supra.

massa, sob pena de alastrar-se todo o abominável novo instrumental investigatório.

Para Zaffaroni, sobressaem-se na criminalidade organizada duas características, quais sejam, a estrutura empresarial e a atividade voltada para o mercado ilícito. As origens do "crime organizado", desta forma, não podem ser buscadas no mundo pré-capitalista e, portanto, não estão em nenhuma outra forma de associação delitiva existente ao longo da história da humanidade, até o início deste século.

Hassemer aponta que só se pode pensar verdadeiramente em uma organização criminosa quando o próprio poder público (legislativo, executivo e judiciário) dela participa, levando à paralisação da reação. No mais, entende Hassemer, as definições atualmente apresentadas são tão vagas que "sugerem uma direção", mas ainda não "apontam um objeto."¹⁶

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini¹⁷ observam também que não se pode sequer dizer que exista uma espécie, mas sim várias espécies de organizações criminosas. Estão certos, todavia, de que o fenômeno é mais complexo e abrangente do que o retratado pelas tradicionais figuras de associação, quadrilha ou bando. Entendem que o substrato típico da quadrilha pode ser aproveitado, numa relação de gênero (associação criminosa em geral) e espécie (organização criminosa).

A vida mostra que o crime organizado desperta fascinação entre a população, que sente pelo fenômeno, tal qual mostrado pela mídia, um amor-ódio, um temor-admiração, decorrentes de mitificação de personagens vilões-heróis. Inevitavelmente, a esta suscetibilidade coletiva segue-se o discurso político manipulador. Está pronto então o cenário dramático e a apresentação do Direito penal como instrumento de combate.

Ao contrário do que tem acontecido, todavia, o fato não deveria causar a pressa na resposta penal, que leva à edição de leis inócuas como a brasileira.

O fenômeno é complexo e mutante, e segue na sua estruturação e direcionamento as tendências dos mercados nacionais e internacionais.¹⁸ Por isso, é difícil de ser isolado e tem seu centro de decisão espalhado por diversos países. Ademais, a gama de infrações penais e de vítimas é difusa.

Para Guaracy Mingardi, não existe apenas um modelo de crime organizado, mas pelo menos dois tipos: o tradicional ou territorial e o empresarial.

Segundo sua definição, apresentada como provisória, o crime organizado tradicional é um "grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de um planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso de violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o

(16) Hassemer, op. cit e Fiandaca, op. cit. p. 7 ressalta também o papel que a organização assume como agente político-econômico, agindo conctado ao poder legal do Estado.

(17) *Crime Organizado - Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*, Revista dos Tribunais, 2. ed., 1997, p. 74 e ss.

(18) Hassemer, op. cit. p. 66/7. Sergio Moccia, op. cit. p. 28; Fiandaca p. 8/10 e 21/22.

controle pela força de determinada porção de território". Como exemplos, cita a Camorra, o Comando Vermelho, a Yakuza, a Máfia de Nova Iorque e o Cartel de Cali. Esse modelo corresponde, no Direito penal italiano, à associação do tipo mafiosa.

O modelo empresarial, por outro lado, "é menos definido, mais difícil de diferenciar das simples quadrilhas ou de uma empresa legal. Sua característica mais marcante é transpor para o crime métodos empresariais, ao mesmo tempo que deixam de lado qualquer resquício de conceitos como Honra, Lealdade, Obrigação, etc."

Apresenta ainda o sociólogo paulista duas definições que considera boas, extraídas da Pennsylvania Crime Commission e do Federal Bureau of Investigations (FBI). Dizem elas, respectivamente:

"Crime Organizado: A ilegítima atividade de uma organização traficando bens ou serviços ilegais, incluindo, mas não se limitando, ao jogo, prostituição, agiotagem, substâncias controladas, extorsão, ou outra atividade ilegítima contínua, ou outra prática ilegal que tenha o objetivo de grandes ganhos econômicos através de práticas fraudulentas ou coercitivas ou influência imprópria no governo".

"Crime Organizado: Qualquer grupo que tenha de alguma forma uma estrutura formalizada e cujo objetivo primário seja obter lucros através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso da violência, ou ameaça de violência, corrupção de funcionários públicos, suborno ou extorsão e geralmente têm um impacto significativo na população local, da região ou país como um todo. Um grupo criminoso resume esta definição - *La Cosa Nostra*."¹⁹

Outro conceito, através de um rol de requisitos, é apresentado por Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini:²⁰ hierarquia estrutural; planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos avançados; recrutamento de pessoas; divisão funcional das atividades; conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; alta capacitação para a prática de fraude; conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Das características apontadas, ressalta-se a importância dessa relação com o Estado-legal. Gomes e Cervini afirmam tratar-se da formação de um verdadeiro "contrapoder criminal em concorrência ou em substituição aos poderes legais do Estado", mesma referência feita por Hassemer.

Fiandaca chama a atenção de que na verdade existe mais um tipo de organização criminosa. Além da organização criminosa comum (que para ele engloba a de tipo mafioso e a empresarial, porque ambas visam uma espécie de simbiose com o Estado legal), há de ser considerada também a criminalidade organizada política (do tipo terrorista ou subversiva), bastante distinta na medida em que sua motivação é político-ideológica e sua atuação visa a destruição do Estado legal.

No Brasil, os estudos sobre a existência e real dimensão das organizações criminosas são ainda muito incipientes e carentes de dados. As opiniões apontam para sua configuração ligada ao tráfico de drogas e armas; fraude contra o erário público ou contra a coletividade, furto e roubo de automóveis e cargas. A mais antiga e mais estruturada

(19) Op. cit. p. 42/43.

(20) Op. cit. p. 99.

atividade ilícita organizada no país, o jogo do bicho, considerada isoladamente não é crime organizado, porque, tecnicamente, é uma contravenção penal. Do ponto de vista sociológico, porém, apresenta todos os elementos das definições existentes.

De toda forma, as atividades que se pretende identificar com o crime organizado, separando-se as organizações terroristas, têm sempre um caráter econômico. Estabelecem-se como verdadeiros monopólios ou oligopólios de atividades ilícitas que, justamente por isso, escapam à disciplina do Estado. Em outras palavras, o crime organizado tem como função econômica "abrançar as áreas de capitalismo selvagem que carecem de um mercado disciplinado."²¹

Alguns meses antes de ser aprovada a Lei 9.034/95, Alberto Silva Franco²² já ponderava sobre a dificuldade na tipificação de uma figura penal de "organização criminosa", indicando que "não se pode atribuir ao crime organizado o mesmo tratamento criminal e punitivo do crime de massa, mesmo que este tenha um razoável sistema organizacional. O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de

conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exige um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado".

Importa observar que nem mesmo nos Estados Unidos, onde se pode dizer que o fenômeno tenha surgido nas primeiras décadas deste século, a legislação penal a respeito, conhecida pela sigla RICO (*Racketeer influenced and corrupt organizations*) contém uma lista de atividades delitivas amplíssima, sem nenhuma categorização, contudo.²³

O crime organizado é antes de tudo uma forma de execução de crimes que obedece à básica lei de mercado. Oferece o que é proibido e recusado pela moral dominante e, justamente por isso, escasso. Desempenhando atividades proibidas, o risco é grande e o proveito altamente lucrativo. Não é de se estranhar que a estruturação da organização seja complexa e que, assim, muito complexa seja também uma eventual definição normativa.

Nem sempre as atividades exercidas nos domínios dos crimes praticados pelas organizações, todavia, configuram sua existência. Há pequenas quadrilhas que roubam carga ou automóveis; há tráfico sem nenhuma organização ou cooperação, por exemplo.

A resposta oficial para a questão vem sendo emergencial, de mera ordem pública e pode ser traduzida pela expressão combate penal. Limita-se a apresentar um remédio simbólico pela incriminação excessiva, rigor sanciona-

(21) Zaffaroni, op. cit. p. 53/54.

(22) *Boletim IBCCrim* n. 21, Estra, Setembro 1994, p. 5.

(23) Zaffaroni, op. cit. p. 47.

tório e desformalização de métodos investigatórios.

Diz Zaffaroni: "...a categorização que se vem tentando não pode se coroar, pois constitui a pretensão de prender em um conceito criminológico a dinâmica do mercado. A empresa resulta tanto mais inalcançável quando se pretende buscar uma categoria que se transfira à lei penal".²⁴

Curioso observar que a locução organização criminosa não recebe expressão legislativa plena, sendo em geral referida marginalmente na lei processual. Esse fato demonstra que o conceito é mais sociológico e criminológico do que penal.

4. A figura típica organização criminosa no direito brasileiro e o princípio da legalidade estrita

A preocupação com o crime organizado chegou, como fruto da globalização, ao Brasil. A circulação de bens e serviços perdeu as fronteiras. A esfera de "indisciplina do mercado", localizada no âmbito das atividades proibidas, também foi exportada para o mercado mundial.

(24) Op. cit. p. 55. Fiandaca, op. cit. p. 10, por outro lado, observa que na Itália a expressão "criminalidade organizada" não recebeu até hoje uma autêntica consagração legislativa, ficando referida de forma marginal e esporádica na legislação processual sobre seqüestro de controle bancário de bens para investigação de crime organizado. A locução aparece ainda na legislação penitenciária, para a qual o condenado tem que fazer prova de desligamento da organização criminosa para receber benefícios em sede de execução penal. Conclui o autor que essa falta de referência legal mostra que o conceito é muito mais sociológico e criminológico do que penalístico, até porque as atividades ilícitas fins estas sim são crimes definidos no ordenamento jurídico.

Observa Zaffaroni²⁵ que "o discurso abrangente da categoria frustrada do *organized crime* se estende pelo mundo, é recolhido pelos políticos de todas as latitudes, se traduz em leis penais, é difundido pelos meios de massa, dá lugar a novos estereótipos".

O legislador brasileiro foi também contaminado e, talvez por não ter podido definir o fenômeno, procurou alinhá-lo ao antigo delito de quadrilha ou bando, existente na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que data de 1940.

Diz o art. 288 do CP Brasileiro, sob o título dos "Crimes contra a Paz Pública":

"Quadrilha ou Bando

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado".

A Lei 6.368/76, sobre prevenção e repressão ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes, criou uma figura típica específica para o bando que comete crime de tráfico. Diz o preceito normativo:

"Art. 14. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa."

Em 1990, surge a Lei 8.072, de 25 de julho (define como hediondos os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante se-

(25) Op. cit. p. 57.

questro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia resultando em morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo), alterando em seu art. 8.º a sanção para o delito de quadrilha:

"Art. 8.º Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)."

Em 1995, já declaradamente no espírito do *law and order*, foi editada a Lei 9.034, de 3 de maio, em cujo art. 1.º lê-se:

"Art. 1.º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante da ações de quadrilha ou bando".

Claramente misturando os conceito de quadrilha ou bando e organização criminosa, em seguida, no art. 2.º, diz o legislador:

"Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I – (VETADO) – Obs.: referia-se à infiltração policial na quadrilha

II – a ação controlada, que consiste em retardar a intervenção policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida

legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III – acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."

E, finalmente, em 01.03.1998 foi editada a Lei 9.613, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei...", fazendo referência às organizações criminosas nos dispositivos abaixo citados e ainda instituindo a inversão do ônus da prova quando o acusado, para liberar antecipadamente bens apreendidos ou seqüestrados, deve provar sua origem lícita. Diz a lei:

"Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

(.....)

VII – crime praticado por organização criminosa.

Pena – reclusão de três a dez anos e multa

(.....)

§ 4.º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incs. I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa."

Para a lei penal brasileira, nesse cenário de falta de definição do crime

organizado, não há distinção normativa entre quadrilha ou bando e organização criminosa.

Quando era ainda projeto, a atual Lei 9.034/95 esboçava uma tentativa de “modernizar” o conceito de quadrilha ou bando e definir a organização criminosa como uma espécie do gênero.

Dizia o art. 1.º do então projeto que a lei iria definir e regular meios investigatórios nos processos e procedimentos que versassem sobre “crime organizado” (a lei atual trocou a expressão “crime organizado” por “quadrilha ou bando”).

O art. 2.º teria a seguinte redação: “Considera-se crime organizado aquele que de algum modo coopera com os fins ou participa das atividades das quadrilhas, bandos ou organizações previstas no art. 288 do CP”.

E, completando, o art. 3.º alteraria a redação do art. 288 do CP, nos seguintes termos:

“O art. 288 do CP passa a ter a seguinte redação: Art. 288. Participar de quadrilha, bando ou organização que se serve das estruturas ou é estruturada ao modelo de sociedades, associações, fundações, empresas, grupos de empresas, unidades ou forças militares, órgãos, entidades ou serviços públicos, concebidas, qualquer que seja o princípio, pretexto, motivação ou causa, para cometer crimes ou alcançar objetivos cuja realização implica a prática de ilícitos penais. Pena: reclusão de um a três anos”.

O confronto entre o projeto inicial, cuja tentativa de tipificação é, no mínimo, patética, tamanha sua amplitude e abstração, e a atual Lei 9.034/95, não deixa outra impressão senão a de que o legislador produziu seu trabalho com o descompromisso típico de quem não sabe o que deve – e o que não deve

– fazer, nem porque deve – ou não deve – fazer.

A Lei 9.034/95, de 03.05.1995 pretendeu dispor sobre “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, sem, em momento algum, definir o que é uma organização criminosa.

E, pior, o art. 1.º da Lei equipara a organização criminosa à quadrilha ou bando, quando afirma regular meios investigatórios para apurar delitos cometidos por quadrilhas ou bandos.

Não parece que a figura típica do art. 288 do CP – quadrilha ou bando – possa suprir a falta de conceito e tornar-se sinônimo de organização criminosa.

Como aponta Guaracy Mingardi,²⁶ “o crime de quadrilha ou bando tem uma definição exclusivamente numérica, é muito pouco adaptado para tratar com organizações criminosas”, ou seja, a “lei fornece instrumentos legais para combater um crime que, legalmente não existe”.

Afinal, existe perante o ordenamento jurídico brasileiro o delito de “organização criminosa”, ou pelo menos, é possível dizer que há uma organização criminosa cometendo crimes e assim lançar mão dos métodos investigatórios trazidos pela Lei 9.034/95?

A linha inafastável de raciocínio para responder à questão parte de um princípio inerente ao Estado de direito material, qual seja, o da legalidade estrita.

Esse fundamental princípio, aliás, é a consequência formal da separação entre direito e moral.²⁷ Segundo ele, as

(26) *O Estado e o Crime Organizado*, IBCrim 98, p. 40.

(27) A doutrina da separação entre direito e moral foi a base político-filosófica para toda a implementação de um sistema de

normas têm caráter convencional (não são aprioristicamente justas, como entendia o iusnaturalismo) e sua validade depende de terem sido elaboradas de acordo com os procedimentos previstos em outras normas (não são aprioristicamente válidas, como entendia o legalismo substantivista).

Diz a Constituição Federal brasileira, no art. 5.º, XXXIX que: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."

Também o art. 9.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, em vigor no Brasil através do Decreto n. 678 de 06.11.1996, com *status* constitucional em razão do § 2.º do art. 5.º da CF, prevê que: "Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável..."

Uma das mais importantes características do Direito penal, que o distingue dos demais meios de controle social, é o seu alto grau de formalização. Dessa formalização emerge o princípio da legalidade, direcionado a transformar a intervenção penal em um exercício de poder controlado. A respeito, sintetiza Roxin:²⁸ ... *un Estado de Derecho debe*

garantias penais e processuais penais que teve início com a formação do Estado de Direito Liberal. Por secularização do direito, ou desvinculação entre direito e moral entende-se a idéia de que o direito não é nem tem que ser necessariamente a reprodução de valores morais, nem reprodução de qualquer ordem divina ou natural. A respeito ver Ferrajoli, p. 219 e ss.; Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Direito penal - questões fundamentais...*, p. 49 e Anabela Miranda Rodrigues, p. 218/235.

(28) Op. cit. supra, p. 137/147. No mesmo sentido Silva Sánchez, op. cit. p. 250 e ss. Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Direito Penal - questões fundamentais...* p. 163,

proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal.

Ensinam Figueiredo Dias e Costa Andrade que o princípio da legalidade tem, em Estados de direito, duplo fundamento. O primeiro é externo ou político, segundo o qual a atividade intervencionista do Estado na esfera penal tem que se dar através de lei geral, abstrata e anterior, ato exclusivo do poder legislativo. O segundo fundamento, interno ou dogmático-jurídico, expressa-se através da função do Direito penal no Estado de direito, que deve ser o da prevenção geral, no seu entender positiva, e o princípio da culpa.

Importa, portanto, observar que não basta a exigência da lei, mas sim de lei determinada e, por isso, certa e estrita. A taxatividade da lei é imposição que num primeiro momento obriga o legislador, ao definir o campo do punível e, num momento posterior, impõe-se ao juiz, proibindo-o de usar analogia e de criar o campo do punível.

Não se pode dizer que o legislador brasileiro tenha agido com a precisão a ele imposta pelo princípio da legalidade ao editar a Lei 9.034/95. Em nenhum momento sequer definiu e cominou pena para a "organização criminosa". A lei referida, tal como aprovada, não alterou o art. 288 do CP, no qual está previsto o delito de quadrilha ou bando e não a organização criminosa, entidade distinta.

Como afirmam Figueiredo Dias e Costa Andrade²⁹ "Esquecimentos, lacu-

de forma expressiva dizem: "O princípio do Estado de Direito conduz, como a exposição anterior já por várias vezes acentuou, a que a protecção dos direitos, liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas através do direito penal, mas também perante o direito penal".

(29) Obra citada, p. 166.

nas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam por isso sempre *contra o legislador e a favor da liberdade* – por mais evidente que possa ser que teria sido intenção daquele abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos. Neste sentido se tornou célebre a afirmação de *Franz v. Liszt* segundo a qual a lei penal constitui *a magna Charta do criminoso*".

Para concluir que existe na legislação brasileira o conceito de organização criminosa seria necessário mutilar o princípio da legalidade, ou pelo uso da analogia – buscando o conceito de quadrilha ou bando – ou pelo acolhimento de norma indeterminada, sujeita à elaboração judicial. Nessa última perspectiva caberia ao juiz, partindo de uma associação, estabelecer quais os componentes que àquela específica associação dariam o caráter de organização criminosa.

Ambas as hipóteses são inaceitáveis. Decorre do princípio da legalidade a proibição de analogia, entendida como aplicação de uma regra jurídica a um caso que não está regulado por ela, sob o argumento de semelhança, ou por aproximação. Tanto o uso de analogia quanto a criação judicial, em verdade, fazem letra morta do princípio da legalidade. São formas de aplicação elástica da lei penal, contra a liberdade individual.

A importância da formalização do direito penal está diretamente ligada às finalidades garantísticas do sistema. O princípio da legalidade deve funcionar, como define Silva Sánchez – e já o fazia Von Liszt –, como uma "barreira" intransponível a proteger o indivíduo, o delinquente, frente às intervenções do Estado.

Em consequência, ainda que a Lei 9.034/95 mencione o crime de quadrilha ou bando, não é possível, em um caso

concreto, que a partir da configuração dos requisitos do art. 288 do CP se extraia a caracterização de uma "organização criminosa".

Alberto Silva Franco anteviu o fiasco da tentativa de definição de crime organizado na legislação brasileira, fazendo a seguinte observação: "Mais uma vez o legislador penal, como tem sido uma constante nos últimos tempos, falhou no processo de criminalização, demonstrando total desconhecimento da matéria versada e da técnica de composição de figuras típicas".³⁰

Para Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini,³¹ entretanto, é possível dizer que há definição válida de organização criminosa no Brasil, ainda que deficiente. Segundo entendem, a estrutura típica do delito de quadrilha ou bando é requisito mínimo para a existência da organização criminosa.

Qualificam os autores de "censurável, abominável o método eleito pelo legislador, mas não inconstitucional". Dizem: "Ele elegeu um caminho que deixa a desejar em termos de garantias, mas não se pode concluir por inválida sua construção. E por que não? Porque, embora não corretamente, ele acabou dando um mínimo típico, um mínimo de 'definição'. O ideal seria que desse o máximo. Mas não foi essa a via adotada. Admitindo-se, no entanto, que os requisitos típicos do clássico 'quadrilha ou bando' (CP, art. 288) configuram exigências mínimas da organização criminosa, pode-se admitir a constitucionalidade da norma, impondo-se ao juiz, em cada caso concreto, a descoberta do plus especializante. Essa é a nossa conclu-

(30) Boletim IBCCrim n. 21, ano 2, setembro/1994, *Um difícil processo de tipificação*.

(31) In *Crime Organizado – enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, Revista dos Tribunais, 2. ed., São Paulo, 1997, p. 91.

são. Estamos diante de um tipo aberto em sentido estrito, onde a matéria proibida não está totalmente definida. Mas pelo menos há um princípio, razão pela qual a tarefa do juiz será somente complementar, não elementar”.

Difícil concordar com essa posição, dada a dimensão e a função que tem o princípio da legalidade no Estado de direito material.³²

O “crime organizado” não tem definição mínima, tem apenas um enunciado absolutamente indeterminado, que não permite saber qual, hipoteticamente, é o âmbito do proibido.

A figura típica, cuja existência e validade sustentam, é tão vaga que, ao contrário do que entendem, o juízo de complementação pelo magistrado seria verdadeira criação normativa.

Na Lei 9.034/95 pode ser identificada a moderna tendência desformalizadora do Direito penal. É mais uma, das cada vez mais frequentes, leis indeterminadas, com conceitos que definem, sem nada esclarecer.

A imprecisão, ao que parece, é pospositiva, fruto de uma vontade de adaptação do Direito penal a necessidades

político-criminais instáveis, tão mutantes como dizem ser a “sociedade de risco”.

Usando e abusando dessa nova técnica, todavia, o legislador praticamente renuncia à sua exclusiva e indelegável competência constitucional, para delegá-la ao juiz.³³ Lei indeterminada não afronta apenas o princípio constitucional da legalidade estrita, como também o princípio da separação de poderes (Constituição Brasileira, art. 2.º), pressuposto e fundamento do Estado de direito.

A legitimação democrática das intervenções penais do Estado decorre da separação de poderes. Quem possui legitimidade para definir o âmbito do proibido não é o juiz, mas sim o legislador eleito, expressão da vontade geral.

Questão complexa é saber encontrar o marco divisor entre analogia e interpretação, ou entre interpretação lícita e ilícita.³⁴

Luigi Ferrajoli³⁵ faz profunda reflexão sobre o tema, apoiado na distinção entre o que chama de convencionalismo penal/cognoscitivismo processual e substancialismo penal/decisionismo processual.

O modelo de justiça penal convencional resulta do princípio de estrita legalidade, cujas condições são o caráter formal da lei penal (previsão abstrata e genérica pelo legislador do que é punível) e seu caráter empírico (a definição legal tem que fazer referência a fatos, comportamentos objetivos e verificáveis).

(32) Resumindo essa dimensão, diz Ferrajoli, *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2. ed., 1997, p. 379 que “... mientras el principio de mera legalidad, al enunciar las condiciones de existencia o vigencia de cualquier norma jurídica, es un principio general de derecho público, el principio de estricta legalidad, en el sentido que se le ha asociado hasta el momento de metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al derecho penal... Y es esta diferencia la que marca hoy el criterio de distinción entre garantismo y autoritarismo penal, entre formalismo y sustancialismo jurídico, entre derecho penal mínimo y derecho penal máximo”.

(33) Ver sobre a questão Silva Sánchez, op. cit., p. 255; Hassemer e Muñoz Conde, op. cit. p. 175, Baratta, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*..., Ferrajoli, op. cit. p. 34/44; Fiandaca, op. cit. p. 15/6.

(34) Roxin, p. 169/174. Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Direito Penal*..., p. 175/181.

(35) Supra nota 62.

Como conseqüência, *sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fáticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación.*

Só assim o juízo será cognoscivo, assegurado pelo princípio de estrita jurisdicionalidade, ou seja, um juízo de verificabilidade e refutabilidade do comportamento imputado.

Figuras delitivas indeterminadas, por afrontarem o princípio de estrita legalidade, impedem que sobre elas seja feito um juízo cognitivo.

Para Ferrajoli tais crimes são figuras *cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la factualidad de la desviación punible.*

Defender taxatividade e condenar formulações incriminadoras imprecisas não significa retroceder ao pensamento positivista, nem defender a aplicação matemática e mecânica do direito pelo juiz.

A lei penal não faz todo o direito, ele é feito também de sua aplicação. O conteúdo de um preceito penal não deixará de conter elementos valorativos, porque, como diz Roxin, *sólo es determinado, en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial.*³⁶

Mas a norma penal é o marco inicial e o limite dentro o qual pode o juiz caminhar. Por isso deve ser a mais taxativa possível, para a partir dela e dentro de seus contornos ser orientada a atuação judicial.

Os tipos penais associativos, como forma de tutela penal antecipada, são sempre nebulosos, indeterminados, a fim de serem preenchidos conforme o caso apresentado. A adoção de tal técnica dá lugar a graves problemas de interpretação, cuja implicação é a falta de certeza e a desigualdade no tratamento judicial dado individualmente. E tudo isso é feito em nome de uma suposta efetividade do ordenamento.

Por efetividade, no Estado de direito, entretanto, deve-se entender o esforço do legislador de respeitar a imposição racional e coerente de clareza na formulação das incriminações, de forma a respeitar os princípios fundamentais desse modelo de Estado.

Voltando à classificação de Ferrajoli, a admissão de normas penais indeterminadas, pelo menos na amplitude do suposto conceito de “organização criminosa”, significa consagrar o Direito penal “substancialista” e o Direito processual penal “decisionista”.

No plano da técnica jurídica, o substancialismo reflete-se numa desvalorização do papel da lei como critério exaustivo de definição do fato criminoso: *La técnica más difundida es la previsión de figuras de delito elásticas y indeterminadas, idóneas para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación — como el escándalo público, el desacato, la propaganda o la asociación subversiva, la asociación de tipo mafioso, la ofensa a la moral familiar, y similares — en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables.*³⁷

Conseqüência necessária, o juízo seria decisionista, potestativo e não cognitivo. O juiz não irá verificar ou comprovar fatos, mas sim criar intimamente e irrefutavelmente os pressupostos típicos.

⁽³⁶⁾ Op. cit., p. 148.

⁽³⁷⁾ Ferrajoli, op. cit., p. 41.

Evidentemente, o modelo de legalidade estrita e de jurisdicionalidade estrita é o único compatível com o Estado de direito, porque é garantista. Evidente também que o garantismo perfeito, como teoria e modelo, é utópico. Mas, permitir criações legislativas que não respeitam minimamente os princípios do Estado de direito significa com ele romper, para aproximar-se do arbítrio e do totalitarismo.

Talvez num modelo de "Estado preventivo" uma definição de "organização criminosa" como a proposta pelo legislador brasileiro – aberta para que tudo se admita – tenha legitimidade, diante dos fins do Direito penal. Certamente não é o caso no Estado de direito.

A flexibilização das leis penais é uma pequena e inicial mostra do caminho cada vez mais preventivo e simbólico – e cada vez menos garantista – que o Direito penal vem seguindo nas últimas décadas. As exigências da prevenção podem ser – e parecem estar sendo – as de um Direito penal capaz de adaptar-se às mudanças sociais, sem precisar ser alterado. Para tanto os tipos penais devem ser abertos o suficiente para considerar cada caso em profundidade e abranger qualquer caso.

A concepção da justiça penal no Estado de Direito, contudo, não é individualizadora, nem puramente preventiva. É garantística e, assim, o princípio da legalidade estrita é irrenunciável, em razão do que irrenunciável é a meta de taxatividade.

A Lei 9.034/95 só pode ser considerada, numa visão garantidora, como letra morta. Não podem ser aplicados os meios de investigação por ela propostos para elucidar certos crimes, simplesmente porque não há a entidade – organização criminosa – que em tese os praticaria.

Qualquer forma de associação de criminosos, perante o ordenamento jurídico brasileiro pode, em juízo de subsunção, caracterizar o delito de quadrilha ou bando. Para investigar outros crimes cometidos pela associação, entretanto, só existem os meios tradicionais previstos no Código de Processo Penal, limitados pela Constituição Federal, mas nunca as modernas e maléficas técnicas de investigação previstas na Lei 9.034/95.

Da mesma forma, não há crime de lavagem simplesmente porque os bens, dinheiro ou valores provém de uma associação de criminosos, uma quadrilha qualquer. Não se pode agravar a pena do delito de lavagem quando ele for praticado por uma quadrilha. A lei expressamente usou a expressão "organização criminosa". Como não tem a entidade definição normativa, no momento tal hipótese de lavagem simplesmente não existe e, repita-se, não fica configurada porque os bens pertencem, eventualmente, a um bando.

Em Estados laicos, mesmo que uma incriminação seja justa, não é por isso válida, se não respeitar os estritos processos de incriminação, ou, como pondera Roxin, *que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado)*.³⁸

5. Direito penal do autor e direito penal de exceção

Mas, são justas incriminações como as associativas? Pode o Estado de di-

(38) Roxin, op. cit., p. 138.

reito conviver com tipos de crime como “quadrilha ou bando” e “organizações criminosas”? Ainda que a descrição típica da quadrilha seja precisa e ainda que se consiga um dia estabelecer as características gerais de uma organização criminosa, é legítima tal incriminação?³⁹

Para responder à questão, fundamental é socorre-se do conceito material de crime, como critério valorativo externo à lei penal.

Quando uma proibição é legítima e, quando não é, não é resposta absoluta. Ela tem íntima ligação com os fins do Direito penal e o modelo de Estado.

O Estado de direito é laico, vale dizer, os campos do imoral e do ilícito não têm vinculação necessária. Se do ponto de vista formal essa separação entre direito e moral resultou no princípio da legalidade (item anterior), do ponto de vista axiológico dela nasceu o

utilitarismo, princípio do liberalismo moderno, assim definido por Ferrajoli: *El derecho y el estado – con arreglo a esta opción, laica y liberal – no solo no poseen ni encarnan valores meramente en tanto que tales, sino que tampoco deben tener fines morales desvinculados del interés de las personas y menos aún ser fines en sí mismos, justificándose sólo por el cometido de perseguir fines de utilidad concreta en favor de los ciudadanos y principalmente de garantizar sus derechos y su seguridad.*⁴⁰

Pode-se mesmo dizer que o Direito, diante dessas duas perspectivas, tem de se justificar perante o modelo liberal e democrático do Estado, ou como diz Ferrajoli,⁴¹ há uma “ética da legislação” a ser respeitada.

Tais critérios, ou princípios de referência, são muito mais técnicas negativas da legitimidade das proibições legais, do que positivas, e por isso garantistas.

A filosofia utilitarista, como já analisado, apresenta duas conotações opostas. Tanto pode recomendar intervenção máxima, como intervenção mínima. Se a meta é a máxima segurança social, tudo pode ser incriminado. Se, por outro lado, o que se pretende é a mínima restrição à liberdade individual, pouco pode ser incriminado.

Na versão liberal,⁴² seguramente a máxima utilidade é a máxima liberdade

(39) Figueiredo Dias e Costa Andrade, nas considerações iniciais feitas em parecer proferido sobre o delito de associação criminosa, publicado na CJ, X, tomo 4, p. 11 e ss., adiantavam que “... as controvérsias de índole doutrinal suscitadas por esse tipo de crime não se circunscrevem no horizonte fechado da dogmática jurídico-penal, antes assumem, não raro e por direito próprio, a dignidade de autênticas questões de índole jurídico-constitucional. Na verdade, é sobretudo aqui que que o problema da legitimação da criminalização – e respectivos limites – apela directamente para uma pré-compreensão das coisas a nível da teoria do Estado. Noutros termos, é sobretudo aqui que, como sublinha RUDOLPHI – penalista alemão que ao tema das associações criminosas vem dedicando porfiado e penetrante estudo -que o direito penal se confronta com a ‘dupla tarefa de defender e preservar o Estado de Direito. Defendê-lo, no sentido óbvio, de ataques dos criminosos; mas preservá-lo face ao perigo, não menos óbvio, dos excessos de hipercriminalização.’”

(40) Op. cit., p. 222.

(41) Op. cit., p. 460.

(42) O Estado de Direito é liberal, porque sua inspiração vem sem dúvida do pensamento ilustrado. Diz o art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os demais”. A elaboração de um direito penal mínimo só é possível quando o que se quer é, portanto, a máxima liberdade. Neste sentido Ferrajoli, op. cit., p. 467.

e, assim, a mínima restrição. Mas, as idéias que justificaram, além da adoção de procedimentos investigatórios e sanções especiais para as organizações criminosas e seus membros, a própria criminalização autônoma da existência da associação, são opostas à versão liberal: prevenção antes do cometimento do delito-fim e intensa repressão penal.

O crime de "associação criminosa", "organização criminosa", "quadrilha" ou "bando", qualquer que seja o nome dado para uma figura típica que consiste em reunirem-se pessoas, com a finalidade de praticar crimes, não é útil, nem tampouco laica, porque passa por cima de princípios como os da lesividade (proteção exclusiva de bens jurídicos), da necessidade (direito penal é o remédio extremo) e da materialidade da ação (a vontade e a intenção não são levadas em conta pelo direito penal, senão na medida em que explicam o significado de um fato lesivo).

O crime de quadrilha ou bando e sua espécie - organização criminosa - protegeriam, com dispõe o Código Penal Brasileiro, Título IX, a "Paz pública", do perigo que a mera existência de uma associação com fins criminosos representaria. Bem jurídico vago, supra-individual, tutelado através de um crime de perigo abstrato.

Quando um grupo de pessoas se reúne para cometer crimes, elas nada fizeram que lesione os demais, nem que possa desencadear reações informais intoleráveis, da mesma forma que quando uma pessoa planeja um homicídio e sai de sua residência para comprar a faca com que pretende cometê-lo, ela nada fez que interesse ao ordenamento jurídico penal.

Evidentemente, reunir-se, planejar, adquirir instrumentos, são ações humanas, mas não são lesivas a terceiros e, portanto, não despertam a necessidade

de intervir o Direito penal. Querer cometer crime, planejá-lo, prepará-lo, desejá-lo íntima e intensamente pode ser sinônimo de malvadeza, imoralidade, perversão, mas não é danoso.

A falta de lesividade pode ser traduzida na ausência de um bem jurídico protegido, pelo menos no sentido garantista que ele deve ter, como freio à incriminação.

Apenas uma concepção expansionista do conceito de bem jurídico pode aceitar que o fato de pessoas se organizarem - este fato em si, consistente quer na hierarquização, estruturação, divisão de tarefas - perturbe a "paz pública". A própria abstração do bem jurídico apontado pela legislação revela a dificuldade de situar a lesividade da conduta.

Na realidade a razão da proteção seria o bem jurídico atingido pela conduta criminosa-fim da organização (tráfico de drogas, seqüestro, lavagem de dinheiro, etc.). Todavia, como seria impossível identificar o bem jurídico, dada a possibilidade de a organização estar dirigida à prática de distintas infrações penais, o caminho foi a designação de um bem jurídico genérico. Só assim a antecipação da tutela pode resolver-se na simples adesão e formação do grupo, prescindindo do início de ataque a algum bem jurídico concreto.⁴³

Quando o Direito penal caminha dos bens jurídicos difusos, ou supra-individuais e chega ao tipo de perigo abstrato, cai a máscara do Estado liberal, tolerante para com a liberdade de consciência e da esfera individual do agir, e entra em cena o Estado de prevenção.

Nenhuma teoria do bem jurídico que se pretenda garantista e limitadora pode dizer positivamente que uma determina-

(43) Vide Fiandaca e Moccia, op. cit..

da incriminação penal é justa, simplesmente porque protege um bem jurídico. Identificar um bem jurídico é necessário, mas não suficiente. A “paz pública”, enquanto categoria de bem jurídico, pouco diz. Mas ainda que pudesse ser aceita, não dispensaria a tarefa de dar à ação ofensiva contornos materiais.

Não se pode deixar de aceitar que o ataque ao bem jurídico seja o dano, ou sua exposição ao perigo. Este último, entretanto, tem que ser verificável empiricamente e nesta medida não pode simplesmente ser presumido. Do contrário, o Direito penal deixa de ser um direito de proteção de bens, ou valores, para ser a pura afirmação de valores.⁴⁴

Os delitos associativos são o mais claro exemplo do vazio de proteção, de dissolução do conceito de bem jurídico como técnica limitativa das escolhas penais incriminatórias, consubstanciado na designação de um bem jurídico

abstrato e puramente valorativo. Paz pública pode ser tudo, potencialmente tudo. Diante dessa imensidão não se tem garantias.

Se por um lado o princípio da lesividade é hoje incorporado pelos ordenamentos jurídicos (em países como Portugal até mesmo expresso na Constituição), no plano normativo ele vem sendo usado para manter e criar proibições que prescindem de lesão ou perigo concreto. A partir daí inicia-se um progressivo esvaziamento do próprio princípio de legalidade, que é de legalidade estrita apenas na medida em que a ação tem um conteúdo material e empírico verificável.

A “paz pública” num Estado de direito não é um bem em si – do contrário a máxima restrição à liberdade individual é em nome dela legítima –, e qualquer delito a ela referido não pode antecipar a tutela penal ao momento que antecede o agir, sem que com isso não se esteja também desrespeitando o princípio da materialidade da ação e vinculando ilícito com imoral.

Crimes como “quadrilha ou bando”, “associação criminosa” ou “organização criminosa” esbarram no Direito penal do autor e constituem nada mais que tipos normativos de autor.

Nas últimas décadas o temor às organizações criminosas vem sendo alardeado e difundido através dos meios de comunicação de massa e de discursos políticos. A esta altura o imaginário coletivo está impregnado da idéia de exposição a uma categoria de pessoas reunidas, cuja periculosidade diz-se altíssima. O sentimento de temor, tido como uma certeza de vulnerabilidade à ameaça extrema, é paradoxal, porquanto os próprios estudiosos do tema até o momento não conseguem conhecê-lo a ponto de concluir o quanto ele corrompe o sistema. Vale dizer, a dimensão do

⁽⁴⁴⁾ Ferrajoli, p. 473/479. Compelto ainda o autor o pensamento dizendo que em crimes nos quais não há lesividade concreta – como nos crimes de perigo abstrato, não é um fato que se proíbe, mas sim a mera desobediência ou violação formal da lei. Manifesta-se a esse respeito também Sergio Moccia, fazendo ligação entre o esvaziamento do conceito de bem jurídico e a volta a incriminações de tipo de autor, no seguinte sentido: ... *il privilegio della prospettiva della disfunzionalità sociale della condotta rispetto all'offesa del bene giuridico contiene il rischio concreto, di radice autoritaria, di esaltare presunte necessità della compagine sociale a scapito della legittima considerazione delle ragioni dell'individuo. Il coltivare esigenze, sovente solo illusorie, di efficienza, ha comportato una svalutazione del dato dell'offesa reale, quale caratteristica sia della fattispecie astratta che di quella concreta, con la contestuale esaltazione di un'ottica di mera violazione dell'obbligo, se non del tipo d'autore, che apres ad un inquietante ridimensionamento dello stesso diritto penale del fatto.*

perigo é desconhecida cientificamente, apesar de ser apresentada como enorme e certa.

As organizações criminosas passam a representar o papel dos inimigos do povo, dos inclinados a delinquir, dos perigosos, papéis que no passado foram desempenhados por bruxas, hereges, vadios, mendigos, loucos. A única diferença da nova versão é que não se trata mais de uma pessoa inclinada ao crime, mas de uma entidade, formada por um grupo de pessoas inclinadas ao crime.

Neste ponto fica evidente a confusão entre direito e moral. Não se censura mais um "agir", mas antes um "ser". O "agir" já é censurado, porque quando a organização pratica, ou vier a praticar, os atos que pretende, comete crime, ou crimes.⁴⁵

(45) Ferrajoli, op. cit., p. 479, afirma textualmente que tais crimes devem ser suprimidos da legislação e define precisamente a questão, dizendo que os delitos associativos em geral não são outra coisa que não formas agravadas de cometer delitos ou tentativas de outros delitos. Sua manutenção como figura autônoma significa duplicar a responsabilidade penal por delitos comuns, dos quais são apenas o campo preparatório ou o meio de execução. Está cercado de razão também Juarez Tavares quando disse que "o crime organizado é como qualquer outro fato delituoso comum, e que pode ser enquadrado nas normas vigentes do Código Penal". O pensamento do penalista brasileiro aqui mencionado foi citado por Guaracy Mingardi, op. cit., p. 27 como tendo sido exteriorizado no XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 1994. Assim, usando como exemplos alguns elementos das definições propostas para o crime organizado se o grupo de pessoas, ou um dos associados, em nome dos objetivos criminosos últimos do grupo (lavagem de dinheiro, tráfico de drogas etc...) corrompe funcionários públicos ou intimida pessoas, já está praticando um crime, ou

O tipo penal nos delitos de associação não é uma norma que regula uma conduta danosa socialmente, mas que simplesmente cria uma proibição. É, portanto, uma norma constitutiva do que é o comportamento desviado. Toda e qualquer norma constitutiva fere o princípio da materialidade e pune o "ser" e não o "atuar".

Estabelecer um marco divisor entre "direito penal do autor" e "direito penal do fato" não é tarefa fácil, mas estão de acordo a maior parte dos penalistas, quando apontam que o "direito penal do autor" é "uma corrupção do direito penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma 'forma de ser' do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade".

Moccia e Ferrajoli⁴⁶ indicam que a separação entre "fato" e "autor" está no caminho traçado. Incriminações ilegítimas partem do autor para evitar o fato e não de um fato para chegar ao seu autor. Essa inversão de direção é patente nos delitos associativos, que prescindem do fato que na verdade seriam objeto da tutela (o crime-fim).

A esse respeito pondera Ferrajoli:⁴⁷
...conforme estos criterios de definición sustancial de la desviación punible se

pelo menos dando início à execução. Vide também nota 81 supra.

(46) Moccia, op. cit. p. 29. Ferrajoli, p. 33/44 e 504/508 diz a respeito que delinquente não é aquela pessoa que possa ser etiquetada como imoral, perigosa, inimiga ou infiel, mas apenas aquela pessoa que pode ser identificada como responsável por um fato criminosos. Segue com muita propriedade e firmeza o filósofo dizendo que *No es el delito que se identifica a través del delincuente, sino el delincuente el que debe ser identificado a través del delito.*

(47) Op. cit., p. 42.

produce un vaciamiento objetivo de aquella garantía fundamental que es el principio de estricta legalidad, en virtud del cual nadie puede ser castigado más que por un hecho ya cometido y exactamente previsto por la ley como delito... la tentación común a todas estas técnicas de atenuación o disolución de la estricta legalidad penal es en realidad castigar no quia prohibitum, sino quia peccatum; y, en consecuencia, perseguir no tanto por lo que se ha hecho sino, sobre todo, por lo que se es.

Em nada destoa dos demais o pensamento de Claus Roxin,⁴⁸ para quem se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción... Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho. Por otra parte, las fuertes tendencias preventivoespeciales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho penal alemán, presionan en la dirección del Derecho penal de autor; pues la cuestión de qué la intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual.

A reprovação do autor pode partir de uma concepção determinista – o homem, ou determinado homem, nasceu perigoso e não tem como evitar a conduta perigosa –, mas pode também partir do direito penal da culpabilidade, segundo a qual o homem optou livremente pelo padrão de conduta desviado e a reprovação vem da personalidade “voltada para o crime” que o ato revela. A organização criminosa – como tipo de crime – é uma clara manifestação do

“direito penal do autor”, em contraposição ao “direito penal do fato”.

Se existe uma associação de pessoas, organizadas de forma a satisfazer a hipótese normativa, por que se ocuparia o Direito penal de puni-la? A única explicação está na reprovação à audácia, ao perigo que se veja em tal grupo. Pune-se não por que se tenha cometido um determinado crime, mas sim por que o grupo pretende, pelo menos potencialmente, praticar um ou vários crimes. Pune-se independentemente de vir o grupo a praticar o crime. Incrimina-se pela culpa na “condução de vida”, no dizer de Figueiredo Dias.⁴⁹

Mesmo que um dos requisitos do tipo fosse a prática concreta de crime – no Direito brasileiro não é, porque basta que pessoas se associem “para o fim de cometer crimes” – a proibição não se afasta do “direito penal do autor”.

Fiandaca⁵⁰ entende, por outro lado, que a tônica do tipo penal deveria ser desviada da finalidade da associação – dolo específico – e transportada para os requisitos operacionais e instrumentais da estrutura da organização. Com isso, o tipo estaria se afastando do “direito penal do autor” e não ofenderia os princípios de taxatividade e lesividade. Segundo seu posicionamento a censura recairia sobre o “viver objetivamente como ente criminoso” e não mais na censura à cogitação do crime.

Pode ser que ficasse, da forma sugerida, menos evidente e sem dúvida não declarada a estruturação de um tipo normativo do autor. Entretanto, a razão da incriminação continuaria a ser o “viver como criminoso” e a potencialidade perigosa do autor, o que não afasta o juízo sobre a personalidade, cuja

(49) *Liberdade Culpa Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1976.

(50) *Op. cit.*, p. 17.

(48) *Op. cit.*, p. 176 e ss.

reprovação do agir (associar-se), seria apenas o disfarce.

A lógica do tipo é a lógica da emergência, ou do *law and order*, ou ainda da prevenção geral extremada, só justificada pela doutrina igualmente extrema do desvalor da ação. Não basta punir a execução do crime, deve ser punido seu autor, porque se organizou e estruturou sua vida para facilitar o cometimento de crimes. Incrimina-se com fins preventivos gerais, para depois punir com fins preventivos especiais, a vontade organizada, independentemente ou paralelamente às ações por ela realizadas, para marcar, mesmo que simbolicamente, o desvalor da delinquência organizada.

O desvalor da ação é um marco distintivo do atual Direito penal de exceção ou emergência e implica em desigualdade e discriminação que, por sua vez, justificam leis processuais penais de exceção. Se a personalidade castigada é desviada, os meios de castigá-la podem ser também desviados: um direito excepcionalmente severo para uma personalidade excepcionalmente perigosa. O tipo penal não passa a ser outra coisa que não estratégia, instrumento, para facilitar a investigação dos "suspeitos".

Organizações criminosas e os procedimentos investigatórios especialmente contra elas criados (inversão do ônus da prova, infiltração de agentes, ação controlada, quebra de sigilo bancário e de comunicações, delação premiada) concretizam o que Hassemer chama de o "novo direito penal", atribuído sem dúvida à política criminal irracional do Direito penal simbólico e funcional. As garantias penais e processuais penais passam a ser obstáculos, e não garantias do Estado de direito.

A justificativa apresentada para essas exceções feitas às garantias penais e processuais penais é a de que as organi-

zações criminosas representam uma ameaça à ordem democrática e um perigo à própria estabilidade de suas instituições.⁵¹

Todavia, não menos ofensivas à democracia e aos próprios pressupostos e princípios do Estado de direito são as soluções emergenciais apresentadas.

A pura fidelidade ao ordenamento jurídico, a prevenção geral positiva, como antes já observado, é mais perigosa do que o perigo da existência de pessoas que se reúnem porque querem cometer crimes, *al menos para quienes no consideran dañosa la existencia de los hombres, sino sólo sus acciones*.⁵²

Longe de buscar o equilíbrio entre defesa social e garantias, o sistema concreto é totalitário, disfarçado em "garantismo de fachada".⁵³ Os papéis dos poderes públicos ficam totalmente sobrepostos, passando o Judiciário a desempenhar funções de Polícia, em nome do governo, de forças políticas e para pura repressão.

Este é, sentencia Ferrajoli, *un utilitarismo ex parte principis, intrínsecamente antiliberal, homologante, inclinado hacia modelos de derecho penal máximo ilimitado en la práctica y normalmente vinculado a visiones organicistas y terapéuticas del sistema social como cuerpo sano, cuyas partes infectadas o enfermas o se curan o se amputan*.

Bibliografia

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

(51) Ferrajoli, p. 820/837; Fiandaca, op. cit., p. 29/30/31.

(52) Ferrajoli, op. cit., p. 505.

(53) Ferrajoli, op. cit., p. 807/837 e também Fiandaca, op. cit., p. 31/32.

- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar. 1994.
- BICUDO, Tatiana Viggiani, LEITE PINTO, Luciana Pereira. Basta só o direito penal? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 2, n. 21, EXTRA, p. 6, set. 1994.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bauón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantanero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- FIANDACA, Giovanni. *Criminalità organizzata e controllo penale: saggi e rassegne*. Padova: CEDAM, 1991.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal e estado de direito material. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, jan./jun. 1981.
- . *Lei criminal e controle da criminalidade: o processo legal-social de criminalização de descriminalização*.
- . *Liberdade culpa direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
- . *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Associações criminosas – art. 287 do CP*. Parecer publicado na CJ, X, tomo 4, p. 11 e ss.
- . *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2. reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- . *Direito penal – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. Aparentamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal. Coimbra: Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 1996.
- GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo, 1997. GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo, 1997. GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- . *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- HOULSMAN, Louk, DE CELIS, J. Bernat. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Traducción de Manuel Cuncio Meliá. Madrid: Civitas, 1996.
- MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998. (Publicação n. 5).
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general-Fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas de la 2. edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997. v. 1.
- ROXIN, Claus, ARZT, Gunther, TIEDMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Ariel, 1989.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n. 6, 1996.
- . Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 2, n. 21, extra, p. 5, set. 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada. Discursos*

Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade.
Rio de Janeiro, n. 1, ano 1, 1996.

———. *El funcionalismo sistémico y sus respectivas juridico-penales.* Universidad de Santiago de Compostela, "Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor, p. 747-767, 1989.

———. *En busca de las penas perdidas.*
Reimpresión de la segunda edición.
Colombia: Temnis, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.3

AS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO E O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS*

CARLOS MÁRIO DA S. VELLOSO

SUMÁRIO: 1. A exposição dos fatos e as alegações das partes – 2. O cabimento do *habeas corpus*: a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal: CF, art. 5.º, XII; Lei 9.296, de 24.07.1996 – 3. O sigilo dos dados das comunicações telefônicas – 4. A inclusão dos dados no sistema das comunicações telefônicas – 5. A quebra do sigilo dos dados telefônicos: aplicação da Lei 9.296, de 1996 – 6. Dos poderes da CPI – 7. CPI e controle judicial dos seus atos – 8. Da quebra do sigilo dos registros telefônicos pela CPI – 9. Seria possível à CPI quebrar o sigilo dos dados ou dos registros telefônicos? – 10. O procedimento a ser observado pela CPI – 11. Conclusão.

1. A exposição dos fatos e as alegações das partes

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Pedro Neiva Filho, que estaria sofrendo constrangimento ilegal, por ilegalidade e abuso de poder, por parte da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a “Apurar Irregularidades Relacionadas à Autorização, Emissão e Negociação de Títulos Públi-

cos, Estaduais e Municipais, nos exercícios de 1995 e 1996”.

Aponta-se como autoridade coatora o Exmo. Sr. Presidente da mencionada CPI.

O ato impugnado é a deliberação da CPI que aprovou a “quebra do sigilo telefônico” do paciente, ocorrida na 9.ª Reunião da referida Comissão Parlamentar de Inquérito, ocasião em que o paciente foi convocado para prestar esclarecimentos, como testemunha.

A inicial, da lavra do ilustre advogado Jorge Vacite Filho, depois de analisar as causas de pedir ou os fundamentos da impetração, culmina por resumi-los e formular o pedido, da seguinte forma:

“(…)”

IV – Fundamentos da presente ordem

1 – Esta Excelsa Corte – *concessa maxima venia* –, há de considerar:

A – Se o direito ao *sigilo telefônico* é um *direito absoluto* à intimidade, pelo

(*) Voto proferido quando do julgamento, pelo Plenário do Superior Tribunal Federal, em 07.05.1997, do HC 75.232-RJ. O Min. Carlos Velloso, Relator, ficou vencido na preliminar de conhecimento do *habeas corpus*: a maioria entendeu – vencidos os Ministros C. Velloso (Relator), Nelson Jobim, Marco Aurélio e Néri da Silveira – não ser cabível o *habeas corpus*. O Tribunal não acolheu, também, a proposta do Min. S. Pertence, então Presidente do Superior Tribunal Federal, no sentido de o *habeas corpus* ser conhecido como mandado de segurança, vencidos os Ministros S. Pertence, C. Velloso (Relator), Nelson Jobim e Néri da Silveira.

fato de não ter a Lei Fundamental autorizado a sua violação, em nenhuma hipótese, é evidente que se está diante de um *constrangimento ilegal*, por flagrante e irremediável *ilegalidade*, posto que violados os *incs. X e XII do art. 5.º da Magna Carta*, só podendo se restabelecer o império da legalidade através do respeito ao disposto no *inc. LXVIII do art. 5.º da mesma Carta*.

B – Se entender que o direito ao *sigilo telefônico* é um *direito relativo* à intimidade, e como tal, tenha a Constituição Federal permitido a sua violação, não poderá deslembra-se que a *Lei 9.296/96* não regulamentou a hipótese, carecendo, pois, o direito processual penal pátrio da necessária – e ainda inexistente –, permissão infraconstitucional.

Configurar-se-ia, então, e de novo, *constrangimento ilegal*, agora por *abuso de poder*, em razão de ter a “CPI dos Títulos Públicos” atuado abusivamente, já que a sua autoridade não vai além dos poderes de investigação, falecendo-lhe poder de praticar *atos de jurisdição*, em sentido estrito, sendo, pois, de inteira e total pertinência, a aplicação do disposto nos *arts. 5.º, LXVIII da CF e 648 do CPP* para que se faça cessar tal constrangimento.

C – De qualquer sorte, mesmo em se considerando a *relatividade* do direito ao sigilo telefônico, não se pode deixar de reconhecer – *permissa maxima venia* – que a CPI agiu com *abuso de poder*, visto que, a teor do disposto no *inc. I do art. 2.º da Lei 9.296/96*, só quando houver *indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal*, é que os órgãos do Poder Judiciário poderão determinar a quebra do sigilo telefônico.

Assim, patente e indiscutível a *ilegalidade*, já que, durante todo o tempo em que falou à CPI, o Paciente foi, por seus

membros, tratado, formalmente, *como testemunha*.

D – E, aí, outra indiscutível ilegalidade, prenhe de malícia.

Não podem os membros da CPI, por mais ilustres que sejam, desrespeitar a Lei.

No caso, e já é mais que tempo, que abandonem a prática a que, sistematicamente, se apegaram: *rotularem* as pessoas como *testemunhas*, mas, na verdade, tratem-nas como *investigados* (*rectius*: indiciados).

E – Com isto, e sob permanente intimidação (prisão, no caso de falsear ou calar a verdade), privam-nas dos mais elementares direitos do cidadão, assegurados constitucionalmente.

F – Se são *testemunhas*, não poderiam quebrar-lhes o sigilo telefônico.

Mas, como, na verdade, os tem como *investigados* (*rectius*: indiciados), foram à medida extrema, não lhes dando, ou reconhecendo, os direitos que, nessa qualidade, poderiam ter exercitado, tais como não se auto-incriminarem, calarem-se, reservarem-se para prestar declarações em Juízo, terem direito, enfim, à ampla defesa, que as leis deste país lhes asseguram.

G – E de todos esses basilares direitos, os mais aviltados são, sem dúvida, aqueles que dizem com o *princípio da inocência* e com *direito a própria imagem*.

Com efeito, os intermináveis depoimentos (*rectius*: interrogatórios), que se estendem por horas a fio, entrando pela madrugada, sem qualquer interrupção, com uma dezena de inquisidores se alternando nas indagações, é algo por demais aproximado da *tortura*.

H – E como se tem visto, seja pela televisão, seja pela leitura dos jornais, os inquisidores, no desejo de se mos-

trarem severos, muitas vezes ficam longe de ser imparciais ou gentis.

Afinal, não podem se esquecer que falam com pessoas não processadas, não indiciadas, não acusadas, não réis, não condenadas.

Enfim, e em princípio, *inocentes*.

I – E, como tal, não podem ter a sua imagem, a sua reputação, a sua honra, maltratadas, agredidas, apresentadas no dia seguinte, por toda a imprensa, como *culpadas*.

Nesse passo, a *CPI* também não respeita, e muito menos acata, o direito que os cidadãos têm de não serem exibidos, pelas televisões e jornais, como se já fossem violadores da lei, esquecida, mais uma vez, que tais pessoas têm o direito de, comparecendo à *CPI*, não serem fotografadas e televisadas, *todo o tempo*, sob o risco de transformar tudo em palanque, ou, pelo menos, em espetáculo deprimente e degradante, onde, publicamente, se humilham as pessoas.

Do pedido

A Concessão da liminar:

Considerando-se que foi ilegal e abusivamente (*fumus boni iuris*) determinada a devassa nos dados telefônicos pretéritos (estático ou celular) de Pedro Neiva Filho, caso alguma empresa de telefonia, integrada ou não ao Sistema Telebrás, tenha reunido os referidos registros telefônicos, que estes sejam mantidos em *absoluto sigilo*, inclusive dos membros da “*CPI dos Títulos Públicos*”, e se já recebidos pela Comissão, que sejam mantidos em segredo pelo Senhor Senador Presidente da Comissão, por analogia ao disposto no *art. 8.º da Lei 9.296/96*, visto que o paciente tem o direito de ver preservada a sua intimidade se a violação, no

mínimo, não decorrer de uma ordem judicial (*periculum in mora*).

Na hipótese dos mencionados registros não terem sido ainda fornecidos, que as empresas de telefonia, integrantes ou não ao Sistema Telebrás, se abstenham de fornecer os mesmos enquanto não houver, pelo menos, uma ordem judicial. Oficiando-se em ambos os sentidos à *TELEBRÁS*, *TELERJ* e à *TELESP*.

‘*Art. 8.º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.*

Parágrafo único – A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1.º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do CPP.’

Pedido principal:

Declarar ilegal e abusiva, por falta de base normativa ou mesmo pela ausência de ordem judicial, a aprovação da quebra do sigilo telefônico do paciente *Pedro Neiva Filho*, determinando a Augusta Corte que as empresas de telefonia, integrantes ou não ao Sistema Telebrás, se abstenham de fornecer os respectivos registros telefônicos (estático ou celular), ou se já coletados que sejam mantidos em segredo, inclusive da “*CPI dos Títulos Públicos*”, ou ainda se recebidos pela Comissão, que sejam mantidos em sigilo pelo Senhor Senador Presidente da Comissão, exatamente conforme dispõe o *art. 8.º da Lei 9.296/96*.” (Fls. 32-38).

Deferi a medida liminar, nos seguintes termos:

"Tenho como ocorrentes, no caso, os requisitos da liminar: o *fumus boni juris*, ou o sinal do bom direito, e o *periculum in mora*. Reconheço, também, que estamos diante de situação delicada, dado que o ato impugnado foi tomado por órgão do Poder Legislativo no exercício de atribuição funcional. Acontece, entretanto, que há, no caso, alegação, com base em fundamentos sérios, de que ocorre ou está para ocorrer lesão a direito individual. Ora, diante de alegação desse tipo, não pode o Judiciário, por mais alta e respeitável que seja a autoridade apontada como violadora do direito, deixar de prestar a tutela jurisdicional, sob pena de descumprimento da Constituição, que estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judicial na hipótese de ocorrência de lesão ou ameaça a direito: CF, art. 5.º, XXXV.

Assim posta a questão, defiro a medida liminar. Dê-se conhecimento desta decisão ao Exmo. Sr. Senador Bernardo Cabral, Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Na mesma comunicação, serão solicitadas as informações que S. Exa. entender necessárias ao julgamento do *writ*.

Dê-se ciência deste despacho, também, à TELEBRÁS, utilizando-se o meio de comunicação mais rápido, fax ou telex, para que adote as providências cabíveis ao cumprimento desta decisão.

Esclareço que, diante das informações que serão prestadas pelo Exmo. Sr. Senador Bernardo Cabral, voltarei a examinar o pedido da liminar."

O eminente Senador Bernardo Cabral, Presidente da CPI, prestou informações (fls. 59/67), que podem ser assim resumidas:

a) preliminarmente, como a impetração não alega "violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente", salta aos olhos "a total impro-

priedade do *habeas corpus* à obtenção do provimento judicial pretendido, já que o *writ*, nos expressos termos do art. 5.º, LXVIII, da CF, será concedido:

"... sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção...";

b) que a jurisprudência do Supremo Tribunal não socorre o impetrante, pois não admite o *habeas corpus* "sequer para *atacar condenação criminal* quando esta não acarrete risco efetivo de privação da liberdade, como ocorre com a aplicação da pena de multa. (HC 70.328-3, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17.06.1994, p. 15.708; HC 70.480-8, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 10.06.1994, p. 14.765, etc.);

c) que "os poderes de investigação não sendo fins em si mesmo, servem de instrumento à atuação das CPI's e das autoridades judiciais. Estas visam, essencialmente, à jurisdição, ou seja, ao "dizer o direito", à identificação, em face do ordenamento positivo, da norma jurídica incidente sobre o caso concreto, que precisa estar compreendido em seus exatos contornos. Aquelas, por seu turno, visam precipuamente ao aprimoramento da legislação, necessitando, igualmente, do exato conhecimento dos fatos";

d) que a autoridade judicial e a CPI, para a consecução de suas finalidades, dispõem, ambas, "dos *mesmos e exatos poderes de investigação*, em idêntica medida. Não pode haver, pena de agressão à Carta Maior, poderes de investigação que os tenha uma autoridade judicial e que não estejam ao alcance de uma Comissão Parlamentar de Inquérito";

e) que "não há provas na persecução criminal que, podendo ser buscadas pela autoridade judicial em persecução criminal, quer de ofício quer mediante

requerimento, não possam também ser alcançadas por uma Comissão Parlamentar de Inquérito". Dessa maneira, acrescentam as informações, "qualquer interpretação do texto constitucional no sentido de cercear os trabalhos investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito, certamente ou estão incorretos ou desatualizados";

f) que, conclui-se, preliminarmente, que, "em relação às deliberações da Comissão que tenho a honra de presidir, a qual, nos termos do art. 58, § 3.º, da Constituição, *tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas*, não cabe sequer em tese o *habeas corpus*, a não ser na eventual e extravagante hipótese de que algum ato isolado possa, *em concreto*, ameaçar ou ferir diretamente a liberdade de ir e vir de determinada pessoa, o que evidentemente não ocorre em relação ao paciente";

g) que "o Presidente da Comissão, autoridade apontada como coatora, não praticou, até agora, qualquer medida com a finalidade de gravar ou interceptar comunicações telefônicas do paciente, nem determinou a quebra do sigilo de seus registros telefônicos. Essas medidas foram sim determinadas por sentença do juiz federal da 4.ª Vara de São Paulo";

h) que a quebra do sigilo telefônico em relação ao paciente foi decidida em sentença do Juiz Federal Dr. João Carlos da Rocha Matos, em 03.03.1997, em atendimento a pedido de diligência formulado em 28.02.1997 pelo Delegado de Polícia Federal, Dr. João Carlos Sanches Abraços.

A propósito da quebra do sigilo telefônico, salientam as informações:

"Tomando conhecimento desse fato, que prejudicava ou tornava desnecessária idêntica deliberação da Comissão, de

04.03.1997, ou seja um dia após a decisão judicial com o mesmo objetivo, deixei de tomar qualquer providência no sentido de obter a quebra do sigilo telefônico do paciente, limitando-me a solicitar, pelo Of. n. 124/97-CPI-Títulos Públicos, de 11.03.1997, ao Presidente da Telesp, apenas e tão-somente, os extratos das contas telefônicas e os números dos telefones do paciente e de outros (doc. 3, anexo).

Essa solicitação – não atendida até agora – não fere obviamente a garantia do art. 5.º, XII, já que as contas telefônicas não revelam o conteúdo bem como dados substanciais das comunicações telefônicas. Por outro lado, o número de aparelhos ou de linhas telefônicas não estão cobertos pelo sigilo, tanto que podem ser obtidos por qualquer um mediante consulta às listas telefônicas.

Omitindo a inicial a narrativa desses fatos substanciais, procurou a impetração induzir em erro o eminente Relator apresentando-lhe um quadro de invasão à privacidade do paciente que, em verdade, simplesmente inexistiu.

Por mais essa razão, fica demonstrado o descabimento deste *habeas corpus* e, conseqüentemente, da liminar deferida."

Quanto à alegação de que ocorreram atos de intimidação e até de "privação dos mais elementares direitos do cidadão assegurados constitucionalmente", dizem as informações que consta da ata da reunião em que foi tomado o depoimento do Sr. Pedro Neiva Filho palavras do impetrante, Dr. Jorge Vacite Filho, no sentido de que teve "o melhor tratamento possível, fidalgo mesmo".

Concluem as informações que, à vista do exposto, "espera-se o não conhecimento ou o indeferimento deste pedido, revogando-se a liminar concedida".

Pelo despacho de fls. 121/123, manteve a liminar anteriormente concedida, ao seguinte entendimento:

"O fato novo constante das informações, não referido na inicial, das medidas determinadas pelo Juiz Federal Rocha Matos, da Seção Judiciária de São Paulo, é significativo.

Mas, ao que penso, não é bastante e suficiente para prejudicar a presente ação. Falo em prejudicar a ação, porque, cassada a medida liminar, ela estará julgada: seguir-se-ia a divulgação dos dados e a ação de *habeas corpus* não teria mais objeto.

Ademais, está declarado, com a maior lealdade, o que é próprio da ilustre autoridade apontada coatora, que, "um dia após a decisão judicial", S. Exa. solicitou, "pelo Ofício 124/97-CPI-Títulos Públicos, de 11.03.1997, ao Presidente da Telesp, apenas e tão-somente, os extratos das contas telefônicas e os números dos telefones do paciente e de outros (doc. 3, anexo)."

Realmente, à fl. 79, está a cópia do referido Ofício 124/97-CPI-Títulos Públicos, de 11.03.1997, no qual o eminente Senador Bernardo Cabral, "em conformidade ao disposto no art. 47 da CF, com fundamento no art. 2.º da Lei 1.579/52, combinado com o § 3.º do art. 58 da CF e com o § 3.º do art. 38 da Lei 4.595/64 e ainda com o art. 148 do Regimento Interno do Senado Federal e", solicitou ao Presidente da Telesp "os extratos das contas telefônicas nos anos de 1995 e 1996 dos Srs. Rubens Cenci da Silva, Diretor-Gerente da Perfil, Pedro Neiva Filho e Victor Hugo Isoldi Mello de Castanho, bem como os extratos dos números, abaixo relacionados, instalados nos apartamentos ocupados pelos Srs. Wagner Baptista Ramos, Pedro Neiva Filho e Victor Hugo Isoldi Mello de Castanho, no Royal Ibirapuera Park, à rua Abílio Soares, 1.251, na cidade de

São Paulo." Os números "abaixo relacionados" são os seguintes: (011) 889-4835, (011) 889-4809 e (011) 889-4865.

É dizer, houve, por parte da CPI, decisão semelhante a que foi tomada pelo Juiz Rocha Matos: a decisão do magistrado é de 03.03.1997 (fl. 77), comunicada na mesma data (fl. 78); o ofício do eminente Presidente da CPI, invocando poderes desta, é de 11.03.1997 (fl. 79). Isto ratifica, de certa forma, o alegado na inicial, especialmente à fl. 19:

'15 - Ora, o Diário do Senado Federal (de 15.03.1997) revela, ...que a quebra do sigilo telefônico do paciente Pedro Neiva Filho foi aprovada e determinada na 9.ª Reunião da "CPI dos Títulos Públicos", ...' (Fl. 19).

A esta altura está esclarecido que não houve interceptação telefônica, vale dizer, quebra do sigilo da comunicação telefônica propriamente dita, ou seja, das conversas havidas por telefone, mas dos dados existentes, na companhia telefônica, a respeito das ligações feitas (extrato das contas telefônicas ou dos números dos telefones). Indaga-se: esses dados estariam compreendidos no sigilo das comunicações telefônicas, na forma estabelecida no art. 5.º, XII, da CF? Esta é uma questão que ao Supremo Tribunal Federal caberá esclarecer.

Por mais isto, não me sinto autorizado a rever o pedido da liminar, para o fim de torná-lo sem efeito, assim tornando prejudicado o pedido de *habeas corpus*, dado que lhe retiraria o objeto.

Posta a questão em tais termos, mantenho a liminar e determino que seja tomado, com urgência, o parecer do eminente Procurador-Geral da República. Sejam os autos encaminhados, ainda hoje, a S. Exa., para que possa o pedido ser submetido ao julgamento do Plenário na próxima semana. Publique-se, após."

O Ministério Público, pelo parecer do eminente Procurador-Geral, Dr. Geraldo Brindeiro, opina “no sentido do não conhecimento do pedido de *habeas corpus* e, caso conhecido, pelo indeferimento do writ”. Argumenta o parecer, preliminarmente, que, pelo que se vê dos termos da inicial, “o objetivo do impetrante é defender o direito à intimidade garantido ao paciente pela norma inscrita no art. 5.º, inc. X, da CF e que estaria, eventualmente, sendo desrespeitado pela Comissão do Senado Federal. Não visa a impetração, como se pode observar nitidamente pelos pedidos formulados, a garantir o direito de liberdade de locomoção do senhor Pedro Neiva, mesmo porque, a toda evidência, a medida de quebra do sigilo dos dados telefônicos não contém em si a possibilidade de causar violência ou ameaça a direito de liberdade de locomoção. O direito à intimidade não se confunde com o direito à liberdade de locomoção, e aquele, não este, é que estaria sendo violado, conforme o próprio impetrante, na espécie dos autos”.

