

REVISTA BRASILEIRA DE

ciências criminais

ano 6 - n. 23 - julho-setembro - 1998

23

**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. 23 • jul.-set./98

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772

CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

Diagramação eletrônica: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. – Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1
Caixa Postal 678 – Tel. (011) 3115-2433 – Fax (011) 606-3772 – CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.

Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 – CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Há séculos discute-se a finalidade da sanção no Direito Penal. Tenha ela caráter ressocializador, retributivo, ou deva ser a pena até mesmo inexistente como defendem os abolicionistas, não se conseguiu estabelecer, para aqueles que acreditam ser possível, o rumo a seguir na tentativa de evitar-se o crime e punir-se seus agentes.

Recentemente, tem-se notado, cada vez mais, um enrijecimento das leis e das decisões condenatórias, seja por meio da imposição de regimes prisionais mais severos, seja pelo aumento quantitativo das penas ou pela negativa de benefícios em sede de execução penal. Tem-se, aparentemente, buscado a segregação institucionalizada daqueles que cometeram um ato socialmente não aceito.

Procura-se, sob o manto da proteção à sociedade, manter dela afastado aqueles que poderiam representar um “perigo”, parecendo-se esquecer que estes mesmos indivíduos são partes integrantes dessa comunidade.

Exige-se que o infrator, para que possa retornar à sociedade dos “homens livres”, demonstre crítica sobre o delito e arrependimento pelo “mal causado”, como se houvesse um retorno ao Direito Canônico, em que o perdão poderia ser alcançado pela expiação da culpa.

Nesse compasso, a febre de final de século demonstra a propagação da salvação pela fé, fenômeno que tem se apossado dos estabelecimentos carcerários brasileiros, pregando a idéia de que o cometimento de delitos é gerado por uma força maligna que pode ser contida pela redenção dos pecados e o início de uma nova vida.

São conceitos que ignoram a existência de um Estado Democrático de Direito, laico e independente; que fingem desconhecer ser o crime um ato “socialmente” indesejável, cuja solução não se encontra na sua extirpação, mas em alcançar-se meios que possam minimizar seus efeitos e proporcionar seu controle.

Se é certo que cada indivíduo tem a liberdade de praticar o credo que bem lhe aprouver, igualmente correto é que o Estado não deve ser entendido como o ministro religioso que remite ante a confissão e o arrependimento. A utilização de tais concepções alheias ao Direito, por seus operadores, afasta a discussão dos verdadeiros “males” da pena: a ineficiência do sistema prisional brasileiro e o fato de que todas as autoridades competentes vêm relegando ao omissio suas responsabilidades.

A finalidade da sanção deve sempre atender à dignidade humana e ao respeito à pessoa, sem jamais permitir que a religião ou a moral, traduzidas por opiniões de cunho pessoal, interfiram na consecução da lei. Como sabiamente lembra Luigi Ferrajoli: “A previsão legal ou a aplicação judicial da pena não deve servir para sancionar, assim como não deve tender sua execução à transformação moral do

condenado. Se tem ele o dever de não cometer fatos delitivos, não menos tem o direito de continuar a ser interiormente 'malvado'".

Certos de que a luta por tais ideais e a prevalência dos princípios fundamentais do Direito sempre encontrarão acolhida nestas páginas, temos a honra de apresentar a vigésima terceira edição da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* em conjunto com a realização do IV Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que neste ano traz o debate acerca de "Temas Fundamentais de Direito Penal e Processo Penal".

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
COLABORADORES	7
1. DOUTRINA INTERNACIONAL	
¿ Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español – JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ	9
Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada – WINFRIED HASSEMER	25
2. DOUTRINA NACIONAL	
O “sabe” e o “deve saber” como moduladores da culpabilidade – reflexões sobre inovações da Lei 9.426/96 – CEZAR ROBERTO BITENCOURT	31
Suspensão do processo em face da revelia. Comentários à Lei 9.271, de 17.06.1996 – FAUZI HASSAN CHOUKR	41
Circunstâncias do crime – SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA	67
Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? – TADEU A. DIX SILVA	81
A globalização e as transformações no direito penal – TATIANA VIGGIANI BICUDO	97
A criminalização da lavagem de dinheiro – aspectos penais da Lei 9.613 de 1.º.03.1998 – WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA	111
3. DOUTRINA LATINO-AMERICANA	
Las contravenciones y su tratamiento jurídico en Cuba en la etapa actual – ANGELA GOMEZ PEREZ	131
4. DIREITO DE TRÂNSITO	
O sistema punitivo no Código de Trânsito Brasileiro – GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO	137
5. DIREITO PENAL ECONÔMICO	
Considerações sobre a natureza jurídica da norma prevista no art. 83 da Lei 9.430/96 – ALOISIO FIRMO GUIMARÃES DA SILVA/PAULO FERNANDO CORRÊA	147
6. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL	
O direito de execução penal brasileiro: uma análise à luz do pensamento criminológico – ARTHUR BRAGANÇA DE VASCONCELLOS WEINTRAUB/JOSUÉ MODESTO PASSOS	155