Assim, a via eleita, o *habeas corpus*, “apresenta-se inadequada para alcançar a tutela jurisdicional pretendida, na hipótese de existência de direito”. O Supremo Tribunal Federal decidiu, no RHC 61.209-RJ, Relator Min. Rafael Mayer, que “é incabível a utilização do *habeas corpus* para viabilizar a proteção de direitos outros, que não os pertinentes à liberdade de ir e vir” (DJ 18.11.1983, p. 17.957).

No mérito, afirma o parecer que não tem razão o impetrante quando sustenta “que os registros dos dados telefônicos são “indezessáveis”, porque teriam proteção constitucional do sigilo de caráter *absoluto*, sendo relativo apenas o sigilo das comunicações telefônicas”.

Acrescenta o parecer que também não é correto o entendimento de que “exclusivamente por *ordem judicial*

podem ser obtidos os registros dos dados das ligações telefônicas”, pelo que não merece acolhimento a pretensão do impetrante em favor do paciente.

Tece o parecer longas considerações de caráter doutrinário, invoca jurisprudência desta Corte sobre a questão de que tratam estes autos e conclui opinando no sentido do não conhecimento do pedido de *habeas corpus* e, se conhecido, pelo seu indeferimento.

2. O cabimento do *habeas corpus*: a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal: CF, art. 5.º, XII; Lei 9.296, de 1996

A autoridade apontada coatora suscita, nas informações, a preliminar de impropriedade da via processual eleita, no que foi secundada pelo parecer da Procuradoria Geral da República. Segundo as informações, não se alega, na inicial, “violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente”. Já o eminente Procurador-Geral da República, na linha do sustentado nas informações, sustenta que a impetração não visa a garantir o direito de liberdade de locomoção, mas sim evitar a quebra de sigilo dos dados telefônicos, o que não contém em si a possibilidade de causar violência ou ameaça a direito de liberdade de locomoção. Desta forma, não é cabível o pedido de *habeas corpus*.

A arguição, ao que penso, não tem procedência.

A uma, porque se tem, no caso, alegação de quebra de sigilo telefônico na modalidade quebra do sigilo de dados existentes, na companhia telefônica, a respeito das ligações feitas. Ora, segundo está na Constituição, art. 5.º, XII, a quebra do sigilo telefônico somente ocorrerá “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer

para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". É dizer, a quebra do sigilo telefônico tem, por expressa disposição constitucional, finalidade certa, investigação criminal ou instrução processual penal. Ela ocorre referentemente aos acusados da prática de crime, conforme mais à frente veremos, em pormenor. Então, da quebra do sigilo telefônico poderá surgir, relativamente ao indivíduo cujos telefonemas forem revelados, ação penal. A esta altura parece induzido que não é somente a coação ou ameaça direta à liberdade de locomoção que autoriza a impetração do *habeas corpus*. Também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual justifica a impetração da garantia constitucional inscrita no art. 5.º, LXVIII, da CF, convindo não esquecer que é de boa hermenêutica constitucional emprestar-se, na interpretação das garantias constitucionais, a máxima eficácia a estas. Vale, no ponto, a lição do Prof. Dalmo de Abreu Dallari, a dizer que "as normas que definem os direitos fundamentais e suas garantias não comportam interpretação restritiva". (RDP 94/79).

De outro lado, a Lei 9.296, de 24.07.1996, que regulamenta o inc. XII, parte final, do art. 5.º, da CF, assim regulamentando a quebra do sigilo telefônico, é expressa no estabelecer, na linha, aliás, do que está no inc. XII do art. 5.º, da Constituição, que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, ocorrerá para prova em investigação criminal em instrução processual penal (art. 1.º), não sendo admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: 1) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; 2) podendo a prova ser feita por outros meios disponíveis; 3) quando o fato investigado constituir infração penal punida, no

máximo, com pena de detenção (art. 2.º).

A quebra do sigilo telefônico ocorrerá, então, única e exclusivamente, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. A propósito, José Carlos Barbosa Moreira, examinando a questão das provas ilícitas em face da Constituição, figura a hipótese da prova emprestada, isto é, colhida na ação penal, de utilidade para o processo civil, sendo ela, entretanto, uma fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial. Seria possível a utilização dessa prova no civil? Esclarece o eminente jurista:

"No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela." (José Carlos Barbosa Moreira, *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*, em Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, n. 6, p. 11).

Ora, tudo isto, evidentemente, autoriza afirmativa no sentido de que a quebra do sigilo telefônico, tomada em relação a alguém contra o qual milita indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (Lei 9.296/96, art. 2.º), representa coação ou ameaça à liberdade de locomoção do indivíduo, coação ou ameaça indireta, dado que, conforme linhas atrás mencionamos, da quebra do sigilo poderá resultar ou reforço às provas já colhidas, se já existente o inquérito criminal ou a ação

penal, ou a instauração da ação penal. E somente isto é bastante e suficiente para autorizar a impetração da garantia constitucional do *habeas corpus*.

O mais, *data venia*, é filigrana processual, significa intelectualização do processo, em detrimento da garantia constitucional, que não presta obséquio à teoria dos direitos fundamentais nem à ordem jurídico-constitucional.

Do exposto, rejeito a preliminar argüida, de que não seria cabível, no caso, o *habeas corpus*.

Examinemos o mérito da questão.

3. O sigilo dos dados das comunicações telefônicas

A Constituição Federal, art. 5.º, inc. XII, dispõe:

“Art. 5.º
.....

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Conforme se verifica, a Constituição, no inc. XII do art. 5.º, torna inviolável o sigilo: a) da correspondência e das comunicações telegráficas; b) de dados; c) das comunicações telefônicas. Todavia, relativamente às comunicações telefônicas, estatui o mesmo dispositivo constitucional: “salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

No caso, conforme esclareci no despacho em que mantive a medida liminar, fls. 121/123, não houve interceptação telefônica, vale dizer, quebra do sigilo de comunicação telefônica propriamente

dita, ou seja, das conversas havidas por telefone, mas dos dados existentes, na companhia telefônica, a respeito das ligações feitas (extrato das contas telefônicas ou dos números dos telefones ligados ou de números de telefones que ligaram para o aparelho cujo sigilo fora quebrado. Indaga-se, então: esses dados estariam compreendidos no sigilo das comunicações telefônicas, na forma estabelecida no art. 5.º, XII, da Constituição Federal, ou constituiriam aqueles “dados” inscritos no mencionado inc. XII, do art. 5.º, cujo sigilo é inviolável?

Esta é a primeira questão a ser solucionada.

4. A inclusão dos dados no sistema das comunicações telefônicas

Começo por dizer que os dados referidos incluem-se, ao que penso, no sistema das comunicações telefônicas. É dizer, comunicações telefônicas não significam, apenas, as conversas havidas por telefone, mas tudo o que com elas, comunicações telefônicas, se relaciona. Em certos casos poderá interessar muito mais ao indivíduo o sigilo dos mencionados dados do que a própria conversa. Figuremos um exemplo: um cidadão, de boa conduta, exemplar comportamento público, chefe de família, mantém romance com mulher casada. Trocam telefonemas. Para muitos isto é reprovável. É certo, entretanto, que esse comportamento inscreve-se no direito à intimidade e à vida privada do indivíduo, direitos que a Constituição proclama invioláveis (CF, art. 5.º, X), porque inerentes à personalidade das pessoas, já que não seria possível que a vida destas pudesse ser exposta a terceiros.

Ora, a quebra do sigilo desses dados vai expor a vida dessas pessoas a terceiros.

Não tenho, entretanto, esse direito como absoluto. Não há, aliás, direitos absolutos. Na Pet 577-(QO)-DF, examinei essa questão, tendo por objeto o sigilo bancário. Afirmei, então, não se tratar esse direito, também espécie de direito à privacidade, inerente, portanto, à personalidade das pessoas, de um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social (RTJ 148/366).

Como esses direitos cederiam, entretanto, diante do interesse da justiça, do interesse público, do interesse social?

Essa é a questão.

5. A quebra do sigilo dos dados telefônicos: aplicação da Lei 9.296, de 1996

Dissertando a respeito da quebra do sigilo de "dados" telefônicos, o ilustre juiz e Professor Luiz Flávio Gomes começa por distinguir "comunicação telefônica" dos "registros (geralmente escritos) pertinentes às comunicações telefônicas, registros esses que são documentados e armazenados pela companhia telefônica". (Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Interceptação Telefônica - Lei 9.296, de 24.07.1996*, Revista dos Tribunais, 1997, p. 100). Depois de afirmar que esses dados integram o direito à privacidade, Luiz Flávio Gomes opina, dado que sustenta a relatividade dos direitos fundamentais, pela possibilidade de ser quebrado o seu sigilo, principalmente "quando a quebra do sigilo dos dados destina-se a uma investigação criminal ou instrução processual penal", não bastando, todavia, "a simples invocação do interesse público", mas "é preciso demonstrar uma 'justa causa' e tudo está subordinado, ademais, a um devido processo legal". (Ob. cit., p. 102). Destarte, seria neces-

sária a existência de lei autorizadora da quebra do sigilo. Para Luiz Flávio Gomes, a Lei 9.296, de 1996, não serve para autorizar a quebra do sigilo dos "dados" telefônicos, dado que ela não alcança os registros telefônicos, divergindo, no ponto, de Vicente Greco Filho (*Interceptação Telefônica*, Saraiva, SP, 1996, p. 6). Depois de dizer que esses dados podem ser devassados, acrescenta que "não se pode refutar a idéia de que a Lei 9.296/96, no que concerne aos requisitos, abrangência, limites, venha a servir de parâmetro para o Juiz (por causa do princípio da proporcionalidade) na hora de se determinar a quebra do sigilo desses dados". E conclui:

"Em suma: os dados telefônicos (registros pertinentes a chamadas pretéritas) não contam com sigilo absoluto. Por ordem judicial pode ser quebrado esse sigilo, mas sempre que houver autorização legal, distinta da Lei 9.296/96 (como vimos). E o Juiz deve ser cauteloso no momento da autorização da quebra: deve atentar, sobretudo, para o princípio da proporcionalidade (não é qualquer caso de investigação criminal ou instrução penal que justifica tal medida tão invasora da privacidade alheia)." (Ob. cit., pp. 103/104).

Ao que apreendi, das lições citadas e transcritas, Luiz Flávio Gomes entende que não há, ainda, lei que autorize o juiz a quebrar o sigilo dos dados telefônicos. É certo que menciona ele o art. 198 do CTN. Mas esse art. 198, CTN, não diz respeito ao tema sob exame. Menciona, também, o art. 399, CPC, que, da mesma forma, nada tem a ver com quebra do sigilo de dados telefônicos. O mesmo pode ser dito relativamente às demais leis que menciona, Lei 3.470, de 1958, que altera a legislação do imposto de renda, art. 54, Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do

Ministério Público) (Luiz Flávio Gomes, ob. cit., p. 103).

Então, se não há lei específica, autorizando a quebra do sigilo de dados telefônicos, significa dizer que não haveria possibilidade desse sigilo ser quebrado?

Penso que não.

Conforme já deixei expresso, entendo que os dados atinentes aos registros telefônicos, incluem-se no sistema das comunicações telefônicas. É dizer, repito, comunicações telefônicas não significam, apenas, as conversas havidas por telefone, mas tudo o que com elas se relacionam. A lei autorizadora, portanto, da quebra desse sigilo, é a Lei 9.296, de 1996. Comungo, no ponto, da opinião de Vicente Greco Filho, que leciona:

“... aplica-se a disciplina da norma legal comentada (autorização judicial, somente se houver razoável suspeita de prática de crime punido com reclusão etc.) à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo não se tratando de “interceptação” propriamente dita, quanto aos registros sobre as comunicações existentes nos concessionários de serviços públicos, tais como a lista de chamadas interurbanas, os números chamados para telefones celulares, etc.” (Vicente Greco Filho, *Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei 9.296/96*, Saraiva, 1996, pp. 6/7).

6. Dos poderes da CPI

A Constituição dispõe a respeito das Comissões do Congresso e suas Casas, estabelecendo, no art. 58, que serão elas permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

As Comissões Parlamentares de Inquérito são comissões temporárias.

Elas são tratadas assim, no § 3.º do art. 58 da Constituição:

“Art. 58.

§ 3.º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

Verifica-se, do texto acima transcrito, § 3.º do art. 58, da CF, que a Constituição atribui à CPI “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas”. Estabelece a Constituição, ademais, que as CPIs serão criadas, em conjunto ou separadamente, pela Câmara e pelo Senado, mediante requerimento de um terço de seus membros, serão criadas para a apuração de fato determinado e por prazo certo e suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Cid Heráclito de Queiroz, em trabalho que escreveu a respeito do tema, “As Comissões Parlamentares de Inquérito Diante da Proteção Constitucional à Vida Privada”, Rio, abril/93, registra que “a equiparação aos Juízes dá a idéia de que a inovação envolveria, no caso de indícios de ilícitos em geral e respectiva autoria, “o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”, que a própria Constituição inclui entre os “direitos e garanti-

as fundamentais", assegurando-os "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral" (art. 5.º, inc. LV)". Invoca, então, o magistério do juiz e professor Jessé Torres Pereira Júnior, contido no seu livro, "O Direito de Defesa na Constituição de 1988", a advertir que "a tutela jurídica do direito à defesa é dever dos três Poderes do Estado. Mas sua repercussão sobre o Legislativo é peculiar. Entre as competências das Casas do Parlamento encontra-se a de instituir comissões de inquérito "para apuração de fato determinado e por prazo certo". O novo Texto Constitucional é dos mais intrigantes porque, em confronto com o tratamento que lhes davam as Cartas anteriores, as chamadas CPIs receberam um sopro reformador cuja direção não parece fácil de precisar-se. É que à indistigável natureza política das comissões vieram agregar-se "os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" e o dever de encaminhar conclusões, sendo o caso, ao Ministério Público, "para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores" (art. 58, § 3.º). Daí a pertinência da pergunta: já que as CPIs, no dizer da vigente Constituição, instrumentalizadas tal como as autoridades judiciais, investigam condutas eventualmente delituosas, vale dizer, a conduta de acusados da prática de ilícitos, seria de rigor que aderisse, a seus procedimentos, a garantia da defesa? A resposta é negativa, porém carece de demonstração em face dos termos enevoados com que a Constituição emoldura a matéria." (Ob. cit., p. 19).

Na verdade, e o registro é de Cid Heráclito de Queiroz, invocando Jessé Torres Pereira Júnior, a Constituição, quando investe as CPIs de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais", o faz com a finalidade de atribuir-lhes, basicamente, "os poderes legais dos Juízes, de que tratam as leis

processuais, Código de Processo Civil e Processo Penal, referentes à produção de provas em geral".

O Supremo Tribunal Federal, em diversos acórdãos, tem assentado os limites dos poderes das CPIs.

No HC 71.231-RJ, por mim relatado, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: Constitucional. Comissão parlamentar de inquérito: fato determinado e prazo certo. CF, art. 58, § 3.º. Lei 1.579/52. Advogado. Testemunha. Obrigação de atender à convocação da CPI para depor como testemunha. CF, art. 133; CPP, art. 207; CPC, art. 406; CP, art. 154; Lei 4.215, de 1963, arts. 87 e 89.

I – A Comissão Parlamentar de Inquérito deve apurar fato determinado. CF, art. 58, § 3.º. Todavia, não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal.

II – Prazo certo: o Supremo Tribunal Federal, julgando o HC n. 71.193-SP, decidiu que a locução "prazo certo", inscrita no § 3.º do art. 58 da Constituição, não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei 1.579/52.

III – A intimação do paciente, que é advogado, para prestar depoimento à CPI, não representa violência ao disposto no art. 133 da Constituição nem às normas dos arts. 87 e 89 da Lei 4.215, de 1963; 406, CPC; 154, CP, e 207, CPP. O paciente, se for o caso, invocará, perante a CPI, sempre com possibilidade de ser requerido o controle judicial, os direitos decorrentes do seu *status* profissional, sujeitos os que se excederem ao crime de abuso de autoridade.

IV – HC indeferido."

No julgamento do HC 71.193-SP, Relator o Sr. Ministro Sepúlveda Perence, decidiu a Corte Suprema:

“Ementa: I – *Habeas corpus*: cabimento, em caráter preventivo, contra ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção, materializada na intimação do paciente para depor em CPI, que contém em si a possibilidade de condução coercitiva da testemunha que se recuse a comparecer, como, no caso, se pretende ser direito seu.

II – STF: competência originária: *habeas corpus* contra ameaça imputada a Senador ou Deputado Federal (CF, art. 102, I, alíneas *i* e *c*), incluída a que decorra de ato praticado pelo congressista na qualidade de Presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito.

III – Comissão Parlamentar de Inquérito: prazo certo de funcionamento: antinomia aparente entre a lei e o regimento interno da Câmara dos Deputados: conciliação.

1. Eventual antinomia entre preceitos de lei e de regimento interno das Câmaras Legislativas, na maioria das vezes, não se resolve como questão de hierarquia ou de conflito intertemporal de normas, mas, sim, mediante a prévia demarcação, à luz de critérios constitucionais explícitos ou implícitos, dos âmbitos materiais próprios a cada uma dessas fontes normativas concorrentes.

2. Da esfera material de reserva à competência regimental das Casas Legislativas, é necessário excluir, de regra, a criação de obrigação ou restrições de direitos que alcancem cidadãos estranhos aos corpos legislativos e ao pessoal dos seus serviços auxiliares: af, ressalvado o que se inclua no âmbito do poder de polícia administrativa das câmaras, o que domina é a reserva à lei formal, por imposição do princípio constitucional de legalidade.

3. A duração do inquérito parlamentar, com o poder coercitivo sobre particulares, inerentes à sua atividade instrutória e a exposição da honra e da

imagem das pessoas e desconfianças e conjecturas injuriosas, é um dos pontos de tensão dialética entre a CPI e os direitos individuais, cuja solução, pela limitação temporal do funcionamento do órgão, antes se deve entender matéria apropriada à lei do que aos regimentos: donde, a recepção do art. 5.º, § 2.º, da Lei 1.579/52, que situa, no termo final de legislatura em que constituída, o limite intransponível de duração, ao qual, com ou sem prorrogação do prazo inicialmente fixado, se há de restringir a atividade de qualquer comissão parlamentar de inquérito.

4. A disciplina da mesma matéria pelo regimento interno diz apenas com as conveniências de administração parlamentar, das quais cada câmara é o juiz exclusivo, e da qual, por isso, desde que respeitado o limite máximo fixado em lei, o fim da legislatura em curso, não decorrem direitos para terceiros, nem a legitimação para questionar em juízo sobre a interpretação que lhe dê a Casa do Congresso Nacional.

5. Consequente inoponibilidade pelo particular, intimado a depor pela CPI, da alegada contrariedade ao art. 35, § 3.º, do Regimento da Câmara dos Deputados pela decisão plenária que, dentro da legislação, lhe concedeu segunda prorrogação de 60 dias ao prazo de funcionamento inicialmente fixado em 120 dias.”

No HC 71.039-RJ, Relator o Sr. Ministro Paulo Brossard, o Supremo Tribunal, em 07.04.1994, decidiu:

“Ementa: Ao Supremo Tribunal Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de comissão parlamentar de inquérito que envolvam ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar *habeas corpus* e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do

Senado Federal, art. 102, I, *i*, da Constituição, e a comissão parlamentar de inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada, MS 1959, de 1953 e HC 92.678, de 1953.

Às câmaras legislativas pertencem poderes investigatórios, bem como os meios instrumentais destinados a torná-los efetivos. Por uma questão de funcionalidade elas os exercem por intermédio de comissões parlamentares de inquérito, que fazem as suas vezes.

Mesmo quando as comissões parlamentares de inquérito não eram sequer mencionadas na Constituição, estavam elas armadas de poderes congressuais, porque sempre se entendeu que o poder de investigar era inerente ao poder de legislar e de fiscalizar, e sem ele o Poder Legislativo estaria defectivo para o exercício de suas atribuições.

O poder investigatório é auxiliar necessário do poder de legislar; *conditio sine qua non* de seu exercício regular.

Podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso.

Se os poderes da comissão parlamentar de inquérito são dimensionados pelos poderes da entidade matriz, os poderes desta delimitam a competência da comissão. Ela não terá poderes maiores do que os de sua matriz. De outro lado, poder da comissão parlamentar de inquérito é coextensivo ao da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional.

São amplos os poderes da comissão parlamentar de inquérito, pois são os necessários e úteis para o cabal desempenho de suas atribuições. Contudo, não são ilimitados. Toda autoridade, seja ela qual for, está sujeita à Constituição. O

Poder Legislativo também e com ele as suas comissões. A comissão parlamentar de inquérito encontra na jurisdição constitucional do Congresso seus limites.

Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais de investigação, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente imprevisos, não possam ser aditados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação.

O poder de investigar não é um fim em si mesmo, mas um poder instrumental ou ancilar relacionado com as atribuições do Poder Legislativo.

Quem quer o fim dá os meios. A comissão parlamentar de inquérito, destinada a investigar fatos relacionados com as atribuições congressuais, tem poderes imanescentes ao natural exercício de suas atribuições, como de colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor; a este poder corresponde o dever de, comparecendo a pessoa perante a comissão, prestar-lhe depoimento, não podendo calar a verdade. Comete crime a testemunha que o fizer. A Constituição, art. 58, § 3.º, a Lei 1.579, art. 4.º, e a jurisprudência são nesse sentido.

Também pode requisitar documentos e buscar todos os meios de provas legalmente admitidos.

Ao poder de investigar corresponde, necessariamente, a posse dos meios coercitivos adequados para o bom desempenho de suas finalidades; eles são diretos, até onde se revelam eficazes, e indiretos, quando falharem aqueles, caso em que se servirá da colaboração do aparelho judiciário.

Os poderes congressuais, de legislar e fiscalizar, hão de estar investidos dos meios apropriados e eficazes ao seu normal desempenho.

O poder de fiscalizar, expresso no inc. X do art. 49 da Constituição, não pode ficar condicionado a arrimo que lhe venha a dar outro Poder, ainda que, em certas circunstâncias, ele possa vir a ser necessário.

A comissão parlamentar de inquérito se destina a apurar fatos relacionados com a administração, Constituição, art. 49, X, com a finalidade de conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda para verificar os efeitos de determinada legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade. Não se destina a apurar crimes nem a puni-los, da competência dos Poderes Executivo e Judiciário; entretanto, se no curso de uma investigação, vem a deparar fato criminoso, dele dará ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo. Constituição, art. 58, § 3.º, *in fine*.

A comissão parlamentar de inquérito tem meios para o desempenho de suas atribuições e finalidades. Procede regularmente com os seus meios, intimando testemunhas, requisitando papéis, servindo-se dos meios ordinários e habituais, o contacto direto do relator, o telefone, o ofício, a intimação por funcionário seu, posto à sua disposição, e só por exceção se serve da colaboração de outro poder.

Difícilmente a comissão poderia cumprir sua missão se, a todo momento e a cada passo, tivesse de solicitar a colaboração do Poder Judiciário para intimar uma testemunha a comparecer e a depor. Em casos de resistência ou recalcitrância ou desobediência, comprovados e certificados pela comissão, por meio de seu funcionário, solicita a

colaboração do aparelho especializado do Poder Judiciário, que, em nome da harmonia entre os Poderes não lhe pode negar. Lei 1.579, art. 3.º, parágrafo único.

Se a comissão parlamentar de inquérito não tivesse meios compulsórios para o desempenho de suas atribuições, ela não teria como levar a termo os seus trabalhos, pois ficaria à mercê da boa vontade ou, quiçá, da complacência de pessoas das quais dependesse em seu trabalho.

Esses poderes são inerentes à comissão parlamentar de inquérito e são implícitos em sua constitucional existência. Não fora assim e ela não poderia funcionar senão amparada nas muletas que lhe fornecesse outro Poder, o que contraria a lógica das instituições.

A comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o *punctum dolens* da comissão parlamentar de inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena da investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido útil.

Em caso de desacato, à entidade ofendida cabe tomar as providências devidas ato contínuo, sem prejuízo do oportuno envio das peças respectivas ou do auto correspondente ao Ministério Público para a instauração do processo criminal.

Ninguém pode escusar-se de comparecer a comissão parlamentar de inquérito para depor. Ninguém pode recusar-se a depor.

Contudo, a testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo. O sigilo

profissional tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar.

Não basta invocar sigilo profissional para que a pessoa fique isenta de prestar depoimento. É preciso haver um mínimo de credibilidade na alegação e só a posteriori pode ser apreciado caso a caso. A testemunha, não pode prever todas as perguntas que lhe serão feitas. O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho.

Prisão decretada pelo presidente da CPI que extravasa claramente os limites legais. *Habeas corpus* concedido para cassar o decreto ilegal, sem prejuízo do dever de seu comparecimento à Comissão, para ser inquirido como testemunha ou ouvido como indiciado."

No julgamento do citado HC 71.039-RJ, o Supremo Tribunal Federal deixou expresso que a CPI não dispõe de poderes para decretar prisão, dado que, na forma do preceituado no inc. LXI, do art. 5.º, da CF, "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

7. CPI e controle judicial dos seus atos

Dos acórdãos indicados resulta claro que as CPIs não escapam do controle judicial em caso de alegação de ofensa ou ameaça a direito, dado que a Constituição estabelece, expressamente, o princípio da inafastabilidade do controle judicial: CF, art. 5.º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Esta é uma questão pacífica, a esta altura, na doutrina e na jurisprudência, inclusive

na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, modelo do Supremo Tribunal Federal. Registra Gil Heráclito de Queiroz, no trabalho retro mencionado:

"97. Além dessas limitações, as comissões em tela não podem, sobretudo, violar os direitos e garantias fundamentais, que, no Estado de Direito, são enumerados nas declarações formais constantes dos textos constitucionais. Entre nós, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como exaustivamente discriminados na Carta de 1988.

98. Nesse sentido, em nota de rodapé, na tradução de obra de Edward S. Corwin, Leda Boechat Rodrigues cita os casos *Emepak versus United States* e *Bart versus United States*, nos quais a Suprema Corte decidiu que "o privilégio contra a auto-incriminação podia ser invocado pelas testemunhas perante as comissões parlamentares de inquérito", e o caso *Zweezy versus New Hampshire* (1957), em que aquela Corte reafirmou "os limites constitucionais dos inquéritos legislativos, manifestando-se, além disso, sobre os perigos de se restringir a liberdade de cátedra e de expressão política, numa sociedade democrática" (*The Constitution and What it means Today*, p. 32).

99. E a Suprema Corte norte-americana, no caso *Quinn versus United States*, decidiu que "outras limitações ao poder de investigar encontram-se, ainda, nas garantias individuais especificadas na "Declaração de Direitos", como o privilégio contra a auto-incriminação". (...)"

8. Da quebra do sigilo dos registros telefônicos pela CPI

Assim postas as questões, examinemos se houve quebra do sigilo dos

dados ou dos registros telefônicos do paciente por parte da CPI dos Títulos Públicos, tal como denunciado na inicial do pedido de *habeas corpus*.

O Sr. Presidente da CPI, Senador Bernardo Cabral, nas informações, deu notícia de que o Juiz Federal Rocha Matos, da Seção Judiciária de São Paulo, determinou a quebra do sigilo dos dados telefônicos do paciente, em 03.03.1997. Mas o que aquela autoridade judiciária examinou e determinou foi o pedido feito pelo Delegado de Polícia Federal, João Carlos Abraços, "atinentes a pedido de diligência no edifício "Ibirapuera Royal Park", sediado nesta Capital (São Paulo), mais precisamente nos apartamentos ns. 2.043, 2.045, 2.092 e 1.191, vinculados a Wagner Batista Ramos,..." (fls. 68/77). Certo é que S. Exa. incluiu, na autorização que deu, a quebra do sigilo dos registros das ligações telefônicas.

Está na decisão do Juiz Rocha Matos: "(...)"

Quanto ao pedido de quebra de sigilo dos registros das ligações telefônicas – providência essa que nada tem a ver com a interceptação de comunicações telefônicas propriamente dita, sem incidência, pois, da recente Lei 9.296, de 24.07.1996 – dos apartamentos localizados no edifício "Ibirapuera Royal Park", elencados no referido expediente, que fica também expressamente acolhido, expeça-se ofício requisitório à TELESP para cumprimento, devendo abranger o período compreendido entre o início do ano de 1995 até a presente data, como solicitado pela autoridade policial.

Deverão o aludido ofício e o Mandado de Deslacrção e Abertura ser acompanhados de cópias desta decisão, sem prejuízo do envio de outras à Previdência da CPI, ao Banco Central do Brasil, Delegacia Regional de São Paulo e à Secretaria da Receita Federal, Superintendência Regional de São Paulo.

(...)" (Fls. 76-77)

A decisão do Juiz Rocha Matos é de 03.03.1997, comunicada, na mesma data, à TELESP.

Todavia, ressaí das informações do Sr. Presidente da CPI, o que deixei expresso no despacho de fls. 121-123, que a CPI também efetivou a quebra do sigilo dos dados mencionados. Está no meu despacho:

"(...)"

Ademais, está declarado, com a maior lealdade, o que é próprio da ilustre autoridade apontada coatora, que, "um dia após a decisão judicial", S. Exa. solicitou, "pelo Ofício 124/97-CPI-Títulos Públicos, de 11.03.1997, ao Presidente da Telesp, apenas e tão-somente, os extratos das contas telefônicas e os números dos telefones do paciente e de outros (doc. 3, anexo)."

Realmente, à fl. 79, está a cópia do referido Ofício 124/97-CPI-Títulos Públicos, de 11.03.1997, no qual o eminente Senador Bernardo Cabral, "em conformidade ao disposto no art. 47 da CF, com fundamento no art. 2.º da Lei 1.579/52, combinado com o § 3.º do art. 58 da CF e com o § 3.º do art. 38 da Lei 4.595/64 e ainda com o art. 148 do Regimento Interno do Senado Federal", solicitou ao Presidente da Telesp "os extratos das contas telefônicas nos anos de 1995 e 1996 dos Srs. Rubens Cenci da Silva, Diretor-Gerente da Perfil, Pedro Neiva Filho e Victor Hugo Isoldi Mello de Castanho, bem como os extratos dos números, abaixo relacionados, instalados nos apartamentos ocupados pelos Srs. Wagner Baptista Ramos, Pedro Neiva Filho e Victor Hugo Isoldi Mello de Castanho, no Royal Ibirapuera Park, à rua Abílio Soares, 1.251, na cidade de São Paulo." Os números "abaixo relacionados" são os seguintes: (011) 889-4835, (011) 889-4809 e (011) 889-4865.

É dizer, houve, por parte da CPI, decisão semelhante a que foi tomada pelo Juiz Rocha Matos: a decisão do magistrado é de 03.03.1997 (fl. 77), comunicada na mesma data (fl. 78); o ofício do eminente Presidente da CPI, invocando poderes desta, é de 11.03.1997 (fl. 79). Isto ratifica, de certa forma, o alegado na inicial, especialmente à fl. 19:

‘15 – Ora, o Diário do Senado Federal (de 15.03.1997) revela, ...que a quebra do sigilo telefônico do paciente Pedro Neiva Filho foi aprovada e determinada na 9.^a Reunião da “CPI dos Títulos Públicos”, ...’ (Fl. 19).

(...)” (fls. 122/123)

Registre-se, aliás, que a quebra de sigilo determinada pela CPI foi em muito maior extensão do que a determinada, anteriormente, pelo Juiz Rocha Matos. A decisão judicial requisita os “registros de ligações telefônicas realizadas dos e para os aparelhos localizados nos apartamentos ns. 2.043, 2.045, 2.092 e 1.191 do edifício “Ibirapuera Royal Park, sito na Rua Abílio Soares, n. 1.251, nesta Capital.” (Fl. 78).

Já a determinação da CPI, noticiada no ofício de 11.03.1997, cuja cópia está à fl. 79, solicita “os extratos das contas telefônicas nos anos de 1995 e 1996 dos Srs... Pedro Neiva Filho... bem como os extratos dos números abaixo relacionados, instalados nos apartamentos ocupados pelos Srs.... Pedro Neiva Filho... no Royal Ibirapuera Park, à rua Abílio Soares, 1.251, na cidade de São Paulo”. Os números dos telefones “abaixo relacionados”, estão indicados no mesmo ofício: 1) (011) 889-4835; 2) (011) 889-4809; 3) (011) 889-4865 (Fl. 79).

A cópia da Ata da 9.^a Reunião da CPI, realizada em 04.03.1997, dissipa qualquer dúvida que pudesse existir a respeito. Ali está declarado, expressamente, que foi determinada a “quebra

do sigilo fiscal, bancário e telefônico dos Senhores (...) Pedro Neiva (...)”.

É inquestionável, pois, que a CPI determinou a quebra do sigilo telefônico, ou dos dados ou registros telefônicos do paciente.

9. Seria possível à CPI quebrar o sigilo dos dados ou dos registros telefônicos?

Chegamos à parte final deste voto. Cumpre-nos, agora, dar resposta à indagação: seria possível à CPI quebrar o sigilo dos dados ou registros telefônicos do paciente?

A resposta parece-me positiva.

É que, conforme vimos, quando examinamos os poderes da CPI, a Constituição – § 3.^o do art. 58 – atribui à CPI “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, e não temos, tratando-se de quebra de sigilo, disposição constitucional reservando ao juiz a prática do ato, tal como existe, por exemplo, no caso de decreto de prisão (CF, art. 5.^o, LXI). No particular, tem-se questão que diz respeito à produção de prova, da atribuição dos juízes, na condução de processo civil ou penal. Ora, se a Constituição atribui à CPI poderes “próprios das autoridades judiciais”, forçoso é compreender que pode a CPI tomar providência aludida.

Pode, então, a CPI quebrar o sigilo dos dados ou registros telefônicos de pessoa que esteja sendo investigada.

10. O procedimento a ser observado pela CPI

Como fazer isto, entretanto, é que é a questão.

Linhas atrás, no item 2 deste voto, deixamos claro o nosso pensamento a respeito do sigilo dos dados telefônicos:

entendo que esses dados incluem-se no sistema das comunicações telefônicas. A lei autorizadora, portanto, da quebra desse sigilo, é a Lei 9.296, de 1996.

A quebra do sigilo, que dependerá de ordem expressa do juiz (também da CPI), far-se-á sob segredo de justiça (art. 1.º) e não será admitida quando não houver indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal (art. 2.º, I), ou quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis (art. 2.º, II) e quando o fato investigado constituir infração punida, no máximo, com pena de detenção (art. 2.º, III), certo que, “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada” (Parágrafo único do art. 2.º). Estabelece a lei, ademais, que “o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados” (art. 4.º). E mais: “A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.” (art. 5.º).

Do exame dos dispositivos legais acima indicados e do ato impugnado, resulta: a) a quebra do sigilo não se fez em segredo de justiça (Lei 9.296/96, art. 1.º); b) não há decisão que descreva, com clareza, a situação objeto da investigação, com a indicação e qualificação do investigado, nem se aponta e justifica impossibilidade manifesta de isto ocorrer (parágrafo único do art. 2.º); c) não há menção às condições inscritas no art. 2.º, que inadmitem a quebra do sigilo; d) não há demonstração de que a quebra do sigilo é necessária à apuração de infração penal (art. 4.º); e) não há decisão fundamentada (art. 5.º).

A decisão da CPI, está-se a ver, contém vícios que a maculam, tornando-a nula.

E é bom que isto seja esclarecido, agora, e não depois, quando já encerrados os trabalhos da CPI, e o Judiciário seja obrigado a reconhecer a ilicitude da prova com as suas conseqüências deletérias sobre a prova dela diretamente derivada.

11. Conclusão

De todo o exposto, conheço do pedido e o defiro, convalidada, destarte, a medida liminar.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.4

CULPABILIDADE: A INCONGRUÊNCIA DOS MÉTODOS*

JUAREZ TAVARES

1. Passados mais de dois séculos de evolução da teoria do delito, que se poderá considerar de certo modo como iniciada com a obra de Feuerbach,¹ os juristas ainda discutem os fundamentos da responsabilidade individual sob os mesmos patamares metodológicos.

A concepção psicológica de culpabilidade, centralizando o juízo de responsabilidade na vinculação subjetiva entre agente e fato, através das formas de dolo e culpa, para daí considerar que se lhe devesse atribuir jurídico-penalmente o fato, retrata o delito como algo separado da pessoa que o tenha praticado. O delito é visto, portanto, como uma conduta objetiva, cujos elementos se configuram na realidade fenomênica e são retratados *de fora*. A participação da pessoa do agente só é utilizada, nesse caso, como objeto de imputação. Quer dizer, uma vez realizado o fato com dolo ou com culpa, estão preenchidas as condições de tornar seu autor responsável por essa modalidade de sua produção. A característica principal, assim, desse critério é conceituar o delito a partir de um significado atemporal,

sociologicamente neutro e psicologicamente estéril, tendo como consequência que a responsabilidade não decorre do agente, mas apenas dos elementos que constituem o fato.

Por sua vez, a concepção normativa de culpabilidade, embora se tenha desfeito do critério de identificar a responsabilidade com base exclusivamente nos elementos do próprio fato, continua a retratar a imputação *de fora* do agente. Agora, entretanto, com outro condicionante ainda mais afastado: o juízo de censura pronunciado pela ordem jurídica. Abandona-se, aqui, o fato e alicerça-se a responsabilidade não no agente, mas no juízo que dele juridicamente se faz. Na concepção psicológica anterior, a responsabilidade derivava da imputação, mas era uma consequência do que o agente, na verdade, realizava. Poder-se-ia dizer, então, que o agente era responsável pelo seu fato. Na visão puramente normativa, que se desenvolve com a teoria finalista, a responsabilidade continua sendo baseada na imputação, mas esta já não deriva do fato, mas de um juízo que lhe é estranho, que apenas o toma como referência, mas não como fundamento. O agente não será mais responsável pelo seu fato, mas perante a ordem jurídica, com base em elementos que buscam simbolizar o fato segundo as possibilidades de seu conhecimento.

2. A questão primordial que deve servir de base à análise da teoria jurí-

(*) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Poder-se-ia iniciar essa evolução com os renascentistas (Decianus, principalmente), mas dadas as descontinuidades da doutrina posterior, parece que a conceituação teórica do delito só passa a se reproduzir com certa coerência, na forma de verdadeira evolução, no final do século XVIII.

dico-penal da culpabilidade não pode se afastar desses parâmetros. O que se discute é se efetivamente as posições até agora utilizadas como critérios de responsabilização do agente correspondem ou não às necessidades de um Estado democrático e em que medida podem subsistir no futuro.

Convém, primeiramente, verificar, a que modelos de responsabilidade jurídica e, também, política correspondem essas duas posições.

Ao enunciar o conceito de delito sobre a causalidade, a concepção psicológica segue o mesmo princípio que se desenvolve nas ciências naturais dominantes no século XIX, de buscar nos fenômenos, dos quais o delito é uma subespécie, os próprios elementos de elaboração das leis, que no fundo não seriam criação exclusiva do ser humano e sua tarefa de investigação empírica ou lógica, mas uma forma de descoberta. Os fenômenos estariam todos submetidos a leis naturais e poderiam ser conhecidos e cientificamente equacionados, direcionados ou modificados mediante uma utilização adequada dessas leis. A ciência é mais uma ciência da descoberta do que propriamente uma ciência da criação. E mesmo no âmbito das invenções, que tanto revolucionaram a vida humana em geral, o seu resultado seria, no fundo, o produto de uma utilização exitosa desses fenômenos e de uma adequada manipulação das leis que os regulavam.

Compulsando-se as teorias científicas de diversos matizes e ordens, dominantes na ocasião, podemos verificar um denominador comum entre elas, de que todos os defeitos sociais e políticos igualmente seriam consequência da má direção empreendida sobre os fenômenos naturais. A ordem das coisas, portanto, poderia ser obtida pelo exclusivo aperfeiçoamento do conhecimento científico, das instituições e das normas

jurídicas. O mundo é, portanto, o resultado de uma ordem estável.

3. Tomemos, na demonstração desse entendimento, duas posições, metodologicamente antagônicas, o positivismo e o marxismo, que se fundamentam nesse tempo.

O positivismo, que tem sido revigorado sob muitas roupagens, pode ser bem identificado na obra clássica de Augusto Comte,² que buscava fundamentar seu sistema de organização social (a chamada sociocracia) na revelação de leis identificadas pela sociologia ou física social, e pelo qual o dever ser (norma) resultaria, enfim, da descoberta do ser (natural). O método positivista, denominado de método científico, como bem ressalta Zaffaroni,³ conduz à consideração do ser humano como objeto causal-biológico, onde o relevante não serão os juízos de valor, senão os movimentos, que podem ser controlados por leis impostas por meio da coerção, que vem a constituir-se na primeira e principal característica do direito. Essa visão positivista, que se reflete nas diversas formulações e variantes, sociais (Bentham), evolucionistas (Lombroso, Ferri, Garófalo, Von Liszt) ou jurídico-formais (Binding, Beling, Manzini, Rocco) é a mesma que informa a categoria psicológica de culpabilidade, para a qual o agente só vale na medida em que se veja envolto no processo de imputação.

O positivismo ao mesmo tempo em que se contrapunha, de uma forma ou de outra, à concepção de direito natural, de um direito preexistente, imutável e indisponível, ora derivado da divindade (variante teológica), ora da própria natureza humana (variante natural), ora

(2) Cours de Philosophie Positive, Paris, 1933.

(3) Eugénio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1987, tomo II, p. 189.

da história (variante histórica de Savigny), substituíra o dado natureza humana pela noção de norma, esta fixada pelo legislador. O direito se compõe, pois, de normas, que por sua vez são descobertas e interpretadas com o emprego de método objetivo e científico, centralizado sobre esse mesmo objeto, disso criando tautologicamente a ciência jurídica. O objeto passa a valer por si mesmo e em torno dele se desenvolvem os conceitos jurídicos, dentre esses o conceito de delito. Vê-se que no fundo esta concepção pode ser tomada como a ideologia científica do Estado autoritário, ou da comunidade autoritária (na variante histórica), como fonte única do direito e cuja conservação não é obtida apenas pela coerção, mas também por força da própria ciência jurídica.

Embora assentado em bases racionais, disso não diferia, quanto aos resultados, o pensamento jurídico de Hegel, que via no Estado o instrumento dessa expressão racional da *realização* integral, da chamada *realização da idéia moral*, através da qual se manifesta o direito.⁴ O método dialético, por ele empregado no sentido de uma interpretação dinâmica da realidade, é tão-só um instrumento de explicação dessa idéia racional e não um meio revolucionário de criação jurídica. Essa visão hegeliana do direito como realização racional da política estatal é importante para explicar a teoria marxista do direito penal, exposta talvez num dos seus únicos textos sobre esse assunto, os famosos e sempre lembrados "debates sobre a lei dos furtos de madeira".⁵ Nesses comentários, assinala Marx, pri-

meiramente, que o sentido racional da lei não será dado pela idéia moral, mas pela atenção à realidade das coisas, de modo a não confundir, por exemplo, um furto de madeira com uma simples coleta de gravetos. Entretanto, o caráter dessa realidade é empreendido pelo entendimento, isolando-se cognitivamente o objeto para identificar seu ser. Neste sentido, parece, inclusive, que se antecipa à formulação dada por Radbruch, dentro de um pensamento neokantiano, de ver a natureza das coisas não precisamente como fonte do direito, ou da norma, mas uma forma de pensar delimitativa.⁶ Em segundo lugar, pondera que um sábio legislador deve envidar esforços para coibir o crime, mas com o propósito de não ter que puni-lo; a pena, por isso, não pode infundir maior temor que o próprio delito e nem a ignomínia do delito confundir-se com a da própria lei.⁷ Finalmente, reconhece que o Estado tem o direito de se contrapor ao criminoso, resultando daí diretamente para ele o dever de reprimir o delito, mas a todo direito do Estado contra o criminoso deve corresponder um direito público do próprio criminoso. Assim, a pena seria a compensação do delito para com a *razão* do Estado, não devendo em qualquer caso confundir-se com o próprio interesse individual.

O marxismo supera mediante uma inversão metodológica a formulação hegeliana e parte da consideração de que os fenômenos têm existência real e adquirem sentido através da racionalidade, ou seja, pelo processo de seu conhecimento. Compreende, com isso, que o delito só pode ser racionalmente equacionado na medida em que corresponda à natureza das coisas, isto quer

(4) W.G.F. Hegel, *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, § 185.

(5) Karl Marx, *Debatten über das Holzdiebstahlgesetz*, in *Rheinische Zeitung* n. 299, de 25.10.1842.

(6) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1983, p. 87 e ss.

(7) *Rheinische Zeitung*, n. 300, de 27.10.1842.

dizer, como primeira conclusão, que a ciência jurídica não deve ser apenas uma ciência da interpretação normativa, mas também uma ciência que procure ajustar a formulação legal à compreensão real dos fenômenos, de modo a não confundir a *razão* que informa o direito do Estado de punir o delito com os interesses individuais e de classe, expressados pelo legislador. Embora represente uma antecipação de muitos discursos criminológicos contemporâneos no sentido de uma humanização da repressão penal, que têm sido esquecidos pelos partidos políticos de esquerda, que se dizem inclusive de formação marxista, o raciocínio marxista, quando se refere ao direito racional do Estado de reprimir o delito, proporciona variantes metodológicas de cunho positivista, que vêem no delito a relação entre fato e norma e tomam o indivíduo como simples objeto de imputação. Isto de certo modo contradiz a postura marxista contida nas "teses sobre Feuerbach", onde se chama a atenção para o defeito do materialismo anterior, quer dizer materialismo positivista, de somente conceber as coisas, a realidade, o mundo sensorial sob a forma de objeto ou de contemplação, mas não como *atividade sensorial humana*.⁸

De qualquer forma, o marxismo representou uma limitação ao Estado autoritário, contrapondo-lhe o direito do condenado e buscando racionalizar a incriminação com base na natureza das coisas.⁹

4. Já, agora, a concepção normativa de culpabilidade reorienta a formulação do delito como objeto de apreciação, propondo a célebre dicotomia entre *objeto de valoração*, como injusto e *juízo de valor*, como culpabilidade. Por

esse meio retira-se da culpabilidade qualquer referência direta ao fato, dando lugar a que se passe a concebê-la como condição normativa de responsabilidade, ou até mesmo como mero pressuposto da pena, segundo o enfoque que se dá a esta matéria no Brasil.

A perda dos elementos do fato dentro do âmbito da culpabilidade, ainda que ali se conserve a indicação à imputabilidade com base em elementos psíquicos e orgânicos da pessoa, transforma a responsabilidade numa questão de Estado e não o resultado de uma obra humana. O centro da responsabilidade não é mais a vinculação entre agente e fato, mas agora o poder agir de outro modo, com base na potencialidade do conhecimento do injusto. Independentemente das críticas que o finalismo recebeu, ora sob ótica de um cientificismo positivista, ora de parte de orientações de política criminal, que agora inclusive não cabe discutir, a questão principal dessa mudança de concepções está justamente na sua inversão metodológica.

Se no positivismo a responsabilidade é decorrente de uma descoberta, na concepção normativa passa ela a ser o resultado de um juízo jurídico-normativo pronunciado contra o agente com base em pressupostos de fato decorrentes de outro juízo de cognição preestabelecido. Primeiramente, a própria imputabilidade se assenta em um juízo sobre a capacidade abstrata de entender e autodeterminar-se. O conhecimento do injusto se infere de um juízo de possibilidade e, por fim, o poder agir de outro modo, que fundamenta a reprovação, nada mais é do que a consequência de um juízo normativo hipotético. No fundo, portanto, a base de tal concepção é um puro juízo jurídico de sustentação normativa, alheio à realidade antropológica e sensorial humana.

Esta mudança metodológica podemos observar, talvez como sua origem,

(8) Teses sobre Feuerbach, 1888.

(9) Rheinische Zeitung n. 307, de 03.11.1842.

na filosofia kantiana. Kant, ao contrário do positivismo, entende que a observação dos fenômenos só pode resultar de uma observação da forma dos objetos, do mesmo modo que o seu respectivo conceito não é um conceito que tenha por elementos os dados dos próprios objetos senão o processo desenvolvido no seu conhecimento. Isto quer dizer que o entendimento seria a propriedade de pensar os objetos dentro de uma perspectiva de sentido. Os imperativos categóricos, que visam a estabelecer as bases de uma convivência moral, longe de se referirem, portanto, a conteúdos de uma ética material, se vêem derivados de um determinado procedimento.¹⁰ Esse mesmo raciocínio é desenvolvido mais tarde pelos hermenêutas, que atribuem aos elementos "natureza" e "lei", que constituíam, respectivamente, os objetos da ciência jurídica do direito natural e do positivismo, apenas o significado de mera matéria prima da qual deriva, através de um ato expressado procedimentalmente, o direito concreto. Substitui-se a relação sujeito-objeto das ciências causais pelo processo cognitivo, no qual o agente, para empreender um sentido ao seu conhecimento, deve exercitar seu preconhecimento e depois seu autoconhecimento.¹¹ O direito, revelado por meio dessa forma de interpretação, só pode ser tomado, pois, como um *ato*, cuja correção depende sobretudo do processo de sua produção.¹²

A crítica que sempre se articula contra a teoria finalista de delito, que esvaziara o conteúdo da culpabilidade,

é procedente na medida em que percebe o distanciamento da responsabilidade de suas bases objetivas, para conduzir-se por juízos hipotéticos. Esses juízos hipotéticos, empiricamente indemonstráveis, como ressalta Roxin, são na verdade o resultado, ainda que Welzel procurasse fundamentá-los ética e ontologicamente, da mudança de orientação na interpretação jurídica e de sua incidência nos critérios de verdade e justiça.

5. Como toda formulação jurídica é, no fundo, também uma expressão política, convém verificar como e porquê esta concepção procedimental se assenta definitivamente no direito.

Na verdade, as correntes jurídico-filosóficas dominantes no século passado, como sói acontecer com todas as demais, constituíam modos de justificação política da ordem jurídica, e conseqüentemente do Direito Penal, por meio da descoberta de elementos objetivos que se identificassem com o critério de justiça absoluta. Se, por um lado, como já afirmamos, o critério positivista de justiça a identificava com a própria lei (positivismo jurídico), ou com a infalibilidade determinista da condição biológica do ser humano ou de sua organização social, e por isso justificava a imutabilidade do *status quo* ou do Estado autoritário, em qualquer dessas variantes, mas principalmente no positivismo biológico ou evolucionista, poderia servir de um instrumento de preservação das liberdades públicas, por meio de uma delimitação, ainda que formal, dos poderes do Estado, como se pode ver, por exemplo da obra de Binding e de sua polêmica frente ao critério de perigosidade como fundamento da responsabilidade individual. Essa contradição intrínseca ao positivismo só pode ser explicada como consequência do emprego de seu método objetivo e contemplativo.

(10) Günther Ellscheid, Das Naturrechtsproblem; Eine systematische Orientierung, in Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 1989, p. 177.

(11) H. G. Gadamer, Hermeneutik, I, 1990, p. 270 e ss.

(12) Arthur Kaufmann, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 1994, p. 210.

Com a alteração que se processa, porém, nesse método, de não mais identificar o critério de justiça com os dados objetivos da lei ou da natureza humana, para fazê-lo inferir da forma do procedimento que deve ser empreendido na busca desses dados, o que ocorre não é apenas uma alienação do Direito Penal quanto à realidade objetiva, senão também uma mudança de perspectiva quanto à responsabilidade individual. Se no positivismo o criminoso é responsável em face da lei e só em face da lei por seu fato, na concepção normativa é ele responsável porque se insere no processo de justificação simbólica da ordem jurídica. Daí ter inteira razão Klaus Günther ao afirmar que a culpabilidade é, no fundo, uma etiqueta que se fixa em alguém por razões de conveniência (política).¹³ Quer dizer, a responsabilidade penal (a culpabilidade) nada mais é do que um juízo, um processo de rotulação, pelo qual se atesta a recomposição simbólica da norma e que será legitimado na medida em que sigam certas formas de produção, desde a elaboração legislativa, passando pelas garantias processuais até se fixar na hipotética afirmação de que o autor do fato poderia ter agido de outra forma, desde que lhe fosse possível tomar conhecimento, em face de sua capacidade, de que se conduzia de modo contrário à ordem jurídica. Ao fazer derivar a justiça de determinada forma de procedimento, a concepção normativa, portanto, substitui a base da responsabilidade pelo fato, e passa a trabalhar com o que Warat denomina de simulacro, isto é, o fato deixa de ser o fundamento da imposição da pena. O fato somente vale como fato no âmbito do injusto; na culpabilidade apenas na medida em que dependa do processo de atribuição cognitiva. Da mesma maneira

que Kant fazia resultar os imperativos morais de um processo intelectual, onde o dado empírico só teria consideração *a posteriori*,¹⁴ aqui a reprovação jurídica tem por base um processo de cognição, onde o fato, como dado empírico, é tomado apenas como referência. Só no momento da individualização da pena, quando então já se tenha pronunciado a decisão condenatória, é que se torna alvo de uma concreta aferição.

6. Ao assumir a posição de que a culpabilidade derivava de um juízo normativo, portanto, independente da relação sujeito-fato, mas procurando ampará-la num dado substancial, de feição ontológica, o finalismo se viu impelido a socorrer-se de um outro elemento, de feição natural, que seria o "poder agir de outro modo". Como, entretanto, para se determinar que o sujeito teria podido agir de outro modo, se mostrava indispensável que tivesse tido conhecimento da conduta correta, que lhe seria exigível, o finalismo se viu novamente diante do dilema de aceitar essa exigência como atual e, assim, descaracterizar a culpabilidade como juízo normativo e regressar à relação sujeito-fato, ou fazer dessa exigência um próprio juízo de possibilidade e, então, afastar-se de seu conteúdo ontológico-natural. E optou pela última forma. Por isso mesmo é perfeitamente explicável porque seu juízo de culpabilidade é, na verdade, o resultado de uma presunção e porque, na sua tarefa desesperada de salvar-lhe o sistema, chega a aproximar-se de uma culpabilidade pela conduta de vida, ao caracterizá-la como a reprovação que se exerce também com base na formação errônea da personalidade. Nesse sentido, referindo-se à culpa inconsciente, salienta textualmente Welzel que a "culpabilidade do

(13) Klaus Günther, *A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro*, 1998.

(14) Arthur Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994, p. 210.

fato individual tem sua raiz em um momento permanente, isto é, na estrutura defeituosa do estrato da personalidade, em um defeito reprovável do caráter (chamado de *culpabilidade de autor*).¹⁵

Por outra parte, na visão finalista, o juízo de reprovação não subsiste sem o preenchimento de uma outra condição: a decisão antijurídica do autor com base na sua capacidade de compreensão ético-social, isto é, reprova-se o autor por sua decisão antijurídica na medida em que podia atualizar a consciência dessa antijuridicidade e convertê-la em um contramotivo determinante do sentido de sua atividade.¹⁶ A necessidade da elaboração de compromisso entre o sistema normativo da culpabilidade e os fundamentos ontológicos traz consigo a substituição da relação direta entre conhecimento e antijuridicidade pelo juízo acerca da possibilidade desse conhecimento da antijuridicidade, mas sobre uma valoração ético-social de sua conduta. A remissão à valoração ético-social, entretanto, não retira dessa concepção seu caráter puramente normativo, porque se trata unicamente de mero pressuposto lógico, sem substância material, utilizado unicamente para justificar o tratamento dado ao erro de proibição, segundo a teoria extrema da culpabilidade. Com tal postura, justifica principalmente a punição do agente, ainda que com pena atenuada, que tenha atuado com erro de proibição evitável, o que implica em desconsiderar as diferenças culturais e sociais de cada um e presumi-los como dotados das mesmas condições cognitivas. Novidade no finalismo é a consideração de que nos

crimes culposos o problema da valoração ético-social deixa de ser uma referência lógica, com sentido substancial, para se inserir no princípio do risco permitido e, de certa forma, delimitando a responsabilidade somente àqueles atos que não impliquem uma extensão exagerada dos riscos por perigos possíveis.¹⁷

7. Assentada como consequência, como dissemos, de uma inversão metodológica produzida na teoria geral do direito e refletida na teoria da responsabilidade, a concepção normativa de culpabilidade sugere sua consideração sob o enfoque se, num Estado democrático de liberdade, é admissível e em que medida um puro juízo normativo.

O Estado democrático, voltado à proteção da dignidade da pessoa humana e orientado no sentido da proteção ao pluralismo político, deve ser entendido juridicamente como um Estado garantidor e incrementador tanto das liberdades individuais e das características diversificadas de cada um de seus cidadãos, quanto da realização integral das potencialidades humanas e de sua concreta execução dentro de uma política de integração e de participação. Não é suficiente a uma verdadeira democracia que se limite a conceder participação política a todos, nem que se lhes assegure, na qualidade de cidadãos, a capacidade de deliberar acerca da produção legislativa. É indispensável que se estenda a garantia no sentido de eliminar de todo o processo democrático todas as formas de discriminação pessoal, principalmente através da inclusão dos desajustes e da exclusão da violência institucionalizada.

Trata-se, assim, de determinar se será possível legitimar democraticamente um juízo normativo de culpabilidade. Ocu-

(15) Hans Welzel, *Tratado de Derecho Penal Alemán*, tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Perez, 1970, p. 212.

(16) Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, p. 227.

(17) Idem, *ibidem*, p. 239.

pam-se dessa tarefa quatro modelos metodológicos, relativamente recentes, que, embora tenham fundamentos e conclusões diferentes, são teorias legitimantes de um mesmo nível: o funcionalismo, o contratualismo, a teoria dos princípios de justiça e dos papéis (funções) e a teoria do discurso.

Não será propósito deste trabalho examinar e discutir exaustivamente cada um desses modelos, senão na medida da demonstração de seus métodos e das respectivas repercussões no conceito e nos fundamentos da culpabilidade. Por isso, destacamos para análise o funcionalismo e a teoria do discurso.

8. O funcionalismo, representado principalmente pela teoria dos sistemas de Luhmann,¹⁸ trata o direito tendo como ponto de referência o sistema social, tomado com um sistema único de alta complexidade e cuja função seria de resolver conflitos associados à questão dos contactos sociais. Estes contactos se expressariam e se orientariam através das expectativas quanto às formas de condutas que se estabelecem socialmente. Por expectativa não se deve entender, porém, uma atuação ou compreensão psíquica de determinado indivíduo, mas um aspecto temporal do próprio sentido dos contactos sociais (comunicação),¹⁹ quer dizer, do sistema social. Os problemas de comunicação resultariam das chamadas decepções quanto às expectativas, que se desenvolveriam dentro da própria estrutura social por meio do processo de seleção da própria experiência e da conduta, que reduziriam a quantidade indeterminada de possibilidades de atuação dentro do siste-

ma, mas que apresentam sempre o risco de constituírem uma surpresa e, assim, decepçionarem o sentido esperado do contacto social. Luhmann busca resolver juridicamente este problema das decepções quanto às expectativas de condutas através da combinação das formas cognitiva e normativa de orientação dessas expectativas, de tal modo que as normas jurídicas, ao mesmo tempo, sejam capazes de adaptação às modalidades concretas dessas condutas, quanto de sua própria manutenção, isto é, de garantir a segurança das expectativas. A solução denominada cognitiva garante o aprendizado acerca dos processos adequados a evitar as decepções, o que poderia ser obtido, por exemplo, com a imposição aos inimputáveis das medidas de segurança a proporcionar-lhes o tratamento correto a que aprendam a comportar-se nos contactos sociais de modo a não frustrarem as expectativas quanto à sua própria atuação. Por sua vez, a solução normativa implica a imposição das sanções para garantir a segurança e a estabilidade das expectativas, dentro da codificação de justo e injusto. A norma jurídico-penal representaria então contrafaticamente uma expectativa estabilizada de conduta e cuja frustração implicaria tanto a solução normativa da imposição da pena, para os imputáveis, quanto a solução cognitiva da medida de segurança, para os inimputáveis. As soluções aventadas desempenhariam assim a função de estabilizadores da norma. Estando o direito vinculado a um processo de comunicação social, onde se pretende assegurar as expectativas sociais quanto às formas de condutas de cada um, não como indivíduo, mas como subsistema social, toma os princípios de justiça, de correção ou de verdade, que segundo o jusnaturalismo fundamentariam a edição da norma jurídica, apenas como símbolos, empregados para reafirmar as boas

(18) Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969; o mesmo, *Rechtssoziologie*, 1972; o mesmo, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995.

(19) Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 125.

intenções ou o consenso preestabelecido. O sistema se legitimaria por si mesmo através de um processo de aprendizagem e de estabilidade, apenas para assegurar seu funcionamento.

Especificamente quanto à culpabilidade, o funcionalismo a entende como falta de fidelidade ao direito. Quer dizer, o autor será culpado quando seja considerado responsável pela falta de motivação quanto à norma que tenha infringido com seu comportamento típico e antijurídico, na medida em que essa falta de motivação não possa ser desculpada sem que se veja afetada a confiança geral nessa norma.²⁰ Da mesma forma que a ilicitude se configura através da realização do tipo de injusto, a culpabilidade consiste aqui na realização do chamado tipo de culpabilidade, sem que incida sobre tal realização um contexto exculpante. A realização desse tipo de culpabilidade se desdobra nos seguintes requisitos: a) o autor deve haver-se comportado antijuridicamente; b) dever ser imputável, isto é, ser dotado da capacidade de questionar a validade da norma; c) dever ter agido sem representar o fundamento de validade da norma e d) conforme as espécies de delito, deve preencher alguns elementos nelas previstos. Um contexto exculpante existe quando não se possa exigir do autor que obedeça à norma; isto se dá quando, ao faltar-lhe a motivação jurídica dominante, embora presentes os requisitos da culpabilidade, se possa afirmar a verificação dessa culpabilidade sem sua atribuição ao autor.²¹

A função da culpabilidade é meramente instrumental, quer dizer, se justifica na medida em que serve para afirmar a deslealdade do autor para com o direito e, com isso, autorizar a imposi-

ção da pena. Entretanto, dadas as características do próprio delito, tomado dentro de um contexto de imputação com vistas ao preenchimento dos fins da pena, como meio de estabilidade normativa, o próprio injusto se integra no conteúdo do tipo de culpabilidade. Há que distinguir entre o injusto situado no tipo de injusto, do injusto contemplado no tipo de culpabilidade. Este último constitui uma forma de objetivação necessária para fundamentar a imputação ao autor da falta de motivação juridicamente correta e, assim, declarar sua deslealdade ao direito.

Apesar de pretender superar a questão do juízo de reprovação como fundamento da culpabilidade, o funcionalismo não pode desprender-se, porque ao declarar a deslealdade ao direito por parte do autor do fato ilícito já estará emitindo um juízo de adequação acerca de sua conduta e de sua capacidade de motivação para com as exigências da norma. Consequentemente, aqui o que muda não é o método, senão o conteúdo. Enquanto no finalismo, o conteúdo desse juízo está representado pelo poder de agir de outro modo, que, na verdade, é mais um critério de determinação do que um conteúdo, salvo se esse poder se relacionar com um fundamento antropológico, no funcionalismo o conteúdo está constituído do próprio processo de motivação, no qual se afirma a deslealdade ao direito. Tendo em vista que a culpabilidade, por outro lado, depende das estruturas da sociedade e da tolerância que se pode conferir a determinadas qualidades individuais, frente às condições que são indispensáveis à manutenção de todo o sistema jurídico, deveria ela ter um fundamento material, mas não o tem, basta-se a si mesma como um processo. A culpabilidade, como um processo apenas, não teria sentido, nem mesmo funcionalmente,

(20) Günther Jakobs, *Strafrecht*, AT, 1993, p. 469 e ss.

(21) Günther Jakobs, ob. cit., loc. cit.

daí que o funcionalismo a vincule necessariamente aos fins da pena. A culpabilidade, portanto, significa um juízo de regulação acerca da imposição da pena para uma sociedade determinada com o fim de assegurar o reconhecimento geral da norma (prevenção geral positiva).

9. A teoria do discurso, sustentada por Habermas, como teoria procedimental procura eliminar igualmente da argumentação jurídica todos os dados empíricos ou conhecimentos prévios, a fim de fundamentar um puro processo racional. Isto quer dizer que um juízo normativo será considerado correto quando possa resultar de um determinado processo configurado como discurso racional, no qual se pode identificar a força do melhor argumento. O melhor argumento não depende de um conteúdo material, situado fora da argumentação, senão da constituição formal do discurso. Um discurso será racional na medida em que represente uma situação de comunicação ideal, isto é, chances iguais para todos os participantes do discurso, liberdade de expressão, ausência de privilégios, veracidade e ausência de coação. Com tal regularidade formal do discurso, no qual todos podem participar, pretende-se legitimá-lo pelo consenso, como esforço cooperativo.

No setor específico do Direito Penal, pode-se entender que a imputação de uma conduta criminosa a alguém se deve fazer mediante um processo racional, onde a imputação pela realização do injusto, por exemplo, restaria legitimada na medida em que a norma pudesse ser produto de um discurso público e de procedimentos decisórios, nos quais todos os cidadãos teriam o direito de participar, exercendo sua capacidade crítica quanto ações e manifestações.

Por culpabilidade se deve entender, aqui, como articula Günther, uma atribui-

ção que se faz a uma pessoa consoante a violação normativa que lhe é imputada. Entretanto, a legitimidade dessa atribuição deve ser buscada na capacidade da pessoa de poder participar das argumentações que se formam acerca da validade de suas pretensões, relativamente às manifestações e ações. A essa pessoa com tal capacidade se denomina *pessoa deliberativa*. O conceito de pessoa deliberativa, por seu turno, é reconhecido pelos próprios cidadãos na elaboração democrática das leis, que também decidem acerca das condições de imposição do dever de evitar o injusto, que se estende à pessoa deliberativa quando tomada na qualidade de pessoa capaz de direito. Por outro lado, nem toda lesão desse dever, mas somente aquela que possa ser atribuída a uma pessoa competente de agir criticamente, isto é, à pessoa performativa pode fundamentar essa imputação como culpabilidade.

Ainda que diversamente do funcionalismo, a concepção derivada da teoria do discurso continua vendo na culpabilidade um juízo de atribuição, que se faz não com base nos fins de pena, mas na capacidade da pessoa de agir criticamente. O juízo de culpabilidade, portanto, continua sendo fundamentalmente um juízo de cognição.

10. Em todos os posicionamentos acerca da culpabilidade, quer no sentido de mera constatação (teoria psicológica), ou de um juízo de valor, ou de mera cognição (teoria normativa), ficou evidenciado o emprego de um mesmíssimo método de investigação, pelo qual se toma o delito e todo o processo de imputação a partir de condições ou fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor.

Esse método tem como característica tornar o delito um fato alheio ao seu aspecto temporal, edificando seus elementos consoante a oportunidade pu-

ramente normativa de sua atribuição. Como, no fundo, o que interessa é a manutenção do direito positivado, ou dos valores ético-sociais, ou da estabilidade da ordem jurídica, ou ainda da regularidade formal do processo de discussão e de participação política na elaboração da norma, o delito, como objetivação do processo de imputação, só pode ser considerado como um produto concreto do autor, quando este seja necessário para sofrer faticamente os efeitos dessa imputação. Em todas essas concepções, a figura humana constitui meramente um instrumento funcional, mas não uma pessoa de carne e osso, isto é, não interessa quem seja o autor do fato, salvo para, atendendo às circunstâncias pessoais e alheias à própria culpabilidade (p. ex., do art. 59 do CP), poder impor-lhe penas mais severas. Por outro lado, mediante a desconsideração dessa característica concreta da pessoa, esses sistemas se alienam da realidade social, pois desconhecem o conteúdo material dos conflitos sociais concretos que dão lugar ao delito. O delito, quer tomado no sentido de ato injusto ou da culpabilidade, é resultado de um conflito social relevante que condiciona tanto a elaboração da norma que o prevê, quanto das soluções jurídicas que se apresentam para solucioná-lo. A imputação resultante de um juízo de valor ou de um processo de cognição normativa não é um devaneio teórico, que se pode eliminar corrigindo seus excessos, mas a realização de um ato político de conveniência e, por isso mesmo, carente de legitimidade.

Na concepção bem articulada por Günther se pretende solucionar essa questão da legitimidade — ao reconhecer-se o caráter de rotulação da imputação por culpabilidade — mediante o recurso ao reconhecimento à capacidade da pessoa deliberativa de atuar como cidadão e como pessoa capaz de direito,

no exercício de suas respectivas funções no que toca às suas pretensões de validade quanto a ações e manifestações próprias. Ainda que contenha um efeito funcional, é um discurso que se afasta evidentemente do modelo funcional clássico, porque faz depender a validade da norma do processo democrático de sua produção. E possui, por isso mesmo, um valor próprio, de desmistificar o suposto conteúdo ontológico da culpa para orientá-lo através de uma visão política. Vale para uma sociedade absolutamente democrática quanto aos processos de elaboração legislativa e ao mesmo tempo alicerçada em sólidas bases de igualdade econômica, social, cultural, étnica e religiosa.

No entanto, qualquer que seja a interpretação que se possa emprestar a esse discurso, é indispensável que se possa pensá-lo não apenas dentro do âmbito de um processo de participação democrática, mas dentro das diversidades materiais do contexto social no qual se desenvolvem essas pretensões de validade. Caso contrário, restaria um discurso meramente formal, formulado sobre uma sociedade ideal. E a realidade demonstra exatamente que o contexto social está configurado sobre a exclusão e os desajustes, nos quais a referência a direitos subjetivos de participação democrática não apenas constitui uma mera forma como também o motivo a ser utilizado para a manutenção da estabilidade da norma. O processo de imputação no âmbito dessa realidade — onde direitos fundamentais, como por exemplo, o da inviolabilidade do domicílio ou da vida privada, que se inserem na condição de estabilidade de um estado democrático, são absolutamente desconhecidos tanto das autoridades quanto, por força disso, dos próprios destinatários — é não apenas uma etiqueta que se fixa em alguém como culpabilidade, mas o instrumento de manutenção do

desajuste. Para esse tipo de sociedade real, a imputação de culpabilidade, como juízo normativo de cognição, desprovido da condição do autor, é evidentemente ilegítimo.

Não se está confundindo aqui entre o juízo de imputação, como culpabilidade no sentido de um fundamento jurídico, e o tratamento concreto dos casos, onde tem lugar a figura do autor individual. A questão não está na identidade da pessoa, mas sim na consideração do contexto social no qual se realiza o fato injusto e se insere a pessoa do autor. A consideração acerca do contexto social do conflito conduz a que o processo democrático de participação/elaboração normativa deva ter um objeto substancial, que é a pessoa humana situada no seu mundo de relações reais e historicamente configuradas, que por sua vez deve orientar os fundamentos do juízo de imputação, como também de seus elementos normativos. Nesse sentido, já fez ver Kaufmann que o objeto da ordem jurídica não pode ser encontrado no próprio processo de produção jurídica, nem fora dele, mas sim na pessoa humana, tomada como um conjunto de relações, que deve necessariamente figurar como o seu objeto de proteção,²² atendendo-se ainda ao fato de que numa sociedade pluralista e de risco, dada a variedade de normas, nem sempre é possível ao autor tomar conhecimento do dever jurídico, concretizando sua compreensão através da reitera-

ção de condutas arriscadas e por isso mesmo induzindo à edificação do princípio da tolerância, ao lado da responsabilidade. Por outro lado, atendendo a esse mesmo contexto, e a carência de legitimidade dos processos de imputação, a democratização do processo de participação social pressupõe antes de tudo uma reorientação de rumos no que toca à solução dos conflitos, principalmente do conflito resultante do delito. Essa reorientação de rumos sugere duas ordens de proposições: a primeira, no sentido de que o processo de imputação como culpabilidade deva ser delimitado não apenas pelo princípio da necessidade da pena, como propugna Roxin, ou pelo princípio da tolerância,²³ senão também pela demonstração de que a pessoa imputada, tendo em vista sua capacidade e o papel social que desempenha na situação concreta, possa preencher efetivamente os elementos positivos do processo de imputação, de cuja formulação normativa pudesse concretamente participar, apesar de seu desajuste. A segunda, no sentido de que a imputação como culpabilidade se torna desnecessária na medida em que os conflitos tenham sido solucionados por outro modo, com a participação da comunidade. Essas proposições não resolvem a questão da legitimidade da imputação como culpabilidade, e nem têm a finalidade de legitimá-la, apenas constituem formas menos dolorosas e mais democráticas de solução de conflitos.

(22) Arthur Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Arthur Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994, p. 221.

(23) Pense-se aqui nos problemas relativos às soluções quanto ao erro de proibição evitável, que não devem circunscrever-se ao seu aspecto puramente cognitivo, mas se estender às hipóteses de aceitação social.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.5

DIREITO PENAL E POLÍTICA*

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

1. O Direito reclama pluralidade de pessoas. É relação intersubjetiva. Conhecida a imagem de Robison Crusoe; enquanto sozinho na ilha deserta, não podia reclamar nada de ninguém e ninguém dele exigia coisa alguma. Com a chegada de Sexta-Feira tudo mudou. Formou-se vínculo entre ambos. Surgiu o Direito.

2. Do Direito primitivo, cujas normas resultavam dos usos e costumes, a pouco e pouco, passou-se para a elaboração de lei. Formalizou-se a norma. A formalização da norma penal evidencia a procedência do argumento. Bettiol, "Em tema de relações entre a política e o Direito Penal" (Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria, Forense, Rio, 1962, p. 85) escreveu: "Em verdade, se por alguns, especialmente no período do totalitarismo político, o Direito Penal foi considerado só em função exclusiva de determinada política, é necessário estar muito atento, para não cair no equívoco tão fácil de considerar que o Direito Penal deriva somente de uma matriz política: seja complexo de regras políticas e tenda somente a finalidades políticas".

Efetivamente, a sistematização do Direito Penal, de que resultou o princípio da anterioridade da Lei Penal é responsável pela rigidez da extensão do tipo. O liberalismo, visando a resguar-

dar o direito de liberdade, limita, restringe o conceito do crime. Tudo em homenagem ao direito de liberdade. Repudiou-se, então, a analogia *in malam partem*. Deixaram-se de lado, entretanto, maiores considerações a respeito do sujeito ativo, ou seja, o *homem*. Não se buscaram as causas da criminalidade, a não ser partindo do pressuposto do *livre-arbítrio*. Dessa forma, o grande protagonista do delito não ganhara a devida importância. Somente com o surgimento da criminologia (período científico), conseqüência de investigações, de que são ilustração a Psiquiatria de Pinel (1745-1826), a tese da "locura moral" do criminoso de Pichard e Despine, a Antropologia de Broce e Thompson, com referência obrigatória aos trabalhos de Darwin (1809-1882). Coube à Escola Positiva estimular a busca das causas da criminalidade, realçando-se, dentre outras, obra de Lombroso, Ferri e Di Tullio. Enquanto a Escola Clássica se preocupava em realçar "quem" é criminoso, a Escola Positiva voltava atenção para explicar "porque alguém comete o delito".

Ambas as colocações têm seu mérito. De um lado, limita, até certo ponto, o arbítrio do Estado, de outro, projeta a dimensão do homem para melhor ajustá-lo ao esquema do fato-infração penal.

Não se tocara, entretanto, no ponto fundamental, de certo modo tratado por Garofalo ao enunciar o conceito de crime natural.

(*) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

Estou convencido, qualquer raciocínio para analisar e, daí, extrair as respectivas consequências, fato – infração penal, deve partir do conceito material de delito para, em seguida, estabelecer a reação social.

3. Hoje, apesar de todas as recomendações, fundamentalmente, prevalece o brocardo – *punitur ut peccatum est*. Há, infelizmente, quase sempre a mera preocupação de definir o crime e identificar o agente. Com isso. A consciência jurídica se tranquiliza, e, em nível meramente formal se faz a adequação *crime/pena*.

Desconsidera-se, embora se saiba, que o fenômeno *infração penal* só ocorre na sociedade e ganha relevo de interesse coletivo. A sanção criminal, ao contrário da sanção civil, não é meramente reparatória. Não se confunde também com a sanção administrativa, de cunho e explicação disciplinar.

A sanção penal conjuga-se com o interesse da sociedade.

A sanção civil dimensiona o dano material, ou moral. A sanção disciplinar tem o limite no bastante para desestimular o agente público a não repetir a falta.

A infração penal e a respectiva pena têm, como pressuposto, respectivamente, a *necessidade* e realizar o *interesse público*; de um lado, que não haja delitos, de outro, a sanção corresponder também ao interesse social.

4. Aqui, urge acentuar importante particularidade. Observe-se a infração penal. Retome-se ao que foi obstáculo antes – infração penal do ponto de vista material.

As normas culturais separam as condutas em dois setores: aprovadas e reprovadas, conforme se adaptem, ou atrem com o sentido axiológico. Sem

dúvida, dispensa maiores anotações, resultam do juízo de valor histórico.

Toda infração penal é conduta reprovada pela sociedade. Mais, ou menos intensamente, pouco importa. Daí, enquanto houver divergência entre as pessoas, sempre haverá comportamento contrário do permitido, ou tolerado (até que um dia – não se sabe quando – deixar de haver divergências, conflito. Evidente, pelo menos hoje, numa sociedade utópica).

O ilícito penal, dessa forma, é constante na sociedade atual, como foi nas sociedades anteriores.

Gera, em consequência, reação. A literatura penal aponta o período da vingança pública, da vingança privada, intercalada a justiça de talião, e, hoje, o período científico.

Ainda predominantes os princípios da anterioridade do delito e da prévia definição também da pena. A conquista é inalienável. O esquema penal precisa ser pré-estabelecido, a fim de evitar as soluções casuísticas, registradas na história, ensejando ao mais poderoso vingar-se do mais fraco.

Conquistou-se a predeterminação do crime e a predeterminação da pena. Repita-se: presença do iluminismo. Não se conquistou, entretanto, o que se propõe com a individualização da pena. Tão importante que elevada a nível de garantia constitucional.

Mais uma vez, necessário distinguir o aspecto formal do aspecto material. O primeiro restrito ao esquema normativo. O segundo, preocupa-se com a repercussão pessoal e social da individualização da pena.

Nesse ponto, sem dúvida, reside o centro das considerações.

O Juiz, resultante da preocupação formal, resta preso a esquemas normativos e, como regra, restringe-se a elabo-

rar um silogismo meramente formal. Aqui, mais uma vez, o iluminismo se faz presente. *Le juge est la bouche de la loi*, repetia Rousseau. Evidente a desconfiança ao juiz. Deveria, tão só, reproduzir o comando da lei. A Escola da Exegese insiste, intransigentemente, a confundir o Direito com a lei. Daí, a desconfiança com os juízes: poderiam, com a interpretação, criar outra lei, o que seria abuso. Chegou-se, nessa linha, a proibir a interpretação, como resguardo de arbitrariedades.

Figueiredo Dias (Direito Penal Português, *Aequitas*, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, p. 192/197) analisa a "Discrecionariedade e vinculação na determinação da pena" e registra que, em Portugal é "jurídico-constitucionalmente vinculada". Literalmente, afirma: "Uma "responsabilização total do juiz" pelas tarefas de determinação da pena significaria uma violação do princípio da legalidade da pena (CRP, art. 29, I) ou, quando menos, do princípio da sua determinação (CRP, art. 30, I). A propósito, pode suscitar-se a questão de saber se a indicação pelo legislador de uma qualquer moldura penal – máxime, da que oscile entre o mínimo e o máximo legais da espécie de pena respectiva – cumpre já a exigência jurídico-constitucional de legalidade e determinação da pena. Em princípio, não parece haver razões decisivas para uma resposta negativa, salvo porventura quanto a uma pena de prisão cuja moldura fosse, p. ex.; de 1 mês a 20 anos" (p. 193).

Aqui, chega-se ao ponto fundamental, decorrente desta pergunta: a atividade jurisdicional, no aplicar a pena, é vinculada ou discrecionária?

O autor mencionado registra: "Ao juiz cabe uma dupla (ou tripla) tarefa, dentro do quadro condicionante que lhe é oferecido pelo legislador. Determinar, por um lado, a *moldura penal abstrata*

cabida aos factos dados como provados no processo. Em seguida, encontrar, dentro desta moldura penal, o *quantum concreto da pena* em o argüido deve ser condenado. Ao lado dessas operações – ou em seguida a elas –, deve escolher *a espécie ou o tipo de pena* a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha posto mais do que uma à disposição do juiz".

5. Faz-se necessário definir a – discrecionariedade.

A cominação da pena estabelece *in abstrato* a qualidade e a quantidade da *sanctio iuris*. O art. 59 do CP estabelece cumprir ao juiz fixar a pena *in concreto* dentre a qualidade e espécies das sanções cominadas.

No tocante à configuração do crime, a atividade do juiz é *vinculada*. O agente não pode responder senão pela infração penal praticada, evidenciada pelos elementos do conjunto probatório. O magistrado não pode tratar como homicídio o que é lesão corporal seguida de morte, ou considerar o crime simples como se qualificado fosse.

A aplicação da pena reclama, no particular, algumas considerações prévias.

Antes de mais nada, deixar esclarecido, expresso o conceito aplicado de *discrecionariedade*.

A vinculação do magistrado deve ser vista em dois planos: num primeiro momento, como ocorre com a caracterização do ilícito penal, o juiz não tem liberdade de decisão (opção normativa), como, atrás, restou esclarecido.

No tocante à individualização da pena, cumpre distinguir dois momentos: em primeiro lugar, mercê do *nulla poena sine lege* o réu não pode ser submetido senão ao esquema preestabelecido, antes da prática do delito. Quando o magistrado, nos limites da cominação legal,

fixa o *quantum* definitivo, sem dúvida, atua discricionariamente. Não pode ultrapassar o *quantum* máximo, nem impor sanção mais severa, seja relativamente à espécie como à quantidade cominada. A discricionariedade, contudo precisa ficar bem delimitada. A lei ao registrar o máximo da cominação limita a discricionariedade; configura liberdade de ação nos limites da definição legal.

A individualização da pena é atividade complexa. Registra dupla colocação. A extensão da pena é preestabelecida, antecipadamente registrada na lei. Todavia, a busca material (não pode ser simplesmente formal) é deixada à livre investigação do juiz. Somente assim, alcançar-se-á, *materialmente*, a individualização — projeção do fato delituoso *in concreto*.

Neste ponto, ou melhor dizendo, a extensão do instituto, reclama algumas considerações. Antes de enfrentá-las diretamente, porque antecedente necessário, cumpre vincular ao seu antecedente político.

6. O princípio da anterioridade do crime e da pena, repita-se, decorre do iluminismo. Insista-se preocupado com o direito de liberdade.

A Escola Positiva e as ramificações criminológicas, notadamente de assento sociológico, lançaram preocupação de interesse social. A lei penal precisa compreender também o sentido social da lei. Não basta a lei. Impõe-se aferir o seu significado e promover a crítica da legislação para indagar se outros delitos não deveriam ser incorporadas à lei penal. Nesse sentido, modernamente, a Escola de Chicago, com acento pragmático, buscando, ao lado da investigação da etiologia do crime, oferecer a solução adequada ao interesse social. Nesse contexto, surgiu a figura do crime do colarinho branco, recepcionado por todas as legislações.

A Criminologia moderna opera também a crítica do quadro das sanções penais. E o Juiz, quando dimensiona a sanção ao caso concreto, desenvolve raciocínio e busca subsídios em conclusões criminológicas. Nesse quadrante, a operação judicial é também discricionária, entretanto, distinta da anterior. O poder discricionário, aqui, é mais amplo e obedece a método distinto. Lá, projeta-se um fato qualificado juridicopenalmente. O fato, ademais, é anterior ao julgamento, embora para a individualização da pena, como circunstância, possa ser ponderado também o comportamento posterior do delinquente.

A definição e a quantidade da pena, ao contrário, assentam, apesar de referidos a fato acontecido, em juízo de probabilidade. E mais, o que é importante: conjugado com o *interesse público*.

7. Insista-se. O *nullum crimen sine lege* busca diretamente o interesse individual e, indiretamente, o interesse da sociedade. O *nulla poena sine lege*, ao contrário, volta-se, diretamente para o interesse da sociedade e, indiretamente, para o interesse individual. Aliás, nessa linha, o disposto no art. 59 do CP, referindo, explicitamente, que a sanção penal se destina à *reprovação do crime* e à *prevenção do crime*. Exigência, aliás, do princípio da proporcionalidade.

A *prevenção* na espécie, é específica. A prevenção genérica se efetiva com a publicação da lei penal.

Prevenção implica juízo de valor e juízo de probabilidade. O trabalho é com objeto certo, determinado, fixado, com pormenores na sentença condenatória. Trabalha-se, então, com o esquema normativo, o delinquente, a sociedade e o juízo de probabilidade.

O Juiz (adiante serão feitas considerações específicas), ao fixar a pena recomendada, trabalha com caso con-

creto. Diferente do legislador que pensa hipoteticamente. O legislador raciocina com arroba; o Juiz trabalha com gramas, quando não miligramas.

O Juiz desenvolve *atividade discricionária*. Insista-se. Diferente de quando define o crime, limitado à adequação fática ao modelo legal. Aqui, ao contrário, porque desenvolve raciocínio diferente, voltado para outra finalidade, devendo fazer a subsunção da pena ao interesse social deve, necessariamente, promover a crítica da pena cominada ao fato *sub judice* em função do interesse da sociedade. O referencial, como assinalado, é a *prevenção da criminalidade*.

O raciocínio encontra um limite: a pena e a respectiva quantidade não podem ser superior à cominação legal. Assim impõe o *princípio político*.

8. Em arco genérico, pode-se, quanto à *prevenção*, entendida como política de eliminação, ou redução da criminalidade, distinguir o delinquente em três categorias: a) não evidencia probabilidade de reincidir; b) evidencia probabilidade de retornar à criminalidade; c) possibilidade de retorno à delinquência. Essas categorias mostram personalidades diferentes.

A pena deve ajustar-se ao condenado. Caso contrário, continuar-se-á a raciocinar e tomar decisões meramente formais. Importa, isso sim, decisão de cunho material: pondera, leva em conta o fato delituoso e a experiência. Só assim, ter-se-á sentença de conteúdo.

A pena *in abstrato* tem como referencial a necessidade de evitar o retorno do delinquente ao crime.

Se isso ocorrer, cumprir-se-á a finalidade da pena. Caso contrário, a sanção aplicada restou no plano formal.

A pena cominada é referência para concretizar a finalidade da sanção.

Consequência lógica, deverá, no caso concreto, alcançar esse propósito.

O legislador promove o parâmetro *in abstrato*; o juiz o realiza *in concreto*.

Colocam-se, aqui, dois problemas: a) um de natureza política, de garantia individual, como registrado, conquista do iluminismo. A pena definida em lei registra, de modo absoluto, o máximo da restrição ao exercício do direito de liberdade. Não pode ser acrescido de um dia se quiser. A pena aplicada na sentença, para a resposta jurídica não restar em plano meramente formal, atende as particularidades do caso *sub judice*. De duas, uma: a) a pena cominada, em função da hipótese em julgamento, atende à finalidade da sanção; b) ocorre o contrário: não atende a tal finalidade.

Evidente, pelas razões expendidas, não pode ser buscada sanção mais grave, seja quanto a qualidade como à quantidade.

A hipótese inversa encerra as considerações que seguem: a) se idôneas, próprias para alcançar o fim proposto, tudo bem. Se, ao contrário, houver dissonância entre a espécie e o *quantum* cominado, repita-se, para o julgamento não se reduzir a mero raciocínio, no plano formal, é legítimo (não se reduz ao legal) ao magistrado, respeitado o teto da cominação, aplicar a pena recomendada na hipótese em julgamento, seja mudando a espécie, como aplicando-a abaixo do mínimo legal. Embora repetição, insisto, é a única forma de a sentença não se reduzir ao jogo burocrático de silogismo sem conteúdo. E mais. É a única maneira de a sanção penal alcançar sua finalidade: atender interesse da sociedade, de modo a que o crime não seja repetido.

9. Certo, levantar-se-á a objeção de a segurança jurídica ser comprometida, deixando nas mãos do juiz excessivo poder de decisão.

A interrogação é relevante. Nenhuma tese, no plano da experiência jurídica, poderá ser acolhida, se, na prática, revelar-se ineficaz, ou inconveniente.

O tema reclama algumas ponderações.

Em nosso momento histórico, resultante de lutas e agruras, conferiu-se importância à divisão dos Poderes. Formalmente, iguais e independentes entre si. A realidade, porém, é outra. Há evidente predominância do Poder Executivo. Sem medo de errar, procede uma observação: é tanto mais predominante, quanto maior a distinção econômica-social das pessoas. O Poder Legislativo, nesse contexto, também projeta a desigualdade. E, para concretizá-la e garanti-la, são elaboradas leis. Tantas vezes, ratificam, consolidam a distinção.

10. O Direito, entretanto, não se esgota na lei. O Direito é sistema de princípios (valores); definem, orientam a vida jurídica (interrelação de condutas). A lei, nem sempre, traduz, projeta esse comando. Não raro, a lei busca impedir, ou, pelo menos, retardar a eficácia do princípio. Nem sempre, o concretiza. O salário mínimo, na Constituição da República (art. 7.º, IV) é enunciado como capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, "com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social." A lei ordinária que fixa o valor, evidente, não se ajusta ao comando da Carta Política. Observe-se o mesmo quanto ao salário-família para atender a descendentes (idem, XII). O funcionário público, todavia, recebe, a esse título, menos de um real!

Há, portanto, evidente, não raro, descompasso entre o princípio e a lei.

Insista-se. O Direito não se confunde com a lei. A lei deve ser expressão do

direito. Historicamente, nem sempre o é. A lei, muitas vezes, resulta de prevalência de interesses de grupos, na tramitação legislativa. Apesar disso, a Constituição determina: "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma senão em virtude da lei". Aparentemente, a lei (sentido material), seria o ápice da pirâmide jurídica. Nada acima dela! Nada contra ela! A Constituição, entretanto, registra também voltar-se para "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social..." (Preâmbulo). Ainda que não o proclamasse, assim cumpria ser. Não se pode desprezar o patrimônio político da humanidade! A lei precisa ajustar-se ao princípio. Em havendo divergência, urge prevalecer a orientação axiológica. O Direito volta-se para realizar valores. O Direito é trânsito para concretizar o justo!

11. O Judiciário, visto como *Poder* não se subordina ao Executivo, ou ao Legislativo. Não é servil, no sentido de aplicar a lei, como alguém que cumpre uma ordem (Nesse caso, não seria *Poder*). Impõe-se-lhe interpretar a lei conforme o Direito. Adotar posição crítica, tomando como parâmetro os princípios e a realidade social. A lei, tantas vezes, se desatualiza, para não dizer carente de eficácia, desde a sua edição.

O Juiz é o grande crítico da lei; seu compromisso é com o Direito! Não pode ater-se ao positivismo ortodoxo. O Direito não é simples forma! O magistrado tem compromisso com a Justiça, no sentido de analisar a lei e constatar se, em lugar de tratar igualmente os homens, mantém a desigualdade de classes. O juiz precisa tomar consciên-

cia de que sua sentença deve repousar em visão ontológica.

Tantas vezes, a lei se desatualiza, ou é inadequada para conferir o equilíbrio do conteúdo da relação jurídica. Quando isso acontece, afeta a eficácia.

Em havendo discordância entre o *Direito* e a *lei* esta precisa ceder espaço àquele.

Cumpre, então, ao Juiz gerar a solução — alternativa. Explique-se: criar a norma adequada para o caso concreto. A lei deixara de ser expressão do Direito. Aplicá-la será injustiça. Impõe-se gerar a norma justa (proporcionalidade reclamada).

Insista-se: o juiz tem dever de ofício de recusar aplicação de lei injusta.

O juiz precisa tomar consciência de seu papel político; integrante de Poder. Impõe-se-lhe visão crítica. A lei é meio. O fim é o Direito. Reclama-se do magistrado, quando necessário, ajustar a lei ao Direito.

Há, é certo, exemplos dignificantes.

A redação anterior da Lei de Introdução ao Código Civil dispunha que a sucessão de bens obedecia à lei do casamento. O Brasil recebera imigrantes de várias origens, como a Itália, Portugal, Japão e países árabes. Quando o marido falecia, casado com o regime da separação de bens, a viúva não participaria da meação. O Supremo Tribunal Federal, com notável sensibilidade, criou jurisprudência de que, no tocante ao patrimônio constituído, entre nós, aplicar-se-ia a lei brasileira. Com isso, evitou flagrante injustiça. Vingou, na espécie, o regime da comunhão universal.

Os tribunais, outrossim, foram sensíveis à concubina. Sem lei. Rigorosamente: contra o sentido literal da lei, a pouco e pouco, quanto aos bens, reconheceram o direito da mulher ao patri-

mônio, consoante a colaboração dada para constituir a fortuna.

Mais recentemente, sufragaram a correção monetária (sem lei) para evitar o enriquecimento injusto do devedor que não honrasse sua obrigação, no tempo e modo convencionados.

Ainda. Autorizaram a revisão do valor de alugueres, antes do termo legal, para garantir o equilíbrio econômico do contrato.

Tem-se, ainda, de reconhecer o direito de cidadania de reivindicar direitos inscritos na Constituição, cuja concretização legislativa, no entanto, cai no esquecimento e o Executivo não cumpre o seu papel.

O Judiciário precisa rever a idéia de normas da Constituição não auto-aplicáveis, dependentes de regulamentação. Na falta de lei específica, invoquem-se os princípios. A solução do caso concreto virá naturalmente. Para homenagear os positivistas, registre-se a viabilidade (posta em lei) de recorrer-se também à analogia e aos princípios gerais do direito. Caso contrário, a Carta Política (já vai para dez anos) se restringe a mero propósito.

O Juiz precisa tomar consciência de que a efetiva igualdade de todos perante a lei é um mito. A realidade comprova: a isonomia não se realiza às inteiras. Os órgãos formais de controle da criminalidade, de um modo geral, alcançam pessoas social, econômica e politicamente desprotegidas. Só elas são presas pelas malhas da justiça penal!

O Poder Judiciário, urge registrar, precisa-se ponderar, que não é neutro. Fato e norma estão envolvidos pelo valor. Traduzem significado. Indicam direção. As proclamações dos Direitos Humanos não acontecem por acaso, não se restringem a simples enunciado acadêmico. Concretizam, isso sim, reivindicações, exigências em homenagem

ao *homem* parâmetro para realizar o justo.

E mais. O Judiciário tem importante papel político. As decisões precisam traduzir o Direito da história (a história do Direito orienta nesse sentido, apesar das inúmeras resistências). A jurisprudência não pode reduzir-se a mero somatório de julgados. As decisões corretas devem estar finalisticamente orientadas para o *justo*.

Caso contrário, o magistrado, de juiz, passa a servidor burocrático, mero fazedor de estatística!

No Brasil, o problema ganha particular importância. O acesso ao Judiciário não é ensinado a todos. Aliás, e com razão, se diz: O Código Civil é para o rico; o Código Penal para o pobre! Com singular sensibilidade o Ministro Sepúlveda Pertence, com a responsabilidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal, afirmou: "o pobre só tem acesso à Justiça, como réu." Poucas vezes, com poucas palavras, foi enunciada tão latismável verdade!

A sentença precisa ponderar as conquistas históricas. Em particular, num país, que ostenta lei (alienação fiduciária) impondo a prisão civil do devedor inadimplente!

O juiz é agente de transformação social. Lei iníqua, impeditiva de realização plena do Estado de Direito Democrático precisa ser repensada.

O juiz, repita-se, deve recusar aplicação à lei iníqua, injusta. Impõe-se-lhe invocar princípios. Só assim, a interpretação será sistemática. Criar, se necessário, a norma para o caso concreto.

O chamado Direito Alternativo (denominação imprópria), portanto, é preocupação com o Direito. Infelizmente, entre nós, impõe-se utilizar o pleonismo *Direito justo!* Como se o Direito pudesse afastar-se da *Justiça!*

A solução alternativa rompe o conservadorismo acomodado; ensina o tratamento jurídico correto. Confere, sem dúvida, eficácia à vigência da norma jurídica.

A norma alternativa não é aventura, opinião pessoal do magistrado, discordar por discordar. Resulta da apreensão de conquistas históricas, acima de interesses subalternos. Projeta orientação reclamada pelo Direito. Concreção da justiça!

A trincheira de hoje será o galardão de amanhã!

O juiz, portanto, como agente político, ao promover a crítica da lei, não se substitui ao legislador. Ao contrário, ajusta a norma à solução do caso em julgamento.

Se assim não for, infelizmente, continuar-se-á a projetar sentenças restritas ao exame meramente formal. É preciso rever o método. A sentença precisa (sem afrontar o Direito) expressar utilidade social.

A literatura penal moderna, afinada com as postulações deste final de século, batem veementemente contra as soluções meramente formais, lembrança ainda da Escola da Exegese.

Ignacio Muñagorri, in *Sanción Penal Y Política Criminal*, Instituto Editorial Reus, S.A., Madri, 1977, p. 213 escreve: "A sanção penal se coloca mais como resposta que a normatividade penal oferece para a pacificação social, que como retribuição abstrata, mais ou menos punitiva, em concreto, a um delito cometido. Sua justificação se situa na necessidade para conseguir os fins jurídico-penais, sendo por isso a pena uma instituição eminentemente dinâmica e finalista."

A preocupação do papel dos juízes no mundo contemporâneo tem conduzido a profícuas reflexões. Cumpre reagir ao papel desempenhado pela magistra-

tura na modernidade sem exagero, chancela do trabalho do legislador. Nesse período, como consequência, preocupação da exegese de busca dos elementos históricos que conduziria o legislador a elaborar as leis. O juiz, então, para ser fiel à sua função, precisaria auscultá-los a fim de traduzir, com precisão, a vontade veiculada pelo Poder Legislativo.

12. O Direito Penal, nesse contexto, exerce importante missão social. Mais uma vez: realizar o justo, adaptar-se à necessidade e fornecer a solução socialmente útil.

As idéias políticas (tantos são os matices!) estão presentes na elaboração e aplicação das leis. As leis penais não ficam alheias à essa conotação.

O Direito Penal, parte do todo, recebe as respectivas consequências. Atenção: na elaboração da norma, na sua aplicação e também na execução. A todo instante, orientações políticas se fazem evidentes. O Direito está sempre ligado à Política. Quando não houver coincidência de orientações, forma-se o atrito. Tanto mais profundo quanto seja a distância entre o Direito e a Política. Impõe-se, por isso, interpretação constante das normas jurídicas. Nesse particular, a atuação do Judiciário e do Ministério Público ganham significativa importância. Sem exagero, importância ainda não percebida por um e por outro.

A Política, particularmente em países de evidente contraste de classes sociais, caminha lentamente. Assim o é pela sua natureza; modificá-la significa tocar no mencionado contraste de classes sociais.

O magistrado, então, deverá exercer, concretizar a razão de sua atividade – conferir a *solução justa* ao caso concreto; para isso, se a *lei* não ofertar a resposta adequada, com esteio no *Direito* dar a solução justa à hipótese em julgamento. Especificamente, no âmbito

do Direito Penal, aplicando a pena, conforme sua *necessidade* visando ao *interesse público*.

13. Útil registrar a observação de Elisa Smith, in “Las ideologías y el derecho” (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 152):

“7.º) Se todo ato de normatização jurídica que expressa a denominada “vontade do Estado” responde a uma determinada atitude política – à atitude política do grupo que é o núcleo do poder estatal – deve inferir-se que as normas criadas por esses atos em determinado momento histórico são, em maior ou menor medida, o produto de certa concepção da vida social e de suas circunstâncias históricas concretas.

E não havendo, no fundo, ato normativo realizado por órgão de Estado que não pressuponha um certo ponto de vista político, com sua concomitante doutrina, afirmamos que o direito, enquanto se traduz como sistema de atos estatais produtivos de normas jurídicas, é uma técnica política-social.

Deve admitir-se, então, a existência de um fundo ideológico, tanto na base da estrutura de toda a ordem jurídica, como em cada instituição integrativa dessa ordem”.

A ideologia acompanha o jurista, mesmo que ele não sinta.

O magistrado, então, precisa ser sensível a esse pormenor. Se assim não for, a sentença será mero ato burocrático. Esvazia-se, pois, de seu conteúdo. E para arrematar – como a sentença penal condenatória tem sentido teleológico, evidente, só se justifica se o dispositivo for idôneo a alcançar esse fim.

Urge, então, ao Juiz, sopesando o esquema normativo e a realidade da sociedade, expedir a solução que se

revele *justa*. Não faz sentido uma sentença divorciada da realidade em que vai ser executada.

Infelizmente, esse descompasso conduz a flagrante injustiça: o condenado socialmente protegido (situação minoritária) cumprirá a execução em situação

mais favorável do que o determinado na sentença; por sua vez, o condenado socialmente desprotegido (situação majoritária) será submetido a situação jurídica diversa da condenação.

O fato nunca poderá ser esquecido do juiz!

2. DOCTRINA NACIONAL

2.6

O SISTEMA PENAL E A DIGNIDADE HUMANA*

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

É possível morrer-se em Auschwitz, depois de Auschwitz?
Elie Wiesel, "Kadish"

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fato – 3. Norma – 4. Valor – 5. Conclusão.

1. Introdução

Em plena época de redemocratização do país, já assegurados os direitos fundamentais da pessoa humana (Constituição da República, 1988, art. 5.º), o Brasil veio a ser palco, em 02.10.1992, do massacre do Carandiru, com o assassinato de 111 detentos pelas forças da Polícia Militar do Estado de São Paulo. O acontecimento abalou a consciência do cidadão de boa vontade. Os horrores de um campo de concentração pareciam estender-se aos presídios de países de regime democrático, com a circunstância agravante de inexistir o pretexto da guerra e do inimigo estrangeiro para os maus tratos a que foram submetidos os reclusos. O que isto significa? Como entender e solver semelhante absurdo?

Adorno lecionava que "Hitler impôs aos homens um novo imperativo categórico: organizar o seu agir e pensar de modo que Auschwitz não se repita, que nada de semelhante aconteça" (*Dialética Negativa*, p. 330, *apud* Umberto Galeazzi, *Por uma libertação da prisão*

da imanência, in *Deus na Filosofia do Século XX*, São Paulo, Edições Loyola, 1998, p. 359). E, contudo, respondendo a pergunta da epígrafe, somos constrangidos a dizer que o massacre do Carandiru torna possível e lamentavelmente real o "morrer-se em Auschwitz, depois de Auschwitz".

O sistema penal, em cujo conceito penetram as instituições policial, judiciária e penitenciária, apresenta-se à visão teórica como um ordenamento fundamentado no respeito à dignidade humana. No entanto, na vida prática, ele se incumbe de realizar o controle social punitivo mercê de regras legais e ilegais, pouco lhe importando aquele fundamento relativo à pessoa do homem.

Zaffaroni, no informe final de 1986, acerca do tema *sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, conclui que ambos se digladiam em contínua oposição, ao invés de conjugarem-se à medida de sua normatividade (Nilo Batista, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 26). A nosso ver, essa ruptura da razoabilidade, ou seja, parafraseando a tese de Hannah Arendt, essa antinomia entre discurso e ação no sistema penal (veja-se que não é questão de

(*) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

simples distância entre ideal e real, mas de contradição notória entre eles), pode ser bem analisada no universo penitenciário, proporcionando-nos também alguns pontos de apoio para o deslinde das contradições e o incremento da cidadania. Para tanto, no corpo do trabalho, utilizaremos metodicamente a teoria tridimensional de Miguel Reale (*Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Edição Saraiva, 1968) e a da reconstrução dos direitos humanos, propugnada por Celso Lafer (*A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988). A dignidade humana, inicialmente, será conceituada como o núcleo composto da integridade física e da integridade moral de alguém.

2. Fato

O direito engloba três aspectos constitutivos, o fático, o normativo e o axiológico. O primeiro corresponde ao mundo social, onde o direito se cumpre, enquanto o segundo diz respeito ao corpo de leis do Estado, informadas pelos valores – terceira faceta – perseguidos pelo direito positivo. Didaticamente, afirma-se, diante de um direito pleno, que ele está revestido de validade material (o ideal buscado afina-se com a Justiça), de validade formal (foram obedecidos todos os trâmites para a sua corporificação em lei), e que, além disso, possui eficácia no mundo dos homens a que se destina.

No último elo do sistema penal, precisamente na esfera da administração dos presídios, cadeias públicas e hospitais de custódia, os fatos alusivos à execução da pena restritiva da liberdade ou da medida de segurança exibem a qualquer observador, leigo ou técnico, atento ou descuidado, a negação dos direitos básicos da pessoa aí recolhida ou internada. O corpo e o espírito de quem cumpre pena de prisão ou está

submetido a medida de segurança são continuamente desrespeitados durante o tempo de ablação da liberdade ambulatoria. O desrespeito é intolerável mas tolerado, forjando a situação-limite de constituir o âmbito da execução penal o lugar onde os direitos humanos vêm a ser paroxisticamente negados.

“Da análise que fizemos da realidade carcerária no Brasil, conclui-se que em muitas prisões os detentos se encontram em condições sub-humanas, o que constitui violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos internacionais de direitos humanos. Na prática, os presos no Brasil são, em sua maioria, maltratados e desamparados, o que minimiza a possibilidade de sua reforma e readaptação, dadas as condições físicas e humanas das prisões e do pessoal responsável pelo sistema penitenciário” (Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil*, 1997, p. 69, conclusão 38).

Por sua vez, o coordenador nacional da Pastoral Carcerária da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Pe. R. Francisco Reardon, O.M.I., assevera, em documentado relatório, que “infelizmente, há muitos lugares no Brasil em que os prisioneiros são pessimamente tratados. E também é verdade que, em vários desses locais, as condições de encarceramento, a negligência oficial, a crueldade e a brutalidade praticadas contra os prisioneiros lembram os infames campos de concentração” (*Current Situation of Prisoners in Brazil*, June 1998, According to Catholic Prison Ministry, Conclusion 20. a, p. 9).

Recentemente, em 15.06.1998, os presos do regime “amarelos”,¹ pavilhão

(1) “Amarelos”: assim chamados devido à coloração da pele dos presos, que permanecem trancados em área de medida pre-

5 da Casa de Detenção “Prof. Flaminio Fávero” (Carandiru, São Paulo), dirigiram-se a várias autoridades e órgãos, em requerimento por eles assinado, solicitando “socorro no que se refere às condições subumanas, irregulares a até ilegais em que nos encontramos: 400 pessoas trancadas, assim convivendo – a. a pior superlotação que se pode imaginar (de 1.000 a 1.300% de superlotação!), com 10 a 13 pessoas em celas destinadas a apenas uma; b. insalubridade insuportável, seja por falta de água, seja por enchentes quando chove; ... h) vivemos numa situação de extrema pobreza e miséria, sem as assistências mínimas por lei garantidas (estamos sem material de limpeza, higiene, atendimento à saúde, atendimento jurídico, direito a sol diariamente, transferências etc.); i) o nosso Direito (até pre-Constitucional) à Integridade Física e Moral, em decorrência de tudo isso, fica muito desrespeitado e espezinhado...”

Cumpre observar que, no fundo, os requerentes suplicam às autoridades para que elas reconheçam, de plano, terem eles direito a um lugar onde pôr seus corpos e a um espaço onde possam proferir a sua palavra. O fenômeno que suportam reduz seus corpos a um ponto geométrico, sem dimensões (daí decorre o amontoamento a que estão subjugados), e suas mentes a um clamor inaudível (daí a asfixia de sua palavra significativa).

“... freqüentes em todo o país as mortes, os maus-tratos e o aviltamento,

ventiva de segurança, dia após dia, mês após mês, e, em alguns casos, por mais de um ano... Assim, a pele começa a ficar mais pálida no caso dos brancos, mais cinzenta quanto aos negros e mulatos. Por essa razão, os próprios presos denominaram esse setor como o “Andar dos amarelos”. Não podem trabalhar nem estudar, e só tomam sol ou ar fresco por duas horas semanais.

físico ou psicológico, dos detentos, também é muito comum a tolerância, ou indiferença das autoridades públicas e da maior parte da sociedade diante da moenda de vidas que são as prisões do país” (*A última dos calabouços*, Folha de São Paulo, 03.06.1998). O articulista deplorava, com razão, o dizer do secretário da Justiça de Pernambuco, para quem a morte de 22 presos na penitenciária Barreto Campelo, em 29 de maio último, representava “um alívio” para os demais detentos; e inferia, admirado perante a indiferença do secretário em relação à chacina, “que a vida dentro das prisões brasileiras vale quase nada até mesmo para as autoridades que teriam a obrigação de zelar por ela”.

Os fatos descritos integram, como já antes sublinhado, a parte final do sistema sob exame. O ponto inicial, ocupado pela Polícia, não é menos arbitrário e violento no que tange às garantias da pessoa suspeita de cometer uma infração penal. Lá como aqui, e a despeito do controle, ao menos indireto, do Poder Judiciário sobre os extremos do sistema, as violências ao corpo e à mente, infligidas aos indiciados e reclusos, são feitas à surdina, rarissimamente na presença dos superiores hierárquicos, os quais, entretanto, toleram o seu cometimento, forçados pela necessidade de “elucidação da autoria dos ilícitos” (o Estado de Israel, por seu Tribunal Superior, já admite uma “legítima pressão” sobre os corpos dos suspeitos para compeli-los à admissão de culpa!) e pela oportunidade de castigar “os renitentes prisioneiros”. A sociedade, aliás, de tudo sabe e tudo cala. Como destaca Isaiah Berlin, em seu derradeiro ensaio filosófico, “causar dor, matar, torturar são, no geral, devidamente condenados. Entretanto, se esses atos não são praticados em nome do meu próprio benefício pessoal, e sim em nome de algum “ismo” – socialismo, nacionalismo,

fascismo, comunismo, crença religiosa fanaticamente sustentada, progresso ou a realização de leis da história" (é lícito acrescentar, sob nossa responsabilidade, aos exemplos do pensador, a invocação da segurança) – "então está tudo bem" (Folha de São Paulo, 05.07.1998, Caderno Mais!, p. 5).

As violações dos direitos humanos são universais. Nos Estados Unidos, por exemplo, apesar de seu ideal democrático, a violência da Polícia, encoberta por sofisticada retórica, é tão grave quanto a de países como o México e o Brasil. A conclusão do dossiê da Human Rights Watch, a maior entidade de direitos humanos do continente americano, veio à tona em julho do fluente ano, colhendo desprevenido o homem civilizado ocidental, sempre admirador do respeito conferido pelos norte-americanos às garantias básicas da pessoa humana. O louvado programa de "tolerância zero", com o fito de diminuir a criminalidade em Nova York, desembocou em um comportamento agressivo dos policiais, estigmatizado por um número crescente de queixas e reclamações dos munícipes. "As violações dos direitos humanos persistem porque os sistemas de fiscalização são deficientes", conforme a ponderação de Kenneth Roth, diretor executivo da Human Rights, ao entrevistador da Folha de São Paulo (08.07.1998, Caderno Mundo, p. 10). O sombrio diagnóstico, comum ao Brasil, indigita a impunidade como a causa proeminente da violência policial.

Contudo, os americanos do Norte, no tocante à questão penitenciária, têm algo de que se vangloriar frente aos países da América Latina. Seus presidiários, não obstante o pouquíssimo interesse denotado pela Administração no tratamento para recuperá-los e integrá-los no meio social, são respeitados em seu corpo e em sua mente, enquanto dura a privação de liberdade; o respeito, diga-

se de passagem, é motivado prevalentemente pelo receio de arcar o administrador com pesadas multas, em hipótese de não serem asseguradas as faculdades e direitos indisponíveis do convicto (Cf. Ana Sofia Schmidt de Oliveira, "A Política Criminal nos Estados Unidos da América. Notas de Viagem", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 19, julho-setembro/1997, p. 73-93). O estranho, para nós brasileiros e latino-americanos, nessa política criminal, mora na altíssima taxa de encarceramento, a maior do planeta, ditada mais por razões demagógicas e eleicoeiras do que pela suposta necessidade de trancafiar o delinquente norte americano.² No Brasil, de acordo com o último Censo Penitenciário, a cargo do Ministério da Justiça, o índice de presos por 100 mil habitantes variou de 95,47, em 1995, p. 108, 36 em 1997; o designado movimento da lei e da ordem, com a cumplicidade dos meios de comunicação social, tem considerável responsabilidade nesse aumento de índice, ainda que, em terras nacionais, a imagem do aprisionamento desmedido não assuma a extraordinária importância no resultado das urnas, como ocorre nos Estados Unidos da América. Como quer que seja, em termos de direitos humanos dos protagonistas da questão penitenciária, a diferença entre o Brasil e os Estados Unidos é palpável: estes não estrangulam a palavra nem torturam o corpo do presidiário, mas, com sua "indústria de prisões",³ ameaçam a liberdade do cidadão comum;

(2) 430 presos para cada 100.000 habitantes. Cf. "É preciso despolitizar as questões criminais", Arthur W. Ruthenbeck, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 19, julho-setembro 1997, p. 29-38.

(3) "A dinâmica tem sido: quanto mais as prisões falham na tarefa de deixar as pessoas mais seguras, mais as pessoas pedem prisões" (Eric Lotke, "A indústria das prisões", *Revista Brasileira de Ciên-*

aquele sequer possui espaço físico para cumprir os mandados de prisão, o que relativiza em parte a obsessão pelo encarceramento como a medida ideal para coibir a criminalidade, porém, em contrapartida, trata como bestas a seus encarcerados, conspurcando-lhes a dignidade humana.⁴

Parece-nos, por conseguinte, após as comparações empreendidas, que a Administração Penitenciária, derradeira sede do sistema penal, possui entre nós, por suas características relevantes – campo diretamente controlado pelo Poder Judiciário (a jurisdicionalização da execução penal, art. 2.º da LEP) e universo restrito de pessoas (170.207 presos, segundo o Censo Penitenciário Nacional) –, toda a potencialidade para manifestar, sem equívocos, não só a dignidade humana enquanto vivida pelos presos *dentro* do sistema penal, como ainda, porque o cárcere figura e configura o meio social, essa mesma dignidade enquanto vivida pela maioria da população.

Até aqui, a primeira dimensão do Direito, o fato social, exibiu-nos um panorama desolador e bárbaro, a repetição de Auschwitz e o nenhum penhor de que não se prolongará, sob mil faces, no tempo futuro. Que rezam as respectivas normas? Passemos à segunda dimensão do fenômeno jurídico.

cias Criminais, ano 5, n. 18, abril-junho – 1997, p. 27-31.

(4) “As sociedades modernas assumiram a custódia de seus agressores e a defesa de sua dignidade humana como obrigação moral. Os sistemas penitenciários brasileiros, antes de enfrentarem paradoxos da recuperação, fracassam nos requisitos *mínimos* da custódia – garantir a existência do prisioneiro e a satisfação de suas necessidades básicas”. Antônio Luiz Paixão, citado por Kiko Goifman, *Valetes em slow motion*, Campinas, SP, Editora Unicamp, 1998, p. 75.

3. Norma

Platão (séc. IV AC) sempre sonhou com o rei-filósofo, ou seja, com um governo político inspirado pelos ditames de Justiça de uma sã filosofia (Rep. 473d). Em vida, o sonho tornou-se pesadelo. Suas tentativas, em Siracusa, de encarnar as Formas da filosofia no cotidiano da vida pública, fracassaram redondamente. Em uma delas, chegou a ser vendido como escravo. Os habitantes do mundo sensível, presos às correntes de seus corpos, pareciam infensos aos assédios da dialética platônica. Surpreendentemente, séculos depois, a Filosofia teve a sua hora e a sua vez. Desceu do céu e entranhou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. O pensador grego estremeceu em sua contemplação do Bem. Finalmente, consumara-se o conúbio, por ele tão ansiado, entre a Realidade e as Sombras. Doravante, as relações justas informariam a coexistência dos homens. Habermas, com felicidade, argumenta que a declaração dos direitos do homem, ao permitir a passagem do estatuto de princípios de direito natural ao de normas sancionadas por um texto positivo, surge como a “realização política da filosofia”.⁵ O sistema penal, a partir de então, protegeria a pessoa contra o despotismo do Poder, garantindo ao acusado um julgamento por tribunais legítimos e preservando-o, desta maneira, dos azares do arbítrio: *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. VII).

(5) Apud Jean-François Kervégan, *Les droits de l'homme*, in “Notions de Philosophie, II”, Gallimard, France, 1995, p. 683.

La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. VIII).

Positivados os direitos fundamentais do homem, de acordo com a utopia de Platão, eles captaram progressivamente para sua luz o âmbito do direito penal e seu sistema, com a descoberta, básica de qualquer regime político fundado na pessoa humana, de que a intervenção mais grave do Estado na vida de um cidadão, mercê da imposição de uma pena criminal, só poderia ser levada a termo depois de asseguradas certas garantias ao réu. Direito humano e direito penal alimentaram-se reciprocamente até a elaboração da equação contemporânea segundo a qual o homem, qualquer que seja, é sempre bom para a sociedade (presunção de inocência), exceto se, em processo regular, onde ele pode e deve amplamente defender-se, for demonstrado o contrário.

"Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, art. XI - 1).

"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" (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 5.º, LV).

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 5.º, LVII).

Encerrada a Segunda Grande Guerra Mundial, conhecido e deplorado o Holocausto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ao reconhecer, em seu preâmbulo, "a dignidade inerente a todos os membros da família humana", preceitua que "ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante" (art. V). 40 anos transcorridos, a Constituição Brasileira de 1988 repete o mesmo princípio, com esta formulação: "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5.º, III).

Ademais, a mesma Lei Maior do Brasil, proscrevendo a existência de penas cruéis (art. 5.º, XLVII, letra e), também estabelece que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5.º, XLIX).

Outros documentos internacionais, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (1969) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), procuraram solidificar o acordo dos países signatários na luta contra o desprezo da dignidade humana, mormente nas hipóteses de encarceramento.

"Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano" (Pacto de San José da Costa Rica, art. 5.º - direito à integridade pessoal, n. 2, segunda parte).

"Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura" (Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, art. 5.º, 2.ª parte).

Por outro lado, a Declaração do Parlamento das Religiões do Mundo, de

setembro de 1993, ensina o seguinte: "Todos sabemos que en todas las partes del mundo hay *seres humanos* que siguen recibiendo un *trato inhumano*. Se les priva de sus condiciones vitales, se les arrebatada la libertad, se pisotean sus derechos humanos, se desprecia su dignidad humana ¡Pero fuerza no equivale a derecho! Ante tanta inhumanidad, nuestras convicciones éticas y religiosas nos mueven a gritar que; *todo ser humano debe recibir un trato humano!*"

Em outras palavras, o casamento celebrado entre o mundo ideal e o mundo concreto parece estar longe, bem longe da harmonia. Os homens, apesar de seu louvor e apoio às múltiplas Declarações sobre os Direitos Humanos, continuam a preferir, em seu comportamento cotidiano, os conselhos da violência e da bestialidade. O rei-filósofo, tão sonhado por Platão, petrificou-se no papel e na voz dos seres humanos; as relações sociais, entretanto, prosseguiram à margem de um mundo ético, de respeito ao Outro.

Sublinhe-se, com todo o vigor, que as normas mencionadas, tirante o caso da Declaração do Parlamento das Religiões do Mundo, são jurídicas, isto é, formalmente válidas, providas da força característica da lei para impor-se aos seus destinatários. E, então, por que não produzem os efeitos esperados no meio social, por que não são eficazes? Por que não disciplinam os fatos correspondentes? Haveria um vício nos ideais que elas buscam introduzir na existência do fazer humano?

4. Valor

Que valores estão em jogo? Porventura sua natureza, que não pertence ao reino do ser mas ao reino do dever ser, é de tal ordem afastada do mundo cotidiano, que inibe a eficácia social da

norma jurídica? No entanto, tais valores dimanam da mais elementar regra de conduta, a chamada regra de ouro, cuja formulação afirmativa é a seguinte: "Faça aos outros o que você deseja que lhe façam". Portanto, o fundamento axiológico dos direitos humanos e de suas respectivas normas reside na igualdade absoluta de todos os homens, no tocante à sua universal dignidade de pessoas. (Cf. Fábio Konder Comparato, *Variações sobre o conceito de povo no regime democrático*, Revista da USP – Estudos Avançados 11 (31), 1997, 211-222).

A pergunta retorna com veemência. Um direito formal e materialmente válido, acatado por todos sob a mais simples exposição teórica, não logra realização na práxis social. Por que? Por que Auschwitz? Por que Carandiru? Não era razoável esperar, *de jure*, que os totalitarismos não ocorressem e que os campos de concentração e os nossos presídios nunca tivessem surgido em nossa história? Por que, *de facto*, todos apareceram no mundo dos homens?

O que acontece "quando os fins do Direito e o seu espírito patentemente não obedecem a nenhum dos múltiplos critérios possíveis de justiça – que tanto no paradigma do Direito Natural quanto no da Filosofia do Direito baseiam-se no valor da pessoa humana enquanto "valor-fonte" da ordem da vida em sociedade"? (Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 283)

"Reencontramos, assim, o problema jurídico-político mais crucial de todos os tempos, o problema que representa bem aquela *crux* escatológica diante da qual se decide a perdição ou a salvação da humanidade: *como colocar o Direito acima da vontade dos homens*"? (Fábio Konder Comparato, op. cit., p. 220).

Precisamente, e por força da dignidade da pessoa – o único valor que

torna os homens absolutamente iguais –, como assegurar ao preso, no sistema penal, “o respeito à integridade física e moral”? (Constituição do Brasil, art. 5.º, XLIX). Ou, parafraseando Celso Lafer, como reconstruir continuamente um direito humano continuamente rompido? Estaríamos condenados à circularidade, à iteração de pôr e dispor um direito fundamental, com o cético lamento do sábio de que “geração vai, geração vem, e a terra permanece sempre a mesma”? (Ecl 1,4). Busquemos clarificar alguns pontos das questões ora formuladas.

Primeiro, o critério escolhido, o Corpo e a Palavra do homem preso, é sumamente adequado para medir, no meio social, a intensidade com que se trata, de forma digna, a presença do Outro diante de mim. O sistema penal, nesse aspecto, é privilegiado, pois exhibe a nós, no fim de sua organização interna, a figura de um Homem que, não obstante o crime e o castigo, perdura íntegro como Homem digno de respeito absoluto. Ele é, portanto, o novo *Homo mensura*, aquele a partir do qual tudo o mais é julgado no que concerne à dignidade de todo homem. Se sua exclusão da sociedade, legal mas nem sempre legítima, não autoriza sequer a crença coletiva de bani-lo para sempre, pelo estigma da pena, da confiança recíproca dos cidadãos nos negócios e afazeres da cidade – banimento tão vivo na rejeição à Palavra do egresso –, o que dizer, por conseguinte, da exclusão ilegal e ilegítima da grande “massa sobrando” dos pobres, marginalizados do processo comunitário por sua hipossuficiência econômica? E, se, como pretendemos, pudéssemos uma vez respeitar a dignidade do *Homo mensura*, o excluído por excelência, não seríamos ainda, a seguir, irresistivelmente impelidos a integrar em nosso convívio, como preceitua a Constituição nos ob-

jetivos fundamentais (art. 3.º, III), os seus irmãos desvalidos, também nossos concidadãos?

Segundo, as coisas mais comuns são as mais nobres. Ora, a natureza humana é comum a todos nós. Daí porque cada um dos homens ostenta uma dignidade nobilíssima, irrenunciável e inextirpável. Por seu turno, à maneira dos códigos culturais hiperlingüísticos, certos acontecimentos são paradigmáticos no sentido exato da representação paroxística de um contravalor, por exemplo, o do desrespeito à dignidade humana. Pelo seu clímax, como se verificou no episódio do massacre do Carandiru, este modelo às avessas desvela na comunidade o valor correspondente negado, a própria dignidade, tornando-o quase ofuscante à percepção axiológica dos membros da comunidade, constringendo-os a tomar consciência dessa extrema dialética do negativo (o desrespeito levado ao auge) frente ao positivo (a dignidade humana presente nos 111 massacrados na Casa de Detenção). Celso Lafer, prolongando criativamente as posições de Hannah Arendt, observa, neste tópico, que há “particularidades exemplares que adquirem uma validade que vai além dos seus respectivos percursos históricos” (Op. cit., p. 304). Assim, “a aterradora banalidade do mal exemplificada na recusa de Eichmann da diversidade humana levou à qualificação do genocídio como crime contra a humanidade” (p. 305). Entre nós, a matança dos detentos em outubro de 1992 alberga em si uma regra geral, desdobrada em duas faces complementares: o *re*-conhecimento da dignidade em qualquer ser humano, e a intolerabilidade perante ações que neguem esse valor universal.

Terceiro, a exemplaridade de Carandiru 92 não é idêntica à de Auschwitz 40. Nesta, o efeito principal da generalidade nela contida foi o veemente

repúdio, por inúmeros documentos e tratados internacionais, ao tratamento inumano de qualquer pessoa. Naquela, frise-se a relevância da observação, o repúdio *já está dado, já é conhecido*, e, por causa disso, a consequência maior da regra geral ínsita no modelo é complexa, formada de um *re*-conhecimento (um conhecimento em segundo grau, mais agudo, mais potente) do valor da pessoa humana, visceralmente unido ao aguilhão do intolerável, que nos con-frange à responsabilidade de esclarecer o episódio, punir os culpados e evitar novo atentado à dignidade humana, porque todos nós, sem exceção de nin-guém, fomos e nos sentimos co-respon-sáveis pelo massacre. Em síntese, Auschwitz conduz à reflexão, à tomada de consciência; Carandiru, à ação bir-reflexiva, à conduta guiada pelo intole-rável. Que ação é essa? Qual a sua especificidade?

5. Conclusão

Não se diga que eu não afirmei nada de novo: a disposição das matérias é nova (Pascal, *Pensa-mentos*, n. 22)

O sistema penal, com ênfase na pessoa do preso, após a descrição da tridimensionalidade do fenômeno jurídi-co concernente à dignidade humana, manifestou-se como um privilegiado âmbito em que este direito pode se realizar ou se frustrar, promovendo ou inibindo o valor absoluto do respeito à integridade física e à integridade moral de alguém.

Por seu caráter exemplar, Carandiru 92 supera a cronologia e se protraí no tempo, alcançando quer os aconteci-mentos passados, que o condicionaram, quer os futuros, que o desenvolverão. Não se trata de metáfora, mas de pa-radigma, cuja lei é estar presente em

todos os eventos de que é modelo e dar-lhes a precisa significação.

Nesse entender, a conduta sugerida pelo modelo para destruí-lo – o contra-valor em grau extremo vivifica e aciona o valor correspondente que o aluirá – também adquire contornos exemplares, detectáveis nas reações mais ou menos conscientes empreendidas contra a pre-sença do mencionado modelo. O escla-recimento de tais reações, vem a dizer, a apreensão intelectual e deliberada do conteúdo da ação birreflexiva, tem o condão não só de fortalecê-las como, principalmente, de torná-las sistemáticas e producentes, ao modo de alguém que, submetido à maiêutica, logra trazer ao mundo, com ciência e seqüência, as boas idéias que às vezes expressava aleatoriamente. Eis os artigos que a intolerabilidade suscitada pelo modelo Carandiru 92 comporta e que, de algu-ma forma, já se encontram atuantes, mas dispersos, aqui e acolá.

1. A *sociedade*, por suas organiza-ções não oficiais, *aproxima-se do Homo mensura*. A execução penal, depois de pertencer, sucessivamente, à Adminis-tração Pública e ao controle do Poder Judiciário, passa a ser de interesse da sociedade. A progressão recorda a or-dem de evolução nos regimes de cum-primento de pena: Administração (regi-me fechado), Judiciário (regime semi-aberto) e Sociedade (regime aberto). A questão penitenciária (= a questão de respeitar-se ou não a dignidade do preso!) transforma-se em questão social, avocada pelos grupos não formais da comunida-de (Cf. o movimento para a formação dos Conselhos da Comunidade, e os arts. 4.º e 80 da LEP);

2. A *cidadania* reveste-se de sinais concretos de *instituição*, ultrapassando a mera atribuição abstrata de direitos e obrigações básicos para significar “o acesso real, e juridicamente exigível, ao

exercício efetivo desses direitos e ao cumprimento desses deveres” (Hugo Assmann, *Cidadania: Crítica à Lógica da Exclusão*, in Páginas Abertas, seleção bibliográfica, ano 21, n. 4, 1995, São Paulo, Paulus, p. 1) Veja-se a atuação da Pastoral Carcerária da CNBB, especialmente em São Paulo, superando, através de denúncias fundamentadas a vários organismos internacionais de Direitos Humanos, a inação das autoridades brasileiras, que se comprazem em alardear os direitos humanos dos presos mas não movem uma palha para concretizá-los (Cf. Tg 2, 15-16; Jr 8,11; João Benedito de Azevedo Marques, *Das rebeliões às mudanças*, Folha de São Paulo, seção Tendências/Debates, 28.07.1998). A concretização do respeito ao Corpo e Palavra do preso, mercê de grupos não governamentais, indica que é possível interferir nas denominadas “regras informais de violência”, fatalisticamente aceitas pelo Poder como estruturas subjacentes e inamovíveis de todo o sistema penal (Cf., com as adequações devidas, o pensamento de Mangabeira Unger sobre o diálogo entre o pensamento explicativo e a imaginação institucional);

3. O *individualismo ético* – “aspiração a uma vida realizada com e para os outros, em instituições justas” (Paul Ricoeur, *A Região dos Filósofos*, São Paulo, Loyola, 1996, p. 164) – supera o individualismo possessivo (o acento egoístico nos direitos, no que é próprio, no que exclui o comum, tal como se dá na propriedade privada). O Rosto do Outro, usando uma expressão tão cara a E. Levinas, por deformado que esteja no *Homo mensura*, exibe o sinal de Caim (Gn 4, 15), o sinal indelével da dignidade humana; confrontados, o preso e o livre, forma-se a relação de Justiça: a cada um o devido; ao primeiro, o dever de cumprir a pena e o direito

à integridade física e moral (Cf. arts. 38 do Código Penal, 1.º, 2.ª parte, e 3.º da Lei de Execução Penal); ao segundo, o direito de exercitar suas faculdades e liberdades e o “dever de conviver com os demais” (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948, art. XXIX) Os debates públicos sobre a questão penitenciária começam a ferir a crença coletiva, estuante na década de 80, conforme a qual as noções de “bandido” e “presidiário” são idênticas, *estando o preso a cometer sempre* (uma espécie de infração permanente), *no cumprimento de sua pena, o crime que ali o levou*, motivo pelo qual constituiria rematado absurdo atribuir-lhe direitos humanos, competindo aos grupos interessados no tema das faculdades e garantias individuais preocupar-se exclusivamente com as vítimas “dos bandidos”. Semelhantes discussões, que envolvem a sociedade e os três poderes, através de encontros e simpósios, têm o mérito de conferir “visibilidade” ao preso e às condições carcerárias, mostrando ao público o *Homo mensura* na contradição de sua dignidade de pessoa aviltada pelo tratamento penal.

4. Enfim, a condição humana, ou na maioria da população ou nos detentores do poder, por inclinar-se mais aos sentimentos e paixões do que à ponderação racional, como argutamente Espinosa observava (*Traité de l'autorité politique*, Gallimard, France, 1954, § 5.º), requer não só, no caso presente, o *processo educativo, a médio e longo prazo, atinente aos direitos humanos* (escolas, meios de comunicação social), como ainda e principalmente o *comando infraconstitucional* (a legislação ordinária) para impulsionar, de maneira imediata, o homem médio a pôr em prática o respeito aos direitos humanos (lembram-se aqui os tipos de ação afirmativa, ancorados no princípio de maximização da parte mais desfavorecida – Rawls).

Em sede de igualdade da natureza humana, fundamento do respeito devido a qualquer homem, é necessário sempre enfatizar que tal igualdade deve ser imposta, porquanto é “precisamente por sempre tender a força das coisas a destruir a igualdade”, que “a força da legislação deve sempre tender a mantê-la” (Rousseau, *Do contrato social*, Livro 2.º, cap XI, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 73).

Em síntese, a assunção da questão penitenciária pela Sociedade torna o

Preso no próximo do Homem Livre, postos frente a frente numa relação de Justiça, em que os direitos e deveres de ambos são mediados pela Cidadania concreta, esclarecida pela educação e imposta pela lei.

O Rosto do *Homo mensura*, em todo o desenrolar das relações sociais, julga-as soberanamente, tendo-as por idôneas ou inidôneas na consecução do respeito à dignidade da pessoa humana.

São Paulo, 1998, na festa de Santo Inácio de Loyola.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.7

A REFORMA DO CÓDIGO PENAL*

(História, notas e documentos)

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 As mudanças sociais e o atraso das codificações; 1.2 Os movimentos de reforma; 1.3 Tipos de reforma – 2. As propostas legislativas: 2.1 O anteprojeto de 1963; 2.2 O anteprojeto de 1984; 2.3 A revisão do anteprojeto de 1984; 2.4 O esboço de 1994; 2.4.1 A nomeação da comissão; 2.4.2 A necessidade da reforma; 2.4.3 O método de trabalho; 2.4.4 A prorrogação do prazo para entrega do texto; 2.4.5 A não conclusão dos trabalhos; 2.4.6 A distribuição das matérias; 2.4.7 O “arquivo da indiferença social”; 2.5 O anteprojeto de 1998; 2.5.1 A nova comissão; 2.5.2 O aproveitamento do esboço; 2.5.3 O ritmo dos trabalhos; 2.5.4 O apelo ao coordenador; 2.5.5 O apoio do IBCCrim; 2.5.6 A manutenção do ritmo dos trabalhos; 2.5.7 A decisão das renúncias; 2.5.8 A repercussão pública do incidente; 2.5.9 As manifestações da comunidade científica; 2.5.10 A publicação do anteprojeto de 1998; 2.5.11 A comissão de revisão – 3. A necessidade de uma nova consolidação: 3.1 Um pressuposto indispensável; 3.2 O problema ao tempo do império; 3.3 A consolidação de 1932; 3.4 A consolidação do Código Penal 1940; 3.5 A consolidação no Código Penal de 1969; 3.6 A consolidação na reforma de 1973; 3.7 A consolidação no anteprojeto de 1984; 3.8 A consolidação no esboço; 3.9 A falta de consolidação no anteprojeto de 1988 – 4. A posição do IBCCrim: 4.1 “Para que serve um Código?” – 5. Lições de uma experiência: 5.1 Algumas coordenadas essenciais; 5.2 É possível refazer a esperança?

1. Introdução

1.1 *As mudanças sociais e o atraso das codificações*

A exposição de Motivos ao Código Penal de 1940, na versão original, já admitia, em sua primeira frase, que com o diploma então vigente¹ “nasceu a tendência em reformá-lo. A datar de sua

entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da Criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis”.²

(*) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Referia-se ao chamado *Código Republicano*, outorgado pelo Decreto 847, de 11.10.1890.

(2) Assinada pelo Ministro Francisco Campos e datada de 04.11.1940, a Exposição de Motivos do Código Penal foi publicada no DOU em 31.12.1940.

Aquela conclusão poderia servir como *overture* dos trabalhos da reforma iniciada com o anteprojeto redigido por Nelson Hungria³ e publicado em 1963, exatamente vinte e um anos após a entrada em vigor do Código Penal de 1940. Concorreram para aquele movimento de reforma global os acontecimentos externos e os fatos internos. Quanto aos primeiros, o fim da II Grande Guerra (1939-1945) e a supremacia dos valores morais e espirituais do Homem, como reação ao vórtice das doutrinas totalitárias do nazi-fascismo, estabeleceu uma nova ordem institucional e jurídica. Aquele *renascimento* de predicados espirituais e de esperança na condição humana se refletiu na elaboração de documentos internacionais como a Carta das Nações Unidas (São Francisco, 1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948) e as Constituições de países que participaram do conflito mundial, como a Itália e a Alemanha, e cujos primeiros dispositivos proclamaram a dignidade dos direitos invioláveis do homem.⁴ E relativamente aos eventos nacionais, a restauração da legalidade democrática – que encerrou o ciclo da ditadura do Estado Novo (1937-1945) – a eleição de uma Assembléia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição liberal de 1946, viriam estimular o exercício pleno das liberdades públicas e dos direitos garantias individuais.

(3) Nelson Hungria Hoffbauer (1891-1969), o *Príncipe dos penalistas brasileiros*, foi o principal redator do Código Penal de 1940 e o seu mais destacado defensor através de seus imortais *Comentários*, de outros textos doutrinários e dos lúcidos votos como Desembargador e Ministro do Supremo Tribunal Federal.

(4) Assim a Carta Política italiana, de 27.12.1947 (art. 2.º) e a Lei Fundamental da República Federal Alemã, de 08.05.1949 (art. 1.º).

Nesse final de século e aurora do terceiro milênio os profissionais e estudiosos das ciências penais estão conscientes de que outros eventos externos e internos – também de grandes transformações sociais – exigem uma postura crítica a respeito do sistema positivo e de sua operacionalidade. Não mais com o propósito de elaborar novas leis, porém com o objetivo de torná-las eficazes. A utopia das codificações cedeu passagem à visão crítica de uma realidade que rompeu com as molduras legislativas concebidas e praticadas a partir do final dos *setecentos* nos países europeus e com repercussão na América Latina dos séculos posteriores.