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

Caso Zuzu Angel – LUÍS FRANCISCO DA SILVA CARVALHO FILHO.....	171
---	-----

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

O adolescente e a criminalidade urbana em São Paulo – DORA FEIGUIN/ELIANA BLUMER T. BORDINI/FANNY G. BIDERMAN/RENATO SÉRGIO DE LIMA e SÉRGIO ADORNO	189
A corrupção e os dilemas do judiciário – FLÁVIA SCHILLING	205
Os direitos humanos na encruzilhada dos ideais democráticos – HELENA SINGER	217

9. JURISPRUDÊNCIA**9.1 Jurisprudência Classificada**

Direito de apelar em liberdade – CARLOS ALBERTO PIRES MENDES/CRISTIANO AVILA MARONNA/ROSIER BATISTA CUSTÓDIO e SÉRGIO ROSENTHAL ...	231
---	-----

9.2 Jurisprudência Recente

Crime hediondo e de tortura – regime de cumprimento de pena	235
Roubo e fixação do regime prisional	247
Suspensão do processo e curso de prescrição	251

9.3 Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO ...	253
---	-----

10. LEGISLAÇÃO

Lei 9.677, de 02.07.1998 – Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos, crimes contra a saúde pública, e dá outras providências	277
---	-----

11. RESENHA

Estupro. Crime ou “Cortesia”? Abordagem Sociojurídica de Gênero – ANA LÚCIA P. SCHRITZMEYER/SILVIA PIMENTEL e VALÉRIA PANDJIARDJIAN, por WÂNIA PASINATO IZUMINO	279
---	-----

12. NOTICIÁRIO

IV/V e VI Seminários Regionais do IBCCrim e Seminário sobre “As Novas Leis Penais” – CRISTIANO AVILA MARONNA e ROSIER BATISTA CUSTÓDIO	285
--	-----

13. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	287
---------------------------------------	-----

COLABORADORES

ALOISIO FIRMO GUIMARÃES DA SILVA

Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro.

ANGELA GOMEZ PEREZ

Professora Assistente de Direito penal e Pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade de Havana – Cuba.

ARTHUR BRAGANÇA DE VASCONCELLOS WEINTRAUB

Bacharelado em Direito pela USP.

CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

Advogado em São Paulo.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Doutor em Direito Penal. Coordenador do Mestrado em Ciências Criminais da PUC – RS.
Procurador de Justiça Aposentado e Advogado.

CRISTIANO AVILA MARONNA

Advogado em São Paulo.

DORA FEIGUIN

Advogada e ex-Analista da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade.

ELIANA BLUMER T. BORDINI

Estatística e Analista da Fundação Seade.

FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo.

FANNY G. BIDERMAN

Matemática e ex-Chefe da Divisão de Indicadores Sociais da Fundação Seade.

FAUZI HASSAN CHOUKR

Promotor de Justiça. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela USP.

FLÁVIA SCHILLING

Doutora em Sociologia pela FFLCH/USP e Pesquisadora Associada ao Ilanud.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

HELENA SINGER

Doutoranda em Sociologia na USP e Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra — Espanha.

JOSUÉ MODESTO PASSOS

Bacharelado em Direito pela USP.

LUÍS FRANCISCO DA SILVA CARVALHO FILHO

Advogado em São Paulo.

PAULO FERNANDO CORRÊA

Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro.

RENATO SÉRGIO DE LIMA

Sociólogo e Analista da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados — Seade.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado Criminalista em São Paulo e Mestre em Direito Processual pela USP.

ROSIER BATISTA CUSTÓDIO

Advogada em São Paulo.

SÉRGIO ADORNO

Professor Associado do Departamento de Sociologia da USP e Coordenador Adjunto do Núcleo de Estudos da Violência.