1.2 Os movimentos de reforma

Nos últimos cinquenta anos várias mudanças foram introduzidas no sistema positivo, tanto no Código Penal como na legislação especial. Algumas delas foram restritas a determinados interesses bem localizados prevendo, geralmente, novas hipóteses factuais de criminalização ou neocriminalização, de agravamento das reações penais e de alteração no regime de execução das penas e das medidas de segurança. Muito raramente surgiram leis novas para descriminalizar ou despenalizar, salvo quanto às infrações contra a segurança nacional e a ordem política e social. Outras modificações tiveram maior amplitude nos campos do Código Penal e das leis extravagantes, afetando setores, partes ou até mesmo o universo global do sistema.

Esse quadro difuso e produzido sem critérios, métodos e objetivos de uma adequada Política Criminal, vem ofendendo princípios fundamentais do Direito Penal, com destaque para os princípios da intervenção mínima, da legalidade, da taxatividade e da culpabilidade.

Na presente década, o problema assumiu conformação de insegurança geral nos meios e mecanismos das instâncias formais de controle da criminalidade (Lei, Polícia, Ministério Público, Juízes e Tribunais, instituições e estabelecimentos penais).

Em determinados trechos desse proceder histórico surgiram vários movimentos tendentes a reformular o ordenamento positivo. Alguns deles formalmente estabelecidos a partir da elaboração e discussão de anteprojetos pelos profissionais e estudiosos das questões penais; outros arbitrariamente impostos pelo Governo, por setores comunitários ou pelos meios de comunicação. Estes últimos se manifestam como reação à onda do aumento da violência e da criminalidade nas megalópoles; na formação de uma vitimidade de massa relativamente às infrações que ofendem interesses coletivos ou difusos; pelo progresso da criminalidade organizada; pela opressão fiscal do Estado e por outros fatores relevantes na vida social, econômica e cultural da comunidade.

A propósito da Comissão de Reforma do Código Penal, instituída pelo Ministro da Justiça Maurício Corrêa (1992), tive oportunidade de comentar que os trabalhos iriam se iniciar “sob o impacto da divulgação massiva e persistente de alguns crimes especialmente graves. A condição das vítimas, as circunstâncias da execução e a vaga do sentimento de insegurança formam um triângulo escaleno que se pretende amoldar ao outro polígono de três lados: o delito, o delinquente e a pena. Em tal panorama restaura-se a discussão sobre as penas de morte de prisão perpétua, bem como de outras reações cruéis já arquivadas no museu do tempo, mas que ressurgem na cogitação das multidões como fórmulas taliônicas de compensação” (...) “A criminalização, a neocrimi-

nalização, a descriminalização e a despenalização, como pontos cardeais da mudança num Estado Democrático de Direito devem cumprir os princípios constitucionais, entre eles a dignidade do homem que é a razão e a medida de todas as coisas e o ponto de partida na relação dos bens jurídicos, a começar pela vida. O sistema criminal e a sociedade devem estar a salvo da legislação de pânico que serve mais ao terror que à segurança, mais à desordem que à paz e mais ao arbítrio que à justiça. Vale dizer com Bettiol: ‘O Direito Penal começa onde o terror acaba’.⁵

Pode-se afirmar que os movimentos de reforma do sistema criminal brasileiro dos anos noventa foram impressionados pelo impacto das notícias da mídia eletrônica em torno dos crimes violentos contra a pessoa e os delitos astuciosos contra a administração pública e outros bens de grande relevo comunitário inerentes à qualidade de vida e aos princípios da atividade econômica. E uma das demonstrações evidentes em tal sentido foi a divulgação sensacionalista dos trabalhos da Comissão instituída em 1997. Aliás, em artigo publicado no *Boletim* do IBCCrim o coordenador, Ministro Luiz Vicente Carnicchiaro, admitiu: “A imprensa solicitou e após as reuniões, havia *briefing*. Os temas foram divulgados em horário nobre de rádio e televisão. Os principais jornais dedicaram editoriais. Nunca atividade de proposta de reforma penal foi tão comentada. Toda a Nação conhece os trabalhos da Comissão”.⁶

Esse *método* de divulgação, ainda na precariedade de fórmulas que estavam

(5) “Inquietações de uma reforma penal”, artigo publicado na *Folha de São Paulo*, p. 4-2, em 17.01.1993.

(6) “Reforma penal”, *Boletim* n. 65, abr. 1998, p. 2.

sendo discutidas e no privilégio de assuntos mais ruidosos, não é critério adequado para a análise racional de princípios e de regras que devem orientar um Código Penal, principalmente quando o *briefing* era pautado em função dos interesses da mídia.

1.3 Tipos de reforma

A reforma de um Código Penal pode ser efetivada sob quatro perspectivas: *a) pontual; b) setorial; c) parcial; d) global.*

A primeira modifica, suprime ou amplia determinados dispositivos, atendendo a interesses localizados quanto à natureza do bem jurídico afetado, aos meios ou modos de execução do ilícito e à resposta penal. Como exemplos podem ser referidos alguns diplomas outorgados nos últimos anos: *a)* a Lei 8.072, de 25.07.1990, que acrescentou o inc. V ao art. 83 do CP, ampliando o tempo de cumprimento parcial da pena privativa de liberdade para a obtenção do livramento condicional nos casos de condenação por determinados tipos de crimes; *b)* a Lei 9.268, de 01.04.1996, que modificou o regime de execução da pena de multa; alterou o prazo de condenação para se decretar a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo e que regulou a prescrição da multa (CP arts. 51, 92, I e 114); *c)* a Lei 9.426, de 24.12.1996, que inovou em relação a determinados crimes contra o patrimônio e a fé pública (CP arts. 155, § 5.º; 157, §§ 2.º e 3.º; 180, §§ 1.º a 6.º; 309, par. ún.; 310 e 311).

A segunda, como a própria designação indica, afeta *setores* do Código como ocorreu com a Lei 6.416, de 24.05.1977, que alterou o sistema de execução das penas e medidas de segurança, da concessão do livramento condi-

cional e do *sursis*; criou novas hipóteses de extinção da punibilidade e de perdão judicial; ampliou os valores da multa e da fiança, etc.

Um exemplo de *reforma parcial* resultou das Leis 7.209 e 7.210, de 11.07.1984. A primeira deu nova redação à Parte Geral do Código Penal e a segunda instituiu uma lei específica para regular os problemas da execução penal.

As *reformas globais* ocorreram: *a)* com a outorga do Código Criminal do Império (1830), substituindo o *direito das ordenações* e das leis extravagantes por um novo regime inspirado nos princípios de garantia de direitos fundamentais do Homem, impressos na libertária Carta Política de 1824 e impulsionados pelas doutrinas liberais que informaram os códigos francês (1810), bávaro (1813), Napolitano (1819) e espanhol (1822); *b)* com o Código Penal de 1890, que nasceu com a mudança da forma política do Estado (da Monarquia para a República); *c)* com o Código Penal do Estado Novo (1940) que teve como bases fundantes o regime autoritário de Governo e paradigmas da Escola Técnico Jurídica que orientou o *Codice Penale* de 1930.

Além da natureza substitutiva, de um ordenamento por outro, a reforma global implica em uma alteração radical de todo o sistema penal na medida em que traduz uma ideologia própria do tempo e do espaço político e cultural em que o documento legislativo é produzido. O *sistema penal* é aqui concebido como "o controle social punitivo institucionalizado", na precisa definição de Zaffaroni.⁷ O conceito, em sua perspectiva prática, "abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até

(7) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 7.

que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e as condições para esta atuação. Esta é a idéia geral de 'sistema penal' em sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários da execução penal".⁸

2. As propostas legislativas

2.1 O Anteprojeto de 1963

Uma tentativa de reforma *global*, do Código Penal teve início com a publicação do Anteprojeto Hungria (1963), examinado por três comissões que se sucederam no Ministério da Justiça. Elas foram integradas pelo autor e pelos professores Hélio Tornaghi, Roberto Lyra, Anibal Bruno, Heleno Fragoso e Benjamin Moraes Filho. Somente em 1969 (através do Dec. lei 1.004, de 21.10.1969), foi sancionado o novo Código Penal, cujo início de vigência deveria ocorrer em 01.01.1970 (art. 407). No entanto, a Lei 5.573, de 01.12.1969, ampliou o início de vigência para 01.08.1970; a Lei 5.597, de 31.07.1970, prorrogou o prazo para 01.01.1972; um novo adiamento seria determinado pela Lei 5.749, de 01.12.1971, marcando o início de vigência para 01.01.1973; a Lei 5.857, de 07.12.1972, remarcou a data para 01.01.1974. Um adiamento definitivo, porém, viria com a Lei 6.063, de 27.06.1974, declarando que o Código Penal de 1969, bem como os arts. 3.º, 4.º e 5.º da Lei 6.016, de 31.12.1973, entrariam em vigor juntamente com o novo Código de Processo Penal, cujo

projeto (n. 633, de 1975) seria mais tarde retirado do Congresso Nacional. Finalmente a Lei 6.578, de 11.10.1978, revogou o Decreto Lei 1.004/69, com as reformas que lhe foram introduzidas pela Lei 6.016, de 31.12.1973.

Independentemente, porém, daquela *odisséia* entre a promulgação do diploma e sua revogação – que durou 10 anos – o Anteprojeto Hungria mereceu discussões e debates científicos em várias instâncias acadêmicas e profissionais. O texto foi integralmente publicado nos volumes 1 (abril/junho) e 2 (julho e setembro), do ano de 1963, da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* que ingressava em sua nova fase graças ao empenho e à liderança de Heleno Cláudio Fragoso e ao valioso apoio da Universidade Federal do Estado da Guanabara.⁹ No ano de 1965, um grande ciclo de conferências foi realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com o patrocínio do Instituto Latino Americano de Criminologia e a Secretaria de Estado da Justiça, reunindo os maiores penalistas brasileiros e um grande número de participantes.

Vários aspectos do Anteprojeto Hungria foram analisados em meu artigo "Heleno Fragoso e a reforma penal"¹⁰ e no livro *Casos criminais célebres*.¹¹

(9) Com a transferência da Capital Federal para Brasília (21.04.1960), o então Distrito Federal, constituído pela cidade do Rio de Janeiro, transforma-se em Estado da Guanabara. Tal situação perdurou até 1975 quando ocorreu a fusão entre os Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, sob a denominação de Rio de Janeiro.

(10) *Em Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 517 e s.

(11) *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1998, p. 321 e s.

(8) Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 70.

2.2 O Anteprojeto de 1984

Durante os anos de 1983 e 1984 foi elaborado um Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal mas somente divulgado em 1987 quando não mais havia o interesse do Governo em convertê-lo em lei.

Através da Portaria 518, de 06.09.1983, o Ministro da Justiça constituiu uma Comissão para redigir o anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (e da Lei das Contravenções Penais). Seus membros foram Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrade.¹²

Os trabalhos de revisão foram iniciados em 26.09.1983 na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo.

A primeira iniciativa metodológica consistiu em dividir a Comissão em dois grupos: um para examinar o problema da Parte Especial do Código Penal e o outro para cuidar da legislação extravagante.

Em 17.07.1984 foi autorizada a publicação do texto, para receber críticas e sugestões.

2.3 A revisão do Anteprojeto de 1984

Em 18.10.1984, o Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro, na qualidade de coordenador dos trabalhos de revisão,¹³ entregou

o texto ao Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel.

Aquela nova etapa dos esforços da reforma foi precedida da análise de documentos de contribuição crítica e de sugestões oriundas de mestres e profissionais do Direito, bem como de entidades de classe e os cidadãos de um modo geral.

A grande preocupação foi a de sistematizar a legislação extravagante, procurando dar-lhe melhor tratamento científico e eficácia.

Aquele *disegno di legge* foi publicado somente no ano de 1987 por uma louvável iniciativa do Doutor Eduardo Muylaert Antunes, então Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que sugeriu a divulgação ao Ministro da Justiça, Paulo Brossard.¹⁴

A matéria foi dividida em 14 títulos (arts. 121 a 421), com as seguintes especificações: Tít. I – *Dos crimes contra a pessoa* (dos crimes contra a vida; dos crimes contra a integridade corporal e a saúde; dos crimes de perigo contra a vida e a saúde; dos crimes contra a honra; dos crimes contra a liberdade individual); Tít. II – *Dos crimes contra o patrimônio* (do furto; do roubo e da extorsão; da usurpação; do dano; da apropriação indébita; do estelionato e outras fraudes; da receptação); Tít. III – *Dos crimes contra a propriedade imaterial* (dos crimes contra a propriedade intelectual; dos crimes contra a patente de invenção; dos crimes contra as marcas de indústria, comércio ou serviço; dos crimes contra a expressão ou sinal de propaganda; dos crimes de concorrência desleal); Tít. IV – *Dos crimes contra liberdade ou a organização do trabalho* (dos crimes contra a liberdade do traba-

(12) DOU 08.09.1983, p. 15.654.

(13) Poucos meses após o início dos trabalhos de elaboração do anteprojeto, dos mesmos se retirou o Prof. Francisco de Assis Toledo, sendo substituído nas funções de coordenador pelo Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro.

(14) Cf. Portaria n. 790, de 27.10.1987 (DOU de 28.10.1987, seção I, p. 17.777 e s.).

lho; dos crimes contra a organização do trabalho); Tít. V – *Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*; Tít. VI – *Dos crimes contra os costumes* (dos crimes contra a liberdade sexual; da sedução e da corrupção de menores; do rapto; do lenocínio e do tráfico de pessoas; do ultraje público ao pudor); Tít. VII – *Dos crimes contra a família* (dos crimes contra o casamento; dos crimes contra o estado de filiação; dos crimes contra a assistência familiar; dos crimes contra a guarda de incapazes); Tít. VIII – *Dos crimes contra a incolumidade pública* (dos crimes de perigo comum; dos crimes contra os meios de transporte e comunicação; dos crimes contra a saúde pública); Tít. IX – *Dos crimes contra a paz pública*; Tít. X – *Dos crimes contra a fé pública* (da moeda falsa, da falsidade documental; de outras falsidades); Tít. XI – *Dos crimes contra a administração pública* (dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral; dos crimes praticados por particular contra a administração em geral; dos crimes contra a administração da Justiça); Tít. XII – *Dos crimes contra a ordem econômica, financeira ou tributária*; Tít. XIII – *Dos crimes contra o meio ambiente* (da degradação ambiente; do favorecimento aos crimes contra o meio ambiente); Tít. XIV – *Dos crimes contra a memória nacional*.

Relativamente à degradação ambiental, o Anteprojeto criminalizava a poluição da água, do ar e do solo e os atentados contra a flora, a fauna e a paisagem (arts. 401 a 414). E quanto aos agravos à memória nacional, incriminavam-se as condutas que ofendessem monumento público ou bem tombado bem como documento ou objeto de natureza científica, artística, arqueológica ou administrativa, na relevo nacional ou sob a guarda da União, Estado, Município, autarquia, empresa pública,

sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público (art. 417 e par. ún.). Também a falsificação de coisa de valor arqueológico ou histórico era punida gravemente, incluindo-se os tipos derivados (venda, aquisição, exportação, troca, etc.) (art. 418 e par. ún.).

2.4 O Esboço de 1994

2.4.1 A nomeação da Comissão

Através da Portaria n. 581, de 10.12.1992, o Ministro da Justiça Maurício Corrêa, nomeou os Ministros Evandro Lins e Silva, Francisco de Assis Toledo e Luiz Vicente Cernicchiaro; o Desembargador Alberto Silva Franco; os profs. René Ariel Dotti, João Marcello de Araújo Júnior, Juarez Tavares e Jair Leonardo Lopes; o Deputado Federal Hélio Bicudo; o Sociólogo Paulo Sérgio Pinheiro; a Promotora de Justiça Luiza Nagib Eluf e o Advogado Wandelkolk Moreira, para, sob a presidência do primeiro e, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), a contar de sua instalação, elaborar o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal.¹⁵

2.4.2 A necessidade da Reforma

Nas *consideranda* da Portaria n. 581/92, o Ministro da Justiça indicou os aspectos determinantes da mudança da Parte Especial do Código Penal: *a*) a existência de cerca de 100 (cem) projetos tramitando no Congresso Nacional envolvendo matéria penal; *b*) o acúmulo da legislação extravagante gerando dificuldades para o trabalho de magistrados, procuradores, advogados, escrivães e outros profissionais do foro e da vida

⁽¹⁵⁾ DOU de 14.12.1992, p. 7.881.

universitária; c) a necessidade do Brasil, por suas dimensões e diferentes hábitos nas várias regiões, contar com leis que reflitam o conjunto de valores e convicções, as circunstâncias e os aspectos culturais de seu momento histórico; d) as transformações sociais e econômicas que alteraram costumes, necessidades e meios de vida dos brasileiros; e) o advento da Constituição de 1988 que ensejou a preocupação com atividades delituosas que necessitam de apropriado tratamento legislativo, como a tortura, o genocídio, o dano à ecologia e a violação da intimidade pelas novas tecnologias.

2.4.3 O método de trabalho

Para maior facilidade dos trabalhos o grupo foi subdividido: a) a 1.^a Subcomissão reunia-se em São Paulo e foi constituída por Alberto Silva Franco, Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf e Jair Leonardo Lopes. Coube-lhe tratar dos crimes contra a pessoa, o patrimônio, a propriedade imaterial, o sentimento religioso, o respeito aos mortos e os costumes (CP arts. 121 a 234);¹⁶ b) a

2.^a Subcomissão, com sede em Brasília, foi composta por Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro e Hélio Bicudo e cuidou dos títulos relativos aos delitos contra a família, a incolumidade pública, a paz pública, a fé pública e a administração pública (CP arts. 235 a 359); c) a 3.^a Subcomissão, integrada por René Ariel Dotti, Juarez Tavares, João Marcello de Araújo Júnior e Wandelkolk Moreira, foi responsável pela parte atinente aos crimes previstos no Título XII (*Dos crimes contra a ordem econômica e financeira*);¹⁷ Título XIII (*Dos crimes contra o ambiente*)¹⁸ e Título XIV (*Dos crimes contra os valores culturais*);¹⁹ Título XV (*Dos crimes contra o Estado Democrático*).²⁰

(16) Também preocupados com a necessidade de consolidar a legislação extravagante, de instituir novas figuras penais exigidas no processo de criminalização e também de descriminalizar, os membros da 1.^a Subcomissão inovaram em vários setores como, por exemplo: a) prevenindo o aborto ético (quando a gravidez resulta do emprego não consentido de técnicas de reprodução assistida); b) aprimorando as hipóteses de ofensa à memória de pessoa morta; de exclusão de ilicitude e da exceção da verdade, nos delitos contra a honra; c) criminalizando a violação da intimidade e fatos assemelhados, bem como o abuso de informática; d) ampliando previsões de fraude em sociedades (negociação do voto e lucro fictício); e) introduzindo novas formas de crimes contra a identidade genética, etc.

(17) Capítulo I – Dos crimes contra a dignidade, a liberdade, a segurança e a higiene do trabalho (arts. 342 a 353); Capítulo II – Dos crimes de abuso do poder econômico e contra a livre concorrência, a economia popular e as relações de consumo (arts. 354 a 367); Capítulo III – Dos crimes falimentares (arts. 368 a 372); Capítulo IV – Dos crimes contra o ordenamento urbano (arts. 373 a 380); Capítulo V – Dos crimes contra o sistema de tratamento de dados (arts. 381 a 384); Capítulo VI – Dos crimes contra o sistema financeiro (arts. 385 a 410); Capítulo VII – Dos crimes contra o sistema tributário (arts. 411 a 415); Capítulo VIII – Dos crimes cambiais e aduaneiros (arts. 416 a 417).

(18) Capítulo I – Da degradação ambiental (arts. 418 a 430).

(19) Capítulo I – Dos crimes contra o patrimônio cultural (arts. 431 a 434); Capítulo II – Disposições gerais (arts. 435 a 436).

(20) Capítulo I – Dos crimes contra a soberania nacional (arts. 437 a 442); Capítulo II – Dos crimes contra a estabilidade democrática (arts. 443 a 446); Capítulo III – Dos crimes contra a cidadania (arts. 447 a 450); Capítulo IV – Dos crimes contra a humanidade (arts. 451 a 456); Capítulo V – Dos crimes contra a comunidade indígena (arts. 457 a 460); Capítulo VI – Dos crimes contra as relações internacionais

Relativamente à criminalidade política já havia um *disegno di legge* elaborado por Comissão instituída pelo Ministro da Justiça Fernando Lyra e integrada pelo Ministro Evandro Lins e Silva (presidente), e pelos profs. Nilo Batista, René Ariel Dotti e Antonio Evaristo de Moraes Filho. Aos trabalhos finais da Comissão juntou-se o Secretário-Geral daquele Ministério, Prof. José Paulo Cavalcanti Filho. O Anteprojeto de Lei de Defesa do Estado Democrático foi publicado para permitir o maior debate público,²¹ pois havia interesse do Ministro Lyra em revogar a legislação herdada do regime autoritário de governo.²²

2.4.4 A prorrogação do prazo para entrega do texto

Pela Portaria de 26.10.1994, o Ministro da Justiça Alexandre de Paula Dupeyrat Martins – sucessor do Ministro Maurício Corrêa – prorrogou, até 30.11.1994, o prazo para a conclusão dos trabalhos do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal.²³

Um minucioso relatório foi elaborado por Alberto Silva Franco e seus colegas da 1.ª Subcomissão, detalhando o roteiro dos trabalhos e os seus frutos.

(arts. 461 a 464) – Capítulo VII – Disposições gerais (arts. 465 a 467) – Disposições finais (arts. 468 e 469).

(21) DOU de 29.01.1986, p. 1.604 e s.

(22) Esse empenho foi, no ano de 1987, retomado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob a presidência do Doutor Eduardo Augusto Muylaert Antunes, que chegou a elaborar um novo anteprojeto. Mas as discussões em torno da nova Constituição e as expectativas nacionais em outros rumos se encarregaram de *arquivar* aquela nova proposta.

(23) DOU de 27.10.1994, seção 2, p. 6.903.

Tal documento, de grande valor científico e didático, após recebido pelo Presidente da Comissão Geral, foi encaminhado ao Ministro da Justiça. No entanto, o texto permanece inédito até os presentes dias. Após a entrega do relatório membros desse grupo encaminharam um pedido conjunto de demissão.

Igualmente o Ministro Francisco de Assis Toledo, manifestando divergência quanto a algumas propostas apresentadas, afastou-se da reforma.

2.4.5 A não conclusão dos trabalhos

Apesar dos grandes esforços e das múltiplas reuniões na cidade do Rio de Janeiro, os membros da 3.ª Subcomissão se convenceram que não seria possível completar a obra de revisão e consolidação das leis extravagantes que já haviam, em grande parte, realizado.²⁴

Esse fato, somado à responsabilidade de não frustrar as expectativas que acompanhavam o roteiro e os esforços de toda a Comissão, levou-me a redigir uma carta ao Ministro Evandro Lins e Silva ponderando-lhe as dificuldades para a redação de um *disegno di legge* que pudesse assumir o modelo formal de um anteprojeto.

O conteúdo daquela correspondência segue adiante:

“Curitiba, 1.º de novembro de 1994.

“Excelentíssimo Senhor

“Ministro Evandro Lins e Silva

“DD Presidente da Comissão instituída pela Portaria n. 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça

“Senhor Presidente:

(24) Vide item n. 7.3., letra c e as notas de rodapé ns. 17 a 20.

"A melancólica reunião do dia 19 de outubro, em Brasília, dos membros ainda atuantes da Comissão Especial, criada para elaborar um anteprojeto de lei da nova Parte Especial do Código Penal, precisa ser avaliada. Em primeiro lugar, como é de conhecimento geral, uma parte dos colegas retirou-se formalmente da Comissão como foi o caso do grupo de São Paulo, integrado pelo Des. Alberto Silva Franco, pela Promotora Luiza Nagib Eluf e pelo cientista social Paulo Sérgio Pinheiro. O nosso mestre Francisco de Assis Toledo também já manifestou idêntico desejo, ou seja, o de afastar o seu nome de um *anteprojeto* que, em uma passagem ou outra, conflite com suas convicções jurídicas e o fruto de sua obra teórica e prática. Outros membros da equipe estão apreensivos com as dificuldades humanas, materiais e orgânicas para o funcionamento de uma Comissão que não recebeu apoio suficiente do Governo e muito menos do Ministério da Justiça. O Senhor pôde perceber que na última reunião a secretária, Doutora Lucinda Lemos Rocha não tinha nenhum - nenhum! - funcionário à disposição para auxiliar os trabalhos...

"Reafirmo a minha sugestão, defendida perante o Ministro Alexandre Dupeyrat, na reunião havida com a Comissão no mesmo dia 19. Lembrei a paciência acadêmica e a sabedoria política portuguesas com a maturação de seu Código Penal, cujo projeto, divulgado em 1963, se converteu em lei no ano de 1982. Eu disse que não havia possibilidade de se apresentar - até a data apazada (30 de novembro deste ano) - um texto revisto e acabado do anteprojeto. Como consequência, e para não perdermos o acervo de contribuições, a Comissão encaminharia ao Ministro da Justiça o resultado de seus esforços como um *Documento de Trabalho* para divulgação no Diário da

Justiça a fim de proporcionar o mais amplo debate pelos estudiosos e profissionais do sistema criminal, pelos órgãos e instituições de classe e pela sociedade em geral. Como o Senhor recorda, o Ministro Dupeyrat, embora a contragosto, admitiu esta última hipótese. Em tal caso ele baixaria um ato mantendo a Comissão para análise do material de resposta à publicação.

"A iniciativa do Ministro, designando pessoas para uma tarefa a prosseguir eventualmente em outro Governo, não é recomendável posto constranger o seu sucessor e os próprios indicados que poderiam ser dispensados com a extinção da Comissão ou substituídos se ela se mantivesse. Portanto, nada mais teria a fazer o Ministro da Justiça, no interesse do Direito Penal, da Política Criminal, da segurança e da justiça coletivas senão divulgar o valioso repertório de propostas unificadas em um *esboço* de anteprojeto. Ele resulta de contribuições individuais que não merecem o arquivo da indiferença oficial ou a rejeição de pessoas alijadas da participação democrática quando o trânsito das idéias tenha se limitado aos corredores do Ministério da Justiça, ou seja, da sala de reuniões da Comissão ao gabinete do Ministro.

"Insisto, portanto, na proposta já feita publicamente. E mais: que a divulgação faculte o registro das opiniões vencidas no seio das subcomissões e Comissão Geral. Antes, porém, há necessidade de urgentes correções, como a equivocada cominação autônoma da pena de multa. Tal solução revogaria o único critério formal para distinguir crime de contravenção - com múltiplos efeitos teóricos e práticos - e que resulta do art. 1.º do Decreto Lei 3.914, de 09.12.1941. A previsão isolada da multa não permite a conversão em pena de detenção que exige a inclusão da pena privativa de liberdade para quantificar os limites

previstos pelo § 1.º do art. 51 CP. A se adotar a orientação do último texto teremos, então, consumada a triste e grave discriminação social: o pobre que cometer furto está sujeito às penas de reclusão e multa, somadas; o rico que distribuir clandestinamente valor mobiliário, terá o benefício da exclusiva “pena” de multa (art. 393). E, sendo solvente e negando ou frustrando o pagamento, não sofreria outra consequência senão a de ver o seu nome inscrito como devedor da União. Sob outro aspecto, a lesão corporal culposa é sancionada com a *detenção* (CP art. 129, § 6.º), mas se o ilícito for de poluição culposa de águas “expondo a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal”, ou seja, um crime que põe em perigo um número indeterminado de pessoas, a pena, autônoma, é a *multa* (art. 423). Tais paradoxos comprometeriam o crédito científico do trabalho quando destacados para efeito de crítica e repúdio do texto. O bom perde-se pelo ruim.

“Admiro a sua imensa e inestimável contribuição, ao longo de 60 (sessenta) anos dedicados à causa das liberdades públicas, dos direitos e das garantias individuais, de que foi evento histórico e exemplar o seu desempenho no processo de *impeachment* do ex-Presidente Collor de Mello. Tenho manifestado, reiteradamente, os maiores aplausos ao seu amor e à sua devoção aos movimentos humanitários do Direito e da Justiça Criminal. E é justamente por tributar-lhe admiração, respeito e lealdade que estou pensando por escrito, pedindo-lhe que aceite a imposição das circunstâncias que não nos autoriza – a salvo de conflitos de consciência e da reprovação pública – apresentar um texto formal de anteprojeto para entregar a um Governo que expira e a um Ministro que se retira.

“Na parte que me coube, por distribuição de encargos, ou seja, a referente

aos crimes contra o meio ambiente e contra o patrimônio cultural (arts. 423 a 441) e alguns setores dos crimes contra o Estado Democrático (Título XIV), não posso negar a minha colaboração para o trabalho de última revisão. Quanto ao mais, não tenho liberdade de opinar sobre as disposições redigidas pelos outros colegas pois com eles não discuti e para elas não concorri.

“Nos próximos dias remeterei algumas sugestões limitadas aos aspectos que me tocam.

“Quanto ao mais, insisto na divulgação do texto sob forma de um *Esboço*, ou que outro nome tenha, menos o de Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal.

“Com efeito, um anteprojeto, supostamente acabado, precisa declarar, no último artigo, quais são os diplomas abrogados ou derogados da vasta legislação especial, com partes incorporadas ao texto fundamental e partes descriminalizadas ou despenalizadas. Essa tarefa, uma *neo consolidação das leis penais*, não pôde ser cumprida por nenhuma das subcomissões.

“Aproveito o ensejo para transmitir-lhe as expressões de renovado afeto e profunda consideração.

René Ariel Dotti”.²⁵

2.4.6 A distribuição das matérias

A redação final do *Esboço* foi obra meritória do Ministro Evandro Lins e Silva, como ele mesmo narra em seu ofício logo adiante publicado. Ele reuniu os textos já preparados pelas Subcomissões e lhes deu sistematização sem desnaturar as contribuições individuais que haviam sido aprovadas pelos gru-

(25) Este documento é referido pelo Ministro Evandro Lins e Silva em seu relatório.

pos. Não houve tempo de reuniões plenárias para se atender esse objetivo como seria ideal.

O *Esboço*, contendo 348 artigos, manteve a estrutura e a ordenação dos bens jurídicos do Código Penal vigente mas introduziu significativas alterações em todos os seus títulos.

Demonstrando imensa capacidade de compreensão e notável sensibilidade jurídica, o Ministro Evandro Lins e Silva convenceu-se que o trabalho até aquela etapa não poderia ser acolhido como um anteprojeto de lei. Sem renunciar em momento algum aos seus deveres cívicos, institucionais e sociais que envolviam a missão de liderança, o coordenador dirigiu-se formalmente ao Ministro da Justiça. O ofício constitui um valioso *depoimento pessoal* que não pode ser sonogado ao conhecimento público e em especial dos órgãos e dos trabalhadores do sistema criminal. Em determinado trecho disse o Ministro Lins e Silva: “Se não restou um anteprojeto acabado e definitivo, no período do atual governo, as contribuições individuais e das subcomissões, uma vez divulgadas e submetidas a amplo debate dos estudiosos e da sociedade, servirão de roteiro para os continuadores do trabalho, já bem avançado, de reforma da parte especial do Código Penal.”

E com a humildade dos grandes espíritos, o eminente jurista e notável humanista colocou à disposição do Ministério da Justiça “toda a documentação em poder desta presidência e relativa aos trabalhos da Comissão geral das subcomissões, para que fiquem registrados e possam, no futuro, ser publicados para análise dos pontos de vista teóricos e das posições filosóficas dos seus eminentíssimos integrantes. Da mesma sorte, estão sendo remetidos para o destino que V. Exa. entender, os documentos recebidos, cartas, críticas,

sugestões, de interessados, estudiosos, associações e entidades.”

2.4.7 O “arquivo da indiferença oficial”

O Ministro Alexandre de Paula Dupeyrat Martins desprezou todos aqueles esforços como se o texto produzido pela Comissão – após analisar uma imensa variedade de sugestões e críticas – não tivesse nenhum peso científico e democrático. E permaneceram inéditos tanto o *Esboço* como o grande volume de contribuições escritas, oriundas das mais diversificadas fontes, colhidas durante os dois anos em que se desenvolveram os trabalhos.

A proposta de 1994 foi condenada ao *limbo*.

Mas a leitura do ofício constitui uma forma de restaurar, pelo menos em parte, a boa memória da obra. Vale reproduzi-lo, *ipsis literis*:

“Exmo. Sr. Dr. Alexandre Dupeyrat, M.D. Ministro da Justiça.

“1. Na qualidade de presidente na Comissão instituída pela Portaria n. 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça, tenho a honra de me dirigir a V. Exa., para prestar esclarecimentos sobre os trabalhos realizados para a sua finalidade (elaboração de um anteprojeto da parte especial do Código Penal) e a conclusão a que chegou em sua reunião de 17 deste mês.

“2. Inicialmente, dividida a Comissão originária em três subcomissões, a cada uma destas coube a elaboração de uma parte do anteprojeto, tendo em vista os bens jurídicos protegidos. Ficou decidido que toda a legislação extravagante, com a exceção da Lei de Imprensa, de Lei de Entorpecentes, da Lei Eleitoral, da Lei de Crimes de Responsabilidade e do Código Penal Militar, passariam a integrar a Parte Especial do

Código Penal. Constatou a 3.^a subcomissão, à qual coube o exame dessa matéria, a existência de noventa e oito leis penais esparsas, fora do Código penal, todas adaptadas e incorporadas à sua contribuição na anteprojeto. Deliberou a Comissão, ainda, que os crimes contra o Estado de Direito Democrático deveriam constituir um Título da nova parte especial.

“3. As três subcomissões apresentaram os seus trabalhos e começaram a surgir profundas divergências doutrinárias e invencíveis posições de princípio. Coube-nos, numa primeira etapa, por designação da Comissão, coordenar e procurar dar unidade às propostas das três subcomissões. Daí surgiu um “esboço”, que reproduzia o valioso trabalho das subcomissões, com ligeiras alterações dos textos originais, e, assim, submetido ao exame, à crítica às sugestões dos eminentes companheiros. Da colaboração recebida, acolhi quase todas as propostas, inclusive a do douto professor René Ariel Dotti, na parte em que o primeiro esboço cominava isoladamente a pena de multa, o que infringiria o art. 1.^o da LICP. Para não alterar o sistema em vigor, aceitei a crítica e o segundo esboço não mais comina, isoladamente, a pena de multa.

“4. As divergências teóricas pareciam tornar-se superáveis. Daí adveio a reunião da Comissão com V. Exa. no dia 19 de outubro último, quando nos comprometemos a um esforço extraordinário para apresentar o anteprojeto até o dia 30 do corrente mês de novembro. Durante a reunião houve objeções explícitas do ilustre prof. René Ariel Dotti, de quem recebi carta, datada de 1.^o do corrente mês, opondo-se ao envio de um anteprojeto, mas, sim, de um *documento de trabalho*, ‘para divulgação no Diário da Justiça, a fim de proporcionar o mais amplo debate pelos estudiosos e profissionais do sistema criminal, pelos ór-

gãos e instituições de classe e pela sociedade em geral.’ Lembra o preclaro professor Dotti que ‘o ministro Dupeyrat, embora a contragosto, admitiu esta última hipótese’, e, ‘em tal caso, baixaria um ato mantendo a Comissão para análise do material de resposta à publicação’. Rechaça o professor a iniciativa da designação de ‘pessoas para uma tarefa a prosseguir eventualmente em outro governo’, que ‘não é recomendável posto constringer o seu sucessor e os próprios indicados que poderiam ser dispensados com a extinção da Comissão ou substituídos se ela se mantivesse’. E prossegue: ‘Portanto, nada mais teria a fazer o Ministro da Justiça, no interesse do Direito Penal, da Política Criminal, da segurança e da justiça coletiva senão divulgar o valioso repertório de propostas unificadas em um *esboço* do anteprojeto. Ele resulta de contribuições individuais que não merecem o arquivo da indiferença oficial ou a rejeição de pessoas alijadas da participação democrática quando o trânsito das idéias tenha se limitado aos corredores do Ministério da Justiça, ou seja, da sala de reuniões da Comissão ao gabinete do Ministro ... E mais: que a divulgação faculta o registro das opiniões vencidas no seio das subcomissões e Comissão Geral’. O documento sugere, ainda, correções no primeiro esboço, porque o segundo é posterior à carta.

“5. Diante desse documento, e das ponderáveis razões apresentadas, o presidente da Comissão não encontrou outra alternativa senão convocá-la para definir os rumos definitivos de sua atuação, ouvindo a opinião de seus componentes. Saiu vencedora a proposta do prof. René Dotti. Diante disso, era preciso abreviar a conclusão do segundo esboço, com as emendas, sugestões e opiniões manifestadas pelos colegas de Comissão.

O *esboço* que ora encaminho a V. Exa., embora calcado nos trabalhos das

subcomissões, é de minha exclusiva responsabilidade. As pequenas supressões, acréscimos ou alterações porventura feitos nos textos originais não vinculam os integrantes de cada uma das subcomissões.

Ao mesmo tempo estou enviando a V. Exa. toda a documentação em poder desta presidência e relativa aos trabalhos da Comissão geral das subcomissões, para que fiquem registrados e possam, no futuro, ser publicados para análise dos pontos de vista teóricos e das posições filosóficas dos seus eminentíssimos integrantes. Da mesma sorte, estão sendo remetidos para o destino que V. Exa. entender, os documentos recebidos, cartas, críticas, sugestões, de interessados, estudiosos, associações e entidades.

"6. Nos quinze Títulos de que se compõe, o *esboço* define os crimes contra a pessoa, contra o patrimônio, contra a propriedade imaterial, contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, contra os costumes, contra a identidade genética, contra a família, contra a incolumidade pública, contra a paz pública, contra a ordem econômica e financeira, contra o meio ambiente, contra os valores culturais e contra o estado democrático. Pela própria denominação dos títulos, vê-se que há substanciais inovações, que são o resultado, sobretudo, do avanço tecnológico dos nossos dias.

"7. Este *esboço*, se algum mérito tiver tal se deve aos eminentes membros das subcomissões e da Comissão Geral, inclusive os que manifestaram divergência ou se afastaram. Trabalharam todos com afinco e competência, desinteressadamente, atendendo ao chamamento cívico para que foram convocados e compenetrados da responsabilidade e importância de sua missão. Nenhum pode deixar de ser mencionado neste ofício final, mesmo os que manifestaram divergências ou se afastaram: -

Ministros Francisco de Assis Toledo e Vicente Cernicchiaro, Profs. René Ariel Dotti, Alberto Silva Franco, João Marcello de Araújo Júnior, Juarez Tavares, Jair Leonardo Lopes, Luiza Nagib Eluf, Paulo Sérgio Pinheiro, Hélio Bicudo e Wandenkolk Moreira. A todos a homenagem do nosso apreço e da nossa admiração. Os deméritos do esboço são devidos exclusivamente às deficiências do seu autor.

"8. Aprovada a proposta do douto Prof. René Ariel Dotti a Comissão considerou encerrados os seus trabalhos, deixando um magnífico acervo para a continuação dos estudos destinados à elaboração de anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, como se pode ver do material produzido pelas subcomissões e pela Comissão Geral. A demora na conclusão de projetos de diplomas legislativos tem ocorrido ao longo da história de todos os países. No Brasil, basta recordar o *esboço* de Teixeira de Freitas, o projeto do Código Civil de Clóvis Bevilacqua, no campo do direito privado. Em relação à reforma de que foi incumbida a Comissão que tive a honra de presidir, duro e árduo foi o seu trabalho. Tratava-se de modificar e atualizar um Código que já tem mais de meio século de existência. Antes da nossa, outras mudanças foram tentadas. Até um Código novo havia sido promulgado, em 1969, e teve sua vigência adiada, algumas vezes, até ser posto de lado, decretada a sua revogação. Da Parte Geral se fez a magnífica reforma que a alterou profundamente através da Lei 7.209, publicada no Diário Oficial da União, de 13.07.1984, e que entrou em vigor em 12.01.1985. Ao mesmo tempo, foi editada a Lei 7.210/84, de Execução Penal, indispensável e inseparável da nova Parte Geral. Ainda em 1984 foi elaborado um anteprojeto de reforma da Parte Especial, trabalho que foi muito valioso para a redação

deste *esboço*, mas que não se converteu em lei. Como lembra o professor René Dotti, na sua proposta, 'a paciência acadêmica e a sabedoria política portuguesas com a maturação de seu Código Penal, cujo projeto, divulgado em 1963, se converteu em lei no ano de 1982'.

"9. Não houve consenso para concluir trabalho de tal vulto nos prazos desejados. Havia muitos pontos polêmicos. Como sabe V. Exa., a elaboração de um Código é tarefa política, por excelência, e deve corresponder ao estágio social do povo. Rui Barbosa já observava: 'uma codificação não pode ser expressão absoluta de um sistema, vitória exclusiva de uma escola. Toda obra de legislação, em grande escala, há de ser obra de transação'. Com o tempo a necessária transigência será encontrada, mormente com os estudos já realizados, de irrecusável valor.

"Se não restou um anteprojeto acabado e definitivo, no período do atual governo, as contribuições individuais e das subcomissões, uma vez divulgadas e submetidas a amplo debate dos estudiosos e da sociedade, servirão de roteiro para os continuadores do trabalho, já bem avançado, de reforma da parte especial do Código Penal.

"10. Passando-lhe às mãos o *esboço* do anteprojeto e os documentos que o acompanham, devo registrar que muito nos desvaneceu a confiança em nós depositada pelo Ministério da Justiça, representado por seu antecessor, o ministro Maurício Corrêa, e por V. Exa.

"Falando, finalmente, em nome da Comissão e agradecendo as deferências recebidas por todos os seus integrantes, apresento a V. Exa. os protestos de nossa mais elevada consideração.

"Evandro Lins e Silva"²⁶

2.5 O Anteprojeto de 1998

2.5.1 A nova Comissão

Através da Portaria n. 1.265, de 16.12.1997,²⁷ o Ministro da Justiça, Íris Rezende, instituiu Comissão integrada por Luiz Vicente Cernicchiaro, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Juarez Tavares, Ney Moura Teles, Ela Volkmer de Castilho e Licínio Leal Barbosa. Foram designados consultores da Comissão os mestres Evandro Lins e Silva, Alberto Silva Franco e Damásio E. de Jesus. O objetivo da reforma foi claramente exposto: "elaborar Anteprojeto de Código Penal".

A Portaria estabelecia que a Comissão deveria apreciar "todos os trabalhos anteriores já realizados, assim como os projetos de lei em andamento objetivando a sua adequação" (art. 3.º).

A Portaria também previu que o resultado do trabalho da Comissão seria publicado "visando ao recebimento de sugestões da comunidade" (art. 4.º). Essa disposição tem uma interpretação clara: as *sugestões da comunidade* deveriam ser recebidas e analisadas *antes* que o texto fosse encaminhado pelo Ministro da Justiça ao Presidente da República. Na hipótese oposta a contribuição comunitária seria remetida diretamente ao Gabinete do Ministro ou à Casa Civil, sem que se procedesse a uma revisão pela própria Comissão original ou outra que fosse instituída.

2.5.2 O aproveitamento do Esboço

Na primeira reunião dos penalistas nomeados pela Portaria n. 1.265, de

(26) Cópias deste documento foram entregues, na época, aos membros da Comissão com

o texto final do *Esboço*. O mesmo procedimento foi adotado quanto aos integrantes da Comissão instituída em 1997.

(27) Publicada no DOU de 17.12.1997, seção 2.

1997, o *Esboço* foi adotado como texto-base para os trabalhos. O documento, juntamente com o ofício referido no item n. 7.7. (supra), foi distribuído aos membros da Comissão e se constituiu no roteiro para as alterações e supressões que seriam feitas, em prejuízo de três reflexões elementares: a) o texto era ainda desconhecido para a comunidade científica e a sociedade em geral; b) nos anos seguintes à entrega do *Esboço* ao Ministério da Justiça houve mudanças profundas não somente em pontos relevantes do Código Penal como no funcionamento do próprio sistema;²⁸ c) os trabalhos de reforma do Código Penal deveriam abranger tanto a Parte Especial como a Parte Geral em harmonia com as reformas do Código de Processo Penal e da lei de Execução Penal, a serem realizadas simultaneamente por comissões especialmente designadas.

2.5.3 O ritmo dos trabalhos

O aqodamento que presidiu as mutilações e os enxertos ao *Esboço* de 1994 contrariavam o método já adotado em ocasiões anteriores quando foram elaboradas e discutidas outras propostas de reforma de grande repercussão.

Com efeito, a Parte Geral do Código Penal foi integralmente modificada pela

Lei 7.209/84, após percorrer quatro etapas distintas: a) uma primitiva comissão elaborou o texto provisório; b) o *disegno di legge* foi publicado para receber críticas e sugestões da comunidade científica e da sociedade em geral; c) o material recolhido foi examinado por uma comissão de revisão que deu a redação definitiva ao anteprojeto, encaminhando-o ao Ministro da Justiça; d) após passar pela Casa Civil as propostas foram remetidas ao Congresso Nacional através de um projeto de lei (1983).

Entre a segunda e a terceira fase, o Ministério da Justiça promoveu o I Congresso Nacional de Política Criminal e Penitenciária (set. 1981), com a participação de 2.000 estudiosos e profissionais para discutir os três anteprojetos: de Código Penal, de Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

O mesmo cuidado de não *queimar etapa* foi adotado em relação ao Anteprojeto da Parte Especial de 1984, publicado três anos após para a primeira avaliação crítica por parte da comunidade. E assim também ocorreu com as propostas de reforma setorial do Código de Processo Penal. Entre os anos de 1992 a 1994 foram elaborados 17 anteprojetos de reforma setorial do Código de Processo Penal, por três comissões que se sucederam: a original, uma revisora e outra de sistematização, coordenadas pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Os anteprojetos redigidos pela primeira comissão foram publicados oficialmente para receber sugestões e críticas que foram aproveitadas pelas demais.

No entanto, a última Comissão de Reforma do Código Penal estava adotando procedimento completamente diverso. Os trabalhos foram iniciados em 03.02.1998, nada mais fazendo naquele dia senão adotar-se o *Esboço* de 1994 como roteiro. Houve mais três reuniões formais até o final de fevereiro (dias 18,

(28) A despenalização e a transação nos Juizados Especiais, bem como a suspensão condicional do processo foram algumas das múltiplas transformações operadas. No campo de Direito Penal material surgiram leis que criminalizam as práticas discriminatórias, a tortura, as ações praticadas por organizações delituosas, a esterilização cirúrgica, a interceptação de comunicações telefônicas, a remoção ilegal de tecidos, órgãos ou parte do corpo de pessoa ou cadáver, o porte de arma, infrações de trânsito e os atentados contra o meio ambiente, para ficarmos com alguns exemplos.

26 e 27) sem que se atendessem duas recomendações essenciais da Portaria n. 1.265 de 16.12.1997, que instituiu a Comissão: 1.ª) não se recolheu a opinião de outros penalistas além de dois dos consultores já designados; 2.ª) não se fez o confronto entre o *Esboço*, as leis especiais dos anos seguintes, e os projetos em andamento no Congresso Nacional.

O prazo fatal para a entrega do anteprojeto *acabado* no dia 12 (ou 16) de março – 38 (ou 42) dias contados da primeira reunião –, sem divulgá-lo para sentir as reações comunitárias e submetê-las ao exame de uma comissão revisora, iria suprimir uma etapa essencial para a boa feitura de uma lei de grande ressonância individual e coletiva. As entrevistas e as opiniões em torno de temas polêmicos (ampliação dos casos de aborto, ortotanásia, assédio sexual, descriminalização da bigamia, etc.), sob os refletores da mídia, jamais poderiam ser consideradas como propostas amadurecidas. A respeito daquela *publicidade enganosa* disse Miguel Reale Júnior: “A reforma do Código Penal não é nem pode ser folhetim de campanha”.²⁹

O ritmo galopante das pautas da comissão estava sacrificando duas liberdades essenciais aos Estados Democráticos de Direito: a liberdade de informação e a liberdade de opinião.

Sem elas não existe a legitimação popular para um novo Código Penal, apesar do aqodamento do Ministro da Justiça que lembrou a promessa da Constituição de 1824, de organizar, o *quanto antes*, um código criminal “fundado nas sólidas bases de justiça e equidade” (art. 179, § 18).

Mas o Imperador Dom Pedro I tinha razão para ter pressa. Afinal, era preciso revogar a “carnífica tortura”, alimentada pelo Livro V das horrendas *Ordenações* do Reino de Portugal.

2.5.4 O apelo ao Coordenador

Constatei direta e pessoalmente o aqodamento das *intervenções pontuais* que alguns membros da Comissão pretendiam fazer em dispositivos do *Esboço* sem que houvesse maior consideração das vertentes ideológicas que deveriam alimentar o projeto e a sistematização de regras e princípios para compor o texto. Criminalizavam-se ou descriminalizavam-se fatos segundo a flutuação de maioresias ocasionais e a maior ou menor pressão de grupos que estavam influenciando já durante as primeiras reuniões de modo precipitado assim como ocorreu com Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, obstinado em criminalizar o assédio sexual. Aumentavam-se ou reduziam-se as penas privativas de liberdade (mais dois anos, menos um ano) na especulação e na barganha de um *mercado persa*. Procurando construir a partir do telhado e com a ligeireza para entregar a *casa*, cometeram-se muitas erronias. Por exemplo: a) ao substituir o instituto do *perdão judicial* pela isenção de pena imposta como um dever do magistrado;³⁰ b) ao se cominar à injúria por preconceito uma pena privativa de liberdade de um a 3 (três) anos, muito superior à calúnia;³¹ c) ao se admitir a

(29) A contundente observação foi feita na carta dirigida ao Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (02.03.1998) e repetida em vários jornais.

(30) Vejam-se, a propósito, o § 7.º do art. 121 e o § 8.º do art. 129 e o § 2.º do art. 241 do Anteprojeto, que modificam o § 5.º do art. 121; § 8.º do art. 129 e § 2.º do art. 249 do CP.

(31) Esse é o disparate do § 2.º do art. 141. A vingar esse desconchavo, o agente poderá preferir a imputação falsa de que

eutanásia (punida com a reclusão de três a seis anos), sem a exigência de comprovação prévia e competente de dois elementos do tipo: 1.º – O “sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave”; e 2.º – Que “o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior” (§ 3.º do art. 121). E se a *morte piedosa* for praticada por um parente ou amigo do paciente, independentemente do diagnóstico médico? Como provar-se, tempos mais tarde, aqueles elementos nucleares do tipo pela necrópsia?³²

Ao perceber aqueles e outros desconchavos e ao constatar que o Ministro Íris Rezende pretendia obter um *texto acabado* da Comissão, ainda em meados de março de 1998, resolvi escrever uma carta ao Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, registrando as minhas inquietações na expectativa de mudar aquele *regime de urgência* estabelecido pelo cronograma do Ministro-candidato. Dei ciência aos professores Miguel Reale Júnior e Juarez Tavares do que estava sucedendo e ouvi o testemunho de ambos de que estavam experimentando os mesmos sentimentos de apreensão.

A carta foi lida por mim mesmo em sessão do dia 26.02.1997,³³ e tem a seguinte redação:

“Senhor Coordenador:

“Inicialmente devo cumprimentá-lo pelos esforços na coordenação dos trabalhos visando à elaboração de um novo

anteprojeto de reforma global do Código Penal, bem como pela opção de adotar como roteiro básico o texto do *Esboço* elaborado por outra comissão (1992/1994), formada também no âmbito do Ministério da Justiça e coordenada pelo Ministro Evandro Lins e Silva. Tal *Esboço*, que cuidou somente da Parte Especial do Código Penal, teve a orientá-lo o equivalente Anteprojeto de 1984, coordenado inicialmente pelo então Subprocurador da República, Professor Francisco de Assis Toledo, e depois por Vossa Excelência.

“Os trabalhos atuais, iniciados no dia 3 do corrente mês e ano, estão sendo desenvolvidos por ilustres colegas, estudiosos e profissionais das ciências penais e têm recebido o apoio de setores e órgãos do Ministério da Justiça, a exemplo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob a presidência do Prof. Licínio Leal Barbosa e da Secretaria de Assuntos Legislativos, sob a direção da Dra. Ivete Lund Viégas.

“A imprensa e outros meios de comunicação vêm acompanhando as reuniões da Comissão e tem proporcionado amplos espaços para determinados *aspectos localizados* da Reforma, privilegiando temas como o chamado *assedio sexual*, a ortotanásia, o aborto, o perigo de contágio venéreo e de doença grave.

“No entanto, apesar do relevo e da necessidade democrática dessa divulgação, é fundamental que ela não tenha como fonte exclusiva os debates travados no seio da Comissão, em face da natureza polêmica das sugestões já analisadas e da controvérsia das opiniões manifestadas nas reuniões e em entrevistas. Sob outro aspecto, uma reforma global do sistema penal, assim como a concebeu o ilustre Ministro Íris Rezende, instituindo três comissões visando a revisão do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de

o ofendido cometeu um *crime de estupro* (detalhando o fato) que chamá-lo de *negro ignorante*.

(32) Essas são algumas das muitas objeções que, oportunamente, constituirão tema de outro artigo.

(33) Somente no dia 02.03.1998, uma segunda-feira, esse fato chegou ao conhecimento público em face de reportagem publicada pela *Folha de São Paulo* que também ouviu o coordenador dos trabalhos.

Execução Penal, pressupõe a *convivência ideológica e funcional* dos respectivos diplomas. A essa grave preocupação deve-se somar a angústia vivida pelos operadores do Direito Penal e das ciências afins com a hiper-inflação de leis e de projetos de lei que provocam maléficos efeitos como a *atomização* do ordenamento positivo, a *superposição* de normas incriminadoras e a *insegurança* do sistema de penas.

“O *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* que se notabilizou, desde a sua fundação, como o centro mais avançado de pesquisas e estudos sobre os temas universais do delito, do delinquente e das reações penais, tem desaprovado as *reformas pontuais* do Código Penal, quando não acompanhadas de um debate ampliado pelos operadores do sistema e pela própria sociedade. A *Revista* e o *Boletim* do IBCCrim, como veículos do pensamento de prestigiados escritores nacionais, têm se dedicado a essa atividade crítica, e assim também o fazem outros órgãos de divulgação especializada, reunindo a colaboração de associações e outras entidades de trabalhadores do Direito e da Justiça criminais.

“Vale recordar as palavras com as quais Augusto Teixeira de Freitas, o imortal jurisconsulto e consolidador da legislação civil pátria, iniciou o prefácio para a publicação de seu famoso *Esboço*: “Antes de apresentar ao Governo Imperial o Projeto do Código Civil, cuja redação me foi encarregada por Decreto de 11.01.1859, entendi que o devia depurar com a estampa das diversas partes dêste longo trabalho, que por ora tem o título de *Esboço*. Expor-me à censura de todos, facilitar minha própria censura, que acharia embaraço na combinação de páginas manuscritas: eis o fruto que pretendo colher desta primeira tentativa”. (*Código Civil – Esboço*, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Ne-

gócios Interiores – Departamento de Imprensa Nacional, vol. I, p. 3). (O prefácio, intitulado “Ao público”, é datado de 25.08.1860).³⁴

“Todos esses aspectos, Senhor Coordenador, levam-me ao dever imperioso de sustentar a necessidade de ampla divulgação oficial dos trabalhos da atual Comissão, antes de assumirem a forma técnica de um *Anteprojeto*. Esse estilo de publicidade tem o objetivo de ampliar a discussão das propostas de reforma não somente pelos estudiosos e profissionais do complexo penal, processual e penitenciário, como também pelos meios de comunicação e pela sociedade de um modo geral.

“Respeitosamente proponho que da publicação constem, também, os votos vencidos nas decisões a respeito de matérias controvertidas e a relação das leis especiais que devem ser revistas e consolidadas no texto de um futuro *Anteprojeto de Código Penal*.

“A primeira das providências é necessária para documentar a posição individual dos membros da Comissão; a segunda é indispensável como programa racional de ação para combater o fenômeno que o saudoso Nelson Hungria pitorescamente identificou e *batizou* com lucidez científica e sabor literário: “... o prurido legiferante no Brasil é coceira de urticária. Muda-se a lei como se muda de camisas. Reformam-se periodicamente as leis sem que nem para que, ou pelo só capricho de as reformar. E quase sempre para pior”. (“A nova lei de imprensa”, em *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: ed. revista Forense, 1955, vol. VI, p. 269).

“Já foi dito, com muita propriedade: um povo que esquece a História é condenado a repeti-la. Essa advertência

(34) No texto foi observada a ortografia do original.

é de todo oportuna quando nos lembramos da *odisséia* em que se converteu o texto final do Código Penal de 1969, quando a velocidade dos fatos políticos e institucionais, ao lado das carências operacionais da última Comissão Revisora do Anteprojeto Hungria, provocaram o descrédito de um projeto que viveu 10 anos, contado o tempo de concepção até a sua *délivrance*. Alguns detalhes daquela *catástrofe adiada* foram testemunhados com a sinceridade e a lamentação de um dos próprios redatores do *natimorto* diploma: Heleno Cláudio Fragoso ("Subsídios para a história do novo Código Penal", em *Revista de Direito Penal*, Estado da Guanabara: ed. Borsoi, n. 3, jul.-set., 1971, p. 7 e s.).

"Para que as novas propostas, relevantes em seu ideário cívico e pertinentes no cenário científico, não se transformem - pela falta de maior reflexão e debate - em *sítios de insegurança* e *usinas de anomia*, torna-se imperiosa a sua publicação oficial, sob a capa de um *Esboço*. Tal iniciativa tem os objetivos de estimular o debate sobre o documento e obter o maior número possível de contribuições.

"Estão solidários com a natureza e o sentido da presente manifestação os Profs. Miguel Reale Júnior e Juarez Tavares, que justificaram suas ausências para as reuniões dos dias 26 e 27 do corrente mês. Quanto a mim, tomo a liberdade de submeter o texto de minha responsabilidade à consideração de V. Exa. e dos demais integrantes da Comissão.

"Queira aceitar, Senhor Coordenador, as expressões de estima e consideração devidas à sua sensibilidade e ao seu talento de jurista e magistrado.

"René Ariel Dotti".³⁵

(35) A carta foi publicada no *Boletim* do IBCCrim, n. 64, de março de 1998, p. 2.

2.5.5 O apoio do IBCCrim

Ao divulgar inteiramente o documento e ao aderir às manifestações nele contidas, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais declarou que "sempre se posicionou favoravelmente à realização de reforma global do Código Penal, criticando as alterações pontuais, desacompanhadas de debate público. Bem por isso, discordamos da fixação de prazos diminutos para a elaboração ao anteprojeto, o que impede o debate e a necessária e ampla discussão do assunto".³⁶

2.5.6 A manutenção do ritmo dos trabalhos

A leitura da carta, porém, não produziu qualquer efeito prático. Um dos membros da comissão objetou a proposta com o argumento de que o anteprojeto seria discutido no Congresso Nacional, como seu foro próprio. O coordenador dos trabalhos admitiu a necessidade da publicação do texto para receber críticas e sugestões mas não definiu a fase em que isso ocorreria.

O cronograma não foi interrompido. Ao reverso, novas reuniões iam sendo designadas sem o tempo mínimo razoável para que os nomeados pudessem refletir, com seus colegas de Comissão e demais profissionais e estudiosos das questões penais. O propósito de se remeter um texto pronto da Comissão até o dia 12 de março ao Ministro da Justiça estava em plena marcha, mesmo frustrando às exigências de adequação aos projetos de lei em curso e da indispensável consolidação das leis extravagantes.

(36) A nota, publicada na primeira página do número 64, do *Boletim*, é assinado pela Diretoria do IBCCrim.

2.5.7 A decisão das renúncias

Diante daquele *teatro do absurdo* não me restou outra alternativa senão desligar-me da Comissão. E assim o fiz através da seguinte carta, remetida por fax ao Ministro Íris Rezende, no dia 02.03.1998:

“Senhor Ministro:

“Na reunião do dia 26 de fevereiro, da Comissão instituída pela Portaria n. 1.265, de 16.12.1997, para elaborar um anteprojeto de Código Penal, procedi à leitura de uma carta dirigida e entregue ao Coordenador da Comissão, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

“Como se verifica pela cópia em anexo, o texto salienta a necessidade de uma ampla divulgação oficial dos trabalhos da atual Comissão, antes de assumirem a forma técnica de *Anteprojeto*. ‘Esse estilo de publicidade tem o objetivo de ampliar a discussão das propostas de reforma não somente pelos estudiosos e profissionais do complexo penal, processual e penitenciário, como também pelos meios de comunicação e pela sociedade de um modo geral.’ Ainda foi sugerido que ‘da publicação constem, também, os votos vencidos a respeito de matérias controversas e a relação de leis especiais que devem ser revistas e consolidadas no texto de um futuro *Anteprojeto de Código Penal*.’

“Os Profs. Miguel Reale Júnior e Juarez Tavares (que, por motivo justificado não compareceram às reuniões dos dias 26 e 27 de fevereiro), manifestaram sua adesão aos termos da carta, após consultados por telefone.

“Muito embora o ilustre Coordenador tivesse afirmado que os trabalhos serão publicados não esclareceu, porém, o momento e a forma de tal divulgação. A falta de precisão quanto a esses aspectos e a opinião de um dos membros da Comissão – após a leitura da

carta – no sentido de que a discussão das propostas deve ser travada no Congresso Nacional, ao receber o projeto de lei, reforçaram-me a convicção de que será cumprido o calendário a que já se propôs a coordenação, ou seja, de entregar a V. Exa. um texto *pronto* no dia 12 de março. Essa data-limite já foi noticiada aos membros da Comissão e divulgada na imprensa. Outro dado revelador desse objetivo tem sido a designação de reuniões em ritmo incompatível com a discussão mais aprofundada de múltiplos temas da reforma do sistema deflagrada por V. Exa., compreendendo também as mudanças no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

“A Portaria n. 1.265 determina que a Comissão “apreciará todos os trabalhos anteriores já realizados, *assim como os projetos de lei em andamento objetivando a sua adequação*” (art. 3.º). Tal confrontação, indispensável e urgente, não está sendo feita como se observou nas reuniões das quais participei. Se é certo que as discussões têm como ponto de partida o *Esboço* elaborado por outro grupo de juristas (1992-1994), também é verdade que o documento não foi publicado para receber a crítica da comunidade e as observações de aprimoramento, embora o empenho em tal sentido do então coordenador, Ministro Evandro Lins e Silva, e dos demais membros do grupo em reunião formal mantida com o Ministro da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Sua Excelência foi insensível àquela sugestão e condenou ao *limbo* o texto das propostas que traduziram o fruto de esforços individuais e de entidades representadas, além de significativos gastos públicos.

“Por outro lado, não tem sido possível refletir com maior cuidado sobre temas socialmente polêmicos e cientificamente complexos já debatidos no seio

da Comissão e que exigiriam também a consulta a outros 'einentes juspenalistas de notório saber', assim como recomenda a Portaria baixada por V. Exa. ao designar os ilustres consultores Ministro Evandro Lins e Silva, Dr. Damásio Evangelista de Jesus e Des. Alberto Silva Franco (art. 2.º).

"Permito-me ponderar que o procedimento de elaboração de anteprojeto em duas etapas - uma pela primeira comissão e outra por uma comissão revisora, analisando as críticas e sugestões advindas com a publicação do texto original, - foi adotada nos trabalhos preparatórios dos anteprojetos que se converteram nas Leis 7.209 e 7.210, de 1984, e mais recentemente com as propostas de reforma setorial do Código de Processo Penal, apresentadas por comissões coordenadas pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (cf. Portaria ns. 3, de 1992, da Escola Nacional da Magistratura e Portaria n. 349, de 1993, do Ministro da Justiça, Maurício Corrêa).

"Quanto à reforma atual, a entrega do texto *acabado* a V. Exa. no dia já apazado (12.03.1998) constituiria um novo *record* na história dos códigos em nosso País: enquanto o Código Penal de 1969 teve o seu início de vigência adiado por 9 (*nove*) anos (posto que revogado em 1978), o anteprojeto atual teria sido redigido na *marca* excepcional de apenas 38 (*trinta e oito*) dias, contados da primeira reunião de trabalho (03.02.1998).

"Todos esses fatos e essas circunstâncias, Senhor Ministro, levam-me à decisão irrevogável de pedir-lhe a *exoneração* do honroso encargo de membro da Comissão instituída pela Portaria n. 1.265/97, não sem antes agradecer-lhe a profunda honra da nomeação com a qual fui distinguido.

"Nenhum outro propósito me anima a não ser o de procurar servir à causa

da reforma penal com o melhor de meus esforços e a maior das minhas esperanças para não frustrar a expectativa popular que está ansiando pelos valores de justiça e segurança.

"Afinal, é preciso temperar o idealismo de *Dom Quixote* com o bom senso realista de outro tipo permanente de humanidade: Sancho Pança. É ele quem nos diz com prudente sabedoria: 'Será maravilha que acerte, porque não fará senão alinhar, alinhavar, como alfaiate em véspera de Páscoa, e obras aldrabadas à pressa nunca se acabam com a perfeição que requerem'. (*Dom Quixote de la Mancha*, Parte Segunda, Cap. IV).

"Aproveito o ensejo, Senhor Ministro, para transmitir-lhe as expressões de estima e consideração.

"René Ariel Dotti".³⁷

Na mesma data, os Profs. Miguel Reale Júnior e Juarez Tavares também se exoneram da Comissão. Foram esses os textos das respectivas cartas:

"São Paulo, 2 de março de 1998.

"À Sua Excelência, o

Senhor Ministro de Estado da Justiça

Senador Iris Rezende

Ministério da Justiça

Brasília - DF

"Senhor Ministro,

"Tendo tido a honra de ser nomeado por V. Exa. membro da Comissão instituída pela Portaria n. 1.265/MJ para a reforma do Código Penal, venho solicitar, em caráter irrevogável, a exoneração dessa função, uma vez discordar frontalmente do curso dos trabalhos que ali vêm sendo realizados.

"Registro, Senhor Ministro, que minha discordância não se refere ao

(37) Destaques do original. Cópia da carta foi remetida, também por fax, ao Coordenador dos trabalhos.

mérito das decisões, malgrado sejam polêmicas, mesmo porque muitas delas têm o meu assentimento. A dissonância fundamental reside no modo açodado, apressado, que vem marcando a realização dos trabalhos. Pretende-se, em suma, ultimar, em escassas semanas, propostas acerca de questões delicadas, que deveriam ser objeto de maior reflexão, de decantação, do necessário repensar dos valores implicados.

“Na qualidade de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e de membro, no passado, de diversas comissões de elaboração legislativa – inclusive a que resultou na Parte Geral do Código Penal – não posso, cientificamente, aceitar que se tenha tamanha urgência na feitura de uma nova Parte Especial daquele código, que diz respeito aos valores básicos da sociedade e à liberdade do cidadão. Não há razão política que justifique esta temeridade.

“A urgência, com a pretensão, inúmeras vezes repetida, de se terminar a tarefa dia 16 do corrente mês, faz do trabalho uma imprudência que, penso, Vossa Excelência reconhece, graças à sua experiência como Senador da República, ser o pior dos caminhos da elaboração legislativa. Não pode haver outro prazo que não o da sedimentação ponderada das idéias, abrindo espaço, assim, ao equilíbrio e à serenidade que devem presidir o labor do jurista ao escolher valores e condutas a serem objeto das normas penais.

“Presenciei, contudo, na única reunião da qual participei, um clima em tudo e por tudo contrário àquele que tenho como imprescindível à justa ponderação dos valores a serem tutelados pelo Direito Penal. O mesmo clima, açodado, foi-me descrito pelo Prof. Dr. René Ariel Dotti como o reinante em duas outras sessões nas quais não pude comparecer, de uma feita em virtude de

compromisso na Universidade, de outra em razão de viagem anteriormente marcada.

“Estas preocupações foram manifestadas, em longo telefonema, ao Senhor Presidente da Comissão, Ministro Cernicchiaro. Ponderei, na ocasião, que o trabalho não deveria ser enviado ao Congresso Nacional sem antes ser submetido ao salutar debate com a comunidade jurídica e a sociedade civil. Missiva da lavra do Prof. Dr. René Ariel Dotti, subscrita pelo Prof. Dr. Juarez Tavares e por mim, contendo as mesmas considerações, foi lida na reunião do dia 26 de fevereiro, mas a advertência caiu no vazio, tudo indicando a busca do fato consumado do envio do Anteprojeto à Presidência da República e posterior remessa ao Congresso Nacional.

“Estou convicto, porém, que não se pode fazer um Código Penal em trinta e poucos dias – já que a primeira reunião de trabalho se deu em 3 de fevereiro –, e nem será com a extensão do prazo *mais um pouquinho*, como diz em entrevista à Folha de São Paulo de hoje, p. C3, o Ministro Cernicchiaro, que se irá adotar a prudência requerida para um trabalho científico. Todos os lidadores do Direito, e mesmo a opinião pública, assim como dita o senso comum, sabem que esta pretensão não é sábia.

“Assim sendo, nada mais me resta a não ser solicitar a exoneração da função, requerendo que conste, da Exposição de Motivos, o meu afastamento pelas razões acima fundamentadas.

“Receba, Senhor Ministro, os protestos da minha distinguida consideração.

“Cordialmente,

Miguel Reale Júnior”.³⁸

(38) Publicada no *Boletim* do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 003, de março de 1998, p. 38/39.

"Rio de Janeiro, 03 de março de 1998.

"Ao

Excelentíssimo Senhor

Senador Iris Rezende

Digníssimo Ministro de Estado da Justiça

Brasília - DF

"Senhor Ministro:

"Dirijo-me a V. Exa. com o objetivo de expor alguns aspectos que reputo importantes acerca da reforma penal e dos trabalhos que se desenvolvem no âmbito da comissão, para a qual fui nomeado por Vossa Excelência.

"A reforma de um Código Penal, segundo os próprios ensinamentos do Ministro Cernicchiaro, manifestados em reuniões realizadas na Comissão Evandro Lins, passa necessariamente por várias fases, nas quais se devem traçar, primeiramente, o plano e as propostas de trabalho, depois a metodologia adotada e, finalmente, a redação dos tipos, sobre a qual se concretizam não apenas as expectativas de cada um, segundo suas perspectivas teóricas ou até mesmo ideológicas, senão dos juristas e da comunidade social. Portanto, o resultado final constitui, no fundo, uma obra de compromisso, não o produto de uma única orientação ou de determinado conceito ou teoria.

"Em face dessas particularidades, que foram comprovadas ao longo das atividades de todas as comissões de reforma de que participamos (só para lembrar a Comissão Evandro Lins e a Comissão Assis Toledo), os trabalhos de reforma necessitam não apenas de uma rápida discussão sobre como melhor compor determinado tipo de delito, senão de opções axiológicas e a ponderação do conflito social concreto que está na base da proposta de incriminação, que vão desde a discussão acerca da oportunida-

de de sua manutenção ou eliminação até a ponderação da quantidade da pena cominada.

"É óbvio que esta atividade não pode ser tomada de afogadilho, nem seguir um plano temporal fixo e exíguo, não importa se para alcançar metas sociais relevantes e valiosas, ou para seguir determinada orientação política. Os trabalhos de reforma devem, necessariamente, durar certo tempo para que as propostas, as discussões, as idéias, as formas de valoração possam ser sedimentadas e se converter em valores estratificados. Só assim é que se pode dizer que o projeto terá a garantia de seu cumprimento concreto, porque representa, por isso mesmo, uma obra de compromisso, e de todos.

"Os trabalhos da atual comissão, porém, ao contrário de todos esses critérios e do que ocorreu no passado, no Brasil e em outros países (registre-se que a reforma alemã demorou mais de 10 anos, a portuguesa mais de 15 anos e a espanhola mais de 12 anos), tem seguido um método absolutamente inédito, de sobre a coleção dos artigos do esboço Evandro Lins, de cuja confecção igualmente fizemos parte, redigir apressadamente os tipos e cominar-lhes as penas. Esta pressa, embora os resultados até aqui alcançados venham ao encontro, na sua maioria, da minha própria concepção (isto é óbvio porque são no fundo variações do esboço Evandro Lins), pode conduzir a uma perigosa quebra de sistema do projeto, ou fazer inserir algumas disposições que se choquem com o espírito democrático da discussão ampla e transparente, ou que representem certa predileção no que toca a concepções pessoais, ou a panoramas alheios aos interesses reais da nação brasileira. A questão, para mim, não se pode fixar nos resultados (sou inteiramente contrário ao chamado direito penal da eficácia, que sedimenta

as correntes funcionalistas), mas nos princípios democráticos, sem os quais é inadmissível nos dias atuais um trabalho científico sério e duradouro.

“Como não desejo ver-me depois situado como o obstáculo de consecução do projeto dentro do tempo próprio à nossa sanha legislativa, nem dar-lhe o aval de aprovação, sem uma prévia e ampla discussão de seu texto com a comunidade jurídica nacional, venho solicitar-lhe exoneração de meu cargo de membro da comissão de reforma do Código Penal, para o qual muito honrosamente fui nomeado por V. Exa. e a quem, desde logo, agradeço por esta indicação.

“Respeitosamente,
Juarez Tavares”

2.5.8 A repercussão pública do incidente

O Ministro Íris Rezende manifestou surpresa, em entrevista para a imprensa, pelo fato dos demissionários saírem desfechando críticas, atitude inusual em situações anteriores idênticas quando se procurava a reforma parcial ou global do Código Penal. Mas é facilmente explicável essa mudança de comportamento. Nos anos 60 e 70 – época em que fermentavam movimentos de reforma – a crítica e a denúncia não podiam ser manifestadas fora dos ambientes acadêmicos e das páginas ortodoxas das revistas técnicas. Nos anos 90 o protesto deveria vir às ruas porque vivemos em um Estado Democrático de Direito onde a liberdade de informação e os correspondentes direitos de informar, de ser informado e de se informar devem ser plenamente exercidos, principalmente quando se trate de alterar o instrumento de maior relevo no sistema de controle da criminalidade: o Código Penal.

A importância da reforma e as peculiaridades do incidente pautaram os meios de comunicação de todo o Brasil. Os jornais de grande circulação nacional em editoriais e reportagens aprovaram a decisão das renúncias e deploraram o açodamento que se imprimia nos trabalhos da Comissão.³⁹ Um destaque a respeito da história dos movimentos de reforma e a colheita de opiniões sobre os trabalhos da Comissão foi objeto de ampla reportagem da *Folha de São Paulo*.⁴⁰

2.5.9 As manifestações da comunidade científica

Foram inúmeras as manifestações de apoio às decisões de renúncia, oriundas dos mais variados setores da comunidade científica: nas universidades, associações e instituições dedicadas aos temas de Direito e Processo Penal o gesto de resistência foi festejado como um novo tempo de discussão democrática das questões penais. Na Comissão de Reforma da Lei de Execução Penal o seu presidente, João Benedicto de Azevedo Marques, solicitou prorrogação de prazo, por mais 90 (noventa) dias para elaborar o texto de um novo anteproje-

(39) Entre outras, podem ser referidas as matérias publicadas em *O Correio Brasileiro (Briga na comissão do Código Penal, 03.03.1998, p. 11); Folha de São Paulo (Ministro recua na revisão do Código Penal, 04.03.1998, cotidiano - 7), (Reforma do código continua sem problema, 08.03.1998, p. cotidiano-5); O Estado de São Paulo (A reforma do Código Penal, 09.03.1998, p. A-3); Jornal da Tarde (Barganha tem limites, 12.03.1998, p. 4-A); Jornal do Brasil (Intenção Oculta, 19.03.1998, p. 8); Jornal da Tarde (Código Penal, efeito eleitoral, 19.03.1998, p. 4A);*

(40) Edição de 08.03.1998. Naquela oportunidade publiquei o artigo “A publicidade enganosa do anteprojeto 98”.

to.⁴¹ Também como reflexo das renúncias o Prof. Rogério Láuria Tucci demitiu-se da Comissão da Lei de Execução Penal.⁴²

Em editorial publicado na edição de março de 1988, o Instituto Manoel Pedro Pimental,⁴³ através de sua Presidente, Profa. Ivette Senise Ferreira, deplorou o incidente, salientando: "Do episódio temos a lamentar a oportunidade perdida de um trabalho conjunto, do mais alto gabarito, que resultaria do acordo e da união entre todos os componentes da Comissão. Mas, sobretudo, em virtude das peculiaridades apontadas na execução dos trabalhos da Comissão, devemos lamentar profundamente que a situação tenha se deteriorado a ponto de comprometer os resultados de uma reforma, a qual, se bem que necessária e urgente, deve ser realizada de forma ponderada e serena, para que possa refletir realmente os valores primordiais de nossa sociedade e a reprovabilidade essencial para a incriminação ou descriminalização de condutas questionáveis do ponto de vista ético e jurídico".⁴⁴

(41) O pedido foi atendido pela Portaria n. 191, de 05.03.1998, publicada no DOU de 06.03.1998, seção 2.

(42) Em suas cartas ao Ministro da Justiça e ao Presidente da Comissão (datadas de 06.03.1998), o Prof. Tucci declara que não seria possível a elaboração de um texto de reforma antes do prazo (mínimo) de um ano.

(43) Manoel Pedro Pimentel (1922-1991), Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP foi um dos mais destacados penalistas de sua geração e o mais prestigiado escritor em temas da Parte Geral e da Parte Especial do Código Penal. Participou intensamente da redação do Anteprojeto de 1984 como um dos líderes do grupo, com destaque para as áreas da criminalidade econômica tributária e financeira e da relativa ao meio ambiente.

(44) *Boletim* do Instituto Manoel Pedro Pimentel, cit, p. 1.

2.5.10 A publicação do Anteprojeto de 1998

No dia 24.03.1998, o Ministro Íris Rezende assinou o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial, contendo uma única alteração na Parte Geral, relativa às penas restritivas de direito (CP art. 44).⁴⁵ E assim o fez poucos dias antes de se desincompatibilizar para concorrer ao Governo de Goiás.

Pressionado pelos reflexos do incidente e pelas reações da comunidade científica, que deplorou o açodamento dos trabalhos da Comissão e a ameaça de suprimir uma etapa na discussão das propostas, não restou ao Ministro Rezende outra alternativa senão a de mandar publicar o texto (inacabado) para receber sugestões. E, ao mesmo tempo, nomeou uma Comissão revisora para apreciar as sugestões a serem encaminhadas até 31.08.1998.

2.5.11 A Comissão de Revisão

Pela Portaria n. 232, de 24.03.1998, o Ministro Íris Rezende nomeou os membros de uma Comissão de Revisão para examinar as sugestões a serem recebidas até o dia 31 de agosto do corrente ano, "com vistas a elaborar redação final do texto a ser encaminhado ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República". Além dos integrantes da Comissão original que nela permaneceram (Luiz Vicente Cernicchiaro, Ney Moura Telles, Licínio Leal Barbosa e Ela Wiecko Volkmer de Castilho), foram designados os Desembargadores Dirceu de Mello e João de Deus Lacerda Menna Barreto; os Profs. Luiz Alberto Machado, Damásio Evangelista de Jesus e Sérgio de Oliveira Medici e o Doutor

(45) Portaria n. 232, de 24.03.1998, publicada no DOU de 25.03.1998, seção 1.

Antonio Nabor Areias Bulhões. Foi designado Consultor da Comissão o Ministro Evandro Lins e Silva.⁴⁶

3. A necessidade de uma nova consolidação

3.1 Um pressuposto indispensável

É impensável elaborar um *novo* Código Penal sem enfrentar o problema da eficácia de todas as leis vigentes ao tempo do início de sua vigência. Não é possível operacionalizar um sistema de prevenção e repressão da criminalidade sem definir quais são as leis *velhas* que devem ser revogadas e quais são as leis *extravagantes* a serem recepcionadas pelo novo ordenamento e que com ele podem conviver. Essa definição jamais poderá ser feita com a fórmula vaga da revogação tácita, assim como ocorre com a generalidade das leis quando o legislador, num dos últimos artigos, repassa a obrigação de solucionar os conflitos de sucessão para o juiz. Em se tratando de um Código Penal – que deve ser garantidor e didático – não se admite esse tipo de *deserção*. Com muita propriedade a Diretoria do IBCCrim, assim se manifesta: “Some-se a isso o fato de não terem sido incluídas inúmeras leis na presente legislação: nova lei ambiental, nova lei de trânsito, lei de entorpecentes, lei de lavagem de dinheiro, lei contra a ordem econômica, etc. Assim, mesmo com a eventual aprovação desde anteprojeto, teríamos que conviver com diversas outras leis esparsas, com a mesma balbúrdia hoje vigente em face da inflação legislativa. Ademais, ao final deste corpo legislativo, a Comissão propõe a ‘revogação das disposições em contrário’ sem especificar quais leis continuarão em vi-

gor e quais estariam revogadas. Se o anteprojeto for aprovado inúmeras serão as discussões sobre quais normas continuarão em vigor e quais não, pelo simples fato do legislador desconhecer que uma das finalidades de uma nova legislação é a de *compilar* e organizar toda a matéria jurídico-penal”.⁴⁷

3.2 O problema ao tempo do Império

O problema da indispensabilidade da compilação das leis extravagantes para a elaboração de uma reforma global tem indicações históricas muito precisas e antigas. Revelando preocupação com o estado de tal legislação ao tempo da Independência,⁴⁸ a Constituição Imperial tratou de assegurar a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, pela proclamação segundo a qual dever-se-iam organizar “o quanto antes” um Código Civil e um Código Criminal “fundados em sólidas bases de justiça e equidade (art. 179, XVIII).

O Código Criminal surgiu em 1830 (16 de dezembro). E o art. 308 estabelecia: “Este Código não compreende: § 1.º Os crimes de responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado, os quaes serão punidos com as penas estabelecidas na Lei respectiva; § 2.º Os crimes puramente militares, os quaes serão punidos na forma das Leis respectivas; § 3.º Os crimes contra o commercio, não especificados neste Código,

(47) Editorial do *Boletim* do IBCCrim, de agosto de 1998, p. 1. (O grifo é do original).

(48) As *Ordenações* eram completadas por leis avulsas e, por isso, chamadas de “extravagantes”: resoluções, provisões, assentos da Casa de Suplicação, regimentos e estatutos, instruções, avisos e portarias (cf. César Tripoli, *História do Direito Brasileiro, Época Colonial*, São Paulo: RT, 1936, p. 75).

os quaes continuarão a ser punidos como até aqui; § 4.º Os crimes contra a polícia e economia particular das povoações, não especificados neste Código, os quaes serão punidos na conformidade das Posturas Municipaes”.

3.3 A Consolidação de 1932

Quase um século após a edição do Código do Império, Vicente Piragibe realizou o grande trabalho de consolidação das leis penais, publicado sob o título “Código Penal Brasileiro Completado com as Leis Modificadoras em Vigor, conforme o Dec. 22.213, de 14.12.1932.”

Entre as *consideranda* do aludido diploma, deu-se destaque às inúmeras modificações introduzidas no Código republicano (Dec. 847, de 11.10.1890), tanto na previsão dos delitos e intensidade das penas como pela adoção de novos institutos. O problema referente ao dogma do conhecimento presumido da lei se colocava em relevo diante da quantidade de leis esparsas. Daí por que, “não sendo lícito invocar a ignorância do Direito, devem estar as leis ao alcance de todos, 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”.⁴⁹

3.4 A Consolidação do Código Penal de 1940

Na orientação do Código Penal de 1940, os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa

e os de falência, bem como os de responsabilidade do Presidente da República e governadores ou “interventores”, e também os crimes militares passariam a ser objeto de legislação especial (art. 360).

3.5 A Consolidação no Código Penal de 1969

O Código Penal editado em 1969 (Dec.-lei 1.004 de 21 de outubro) remeteu para a legislação extravagante a criminalização de comportamentos atentatórios à segurança nacional e à ordem política e social, bem como a vasta gama de ilícitos relativos a falência, imprensa, telecomunicações, greve, responsabilidade, abuso de poder, fraude fiscal, utilização indevida de produto de cobrança de imposto (definido no art. 2.º do Dec. 326, de 08.05.1967) e os delitos militares (art. 406).

O art. 406 assim dispunha: “Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra o Estado e a ordem política e social, os crimes de falência, os crimes contra a honra por meio da imprensa, os crimes contra a economia popular, os crimes relacionados à telecomunicação, os crimes especiais de greve ou *lock-out*, os crimes de responsabilidade e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.”

3.6 A Consolidação na reforma de 1973

Nos anos 60 e 70 as leis extravagantes em matéria de ilícitos administrativos e fiscais alcançaram um número extraordinário em meio às graves deficiências técnicas de elaboração dos diplomas, a comprometerem gravemente a natureza e os objetivos do Direito Penal, fundado em princípios já consagrados como a responsabilidade em

⁽⁴⁹⁾ *Consolidação das Leis Penaes*, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p. V.

função da culpa, a personalidade da pena, etc.⁵⁰

Aquele panorama conduziu o legislador de 1973 (Lei 6.016, de 31.12.1973) a não somente repetir o conteúdo do art. 406, do CP de 1969 como admitir a profusão das leis extravagantes. Com efeito, declarava o art. 401 que, além das hipóteses de ilícitos ali contidos, ficariam à margem do Código Penal os crimes “previstos em outras leis e não incorporados a este Código”.

Vale transcrever o art. 401: “Ressalvada a legislação sobre os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, os de falência, de imprensa, os relacionados à telecomunicação, os de greve ou *lockout*, de responsabilidade, de abuso de poder, os crimes militares, os de fraude fiscal, e o de utilização indevida do produto da cobrança de imposto, definido no art. 2.º do Decreto-Lei 326, de 08.05.1967, bem como os previstos em outras leis e não incorporados a este Código, revogam-se as disposições em contrário.”

3.7 A Consolidação no Anteprojeto de 1984

“Art. 2.º Ressalvadas a legislação sobre os crimes contra a segurança nacional, contra a economia popular, os crimes militares, de imprensa, de falência, de responsabilidade do Presidente da República, dos Governadores, Ministros de Estado, Secretários de Estado e Prefeitos e leis especiais compatíveis com este Código, revogam-se as disposições em contrário”.

⁽⁵⁰⁾ A propósito do fenômeno da hipercriminalização através das leis extravagantes em matéria tributária e econômica, René Ariel Dotti, *O Direito Penal Econômico e a proteção do consumidor*, na *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, n. 33, p. 141 e s.

3.8 A Consolidação no Esboço

“Art. 468. Ressalvada a legislação especial sobre crimes de responsabilidade, eleitorais, militares, de imprensa e informação, e a que dispõe sobre tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, revogam-se as disposições em contrário”.

3.9 A falta de Consolidação no Anteprojeto de 1988

Contrariando esse invariável proceder histórico e sem enfrentar os problemas da *legislação de pânico ou teratológica*, o Anteprojeto de 1998 liberou, com uma só *penada*, o acesso à *Torre de Babel* ao determinar: “Esta lei entra em vigor seis meses após sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.⁵¹

4. A posição do IBCCrim

4.1 “Para que serve um Código?”

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, através do *Boletim* correspondente ao mês de agosto de 1998 elaborou um editorial assinado pela sua Diretoria que, após analisar os vícios e as incertezas do desastrado Anteprojeto de 1998, demonstrou para que serve um Código e as cinco grandes finalidades que deve ter um diploma com tal dimensão: a) *garantidora*, que se realiza da sistematização racional da lei como exigência do princípio da legalidade; b) *ordenadora*, que consiste no balanceamento dos bens jurídicos para destacar aqueles de maior relevo social visando reprovar as condutas que os ofendam; c) *compiladora*, pois deve sintetizar

⁽⁵¹⁾ Art. 3.º.

"todas as leis em um único corpo, organizando-as e sistematizando-as"; d) *reorientadora*, porque precisa fazer um equacionamento dogmático frente às realidades factuais e as modernas tendências em outros países que tiverem reforma contemporaneamente; e e) *transformadora*, para permitir a reformulação "como motivo de superação das referências penais tradicionais para a adequação a uma sociedade do presente com perspectivas de futuro".⁵²

5. Lições de uma experiência

5.1 Algumas coordenadas essenciais

Um projeto de reforma global de um Código não pode ser obra de um Ministro em fim de mandato e muito menos de uma legislatura em fase terminal.

Um projeto de reforma global de um Código Penal exige uma integração funcional e o indispensável relacionamento político entre o Ministro da Justiça, o Presidente da República, as instituições e associações dos profissionais de Direito, o Congresso Nacional, além da participação democrática da sociedade e de uma judiciosa seleção de especialistas que não tenham pressa.⁵³

Sem essas *coordenadas essenciais* todos os esforços estarão predestinados não somente ao limbo da indiferença oficial, mas também a encarnar o tormen-

to de Sísifo. Os deuses gregos haviam-no condenado a rolar um rochedo incessantemente até o cimo de uma montanha, de onde a pedra caía de novo por seu próprio peso. Eles tinham pensado que não existe punição mais terrível do que o trabalho inútil e sem esperança.

5.2 É possível refazer a esperança?

Do jeito que vão as coisas, da anomia gerada pela proliferação de leis injustas e leis nulas; da anarquia dos procedimentos de investigação, instrução e julgamento das causas criminais; da rotatividade de autoridades do Governo que *não são do ramo* e da utilização da ameaça penal como instrumento de terror, não nos restam forças para invocar a esperança existencial de Albert Camus quando reverte a sentença de maldição: "Deixo Sísifo no sopé da montanha! Sempre se reencontra o seu fardo. Mas Sísifo ensina a fidelidade superior que nega os deuses e levanta os rochedos. Ele também acha que tudo está bem. Esse universo doravante sem senhor não lhe parece nem estéril nem fútil. Cada um dos grãos dessa pedra, cada clarão mineral dessa montanha cheia de noite, só para ele forma um mundo. A própria luta em direção aos cimos é suficiente para preencher um coração humano. É preciso imaginar Sísifo feliz".⁵⁴

(52) Editorial, *Boletim*, cit.

(53) Afinal, como disse muito bem a sabedoria romântica de Alvaro Moreyra: "Há o determinismo. Há o livre arbítrio. Não há nada, e há de tudo. A questão é não ter pressa". (*As amargas, não... lembranças*, Porto Alegre: Ed. Instituto Estadual do Livro, 1989, p. 372.

(54) *Le mythe de Sisyphe*, tradução de Mauro Gama, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1989, p. 145.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.8

O BEM JURÍDICO DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

ROBERTO PODVAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Bem jurídico – 3. Do bem jurídico “ordem sócio-econômica” – 4. Do bem jurídico “circulação dos bens no mercado” – 5. Do bem jurídico “administração da justiça” – 6. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

A escolha do tema norteou-se pela divergência, seja doutrinária, seja legislativa, quanto à determinação do bem jurídico do crime de lavagem de dinheiro. Procurou-se fazer neste trabalho uma análise crítica, embora sucinta, das diversas definições do bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem de Dinheiro.¹

⁽¹⁾ A denominação adotada pelo Brasil pautou-se pelas explicações expostas pela Mensagem 1.448/96, do Poder Executivo aos membros do Congresso Nacional:

“A primeira opção imposta ao legislador brasileiro no trato desta matéria diz respeito à denominação legal, *nomen iuris*, do tipo de ilícito em causa. Alguns países optaram por uma designação que leva em conta o resultado da ação.

Caracterizando-se a conduta pela transformação do dinheiro sujo em dinheiro limpo, pareceu-lhes adequado o uso de vocábulo que denotasse limpeza. A França e a Bélgica adotaram a designação *blanchissement d'argent* e na mesma linha seguem a Espanha (*blanqueo de dinero*) e Portugal (*branqueamento de dinheiro*).

Outro critério preferido é o da natureza da ação praticada, partindo-se do verbo referido no tipo. Os países de língua inglesa empregam a expressão *money laundering*; a Alemanha designa o fato típico de *Geldwache*; a Argentina se refere

É de fundamental importância a definição do bem jurídico, sem a qual impossível será entender a função da norma, seus objetivos, bem como sua própria legitimação.

Tendo em vista que o trabalho é, por definição, breve e, portanto o espaço para desenvolver o tema é limitado, necessário será partir de premissas já definidas, embora muitas delas admitam profundas divergências, perfeitamente factíveis.

De início, tomar-se-á como função do Direito Penal a proteção de bens

a *lavado de dinero*; a Suíça indica o fato típico de *blanchissage d'argent* e a Itália se vale do termo *riciclagio*, que também identifica o verbo constante do tipo e não propriamente o resultado do comportamento.

A expressão ‘lavagem de dinheiro’ já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*). Por outro lado, conforme o Ministro da Justiça teve oportunidade de sustentar em reunião com seus colegas de língua portuguesa em Maputo (Moçambique), a denominação ‘branqueamento’, além de não estar inserida no contexto da língua formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões.”

jurídicos. Bens estes que encontram seus limites na Constituição Federal. Tais afirmações possibilitariam um trabalho próprio; o tema é interessante, profundo, espinhoso e traz consigo importantes questões de cunho jurídico e até filosófico, questões essas que não serão abordadas, em face dos limites mencionados, bem como dos objetivos desta avaliação.

Uma vez definidas tais premissas, será feito um estudo crítico, ainda que sintético, dos bens jurídicos, da ordem sócio-econômica, da circulação de bens no mercado e da receptação.

Para o trabalho, o ponto histórico inicial, será a reunião das Nações Unidas em 1988, não obstante não se desconheça que mesmo antes dessa data o tema já era discutido internacionalmente. No entanto, esse marco será suficiente para se chegar a conclusão que se busca.

Ao final, procurar-se-á definir qual o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro.

2. Bem jurídico

Uma das questões mais difíceis do Direito Penal – e há quem diga insolúvel – é a definição de bem jurídico.

“A noção do bem jurídico não pôde até hoje ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”.²

(2) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade – Direito Penal – Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime – Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal, 3.º ano, p. 52.

Não obstante a dificuldade de se determinar a noção do bem jurídico, é certo que a missão do Direito Penal, admitida pela maioria dos doutrinadores modernos, é a de proteção de tais bens,³ delimitando seus limites.⁴

Partindo-se dessa premissa, torna-se indispensável um estudo preliminar do bem jurídico protegido, toda vez em que se depara com uma nova legislação. Com isso definir-se-á qual a real função da norma em questão, esclarecendo, já de início, o que efetivamente a norma visa a proteger.

Para tanto, faz-se necessário localizar a norma na sua dimensão histórica. Toma-se como ponto inicial, conforme já ressaltado, a Convenção de Viena,

(3) Sobre o tema, vide Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, 4. ed., p. 7; Manoel da Costa Andrade, *Direito Penal Econômico – A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec.-lei 26/84 de 20 de janeiro) à Luz do Conceito de Bem Jurídico*, p. 74, Coimbra 1985; Claus Roxin, *Derecho Penal – Parte Geral tomo I Fundamentos. La Estructura de La Teoria del Delito*, Civitas, 1. ed., 1997, p. 70.; Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 100, dentre outros.

(4) Tais limites são determinados pela Constituição Federal: “se, num Estado de Direito material toda a actividade material se submete à Constituição, então também a ordem dos bens jurídicos há-de constituir uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordens se verificará pois uma relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado” – Figueiredo Dias, citado por Costa Andrade in *Direito Penal Econômico*, p. 84.

aos 20.12.1988, ocasião em que os países membros da Organização das Nações Unidas aprovaram a Resolução que os obrigava a penalizar a lavagem de capitais provenientes do tráfico de entorpecentes, resolução essa em vigor desde 11.11.1990.

O que se nota desse acordo é que a criminalização da lavagem de dinheiro surge como uma forma de coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, já que, não obstante a intervenção do direito penal nessa matéria (através de leis cada vez mais severas e com penas menos brandas), tal criminalidade não só persiste, como aumenta. Assim, uma vez evidenciada a impossibilidade de o Direito Penal evitar o tráfico de drogas, houveram por bem os Estados punir suas consequências.

No dizer de Faria Costa, "só há necessidade de 'branquear' dinheiro se ele provier de actividades primitivamente ilícitas. O que nos levaria, se nos deixássemos embrenhar em decorrência inconsistentes ou defasadas da realidade, a julgar que este ou é um falso problema ou tem a solução das coisas evidentes. Isto é: se, efectivamente, o branqueamento é uma actividade ilícita derivada ou induzida por outras actividades, também elas ilícitas, ataquemos, então, as causas e não os efeitos. Porém, porque a estratégia de ataque às primeiras actividades ilícitas – designadamente no que se refere ao tráfico de droga – se tem mostrado inoperante, entende-se que se deve controlar ou entrar, ao menos, os fluxos financeiros provenientes daquela primitiva actuação ilícita."⁵

Não se trata de criticar ou defender o uso da criminalização da lavagem de capitais com finalidade de conter o

tráfico de entorpecentes, mas, sim, de se constatar, sem nenhuma probabilidade de erro, que o objetivo que se buscou alcançar, quando da criação da lei de lavagem de dinheiro, era simplesmente dificultar o tráfico ilícito de entorpecentes, tanto que os primeiros tratados internacionais sobre o tema versavam especificamente sobre a intenção de se conter tal criminalidade.⁶

Como se vê, a conduta típica da lavagem de dinheiro surge como uma alternativa para dificultar o lucro fácil, fruto do comércio ilícito dos entorpecentes, já que o Direito Penal via-se, até então, com poucas alternativas para conter o "grande mal" que assola nosso século – as drogas. Assim, tão logo o Direito Penal mostrou-se absolutamente ineficiente, como instrumento de combate do tráfico de entorpecentes, passou-se a punir a finalidade do tráfico: o lucro.

Enquanto o objetivo de criminalizar a lavagem de dinheiro era a contenção do tráfico ilícito de entorpecentes, o bem jurídico tutelado, era também o mesmo bem jurídico do tráfico, qual seja – a saúde pública.

(6) Convenção de 20.12.1988 das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes, ratificada pelo Brasil aos 26.06.1991, através do Decreto 154, que em seu art. 3.º dispõe "Cada uma das partes adotará as medidas necessárias para a caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

a)

b) I – a conversão ou transferência de bens ...

II – a ocultação ou o encobrimento ..."

Nos mesmos moldes em maio de 1992 ocorreu a XXII Assembléia-Geral da OEA, em Bahamas, onde se aprovou o Regulamento Modelo sobre delitos de lavagem relacionado com o tráfico ilícito de drogas e delitos conexos, elaborado pela Comissão Interamericana para o controle do abuso de drogas.

(5) Hacia un Derecho Penal Económico Europeo – Jornada en honor del Prof. Klaus Tiedemann, 1992, p. 663 – texto traduzido pelo próprio autor.

Em 1990, os países membros da Comunidade Européia assinaram a resolução que visava impedir a lavagem de capitais. Porém, naquela ocasião, ampliaram a punição, passando a criminalizar não apenas a lavagem fruto de produto de tráfico de entorpecentes, como também o fruto de outros ilícitos.⁷

Com a ampliação da tipificação da lavagem de capitais para outros delitos, modificou-se o bem jurídico tutelado, que deixou de ser exclusivamente a saúde pública, passando a ter limites bem mais amplos.

E, naquele momento, a questão que já estava quase que superada renasce, pois, com a ampliação; o bem jurídico protegido deixou definitivamente de ser a saúde pública, provocando inúmeras dificuldades para toda a doutrina, segundo Gómez Iniesta: *Por el momento no existe unanimidad en la doctrina (...) relativa al bien jurídico que se quiere proteger por este delito*.⁸ Sobre o tema surgiram as mais variadas posições. Muitos autores defendem a tese de que o bem jurídico protegido é a ordem sócio-econômica,⁹ outros têm definido o

bem jurídico protegido como sendo a circulação de bens no mercado para seu normal funcionamento e para a economia em geral.¹⁰ Há ainda quem defenda a idéia de a lavagem ser um delito pluriofensivo por lesionar simultaneamente diversos bens jurídicos, dentre eles a administração da justiça, a transparência do sistema financeiro, a legitimidade da atividade econômica, bem como a incolumidade da saúde pública.¹¹

Como se vê, há uma enorme discrepância tanto entre os doutrinadores, como também entre as legislações de diversos países.

De qualquer forma, ainda é necessário delimitar-se o objeto da proteção penal, pois a falta de definição do bem jurídico tutelado acarretará, indubitavelmente, a ilegitimidade da própria norma.

A importância de realçar a definição desses novos bens jurídicos é uma tentativa de se evitar que sua vagueza¹²

Lei de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais, Boletim IBCrim, n. 65, p/ 10/11;

(7) Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem de Capitais, em 08.11.1990, que diferentemente da resolução das Nações Unidas, ampliou o âmbito de punição da lavagem de capitais, para quaisquer delitos. Em 10.06.1991, aprovou-se a diretiva do Conselho da Comunidade Européia, n. 91/308, sobre prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de capitais, obrigando-se assim os países membros a penalizar referida conduta antes de dezembro de 1992.

(8) Diego J. Gómez Iniesta, *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*, p. 30/31;

(9) Desse modo foi tratada esta matéria no Código Penal Espanhol: Título XIII - Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, arts. 301 a 304. Entre nós tal posição tem sido defendida pelo sempre brilhante Luiz Flávio Gomes,

(10) Juana del Carpio Delgado, *El Delito de Blanqueo de Bienes El NuevoCodigo Penal*, p. 81.

(11) Vidalles Rodríguez, *Los Delitos de Recepción y Legitimación de Capitales*, p. 85 e ss.; Prado Saldarriaga, *El Delito de Lavado de Dinero*, cits. p. 63 e ss., cit. por Isidoro Blanco Cordeiro, obra ant. cit., p. 168.

(12) Vagueza como conceito de falta de informação sobre o objeto. Isso significa, no caso do direito penal, que, quanto mais vago o termo, mais fácil é a criação de tipos penais para protegê-lo. A definição vaga permite a tipificação de qualquer conduta. O problema é que tal definição (que permite inúmeras variáveis de crimes, ao sabor dos anseios políticos) contrasta com o sistema de garantia constitucional, em que a precisão da definição funciona como óbice ao poder ilimitado do Estado de interferir na esfera privada.

permita justificar uma intervenção penal máxima, sob a falsa idéia de harmonia com o direito penal mínimo.

Assim, aqui se inicia uma análise crítica, ainda que sintética, dentre algumas das mais importantes posições, a fim de se definir qual seja, efetivamente o bem jurídico tutelado por esta norma, o que ajudará sobremaneira a entendê-la.

3. Do bem jurídico “ordem sócio-econômica”

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, nasceu a idéia de que os bens jurídicos não tinham mais um caráter exclusivamente individual, como a vida, a integridade física, o patrimônio. Os valores da vida coletiva passaram também a ter proteção constitucional, como explicam Hassemer e Muñoz Conde: *La densidad y complejidad del tráfico viario y aéreo y de los centros de información y comunicación de las terminales electrónicas de datos; la creciente intervención del Estado en la economía a través de una política de subvenciones, o el aumento de la polución del medio ambiente, enfrentan al Derecho penal con la cuestión de si se puede limitar todavía su misión a la protección del 'derecho de outro', o hay que pasar a proteger instituciones, unidades o funciones sociales, lo que evidentemente significa una mayor vaguedad del concepto de bien jurídico.*¹³

Enfim, o Direito Penal passou a tutelar bens jurídicos classificados como

supraindividuais ou coletivos, diferenciando-se do chamado Direito Penal clássico, pois, “enquanto os crimes do direito penal de justiça se relacionam em último termo, directa ou indirectamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos, liberdades e garantías das pessoas*, já os do direito penal secundário – e de que se encontram exemplos precípuos no direito penal económico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social, etc), financeiro, fiscal, aduaneiro, etc. – se relacionam primariamente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização económica*. Diferença que radica, por sua vez, na existência de duas zonas relativamente autónomas na actividade tutelar do Estado: uma que visa proteger a esfera de actuação especificamente pessoal (embora não necessariamente ‘individual’) do homem – do homem ‘como este homem’; a outra que visa proteger a sua esfera de actuação social – do homem ‘como membro da comunidade’.”¹⁴

A solução adotada pela legislação espanhola, e defendida no Brasil por Luiz Flavio Gomes,¹⁵ foi no sentido de definir o bem jurídico do crime de lavagem, como sendo a ordem sócio-econômica. O Código Espanhol insere a matéria junto com os crimes patrimoniais.

Tal definição não parece acertada; o bem jurídico não pode, nem deve ser admitido de forma tão genérica, sob pena de, indirectamente, extinguir-se a garantia que o bem jurídico oferece.

É bem verdade que o Direito Penal tem sofrido inúmeras transformações, passando cada vez mais a ser um Direito preventivo, com normas penais em

Sobre a vagueza: Genaro Carrió *Notas Sobre Derecho y Language*, ed. Abeledo Perrot, 1986, Buenos Aires, p. 31.

(13) Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde – *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, ed. Tirant lo Blanch, p. 107.

(14) Figueiredo Dias e Costa Andrade, obra ant. cit., n. 1, p. 58/9, negrito no original;

(15) Vide nota n. 9.

branco e comumente definidoras de crime de perigo abstrato,¹⁶ porém, ainda que fossem aceitas tais normas como constitucionais, há que se ter um limite. Isto é, se for possível qualquer enunciação como sendo um bem jurídico, por mais ampla e indefinida que seja, alargase de tal maneira a teoria do bem jurídico, que seria permitido, sob tal "proteção", admitir um tipo baseado exclusivamente no simples desvalor da ação.¹⁷

O bem jurídico, ainda que de difícil delimitação, tem balizas e seu limite está demarcado na própria Constituição Federal. "Se, num Estado de Direito material, toda a actividade material se submete à Constituição, então também a ordem dos bens jurídicos há-de constituir uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordens se verificará pois uma relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores juridico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado".¹⁸

Assim, o parâmetro do bem jurídico deve surgir e estar amparado na Constituição Federal. Partindo-se dessa premissa, jamais seria aceitável a possibilidade da tutela do bem jurídico "ordem sócio-econômica", pois esta é uma

daquelas definições abertas, que tudo são, mas nada dizem.

A ordem sócio-econômica não é um bem jurídico em si mesmo, é uma esfera da vida coletiva, regida por valores e princípios constitucionalmente previstos. Estes valores de determinada ordem sócio-econômica podem, eventualmente, merecer tutela penal.

Dizer que um crime afeta o bem jurídico "ordem sócio-econômica" seria o mesmo que dizer que o delito de homicídio afeta o bem jurídico "sociedade". É evidente que quando um cidadão mata outro a sociedade é afetada. Mas é afetada no seu bem jurídico "vida".

A ordem sócio-econômica é um subsistema social. Toda criminalidade relativa a atividades econômicas necessariamente repercute na sociedade, em seu aspecto relações econômicas.

De acordo com Hermazábal Malarée, a ordem sócio-econômica não é um bem jurídico, mas sim um *concepto complejo que simplemente cumple una función sistemática y que está integrado por numerosos factores que es necesario individualizar para establecer en cada caso cuál es el bien jurídico macrosocial protegido*.¹⁹

Portanto, aceitando-se que a ordem sócio-econômica pudesse ser um bem jurídico, estar-se-ia pré-legitimando, acriticamente, toda e qualquer criminalização relacionada a atividades econômicas.

O conceito de bem jurídico perderia sua função de filtro – legitimador e deslegitimador – da intervenção penal.

(16) Sobre o tema, vide a detalhada obra do Prof. José Francisco de Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992.

(17) A teoria do desvalor da ação, que tem como seu maior defensor Jakobs, tão intensamente criticado, inclusive por estes autores.

(18) Manoel da Costa Andrade, *Direito Penal Econômico*, p. 84, citando Figueiredo Dias.

(19) Los Delitos socioeconómicos, El Bien Jurídico, El Autor, Su Hecho y La Necesaria Reforma del Sistema Penal Español – *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* – Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann, p. 196.

De acordo com o art. 107 da Constituição Brasileira,²⁰ seria possível proteger os princípios que compõem e norteiam a ordem econômica-social, tais como: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, dentre outros. Se assim não fosse, estaríamos criando um conceito tão infinitamente amplo e de tamanha vagueza, que correríamos o risco de admitir, falaciosamente, normas penais, sob a áurea de proteção do “Estado Democrático de Direito”, que estariam a causar sua própria violação.

Portanto, conclui-se que a ordem sócio-econômica não é, e jamais poderia ser, entendida como um bem jurídico em si mesma, em face de sua tamanha amplitude.

(20) Constituição Brasileira, título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica – 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;
- III – função social da sociedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca de pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração na País.

X – 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.”

E não é somente a amplitude desse bem jurídico que o impossibilita de lastrear o tipo; há que se ter em mente que nem sempre a lavagem de dinheiro é necessariamente um mal para a economia de um país. Em muitos casos, a entrada de dinheiro da economia informal (negra) na economia formal pode trazer inúmeros benefícios, seja para a ordem social, seja para a ordem econômica. Não fosse por questões de cunho absolutamente moral, não se haveria como negar que a entrada de capital que estava fora da economia permite, de imediato, ao Estado obter, sobre este capital, os impostos, o que socialmente é benéfico.

Pode-se, ainda, afirmar que a inclusão do dinheiro lavado na economia, poderia alavancá-la, principalmente, em países pobres como o Brasil (onde muitas pessoas morrem de fome no nordeste em função da seca e outras vivem na pobreza absoluta). Que dizer em relação a alguns países do continente africano? Como defender que a lavagem de dinheiro e sua entrada naquelas economias afetam negativamente a ordem sócio-econômica? Isso sem falar na possibilidade, ainda que hipotética, do emprego desse dinheiro em obras de caridade. Há pouco tempo, houve um clamor público contra a atitude do exemplar Betinho,²¹ pois, teria ele aceito dinheiro vindo dos bicheiros no Rio de Janeiro. Não há como negar que aquele dinheiro seria usado em benefício da ordem social, fato, aliás, comum no Rio de Janeiro, onde inúmeras vezes são os chamados contraventores que colaboram para a melhoria das condições sociais das favelas cariocas.

Sob esse prisma, a questão nada tem a ver com as normas do mercado, que

(21) Conhecido sociólogo brasileiro que encabeçou uma campanha social em prol das crianças carentes.

há muito funciona com regras próprias, inacessíveis ao discernimento da maioria das pessoas, e nem por isso a ordem sócio-econômica viu-se a ponto de "implodir".

Não se está aqui a afirmar que a conduta de lavar dinheiro não deva ser punida; não se trata de juízo valorativo, a preocupação é apenas definir qual, efetivamente, foi o objetivo da norma punitiva em questão. A partir desse ponto, procurou-se demonstrar que, em tese, é possível que a entrada de dinheiro ilícito na economia possa não só não prejudicá-la, como, muitas vezes, até produzir um resultado positivo. Descarta-se, portanto, a tutela da ordem sócio-econômica como o bem jurídico protegido pela norma.

4. Do bem jurídico "circulação dos bens no mercado"

Juana del Carpio Delgado, em sua tese de doutorado,²² defende a idéia de que o bem jurídico tutelado não é outro, senão a circulação dos bens no mercado, e esse é o elemento indispensável para seu normal funcionamento e o da economia em geral.²³ Sem sombra de dúvida, tal bem jurídico está mais bem delimitado do que o anterior, não obstante, também não deva ser aceito.

Admitir tal proposta, contudo, é estar a fazer uma análise futurística, pois, para tanto, seria necessário que se fizesse um juízo de "adivinhação": necessariamente, partir-se-ia da premissa (nem sempre verdadeira) de que o dinheiro fruto da lavagem irá efetivamente alterar a circulação dos bens no mercado. Usa a autora, para sustentar sua posição,

argumentos que podem parecer um tanto quanto abstratos e por muitas vezes duvidosos: "... es precisamente dentro de los principios inspiradores del Derecho Penal como son la *ultima ratio*, la necesidad de la pena y el carácter fragmentario del Derecho penal, que la intervención punitiva del Estado está justificada en cuanto uno de los elementos fundamentales para que el orden socioeconómico pueda funcionar, es la *licitud de los bienes que circulan en el mercado*".²⁴

A impressão que se tem é que a autora partiu da impossibilidade de declarar a ordem sócio-econômica como bem jurídico, por causa de sua amplitude, conforme acima concluído, e se deteve em um dos elementos componentes da ordem sócio-econômica, utilizando-se, assim, de um critério mais restrito, porém, ainda incorreto.

A não ser que se partisse de um critério moral, não seria possível determinar que a circulação dos bens no mercado esteja, necessariamente, abalada, por causa da entrada de produto fruto do ilícito. A explicação não é outra do que a já exposta no item anterior, (pois muitas vezes, esses bens poderiam estar sendo utilizados, por exemplo para uma campanha de caridade, o que, em hipótese alguma, abalaria a circulação dos bens de mercado).

Não se pode esquecer de que a legislação espanhola (como muitas outras legislações) criminaliza a conduta de lavagem de capitais apenas quando fruto de delitos graves.²⁵ Então, poder-

(22) Posteriormente transformada na obra *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(23) Obra ant. cit. p. 81.

(24) Obra ant. cit., p. 85/6, grifo no original.

(25) Art. 301: "El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un *delito grave*, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será

se-ia paradoxalmente admitir a entrada de capital, ilícito, vultoso, gerado em decorrência do crime de estelionato (delito leve, que o exclui do rol dos que possibilitam a tipificação de lavagem de dinheiro). Uma soma assim obtida poderia vir a circular no mercado econômico sem causar qualquer problema. Como se vê, fosse a entrada em circulação de bens na economia o que se procurou defender, todo e qualquer tipo de produto ilícito seria punível, desde que tais valores afetassem efetivamente a ordem econômica, através da circulação no mercado.

Dai se conclui que, seja por não haver como antecipar um juízo seguro de que o produto proveniente do ilícito vá efetivamente afetar a circulação de bens na economia, seja porque não há como tratar desigualmente condutas iguais (afinal não seria justo admitir-se a inclusão do produto do crime leve, ainda que se trate de uma soma vultosa, e ao mesmo tempo punir criminalmente a introdução de pequena monta de capitais, fruto dos delitos graves), o bem jurídico protegido na lavagem do dinheiro não pode ser a circulação dos bens no mercado.

O que é mais grave do que uma definição equivocada do bem jurídico tutelado é a conclusão a que chegou a autora de que a punição dos crimes de lavagem de dinheiro está amparada na *ultima ratio* do Direito Penal. Ora, a proibição pelo Direito Penal da lavagem de dinheiro tem mais um efeito de cunho simbólico, do que um caráter de *ultima ratio*.

Aliás, a função simbólica do direito penal tem sido usada com muita frequência no âmbito econômico, no meio

ambiente, terrorismo, drogas. Garcia Vitor, citando Bustos Ramíres, ressalta: *El Estado quiere dar a la ciudadanía el mensaje que tiene interés en proteger sus necesidades fundamentales, y que para ello pone todos los medios a su alcance, utilizando el Derecho Penal como prima ratio, pues en realidad se carece de los recursos necesarios (controles administrativos eficaces, por ejemplo), para lograr la efectiva protección de los bienes jurídicos en juego. Para Bustos en un Derecho Penal de garantías el bien jurídico debe cumplir necesariamente un rol de enlace y equilibrio entre las aludidas funciones instrumentales y simbólicas.*

Al observador advertido no escapa que lo que efectivamente hace la clase política es descargar su responsabilidad trasladándola al sistema penal, otorgando una respuesta conyuntural al la opinión pública, – conocedora de la incapacidad del mismo en este.²⁶

Essas conclusões são reforçadas à medida em que se consolida a globalização da economia: o crime de lavagem de dinheiro, somente desaparecerá, se desaparecerem os “paraísos fiscais”, permitidos, tolerados e, há quem diga, necessários, para a economia mundial.

5. Do bem jurídico “administração da justiça”

Ao analisar os bens jurídicos anteriormente citados, chega-se à conclusão de que somente mediatamente pode-se afetar a ordem sócio-econômica, com a inclusão do produto do ilícito no mercado. Assim como na receptação, faz-se necessária a existência de um crime prévio, e é esse que se pretende, em última análise, evitar.

castigado com la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes.

...” (grifamos).

(26) Bustos Ramíres, citado por Henrique Garcia Vitor in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – ano 4, n. 16, p. 64).

O crime de lavagem, que se resume em dar aparência de lícito a produtos de crimes, diferencia-se do crime de receptação não apenas pelo caráter patrimonial deste último (já que o interesse patrimonial, também poderia estar presente no primeiro), mas pela especialidade do crime de lavagem. Ou seja, ao definir quais os crimes prévios aptos a provocar a punição por lavagem, está o legislador, no fundo, tentando evitá-los. Incriminar a lavagem é a forma de dificultar a proliferação de tais crimes, em razão dos malefícios reais que esses crimes trazem para a ordem social.

Para o Prof. Faria Costa, há que se diferenciar o crime de lavagem da receptação por questões quantitativas: "Julgamos que, apesar de tudo, o peso e as densidades normativas, quer do desvalor de intenção, quer do desvalor do resultado que acompanham as duas práticas, apresentam-se de jeito tão diferenciado que tudo aponta para que também se verifique uma diferenciação ao nível do tipo legal. Porque, convenhamos, em termos político-criminais, não é a mesma coisa ser receptador de rádios de automóveis ou ser branqueador de dinheiro proveniente do tráfico de droga ou da venda ilícita de armas. Este tratamento diferenciado impõe, por conseguinte, em uma lógica de densificação, que o branqueamento de capitais seja tratado em lei autónoma no âmbito do direito penal secundário. ..."²⁷

É perigosa a distinção de tipos penais, para condutas idênticas, baseando-se apenas do desvalor da ação ou do resultado. Tal critério, por ser absolutamente subjetivo, poderá acarretar inúmeras injustiças,²⁸ até porque o desvalor

da ação que se deve levar em conta é o desvalor do delito prévio. A distinção, porém, não se dá tanto quantitativamente, mas, sim, por uma distinção do próprio tipo subjetivo.

O tipo subjetivo da lavagem não se perfaz com a simples ocultação do produto do ilícito. Necessária também a intenção do agente em dar uma aparência idônea. Isto é, a simples ocultação do produto de crime não tipifica a lavagem, ainda que seja produto de um dos crimes descritos na lei (terrorismo, tráfico de entorpecentes, etc); é preciso ainda que o agente tenha a intenção de recolocar no mercado o produto do crime, dando-lhe aparência lícita. O resultado – se a inserção no mercado afeta mediatamente a ordem econômica ou não – é de menor importância, já que o bem jurídico que se busca proteger não é, primordialmente, o mercado ou mesmo o patrimônio, mas, sim, evitar a prática dos crimes antecedentes.

No que diz respeito à íntima relação existente entre a receptação e o crime de lavagem, assim se manifestou Joachim Lampe: *La receptación era lo más próximo, con todo, el § 259 StGB exige como hecho previo un delito de desplazamiento patrimonial, y éste falta en la mayoría de los casos en los que los capitales blanqueados fuesen adquiridos a través de un hecho punible, pero no, exactamente, a través de un hecho que se 'dirija contra el patrimonio ajeno'*. E continua o autor alemão *Un delito de desplazamiento patrimonial falta, por ejemplo, en la mayoría de los casos en los que los capitales blanqueados procedan del tráfico de drogas.*

(27) Obra ant. cit., p. 73.

(28) A título de exemplo, se A recebe quantia irrisória de um traficante para que esconda em sua conta corrente, ganhando com isso uma comissão, será tipificado no crime de

lavagem; enquanto que B, poderá receber um aparelho de TV, produto de um latrocínio, sendo este punido por receptação. No caso a punição do receptor (menor que o da lavagem), carrega consigo um desvalor da ação muito maior.

(...) *el traficante de droga, ciertamente, lesiona al comprador en sus intereses relativos a la salud, pero no en sus intereses patrimoniales.*²⁹

Conforme antes ressaltado, não há como se concluir que o bem jurídico tutelado seja o patrimônio, até porque o Direito Penal patrimonial tem como objetivo primeiro proteger valores ou bens individuais,³⁰ enquanto que a lei de lavagem tem um enfoque supra individual.

Se a ocultação ocorrer e houver dissimulação tendo tido o agente a intenção de dar forma de lícito ao produto do crime, tipifica-se o crime de lavagem, e não de receptação, ainda que haja interesse patrimonial.

Assim, a lavagem de capitais não necessariamente acarreta um aumento do patrimônio do autor do fato, ou mesmo uma diminuição patrimonial a quem quer que seja, ao passo que, no crime de receptação, o interesse do receptador ou de outrem é simplesmente patrimonial.

O crime de lavagem é uma espécie de favorecimento real por ser criado para proteger a administração da justiça, que se encontra incapaz de punir os responsáveis pelos crimes antecedentes, em razão do auxílio prestado aos criminosos.³¹

Gomez Pavón, ao criticar a posição adotada pelo Código Espanhol, esclarece *este tipo penal era más próximo al favorecimiento real que a la receptación, puesto que al ocultarse o inutilizarse se*

*impide el cumplimiento de la función de descubrir y perseguir los delitos. Entre el delito que se encubre y éste no existe identidad de bien jurídico, la actividad, la actividad del encubridor en nada puede contribuir a mantener el ataque al bien jurídico ya lesionado o posto en peligro. Com esta conducta se blanquea el producto ya obtenido previamente, oculta su origen ilícita y, portanto, evita el descubrimiento del delito. No estamos ante una forma de receptación ni propia ni impropia, sino ante una modalidad sui generis de favorecimiento real en el que el bien jurídico protegido sería la administración de justicia, reprimiendo las conductas entorpecedoras de dicha función al ayudarse a encubrir un delito precedente.*³²

Ao punir a lavagem de dinheiro, tenta-se impedir que o produto do ilícito possa ser transformado e “dissolvido” no meio social, evitando, assim, seu confisco, bem como a identificação da autoria e materialidade do crime anterior. Tal tese é majoritária no Direito Suíço, sendo que a matéria está incluída no título XVII, relativo aos delitos contra a administração da justiça.³³ Nesse mes-

(29) Ernst – Joachim Lampe in *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero* – versión castellana de la conferencia publicada en *Juristen-Zeitung*, 1994, tradução de Miguel Abel Souto.

(30) Sobre o tema José Faria Costa, *Lições do 5.º ano curso 97/98*, Universidade de Coimbra, p. 40.

(31) Ernst – Joaquim Lampe – obra ant. cit.

(32) Gomez Pavón – *El Bien Jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, 1994, p. 459 e ss.

(33) En la evolución de la normativa penal relativa al blanqueo de capitales en Suiza tiene importantes repercusiones el informe que redactó Bernasconi antes de su aprobación, en el que señala la administración de Justicia como bien jurídico lesionado por el autor de un delito de blanqueo de capitales. El autor del blanqueo actúa con la intención de poner a salvo de las medidas que establece la ley, las ganancias obtenidas de un hecho delictivo para asegurarlas a poner las a cubierto de la administración de Justicia. El autor oculta el origen ilícito, de manera que evita que las autoridades encargadas de la persecución penal descubran sus intenciones, impidiendo así el blanqueo

mo sentido, grande parte da doutrina alemã³⁴ e a doutrina italiana predominante.³⁵

Mesmo na Espanha, não obstante o Código Penal tenha adotado a tese de que a ordem sócio-econômica é o bem jurídico tutelado, a doutrina não é pacífica nessa posição. Para Isidoro Blanco Cordeiro ... *Quien encubre la propiedad de grandes cantidades de dinero, pone en peligro o lesiona el orden socio-económico. Sin embargo, quien oculta una pequeña cantidad de dinero obtenida de un delito grave, difícilmente se puede decir que altera el orden económica. La sanción penal de ambas conductas se aborda atajando el primer escalón de la actividad del blanqueo: el encubrimiento. Este es claramente un delito contra la administración de Justicia*.³⁶

No Brasil a Lei de Lavagem entrou em vigor em março de 1988.³⁷ A legisla-

de los bienes. En su opinión, parece claro que el blanqueo de capitales menoscaba la administración de Justicia. (cf. Bernusconi - Blanchissage d'argent, cit, p. 9. Posteriormente el informe explicativo del proyecto de reforma que introdujo el art. 305 bis confirmó el punto de vista de Bernusconi, al considerar como bien jurídico protegido tanto la administración de Justicia Nacional como Estrangera, cf. Isidoro Blanco Cordero, obra ant cit., p. 161).

(34) En primer lugar, bien jurídico del § 261 es, lo mismo que para el § 257 StGB, la administración de Justicia Estatal. (Ernst - Joachim Lampe, obra ant. cit.).

(35) Cf. Isidoro Blanco Cordeiro, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 163/165.

(36) Obra ant. cit., p. 171/2, no mesmo sentido, Díez Ripollés, Gomez Pavón, *El Bien jurídico prolegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, p. 211 e ss.

(37) Lei 9.613/98 - Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do

ção brasileira não trouxe subsídios para que o intérprete pudesse inferir, da leitura da norma, o bem jurídico que o legislador procurou defender.

Dessa forma, a questão tornou-se controversa e a doutrina pouco se manifestou a respeito, mesmo porque a lei ainda é recente. O único autor a tratar do tema, mas ainda sem esgotá-lo, foi Luiz Flávio Gomes,³⁸ que segue a orientação da legislação espanhola (que, como se viu, adota a ordem sócio-econômica como bem jurídico protegido). Essa posição, salvo melhor juízo, está equivocada, como já se demonstrou.

Para a legislação brasileira, o alcance da definição administração da justiça "significa aqui tudo o que se refere à atuação da justiça na consecução de seus fins".³⁹

Pois bem, a conduta do agente que dá aparência de lícito a produto ilícito tem como resultado principal a impossibilidade de a justiça punir o autor de crime antecedente, que se vê protegido pela lavagem. Com a referida conduta, tanto o prestígio, como a eficácia da justiça encontra-se em cheque, sendo, seu bem jurídico - administração da justiça - violado.

Explica-se: tudo o que atine à instituição da justiça, mas também à sua função, atingindo-a no prestígio e eficácia que lhe são absolutamente indispensáveis,⁴⁰ incorpora-se no conceito de administração da justiça.

sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

(38) Obra ant. cit.

(39) Fragoso, Heleno Claudio, *Lições de Direito Penal* - Parte Especial, 6. ed. vol. II, p. 515, Forense, RJ, 1988.

(40) Noronha. E Magalhães, *Direito Penal*, V. 4, São Paulo, Br., Saraiva, 1997, atual. por Dirceu de Mello, 18. ed., p. 348.

Assim, o bem jurídico “administração da justiça”, através do tipo penal – favorecimento real,⁴¹ é que se vê atingido com a prática do crime de lavagem de capitais, pois a administração da justiça “impõe às pessoas o dever de, se não colaborar com a justiça, abster-se de estorvá-la”⁴² ou de obstaculizá-la em seus desígnios.

Ao defender que o bem jurídico tutelado é a “Administração da Justiça”, conclui-se que melhor seria punir a lavagem, fruto de crime antecedente, qualquer que seja ele, (devendo a pena variar, de acordo com o elemento subjetivo do tipo, considerando-se, assim, o desvalor da ação). Dessa forma, evita-se a chamada “cultura da corrupção”, assim denominada pelo festejado professor Faria Costa, que, com o brilho habitual, ressalta: “Defendemos que a incriminação das condutas penalmente relevantes se fundamenta em uma ordem de razões que se não deve confundir com as razões ‘fracas’ que eventualmente advenham de motivos laterais de mera eficácia de um sistema. Criar-se um tipo legal de crime para, desse jeito, melhor ou mais facilmente desenvolver, legalmente, uma qualquer actividade persecutória é atitude político-legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos. (...) Desta maneira, devem as autoridades, através de meios administrativos, controlar o mercado de capitais e mesmo os agentes que aí operam. O direito penal é instrumento de controlo que não pode nem deve ser subestimado na luta contra o branqueamento, mas a sua eficácia tem sempre um carácter limitado que se tem de jogar, no sentido da sua optimização,

através de um justo e adequado equilíbrio com todas as outras formas de intervenção estadual”.⁴³

6. Conclusão

A partir da exposição das diversas teorias acerca do bem jurídico protegido por meio da criminalização da conduta de lavagem de dinheiro, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

a) A ordem sócio-econômica não é um bem jurídico, e, sim, uma esfera da vida coletiva amparada constitucionalmente e apta a merecer tutela penal, através dos da proteção dos valores que a compõem;

b) A premissa de que o crime de lavagem de capitais fere a ordem sócio-econômica não pode ser tida como absoluta, já que o crime se configura ainda que o resultado para a ordem sócio-econômica seja positivo.

c) Também a circulação dos bens do mercado, não obstante ser uma definição mais delimitada, não poderá ser tida como o bem jurídico tutelado, pois somente por meio de uma análise futurista poderia concluir que a economia sofrerá qualquer tipo de abalo com a lavagem de dinheiro;

d) No que diz respeito à receptação, esse delito diferencia-se da lavagem de capitais em razão da necessária existência de interesse patrimonial, que nem sempre é encontrado no crime de lavagem;

e) Outro ponto que distingue a receptação da lavagem é o próprio elemento subjetivo do tipo, sendo a lavagem um *plus* em relação à receptação;

f) A administração da justiça é o bem jurídico tutelado pelo crime em questão, na medida em que os autores

(41) Favorecimento real, Código Penal Brasileiro – art. 349: “Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime”

(42) Obra cit. Em nota n. 38, p. 387.

(43) O Branqueamento de Capitais, p. 77.

de crime de lavagem, com a finalidade de proteger os responsáveis pelos crimes antecedentes, acabam obstruindo a própria justiça, impossibilitando a punição dos culpados.

Bibliografia

- BLANCO CORDEIRO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, ed. Aranzadi, 1997;
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Language* – Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986;
- CARPIO DELGADO, Juana Del. *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal* – ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997;
- COSTA ANDRADE, Manoel. *Direito Penal Econômico – A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia à Luz do Conceito de 'Bem Jurídico* – Centro de Estudos Judiciários – Ciclo de Estudos – Coimbra, 1995;
- FARIA COSTA, José Francisco. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* – Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedemann – El Blanqueo de Capitales (Algunas reflexiones a la luz del Derecho Penal y de la Política Criminal);
- . *O Perigo em Direito Penal*, ed. Coimbra, 1992;
- . *Lições de 5.º ano do curso 97/98*, Universidade de Coimbra;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge & COSTA ANDRADE, Manuel. *Questões Fundamentais a Doutrina Geral dos Crimes*, Aparentamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal, 3.º ano;
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, 6. ed., vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1988;
- GARCÍA VITOR, Henrique. *Aspectos Políticos Criminales en materia de drogas* – Revista Brasileira de Ciências Criminas, n. 16;
- GÓMES INIESTA, Diego Jr.. *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*, ed. Cedecs, 1. ed., 1996;
- GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais*, Boletim do IBCCrim, n. 65;
- HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, ed. Civitas, 1996, trad. Manuel Cancio Meliá;
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte Geral*, 4. ed., trad. Samaniego, José Luis Manzanares, ed. Comares, Granada;
- LAME, Ernst Joachim. *El Nuevo Tipo Penal del Blanqueo de Dinero*, Versión Castellana de la Conferencia Publicada en Juristen – Zeitung, 1994, traduzido por Miguel Abel Souto;
- MALAREE, Hermazábal. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedemann, “Los Delitos Socioeconómicos, El bien jurídico, El Autor, Su Hecho y la Necesaria Reforma del Sistema Penal Español;
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. 4, Saraiva, 18. ed., 1997, atual. Por Dirceu de Mello.
- PAVÓN GOMES. *El Bien Jurídico Protegido en La Receptación, Blanqueo de Dinero y Encobrimientos*, 1994;
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte Geral – Tomo I, “Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”*, 1. ed., Parte Geral, Tomo I, trad. Diego – Manuel Luzón Peña e outros – Civitas, 1997.

3. DIREITO DE TRÂNSITO

3.1

O NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO REVOGOU OU NÃO AS CONTRAVENÇÕES DOS ARTS. 32 E 34 DA LCP?

FERNANDO CÉLIO DE BRITO NOGUEIRA

A indagação tem causado polêmica desde que entrou em vigor, no dia 23.01.1998, o novo Código de Trânsito, instituído pela Lei Federal 9.503, de 23.09.1997.

As contravenções penais dos arts. 32 e 34 do Decreto Lei 3.668/41 eram tratadas pela doutrina e jurisprudência majoritárias como infrações penais de perigo abstrato, presumido pelo legislador e que independe, portanto de prova e verificação no caso concreto. Algumas decisões relativamente recentes passaram a tratar aquelas contravenções como infrações penais cuja configuração dependeria de perigo concreto, comprovação, em cada caso, de que o bem jurídico protegido sofreu perigo direto, iminente, próximo e concretamente aferível. Nesse sentido: STJ, Resp 34.322, 6.^a Turma, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU, 02.08.1993, p. 14.295; JURICRIM Franceschini n. 2.032; JUTACRIM 19/307; RT 435/368.

Em alguns pontos guardando coerência com os novos rumos da jurisprudência citada e atendendo ao princípio da lesividade e aos preceitos do Direito mínimo (no sentido de que a norma penal será aplicada quando houver dano ou pelo menos efetivo e concreto perigo de lesão ao bem jurídico por ela protegido), entrou em vigor o novo Código de Trânsito Brasileiro, que definiu no art. 309 o crime de direção não habilitada de veículo automotor pela via pública, nos seguintes termos: *dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para dirigir ou Habilitação, ou ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano*. O legislador repetiu as letras do art. 32 a Lei Contravencional, que dizia apenas *dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas*, de forma mais completa e abrangente, exigindo agora o perigo efetivo de dano.

Assim, como a lei nova, no art. 309 do Código de Trânsito, no que tange à direção não habilitada de veículo automotor pela via pública, regulou por inteiro a matéria tratada pela lei contravencional antiga, no art. 32, e acrescentou a elementar *gerando perigo de dano*, que implica na exigência de perigo concreto indeterminado (o que prescinde de vítimas identificadas e individualizadas) para que se perfaça o delito de direção não habilitada (art. 309 do CTB), não há dúvida de que derogou ou revogou parcialmente o art. 32 da LCP, que subsiste apenas no tocante à direção não habilitada de embarcação em águas públicas, matéria não abordada pelo novo Código de Trânsito. A disposição contida no art. 2.^o, § 1.^o, da LICC, e as elementares do novo crime autorizam essa conclusão. A doutrina tem se pronunciado nesse sentido (Damásio de Jesus, *Crimes de Trânsito*, Saraiva, 1998,

p. 187; Victor Eduardo Rios Gonçalves, *A Derrogação da Contravenção do art. 32 da LCP*, Boletim IBCCrim n. 65, de abril de 1998, p. 4).

Via de consequência, para aqueles que adotam essa orientação, a lei nova implicará em *abolitio criminis* no que concerne aos fatos anteriores à vigência do Código de Trânsito, levando à extinção da punibilidade, por força do princípio constitucional da retroatividade benéfica da lei penal (art. 5.º, XL, da CF; art. 2.º e parágrafo único, e art. 107, III ambos do CP).

Há também, numa posição intermediária, quem pense que aplica-se à espécie o princípio segundo o qual *tempus regit actum*, ou seja, as contravenções penais subsistem considerada a época de sua incidência e a lei nova, que veio agravar a situação anterior, elevando à categoria de crimes condutas que antes encontravam adequação naquelas contravenções penais, não implicará, por esse motivo, em *abolitio criminis*.

Mas há quem entenda que o art. 32 da LCP ainda está em pleno vigor, aplicando-se aos casos residuais de direção não habilitada que não se ajustem ao art. 309 do Código de Trânsito. Para os que comungam dessa corrente, a nova lei não regulou por inteiro a matéria tratada na lei anterior, não há incompatibilidade alguma entre os textos legais e não é lícito interpretar o Código de Trânsito, cuja finalidade foi estabelecer maior rigor no trato dos delitos ao volante, de modo a desconsiderar as contravenções e vislumbrar na lei nova *abolitio criminis* ou supressão da incriminação de fatos anteriores à sua vigência, o que não seria do propósito do legislador.

Esses últimos argumentos têm dado margem a algumas construções interpretativa em que se restringe a própria

aplicação da *abolitio criminis*, mesmo por parte daqueles que partilham da tese da revogação de uma ou de ambas as contravenções: assim, para alguns, condutas anteriores ao Código de Trânsito, enquadradas no art. 32 ou no art. 34 da LCP, desde que limitadas ao perigo abstrato, seriam passíveis da *abolitio criminis*, enquanto aquelas em que presente o perigo concreto de dano já não seriam, pois o perigo concreto indeterminado é elementar do novo crime de direção não habilitada (art. 309) e dos crimes que abrangem condutas antes alcançadas pela contravenção do art. 34 da LCP (embriaguez, racha e velocidade incompatível - arts. 306, 308 e 311). Esse entendimento, que restringe a retroatividade benéfica da lei penal, não subsiste por duas razões: primeiro a *abolitio criminis* não se detém nem mesmo diante da coisa julgada (art. 2.º e parágrafo único, do CP); segundo, porque implica em fazer valer, para condutas anteriores ao Código de Trânsito, elementares de tipos penais novos, nele previstos, para que se impeça a retroatividade benéfica da lei penal, o que acaba por acarretar a retroatividade da lei penal em prejuízo do agente, ou seja, a aplicação, a fatos passados, da lei penal mais severa, ao arripio do art. 5.º XL da CF.

E no tocante à contravenção penal de direção perigosa de veículo pela via pública (art. 34 da LCP), a dúvida quanto à sua revogação ou não tem sido ainda maior, inclusive entre aqueles que entendem que o art. 32 da LCP foi derogado, importando o novo Código de Trânsito em *abolitio criminis*.

Para Damásio de Jesus, nas outras hipóteses de direção perigosa de veículo automotor, não abrangidas pelos artigos 306, 308, 309 e 311 do Código de Trânsito, "...subsiste o art. 34 da LCP" (*Crimes de Trânsito*, Saraiva, 1998, p. 207). No mesmo sentido, Fernando Y.

Fukassawa (*Crimes de Trânsito*, Oliveira Mendes, 1998, p. 167).

Respeitadas as posições em contrário, a nosso ver essa situação de dúvida não subsiste e é lícita a conclusão de que a nova lei importa em derrogação de ambas as figuras contravencionais, pelos seguintes motivos:

Foram previstos no Código de Trânsito três delitos cujas condutas típicas, antes, encontravam adequação na contravenção de direção perigosa de veículo na via pública: embriaguez ao volante (art. 306), competição não autorizada (art. 308) e velocidade incompatível ou excessiva (art. 311).

Outras condutas ao volante que anteriormente implicavam na contravenção do art. 34 não foram previstas como crimes na nova lei, como por exemplo: avançar sucessivos sinais vermelhos, transitar pela contramão, empreender manobras audaciosas e de exibicionismo ao volante, como derrapagens propositadas ou os denominados "cavalos de pau" etc.

A omissão, somada à ausência de revogação expressa das contravenções pelo legislador, tem levado alguns a sustentar que a contravenção de direção perigosa de veículo pela via pública continua em vigor.

Inclusive entre aqueles que sustentam que houve derrogação do art. 32, há quem entenda que o art. 34 da LCP subsiste para alcançar condutas não previstas na nova lei (cf. Damásio de Jesus, op. cit., p. 207).

Pensamos, contudo, que a conclusão quanto à derrogação do art. 32 da LCP, por ter a lei nova regulado por inteiro a matéria, estende-se, também, à contravenção do art. 34 da LCP (*dirigir veículo na via pública, ou embarcação em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia*), com as mesmas consequências. A contravenção, do mes-

mo modo, subsistirá para os casos de pilotagem perigosa de embarcação em águas públicas, matéria evidentemente não abordada pela lei nova.

O art. 161 do Código de Trânsito define como infração de trânsito a *inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação Complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas, em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX*. Por legislação complementar, há de se entender obviamente toda aquela que venha complementar, regular e aclarar o conteúdo do novo Código de Trânsito.

Inegável que o legislador pretendeu, com efeito, regular por inteiro a matéria no âmbito administrativo e penal. Além dos crimes de trânsito (arts. 302 a 312), previu exaustivo rol de infrações de ordem administrativa (arts. 161 a 255), muitas punidas com multa, suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo, e nas quais se encontrarão, seguramente, todas ou quase todas as condutas imagináveis, e que possam importar em direção perigosa de veículo pela via pública (e se amoldavam ao antigo art. 34 da LCP) e eventualmente não se ajustem aos crimes de embriaguez, racha ou velocidade incompatível (art. 306, 308 e 311).

A contravenção do art. 34 da LCP, punida com prisão simples de quinze dias a três meses, ou multa, era sancionada, via de regra, na esmagadora maioria dos casos, com a mera pena pecuniária, que já não pode mais ser convertida em prisão em face da Lei 9.628/96, não obsta o *sursis* (art. 77, § 1.º, do CP), a transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, e nem tampouco é considerada, por parte da jurisprudência, para efeito de gerar reincidência. Em termos de resultado punitivo, tornou-se pouco diante sanções

prevista para muitas das infrações administrativas. Igual situação se tem diante da contravenção do art. 32 da LCP, que aliás não prevê punição nem mesmo a título de prisão simples, limitando-se a sanção penal exclusivamente à multa. Tais constatações enfraquecem a idéia de que a sociedade estará melhor protegida pela incidência das contravenções em pauta. Com a instituição da transação em nosso ordenamento jurídico-penal (arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95), não tem o significado de outrora, nesses casos, falar nos princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal, inegavelmente mitigados pela justiça consensual que se estabeleceu, a despeito de ainda válidos. Por igual razão, também já não nos parece de tanta eficácia a menção ao significado, efeitos, reflexos e conseqüências efetivas do processo penal em casos tais, a fim de que se sustente a vigência daquelas contravenções penais.

Não convém à consciência jurídica e às exigências de precisão e certeza científicas que devem nortear a aplicação do Direito penal objetivo, no que concerne à adequação da conduta à norma penal incriminadora, interpretações tão distintas sobre uma mesma conduta e matéria: uns entendendo que dirigir sem habilitação ora implica na contravenção do art. 32, ora no crime de trânsito do art. 309, se houver, respectivamente, perigo abstrato ou concreto; outros entendendo que dirigir bêbado, sem comprometer a segurança viária, com mero perigo abstrato, tipificará, ainda, a contravenção do art. 34, enquanto o dirigir bêbado, somado à quebra de norma de tráfego, levará ao crime do art. 306. A discrepância agravará as falhas e a tendência assistemática do Código de Trânsito em algumas de suas disposições. Trará desaconselhável insegurança em matéria criminal.

Assim, respeitando posições em contrário, nos filiamos à tese de que o novo Código de Trânsito derogou tacitamente não somente a contravenção do art. 32 da LCP, como também a do art. 34 da LCP, e importará em *abolitio criminis* em relação a ambas as figuras típicas. Os casos de quebra da segurança viária que não encontrarem adequação nos arts. 306, 308 e 311 do Código de Trânsito importarão, por certo, em infrações administrativas (arts. 161 a 255 do Código de Trânsito).

Se o legislador tivesse revogado expressamente as contravenções penais em tela, a controvérsia por certo não existiria. Vislumbrar a revogação tácita ou presumida da lei importa em tema que sempre ensejou controvérsia, dúvida e resistência.

A interpretação literal ou gramatical é um dos menos seguros e mais pobres métodos de interpretação da lei. Inclusive no propósito de se vislumbrar a revogação tácita de uma lei por outra. Torna-se contudo, mais fácil percebê-la e aceitá-la pela interpretação sistemática da lei: analisando-se conjuntamente as disposições dos arts. 32 e 34 da LCP, a estrutura do Código de Trânsito, o disposto no art. 161, as infrações administrativas previstas nos arts. 161 a 255 e o capítulo dos crimes de trânsito (arts. 302 a 312).

Dessa interpretação decorre a conclusão de que a vontade do legislador, no novo Código de Trânsito, foi regular a matéria administrativa e penal por inteiro: 1.º – trouxe tipos penais próprios de homicídio culposo e lesão corporal culposa (arts. 302 e 303), afastando a incidência do art. 121, §§ 3.º e 4.º, e 129, §§ 6.º e 7.º, do CP; 2.º – trouxe a omissão de socorro de trânsito (art. 304), que afasta a incidência do crime de omissão de socorro do Código Penal (art. 135), pelo menos quando o omitente for o condutor do veículo; 3.º – definiu

o crime de inovação artificiosa de trânsito (art. 312), que afasta a aplicação do crime do art. 347 do CP (fraude processual), nos casos de acidente de trânsito em que houver lesão corporal ou morte; 4.º – trouxe tipos penais que abrangem condutas que antes se amoldavam aos arts. 32 e 34 da LCP, que são os crimes de embriaguez ao volante (art. 306), racha (art. 308), direção não habilitada (art. 309) e velocidade incompatível (art. 311); 5.º – previu até mesmo conduta típica que antes implicava em co-autoria ou participação no art. 32 da LCP (crime de permissão, entrega ou confiança indevidas da direção – art. 310); 6.º – definiu o delito de violação da suspensão ou proibição do direito de dirigir decretadas com fundamento no Código de Trânsito (art. 307), afastando, com isso, a incidência dos delitos de desobediência e descumprimento de decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (arts. 330 e 359 do CP); 7.º – previu agravantes genéricas da pena nos crimes de trânsito (art. 298) e agravantes especiais no tocante ao homicídio e lesão corporal culposos de trânsito (arts. 302 e 303); 8.º – definiu, ainda, infração de trânsito como a violação a preceito de ordem administrativa ou criminal previsto *neste Código* (art. 161).

É nítido, portanto, o propósito do legislador de abranger toda a matéria não só no âmbito administrativo, com em seus aspectos penais, ressalvada a aplicação de normas gerais do Código Penal, do Código de Processo Penal e da lei dos Juizados Especiais Criminais,

no que couber (art. 291 e seu parágrafo único, do Código de Trânsito).

Um outro princípio basilar em tema de aplicação da lei no tempo há de ser considerado: o de que a lei nova, mais recente, em tese presume-se mais adequada ao seu tempo e às exigências atuais em relação à lei antiga. Mesmo porque a incompatibilidade (princípio fundamental na avaliação da revogação tácita da lei) não decorre somente do explícito e incontornável conflito entre os textos legais, mas *...pode ser o resultado da normação geral instituída em face do que antes existia: quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, todas as disposições desta deixam de existir, vindo a lei revogadora substituir inteiramente a antiga...* (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 5.ª ed., Forense, 1980, p. 123).

Pensamos que o fato de o novo Código de Trânsito ter sido em algumas disposições penais atécnico, assistemático, impreciso, e talvez não tão abrangente como deveria ter sido, não deve dar margem a essa aplicação mista e simultânea de leis diversas sobre uma mesma matéria, gerando imprecisão e maior insegurança ainda em matéria penal, além da já trazida por algumas leis. Não devemos comungar dos mesmos pecados do legislador: ausência de técnica, de rigor científico e desprezo à idéia de que o Direito é a um só tempo ciência e sistema, perspectiva segundo a qual há de ser visto, elaborado e sobretudo aplicado e interpretado.

3. DIREITO DE TRÂNSITO

3.2

CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO – QUESTÕES DIVERSAS

JÚLIO FABBRINI MIRABETE

COMPOSIÇÃO E TRANSAÇÃO

Art. 291, parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e da participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26.09.1995.

1) São a composição, a transação e a representação para a ação penal.

2) a representação, evidentemente, é só para os crimes de lesão corporal culposa.

Os demais não têm vítima individualizada (assim, ação penal pública incondicionada)

3) as demais infrações já são da competência do Juizado Especial Criminal (exceto o homicídio culposos).

4) Tais delitos assinalados não passaram a ser infrações de menor potencial ofensivo, nem passaram a competência dos Juizados Especiais Criminais. Devem ser objeto de inquérito policial e a ação penal seguirá o trâmite previsto no Código de Processo penal, concedendo-se a oportunidade para as medidas penais de composição, quando for o caso, e da transação por ocasião do oferecimento da denúncia. O Código de Trânsito Brasileiro não alterou a Lei 9.099, de 26.09.1995 quanto ao procedimento devido.

5) Constitucionalidade:

a) seria inconstitucional porque o art. 98, I, da CF, só fala na composição e transação penal na competência do Juizado Especial Criminal para os crimes de menor potencial ofensivo.

b) Nossa opinião: não é inconstitucional.

1. A Constituição Federal “permite” os institutos nos JEC mas não proíbe que ela seja prevista para outros ilícitos.

2. A Constituição Federal não obriga aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública. É matéria infraconstitucional.

3. Quem deve definir as regras é a lei federal, que pode, portanto, instituir até o princípio da oportunidade da ação penal pública. Assim, pode evidentemente, também instituir para quaisquer espécies de crime a composição entre as partes e a transação.

SUBSTITUIÇÃO DE PENAS

Art. 292. A suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades.

Art. 296. Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o Juiz poderá aplicar a penalidade de suspensão da permissão ou de habilitação para dirigir veículo automotor,

sem prejuízo de demais sanções penais cabíveis.

1. Parecem contraditórias. Uma permite a aplicação isolada e outra não.

2. Não são. O art. 292 é aplicável aos crimes cujo preceito secundário prevê a pena de suspensão ou proibição (arts. 302, 303, 306, 307 e 308). O art. 296 é aplicável mesmo aos crimes cujo preceito secundário não prevê a pena de suspensão ou proibição, bastando a condição de ser o condenado reincidente. (qualquer crime).

PERDÃO JUDICIAL

1. É cabível nos crimes previstos nos arts. 302 e 303. (homicídio culposo e lesão corporal culposa)

a) razões do veto ao art. 300 do CTB, que o previa, era justamente a previsão expressa já nos arts. 121, § 5.º e 129, § 8.º do CP.

b) art. 291 manda aplicar o Código Penal, (PG). O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade previsto na PG (107, IX). É norma de aplicação geral.

c) O perdão judicial foi instituído justamente para os crimes de trânsito no Código Penal.

d) Não teria sentido ficar instituído o perdão judicial para os crimes de homicídio e lesão corporal culposos previstos no Código Penal. No mínimo, poder-se-ia em *analogia in bonam partem*.

OMISSÃO DE SOCORRO

Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

1. Só se aplica o dispositivo se não foi o causador, com culpa, pelo fato. Se foi o causador responde por homicídio ou lesão corporal com a causa de aumento de pena. (art. 302, parágrafo único, III do CTB).

2. É uma espécie de omissão de socorro, do art. 135 do CP, que só se aplica ao motorista envolvido no fato, que não teve culpa.

3. A própria vítima, se era motorista de um dos veículos envolvidos, se não socorrer outras vítimas, comete o crime omissivo.

4. Se a vítima não socorrer o *autor do fato*, que não está sendo referido no artigo, responde pelo crime de omissão de socorro, do art. 135 (detenção, de 1 a 6 meses ou multa).

5. Pode haver participação de terceiro (por instigação)

6. Pode haver justa causa para a omissão: pessoa ferida e impossibilidade de prestar socorro.

Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

1. Não adianta alegar que a vítima foi socorrida por terceiros e que, portanto, não deu causa a resultados mais graves.

2. Pergunta: se não tiver tempo? Respostas: provando essa circunstância não pode ser condenado.

3. Se a vítima estiver morta: Não há *socorro* possível. A única obrigação no caso, será solicitar auxílio da autoridade pública, mas não para salvar o ofendido.

FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE

Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.

Pena – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

1. Concurso material com o crime de homicídio ou lesão culposa simples ou qualificada.

2. Aplica-se o dispositivo mesmo que não haja nenhum desses crimes, no afastamento para fugir a responsabilidade civil pelo dano culposos.

Se não se provar a culpa não há o crime. O “possa ser atribuída” cede ao reconhecimento de que não houve culpa e portanto não haveria responsabilidade penal ou civil.

DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO LEGAL

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Pena detenção de seis meses a um ano, ou multa.

Dúvida: Nos dois tipos é necessário o perigo de dano? Ou só no segundo?

As duas interpretações são possíveis.

Optamos pela primeira.

1. Porque se quisesse de forma diferente, seriam dois tipos penais separados.

2. Porque não se pode prever pena tão grave para um fato menos grave (dirigir sem habilitação, mesmo sem perigo de dano, seria conduta punida com a mesma pena de dirigir depois de cassada a habilitação, com perigo).

3. Assim: Nas duas hipóteses há necessidade de perigo de dano para a concretização do crime.

Observações:

1. Permanece a contravenção prevista no art. 32 da LCP quanto a dirigir embarcação a motor em águas públicas sem a devida habilitação.

2. Permanece também veículos que não são considerados automotor: caso de veículos elétricos (sempre necessária a habilitação), casos veículo de propulsão humana ou tração animal (bicicletas, charretes, carroças, quando exigidas habilitação para dirigir tais veículos, conforme determinarem os Municípios – art 141, § 1.º) (definição do art. 96, I, a, b, c, d, e).

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência do álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

1. Cerca de 50% dos acidentes de trânsito são provocados por motoristas embriagados. São 4.000 das 8.000 mortes por ano no trânsito no Brasil.

2. Não é preciso estar embriagado. Basta estar sob a influência do álcool, em que há redução da capacidade da função motora, da percepção ou do comportamento.

Para a infração administrativa é necessário que seja em nível superior a “seis decigramas de litro de sangue” (infração gravíssima).

Pode ser também substâncias análogas (tóxicos, medicamentos, etc).

3. É necessário que tenha exposto a dano potencial a incolumidade pública.

a) Se assim não fosse, bastaria a primeira parte do dispositivo.

b) Não há ilícito em dosagem mínima, que não influi na capacidade de dirigir.

c) alguns dirigem melhor alcoolizados do que outros sóbrios, e por isso é necessário que se comprove a influência do álcool nos reflexos do motorista.

d) Não é necessário vítima determinada: (casos, subir na calçada, dirigir em ziguezague, ultrapassar faixas de pedestres, etc). (Conclusão do Ministério Público de São Paulo) Poderia ser resumido numa expressão: dirigir de forma "anormal".

e) Diz a lei: art. 1.º, § 2.º, o trânsito, em condições seguras, é direito de todos".

Com o fato de viola-se essa segurança, ou seja, põe-se em risco a incolumidade pública. Não se refere a lei a perigo para a vida ou integridade física de outrem, como é usual na lei, mas a *dano potencial* à incolumidade de outrem.

f) Não havendo risco, porém, estará caracterizada mera infração administrativa.

1. Prova: Seria inconstitucional a obrigatoriedade dos exames pelo bafômetro ou de dosagem alcoólica?

a) Para alguns, ambos não podem ser realizados em o consentimento do interessado, pois ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

b) Não pensamos assim, pelo menos em parte

I - quanto ao bafômetro:

1. A Constituição Federal só prevê o direito ao silêncio, (art. 5.º, Inc. 63), não essa regra doutrinária, genérica, *nemo tenetur se detegere*.

Estaria proibida portanto qualquer outra determinação: andar na linha, fazer o quatro, submeter-se ao exame clínico (deixar que o perito examine o hálito, os olhos, etc.).

2. Não viola, portanto, qualquer dispositivo constitucional. A lei pode obrigar? Art. 5.º, II, da CF. (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei).

II - quando ao exame de dosagem alcoólica.

3. Não é obrigatório o exame de dosagem alcoólica: A Constituição proíbe violação à integridade física até do preso (art. 5.º, XLIX). Trata-se de exame invasivo e, portanto, só pode ser realizado com o consentimento do motorista.

4. Concurso formal de embriaguez ao volante com lesão corporal ou homicídio culposo. Uma conduta, dois resultados: violação da incolumidade pública e lesão à vida ou integridade corporal da vítima.

VIOLAÇÃO DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO

Art. 307. Violar a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código.

Pena - detenção de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

1. Não importa que a proibição seja de origem penal (condenação ou mesmo proveniente da transação penal aplicada em sentença homologatória de crime de trânsito.

2. Poderá haver concurso com outros delitos (homicídio culposo, lesão corporal culposa, etc.)

3. Afasta o art. 359 do CP. É norma especial.

4. A interdição é pelo mesmo prazo da já aplicada anteriormente.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de en-

tregar, no prazo estabelecido no § 1.º do art. 293 a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

1. A entrega do documento deve ser efetuada em 48 horas da intimação, que só pode ser expedida após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

4.1

ABUSO SEXUAL INFRAFAMILIAR*

CLÁUDIO COHEN
GISELE J. GOBBETTI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Material e método – 3. Resultados e discussão
– 4. Conclusão – Bibliografia.

Resumo

Objetivos – Formular uma compreensão da sexualidade humana dentro da dinâmica das relações incestuosas através da avaliação dos casos de abuso sexual intrafamiliar atendidos no CEARAS – Centro de Estudos e Atendimento Relativos ao Abuso Sexual.

Metodologia – O nosso universo é composto por pacientes atendidos no CEARAS desde o início do seu funcionamento em 1993 até julho de 1998. O método utilizado foi a coleta de dados dos prontuários referentes a duração e natureza da relação, na proposta que dessem subsídio a uma avaliação qualitativa, que é complementada com as experiência da prática dos atendimentos.

Resultados – Nos casos atendidos no CEARAs, foram percebidas características como extensa duração das relações incestuosas; dos dados conhecidos, 63,64% tiveram uma duração maior do que 6 meses, sendo que 36,6% uma duração maior do que 3 anos. A maioria das relações incestuosas foram permeadas por atos libidinoso (65,72%), não se configurando conjunção carnal. O maior número de relações incestuosas ocorreu entre pai e filha (35,71%), sendo seguido pelas relações entre irmão e irmã (12,86%) e, em terceiro lugar, padrasto e enteada (11,43%). A denúncia foi feita na maior parte dos casos pela mãe (52,73%), com exceção dos casos em que o envolvido era seu companheiro; nestes, a denúncia foi feita pela própria criança ou adolescentes ou por pessoas que não moravam junto com a família.

Conclusão – O conceito de a relação sexual intrafamiliar ser bipessoal é incompleto, pois percebe-se um envolvimento (ativo ou passivo) de todos os membros da família. Assim sendo, optamos por considerar não apenas as “relações incestuosas”, mas sim as “famílias incestuosas”, onde todos são vítimas e culpados. Por outro lado, a avaliação dos danos causados por este tipo de relação através de provas concretas, como por exemplo exame pericial sexológico, mostra-se ineficiente. Consideramos que a compreensão das relações incestuosas do ponto de vista da saúde mental, ou seja, psicodinâmico sugere o tratamento da “família incestuosa” como caminho mais viável para se lidar com o problema.

(*) Trabalho realizado no CEARAS (Centro de Estudos e Atendimento Relativos ao Abuso Sexual) Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina social e do Trabalho da Faculdade de Medicina da USP.

1. Introdução

A sexualidade humana é um assunto complexo. A ampliação do conceito de sexualidade formulado pela Psicanálise mostra-nos o quanto é difícil identificá-la, principalmente na observação de que a sexualidade não se restringe aos genitais, mas sim de que ela tem uma pulsão com origem, objeto e fim. O desvio destes dois últimos, como no caso do incesto, traz problemas sociais.

No fetichismo, por exemplo, pode ser tomada qualquer parte do corpo como zona erógena ou mesmo um objeto como alvo de satisfação sexual. Assim, pelas suas características subjetivas, que serão projetadas em algo objetivo, a percepção do ato sexual dependerá de cada indivíduo, ou até mesmo de seu momento de vida, e de sua condição na relação, como mero observador ou como participante ativo ou passivo da relação sexual.

Assim, definir o que é um ato abusivo no exercício da sexualidade de cada pessoa envolve vários fatores. Para exemplificar, podemos pensar numa relação sadomasoquista; esta não pode ser considerada abusiva simplesmente por envolver violência física, pois para os participantes, esta relação consentida provoca prazer.

Pode vir à tona, então, a idéia do consentimento como divisor de águas entre uma relação abusiva e uma não abusiva. Neste caso, surge outra dificuldade: quando um consentimento será considerado válido? Será que apenas a idade cronológica, como a lei determina, define esta possibilidade de escolha? Acreditamos que não.

Principalmente quando tratamos do abuso sexual intrafamiliar, que se constitui no nosso objeto de estudo, questiona-se o consentimento até mesmo nos indivíduos adultos, por tratar-se da transgressão da lei mais primitiva entre os seres humanos: o tabu do incesto.

O tabu do incesto é universal embora seja variável em todas as culturas, podendo aparecer de diferentes formas, ou seja, de algum modo todas as culturas impõem restrições quanto à escolha do parceiro sexual (Levi-Strauss, 1969). Entendemos que, neste sentido, a proibição do incesto funciona como um fator organizador mental e social quando propõe limites às pulsões inerentes a todo ser humano, permitindo que o mesmo se relacione de outra forma com o mundo, deixando de ser um indivíduo dominado pelos seus impulsos e passando a ser um sujeito organizador de suas próprias ações. De um lado, permitindo a exogamia e por outro, permitindo a formação de uma estrutura mental com Id, Ego de Superego.

Desta forma, um relacionamento sexual entre dois indivíduos da mesma família (com exceção da relação com consentimento entre os cônjuges) pode ser considerado um ato limitrofe tangenciando a cultura. Assim sendo, fica difícil delimitar a capacidade de opção dos indivíduos envolvidos em relações incestuosas, sendo estes adultos ou não.

Neste trabalho pretendemos analisar a complexa dinâmica que envolve as relações incestuosas, avaliando casos de abuso sexual intrafamiliar atendidos no CEARAS - Centro de Estudos e Atendimento Relativos ao Abuso Sexual.

2. Material e método

O CEARAS conta com uma equipe multiprofissional e realiza atendimento em saúde mental para pessoas envolvidas em abuso sexual intrafamiliar que tenham denunciado à justiça este tipo de relação.

A denúncia como pré-requisito ao atendimento deve-se ao fato de que, por um lado, representa a possibilidade de busca de limite externo e, por outro, a quebra do segredo familiar. Este tipo de mudança é uma forma de viabilizar o processo terapêutico, pois existe uma conscientização do problema, além do

fato de que uma denúncia, quando feita pelos terapeutas, pode comprometer a formação dos vínculos de confiança necessários ao atendimento.

O atendimento se dá em dois níveis: o individual, para quem cometeu o abuso e para quem sofreu, e o familiar, dirigido a todos os membros da família que estão envolvidos afetivamente, não obrigatoriamente a família biológica. A frequência dos atendimentos é semanal em todos os níveis, sendo que os mesmos têm uma duração média de um ano.

Os dados que utilizamos foram retirados dos prontuários dos pacientes atendidos no CEARAS de junho de 1993 (início das atividades do Cearas) a final de junho de 1998. Nestes prontuários constam as entrevistas de triagem e relatórios dos atendimentos.

No período considerado, este Serviço atendeu 46 casos de abuso sexual intra-familiar, realizando 24 atendimentos familiares e 57 atendimentos individuais.

Os encaminhamentos destas pessoas foram feitos, principalmente, pelas Varas da Infância e Juventude de São Paulo (78,26% dos casos), sendo que o restante dos casos forma encaminhados por outras vias, como o SOS Criança, secretaria do Menor e algumas ONG'S.

Os dados coletados referem-se à composição da família, relação de parentesco dos envolvidos, duração da relação incestuosa, caracterização do tipo de relação (permeada por atos libidinosos diversos da conjunção carnal ou por conjunção carnal) e por quem foi feita a denúncia de abuso.

Estes dados foram abarcados de forma a dar subsídio a uma avaliação qualitativa, sem a pretensão de serem números significativos estaticamente, pois a proposta deste estudo gira em torno da compreensão da dinâmica presente nas relações incestuosas e também na possibilidade de demonstrar que este fenômeno ocorre em nossa sociedade.

3. Resultados e discussão

Os resultados estão apresentados em três tabelas:

A Tabela 1 foi elaborada com o objetivo de caracterizar o tipo de abuso sexual e as pessoas envolvidas. O lado esquerdo da dupla dos relacionamentos incestuosos representa a pessoa contra quem foi feita a denúncia. Frente a uma primeira leitura destaca-se a porcentagem elevada de relações incestuosas entre pai e filhos; 42,85% das relações.

TABELA 1
NÚMEROS E TIPOS DE
RELACIONAMENTOS INCESTUOSOS

Relações Incestuosas	Atos Libidinosos	Conjunção Carnal	Total N	Total %
Pai-Filha	15	10	25	35,71
Irmão-Irmã	05	04	09	12,86
Padrasto/enteada	04	04	08	11,43
Pai-filho	05	-	05	07,14
Tio-sobrinha	01	04	05	07,14
Tio-sobrinho	04	-	04	05,71
Avô-neta	03	00	03	04,28
Mãe-filha	01	-	01	01,43
Irmão-Irmão	01	-	01	01,43
Irmã-Irmã	01	-	01	01,43
Primo-prima	00	01	01	01,43
Primo-primo	01	-	01	01,43
Padrasto/enteado	01	-	01	01,43
Cunhado/cunhada	00	01	01	01,43
Cunhado/cunhado	01	-	01	01,43
Padrinho/afilhada	01	00	01	01,43
Padrinho/afilhado	01	-	01	01,43
Educador/criança	01	00	01	01,43
TOTAL N	46	24	70	-
%	65,72	34,28	-	100

A tabela 2 relaciona o tempo de duração dos relacionamentos sexuais

com a qualificação destes. Consideramos importante o tempo de duração das relações e que este deveria ser um fator levado em conta pela Justiça, pois, às vezes, o tempo de relação é mais trau-

mático do que o tipo de relação. Nota-se que a maioria das relações são permeadas por atos libidinosos (65,72%) e, portanto, são difíceis de ser comprovadas.

TABELA 2
DURAÇÃO E TIPO DE RELAÇÕES

DURAÇÃO	ATOS LIBIDINOSOS	CONJUNÇÃO CARNAL	TOTAL N	TOTAL %
Ocasional (1 a 5 episódios)	07	06	13	18,57
Até 6 meses	01	02	03	04,29
6 meses a 11 meses	01	00	01	01,43
1 ano a 1 ano e 11 meses	04	02	06	08,57
2 anos a 2 anos e 11 meses	02	03	05	07,14
3 anos a 5 anos	08	04	12	17,14
Mais de 5 anos	04	00	04	05,72
Dados desconhecidos	19	07	26	37,14
TOTAL N	46	24	70	—
%	65,72	34,28	—	100

A Tabela 3 mostra quem são as pessoas que fazem a denúncia. Estas realizam a quebra do pacto familiar, que se constitui no grande problema em se trabalhar com as famílias incestuosas. Destaca-se aqui que o maior número de denúncias é realizado pela mãe (52,73%), mas um dado que não aparece claro na tabela é que esta atitude ocorre quando o companheiro não está envolvido. As denúncias realizadas pelas mães em relações entre pai/padrasto e os filhos, com poucas exceções, são feitas quando o casal encontra-se separado, pois, caso contrário, as denúncias são feitas por terceiros ou pela própria pessoa que sofreu o abuso.

Agora vamos expor de forma mais detalhada os resultados e discussão referentes aos dados apresentados na Tabela 1. Da amostra dos casos atendidos pelo CEARAS, há uma diversidade de relações de parentesco entre as pessoas envolvidas em relacionamento

incestuosos, mas podemos observar a predominância da relação pai e filha (35,71% dos casos), sendo seguida, embora com uma porcentagem bem menor (12,86%), das relações heterossexuais entre irmãos. Observa-se também a porcentagem de relacionamentos entre pai e filho em quarto lugar (7,14%), sendo portanto o pai biológico envolvido em 42,85% das relações incestuosas.

Este dado diverge da crença popular que considera "famílias em risco" para relações abusivas, as famílias reconstituídas, ou seja, aquelas formadas por novas uniões, onde a relação entre as pessoas não é confirmada pela consanguinidade.

A maioria dos relacionamentos incestuosos ocorreu entre parentes próximos e consanguíneos, ou seja, entre pais e filhos e entre irmãos (60%).

A referida tabela também foi dividida pelo tipo de relação estabelecida segundo as definições utilizadas pelo Código

TABELA 3
DENÚNCIAS DAS RELAÇÕES INCESTUOSAS

DENÚNCIA					
Relações Incestuosas	Própria	Mãe	Pai	Terceiro	Outros Parentes
Pai-filha	7	8	0	4	2
Pai-filho	0	3	0	1	0
Mãe-filha	0	0	0	0	1
Padrasto-enteada	3	0	0	1	0
Padrasto-enteado	s/dados	s/d	s/d	s/d	s/d
Irmão-irmã	0	5	1	0	0
Irmão-irmão	0	1	0	0	0
irmã-irmã	0	0	0	1	0
Avô-neta	1	1	0	0	1
Tio-sobrinha	0	3	1	0	0
Tio-sobrinho	0	4	0	0	0
Primo-prima	1	0	0	0	0
Primo-primo	0	1	0	0	0
Cunhado-cunhada	1	0	0	0	0
Padrinho-afilhada	0	1	0	0	0
Padrinho-afilhado	0	1	0	0	0
Educador-criança	1	0	0	0	0
Total	14	29	2	7	3

Penal Brasileiro: conjunção carnal entende-se "o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a introdução do pênis na cavidade vaginal" (Hungria, N.; 1963), sendo qualquer outra prática sexual conceituada como ato libidinoso. O Código Penal atribui maior gravidade aos crimes configurados por conjunção carnal (como o estupro, por exemplo). Pode-se pensar que isto se deva a uma valorização da virgindade feminina ou da possibilidade de gravidez como consequência do ato.

A maioria das relações incestuosas foram permeadas por atos libidinosos diversos da conjunção carnal (65,72%). Mesmo isolando as relações homossexuais, que contam como 22,86% da amostra, por não poderem ser configuradas como conjunção carnal pela definição do Código Penal Brasileiro, a

porcentagem de relacionamentos caracterizados por atos libidinosos continua maior (55,56% de atos libidinosos contra 44,44% de conjunção carnal).

Outro fator a salientar é o menor índice de relações abusivas envolvendo crianças ou adolescentes do sexo masculino como "vítimas" (apenas 20% do número de relacionamentos incestuosos). Acredita-se que se meninos tenham mais dificuldade em discriminar e, principalmente, denunciar as relações sexuais abusivas. Uma hipótese para a maior dificuldade da denúncia por parte dos meninos pode ser o fato da maioria das relações sexualmente abusivas percebidas serem relações homossexuais, o que implica em mais um fator discriminatório, o que pode levar a uma estigmatização com o rótulo de homossexuais.

Na verdade, questionamos aqui a definição de uma relação sexualmente abusiva, principalmente nas qualificadas por atos libidinosos diversos da conjunção carnal, pois acreditamos muitas relações "abusivas" ocorram com uma frequência maior nas famílias, mas que também ofereçam mais dificuldades de serem percebidas como tal. É o caso, por exemplo, de determinados "cuidados maternos" que se estendem aos filhos a um período maior do que o necessário, com mães que amamentam filhos de 3 anos de idade ou dão banho em filhos praticamente adolescentes. Esse acesso da mãe ao corpo dos filhos talvez ajude a mascarar uma relação abusiva, o que pode sugerir uma explicação ao fato de mulheres aparecerem em um índice muito baixo como "abusadoras" em vários estudos e mesmo em nossa amostra do CEARAS. Neste Serviço, apenas uma mãe foi denunciada por abuso sexual, enquanto o restante das pessoas denunciadas por cometer abuso sexual é inteiramente masculino.

Neste sentido, quando o Código Penal diferencia atos libidinosos e conjunção carnal para caracterizar o tipo de crime no capítulo dos Crimes Contra os Costumes, atribuindo penas diferenciadas para os dois tipos de interação corporal, leva em conta apenas dados concretos. Além disso, é atribuída menor gravidade a um crime sexual cometido contra uma criança do sexo masculino, já que a possibilidade de pena referente ao Atentado Violento ao Pudor é menor do que nos casos de Estupro, que é um crime contra a mulher.

Embora os crimes sexuais tenham penas agravadas quando cometidos por *pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela*, conforme nosso Código Penal, tal consideração ainda

não reflete as verdadeiras conseqüências de uma relação incestuosa.

Isto significa que a maioria destas relações, quando denunciadas, dificilmente obterão provas objetivas da ocorrência através de um exame de corpo de delito no Instituto Médico Legal. A maioria destes relacionamentos são efetivados através de carícias e toques, não culminando em uma relação sexual completa, sendo que isto não diminui necessariamente a gravidade das conseqüências a seus participantes, pois não é agressão física que define o abuso e sim a violência emocional que pode estar por trás do fato.

Apontaremos agora as observações referentes à Tabela 2. Em nosso estudo quanto à duração de uma relação incestuosa, na maioria das vezes, a relação é duradoura, não se resumindo a alguns episódios. Das relações incestuosas que foram, de alguma forma, discriminadas pelos pacientes por um determinado período de ocorrência, ou seja, das classificadas como não ocasionais (70,45% das relações), 90,32% tiveram uma duração maior do que 1 ano, sendo que 67,74%, uma duração maior do que 3 anos. Cabe aqui destacar que, embora agrupadas em um item, dentro das relações com duração maior de 3 anos, encontramos relações com durações de 5, 6 e 8 anos. Uma relação com duração superior a 3 anos foi considerada suficiente para se concluir que a relação fazia parte do cotidiano da família em questão.

A duração das relações incestuosas talvez seja uma característica específica que diferencie o abuso sexual intrafamiliar do abuso sexual perpetrado por estranhos. Resta-nos pensar se esta duração é promovida apenas pela proximidade física entre as pessoas ou se existem outros fatores envolvidos.

Da mesma forma, a duração já nos sugere um envolvimento dos outros membros da família, pois torna-se quase impossível não haver uma percepção destes, seja em qualquer nível, de um relação que ocorre durante períodos superiores a um ano. A prática clínica nos confere esta hipótese, sugerindo que há um consentimento implícito (senão explícito) de todos os membros da família para a relação.

O índice de imprecisão dos dados quanto à duração (37,14%) revela-nos a dificuldade em lidar com a situação das pessoas envolvidas. Este item da tabela foi constituído por relações em que os participantes ou não verbalizaram diretamente a relação incestuosa, ou verbalizaram várias versões, na maioria das vezes mais minimizadas no momento de chegada ao CEARAS, sendo incapazes de precisar uma duração específica.

O encaminhamento dos pacientes pela Varas de Infância e Juventude pode criar a fantasia de que o CEARAS faz parte do sistema judiciário e que, portanto, as verbalizações sobre a relação incestuosa possam comprometê-los legalmente. Isto causa muitas vezes a negação da relação abusiva tanto por parte das pessoas que são denunciadas, quanto por parte das crianças e adolescentes envolvidos que temem as consequências da punição dos pais ou responsáveis recebidas através do sistema judiciário.

Tudo o que foi dito retrata o lado consciente responsável pela imprecisão por dados. Por outro lado, a dificuldade em lidar com a situação, mesmo de discriminar o que é abusivo e o sentimento de culpa provocado pela participação, muitas vezes consentida, destas crianças e adolescentes na relação incestuosa podem ser outros fatores que contribuem para a omissão ou imprecisão dos dados.

Quanto à duração da relação frente à categoria de interação, se é permeada por atos libidinosos ou por conjunção carnal, podemos fazer a observação de que nas relações incestuosas mais duradouras (mais de 3 anos), as relações caracterizadas por atos libidinosos aparecem com uma frequência bem mais alta. Tal fato sugere que o reconhecimento da situação abusiva nos casos em que ocorre a conjunção carnal é facilitado, impedindo que ela se prolongue por muitos anos.

Agora discutiremos os dados da tabela 3, onde forma agrupadas as denúncias que se referem à busca de auxílio externo na própria vara de Infância e Juventude ou em qualquer outra Instituição que encaminharia para a abertura de um processo, significando a quebra do segredo familiar (por exemplo, delegacia ou SOS Criança). O total das denúncias é inferior ao total de relações incestuosas, pois, em algumas famílias, existe mais de uma relação incestuosa e só houve procura de denúncia para um membro da família, sendo descoberto outro abuso no Fórum, através das entrevistas da equipe técnica (psicólogos e assistentes sociais judiciários) ou no próprio atendimento do CEARAS. Além destes, em alguns casos foi impossível resgatar este dado, provavelmente perdido pela desistência de algumas famílias logo no início dos atendimentos. Parece haver um envolvimento familiar, onde todos os membros do grupo procuram agir de forma a manter o funcionamento da família.

Verifica-se que a denúncia dos casos encaminhados ao CEARAS raramente foi feita por terceiros (apenas 12,73% das denúncias) ou por outros parentes, que forma considerados aqui por parentes não envolvidos na relação incestuosa e que não moravam junto com a família em questão (5,45% das denúncias). Este dado pode significar que as famílias

conseguem manter o segredo ou que as pessoas ainda mantêm o conceito da "sagrada família", procurando não se envolver em conflitos percebidos em outras famílias.

A porcentagem maior de denúncias foi efetuada pela mãe (52,73% das denúncias), sendo seguida pela denúncia da própria criança ou adolescente abusada (25,45%). O pai efetuou a denúncia em apenas 2 casos (3,64%), sendo um de relação incestuosa da filha com um tio e outro de relação entre irmãos; neste, o pai fez a denúncia após ter sido acusado também de abuso. Sendo assim, parece que o pai tem dificuldade em exercer sua função de colocar limites dentro de sua família.

É importante destacar um dado não contido na tabela: das denúncias realizadas pela mãe contra o pai ou padrasto, apenas em 3 casos, a mãe ainda morava junto com estes. No restante das famílias em que ocorreu relação incestuosa pai-filha(o) ou padrasto-enteada, quando os mesmos moravam juntos, a denúncia aparece ou por uma demanda da própria criança/adolescente que vivencia a situação ou por pessoas que não moram na casa (terceiros ou outros parentes). Já, como se pode notar, todas relações incestuosas entre irmãos forma denunciadas, com exceção de duas, pela mãe.

A dificuldade da denúncia do companheiro pelas mães de crianças ou adolescentes abusados parece ser o indício de uma complexa relação, onde há uma impossibilidade de proteção ou cuidado materno aliado à relação incestuosa. No atendimento clínico, nestes casos, percebe-se uma grande ambivalência de sentimentos destas crianças e adolescentes em relação a seus pais (biológicos ou substitutos). Mas se revelam, muito mais nítidos, sentimentos de raiva ou desprezo em relação às mães do que aos pais ou padrastos. Na verdade, a criança ou adolescente parece

responsabilizar a mãe pela relação sexual, sentindo mais raiva pela não interdição do que pelo ato em si.

4. Conclusão

Os dados apresentados mostram o quão complexas são as relações sexuais incestuosas. Do nosso estudo, podemos extrair as seguintes conclusões:

1. A subjetividade da percepção da sexualidade humana impede-nos até de tentar definir que relacionamento dentro da família pode ser considerado sexualmente abusivo, porém consideramos necessário que sejam criados novos parâmetros sociais, levando em conta outras variáveis, como por exemplo o tempo de duração da relação e o grau de parentesco entre as pessoas envolvidas.

2. Devido ao consentimento e envolvimento (explícito ou implícito) de todos os membros da família na relação incestuosa, torna-se inadequado responsabilizar os membros diretamente envolvidos na relação sexual denunciada, porque nós consideramos que a relação em si é apenas o sintoma de uma disfunção familiar, portanto a responsabilidade deve ser mais difusa a todos os membros da família e não centralizada nas pessoas que concretizam o ato sexual.

3. Existindo a influência dos vários fatores nas relações incestuosas, consideramos necessária a intervenção da sociedade, enquanto instituição maior e mais estruturada do que a família, através de leis mais específicas. Assim sendo, o incesto deveria figurar no Capítulo dos Crimes contra a Família, que deveria abranger a avaliação e tratamento da família como um todo.

Bibliografia

ALVES GARCIA, J., *Psicopatologia Forense*, Rio de Janeiro, Forense, 3. ed., 1969.

- BUTLER, S., *Conspiracy of silence: the trauma of incest*, Califórnia, Volcano, 1978.
- COHEN, C., *O incesto um desejo*, São Paulo, Casa do Psicólogo, 1993.
- FORWARD, S.; BUCK, C., *A traição da inocência: o incesto e a sua devastação*, Rio de Janeiro, Rocco, 1989.
- FREUD, S., "Pulsiones y destinos de pulsión", in: Freud, S., *Obras Completas*, Buenos Aires, Amorrortu, v. XIV, 1980.
- . "Totem e Tabu", in: Freud, S., *Obras Completas*, Buenos Aires, Amorrortu, v. XVI.
- . "Três ensaios de teoria sexual", in: Freud, S., *Obras Completas*, Buenos Aires, Amorrortu, v. VII, 1980.
- HUNGRIA, N., *Comentários ao Código Penal*, 1956 in Rev. Bras. De Crim. E ir. Dir. Penal, n. 1, 1963.
- LÉVI-STRAUSS, C., *Le strutture elementari della parentela*, Milano, Feltrinelli, 1969.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: A EXCEPCIONALIDADE NECESSÁRIA

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

A segurança jurídica exige a aplicação do Direito positivo, mesmo quando este é injusto. (...) Onde a injustiça do Direito positivo atinge um grau tal que, em face dela, a segurança jurídica, garantida pelo mesmo Direito positivo, deixa mesmo de ter relevância – num caso destes o Direito positivo injusto tem de ceder o passo à justiça. (Radbruch)¹

SUMÁRIO: 1. Identificação. Questões terminológicas – 2. Busca histórica – 3. A evolução da doutrina e da jurisprudência – 4. A nova ordem constitucional. Alcance. A doutrina e a jurisprudência – 5. Integridade moral versus segurança jurídica – 6. A Portaria n. 6/98 do departamento de inquéritos policiais e corregedoria da polícia judiciária – 7. Conclusão.

1. Identificação. Questões terminológicas

A temática ora enfrentada refere-se à identidade pessoal, ou seja, o modo particular do homem, constituído pelo conjunto de caracteres que o tornam próprio e, portanto, diverso dos demais. Identificação, por conseguinte, consiste no processo pelo qual se determina a identidade – ato de identificar, no qual se reencontra ou se descobre a identidade.² *Enquanto a identidade são os caracteres identificadores, a identificação é a demonstração desses dados.*³

2. Busca histórica

A identificação, em um primeiro momento, restringia-se à enumeração e citação das características físicas do indivíduo. Já na Idade Média, a identificação dos criminosos era comumente realizada mediante a perfuração dos olhos, amputação dos dedos e das orelhas e, inclusive, com inscrições nos braços.

No denominado período científico, iniciado com os trabalhos de Malpighi em 1686, destacou-se Alphonse Bertillon (1879), responsável pelo desenvolvimento da antropometria. Fundava-se esta na descrição das marcas e sinais particulares do indivíduo. Para tanto, eram tomadas

⁽¹⁾ Apud ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, Lisboa, p. 320.

⁽²⁾ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, *A identificação processual penal e a Constituição de 1988*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 635, p. 173.

⁽³⁾ SZNICK, Valdir, *Crime Organizado. Comentários*, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1997, São Paulo, p. 342.

medidas do corpo do criminoso – altura, diâmetro ântero-posterior da cabeça, diâmetros biparietal e bizigomático, entre outros –, estabelecendo-se, então, regras de proporção, as quais serviriam de base para o estabelecimento de um tipo físico próprio dos criminosos.

O período datiloscópico teve como precursores Grew e Juan Vucetich. Com efeito, o primeiro apresentou, em 1864, à Royal Society em Londres, notas acerca da descrição das mãos e dos dedos – dermatóglifos. Todavia, foi o segundo, naturalizado argentino, que, efetivamente, estudou e comparou os sistemas das impressões digitais, datando de 1891 o seu uso oficial naquele país. Tal sistema foi inicialmente lançado sob a denominação “icnofalangometria”, cabendo, posteriormente ao Dr. Francisco Latiniza nomeá-la dactiloscopia.⁴

No Brasil, durante o Império, o sistema de identificação das Ordenações sobreviveu com a denominação de auto de qualificação.⁵ Nesse sentido, conforme credenciado magistério de Pimenta Bueno, o aludido documento “era essencial para que houvesse prova da identidade da pessoa, reincidência de crimes, além de outros esclarecimentos a que pode dar lugar”.⁶ No âmbito do

Código de Processo Penal de Primeira Instância, não se pode olvidar da atribuição que era conferida ao juiz de paz para conhecimento das pessoas que novamente viessem habitar no distrito sendo desconhecidas ou mesmo suspeitas.⁷ Acresça-se, outrossim, a obrigatoriedade de apresentação de todas as pessoas ao juiz que podia, ainda, exigir declarações destas se suspeitas ainda remanescessem. Entretanto, aqueles que, não se apresentassem espontaneamente eram chamados à presença do juiz de paz para serem interrogados sobre o nome, filiação, naturalidade, profissão, gênero de vida e atual pretensão.⁸

O sistema de identificação fotográfica foi oficialmente instalado no Estado de São Paulo em 28.01.1891, criando-se, em 1898, o Gabinete Antropométrico. Por intermédio do Decreto 1.533-A de 30.11.1907,⁹ foi introduzido, em São

(4) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 1.º Volume, 18. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1997, p. 249.

(5) Nesse sentido, dispunha o art. 171 do Regulamento n. 120 de 31.01.1842: “Na primeira ocasião em que o réo comparecer perante a Autoridade policial ou criminal, lhe será perguntado o seu nome filiação, idade, estado, profissão, nacionalidade, o lugar de seu nascimento, e se sabe lêr ou escrever, lavrando-se das perguntas e das respostas um auto separado, como a denominação de auto de qualificação.”

(6) *Apontamentos Processo Criminal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2. ed., 1857, p. 57. Apud SZNICK, Valdir, Ob. Cit.

(7) Era o que dispunha o art. 12, § 1.º do Código do Processo Criminal de Primeira Instância: “Aos Juizes de Paz compete: § 1.º – Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vieram habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lhó requererem.”

(8) “Art. 114. Toda a pessoa que se fôr estabelecer de novo em qualquer Districto de Paz, deve apresentar-se pessoalmente, ou por escripto ao juiz respectivo, o qual poderá exigir della as declarações que julgar necessarias, quando se lhe faça suspeita.

Art. 115. Todo o que não cumprir a obrigação prescripta no artigo antecedente, será chamado á presença do Juiz de Paz, por ordem deste, para ser interrogado sobre seu nome, filiação, naturalidade, profissão, genero de vida, e actual pretensão.”

(9) Com efeito: Art. 1.º – O Gabinete de Identificação destina-se a determinar a identidade pessoal dos criminosos, dos cadáveres desconhecidos, a tirar photographias, quando fôr necessario, dos criminosos e tatuagens, das victimas, dos logares dos crimes, dos objectos e instrumentos empregados

Paulo, o uso da datiloscopia para fins de identificação de criminosos. Em 1928, o Regulamento Policial do Estado – Decreto 4.405-A de 17 de abril – estabeleceu métodos de identificação das pessoas desconhecidas por parte dos delegados e subdelegados.¹⁰ Finalmente, pelo Decreto Estadual 11.285 de 05.08.1940, foi adotada a obrigatoriedade da identificação dos indiciados em

para a prática dos crimes, e a fornecer, mediante requerimento, provas de identidade às pessoas honestas.

Art. 2.º – A identificação será feita, reunindo-se em uma ficha os seguintes dados: 1.º – A impressão das extremidades digitais das duas mãos. 2.º – Photographia de frente e de perfil. 3.º – Qualificação e descrição da pessoa, fazendo-se nesta a indicação dos sinais e marcas peculiares, tais como cicatrizes, anomalias, etc.”

(10) De fato: “Art. 120 – A autoridade policial poderá chamar à sua presença qualquer pessoa que venha se estabelecer em sua circumscrição e que se torne suspeita de crime ou de pretenção de cometel-o.

Art. 121 – Si a pessoa não comparecer ao primeiro chamado, será notificado, sob pena de desobediência, para vir em dia, lugar e hora designados na portaria de notificação, legitimar se, isto é, declarar o seu nome filiação, naturalidade, estado, profissão e genero de vida.

Art. 122 – Si a autoridade, pelas respostas, não tiver confirmadas as suspeitas, ou si o chamado ou notificado apresentar passaporte ou abonação verbal ou escripta de duas pessoas conhecidas e de probidade, a autoridade o declarará legitimado.

Art. 124 – Caso a pessoa chamada não prove convenientemente a sua idoneidade poderá ser identificada para a devida legitimação, sendo que essa identificação, não constitui antecedente criminal.

Art. 125 – Pelo mesmo processo deverá a autoridade policial legitimar todas as prostitutas que residam em sua circumscrição policial, bem como aquellas que a ellas forem, embora não sejam residentes.”

inquéritos policiais,¹¹ sistema adotado, igualmente, pelo Código de Processo Penal – Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941.¹²

3. A evolução da doutrina e da jurisprudência.

Antes mesmo do imperativo constitucional, o entendimento doutrinário convergia no sentido contrário à compulsoriedade da identificação criminal prevista pelo art. 6.º do CPP do civilmente identificado. Nesse sentido, era o magistério de Espínola Filho: “A identificação, dessa forma, visa, não só permitir o conhecimento da vida judiciária anterior do indiciado, como também levar ao conhecimento do instituto competente a circunstância de estar sendo suspeitado da atual transgressão penal. Por isso, o art. 23 do novo CPP atribui, como obrigação, à autoridade policial, quando fizer remessa do inquérito ao juiz competente, dar, em ofício, ao Instituto de Identificação e Estatística, ou à repartição congênere, a notícia do juízo, a que tiver sido distribuído o mesmo inquérito, com os esclarecimentos sobre a pessoa do indiciado e a

(11) Nesse sentido: “Art. 9.º – Em todos os inquéritos policiais, antes da remessa à justiça, proceder-se-á, nas delegacias de polícia da Capital e do Interior, à identificação dos indiciados, por meio de fichas e planilhas, sendo obrigatória a imediata juntada do seu boletim que será fornecido pelo Serviço de Identificação com o número de registro Geral e indicação de antecedentes judiciais, como tais considerando-se as sentenças e acórdãos mencionados no art. 1.º.”

(12) “Art. 6.º – Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá:

VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.”

infração penal, de que é acusado. (...) Sendo essa a finalidade da identificação, está-se a ver que não há porque sujeitar a tal medida o indiciado, que, exibindo carteira de identidade, documentar a realidade de já estar identificado no distrito da culpa, eis que, de acordo com as indicações da mesma carteira, o Instituto de Identificação terá conhecimento da acusação e estará apto a fornecer a folha de antecedentes judiciais.”¹³ Na mesma esteira inclinavam-se outros tratadistas, a saber: Walter A. Costa,¹⁴ Heleno Claudio Fragoso¹⁵ e Manoel Pedro Pimentel.¹⁶

(13) ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Anotado*, Livraria Editora Freitas Bastos, 2. ed., Rio de Janeiro, 1943, vol. 1.º, p. 267/268.

(14) Com efeito: “A obrigatoriedade imposta pelo dispositivo supra tem sido, muitas vezes e lamentavelmente, descurada por algumas autoridades policiais, geralmente liberais aos requerimentos de pessoas que, por sua elevada condição social se julgam possuidoras de privilégios e, por isso, pleiteiam dispensa de identificação até que a Justiça se pronuncie... constitui odioso favorecimento, tanto mais grave por não se conhecer hipótese de indiciado de condição humilde que tenha sido dessa forma beneficiado.”, *Apud* SZNICK, Valdir, Ob. Cit.

(15) Nesse sentido: “Quanto à identificação dactiloscópica, temos outras observações a fazer. A providência a que alude o art. 6.º, VIII, do CPC, constitui medida vexatória imposta ao cidadão indiciado, que a lei presume inocente, não se justificando no caso em que já se acha ele identificado no lugar em que o fato ocorreu.” *Jurisprudência criminal*, 4. ed., Forense, 1982, p. 300.

(16) “Sempre discordamos, respeitosamente, desse alto entendimento, porque a razão de ser do preceito contido no art. 6.º, inc. VIII, do CPP, parece-nos, era tornar certa a pessoa do indiciado, evitando equívocos quanto à pessoa, e, por outro lado, fornecer dados para registros de arquivos e para fins estatísticos. Ora, se o indiciado já se encontrava identificado civilmente,

A jurisprudência pátria, por seu turno, mostrou-se contraditória ao longo dos anos. De fato, o Supremo Tribunal Federal, chegou, por diversas vezes, a deliberar inexistir constrangimento ilegal à realização de identificação criminal à luz do disposto no art. 6.º, inc. VIII do CPP.¹⁷ Nesse campo, de suma importância, foi o acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário n. 79.839, cujo relator fora o Ministro Leitão de Abreu. Com efeito, considerando legítima a identificação criminal, ainda que presente aquela de natureza civil, foi invocado caso no qual uma pessoa tivera sido presa em razão de confusão havida com seu irmão. Tal fato, note-se, somente foi superado mediante confronto das planilhas datiloscópicas.¹⁸

Em outras ocasiões, contudo, a Suprema Corte considerou evidenciado o constrangimento ilegal no ato tendente à realização de identificação de cunho criminal daqueles já civilmente identi-

de modo a não criar dúvida quanto à sua pessoa – que deveria ser a mesma sujeita ao procedimento inquisitorial – não se justificava o vexame de submeter-se novamente à identificação criminal. *Dispensabilidade da Identificação Criminal*, in Repertório IOB de Jurisprudência – 2.ª quinzena de abril de 1989, n. 8/89, p. 40.

(17) Nesse sentido: “Não constitui constrangimento ilegal o proceder-se à identificação do indiciado em inquérito policial, como prevê o art. 6.º, inc. VIII do CPP.” (RHC n. 52.686 – RTJ, 71/57). Ainda: “A identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, que prevê o art. 6.º, n. VIII, do CPP é obrigatória até mesmo no caso em que ele exiba à autoridade o documento ou célula policial de identidade e, em se tratando de um ato de procedimento imposto por lei, não se pode arguí-lo de constrangedor, pois o constrangimento proibido é ilegal.” (DJU 06.08.1976, p. 6.900 e DJU, 19.03.1976, p. 1.746).

(18) Recurso Extraordinário n. 79.839, RTJ 71/618.

ficados. Ressalte-se, nesse aspecto, o voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin nos autos do Recurso de *Habeas Corpus* 52.995, deliberando não se justificar a intimação policial para tais fins, quando já estabelecida indubitavelmente a identidade do imputado.¹⁹

De qualquer modo, tais posicionamentos foram superados, enfim, pela Súmula 568, segundo a qual “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.²⁰ A despeito de referida disposição sumulária, conforme observa Paulo Lúcio Nogueira,²¹ alguns Ministros ainda restringiram a sua aplicação, asseverando, para tal desiderato, pressupor esta instrução processual em curso.²² Em outras palavras, a identificação criminal somente seria cabível em face de acusação formal – oferecimento de ação penal –, o que não ocorreria na fase policial.

A identificação por fotografia também mereceu numerosas discussões no Supremo Tribunal Federal. Exemplo ilustrativo é o acórdão proferido nos autos do recurso de *Habeas Corpus* 60.451-0. Naquela oportunidade, o Ministro Relator Aldir Passarinho, considerou restringir-se a Súmula 568 apenas à hipótese de identificação datiloscópica, não se estendendo, pois, à iden-

tificação fotográfica que, no seu entender, sequer estaria contemplada pela lei. O argumento, todavia, não convenceu os demais julgadores, merecendo destaque o voto proferido pelo Ministro Cordeiro Guerra, segundo a qual a identificação fotográfica consistiria em uma das formas de individuação do indiciado – não excluída pela legislação processual – e, dessa forma, meio extremamente hábil para se afastar erros e confusões.²³ Tal posicionamento, note-se, predominou na mais alta corte.²⁴

(23) RT 581/387.

(24) Nesse sentido: “Identificação criminal – Indiciado compelido a identificação fotográfica, além da datiloscópica – Constrangimento ilegal reconhecido – Inexistência – Irrelevância do fato de já haver sido identificado para efeitos civis – Recurso extraordinário conhecido e provido – Inteligência do art. 6.º, VIII do CPP – Súmula 568.” (RE 90.902-8 – RJ, j. 06.04.1979). Ademais: “Identificação criminal – Fotografia do indiciado em inquérito policial – Fato que não constitui constrangimento ilegal, ainda que já identificado civilmente – Recurso extraordinário conhecido e provido. Inteligência dos arts. 153, § 20, da CF e 6.º, VIII, do CPP e da Súmula 568.” (RE 92.528-7 DF, RT 546/451). Outrossim: Identificação criminal. Procedimento criminal contra o paciente, como incursão no art. 132 do Código Penal. Disparo no interior de um bar. Não é possível, desde logo, afirmar a inexistência de justa causa para o procedimento criminal. Súmula 568. A identificação criminal por meio de fotografia não é ilegal. Recurso desprovido. (RHC n. 61.987, j. 01.06.1984). Finalmente: “Na determinação da identidade do indiciado, para o efeito do disposto no art. 6.º, VIII, do CPP, incluiu-se a fotografia como complementação da identificação datiloscópica – orientação essa traduzida na Súmula 568, cuja razão de ser é tornar certo o reconhecimento do indiciado, ou seja, estabelecer o conjunto de caracteres próprios e exclusivos da pessoa sobre a qual recai a suspeita de Ter cometido a infração penal.” (HC 62.908-3 – DF, j. 24.05.1983, DJU 30.08.1985).

(19) Com efeito: “Se o indiciado exhibe prova de regular identificação por meio de carteira de identidade expedida por órgão competente, e se não há dúvida sobre ser o indiciado, a pessoa a que se refere a carteira de identidade não se justifica a intimação para identificação criminal. Tal intimação para identificação desnecessária constitui constrangimento ilegal.” RTJ, 72/360.

(20) Recurso Extraordinário n. 80.732 – DF, em 04.06.1975 (DJ, de 06.08.1976).

(21) *Curso Completo de Processo Penal*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1991.

(22) RT, 592/446.

4. A nova ordem constitucional. Alcance. A doutrina e a jurisprudência

Como é assente, o legislador constitucional de 1988, inseriu regra vedando a identificação criminal em se cuidando de civilmente identificado, exceptuadas aquelas hipóteses a serem previstas em lei.

Trata-se de regra não inscrita nos textos precedentes sendo sua aplicação automática. Com efeito, não se cuida de norma meramente programática ou de princípio, mas sim, de eficácia contida e de aplicabilidade imediata.²⁵ A proibição nela contida não se encontra vinculada a quaisquer termos ou condi-

ções. Este, aliás, tem sido o pensamento dominante em nossa doutrina.²⁶

Por consequência, torna-se incabível qualquer raciocínio que imponha a compulsoriedade da identificação criminal, ficando, nesse sentido, absolutamente superada a Súmula 568.²⁷ Sensível a tais premissas, a jurisprudência pátria tem dado guarida ao mandamento constitucional, proibindo a identificação datiloscópica quando ausentes quaisquer fatores a justificá-la, estendendo, ainda, a vedação ao processo fotográfico.²⁸

(25) "A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciem os direitos fundamentais e democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais." SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

(26) Nesse sentido, vale registrar as palavras de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, ob. cit., p. 177: "A proibição, que ora se ostenta, emerge de aplicação imediata, até porque a Constituição o afirma (art. 5.º, § 1.º). Não é norma de princípio, de conteúdo programático, dita não bastante em si". Em semelhante raciocínio assevera José Cretella Junior: "A Constituição de 05.10.1988, art. 5.º, LVIII, deixa bem claro que o *Civilmente identificado não será submetido a identificação criminal* - não será repetimos -, salvo nas hipóteses previstas em lei. Esta regra jurídica constitucional quebra ou revoga o dispositivo do Código de Processo Penal e, de imediato, mesmo sem lei posterior regulamentada, porque é auto-aplicável, porque é *norma definidora de garantia fundamental* (art. 5.º, LXXVII, § 1.º) *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, Forense Universitária, p. 539.

(27) Curioso ressaltar que logo após a promulgação da Lei Maior, o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em julgamento proferido no dia 20.10.1988 - RT 636/299 -, entendeu persistir a eficácia da Súmula 568 diante da própria ressalva prevista no inc. LVIII do art. 5.º da CF. Tal posicionamento, contudo, não prosperou.

(28) Nesse sentido: "Penal. *Habeas Corpus*. Identificação criminal. Nova Constituição. Com a vigência da nova constituição, a identificação criminal de quem já é civilmente identificado constitui constrangimento ilegal à falta de legislação ordinária dispoendo sobre as exceções permitidas, a

5. Integridade moral versus segurança jurídica

Ao longo dos anos, a identificação criminal – no mais das vezes coincidente temporalmente com o indiciamento muito embora diverso deste²⁹ – sempre teve grande repercussão social, gerando, um juízo desfavorável sobre o sujeito – de restabelecimento, diga-se, impossível – sem que, note-se, o Estado-juiz sequer tivesse se pronunciado definitivamente a respeito dos fatos. Sob este prisma, o ato – forma – guardava, indiscutivelmente, um caráter punitivo-pejorativo com dimensões sociais mais severas do que a própria “confirmação de uma sentença condenatória pelo Supremo

teor do disposto no seu art. 5.º, inc. LVIII.” (RHC 67-DF, Rel. Min. William Patterson, 6.ª Turma, STJ, DJU de 18.09.1989). No mesmo plano convergem outro julgados do Superior Tribunal de Justiça, a saber: RHC 77-DF, Relator Min. Costa Leite, 6.ª Turma, DJU de 14.08.1989 e RHC 323 – DF, Relator Min. Dias Trindade, 6.ª Turma, DJU de 06.11.1989. O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, decidiu: “Se nada, absolutamente nada, até pela natureza do delito de que é acusado o paciente, indica que possa ser necessária a sua identificação criminal, se é certo que ele já possui a civil, cabe dispensá-la daquela, por se mostrar, no caso, simplesmente desnecessária. Aplicação do art. 5.º, item LVII, da nova Constituição.” No que tange à identificação fotográfica, vale ressaltar: “Processual Penal – Identificação fotográfica. A Constituição de 1988, no seu art. 5.º, inc. LVIII, veda a identificação criminal do civilmente identificado, salvo nas hipóteses previstas em lei, assim entendida, também, a fotográfica, à ausência de comando legal que a autorize.” (RE n. 16.994-0-DF, Relator Min. Fláquer Scartezini).

(29) Com efeito, enquanto o indiciamento é o ato mediante o qual se indica que determinado inquérito policial está sendo instaurado contra determinada(s) pessoa(s), a

Tribunal Federal”.³⁰ Infalivelmente, era concretizado de maneira sarcástica, o que o transformava em “um ato de humilhação e espezinhamento do ser humano”.³¹ A lastimável hipervalorização do meio em detrimento do fim acabou por sedimentar construções doutrinária e jurisprudencial, consolidadas, então, pelo vigente dispositivo constitucional.

Não se pode olvidar, todavia, que o objetivo primário da identificação criminal é o de fornecer segurança jurídica. De fato, em face da certeza de quem seja o destinatário de eventual responsabilização penal, garante-se um correto exercício do *jus persequendi* assim como do *jus puniendi*. Tranquiliza-se, pois, a comunidade, a qual não ficaria a mercê de erros no tocante à identificação dos destinatários da persecução penal ou da punição. Justifica-se. Se a relação credibilidade-sistema poderia ser estabelecida em progressão aritmética, certamente, o descrédito decorrente de erros causados por falhas – de qualquer natureza – no método de identificação assumiria uma progressão geométrica de difícil e demorada superação.

Objetivando harmonizar os sobreditos pólos, a Lei Maior abriu caminho ao legislador infra-constitucional para o estabelecimento de hipóteses excepcionais nas quais seria admitida a identificação criminal do civilmente identificado. A determinação, observe-se, foi seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – que permitiu a identificação do adolescente, havendo dúvidas fundadas –,³² bem como pela Lei 9.034

identificação procura demonstrar a real identidade da pessoa.

(30) CHOUKE, Fauzi Hassan, *Garantias Constitucionais na investigação criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 143.

(31) SZNICK, Valdir, Ob. Cit., p. 363.

(32) “Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido à identifica-

de 03.05.1995 – a qual tornou compulsória a identificação criminal das pessoas envolvidas com ação praticada por organizações criminosas.³³

Restringir-se, contudo, a identificação criminal somente às sobreditas hipóteses é exegese desfocada da realidade. Aliás, com a maestria habitual, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, logo após a promulgação da Constituição Federal, já levantava a hipótese daqueles que, se utilizando de documentos alheios, colocariam suas fotografias e os apresentariam, posteriormente, à autoridade policial que os consideraria, então, identificados. Qual a medida cabível, portanto, àquele que, condenado à revelia, não fosse o real autor da infração?³⁴ O tempo, lamentavelmente, demonstrou o acerto do prognóstico.

ção compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.”

(33) “Art. 5.º A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.”

(34) Com efeito: “Remanesce questão gravíssima, que pede solução urgente. Admita-se que o indiciado tenha colocado sua fotografia em documento alheio e que o ardid se mostre perfeito e quase imperceptível. Assim, engana autoridade policial, o que dá por identificado. Suponha-se que venha a ser denunciado, sob tal errônea identidade, e termine condenado à revelia. Aceita-se que, transitada em julgado a sentença condenatória, se expeça e se cumpra mandado de prisão contra o titular do documento, que de tudo estava ausente. Sem a possibilidade de verificação das fichas datiloscópicas, ao inocente só restará a dificultosa via do *habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII, da CF de 1988, c/c o art. 648, I e VI, do CPP) e os alongados caminhos do incidente de falsidade, em processo de execução (arts. 145/148 do CPP, c/c o art. 2.º, da LEP), bem como da revisão criminal (art. 621, II, do CPP). Em todos, deverá provar que não é ele o condenado. Enquanto isso, fica preso,

Reconhecendo a gravidade da questão, e pautada, principalmente, pelo bom senso, a doutrina, uniformemente, passou a reconhecer a possibilidade de identificação criminal em hipóteses outras daquelas estatuídas pelas leis infra-constitucionais, notadamente em situações de dúvidas objetivas acerca da autenticidade dos documentos porventura apresentados – rasuras, duplicidade de nomes e multiplicidade de documentos.³⁵ A peculiaridade das hipóteses conduziria, por equivalência, à situação de inexistência de identificação civil, o que tornaria constitucional a concretização daquela de âmbito criminal.³⁶ Tal tem sido, igualmente, a lição ponderada de nossos tribunais.³⁷

até se invalidar a carta de guia ou de recolhimento contra si extraída.” Ob. cit., p. 176.

(35) Nesse sentido: “Hão de ser identificados os que nunca o foram e mais aqueles cujo documento identificador mostrar-se objetivamente duvidoso. Em qualquer hipótese, a identificação ocasional, por mínima prudência e acatamento à regra geral deve exsurgir precedida de determinação fundamentada da autoridade.” Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes, Ob. Cit., p. 179. Igualmente: Saliente-se que a regra a ser observada é a da inexigência de identificação datiloscópica quando o indiciado estiver civilmente identificado, salvo nos casos de dúvida, de rasura documental, de multiplicidade de documentos etc.” NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Curso Completo de Processo Penal*, 5. ed., Saraiva, São Paulo, 1991.

(36) Oportuno veicular as palavras de Manoel Pedro Pimentel: “Ora, nestas hipóteses lembradas, não seria necessária legislação ordinária para normatizar o procedimento, porque equivalem à inexistência de identificação civil. Obrigar o indiciado, em tais casos, a submeter-se à identificação criminal não seria inconstitucional.”, Ob. cit., p. 139.

(37) Nesse sentido: “O que eles quiseram, certo ou errado, foi acabar desde logo com a identificação criminal dos indiví-

A realidade tratou de atestar a correção dos sobreditos posicionamentos. De fato, multiplicaram-se os casos em que pessoas – vítimas no passado da subtração de seus documentos – se viam, de inopino, detidas sob a acusação de crimes perpetrados, na verdade, por fantasmas jurídicos – não identificados e, no mais das vezes, não identificáveis –. Muito embora medidas jurídicas pudessem ser empregadas, nada foi ou é suficientemente célere a ponto de suplantiar o constrangimento físico e moral daqueles injustamente detidos – ou prestes a tanto. É o legítimo roteiro Kafkaniano em cenário tropical.

6. A Portaria 6/98 do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária³⁸

As dúvidas objetivas acerca da autenticidade da identidade civil, autorizadas da identificação criminal conforme asseverado pela doutrina e jurisprudência, não foram suficientes a ponto de fornecer uma diretriz segura às autoridades policiais. A crescente diversidade de posicionamentos contribuía, no mínimo, para uma violação odiosa ao princípio da isonomia.

Na busca de se minimizar os efeitos do emprego fraudulento de identidades civis, bem como objetivando fornecer

critérios mais sólidos para o bom exercício da atividade policial, foi baixada a Portaria 6/98 do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária. Nesta, se por um lado foi novamente reconhecida – e nem poderia deixar de sê-la – a insubmissão do civilmente identificado à identificação criminal, foram, por outro, estabelecidas situações excepcionais à regra norteadora do sistema.

De fato, as fundadas suspeitas de falsificação – rasuras por exemplo – permitem que a autoridade policial concretize a identificação criminal. Não há campo para meras conjecturas, próprias de discricionariedade incompatível com a medida. As suspeitas devem ser objetivas e declinadas pela autoridade, sob pena de inviabilização do imperativo constitucional. Tal juízo, note-se, deve ser efetivado com moderação, porquanto implicará, na privação do uso do documento pelo particular em razão da necessária apreensão para realização de exame pericial.³⁹

Há situações, igualmente, em que o decurso do lapso temporal de emissão dos documentos é considerável – aqueles providenciados por ocasião da infância – ou mesmo aqueles nos quais o estado de conservação é precário – com fotografias embaçadas. Em casos que tais, nos quais restar impossibilitada a determinação da identidade do possuidor, deverá a autoridade policial submetê-lo à identificação criminal.⁴⁰

duos civilmente identificados, uma vez estabelecida sua identidade física. Somente se houver dúvida sobre a identidade do indiciado, se houver suspeita de falsidade da cédula de identidade apresentada, é que poderá a autoridade policial exigir a identificação criminal...” (HC n. 75.595-3, Rel. Denser de Sá, RJTJESP 117/498).

⁽³⁸⁾ Publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo – Poder Judiciário – de 08.07.1998. Integra do texto constante no Boletim IBCCrim, ano 6, n. 69, Agosto/1998, p. 12.

⁽³⁹⁾ “Art. 3.º – O civilmente identificado por documento original não será submetido a identificação civil exceto quando: II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;”

⁽⁴⁰⁾ “Art. 3.º ... III – o estado de conservação ou a larga distância temporal da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.”

Não menos comum são as hipóteses de multiplicidade de nomes ou mesmo de qualificações constantes nos registros policiais – diversidade quanto aos nomes dos genitores, datas e locais de nascimento. Nestas, não há, por óbvio, qualquer certeza quanto à identidade daquele que assim se apresenta, impondo-se, pois, sua identificação.⁴¹

A concretização de identificação criminal após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, se por um lado se adequa ao princípio constitucional do estado de inocência, por outro, procura prevenir prisões e registros indevidos decorrentes do emprego fraudulento – não constatado à época – de identidade civil. A provisão procura evitar, outrossim, que inocentes sejam levados à prisão em razão do uso de seus documentos por condenados foragidos durante a execução penal.⁴²

Procurou-se, ainda, contemplar as situações em que o indiciado, acusado ou mesmo o autor do fato, alegando ser devidamente identificado, não detivesse, no exato momento, o documento original. Nesse sentido, buscando-se seguir a *mens legis* contida no preceito constitucional, determinou-se à autoridade policial uma norma de conduta testificada pela concessão de prazo razoável – compatível, também, com a urgência que o caso exigir – para a comprovação da referida condição – a qual, por óbvio, poderá ser efetivada por familiares ou mesmo por advogados. A ausência de tal demonstração, no entanto, torna necessária a identificação criminal.⁴³

Urge consignar que a exibição de cédula de identidade importa em confirmação de sua autenticidade junto ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt, por intermédio de confronto com a planilha individual datiloscópica, não sendo admissível que tal diligência perdure por mais de 48 (quarenta e oito) horas. De qualquer modo, a autoridade policial deverá sempre providenciar extração de cópias do documento, em quantidades necessárias, para manutenção nos autos – flagrante e principais.⁴⁴

A Portaria em testilha também enfrentou o polêmico problema da fotografia.⁴⁵ A bem da verdade, constitui esta uma das espécies de realização da identificação criminal, diga-se, largamente difundida em período anterior aos avanços científicos que culminaram com o desenvolvimento do método datiloscópico. Equivocam-se, portanto, aqueles que, prematuramente, rechaçam a possibilidade daquela em nosso sistema jurídico. Ora, mister se faz considerar que ao tratar da identificação, o Código

em prazo razoável a critério da autoridade policial.”

(41) “Art. 3.º ... IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;”

(42) “Art. 3.º ... VI – advenha sentença penal condenatória transitada em julgado;”

(43) “Art. 3.º ... V – alegando ser identificado civilmente, o indiciado ou acusado não comprovar, na mesma data essa condição,

(44) “Art. 2.º – Exibido o documento, se tratar-se de cédula de identidade, a autenticidade da mesma deverá ser verificada junto ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt, da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, através de planilha individual datiloscópica, em até 48 horas.

Art. 4.º – Cópia do documento de identificação civil apresentado deverá ser mantido nos autos, para instrução do auto de prisão em flagrante, quando houver, e inquérito policial, em quantidade de vias necessárias.”

(45) “Art. 5.º – Sendo identificado criminalmente, sempre que possível, a autoridade policial providenciará seja o indiciado fotografado, juntando-se nos autos do inquérito policial a correspondente cópia fotográfica.”

de Processo Penal determinou que, *se possível*, seria esta efetivada pelo processo datiloscópico,⁴⁶ o que, obviamente não descarta outros que igualmente identifiquem pessoal e fisicamente alguém.

A medida prevista, reitere-se, deve ser concretizada exclusivamente para fins de complementação da identificação criminal. Não se admite, sob pena de responsabilização da autoridade, a divulgação da imagem aos meios de imprensa. Estar-se-ia diante de um achincalhe odioso, repugnante e sobretudo, incompatível com o Estado que se pretenda Democrático de Direito.

7. Conclusão

Não se questiona, por óbvio, a validade da norma constitucional. Aliás, triste do país cujos homens descumprem sua Lei Maior. A imposição é, no mínimo, adequada aos princípios básicos do Estado Democrático de Direito que tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana⁴⁷. A sua

aplicação é, de fato, imediata e a todos dirigida.

O que se preconiza, contudo, é uma interpretação séria e responsável do dispositivo por parte dos operadores do Direito. Não há mais espaço para os argumentos no sentido de *impossibilidade absoluta* de identificação criminal enquanto ausente legislação que a regulamentamente. As *dúvidas objetivas* que recaiam sobre a identidade são equivalentes, como já salientado, à ausência de identidade e, portanto, exigem medidas que se proponham a dirimi-las sem risco de violação do preceito constitucional.

A segurança jurídica não pode ser tratada como uma entidade esotérica. Ao contrário, sua ausência é facilmente perceptível na medida em que o grau de incerteza social atinge níveis preocupantes. Em situações que tais, deve a venda ser retirada para que a Justiça, com sensibilidade, dirima os conflitos, buscando, dessa forma, a harmonia do sistema com a composição de posições, a princípio, antagônicas. Esta, aliás, é a grande tarefa de responsabilidade dos operadores do Direito.

⁽⁴⁶⁾ "Art. 6.º - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;"

⁽⁴⁷⁾ *Ex vi* do art. 1.º, inc. III da CF.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1

POR UMA MUDANÇA NO TEMPO DO JUDICIÁRIO: PERCEPÇÕES SOBRE SELEÇÃO, FORMAÇÃO E CARREIRA DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO DE SÃO PAULO

ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER

*"O debate em torno da reforma do Judiciário está aberto.
Dele deve participar toda a sociedade."*

(Carlos Velloso, Ministro do STF, Folha de S. Paulo, 04.10.1998)

SUMÁRIO: 1. Introdução: instituições encarregadas de agir e zelar por uma ordem democrática mantêm estrutura organizacional autoritária – 2. Fontes de dados sobre seleção, formação e carreira de magistrados da Justiça Comum do Estado de São Paulo – 3. Poder Judiciário: uma estrutura piramidal para uma realidade multi-dimensional – 4. Seleção de novos juízes: "enxurrada" de candidatos, vagas não preenchidas, provas tecnicistas – 5. Formação e carreira: desestímulos econômicos e poucas possibilidades de realização pessoal – 6. Por uma mudança no tempo do Judiciário – 7. Considerações finais: necessidade de muitas outras pesquisas num Brasil de descompassos – 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução: instituições encarregadas de agir e zelar por uma ordem democrática mantêm estrutura organizacional autoritária

As idéias apresentadas neste artigo fazem parte de uma pesquisa realizada pelo NEV-USP (Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo) com o apoio financeiro da Comunidade Européia. Este trabalho, iniciado em agosto de 1996 e concluído em maio de 1998, contou com três coordenadores¹ e uma equipe técnica de seis pesquisadores.² Sob o título *Direitos Huma-*

nos e Democracia – Proposta de Intervenção na Formação de Profissionais do Judiciário, do Ministério Público e da Polícia no Estado de São Paulo, Brasil, desenvolveu-se uma investigação que teve por objetivo contribuir para o planejamento de reformas nos processos de seleção e formação de juizes da Justiça Comum, de promotores públicos, de oficiais da Polícia Militar e de delegados da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

A idéia central deste estudo partiu de dois pressupostos e de uma questão deles decorrente. Se é correto afirmar que instituições encarregadas de agir e zelar pela ordem democrática são, usual-

⁽¹⁾ Prof. Dr. Paulo Sérgio Pinheiro, Prof. Dr. Sérgio Adorno e Dra Nancy Cardia.

⁽²⁾ Adriana Alves Loche, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, Beatriz Stella de Azevedo

Affonso, Cristina Neme, Iolanda Évora e Marcelo Justo.

mente, as primeiras a serem afetadas quando há uma ruptura de tal ordem e que, quando da reimplantação da democracia, tais instituições costumam, por um longo tempo, permanecer com as estruturas organizacionais e de pessoal provenientes do período autoritário, como, no caso brasileiro, encontram-se, hoje, as estruturas organizacionais do Poder Judiciário, do Ministério Público e das Polícias? Foram, de fato, bastante afetadas quando do regime autoritário? E como, nos últimos anos de reimplantação da democracia no Brasil, essas instituições vêm selecionando e formando seus recursos humanos? Houve mudanças? Quais? Nas palavras da Dra. Nancy Cardia, uma das coordenadoras da pesquisa: "Nós sentimos que este é um momento privilegiado para verificar como os nossos operadores da Justiça estão olhando suas práticas institucionais, seus recursos humanos e de que maneira estão se preparando para um porvir marcado por incertezas".

A equipe técnica de pesquisadores que realizou essa pesquisa dividiu-se entre as quatro áreas profissionais mencionadas e, em cada uma delas, cumpriu as seguintes etapas de investigação: a) exame de textos legais e regimentais, de editais e provas de concursos, de artigos, livros e outras pesquisas referentes ao tema; b) visita a setores responsáveis pelos processos de seleção, formação e acompanhamento das carreiras; c) entrevistas com profissionais diretamente envolvidos nesses processos e d) realização de um *workshop* entre alguns desses profissionais e o grupo de coordenadores e pesquisadores.

2. Fontes de dados sobre seleção, formação e carreira de magistrados da Justiça Comum do Estado de São Paulo

No que se refere à investigação dos processos de seleção e formação de

magistrados da Justiça Comum do Estado de São Paulo, bem como de sua progressão na carreira, os principais textos legais analisados foram as atuais Constituições Federal e Estadual e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Simultaneamente, foram levantados e estudados o atual regimento interno do Tribunal de Justiça, editais e provas dos concursos realizados desde 1993, além de artigos e livros de autores brasileiros e estrangeiros disponíveis nas principais bibliotecas e livrarias jurídicas da cidade de São Paulo.³ Uma vez analisado esse material, foram realizadas entrevistas tanto com alguns funcionários do Setor de Concursos do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Escola Paulista da Magistratura, quanto com juízes em diferentes momentos da carreira.⁴ No mês de finalização da coleta de dados (março de 1998), foi possível acompanhar o *1º Congresso Mundial de Escolas da Magistratura*, realizado na cidade de São Paulo entre os dias 06 e 07 e, em seguida, promover, na tarde do dia 12, um *workshop*, numa das salas do prédio da Reitoria da USP, do qual participaram dois desembargadores, seis juízes e dois advogados, além dos coordenadores e pesquisadores.⁵

(3) V. item 8. Referências bibliográficas.

(4) Como garantimos a esses entrevistados o sigilo de suas identidades, para que pudessem se expressar livremente, registramos aqui, sem nomeá-los, nosso agradecimento pela valiosa colaboração.

(5) Aproveitamos, mais uma vez, para agradecer aos seguintes profissionais que, apesar de tão sobrecarregados por outras tarefas, dispensaram horas de seu tempo conosco e muito contribuíram para o aprimoramento de nossas análises, as quais, todavia, são de nossa inteira responsabilidade: Juiz Antonio Carlos Mathias Coltro, Juiz Antônio Carlos Villen, Juiz Antônio José Paulilo, Des. Ary Belfort, Juiz Caetano Lagrasta Neto, Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari, Juiz Dyrceu Aguiar Dias

Deste *workshop*, ao que tudo indica inédito na história da USP, resultaram algumas perplexidades e constatações que são o objeto deste artigo.⁶

3. Poder Judiciário: uma estrutura piramidal para uma realidade multidimensional

Ao que tudo indica, a estrutura do Poder Judiciário, tanto estadual quanto federal, atravessou o período de ruptura democrática e tem vivido estes últimos anos de retomada da democracia quase sem sofrer alterações significativas. Sua estrutura é extremamente hierarquizada:

uma cúpula restrita centraliza quase todas as decisões em mãos dos mais antigos desembargadores, enquanto uma larga base, com um poder inversamente proporcional ao da cúpula, é hoje formada, majoritariamente, por juízes jovens e ainda pouco experientes advindos de faculdades de Direito e de cursinhos preparatórios tecnicistas. Estes jovens, estressados e sem tempo para fazer cursos de aperfeiçoamento, ascendem rapidamente na carreira, deixando os primeiros estratos da base com muitos cargos vagos. Para se ter uma noção numérica dessa questão, observemos o quadro que se segue:

Relação Geral de Cargos Vagos e Preenchidos na Magistratura do Estado de São Paulo por Instâncias

	Quadro Geral de Cargos (normais + criados pelas Leis 6.166/88 e 762/94)		Total de Cargos Preenchidos	Total de Cargos Vagos
1ª inst.	1.888	84,8%	1.321	567
2ª inst.	338	15,2%	333	5
Total	2.226	100,0%	1.654	572

Fonte: DEMA-2 – Divisão de Promoção e Designação da Magistratura (18.12.1997)

Até 18.12.1997, do total de cargos previstos para a Magistratura Comum

Cintra, Juiz José Renato Nalini, Des. Nelson Schiesari e Dr. Walter Ceneviva.

⁽⁶⁾ A íntegra do *Relatório Final* da pesquisa, constante de dois volumes (405 p.), pode ser consultada nas seguintes bibliotecas: do NEV-USP, do Tribunal de Justiça de São Paulo, da Escola Paulista da Magistratura, na Biblioteca Central do Ministério Público, na Biblioteca da Diretoria de Ensino e Instrução da Academia da Polícia Militar do Estado de São Paulo e na Biblioteca da ACADEPOL – Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo. O segundo desses volumes (175 pg.) foi inteiramente dedicado ao “Judiciário”, de modo que aqui, neste artigo, estão apontados apenas os temas e

do Estado de São Paulo (2.226), 74,3% (1.654) estavam ocupados e 25,7% (572) vagos. Desse total de cargos existentes (2.226), 84,8% (1.888) correspondiam a juízes de 1.ª instância e 15,2% (338) a juízes de 2.ª instância. Mas a leitura da última coluna do quadro é a que mais chama a atenção: do total de cargos vagos (572), 99,1% correspondiam aos de juízes de 1.ª instância e apenas 0,9% aos de juízes de 2.ª instância. Outra leitura ainda possível, segundo as instâncias, é: do total de cargos existentes para juízes de 1.ª instância (1.888),

dados que suscitaram os debates mais acalorados durante o referido *workshop*.

30,0% (567) estavam vagos, enquanto, do total de cargos existentes para juízes de 2.^a instância (338), apenas 1,5% (5) estavam desocupados.

A estrutura piramidal do Judiciário está portanto ameaçada seja por problemas internos seja porque a realidade na qual ela se insere não é piramidal, mas constituída por tramas multidimensionais com as quais o Judiciário, assim estruturado, mal consegue estabelecer contatos. Internamente, entre a cúpula e a base, não há órgãos que sustentem a estrutura do Judiciário e permitam uma comunicação entre suas instâncias, daí resultando um trabalho pouco articulado e sem uma diretriz.

A falta, no Poder Judiciário, de uma instância planejadora, capaz de reestruturá-lo frente aos desafios que a ele se apresentam, foi a constatação mais recorrente nos diversos momentos da pesquisa. Detectou-se sua ausência tanto no que tange ao processo de seleção, quanto aos cursos de formação e aos procedimentos relacionados à promoção na carreira.

4. Seleção de novos juízes: “enxurrada” de candidatos, vagas não preenchidas, provas tecnicistas

O processo de seleção, tal como existe hoje no Estado de São Paulo, não satisfaz as necessidades do próprio Judiciário paulista. Por um lado, a “enxurrada” de candidatos que se inscreve, a cada concurso, não tem garantido o preenchimento das vagas oferecidas nem tampouco que os melhores sejam selecionados, o que só agrava o problemático quadro de sobrecarga de trabalho dos juízes em atividade.

Por outro lado, os ingressantes pelo Quinto Constitucional, que assumem diretamente cargos nos tribunais superiores, não parecem cumprir, majoritariamente, um papel renovador e inovador, uma vez que são selecionados segundo critérios também conservadores das instituições hierarquizadas das quais advêm – OAB e Ministério Público. Segundo uma importante pesquisa desenvolvida pelo IUPERJ (Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de

Recrutamento de Juízes nos 10 Últimos Concursos de Provas

Ano	n. do Conc.	Inscritos	Aprovados (N.A.)	%	Homens (N.A.)	%	Mulheres (N.A.)	%
1991	160	1.450	57	3,93	41	71,92	16	28,08
1992	161	2.654	57	2,15	49	85,96	8	14,04
1992	162	1.689	77	4,56	42	54,54	35	45,46
1992	163	2.320	92	3,97	57	61,95	35	38,05
1993	164	2.594	64	2,47	39	60,93	25	39,07
1994	165	3.318	41	1,23	23	56,09	18	43,91
1995	166	3.232	71	2,18	40	56,33	31	43,67
1996	167	3.233	40	1,23	27	67,50	13	32,50
1997	168	3.210	48	1,49	29	58,33	19	41,67
1998	169	2.833	84	2,97	31	36,90	53	63,10

(Fonte: Departamento do Expediente do Conselho Superior da Magistratura – Divisão de Promoção e Designação da Magistratura – DEMA-2)

Janeiro), o índice de magistrados na família é bastante elevado entre os juízes que estão atualmente nos Tribunais e ingressaram pelo Quinto (46%), contrastando com o mesmo índice daqueles que ingressaram por concurso (26%). Os analistas desse instituto concluem que “o pertencimento à ‘família judiciária’ e, restritivamente, os laços próximos de parentesco com juízes, sugerem que, no processo da indicação, o critério político da representação profissional – OAB e Ministério Público –, assim como o da notabilidade, tem, muitas vezes, cedido lugar a mecanismos de recrutamento familísticos e corporativistas. A reiteração de práticas desta natureza pode vir a comprometer o instituto do Quinto Constitucional, importante abertura por onde, em princípio, a sociedade poderia se fazer presente no interior do Judiciário, viabilizando sua comunicação com a cultura externa à da instituição e introduzindo um elemento diverso para a construção da identidade da corporação” (Vianna et alli:1997:231).

Voltando aos jovens ingressantes por concurso público, há consenso de que lhes falta formação humanística, mas não se avança além da afirmação de que cursos jurídicos, cursinhos preparatórios e mesmo as Escolas da Magistratura são responsáveis por essa lacuna e de que os juízes, uma vez aprovados no concurso, não terão tempo para se aperfeiçoar. Os cursinhos preparatórios, agilmente, atuam no interstício entre tais cursos jurídicos tecnicistas e os mais diversos concursos para carreiras jurídicas, adequando seus muitos alunos ao que bancas, também tecnicistas, lhes demandarão nas provas.

A Escola Paulista da Magistratura, por sua vez, estreitamente ligada ao Tribunal de Justiça de São Paulo, funciona no ritmo deste, reproduzindo, no seu quadro docente, exclusivamente

formado por desembargadores e juízes, a estrutura hierarquizada do Tribunal e o enfoque tecnicista dos cursos jurídicos. Para se ter uma idéia, no 2.º semestre de 1997, das 90 aulas lecionadas na Escola para estagiários 5.º anistas, portanto prestes a prestarem concurso para ingresso na magistratura, 39% foram ministradas por desembargadores e 61% por juízes. Esta “reserva de mercado” das aulas da EPM apenas para juízes e desembargadores é fonte de polêmica e, como diz Dallari (1997:32), “restringe muito o caráter inovador e crítico desses cursos”.

Quanto às fases dos concursos para ingresso na carreira, nos últimos anos, dentre as poucas inovações implementadas está a inclusão de uma prova inicial com 100 testes de múltipla escolha, a qual responde pelo primeiro crivo na “multidão” de candidatos inscritos. Nos concursos 166, 167, 168 e 169, 20% desses testes se referiram a questões gramaticais da língua portuguesa e a conhecimentos elementares e livrescos de geografia, história, filosofia e acontecimentos contemporâneos. Em nenhum teste de língua portuguesa houve uma questão referente à (in)compreensão do jargão jurídico por leigos envolvidos num processo judicial ou ao papel do juiz enquanto intérprete e tradutor de histórias de vida e morte, desencontros e angústias desses mesmos leigos. Também em nenhum teste de conhecimentos gerais foi avaliado o conhecimento dos candidatos sobre como se dão as dinâmicas social, política, econômica e cultural de pequenas cidades do interior de São Paulo onde, provavelmente, iniciarão suas carreiras. Nas fases posteriores da seleção, em especial na escrita (dissertativa) e na oral, as questões formuladas foram estritamente técnicas, só havendo novamente questões de conhecimentos gerais nas entrevistas pessoais.

Em São Paulo, não está no horizonte dos responsáveis pelo concurso público para ingresso na magistratura atribuir a elaboração, ao menos dessa primeira prova-teste, a uma instituição externa ao Judiciário – uma fundação vestibular – que, com um corpo interdisciplinar de profissionais, provavelmente conseguiria selecionar, dentre aproximadamente 3 mil candidatos, 300 com uma formação mais humanística e conhecimentos técnico-jurídicos suficientes para prosseguirem nas demais etapas do concurso.

Apesar de todos esses entraves, o formato dos últimos concursos de ingresso não parece ser considerado muito problemático, mesmo para os que estão descontentes com seus resultados, indicando que o “pacote” composto pelas diferentes provas é tido como suficiente para dar conta das diferentes dimensões que o Judiciário deseja avaliar nos candidatos: aptidão, conhecimento e capacidade de aplicar esse conhecimento.

A prova dissertativa, em que a identidade dos candidatos é resguardada, por muitos é considerada uma boa forma de avaliar mais profundamente conhecimentos técnicos e o domínio da linguagem escrita. A prova oral é consensualmente elogiada por permitir à banca averiguar como os candidatos se comportam em situações de pressão em que têm de aplicar conceitos teóricos a casos práticos, sendo feitas algumas ressalvas relativas ao caráter intimidatório e amedrontador do ritual do exame. As críticas mais contundentes se destinam aos exames psicotécnicos – os únicos realizados por um instituto externo ao Judiciário⁷ – e às entrevistas pessoais, consideradas “muito pessoais”, uma vez que se dão a portas fechadas e parecem,

não raramente, invadir a privacidade dos candidatos.

Participantes do *workshop* ocorrido na USP, declararam que várias sugestões já foram encaminhadas ao Tribunal de Justiça no sentido de aperfeiçoar esse conjunto de provas, de lá não retornando qualquer resposta. O atual presidente nomeou, recentemente, uma comissão que se encarregará de receber novas sugestões de mudanças e que já alterou os exames psicotécnicos. Essa, porém, é uma comissão formada apenas por desembargadores, o que vale dizer que uma banca de desembargadores foi escolhida para pensar como devem atuar outras bancas de desembargadores.

Comparando o processo de seleção de juízes com os realizados em empresas privadas, um dos participantes do *workshop* – lembrando, inclusive, que o Poder Judiciário, hoje, se assemelha a uma grande empresa em número de funcionários – afirmou que muitas dessas empresas privadas selecionam eficazmente profissionais para as mais diversas funções, lidando com desafios parecidos com os que enfrenta o Judiciário na seleção de juízes e no que tange às dificuldades econômicas da progressão na carreira.

5. Formação e carreira: desestímulo econômico e poucas possibilidades de realização pessoal

O não preenchimento da maioria das vagas abertas a cada concurso para a magistratura da Justiça Comum de São Paulo (aproximadamente 75%) é considerado um grave problema diante da crescente necessidade de mais juízes nas diversas comarcas do Estado, o que se agrava com a falta de concursos para funcionários e com o também crescente número de pedidos de aposentadoria precoce, ou seja, de juízes que estão em

(7) No último concurso (170) o Tribunal de Justiça se responsabilizou pela realização do psicotécnico.

plena ascensão na carreira, mas que preferem deixá-la e partir para a advocacia liberal ou empresarial. Os baixos salários são apontados como o principal fator responsável por este quadro, sendo opinião corrente que somente bacharéis jovens e inexperientes se submetem a uma carreira pouco promissora economicamente e muito exigente no que se refere à sobrecarga de trabalho e ao acúmulo de responsabilidades, inclusive extra-judiciais.

Mas, quando se questiona o que pode ser feito para tornar a carreira da magistratura mais atraente, tanto para jovens quanto para profissionais maduros e experientes, a responsabilidade é transferida para a supremacia do Poder Executivo sobre o Judiciário e à questão da má distribuição de verbas. Discussões sobre estímulos de outra ordem que não a econômica, dependentes exclusivamente do próprio Judiciário, não avançam muito. Reconhece-se, por exemplo, que o processo de vitaliciamento é meramente formal, ou seja, que um juiz ingressante adquire sua vitaliciedade, depois de, no máximo, dois anos de magistratura, por "decorso de prazo", automaticamente, e não por estar desempenhando bem suas funções e por participar ativamente de cursos de formação. Mesmo o critério do merecimento para promoções, que deveria levar em conta um conjunto de aspectos qualitativos capazes de avaliar o que é desempenhar bem as funções, é considerado de aplicação duvidosa e subjetiva. Muitos declaram que as próprias previsões legais, que atribuem pontos a juízes engajados em cursos de aperfeiçoamento e em outras atividades pedagógicas, são desconsideradas, ocorrendo, na prática, somente averiguações de "desmerecimentos e da quantidade de sentenças produzidas nos devidos prazos, em especial do número de vezes em que se cita jurisprudência elaborada pelos

que decidirão as promoções. Os casos "problemáticos", em que juízes não preenchem esses critérios quantitativos, costumam ser "absorvidos" pelo próprio Judiciário, uma vez que reconhecê-los seria pôr a nu os principais problemas estruturais da própria instituição.

Enfim, o Poder Judiciário parece estar administrativamente estagnado e à mercê de uma estrutura que não corresponde ao que deveriam ser as razões de sua própria existência. A complexa sociedade que dele espera agilidade e eficácia na resolução de conflitos, dele tem recebido – quando recebe – respostas lentas e por vezes inadequadas. Os próprios juízes ingressantes que, provavelmente, esperam algum tipo de realização pessoal e profissional, ultimamente se têm deparado mais com obstáculos do que com incentivos para desenvolverem bem seu trabalho e se desenvolverem bem enquanto pessoas.

Um dilema decorrente dessa situação parece ser o da falta numérica de juízes e da falta de qualidade do que eles produzem numa sociedade em que aumentam a quantidade e a complexidade das demandas encaminhadas ao Judiciário. Perguntou-se um dos participantes do *workshop*: "(...)incentiva-se o juiz a ser um doutrinador dentro do processo, ele tem de criar, tem de ter decisões bem elaboradas ou ele tem de ser um obreiro? A opção atual é: obreiro! A comunidade está exigindo obreiros!".

Prosseguindo em seu raciocínio, esse debatedor lamentou a não valorização dos talentos do juiz para a conciliação e afirmou: "(...) a conciliação é eticamente superior à decisão, porque a conciliação é autônoma, todos participam e chegam a uma solução (...). Agora, a decisão é heterônoma, vem de fora, por força do Estado, é uma imposição(...). Entretanto não há método adequado de avaliação do juiz que privilegia a conciliação"

6. Por uma mudança no tempo do Judiciário

Entre as novidades da vida e o arcaísmo institucional, entre a necessidade de elaborar soluções criativas que demandam cuidado e tempo e a sobrecarga de trabalho que requer presteza e padronização, sobrevive um Judiciário do qual, em certa medida, também depende a sobrevivência da própria sociedade. Foi um participante do *workshop* quem muito bem colocou esta problemática ao se referir ao “tempo” com que o Judiciário trabalha: “[O Judiciário] trabalha com uma dimensão de tempo que é sempre o passado, só interessa o passado. Então ele vai reconstituir uma coisa, reconstituir uma realidade, que aconteceu lá longe, e demora mais um tempo enorme, uma eternidade, para solucionar aquilo que a vida já solucionou(...). O que parece, talvez, que nós devêssemos incluir numa grande reflexão, seria a mudança do tempo do Judiciário. O Judiciário, no futuro, ele vai ter que ser um antecipador, ele vai ter que ser um pacificador, ou então ele terá que entregar os pontos, porque terá uma função descartável, porque para resolver coisas passadas, lá atrás, não interessará mais. E isso nós estamos sentindo, muito claramente, com a fuga do Judiciário dos grandes capitais e (...) dos excluídos. Os excluídos só conhecem a nossa face cruel: a da polícia”.

Diante desta constatação, fica mais fácil entender por que está ausente desse atual Judiciário, que trabalha com um tempo passado, uma instância planejadora que o projete no futuro e que antecipe, para o próprio Judiciário, o perfil de juízes que ele deve selecionar, a formação que lhes deve dar e a carreira que, com eles, deve construir.

Outro participante do *workshop* colocou, como exemplo desse Judiciário

que oscila entre o passado no qual se estrutura e o presente no qual está inserido, a questão dos Juizados Especiais que, por constituírem exceção – pois lidam com o tempo presente, com o julgamento dos fatos no momento em que ocorrem –, funcionam precariamente e estão se esvaziando. Esse debatedor lembrou que, na área criminal, há juízes – das varas centrais – trabalhando com “diferentes tempos”, pois tanto atuam com os chamados “crimes graves”, julgados segundo a lógica processual tradicional, quanto com os crimes considerados “menos graves” e que vão a juizado, exigindo “imediaticidade”, oralidade e conciliação. Na área cível, por também não se ter implantado uma estrutura efetiva dos juizados, “ficou tudo com sabor de improvisação, de tal forma que, hoje, já existe jurisprudência majoritária que está entendendo que o acesso ao Juizado Especial é facultativo”.

7. Considerações finais: necessidade de muitas outras pesquisas num Brasil de descompassos

Ao término desse *workshop*, um dos participantes questionou os recortes geográfico – Estado de São Paulo – e institucional – Justiça Comum – da pesquisa, os quais deixaram de lado outras “Justiças” – Trabalhista, Militar e Eleitoral – tanto paulistas quanto, e principalmente, de outros Estados da federação. Na opinião desse participante, “a Justiça no Estado de São Paulo é tão parecida com a Justiça no Estado de Tocantins quanto com a do Texas, ou seja, não há a menor similitude possível. Se nós não fizermos uma avaliação nacional, nós correremos o risco de dar uma definição que não se aplica a este país chamado Brasil.”

Outro debatedor acrescentou que, mesmo no que diz respeito à totalidade

dos membros do Judiciário paulista, há enormes discrepâncias, pois a maior parte deles não está preocupada com as questões levantadas pela pesquisa. Em sua opinião, "seria interessante fazer, talvez, uma abordagem naqueles que não querem nada (...), porque nós [os participantes do workshop] estamos passando uma imagem um pouco falsa do Judiciário.(...) Há muitos juízes que (...) querem mais é que a sociedade se enquadre no que eles pensam a respeito dela. Se ela não se enquadrar o problema é dela (...)"

É inegável que neste Brasil de final de milênio, em pleno processo de democratização, ocorrem descompassos, primeiro, no que diz respeito ao modo através do qual diferentes níveis do Judiciário, do Ministério Público e das Polícias de cada Estado enfrentam o legado autoritário de suas respectivas regiões; segundo, entre as expectativas e práticas dos mais diversos tipos de cidadão e aquelas institucionalmente reproduzidas pelo próprio Judiciário. Isso exige, de quem pesquisa a sociedade e trabalha em prol da efetivação dos direitos humanos, ao menos diagnosticar este complexo e heterogêneo processo de transição na esperança de apontar caminhos para seu incremento e sucesso.

Tendo em vista a escassez de pesquisas que se propõem a elaborar tais diagnósticos e sendo limitadas as conclusões deste trabalho que ora, brevemente, apresentamos, cabe-nos prosseguir investindo para que estudos como este não só contribuam para reflexões mais profundas e apontem soluções para os impasses levantados, como também se multipliquem, estimulando novos estudos sobre outros processos de seleção, formação e carreira de magistrados, promotores públicos e policiais dos mais diversos cantos deste país.

8. Referências bibliográficas

Literatura Brasileira

- ALIENDE, Aniceto Lopes. "O que a Magistratura Espera da Formação do Bacharel". In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, set.-out./1990, vol. 26: 9-22.
- . "Recrutamento de Magistrados". In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, mar.-abr./1991, vol. 129: 9-16.
- ALMEIDA, Manoel Ornellas. "O Juiz e o Afastamento do Cargo". In *Revista dos Tribunais*, out./1995, vol. 720: 49-57.
- AMARAL, Leopoldino Marques do. "Ser Juiz". In *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, jun./1989, vol. 65: 37-53.
- BENETI, Sidnei Agostinho. "A pesquisa na faculdade de direito". In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, set.-out./1990, vol. 126, n. 24: 14-17.
- BONILHA, Márcio Martins (org.). *Livro de decisões administrativas da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- . "Entrevista" In *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, jan.-abr./1997, 1(2). São Paulo: APAMAGIS: 21-27.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. "O Judiciário e a Democracia no Brasil". In *Revista USP*, mar.-abr.-mai./1994, n. 21: 116-125.
- CARDILLO, Roberto Mortari. "Perfil da Magistratura pelo MP". In *Revista da Procuradoria Geral da República*, 1994, 6: 173-177.
- CINTRA, Dyrceu. "O Judiciário Brasileiro em Face dos Direitos Humanos". In *II Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica - Equilibrio Constitucional, Independencia Judicial y Derechos Humanos*, abr./1996, Barcelona: Vedral (p. 39-65).
- . Entrevista: "É Preciso Tirar o Juiz do Pedestal". In *Caros Amigos*, ago./1997, ano 1, n. 5. São Paulo: Casa Bela (p. 26-32).
- COMPARATO, Fábio Konder. "Impropriedades Judiciárias". In *Folha de S. Paulo*, 07.11.1995, Cad.1, p. 3.
- CONSELHO FEDERAL DA OAB (org.). *Ensino Jurídico, Diagnósticos, Perspecti-*

- vas e Propostas. 1992, Rio de Janeiro: Conselho Federal da OAB.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 1996, São Paulo: Saraiva.
- DELGADO, José Augusto. "Poderes, Deveres e Responsabilidade do Juiz". In *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*: dez./1988, 123-154.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. "A Constituição e a Escola Judicial". In: *Direito, Estado, Política e Sociedade em Transformação*. 1995, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores/CPGD-UFSC: 149-175.
- FALCÃO, Joaquim. *Os Advogados: Ensino Jurídico e Mercado de Trabalho*. 1984, Recife: Fundação Joaquim Nabuco.
- FARIA, José Eduardo. "A Justiça e a Formação da Magistratura". In *Revista do Curso de Mestrado de Direito da Universidade Federal do Ceará*, jan.-dez./1988-1989, 7/ 8(2): 65-75
- . "A Cultura e as Profissões Jurídicas numa Sociedade em Transformação". In NALINI, J. R. (coord.), *Formação Jurídica*. 1994, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9-17.
- FELTRIN, Sebastião Oscar. "As Ansiedades do Juiz". In *Revista dos Tribunais*, fev./ 1988, vol. 628: 275-278.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. "O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: um Princípio em Decadência?". In *Revista USP*, mar.-abr.-maí./1994, n. 21: 12-21.
- FONSECA, M. G. Piragibe da e VIEIRA, J. Ribas. *Democratização do Poder Judiciário Segundo os Juízes*. Relatório Final: OAB/Seção do Estado do Rio de Janeiro, 1994.
- FRANCO, Nelson Pinheiro. "Terço Salarial previsto no art. 7.º da CF – Exclusão dos Juízes Aposentados" In *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, jan.-abr./1997, 1(2). São Paulo: APAMAGIS: 81-87.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle de judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. 1997, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GONÇALVES, William do Couto. "O Juiz na História, Critérios de sua Escolha e a Escola da Magistratura". In *Revista de Processo*, out.-dez./1990, São Paulo, 15(60): 180-186.
- LAGRASTA NETO, Caetano. "O que o Poder Judiciário espera das faculdades de direito". In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, set.-out./1990, vol. 126, n. 24:20-22.
- MACHADO, Agapito. "Concurso para Juízes e Ministros de Tribunais". In *Revista dos Tribunais*, jun./1995, vol. 716: 345-346.
- MELLO, Dirceu de. "Entrevista". In *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, jan.-abr./1997, 1(2). São Paulo: APAMAGIS: 13-19.
- NALINI, José Renato. "O ensino do direito no Brasil". In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, set.-out./1990, vol.126, n. 24:11-14
- . "O Magistrado e a Comunidade". In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – PGE/SP*: jun./1991, 159-172.
- . *Curso de Deontologia da Magistratura*. 1992, São Paulo: Saraiva (Coord.).
- . *Recrutamento e Preparo de Juízes*. 1992a, São Paulo: Revista dos Tribunais
- . "A Escola da Magistratura: Avaliação e Perspectivas". In *Revista dos Tribunais*, jan./1994, vol. 699: 243-251.
- . "Experiência Paulista na Formação de Magistrados". In *Revista dos Tribunais*, jul./1998, vol. 705: 34-38.
- . LEX 208 – *Proposta Concreta para um Novo Judiciário*. Vol. 208 – Ano 18.
- LEX – Jurisprudência do STF – Supremo Tribunal Federal.
- REIS, Carlos David S. Aarão. "A Escolha de Juízes pelo Voto Popular" In *Revista de Processo*, jun./1995, 20(78): 217-231.
- RUIZ, Urbano. "Apertura del Seminario". In *II Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica – Equilibrio Constitucional, Independencia Judicial y Derechos Humanos*. abr./1996, Barcelona: Vedrà (p. 7-9).
- . "A Magistratura na Reforma do Judiciário". In *Jornal O Estado de S. Paulo, Espaço Aberto*, 25.10.1996, p. A2.
- SADEK, Maria Tereza (org.). *O Judiciário em Debate*. 1995, São Paulo: IDESP/Edit. Sumaré (Série Justiça).
- . *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. 1995(a), São Paulo: IDESP/Edit. Sumaré (Série Justiça).

- SADEK, Maria Tereza e ARANTES, Rogério Bastos. "A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes". In *Revista USP*, mar.-abr.-mai./1994, n. 21: 34-45.
- SANTOS, Altamiro J. dos. "Processo de Seleção de Advogado e Membro do Ministério Público para Exercer a Magistratura pelo Quinto Constitucional". In *Revista do Tribunal de Justiça do Estado - RTJE*, 1992, 16 (97): 71-85.
- SCHIESARI, Nelson. "Planejamento para a Justiça" In *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, jan.-abr./1997, 1(2). São Paulo: APAMAGIS: 185-188.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "Controle Externo do Poder Judiciário e Controle de Qualidade do Judiciário e da Magistratura: uma Proposta". In *Revista dos Tribunais*, jul./1994, vol. 706: 7-18
- . "Como eliminar a lentidão da justiça?". In *Folha de S. Paulo*, 04.10.1998, Cad. 1, p. 3.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindacato no Brasil*. 1978, Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *O Perfil do Magistrado Brasileiro*. 1996, Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ.
- . *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. 1997, Rio de Janeiro: Revan.
- WIDER, Roberto. "A promoção por merecimento. In *AMAERJ - Notícias (Informativo da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro*, mai.-jun./1997, 6 (32):16
- Literatura Internacional**
- AZABACHE, César. "Procedimientos de Selección de Magistrados Judiciales". In *Lecturas Constitucionales Andinas*. 1994, n. 3. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- BOIGEOL, A. "L'(ir)resistible Ascension des Femmes dans la Magistrature Française". Trabalho apresentado no Seminário Internacional *A Mulher e a Magistratura*. 1996, Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 22-24 de ago./1996.
- BOUDIGUEL, Jean-Luc. *Les Magistrats, un Corps sans Âme?* 1991, Paris: PUF.
- BOULANGER, Philippe. *Le Ghetto Judiciaire*. 1978, Paris: Ed. Grasset.
- CAPPELLETTI, M. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. 1989, Oxford: Claredon Press.
- . *Juizes Legisladores?* 1993, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- CARP, R. A. e STIDHAM, R. *Judicial Process in America*. 1996, Washington: Congressional Quarterly Inc.
- COLE, Charles D. *Organização Judiciária e Escola Americana de Juizes*. 1992, São Paulo: Associação Paulista de Magistrados.
- DICKSON, Del. "The Selection and Appointment of Magistrates in England and Wales". In *Comparative Juridical Review*. Coral Gables, 1993, (30): 3-63.
- DZIOBON, Sheila. "The Feminization of the Judiciary in England and Wales". Trabalho apresentado no Seminário Internacional *A Mulher e a Magistratura*. 1996, Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 22-24.08.1996.
- GALLI, Cláudio A. "Las Escuelas Judiciales en el mundo Moderno: Antecedentes y Posibilidades en Argentina". In *AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, nov./1991, 18(53): 201-222.
- GARAPON, A. *Le Gardien des Promesses, Justice et Démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996.
- GARCIA, Fernando Flores. "Todavía sobre la Carrera Judicial". In *Revista de la Facultad de Derecho de México*, jan.-jun./1988, 38(157/9): 27-58.
- GRYSKI, G. S. "Recognition Politics and Symbolic Politics: Gender Diversification of the Federal Bench". Trabalho apresentado no Seminário Internacional *A Mulher e a Magistratura*. 1996, Rio de Janeiro: Trabalho apresentado no Seminário Internacional *A Mulher e a Magistratura*. Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 22-24.08.1996.
- GUARNIERI, C. *Magistratura e politica in Italia: pesi senza contrapesi*. 1984, Bologna: Il Mulino.
- GUZMÁN, Néstor Leandro & SOTO, Andrés Antonio. "Formacion de Jueces y Abogados - Escuelas Judiciales". In *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, mar.-jun./1994, 34(54): 77-103.
- LARA, Cipriano Gómez. "Política Judicial - Preparación, Selección y Promoción de Jueces". In *AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, jul./1994, 21(61): 121-135.
- LEANDRO, Armando Gomes. "Formação de Magistrados em Portugal". In *Revista dos Tribunais*, mai./1995, vol. 715: 328-335.

- MERRYMAN, J. H. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1985.
- SANTOS, Boaventura de Souza. "A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça". In *Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 1994, Porto: Edições Afrontamento.
- SENESE, Salvatore. "Crise Politico-Instituzionale e Indipendenza della Magistratura". In *Questione Giustizia*, ano I, n. 2. 1982, Milão: Franco Angeli.
- SHEMAN, L. Robert. "El Origen Social y Económico de los Juices Brasileños". In *Inter American Law Review*. vol. 94. jan.-jun., Louisiana: 75-102.
- SMITH, S. A. *Constitutional and Administrative Law*. 1971, Middlesex: Penguin Books.
- ORIANNE, Paul. "La Méthodologie de la Sélection et de la Formation des Magistrats (Mise en Oeuvre de la loi du 18.07.1991)". In *Annales de Droit de Louvain. Bruxelles*, 52(2): 105-124, 1992.
- ZAFFANONI, Raúl. "Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático". In *Boletín*, n. 37. 1993, Lima: Comisión Andina de Juristas.
- . *Poder Judiciário - Crises, Acertos e Desacertos*. 1994, São Paulo: Revista dos Tribunais.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.2

O HABEAS-CORPUS NA PRÁTICA JUDICIAL BRASILEIRA (1841-1920)¹

ANDREI KOERNER

"Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - habeas-corpus em seu favor" (art. 340 do CPCrim de 1832).

"Dar-se-á o habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder" (art. 72, § 22 da Constituição de 1891).

"Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou coação por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional de habeas-corpus... [O habeas-corpus se estende] a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade" (Rui Barbosa, 1915, 17-8).

"De acordo com a sua jurisprudência assente, o Supremo Tribunal Federal concede habeas-corpus para a proteção de um direito, mediante as duas seguintes condições essenciais:

1.ª que, para essa proteção, não haja nenhum outro remédio jurídico eficaz; e,

2.ª que esse direito seja certo, líquido e incontestável, de tal arte que o habeas-corpus não tenha por escopo criar, para ele, um título, mas, apenas, remover o obstáculo que a autoridade opõe, ilegalmente, ao respectivo exercício". (STF, dec. de 25.11.1922; Azevedo, id.: 447, n. 1.622).

SUMÁRIO: 1. Trajetória – 2. A construção do objeto: o *habeas corpus* – 3. Apresentação sintética da tese – 4. Conclusões – 5. Perspectivas – Bibliografia.

1. Trajetória

O ponto de partida deste trabalho foi o estudo do Supremo Tribunal Federal

na Constituição da República. A escolha se justificava por ser o Supremo Tribunal Federal um órgão de um tipo absolutamente novo no Poder Judiciário no país, devido aos poderes de intervenção, direta e imediata, nas disputas políticas conferidos pela Constituição de 1891. Com o estudo do processo político no Supremo Tribunal Federal, poderia conhecer as relações dos seus ministros com os agentes políticos rele-

⁽¹⁾ Autor: Andrei Koerner, doutor em Ciência Política pela FFLCH/USP; professor de Ciência Política na Faculdade de Direito da Universidade São Marcos. Este artigo é a apresentação da tese de doutorado de mesmo título defendida na FFLCH/USP em 20 de agosto pp.

vantes da Primeira República e assim analisar os problemas político-constitucionais postos pela consolidação da República sob o esquema da Política dos Governadores. Este trabalho daria continuidade às pesquisas iniciadas durante o mestrado, quando estudamos o Poder Judiciário na passagem do Império à República, tratando da forma de organização judiciária e do papel político dos juízes, estudando a sua inserção no sistema político e seu papel na mediação das relações sociais.²

Diversos relatos sobre o Supremo Tribunal Federal na Primeira República afirmam que este tribunal teria cumprido o seu papel constitucional, decidindo de forma constante e consistente em favor das liberdades políticas e civis contra os excessos da luta política oligárquica (Baleeiro, 1968; Corrêa, 1987; Rodrigues, 1965; 1968; 1991). Afirmam ainda que as decisões de *habeas-corpus* foram um momento privilegiado dessa atuação do Supremo Tribunal Federal. Tais relatos justificavam por si sós uma análise política do Supremo Tribunal Federal, pois esses relatos afirmavam que os ministros do Tribunal se haviam subtraído ao esquema geral das alianças oligárquicas. Se os ministros do Supremo Tribunal Federal tivessem efetivamente julgado da maneira relatada, isso implicaria, por um lado, uma revisão, ou, ao menos, uma relativização da bibliografia sobre a política da Primeira República e, por outro lado, um estudo dos mecanismos que haviam permitido tal exceção. Esses mecanismos poderiam ser consequência do formato institucional do Tribunal ou resultariam da socialização dos bacharéis em direito. Tais relatos colocavam também em

questão a dualidade, estabelecida desde os anos 30, entre o idealismo da Constituição liberal de 1891, mera reprodução de um modelo político importado e as instituições políticas nacionais criadas pela "realidade" social do país. O estudo do Supremo Tribunal Federal na Primeira República colocava então problemas referentes ao processo político, ao sistema político e também à própria forma de consolidação das instituições políticas republicanas.

Entretanto, uma pesquisa mais detalhada de decisões de *habeas-corpus* do Supremo Tribunal Federal em casos políticos revelou que o Supremo Tribunal Federal não havia julgado da maneira relatada. Este foi o resultado de um estudo de decisões de *habeas-corpus* no Supremo Tribunal Federal em conflitos eleitorais entre oligarquias estaduais no período de 1908 a 1911.³ Não se verifica nas decisões de *habeas-corpus* do Supremo Tribunal Federal uma posição constante, seja de concessão, seja de negação de ordens para casos juridicamente semelhantes. O que se vê é, ao contrário, uma oscilação das decisões do Tribunal, sucessivamente concedendo e negando ordens para o mesmo tipo de caso. A variação poderia resultar de mudanças na composição do Tribunal, o que, para o período estudado, não era o caso. Mais importante, as mudanças das decisões do Tribunal não ocorriam pela presença de novos ministros, não se tratando, assim, de um equilíbrio precário entre duas posições divergentes, onde a oscilação das decisões resultava de alterações circunstanciais da composição do Tribunal, fazendo-o variar num ou noutro sentido.

Nas decisões em que houve uma forte divisão no Tribunal, os Ministros

(2) A dissertação foi publicada com o título *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira* (KOERNER, 1992b; 1998).

(3) Esse estudo foi publicado na *Revista USP* n. 21, Dossiê Judiciário, 1994 e no Capítulo 4 de *Judiciário e Cidadania...*

se dividiam em dois grupos, que se colocavam em posições opostas e alteradas, isto é, num caso um grupo de Ministros concedia a ordem e o grupo oposto a negava. Noutro caso, juridicamente similar ao anterior, os ministros dividiam-se em grupos semelhantes, só que em posições contrárias, aqueles que anteriormente haviam concedido a ordem, agora negavam-na, e vice-versa. Havia ainda casos em que não havia divisão no Tribunal, ou seja, todos os Ministros concediam ou negavam a ordem.

A explicação dessa oscilação foi dada pelas ligações dos Ministros com os grupos políticos estaduais. Os Ministros variavam os seus votos segundo a posição sustentada pelos grupos políticos aos quais eram ligados. Essa análise foi feita a partir dos dados biográficos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e das posições dos grupos políticos estaduais nos conflitos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse estudo tratava de uma das questões mais polêmicas acerca dos poderes do Supremo Tribunal Federal, a de intervenção do Tribunal no processo político-eleitoral, pois eram também questões em que havia um forte interesse dos grupos políticos no resultado da decisão. Tratava-se, enfim, de um período especialmente conflituoso, em que ocorreu a primeira divisão na Política dos Governadores a nível federal, que resultou na disputa eleitoral entre Rui Barbosa e Hermes da Fonseca em 1910. Então, em virtude do próprio caráter crítico da questão analisada, este resultado mostrava que o esquema de alianças da Política dos Governadores também operava no Supremo Tribunal Federal.

Um estudo preliminar de outras decisões de *habeas-corpus* mostrava que o resultado podia ser estendido a outros

casos políticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (por ex., para detidos durante Estado de Sítio), e em outros períodos da Primeira República, podendo então ser considerado válido para as decisões do Supremo Tribunal Federal em casos políticos.

Esse resultado colocou problemas teóricos importantes, pois foi posta em xeque a oposição entre um tribunal que julgava estritamente segundo os princípios jurídicos e um sistema político onde não se atuava segundo os princípios constitucionais. A oposição poderia ser colocada como uma divisão simples entre direito e política, onde a política seria tomada como um âmbito de relações estratégicas entre atores, individuais ou coletivos e o direito, um conjunto de normas positivas instituídas e aplicadas tecnicamente pelos tribunais. Por serem tomadas "tecnicamente", as decisões dos tribunais seriam exteriores ao âmbito das relações políticas, servindo principalmente para a sua regulação. Porém, o que resultava da pesquisa é que a regra das alianças políticas entre facções oligárquicas penetrava no Tribunal e tornava-se o princípio explicativo das decisões do órgão em questões políticas. A distinção entre o direito e a política não só se tornava problemática, mas, além disso, parecia que a política comandava o direito, ao menos nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre questões políticas. Assim, recobrava força inesperada a velha dualidade entre o idealismo da Constituição de 1891 e a realidade social. A formação de um direito constitucional republicano teria sido impossível e os conflitos políticos envolvendo o Supremo Tribunal Federal, com todo o barulho a respeito do *habeas-corpus*, seriam apenas manifestação da politização oligárquica das decisões judiciais, um efeito não esperado

da Constituição republicana. Como alternativa a esses problemas apresentava-se o estudo do pensamento elaborado no Supremo Tribunal Federal, que era o local privilegiado para se situar no interior da dualidade entre o "idealismo da Constituição" e a "realidade nacional" (Vianna, 1987). No Supremo Tribunal Federal, a questão central era o debate doutrinário – a chamada "doutrina brasileira do *habeas-corpus*" – e então o objetivo de pesquisa passou a ser a verificação da maneira pela qual se colocava problema da liberdade no Tribunal.

Porém, no decorrer da pesquisa foi necessário proceder a nova revisão do problema. O debate doutrinário sobre o *habeas-corpus* no Supremo Tribunal Federal era apenas uma parte de uma questão muito mais geral, que dizia respeito à relação entre a prática judicial e as práticas de controle social sobre a população pobre das cidades, juridicamente livres, a partir do processo de crise final da sociedade escravista brasileira. O *habeas-corpus* foi um instrumento pelo qual estes novos cidadãos levavam às autoridades judiciais o exame das práticas violentas, em especial detenções ilegais feitas pela polícia. A pesquisa de estatísticas judiciais desde o Império confirmou este aspecto da questão, tendo aparecido, a partir dos anos 1870, um aumento considerável do número de *habeas-corpus* demandados aos Tribunais de São Paulo e Rio de Janeiro.

O ângulo da pesquisa foi então novamente deslocado e não foi mais abordado apenas o debate doutrinário do *habeas-corpus* no Supremo Tribunal Federal e as questões imediatamente políticas julgadas pelo tribunal. O objeto da pesquisa passou a ser o estudo do instituto do *habeas-corpus*, tomado como um conjunto complexo.

2. A construção do objeto: o *habeas-corpus*

A pesquisa voltou-se à reconstrução das regras de aplicação do *habeas-corpus* elaboradas pela prática judicial brasileira, analisando as suas relações com a estrutura social, as instituições políticas, as práticas de controle social e ainda com os temas relativos à mudança de paradigma teórico do pensamento jurídico. Essa análise serviu como ponto de partida para estudar as mudanças na tradição jurídica brasileira no período, considerada sob os aspectos de prática judicial e do pensamento jurídico.

Assim, o debate doutrinário sobre o *habeas-corpus* no Supremo Tribunal Federal – a chamada "doutrina brasileira do *habeas-corpus*" – é tomado como um momento relevante desse problema, como o ponto de emergência, no pensamento jurídico, de uma descontinuidade da prática judicial. Nas regras construídas pela prática judicial do *habeas-corpus* aparecem não só as respostas criadas pelos juristas aos problemas postos por aquelas mudanças, mas também temas e os impasses da constituição da elaboração do pensamento jurídico republicano.

O objetivo do trabalho passou a ser: determinar, a partir da prática judicial, a maneira pela qual os juristas brasileiros elaboraram uma interpretação do *habeas-corpus* com a qual a Constituição liberal de 1891 foi articulada a outras instituições, judiciárias e políticas, nas condições do sistema político e da sociedade da Primeira República.

Porém, por que tomar a prática judicial do *habeas-corpus* como ponto de partida para uma análise política do pensamento jurídico brasileiro?

Se tomamos as manifestações dos juristas num determinado momento histó-

rico, a proposta de analisar o seu pensamento e a sua prática, torna-se inicialmente bastante infrutífera. O que vemos é uma mistura de princípios políticos e doutrinas jurídicas, de correntes filosóficas e sociológicas de diversas épocas, decisões contraditórias, interpretações concorrentes de textos legais heterogêneos, regras de prudência, usos e costumes etc. Este conjunto, o "direito" de uma determinada sociedade, é bastante diferente das imagens apresentadas pelos princípios constitucionais e pelas teorias do direito. Esse conjunto cambiante e muitas vezes contraditório não corresponde à imagem de um sistema de normas positivas, coerente e sem lacunas, e também não é a tradução de uma doutrina política, ou de um pensamento jurídico dominante no momento (Grau, 1996; Warat, 1981 e 1984, Santos, B.).

A prática judicial é tomada neste trabalho como uma atividade voltada à produção de julgamentos com validade geral na decisão de conflitos na sociedade. Não tomamos a justiça como significando uma certa disposição de ação, nem como conformidade à lei. Nesse trabalho, justiça significa a enunciação de regras de distribuição de bens, nas quais se estabelece uma determinada relação de igualdade entre os indivíduos. A justiça é aqui uma relação de igualdade, ou proporcionalidade de bens entre os indivíduos. Esta relação supõe, por um lado, a existência de uma regra, de um cálculo, que funcione como princípio da distribuição e, por outro lado, a enunciação dessa regra como uma medida, a qual, para ser comum, deve ser regular. Nos termos de Perelman, é a justiça formal, que consiste na regularidade do tratamento de seres de uma mesma categoria.

Nesse modelo, a justiça aparece como uma problemática da objetividade do juízo, da formulação da regra e da sua enunciação enquanto medida comum.

Essa problemática se coloca especialmente na prática judicial, em que, as decisões seguem critérios e procedimentos técnicos, com o objetivo não só de aplicar a lei para resolver os conflitos entre os indivíduos, mas de enunciar uma regra objetiva de juízo, isto é, elaborar enunciados que tenham validade geral, mostrando aos agentes a maneira pela qual serão julgados em situações futuras

A justiça da regra enunciada na prática judicial consiste na decisão do caso de maneira que valha para os casos posteriores semelhantes, com fundamentação razoável do juiz, cujas distinções e classificações devem ser fundadas em critérios razoáveis e que possam ser submetidos à crítica de acusações de parcialidade provenientes do público (Perelman, 1958: 66). Assim, a regra objetiva de juízo constitui um tipo de julgamento que, para além das avaliações individuais, vale como medida comum. Com a medida comum constitui-se a objetividade do juízo de cada um sobre si e sobre os outros, isto é, uma comunidade de julgamento. A medida comum está, então, na própria constituição da comunidade de julgamento, pois nela são construídos os critérios do que unifica e do que é razoável para os sujeitos da comunidade.

Como atividade de constituição da regra objetiva do juízo, o direito é um artifício, uma técnica de produção de enunciados que possam valer para além de sua própria enunciação. O direito não é então uma pura técnica cognitivo-instrumental, mas uma prática de construção de juízos de validade geral. "O direito é uma experiência intersubjetiva do juízo. Caracteriza-o o fato de nela a objetividade se conquistar quando se provoca o impasse acerca da verdade, conquista da objetividade que não está na dependente de um saber verdadeiro." (Ewald, 1993: 165; 1986: 31-2)

A prática judicial é decisão, mas é também reflexão, pois “consiste em fornecer critérios para avaliá-la, julgá-la e desqualificá-la em certos aspectos, se for necessário” (Perelman, 1958: 61). A prática judicial não é só fato, não é só norma, é também pensamento sobre o que deve ser (Villey, 1975: 20). Há assim uma relação complexa entre a prática judicial e o pensamento jurídico, pois a prática judicial não é a “aplicação” de determinados princípios e conceitos teóricos, nem o pensamento jurídico é elaboração intelectual desligada do quadro legal, político e social existente.

Assim, a prática judicial só existe no interior de um quadro social, político-institucional e teórico, mas não se reduz a um procedimento decisório e nem se conforma à experiência. Para a análise política, a prática judicial não fornece apenas o conteúdo dos seus enunciados, considerados a partir de variáveis políticas ou sociológicas, mas também a própria maneira de julgar, isto é, o modo pelo qual são objetivados os sujeitos, os eventos e as normas; os procedimentos técnicos; as regras de aplicação local, a programação dos comportamentos futuros e a reflexão sobre a própria atividade normativa.

O presente trabalho estuda a prática judicial a partir dessa perspectiva, a fim de restituir a trama de conceitos, regras, procedimentos e técnicas produzidas por essa prática numa determinada situação histórica.

Por que não limitar o estudo ao problema imediatamente político da extensão da aplicação do *habeas-corpus* no Supremo Tribunal Federal na Primeira República? Qual a importância, para um estudo de ciência política, de abordar também os seus aspectos técnico-jurídicos, as suas relações com a prática judicial e com as mudanças da sociedade brasileira?

Na tradição jurídica da *common law*, o *habeas-corpus* é um instrumento que regula o uso da força física nas relações políticas e sociais, pois serve como um meio rápido e eficaz de verificar se os atos daqueles que exercem funções de autoridade, não só na política ou nas instituições estatais mas também nas próprias relações sociais, estão de acordo com os princípios constitucionais que garantem a liberdade individual. O *habeas-corpus* exerce assim uma função reguladora das relações sociais e ocupa uma posição central nas relações entre o sistema jurídico e sociedade, pois nele se estabelece uma relação direta e imediata entre três níveis deste sistema:

- o nível dos princípios do sistema jurídico: o direito à liberdade pessoal é um dos direitos absolutos dos indivíduos: a vida e segurança pessoal, a liberdade e a propriedade. Estes direitos absolutos resultam da própria natureza humana, e o seu respeito foi reconhecido pela Constituição, que é a fonte privilegiada do sistema jurídico. O conteúdo deste sistema jurídico é o respeito a estes direitos individuais.

- o nível das instituições políticas: estes atributos da natureza humana reconhecidos pelos princípios constitucionais representam a própria finalidade do governo livre e se traduzem nos diversos aspectos das suas instituições políticas, na forma de organização, nos procedimentos e nas práticas políticas.

- o nível das práticas sociais: os princípios constitucionais se traduzem em leis, que obedecem a formas determinadas, nos seus aspectos substantivo e processual. Estes princípios visam regular ainda outros procedimentos, pois são essas formas legais que determinam a maneira apropriada de utilizar a força física nas relações sociais.

Nessa tradição jurídica é estabelecida uma relação de continuidade entre o

sistema jurídico, as instituições políticas e as práticas sociais. O *habeas-corpus* é um instrumento para que os tribunais julguem a existência dessa continuidade nos casos particulares em que está envolvido o direito à liberdade (Blackstone, 1822; Hurd, 1876; Mishkin, 1986; Sharpe, 1976).

Essa posição do *habeas-corpus* na tradição da *common law* indica a insuficiência de uma análise do instituto no Brasil situada apenas no nível do sistema político. Ao mesmo tempo, colocam-se as seguintes questões: de que maneira se deram, na prática judicial e no pensamento jurídico brasileiros, as relações entre esses três níveis? Existem continuidades e transformações na prática judicial e no pensamento jurídico brasileiros a respeito dessas relações?

Neste trabalho, esses problemas são estudados na transição do Império à Primeira República. A importância do período pode ser indicada a partir de dois temas, em que se colocam as relações entre os três níveis: os princípios de organização política e os princípios do sistema jurídico referentes à cidadania.

Quanto aos princípios de organização política, a transformação republicana implicou uma profunda mudança no estatuto e no papel político do Poder Judiciário brasileiro. No Império, o Poder Judiciário era um órgão delegado da soberania, que era dividida entre o Imperador e o Parlamento, e os conflitos que envolvessem o interesse geral eram por definição excluídos do domínio judicial. Pela Constituição Republicana, o Poder Judiciário passou a ser um dos poderes soberanos, ao qual foram atribuídas funções políticas, dentre as quais a mais importante era o controle da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo.

Quanto à questão da cidadania, na Constituição do Império a plenitude dos direitos civis era garantida apenas aos cidadãos, sendo deles excluídos os escravos e, parcialmente, os estrangeiros. A Constituição republicana uniformizou o estatuto jurídico dos indivíduos no território nacional, assegurando os direitos individuais a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, equiparados, sob este aspecto, aos brasileiros.

Dadas essas duas mudanças, caracteriza-se a importância desse período para a prática judicial e para o pensamento jurídico. Na ordem política imperial, estes se constituíram no interior de um esquema definido pelo estatuto jurídico diferenciado dos indivíduos e por um pensamento de tipo jusnaturalista. Os indivíduos eram distribuídos no interior da série Imperador-cidadãos-escravos. Nesses pontos se configuravam tipos distintos de sujeitos de direito, que representavam diferentes princípios jurídicos e políticos, a "autoridade" e a "liberdade", civil e natural. O pensamento jurídico imperial colocava esta diferenciação no interior de um esquema jusnaturalista: a oposição entre a liberdade civil e a liberdade natural ter-se-ia constituído na formação da nação como sociedade civil; as relações entre a liberdade civil e a autoridade, por um pacto político, numa hipotética passagem da nação ordenada apenas como sociedade civil a uma sociedade política organizada (Bueno, 1857). A prática judicial colocava-se no interior desse esquema, tirando-se as consequências desse pacto, conciliando esses princípios diferentes nas situações concretas. Os debates entre conservadores e liberais também eram internos ao esquema, pois uns e outros tiravam consequências mais próximas de um dos princípios opostos.

Com a abolição da escravidão, desaparecia a oposição entre a liberdade civil e a liberdade natural e no campo assim uniformizado apresentavam-se novos sujeitos de direito individuais (os ex-escravos e os estrangeiros) e coletivos (movimentos sociais).

Com a República, o pólo representado pelo Imperador também desaparecia, eram diferenciados os níveis de poder estatal, com os poderes políticos independentes e os Estados, surgindo novos sujeitos políticos, como os militares, os partidos estaduais, além dos movimentos políticos operários e populares. O tema da cidadania representa então um problema para a prática judicial e para o pensamento jurídico republicanos, em virtude da supressão dos pólos "liberdade natural" e "autoridade", que até então se contrapunham à liberdade civil, e conseqüentemente com a uniformização do estatuto jurídico do conjunto de indivíduos no país.

A Constituição Republicana foi elaborada como um pacto político liberal pelo qual teria sido atribuído às instituições políticas, em particular do Poder Judiciário, a função de garantir as liberdades, civis e políticas de todos os indivíduos. Se a prática judicial e o pensamento jurídico republicanos seguissem este esquema, ter-se-ia formado uma tradição jurídica próxima à norteamericana, em que seria elaborada uma relação de continuidade entre os três níveis da ordem jurídico-política. Porém, esse não foi o caso - e nem era provável que fosse -, o que já é indicado pela própria recorrência do problema do *habeas-corpus* na Primeira República. Assim a definição desse instituto remetia ao problema mesmo da cidadania na República.

A questão do *habeas-corpus* na Primeira República coloca portanto o problema das relações, na prática judicial e no pensamento jurídico brasileiros,

entre os três níveis colocados anteriormente. O *habeas-corpus* na Primeira República releva um aspecto central da constituição do poder político e da cidadania republicanos: a relação entre o sistema jurídico, as instituições e procedimentos políticos e as práticas sociais na República brasileira. Para a prática judicial, o problema seria: de que maneira os cidadãos seriam julgados na nova ordem política? A partir de que princípios, segundo quais normas e procedimentos, e em função de quais objetivos seriam julgadas as relações dos indivíduos entre si, e destes com o poder político republicano?

3. Apresentação sintética da tese

A "doutrina brasileira do *habeas-corpus*" foi o ponto de emergência, no pensamento jurídico, de uma descontinuidade da prática judicial brasileira. Esta descontinuidade resultou de três processos de mudança ocorridos no país a partir das décadas finais do Segundo Império: social, de paradigma teórico e político. Esses processos de mudança implicaram uma profunda alteração nas condições da prática judicial brasileira: do seu estatuto e da sua posição no sistema político, da ordem de seus conceitos, dos seus procedimentos, do seu domínio de aplicação e dos seus objetivos políticos e sociais.

O primeiro processo é o da passagem do trabalho escravo ao trabalho livre, com a qual ocorreu toda uma série de transformações nas relações sociais no país, como a ampliação do mercado interno - com o que as relações contratuais ingressaram no interior das plantações; a aceleração da imigração e da urbanização, o surgimento de novos sujeitos políticos e de novas formas de ação coletiva (Conrad, 1975; Costa, E.V. 1989; Franco, 1974; Fausto, 1976; Machado, 1994). Também ocorreram

mudanças e continuidades institucionais, como a reorganização parcial do judiciário, da polícia e das prisões (Fausto, 1984; Holloway, 1993). De um ponto de vista jurídico, nesse processo ocorreu a uniformização do estatuto jurídico dos indivíduos do país. Ou seja, estendeu-se o estatuto de sujeitos de direito plenos aos antigos escravos e libertos, e os imigrantes estrangeiros foram equiparados aos nacionais, pela "grande naturalização" do início da República, reconhecida pelo art. 72 *caput* da Constituição de 1891. Com a generalização e a uniformização do estatuto jurídico dos indivíduos, ampliava-se o âmbito de aplicabilidade das normas legais, cujos efeitos concretos eram interpretados pelos tribunais. O processo de mudança social implicou assim um novo modo de operação das relações jurídicas na sociedade brasileira.

O segundo processo é o da recepção no Brasil do paradigma positivista, que ocorre de forma acentuada a partir da década de 1870. O pensamento jurídico do Império escravista era de tipo jus-naturalista e a partir daquela década são divulgadas no país críticas positivistas a este esquema de pensamento. O aparato acadêmico e político do Império absorveu algumas destas mudanças nas Academias militares e de engenharia, na Faculdade de Medicina e também nas Academias de Direito e no Poder Judiciário do Império (Adorno, 1988; Costa, J.C., 1956; Lins, 1964). Com a República, a reorganização dessas instituições permitiu a rápida ascensão dos positivistas aos quadros superiores.

Em terceiro lugar a passagem do Império à República. Esta mudança política implicou a transformação das bases, das modalidades e da distribuição do exercício do poder político no Brasil (Andrade, 1981; Cardoso, F., 1975; Kugelmas, 1986; Leal, 1975). O sistema constitucional mudou o estatuto e a

posição do Poder Judiciário em relação aos outros poderes do Estado. Ao Poder Judiciário, e em particular ao Supremo Tribunal Federal, foi atribuída a posição de um dos órgãos soberanos do Estado federal brasileiro, posição que se configurava não só no seu papel de supremo intérprete da Constituição, mas também na função de controle dos atos dos demais poderes políticos (Rodrigues, 1965, 1968; 1991). Do mesmo modo, o *habeas-corpus* deixou de ser apenas um instituto do processo criminal, tornando-se garantia constitucional, permanecendo porém indefinido o seu campo de aplicação (Azevedo, 1925; Barbosa, 1915; Mendonça, 1898; Lessa, 1915).

À medida em que ocorrem estes processos de mudança, a prática judicial do *habeas-corpus* torna-se cada vez mais problemática. Devido à sua simplicidade processual e à sua eficácia imediata, o *habeas-corpus* era um instrumento pelo qual os Tribunais poderiam intervir diretamente nos procedimentos "a-legais" de controle, seja os efetivados pelas instituições e práticas estatais, seja aqueles que se davam nas relações sociais mais amplas (ver o debate entre Rui Barbosa e Sampaio Ferraz, Chefe de Polícia do Rio de Janeiro, em Bretas, 1997).

Com a mudança de paradigma teórico, no pensamento jurídico dava-se uma nova maneira de problematizar a relação entre o poder político, os direitos individuais e as garantias constitucionais, nas condições sociais e políticas do país. A doutrina de Pedro Lessa foi resposta inovadora a esses problemas, criando uma importante inflexão no debate e decisões do Supremo Tribunal Federal (Azevedo, 1925; Lessa, 1915; Rodrigues, 1991).

O problema do *habeas-corpus* na Primeira República não foi exclusivamente doutrinário e não se manifestou apenas no Supremo Tribunal Federal. O

problema do *habeas-corpus* manifesta-se em outros tribunais e se coloca no cerne da relação entre os procedimentos a-legais de controle social e a efetividade dos direitos de cidadania na República. A oscilação das decisões dos tribunais, a sua ambigüidade ou omissão, o caráter continuamente problemático da efetiva proteção judicial às liberdades civis, tem como correlato a elaboração de regras restritivas ao uso do *habeas-corpus*. Isso mostra as relações complexas entre a prática judicial e as formas repressivas e paternalistas de controle social no país.

Em suma, as mudanças e continuidades do *habeas-corpus* na prática judicial na passagem do Segundo Reinado à Primeira República resultam dos problemas políticos criados pela transformação republicana que se manifestam no debate doutrinário do *habeas-corpus* no Supremo Tribunal Federal, de uma nova forma de problematização presente no pensamento jurídico a partir do paradigma positivista e das novas condições da prática judicial colocadas pelo processo de mudança social. Nesse processo, vemos a elaboração de um pensamento jurídico conservador, fundado no paradigma positivista, que constrói regras restritivas à utilização do *habeas-corpus* e, num sentido mais amplo, restrições ao exercício dos direitos individuais.

4. Conclusões

Partindo do estudo da prática judicial do *habeas-corpus* no Segundo Reinado e verificando as suas relações com outros aspectos da ordem imperial-escravista, como a organização política do Império, a doutrina jurídica dominante e as relações locais de poder, as práticas de controle social e as práticas punitivas estatais, foram mostrados alguns aspectos da "adaptação", pela

prática judicial, do *habeas-corpus* à ordem imperial-escravista brasileira. Por essa prática foram neutralizados três efeitos atribuídos ao instituto na Inglaterra: a responsabilidade da autoridade coatora, a garantia de um processo rápido para o réu preso e a supervisão pelos juízes das condições da prisão.

Procurou-se mostrar em seguida que a prática judicial do *habeas-corpus* tornou-se problemática na Primeira República em virtude dos processos de mudança foram estudados ao longo do trabalho: o processo de mudança social, do qual resultou a uniformização do estatuto legal dos indivíduos e o surgimento de novos cidadãos na cena política, social e judicial; de mudança epistemológica, com a crise do paradigma jusnaturalista, substituído pelo paradigma positivista, e com o esgotamento da prática judicial prudencial; e de mudança política, com a qual o Poder Judiciário obteve novo estatuto e funções na República, mudando suas relações com os demais poderes.

O debate doutrinário denominado "doutrina brasileira do *habeas-corpus*" revela mais do que um corpo homogêneo e articulado de princípios jurídicos postos em prática pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na Primeira República. Nesse debate evidenciam-se diferentes alternativas políticas e jurídicas apresentadas por Ministros do Supremo Tribunal Federal e outros juristas para responder às mudanças políticas e sociais. Embora fosse pacífica a substituição do jusnaturalismo pelo positivismo, o novo paradigma não fornecia aos doutrinadores soluções unívocas e predeterminadas para a decisão.

No debate doutrinário se manifestavam os conflitos políticos dos primeiros anos da República a respeito da direção do processo de mudança política, do sentido das novas instituições e do seu modo concreto de funcionamento. Com

a estabilização política da Primeira República, o Supremo Tribunal Federal enfrentou ainda as tensões e conflitos decorrentes da luta política facciosa e o risco de perda de seu caráter de instituição judicial. Esse jogo político colocou novas questões ao pensamento jurídico e à prática judicial, o que fez com que as posições doutrinárias do início da República fossem ultrapassadas.

A prática judicial da Primeira República foi ainda colocada diante da proliferação de temas e do número de pedidos do *habeas-corpus*, resultantes da combinação entre, por um lado, as novas funções do Poder Judiciário e o novo estatuto do *habeas-corpus* e, por outro lado, dos processos de mudança política e social, nos quais se davam as continuidades nas práticas a-legais de clientelismo e controle social e, ainda, os novos temas de intervenção regulamentar das autoridades públicas. Dada essa combinação, manifestou-se constantemente o caráter problemático das decisões judiciais relativas ao exercício dos direitos civis na Primeira República. A prática do *habeas-corpus* mostra esses problemas e o conteúdo das decisões indica que o Judiciário da Primeira República admitiu os procedimentos de controle a-legais herdados do antigo regime e reconheceu gradualmente novos âmbitos de intervenção na vida urbana e saúde pública.

No domínio criminal, com a passagem do *habeas-corpus* de recurso do processo criminal a garantia constitucional houve a ampliação das situações em que era admitido o uso do instituto, em especial para garantir o respeito às formas legais do processo. Porém, as continuidades institucionais e das práticas a-legais mantiveram neutralizados os efeitos mais difusos do instituto do *habeas-corpus*. Na sociedade baseada no trabalho livre permaneciam as limitações ao *habeas-corpus* criadas pela

prática judicial da ordem imperial-escravista.

Quanto ao tema das coações realizadas por particulares, a não-admissibilidade do *habeas-corpus* a partir do requisito da coação dever ser realizada por autoridade pública para o uso do instituto é manifestação do conservadorismo da prática judicial, da reserva dos juízes em intervir de forma mais direta e imediata no domínio das relações sociais privadas, no sentido de ampliar a legalidade como elemento regulador das relações sociais e da mediação judicial como forma de resolução dos conflitos inter-individuais. Aqui mostra-se a compatibilidade entre o conservadorismo social e o “liberalismo” limitado às atividades das camadas sociais superiores.

O constitucionalismo liberal era colonizado ou sofria aberta oposição do discurso da criminologia positivista voltado à defesa social. Esse discurso era combinado com a antiga perspectiva dos conservadores e com as doutrinas dos jacobinos/positivistas, para defender uma espécie de conservadorismo orgânico, dirigido pelos homens bons, liberal na vida social das camadas superiores, na esfera política, em sentido estrito, e na atividade econômica, mas absolutista no julgamento dos infra-cidadãos.

A doutrina de Pedro Lessa, chamada “constitucionalismo orgânico”, representou uma alternativa a esse conservadorismo. A posição de Lessa também era conservadora, mas ele procurava pautar suas decisões de forma mais estrita na Constituição e na legalidade. A sua doutrina do *habeas-corpus* apresentou novas saídas aos problemas da prática judicial e as suas soluções doutrinárias foram adotadas no Supremo Tribunal Federal, com inflexões e desdobramentos, por seus opositores, tanto liberais, como conservadores.

Face aos problemas enfrentados pelas tensões políticas, pela proliferação dos temas e pelo aumento do número de pedidos de *habeas-corpus*, a prática judicial criou condições restritivas ao uso do instituto, tanto do ponto de vista do seu campo de aplicação quanto aos seus requisitos de admissibilidade do pedido e de concessão da ordem.

Para o *habeas-corpus* preventivo, havia a regra de que o paciente deveria desde logo mostrar razões fundadas de seu receio de coação ilegal ou de lesão de seu direito.

No domínio criminal, havia o requisito de que as irregularidades insanáveis do processo, como a nulidade ou a inépcia das peças acusatórias, deveriam ser manifestas ou evidentes para a concessão da ordem. Em relação à atividade policial, era reconhecida, tácita ou expressamente, uma esfera de arbítrio própria a essas autoridades no controle do comportamento dos "infra-cidadãos".

No caso de *habeas-corpus* para internamentos em instituições fechadas, era recusada a concessão da ordem antes de informações preliminares dos administradores das instituições e, mesmo havendo evidência contrária a essas informações, indicava-se o caminho dos recursos ordinários para fazer cessar a coação.

Enfim, para os direitos não compreendidos no exercício da liberdade de locomoção, criou-se o requisito do direito líquido e certo, que aparece como a expressão mais evidente da transformação da garantia constitucional do *habeas-corpus* num recurso extraordinário e de uso limitado.

As decisões judiciais de *habeas-corpus* na Primeira República indicam assim a adoção, pela prática judicial, em particular a do Supremo Tribunal Fede-

ral, de critérios restritivos para a admissão do pedido e/ou concessão da ordem.

Exceto no caso do requisito da certeza e liquidez do direito, não se pode afirmar se esses critérios restritivos funcionavam como requisito para o conhecimento do pedido, ou se eram usados no julgamento do mérito, para a concessão da ordem. De todo modo, esses critérios desempenham a mesma função, pois servem para selecionar, no conjunto de situações cuja garantia é demandada, aquelas em que a ordem será concedida.

De um ponto de vista sistêmico, essas restrições serviam para que o judiciário procedesse à seleção, à filtragem no conjunto de pedidos que lhe eram apresentados. Com isso, o judiciário delimitava o campo das demandas possíveis, desestimulando o ingresso daquelas que eram excluídas da regra de julgamento vigente. O judiciário estabilizava suas relações com as outras instituições estatais, selecionando os pedidos de revisão das decisões dessas instituições. Assim, a liquidez, certeza, ou evidência do direito a ser garantido atendia ao problema do aumento de demandas de *habeas-corpus* aos tribunais na Primeira República.

As restrições ao uso do *habeas-corpus* serviam ainda para reduzir as tensões políticas a que a prática judicial estava sujeita na Primeira República. Pois a intervenção sistemática do Tribunal nos conflitos políticos trazia o risco de perda da especificidade da atividade judicial em relação à política.

As restrições ao *habeas-corpus* proporcionavam maior segurança nas decisões, não permitindo que situações juridicamente incertas, ou abertamente ilegais, viessem a ser protegidas judicialmente. Dada a forma pela qual se dava a prática política na Primeira repú-

blica, essa possibilidade era evidente nos conflitos políticos. Mas era também possível, e mesmo provável, em outros domínios, como no processo criminal, no qual, em virtude das debilidades institucionais do sistema de justiça criminal, seria comum a ocorrência de irregularidades formais nos processos.

Porém esse tipo de critério criava restrições importantes à eficácia dos direitos individuais declarados na Constituição e à sua extensão a todos os indivíduos no país. Esses critérios restritivos criavam um *modus operandi* da garantia constitucional do *habeas-corpus* que a adequava às práticas a-legais de controle social e mantinha neutralizados os seus efeitos difusos sobre as práticas estatais e sociais.

Quanto à adequação às práticas a-legais de controle social, a restrição da admissibilidade e/ou concessão do *habeas-corpus* a casos evidentes dificultava o acesso ao judiciário dos cidadãos atingidos por essas práticas e, ainda, limitava o exame em *habeas-corpus* da relação entre os documentos e os fatos, da efetiva adequação à legalidade dos atos praticados pelas autoridades.

A neutralização dos efeitos do *habeas-corpus* resultava da combinação da inversão do ônus da prova, que resultava do critério da liquidez e evidência do direito, com a não efetivação, em *habeas-corpus*, da responsabilidade legal da autoridade coatora. Dadas as continuidades nas instituições e nas práticas, a restrição ao julgamento do pedido aos casos evidentes, permitia que fossem mantidas e aperfeiçoadas práticas clandestinas que permitiam aos coatores burlar o exame judicial em *habeas-corpus*, elaborando, para atos que eram materialmente contrários à legalidade republicana, formas documentais que os tornassem aceitos ao exame judicial formal das provas.

As mudanças do *habeas-corpus* na prática judicial da Primeira República podem ser sintetizadas com a imagem de um duplo movimento. Por um lado, com a passagem do *habeas-corpus* a garantia constitucional, ocorreu a generalização do seu campo de aplicação e a ampliação das possibilidades de uso do instituto. Por outro lado, a prática judicial criou regras de utilização do instituto que restringiram essas possibilidades de aplicação. A adoção de critérios restritivos para o uso do *habeas-corpus* representam a saída para os problemas resultantes da convivência entre os processos de mudança e as condições da prática judicial na Primeira República. Para o pensamento jurídico, essas soluções significam a construção, dentro do paradigma positivista, de doutrinas jurídicas politicamente conservadoras que articulavam a Constituição de 1891 às suas condições políticas e sociais.

5. Perspectivas

A presente pesquisa aponta para problemas atuais da garantia judicial à cidadania no Brasil, pois as restrições ao *habeas-corpus* criadas na Primeira República mantêm-se em vigor, tanto na legislação como em regras da prática judicial. Essas restrições, criadas noutro contexto histórico e seguindo objetivos políticos determinados, ainda servem como requisitos para a utilização das garantias constitucionais.

Uma pesquisa semelhante poderia ser feita para identificar os limites atuais às garantias constitucionais colocados pela legislação e pela prática judicial, a fim de compreender o seu papel para a efetividade dos direitos de cidadania no Brasil.

Apresentamos a seguir algumas indicações preliminares a esse respeito.

Quanto ao campo de aplicação do *habeas-corpus*, o art. 340 do CPCrim de 1832 determinava que teria direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* todo cidadão que entendesse que ele ou outrem sofresse "uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade". A restrição do campo de aplicação do *habeas-corpus* aos casos de prisão ilegal foi criada pela legislação e pela prática judicial do Império. O art. 72, § 22 ampliou o campo de aplicação do *habeas-corpus*, que seria concedido *sempre que* o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder. A Reforma Constitucional de 1926 adotou a doutrina de Pedro Lessa, limitando o campo de aplicação do *habeas-corpus* para os casos "de prisão ou constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção". Esse dispositivo foi incorporado às Constituições posteriores e ao Código de Processo Penal, que, em seu art. 647 determina: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade ir e vir...". A Constituição de 1988 também adotou norma com redação semelhante (art. 5.º, LXVIII).

A restrição do campo de aplicação do *habeas-corpus* tem sido justificada pela criação do mandado de segurança (art. 113, n. 33, da Constituição de 1934; Constituição de 1988, art. 5.º, LXIX). Este instituto teve efeitos importantes para o controle da legalidade dos atos do poder público, mas é insuficiente, se considerado do ponto de vista da doutrina liberal defendida por Rui Barbosa na Primeira República. Por um lado, porque o seu campo de aplicação limitase aos atos das autoridades públicas, enquanto o *habeas-corpus* garante apenas a liberdade de locomoção, contra coação ilegal praticada por autoridade pública ou particular. Da combinação do

campo de aplicação dos dois institutos vemos que as lesões praticadas por particulares a direitos individuais não compreendidos na liberdade de locomoção ficaram destituídas de instrumentos do tipo das garantias constitucionais. Por outro lado, o mandado de segurança incorporou expressamente o requisito do direito certo e incontestável para a admissibilidade do pedido, como enunciado por Pedro Lessa. Desse modo, direitos lesados por autoridades públicas que não satisfizessem o requisito de liquidez, permaneceram excluídos do campo de aplicação do mandado de segurança.

O art. 649 do CPP 1941 incorporou outra construção jurisprudencial restritiva do uso do *habeas-corpus*. Esse artigo dispõe que, caso a violência ou coação ilegal já tiver cessado, o juiz julgará prejudicado o pedido de *habeas-corpus*. Essa solução, adotada pela prática judicial do Império e mantida pela prática da Primeira República, era criticada pelos liberais, que argumentavam que a restituição da liberdade ao paciente não extingua o processo de *habeas-corpus*, pois era a necessária verificação da legalidade da detenção e, em caso de abuso, a reparação do dano sofrido pelo paciente e a correspondente responsabilidade da autoridade coatora.

No caso de pedido de *habeas corpus* por nulidade de processo, há entre os Códigos de 1832 e de 1941 uma diferença de enunciados que indica a distinção de objeto no julgamento em *habeas-corpus*. No art. 353, § 3.º do Código de Processo Criminal de 1832, a concessão da ordem de *habeas-corpus* dava-se nos casos de "processo evidentemente nulo": a evidência era da própria nulidade, era este o objeto da apreciação do juiz. O Código de Processo Penal de 1941 determina que, para a concessão do *habeas-corpus*, a coação

será considerada ilegal “quando o processo for *manifestamente* nulo” (art. 648, I). O caráter manifesto da nulidade desloca o objeto da apreciação do juiz, pois este não é mais a própria nulidade, mas as suas provas. Ou seja, a evidência da nulidade implicava a apreciação substantiva das provas, enquanto a nulidade manifesta indica apenas a apreciação formal das provas da ilegalidade apresentadas pelo paciente.

Embora alguns limites resultantes das restrições ao *habeas-corpus* e ao mandado de segurança tenham sido supridos por outros instrumentos, como as novas garantias da Constituição de 1988 e outros procedimentos de tutela antecipada de direitos, permanecem algumas questões. Que mudanças legais e práticas poderiam ser propostas para superar as restrições atualmente existentes para o *habeas-corpus* e para as outras garantias constitucionais? Como responder às objeções a essa ampliação baseadas no argumento da segurança jurídica? Que tipo de garantias constitucionais – qual seu campo de aplicação, processo e requisitos de uso – poder-se-ia propor como complementares àquelas já existentes no Brasil? Poder-se-ia articular tais instrumentos constitucionais com formas de organização judiciária que permitissem o acesso ampliado à justiça?

As propostas de alterar o processo e os critérios de utilização do *habeas-corpus* e das outras garantias constitucionais seriam no sentido de modificar o seu processo, a fim de ampliar o âmbito do exame judicial, tanto das questões de fato, como das de direito. Seriam assim afastadas restrições ao uso desses instrumentos e criados procedimentos mais flexíveis, que poderiam tornar esses instrumentos mais eficazes para garantir efetivamente os direitos de cidadania a todos ou à maioria dos indivíduos do país.

Bibliografia

- ADORNO, Sérgio, 1988. *Os Aprendizizes do Poder: O Bacharelismo Liberal na Política Brasileira*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- ANDRADE, Régis Stephan de Castro, 1981. *Ordem Política e Conflito na Constituição do Estado Brasileiro, 1889-1937*. São Paulo, USP-FFLCH, tese de doutoramento, dat.
- AUFDERHEIDE, Patrícia, 1976. *Order And Violence. Social Deviance and Social Control in Brazil – 1780-1840*. Tese de Doutorado em História. Univ. de Minnesota, 425 p.
- AZEVEDO, José Affonso Mendonça de, 1925. *A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891-1924)*. Rio de Janeiro, Typ. da Revista do Supremo Tribunal Federal.
- BALEEIRO, Aliomar, 1968. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro, Forense.
- BARBALHO, João, 1924 [1894]. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia, 2. ed. corrigida e aumentada.
- BARBOSA, Rui, 1956 [1892], *O Estado de Sítio: sua Natureza, seus Efeitos, seus Limites, Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XIX, Tomo III – Trabalhos Jurídicos – Estado de Sítio*. Rio de Janeiro, Min. da Educação e Cultura.
- . Discurso no Senado em 22.01.1915., *Revista do Supremo Tribunal Federal*, 1915, vol. 3, 2.ª parte, p. 5-11.
- BLACKSTONE, William. *Commentaires sur les Lois Anglaises*. Notas de Ed. Christian, traduzido a partir da 15. ed. por N.M. Chompré. Paris, Bossange, Rey et Gravier, e Aillaud livr., 1822, 6 vols.
- BRETAS, Marcos L, 1997. *A Guerra das Ruas: Povo e Polícia na Cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Ed. do Arq. Nacional.
- BUENO, José Antônio Pimenta, 1857a. *Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, J. Villeneuve ed..
- CARDOSO, Fernando Henrique, 1975. “Dos Governos Militares a Prudente-Campos Salles”, FAUSTO, B. (ed.), *História Geral da Civilização Brasileira*, Tomo III: O Brasil Republicano, V. 1, São Paulo, Difel,

- CONRAD, Robert, 1975. *Os Últimos Anos da Escravatura no Brasil*. Rio de Janeiro, Civ. Brasileira; Brasília, INL., 394 p.
- CORRÊA, Oscar Dias, 1987. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 181 p.
- COSTA, Emília Viotti da, 1989 [1969]. *Da Senzala à Colônia*. São Paulo, Brasiliense, 3. ed., 509 p.
- COSTA, João Cruz, 1956. *Contribuição à História das Idéias no Brasil (O desenvolvimento da filosofia no Brasil e a evolução histórica nacional)*. Rio de Janeiro, José Olympio Ed.
- EWALD, François, 1986. *L'État Providence*. Paris, Bernard Grasset ed.
- . "Direito e História", *Foucault, a Norma e o Direito*, 1993, cit. p. 155-166.
- FAUSTO, Bóris, 1976. *Trabalho Urbano e Conflito Social*. São Paulo, Brasiliense.
- . *Crime e Cotidiano - A Criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. 1984, São Paulo, Brasiliense.
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho, 1974. *Homens Livres na Ordem Escravocrata*. São Paulo, Ática, 2. ed.
- GRAU, Eros R. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo, Malheiros ed.
- HOLLOWAY, Thomas, 1993. *Policing Rio de Janeiro: Repression and Resistance in 19th-Century City*. Stanford, Stanford U.P., 369 p.
- HURD, Rollin C., 1876. *A Treatise on the right of personal Liberty and on the writ of Habeas-Corpus and the Practice Connected with it with a view of the Law of Extradition of fugitives*. Albany, W. C. Little & Co Law Booksellers, 2. ed com notas de Frank H. Hurd, 637 p.
- KOERNER, Andrei, 1992. "Entre a Lei e a Ordem: O Supremo Tribunal Federal no Sistema Político da Primeira República". SP, CEBRAP, Monografia de Conclusão do "Programa de Formação de Quadros Profissionais CEBRAP/CAPEs", 73 p.
- . *O Poder Judiciário na Constituição da República*. 1992b, São Paulo, FFLCH/USP, Dissertação de Mestrado em Ciência Política, dat., 246 p.
- . "O Poder Judiciário Federal no Sistema Político da Primeira República", *Revista USP*, 1994a, São Paulo, n. 21, pp. 58-69.
- . "Foucault: ontologia do presente, Direito e Política", *Escritos*, 1994b, Revista do Departamento de Sociologia da FFLCH/USP, n. 1, 2.º semestre de 1994, 107-23.
- . *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. 1998, São Paulo, HUCITEC, Depto. de Ciência Política/USP, 1998.
- KUGELMAS, Eduardo, 1986. *Difícil Hegemonia: Um Estudo sobre São Paulo na Primeira República*. São Paulo, USP-FFLCH, tese de doutoramento, dat.
- LEAL, Victor Nunes, 1975. *Coronelismo, Enxada e Voto (O Município no Regime Representativo no Brasil)*. São Paulo, Alfa-Omega.
- LESSA, Pedro, 1915. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Francisco Alves.
- LINS, Ivan, 1964. *História do Positivismo no Brasil*. São Paulo, Nacional.
- MACHADO, Maria Helena, 1994. *O Plano e o Pânico - Os Movimentos Sociais na Década da Abolição*. São Paulo, EDUSP, Ed. da Universidade de São Paulo, 259 p.
- MENDONÇA, Lucio de, 1898. "Limitações do habeas-corpus", *Revista de Jurisprudência* (3): 357-369.
- MIRANDA, Pontes de, 1951. *História e Prática do Habeas-Corpus*. Rio de Janeiro, José Konfino ed., 2. ed.
- MISHKIN, Paul, 1986. "Habeas-corpus", *Encyclopedia of the American Constitution*. NY, Macmillan, 1986, v. 2: 880.
- PERELMAN, Chaim, 1958. "Cinq Leçons sur la Justice", *Droit, Morale et Philosophie*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 15-66.
- RODRIGUES, Leda Boechat, 1965. *História do Supremo Tribunal Federal: vol. 1 - Defesa das Liberdades Cíveis (1891-1898)*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- . *História do Supremo Tribunal Federal: vol. 2 - Defesa do Federalismo (1899-1910)*. 1968, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- . *História do Supremo Tribunal Federal: vol. 3 - Doutrina Brasileira do Habeas-Corpus (1910-1926)*, 1991, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Discurso e o Poder - Ensaios sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre, Sérgio Fabris ed.

- . *Pela mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 1994, Porto, Ed. Afrontamento Biblioteca das Ciências do Homem.
- SHARPE, Robert. *The Law of Habeas Corpus*. Oxford, Clarendon Press, 1976, 254p.
- SOUSA, Paulino José Soares de (Visconde do Uruguai). *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Tip. Nacional, 1862, 2v.
- VIANNA, Oliveira, 1987. *Instituições Políticas Brasileiras*. São Paulo, EDUSP; Belo Horizonte, Itatiaia, 2 vols.
- VILLEY, Michel, 1975. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris, Montchrétien.
- WARAT, Luis Alberto, 1980. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre, Síntese ed.
- . "El Sentido Común Teórico de los Juristas", *Contradogmáticas*, 1981, Florianópolis, ALMED, (1): 43-71.
- WARAT, L.A., ROCHA, L. e CITTADINO, G., 1984. *O Direito e sua Linguagem*. 2. versão. Porto Alegre, Sérgio Fabris.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1994. *Estructuras Judiciales*. Buenos Aires, Ediar ed.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.3

PROGRAMA INTEGRADO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE: AVALIANDO A EXPERIÊNCIA

TULIO KAHN

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Metodologia – 3. Perfil sócio-econômico e demográfico dos prestadores – 4. Perfil criminal dos prestadores – 5. Avaliação do programa pelos prestadores – 6. Conclusões – Bibliografia.

1. Introdução

A Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (SAP) e a Secretaria do Emprego e Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo (SERT) desenvolvem em conjunto, desde o final de 1997, o “Programa Integrado de Prestação de Serviços à Comunidade: Pena Alternativa à Prisão”. Através da Portaria n. 08/97 da Vara das Execuções Criminais, a SAP foi credenciada como órgão público apto a receber, encaminhar e acompanhar condenados à pena de prestação de serviços à comunidade, além de fiscalizar o cumprimento de tal medida. O credenciamento passou a vigorar a partir de 01.10.1997.

O Programa contava com 770 vagas captadas quando foi inaugurado em novembro de 1997 e no momento, agosto de 1998, já conta com 1.237. Neste período, 320 prestadores já passaram ou estão passando pelo programa. Existem portanto cerca de 5 vezes mais vagas do que prestadores, o que é conveniente, pois facilita o envio do prestador a um trabalho que seja compatível com sua qualificação, com os dias e horários que menos atrapalham seu cotidiano e seja

próximo de sua casa ou trabalho. As vagas estão sendo captadas, num primeiro momento, junto aos órgãos da administração pública paulista: Secretarias da Administração Penitenciária, da Agricultura e Abastecimento, Meio Ambiente, Saúde e Relações do Trabalho. Vagas estão sendo negociadas também junto às secretarias da Cultura e da Educação, bem como na Junta Comercial do Estado. A intenção é expandir o trabalho comunitário para todos os órgãos públicos, na capital como no interior.

Desde os primeiros momentos houve a preocupação, por parte das entidades, quanto ao monitoramento sistemático do Programa, avaliando, entre outras informações, os dados sobre número de vagas disponíveis e ocupadas, abandono do programa, perfil do prestador e opinião dos envolvidos sobre formas de aperfeiçoar a idéia. O Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD, foi acionado para esta tarefa de pesquisa e, em conjunto com a SAP e SERT, vem acompanhando o desenvolvimento do programa através de entrevistas com os prestadores de serviço.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, (Regras de Tóquio) chamam a atenção, em seu item VIII, arts. 20.1 a 20.3, para a importância da pesquisa e do planejamento para a formulação e avaliação de políticas públicas neste setor. Conforme os termos do documento,

"20.1 Como aspecto essencial do processo de planejamento, devem ser envidados esforços para que as entidades, tanto públicas como privadas, colaborem na organização e promoção da pesquisa sobre tratamento de delinqüente em regime não-privativo de liberdade.

20.2 Devem ser realizadas periodicamente pesquisas referentes a problemas que enfrentam os destinatários das medidas, os profissionais, a comunidade e os órgãos normativos.

20.3 Dentro do sistema de Justiça Penal convém que sejam criados mecanismos de pesquisa e informação para a obtenção e análise de dados e estatísticas sobre a execução de tratamento de delinqüentes em regime não-privativo de liberdade."

Visando atender estes objetivos estabelecidos nas Regras de Tóquio, a pesquisa foi elaborada e conduzida conjuntamente pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD), pela Divisão de Serviço Social Penitenciário da Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) e pela Secretaria de Estado das Relações do Trabalho (SERT). A Coordenação da tarefa coube ao Dr. Tulio Kahn, coordenador de pesquisas do ILANUD e a Ana Maria Vieira Bastos, diretora técnica da Divisão de Serviço Social Penitenciário. A aplicação das entrevistas foi feita, por ordem alfabética, com a ajuda de Érica Bueno Quirino, Lenice Maria Silva, Sandra Regina

Rodrigues, Tércia Proença, Valéria, Vânia, Walda Aparecida Ribeiro, Zeno Neves Correia.

2. Metodologia

Os entrevistadores são provenientes das áreas de direito e serviço social, formados ou terminando o curso. Foram ministradas duas sessões de treinamento sobre a realização de pesquisas de opinião quantitativa com questionários pré-estruturados, bem como sobre técnicas de entrevista qualitativa. Posteriormente, foram realizadas 4 reuniões para a avaliação periódica dos resultados iniciais da pesquisa e para seleção, aleatória, dos prestadores que caberiam a cada entrevistador.

O pré-teste do questionário foi feito em outubro e o questionário definitivo passou a ser aplicado a partir de novembro 1997. O questionário, com cerca de 18 questões fechadas e 4 abertas, não identifica o respondente nominalmente, para garantir o anonimato.

Optou-se pela realização da entrevista apenas com os prestadores que já houvessem trabalhado pelo menos 3 meses em serviços comunitários, pois estes já teriam alguma experiência a narrar e poderiam exprimir um julgamento sobre o funcionamento do programa. Ressalte-se que não se tratou de amostra, uma vez que todos os prestadores de serviço comunitário com mais de 3 meses foram distribuídos para os entrevistadores. Para incentivar as respostas, os prestadores foram oficialmente liberados da prestação durante as entrevistas, feitas sempre sem a presença de terceiros.

Um inconveniente metodológico deve ser notado. Os entrevistadores são funcionários ou estagiários das mesmas instituições encarregadas da administração do Programa Integrado de Prestação

de Serviço à Comunidade. Este fator pode ter inibido opiniões negativas sobre o Programa, por temor quanto a eventuais sanções.

As análises que se seguem estão baseadas nas informações coletadas para as 100 primeiras entrevistas.

3. Perfil Sócio-econômico e Demográfico dos Prestadores

A maioria dos prestadores é do sexo masculino, corroborando a constatação universal de maior envolvimento do homem em atividades criminais. Os homens também são maioria entre os que foram condenados ao regime fechado, constituindo 97% da população prisional. Ressalte-se então que, não obstante a predominância masculina entre os prestadores, a porcentagem de mulheres prestando serviços à comunidade é bem superior à porcentagem de mulheres em regime fechado, que é de cerca de 3%.

Se levarmos em conta que as mulheres costumam cometer crimes mais leves do que os homens e que a prestação de serviço comunitário é voltada, basicamente, para a punição de crimes leves ou culposos, podemos encontrar uma possível explicação para a diferença de proporção de mulheres em regime fechado e cumprindo penas alternativas. Como regra geral, poder-se-ia sugerir que quanto mais leve o tipo de crime, maior a proporção de mulheres.

É possível também que o judiciário prefira evitar condenar mulheres ao regime fechado quando esta tiver filhos ou for, de algum modo, essencial para a manutenção da família. Como no sistema de prestação de serviço à comunidade, ao contrário do regime fechado, o homem e a mulher não rompem os contatos com a família nem com a sociedade em geral, os juizes encontram

menos restrições para a condenação de mulheres a este tipo de pena.

Os jovens formam a maior parcela dos envolvidos com a justiça criminal. No sistema penitenciário paulista, a maioria absoluta dos condenados (cerca de 60%) tem menos de 30 anos de idade. Entre os condenados à prestação de serviço comunitário, cerca de 42% nasceu entre 1968 e 1978. Isto significa que a maioria dos condenados a esta modalidade de pena tem mais de 30 anos de idade. Nasceram antes de 1958 cerca de 21% deles, contando hoje com mais de 40 anos. Em suma, a média de idade entre os prestadores é superior à média de idade dos condenados ao regime fechado. Assim como no caso das mulheres, este perfil mais envelhecido pode ter alguma relação com a natureza da pena, pois os jovens tendem a se envolver com mais intensidade em crimes mais violentos. Novamente, a explicação para a maior proporção de mais velhos entre os prestadores decorreria, entre outros motivos, da natureza do crime, pouco violento, punido pelas penas restritivas de direito.

Com o passar dos anos, as pessoas adquirem maior estabilidade social: emprego, casamento, filhos etc. O fato deste tipo de condenado ocupar um lugar no mundo – lugar que poderia desaparecer no caso de prisão em regime fechado – transforma-se num incentivo para que os juízes apliquem as penas alternativas em detrimento das penas em regime fechado.

A idade, por sua vez, está relacionada ao Estado Civil do condenado pois quanto mais velha a população, menor a probabilidade de existência de pessoas solteiras. Se no regime fechado paulista encontramos 54% de solteiros (dados de 1994), entre os prestadores encontramos apenas 37%. Vendo a questão pela outra ponta, os legalmente casados representam 39% dos prestadores, enquanto formam um

contingente de apenas 16% entre os presos. Esta diferença de perfil no estado civil é basicamente devida ao fator idade.

A instrução dos prestadores de serviço à comunidade é superior à dos presos em regime fechado, em quase todos os níveis. Analisando apenas os extremos para dar uma dimensão do fenômeno, enquanto existem entre os prestadores 14% de pessoas com curso superior completo ou incompleto, nas prisões paulistas esta proporção não chega a 1%. Por outro lado, apenas 32% dos prestadores declararam ter curso primário ou menor escolarização, enquanto cerca de 75% dos presos estão nesta faixa de escolaridade.

Como instrução e renda estão geralmente associados, supõe-se que a renda dos prestadores seja igualmente superior

aos dos presos comuns. Infelizmente, não existem informações seguras sobre o nível de rendimento dos presos. Com respeito aos prestadores, chama-nos a atenção a parcela de 9% com rendimentos superiores a 20 salários mínimos, bem como a pequena parcela localizada nas faixas abaixo de 2 salários. A maioria deles (faixa modal) está compreendida entre os que ganham entre 5 e 10 salários. De qualquer maneira, se ainda são poucas as pessoas provenientes das categorias abastadas dentro das prisões – confirmando o ditado de que “cadeia é para pobre” – as penas alternativas abrem as portas para que, talvez pela primeira vez no país, os mais abastados também cumpram penas, diminuindo a impunidade com relação aos crimes praticados pela classe média.

RENDA FAMILIAR LÍQUIDA			
Value Label	Frequency	Percent	Cum Percent
‘ATÉ 1 SM’	4	4,1	4,1
‘MAIS DE 1 A 2 SM’	5	5,1	9,2
‘MAIS DE 2 A 3 SM’	13	13,3	22,4
‘MAIS DE 3 A 4 SM’	11	11,2	33,7
‘MAIS DE 4 A 5 SM’	12	12,2	45,9
‘MAIS DE 5 A 10 SM’	31	31,6	77,6
‘MAIS DE 10 A 20 SM’	10	10,2	87,8
‘MAIS DE 20 SM’	9	9,2	96,9
‘NÃO INFORMA’	3	3,1	100,0
Total	98	100,0	

Pois bem, pelo perfil visto até agora, em contraste com os presos comuns, entre os prestadores de serviço comunitário existem mais mulheres, mais casados, pessoas com mais idade, educação e, possivelmente, renda. Este resultado já era parcialmente esperado, em função da natureza mesma dos crimes passíveis de serem punidos com

penas restritivas de direito. É importante termos em mente este perfil diferenciado, por uma série de motivos: em primeiro lugar, para facilitar ainda a aceitação das penas alternativas pela sociedade, mostrando que não se tratam de criminosos comuns, mas em geral de pessoas que, eventualmente, vieram a cometer crimes não violentos. Este dado

é importante para a abertura de mais e melhores vagas de trabalho para os prestadores de serviço, aperfeiçoando o programa. Por outro lado, este perfil sugere que é mais fácil para os administradores de Programas desta espécie lidarem com os condenados: espera-se que ocorram menos incidentes como fugas, brigas e, principalmente, menor índice de reincidência criminal no grupo. É preciso estar ciente destas diferenças se se pretende comparar um grupo de prestadores com um grupo de condenados à prisão em regime fechado, pois, logo de partida, a comparação é desigual. Assim, é preciso tomar cuidado com as “pesquisas” que asseguram ser a reincidência muito menor entre os condenados às penas alternativas.

Outras características dignas de nota são as seguintes: com relação ao estado de origem dos prestadores, 56% são de São Paulo e, neste sentido, o padrão é semelhante ao observado em regime fechado, onde também predominam os paulistas. Além da evidente predominância paulista, qualquer outra inferência é temerária, em função da pequena quantidade de casos. Tanto entre os prestadores como entre os presos em regime fechado, não é, portanto, verdadeira a noção de que sejam os “migrantes” os responsáveis pela criminalidade no Estado.

A grande maioria dos prestadores declarou pertencer à religião católica, surgindo, em seguida um grupo menor de evangélicos. As demais religiões são estatisticamente insignificantes entre eles. A distribuição religiosa do grupo parece seguir a mesma distribuição encontrada entre a população de modo geral. Ressalte-se finalmente o pequeno número dos que se declararam sem nenhuma religião. Os presos em regime fechado admitem igualmente pertencer a alguma religião. Pesquisas posteriores devem verificar se são praticantes ou não das

religiões a que dizem pertencer, para verificar o argumento generalizado – mas não comprovado – de que a diminuição dos sentimentos religiosos nas pessoas é parcialmente responsável pelo aumento da criminalidade.

Os brancos são a maioria entre os prestadores de serviços à comunidade, assim como o são no sistema prisional fechado. Existem, todavia, proporcionalmente mais brancos entre os prestadores (68%) do que entre os presos (55%). Inversamente, encontramos mais pretos e pardos entre os presos: os pretos representam 15 % da população carcerária paulista, mas apenas 10% dos prestadores; com os pardos as porcentagens respectivas são de 30% na prisão e 18% na PSC. Vimos, anteriormente, que os prestadores são mais ricos e escolarizados, quando comparados aos presos em regime fechado. Uma vez que existe uma correlação entre cor e *status* sócio-econômico de população, estas diferenças de cor entre prestadores e presos comuns devem-se em grande parte a estas diferenças sociais. Uma outra hipótese é a de que os não brancos recebem condenações mais pesadas do que os brancos, para os mesmos tipos de crime, como sugerem algumas pesquisas.

Um dos grandes méritos das penas alternativas, em comparação ao cumprimento de pena em regime fechado, vem do fato de que o prestador não rompe seus vínculos com a família, com o trabalho e com a comunidade em geral. Depois da condenação ele continua levando o mesmo tipo de vida que levava anteriormente, com exceção das 8 horas de trabalho semanal dedicadas ao serviço comunitário. Ao invés de ser sustentado pela sociedade, ele provê seu próprio sustento, bem como o de sua família.

Observe-se que nada menos de 80% dos prestadores estava trabalhando no

momento da entrevista. A taxa de prestadores procurando trabalho (15%) é bastante parecida com a taxa de desemprego dos trabalhadores de São Paulo. Isto significa que, apesar das 8 horas semanais a menos (que podem ser cumpridas nos finais de semana) o programa de prestação de serviço comunitário não inviabiliza a vida profissional dos prestadores, ainda que possa implicar numa diminuição de renda, principalmente para os profissionais autônomos.

É claro que a perda de 8 horas semanais durante ou no final de semana prejudica, em alguma medida, a rotina do prestador. Mas o programa procura flexibilizar as condições de cumprimento da pena para que este prejuízo seja sempre o menor possível, permitindo, por exemplo, a prestação em dois turnos de 4 horas. Mas é preciso recordar que no sistema fechado os danos profissionais e familiares são muito mais dramáticos e que apenas uma minoria dos condenados às penas alternativas viu-se prejudicada com o programa, estando a grande maioria dos prestadores satisfeita, como veremos mais a frente.

Algo em que raramente as pessoas pensam quando um criminoso vai para a cadeia é o que acontece se esta pessoa é casada e tem filhos que dependem parcial ou totalmente dele. Na condenação ao regime fechado, freqüentemente, as famílias dos condenados acabam por sofrer conjuntamente as consequências da prisão. Veja-se por exemplo que entre os prestadores de serviço à comunidade, cerca de 43% contribuem com mais de 80% para a renda de sua família. Isto significa que estas famílias ficariam numa situação bastante delicada caso estas pessoas estivessem presas. As penas alternativas são, assim, uma solução melhor não só para o prestador como também para aqueles que depen-

dem dele diretamente e que não cometeram qualquer crime.

4. Perfil Criminal dos Prestadores

As penas restritivas de direito são aplicáveis apenas aos réus primários e que cometeram delitos puníveis com até 1 ano de prisão.¹ Neste sentido, apenas um rol limitado de crimes podem dar motivo à condenação, a maioria deles de pequeno grau de periculosidade. O furto é o motivo mais freqüente para a condenação, seguido pelo homicídio culposo (na maior parte dos casos, acidentes de trânsito) e, na mesma proporção, das lesões corporais, estelionato e roubo. Apenas para se ter uma idéia comparativa, em regime fechado encontramos, em 1997, 11% de condenados por furto, 11% de homicidas (dolosos), 1,7% de condenados por lesão corporal, 2% de estelionatários e nada menos que 47% de presos por roubo. Em outras palavras, os dois grupos diferenciam-se acentuadamente com relação ao perfil criminal, como já era antecipado.

MOTIVO DA CONDENAÇÃO		
'LESÃO CORPORAL'	11	11,2
'FURTO'	19	19,4
'HOMICIDIO CULPOSO'	14	14,3
'ESTELIONATO'	11	11,2
'ROUBO'	11	11,2
'USO DE SUBSTÂNCIA E	4	4,1
'RECEPÇÃO'	1	1,0
'APROPRIAÇÃO INDÉBITA'	7	7,1
'USO DE DOCUMENTO FA	5	5,1

(1) O serviço comunitário é aplicado também, obrigatoriamente, durante o primeiro ano da condicional e isto explica a presença entre os prestadores de pessoas condenadas por roubo ou outros crimes mais graves.

'DIREÇÃO PERIGOSA'	1	1,0
'CONTRABANDO'	1	1,0
'DANO'	1	1,0
'FALTA DE HABILITAÇÃO'	2	2,0
'OUTROS'	9	9,2
'NÃO INFORMA'	1	1,0
Total	98	100,0

Valid cases 97

Missing cases 1

Com relação ao tempo de cumprimento da pena – uma decorrência direta do tipo da pena imposta – observe-se que a maioria dos prestadores recebeu penas entre 6 e 12 meses de serviço comunitário. São relativamente raras as penas abaixo de 3 meses, bem como as superiores a 18 meses. É preciso lembrar que boa parte dos prestadores entrevistados que receberam penas superiores a 1 ano são os que cumprem o primeiro ano da condicional, uma vez que dificilmente um condenado a pena restritiva de direito recebe pena tão longa.

5. Avaliação do programa pelos prestadores

A pesquisa perguntava aos entrevistados qual a punição que deveria ser dada a um jovem condenado pela segunda vez pelo roubo de uma televisão a cores. A maior parte dos entrevistados (63%) recomendou que o jovem fosse punido com serviço comunitário, com apenas 31% sugerindo seu envio à prisão em regime fechado.² Vale lembrar que, de acordo com a lei brasileira atual, por não ser mais primário, este jovem não poderia beneficiar-se do serviço comunitário e muito provavelmente acabaria preso.

(2) Entre os que sugeriram a prisão do jovem, todavia, 70% opinou de que o prazo de prisão não deveria ser maior do que um ano.

Esta mesma pergunta foi feita em dezembro de 1997 na pesquisa de vitimização Ilanud/Data Folha e na ocasião, 55% dos 2.500 entrevistados optaram pelo serviço comunitário para o caso do jovem reincidente. Percebe-se, assim, uma grande aceitação das penas alternativas entre a população em geral e aceitação ainda maior entre aqueles que se envolveram com a justiça e receberam uma pena alternativa como punição. Esta aceitação generalizada explica-se pelo sentimento comum de que as prisões não recuperam ninguém e de que o condenado deve trabalhar para compensar o que fez à sociedade.

Outro indicador da boa aceitação das penas alternativas é o fato de que apenas uma minoria dos prestadores (4%) omitiu totalmente o fato de ter recebido este tipo de condenação. Outros tantos procuraram restringir o fato ao ambiente familiar (21%), mas a maior parte dos prestadores parece não ter restrições em contar o ocorrido. Em outras palavras, diferentemente do fato de ter passado pela prisão, não existe um estigma social forte quanto ao fato de alguém ter sido condenado a uma pena restritiva de direitos. Se não é algo para se ficar alardeando aos quatro cantos, tampouco é algo que cause sérios constrangimentos profissionais e pessoais aos prestadores.

Com relação ao seu próprio crime, os prestadores entrevistados deveriam responder se consideravam a pena recebida justa ou injusta. Enquanto uma maioria de 59% considerou-a justa ou parcialmente justa, grande parcela dos prestadores (38,8%) avaliou como injusta a pena recebida na justiça. Os motivos são os mais variados: ou alega-se que não cometeram o ato, que cometeram mas não estavam sozinhos e foram os únicos punidos, que não foram encontrados pela justiça e terminaram julgados à revelia ou, ainda, que se tratou

de mero acidente e neste sentido não mereciam a punição.

Mesmo questionando a pena de serviço comunitário no seu caso particular, a maioria absoluta dos entrevistados (90%) concordou com a afirmativa que de a pena alternativa é boa para o infrator e para a sociedade. Vendo pelo outro ângulo, nenhum dos entrevistados respondeu que a pena alternativa era ruim para o infrator e apenas 4% consideraram-na ruim para a sociedade.

Numa questão de natureza projetiva, perguntou-se aos prestadores quais os fatores que levariam alguém que foi condenado às penas alternativas a reincidir. Esta era uma questão de múltipla escolha e as respostas se subdividiram em 3 grandes grupos: a resposta mais freqüente foi a da falta de vontade do próprio indivíduo (31%), seguida das más influências ou más companhias (28%) e das faltas de condições financeiras (23,2%). Como boa parte foi condenada por crimes culposos (não intencionais) um último grupo concentrou-se sobre a alternativa "acidente" (9,3%), como um fator que poderia levar a uma nova condenação. A falta de apoio da família ou falta de condições durante o cumprimento da pena foram levantadas por alguns poucos como causas da reincidência.

A pena alternativa foi pensada de forma a prejudicar o menos possível as atividades normais do prestador, seja no trabalho, no estudo ou em seu relacionamento familiar. A pesquisa procurou saber em que medida as 8 horas semanais de serviço comunitário atrapalhava a vida dos prestadores e 58% deles respondeu que não atrapalhava em nada, 33% que atrapalhava "em alguma medida" e uma minoria de 8% que se sentia muito prejudicada. A principal observação dos prestadores que trabalham como autônomos é de que a prestação de serviço comunitário impli-

ca em "menos tempo para ganhar dinheiro". Para aqueles com trabalho fixo, há, freqüentemente, a necessidade de renegociar o contrato com o patrão. Os que estão sem trabalho ponderaram que a pena é um "fator dificultador na hora de procurar emprego" e, finalmente, os que cumprem pena nos finais de semana reclamam da "falta de tempo para descansar ou para ficar com a família".

O programa de prestação de serviços à comunidade tem procurado sensibilizar as entidades que oferecem vagas para que o prestador, na medida do possível, seja tratado como qualquer outro funcionário do setor em que trabalha. A orientação é a de que apenas o chefe imediato saiba da situação do prestador e que não haja qualquer diferenciação entre prestadores e funcionários. Na prática, os "colegas" de trabalho geralmente sabem que se trata de um prestador de serviço à comunidade, embora desconheçam os detalhes do processo. Mesmo assim, a reação parece ser boa. Nenhum dos entrevistados queixou-se de mal tratamento por parte dos colegas e a imensa maioria (96%) relatou um tratamento cordial por parte dos colegas.

Procura-se, além disso, fazer um entrevista inicial com os prestadores, de modo a conciliar as habilidades e *hobbies* dos candidatos com as características das vagas disponíveis. Cerca de 72% dos prestadores avaliou a vaga recebida como adequada à sua capacidade profissional e apenas 2% queixaram-se que a vaga estaria além de sua capacidade. Cerca de um quarto deles, todavia, aponta o fato de que a vaga está aquém de sua capacidade profissional e que poderia estar ser aproveitado de outra maneira.

6. Conclusões

As penas alternativas são, ainda, uma relativa novidade no cenário criminal

brasileiro e os programas de prestação de serviços à comunidade, ao menos em São Paulo, uma novidade maior ainda. Trata-se de uma experiência piloto e a pesquisa trouxe à tona diversas sugestões para aprimorar o programa: possibilidade de auxílio alimentação e condução, principalmente para os prestadores desempregados; necessidade de obter mais e melhores vagas para conciliar com a qualificação e local de moradia dos prestadores; separação dos prestadores conforme o tipo de delito, principalmente dos envolvidos em acidentes culposos, etc, são apenas algumas das sugestões feitas pelos entrevistados. De

toda forma, a impressão geral revelada pela pesquisa é a de que, se existe muito a ser feito para aperfeiçoá-lo, o programa está no caminho certo e as penas alternativas contam com o apoio integral da sociedade e dos próprios prestadores.

O quadro abaixo apresenta a evolução do Programa, desde sua criação em outubro de 1997. Dos 256 prestadores que cumpriram ou estavam cumprindo pena na ocasião, apenas 29 (13,4%) haviam abandonado o programa. O número de vagas disponíveis passou de 770 a 1237 neste período de 10 meses, crescendo a captação de vagas a uma taxa de 60%.

	10/97	11/97	12/97	01/98	02/98	03/98	04/98	05/98	06/98	07/98	Total
Cadastrados	51	39	31	41	25	46	30	17	24	13	317
Cumprindo	19	25	28	23	25	35	24	33	30	14	256
Desligados	-	-	4	5	9	18	12	25	28	21	122
Já cumprida	-	-	3	3	5	11	9	18	21	14	84
Abandono	-	-	1	2	2	3	3	5	7	6	29
Dispensa	-	-	-	-	-	4	4	-	-	-	8
Vagas	770	770	813	815	815	983	1.077	1.147	1.202	1.233	1.237

Para um Estado do tamanho de São Paulo, que concentra nada menos que 40% da população carcerária do país, a iniciativa é ainda bastante tímida. Muitos membros do judiciário desconhecem o programa e no interior ele praticamente não existe. Um dos pontos de estrangulamento é a falta de pessoal, principalmente assistentes sociais, para a execução do programa, uma vez que este tipo de profissional é geralmente escasso nos quadros dos órgãos responsáveis pela execução penal. Tal situação é inconcebível, ainda mais quando levamos em conta que as chamadas "penas alternativas" estão previstas na legislação desde 1984. É interessante lembrar também que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o serviço comunitário como uma das medidas sócio-educativas alternativas à internação mas até

o momento não se criaram programas específicos para o atendimento do menor infrator. As Secretarias de Estado da Administração Penitenciária e das Relações do Trabalho, em conjunto com instituições como o IBCCrim³ e o Ilanud estão lançando mão de diversas estratégias para a divulgação das penas alternativas no Estado, como seminários, visitas a cidades do interior para divulgar o programa, elaboração de

(3) O IBCCrim e o Ilanud tem atuado em conjunto para a divulgação das Penas Alternativas no país. Uma cartilha para implementação de Programas de Prestação de Serviço a Comunidade foi elaborada em conjunto pela Dra. Ana Márcia de Souza Castro do ILANUD, com a colaboração do Dr. Claudio Tucci Junior, e pelas Dras. Eneida de Macedo Haddad e Luci Gati Pietrocolla do IBCCrim.

cartilha narrando outras experiências bem sucedidas de implementação, produção de vídeo, gibis, livros, *folders* e pesquisas sobre o tema, mas a tarefa de convencimento é árdua e demorada.

Não há porque restringir ao estado a implementação de programas de prestação de serviço a comunidade. Entidades privadas e "patronatos" podem também criar programas paralelos, inclusive com apoio financeiro do FUNPEN. Entidades privadas, assistenciais ou não e ONG's podem também estar recebendo prestadores de serviço comunitário para trabalho voluntário. Não é preciso ficar esperando que tudo venha do estado.

Esta timidez no que diz respeito a implementação de programas para pessoas condenadas as penas restritivas de direito não é algo específico de São Paulo. O Censo Penitenciário Nacional de 1995 computava um total de 1.895 pessoas cumprindo este tipo de pena, em todo o país, enquanto neste mesmo ano tínhamos 148.000 presos. O Censo Penitenciário Nacional de 1997 registra a existência de 170.602 presos no país, mas já não traz a quantidade de pessoas condenadas as penas restritivas. Qualquer que seja o número ele é pequeno e o ministro da Justiça, na introdução do documento, aponta para a necessidade urgente da "aprovação do Projeto de Lei 2.684/96, em tramitação no Congresso Nacional, que aumenta a abrangência das penas restritivas de direito, popularmente chamadas de penas alternativas".

Com a aprovação da ampliação legal, é possível que as penas alternativas passem por um novo *boom* no país. Não obstante a precariedade da pesquisa ora narrada, nossa esperança é de que ela ajude a convencer aos aplicadores da lei de que as penas alternativas – em especial a prestação de serviço à comu-

nidade – podem funcionar efetivamente para o bem da sociedade e dos condenados se bem implementadas. Quanto as penas privativas de liberdade, por melhor implementadas que sejam, são duvidosos os seus benefícios para quem quer que seja. É preciso mudar de paradigma e reservar a pena de prisão para os casos estritamente necessários de punição a criminosos violentos e reincidentes.

Bibliografia

- AZEVEDO MARQUES, João Benedicto. *Penas Alternativas*. Konrad Adenauer Stiftung. Paper n. 28, 1996.
- Censo Penitenciário de 1997. Ministério da Justiça. Secretaria de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 1998.
- Censo Penitenciário de 1995. Ministério da Justiça. Secretaria de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 1996.
- Implementação de Programas de Prestação de Serviços à Comunidade. ILANUD/IBCCrim, Revista do ILANUD n. 7. São Paulo, 1998.
- KAHN, Tulio. *Sistema Penitenciário: mudanças de perfil dos anos 50 aos 90*. Revista do ILANUD n. 6, São Paulo, 1997.
- . *Penas Alternativas: perspectivas para o sistema prisional brasileiro*. In: Revista do ILANUD n. 2, São Paulo, 1997.
- LEMGRUBER, Julita (org.) *Alternativas à Pena de Prisão*. Governo do Estado do Rio de Janeiro, Secretaria da Justiça, 1996.
- Regras de Tóquio. Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas não Privativas de Liberdade. Ministério da Justiça. Secretaria de Justiça. Brasília, 1998.
- Relatório Gerencial, Relatório de Atividades e Resumo Informativo do Programa Integrado de Prestação de Serviços à Comunidade – SAP / SERT. Secretaria da Administração Penitenciária, mimeo, 1998.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prestação de Serviços à Comunidade* (alternativa à pena privativa de liberdade). Saraiva, São Paulo, 1993.

7. JURISPRUDÊNCIA

7.2 Jurisprudência comentada

7.2.1

O INDICIAMENTO EM INQUÉRITO POLICIAL COMO ATO DE CONSTRANGIMENTO – LEGAL OU ILEGAL

SYLVIA HELENA F. STEINER

Ementa: Processual Penal. Habeas-Corpus. Inquérito policial. Indiciamento. Constrangimento ilegal. Ameaça ao direito de locomoção. Inocorrência.

O habeas-corpus é instrumento processual de dignidade constitucional destinado a proteger o direito de locomoção, violado ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5.º, LXVIII).

O mero indiciamento em inquérito policial, por ser figura desprovida de consequência jurídica, sequer prevista no ordenamento jurídico como ato processual formal, não constitui constrangimento ilegal passível de reparação por via de habeas-corpus, pois é insusceptível de afetar a liberdade de locomoção.

Recurso especial conhecido e provido.

ACORDÃO – Vistos, relatados e discutivos estes autos, acordam os Ministros da 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que lhe negou provimento, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e William Patterson.

Brasília-DF, em 05 de agosto de 1997 (data do julgamento) – Ministro Anselmo Santiago, Presidente – Ministro Vicente Leal, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Leal (Relator):* A egrégia 4.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região,

apreciando recurso de *habeas-corpus* em que se pugnava pelo trancamento da ação penal e se combatia o indiciamento em inquérito policial, deu parcial provimento ao recurso para afastar esse último procedimento (fls. 153/158).

Irresignado, o Ministério Público Federal interpõe o presente recurso especial com esteio nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, sustentando que a jurisprudência pacífica dos Tribunais afirma o entendimento de que o mero indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal passível de reparação por via de *habeas-corpus*. Verbera, ainda, que o acórdão em debate violou o disposto no art. 647, do CPP (fls. 192/202).

Sem contra-razões, foi admitido o recurso por despacho de fl. 209, ascendendo os autos a esta Corte.

A douta subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 216/218, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Leal (Relator):* No presente recurso, ataca-se decisão do Tribunal *a quo* que, em sede de *habeas-corpus*, afastou o indiciamento do paciente, ordenado pela autoridade policial no curso de procedimento investigatório.

Tenho o que o pleito recursal merece ser acolhido.

O *habeas-corpus*, segundo a moldura incrustada no art. 5.º, LXVIII, da Carta Magna,

é um instrumento de alta dignidade no plano de franquias constitucionais que, todavia, tem o seu campo restrito à proteção da liberdade de locomoção. Outras ilegalidades ou abusos de poder praticados por autoridades devem ser combatidos por mandado de segurança, de maior amplitude.

No tocante ao *indiciamento em inquérito policial*, que, assinala-se, é figura desprovida de consequência jurídica, sequer prevista no ordenamento jurídico como ato processual formal, a jurisprudência nacional, inclusive do Supremo Tribunal Federal, tem proclamado a tese de que tal procedimento não constitui constrangimento ilegal, passível de reparação por via de *habeas-corpus*. Com efeito, o indiciamento, mera praxe policial, é insusceptível de afetar o direito de locomoção.

Este Tribunal, em sucessivos julgamentos, tem proclamado esse entendimento, como anotado na peça recursal e no despacho de admissibilidade do especial.

Esta Egrégia Turma assim tem decidido, como, por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* 5.048-RJ, de que fui relator, merecendo destaque excerto da ementa que condensou o *decisum, verbis*: "O mero indiciamento em inquérito policial, por ser figura desprovida de consequência jurídica porque não prevista no ordenamento como ato processual formal, não constitui constrangimento ilegal passível de reparação por via de *habeas-corpus*, pois é insusceptível de afetar o direito de locomoção" (julgamento 11.11.1996).

Tenho, portanto, que o *habeas-corpus* não se presta para afastar indiciamento em inquérito policial, impondo-se, portanto, a revisão do acórdão recorrido.

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o acórdão, negar provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

VOTO-VENCIDO – O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: Sr. Presidente, peço respeitosa vênua ao Eminentíssimo Ministro-Relator. O inquérito policial, embora de natureza administrativa, visa a apurar a existência de infração penal. Consequentemente, pode gerar – não está afastado de modo absoluto – constrangimento. Daí, podem decorrer atos típicos como, por exemplo, oferecimento de denúncia, pedido de prisão preventiva ou incomodar a pessoa para comparecer para depoimento.

Tecnicamente, não se trata de hipótese de *habeas-corpus*, visto não estar mencionada qualquer ameaça ao exercício do direito de locomoção. No caso cabe mandado de segurança. A jurisprudência, entretanto, em homenagem ao direito de liberdade, não tem se fixado em exigências dessa natureza e, com frequência, o *habeas-corpus* tem sido utilizado para declarar uma nulidade; suscitar a inexistência de uma infração penal.

Em razão dessas considerações, tendo em vista os precedentes processuais, acolhendo o *habeas-corpus*, mesmo quando indiretamente o direito de locomoção possa ser afetado, peço vênua para discordar do Eminentíssimo Relator e não dar provimento ao recurso.

Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia 6.^a Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que lhe negava provimento.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 5 de agosto de 1997.

COMENTÁRIOS

O v. acórdão, transcrito em sua íntegra, demonstra o entendimento majoritário da jurisprudência dos Tribunais, inclusive os Superiores. No entanto, não

são poucos os julgados que têm abraçado tese oposta, no sentido de que o indiciamento em inquérito policial traduz, inequivocamente, um ato de cons-

trangimento ao indivíduo. Certo que pode o Estado, no exercício do chamado poder repressivo, praticar atos de constrangimento sobre os indivíduos, desde que respeitados os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, e na medida em que respeitados os princípios que Canotilho, dentre outros renomados constitucionalistas, vê como inerentes a todo e qualquer ato de restrição aos direitos e garantias do ser humano: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade. Esses princípios os engloba o Autor no que batiza de “princípio da proibição do excesso”.¹

Em adesão aos princípios retro mencionados, e levando-se em conta que a Constituição Federal centra o rol de direitos e garantias individuais no princípio da dignidade do ser humano, não temos dúvidas em apontar a ilegalidade do ato de indiciamento antes da definição da materialidade delitiva e antes que suficientes os indícios de autoria. Sob essa ótica, não se pode partilhar do entendimento jurisprudencial que sugere não ser o indiciamento ato possível de causar constrangimento, com a devida vênia dos que assim decidiram no caso ora comentado. Segundo essa corrente, *o indiciamento de alguém em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal já que tratar-se-ia de procedimento de cunho meramente informativo, sem o efeito de levar a um juízo de culpa, sendo que eventual abalo moral provocado no indiciado deve ser examinado dentro de uma escala de valores em que prevalece o interesse público de ver apurada possível ocorrência de uma infração penal* (TACRIM, in Boletim Mensal de Jurisprudência do TACRIM, vol. 91, p. 20).

Com a devida vênia dos que esposam tal entendimento, temos que, em primei-

ro lugar, a apuração de eventual prática de ilícito penal não está sujeita, ou condicionada, ao indiciamento formal dos investigados. Em nada será ameaçado o interesse público se deixar a autoridade policial para indiciar os acusados após as investigações, quando veementes então os indícios de autoria.

Ora, o indiciamento formal tem consequências que vão muito além do *eventual abalo moral* que pudessem vir a sofrer os investigados, eis que estes terão o registro do indiciamento nos Institutos de Identificação, tornando assim público o ato de investigação. Sempre com a devida vênia, não nos parece que a inserção de ocorrências nas folhas de antecedentes comumente solicitadas para a prática dos mais diversos atos da vida civil seja fato irrelevante. E o chamado *abalo moral* diz, à evidência, com o ferimento à dignidade daquele que, a partir do indiciamento, está sujeito à publicidade do ato.

Na lição do renomado jurista Sergio Marcos de Moraes Pitombo, com a autoridade que lhe confere a cátedra, o indiciamento “mais que pressupõe, (...) necessita, em consequência, de suporte fático positivo da culpa penal, *latu sensu*. Contém uma proposição, no sentido de provável. Suscetível, é certo, de avaliar-se, depois, como verdadeira, ou logicamente falsa. (...) Consiste, pois, em rascunho de eventual acusação, do mesmo modo que as denúncias e as queixas também se manifestam quais esboços da sentença penal” (in RT 577/313).

Sobre o tema, têm se manifestado nossos Tribunais, ganhando espaço o princípio segundo o qual a “instauração de inquérito policial, para verificação de possíveis infrações penais deve ser cercada de cuidados, para só serem indiciadas pessoas que tenham realmente contra si indícios de autoria de crime, cuja materialidade deve estar comprova-

⁽¹⁾ Canotilho, J.J.Gomes, *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 617/618

da". (RJTJSP 116/525, Rel. Des. Silva Leme).

Apenas para ilustrar, traríamos à colação: "Inquérito Policial - Indiciamento - Providência somente cabível quando presentes indícios de autoria de crime cuja materialidade esteja comprovada - Inexistência nos autos de qualquer elemento de prova que o justifique - *Habeas Corpus* concedido para a ouvida "em declarações", sem a identificação criminal..

Desde que o indiciamento efetuado no âmbito do inquérito policial representa o resultado concreto da convergência de indícios que apontem determinada pessoa ou determinadas pessoas como praticantes de ato ou atos tidos como típicos, antijurídicos e culpáveis, forçoso concluir que a instauração de inquérito para verificação de possíveis infrações deve ser cercada de cuidados, *para só serem consideradas indiciadas pessoas que tenham realmente contra si indícios de autoria de crime cuja materialidade deve estar comprovada*". (grifamos)

(TJSP, Rel Des. Jarbas Mazzoni, in RT 649/267)

"Os atos de investigação e indiciamento em inquérito policial, se abusivamente provocados para o fim de

incomodar e injustiçar alguém, podem, sem dúvida, caracterizar constrangimento ilegal, extravasando o âmbito de discricionariedade admitida para incursar no da arbitrariedade vedada. *E, bem por isso, podem também encontrar justo reparo no Habeas Corpus, como remédio apropriado à cessação de qualquer irregular comprometimento ao status libertatis do cidadão.*"

(TACRIM-SP, Rel. Juiz Canguçu de Almeida, in RT 601/342)

Dessarte, vimos que nossos Tribunais têm demonstrado a sensibilidade necessária para reconhecer o caráter vexatório do ato de indiciamento, exigindo portanto, para que se revista de legalidade, da comprovação de indícios suficientes que justifiquem a medida. O ato de indiciamento, pois, só se justifica quando presentes os indícios suficientes de autoria e materialidade, já no limiar da ação penal, respeitando-se assim os princípios da adequação, necessidade, e proporcionalidade. Feridos tais princípios, não há dúvidas sobre ser o Habeas Corpus a via adequada para a correção do ato ilegal, na medida em que a coação ilegal, ainda que imediatamente não interfira na liberdade de ir e vir, retira indiretamente dessa liberdade o qualificativo constitucional da dignidade, que lhe é intrínseco.