SÉRGIO ROSENTHAL

Advogado em São Paulo.

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Professor Doutor da USP e Presidente do IBCCrim.

TADEU A. DIX SILVA

Advogado e Integrante do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba — Unimep, com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo — Fapesp.

TATIANA VIGGIANO BICUDO

Mestranda em Sociologia do Direito na Faculdade de Direito da USP e Promotora de Justiça.

WÂNIA PASINATO IZUMINO

Socióloga e Mestre em Sociologia pela FFLCH/USP.

WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça.

WINFRIED HASSEMER

Juiz da Corte Constitucional da Alemanha e Catedrático de Ciências Penais da Universidade de Frankfurt — Alemanha.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

¿POLÍTICA CRIMINAL “MODERNA”? CONSIDERACIONES A PARTIR DEL EJEMPLO DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

SUMARIO: 1. Introducción – 2. La cuestión del bien jurídico protegido – 3. La cuestión del riesgo jurídico-penalmente relevante y los denominados *Kumulationsdelikte*. Sobre la diversidad de perspectivas del Derecho penal y el Derecho administrativo en la protección de bienes jurídicos: 3.1 Breve alusión al estado de la discusión sobre el riesgo penalmente relevante en el delito urbanístico; 3.2 Derecho administrativo sancionador y Derecho penal en la protección de bienes jurídicos; 3.3 Crítica a la teoría de los *Kumulationsdelikte* (o delitos de acumulación); 3.4 Balance – 4. La concreción del principio de proporcionalidad. La exigencia de garantías cualificadas en caso de conminación con penas privativas de libertad – 5. Conclusión.

1. Introducción

¿Qué juicio merece desde perspectivas político-criminales un precepto (art. 319.1 CP español) que sanciona con *penas privativas de libertad* a ciertos sujetos por llevar a cabo “una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”? ¿Y qué decir del que realiza otro tanto con ciertos sujetos que “lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable” (art. 319.2 CP español)?

A mi entender, dicho juicio ha de ser abiertamente negativo, tanto desde el punto de vista de las *garantías materiales* como desde el propio de las *garantías formales* del Derecho penal. Con ello,

no pretendo manifestarme todavía abiertamente en el sentido de que dichos preceptos resulten inconstitucionales. En efecto, como han tenido ocasión de subrayar tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, la Política criminal es, esencialmente, una cuestión que compete al legislador ordinario. Ello significa que el marco que la Constitución dispone para la actividad legiferante en materia de Derecho penal es significativamente amplio. De conformidad con lo anterior, sólo excepcionalmente pueden hallarse supuestos de inconstitucionalidad de un precepto promulgado por el legislador. Dicha inconstitucionalidad puede serlo *por exceso*, esto es, por la injerencia del Derecho penal en ámbitos en los que no cabe apreciar un bien jurídico-penal o bien por no haber respetado el principio de protección proporcionada, al individualizar los riesgos penalmente relevan-

tes para dicho bien. Más infrecuente y discutible es la *inconstitucionalidad por defecto*, ocasionada por la abstención del legislador penal, que no protegería — o no de modo suficiente — un bien merecedor y necesitado de tal protección. Con todo, lo más común — como se ha indicado — es que no nos hallemos ni ante uno ni ante otro extremo, de modo que la regulación legal de que se trate pueda ser estimada conforme a la Constitución. Ahora bien, aun esto no implica que no haya lugar a la crítica, en el sentido de afirmar que el régimen por el que se haya optado no es el más conveniente, esto es, que tiene más inconvenientes que ventajas en ese cálculo de coste/beneficio (libertad/necesidades de protección) inherente a toda decisión de tipificar una conducta determinada.

A pesar de la reserva manifestada, lo cierto es que los textos aludidos al inicio, si no incurrían en inconstitucionalidad, se hallan al borde de la misma. Los principios constitucionales que se ven, a mi entender, comprometidos por una regulación como ésta son el principio de proporcionalidad y el principio de legalidad. Por su parte, los problemas suscitados por tal regulación y que, en consecuencia, deben ser analizados son los relativos al *merecimiento de protección penal del bien jurídico*; al contenido de *lesividad de la conducta descrita*; y, en fin, al modo en que se caracteriza dicha conducta mediante una *acumulación de remisiones normativas* de diversa naturaleza.

Así, por un lado se hallan dificultades en la *determinación del bien jurídico protegido* y en su calificación como bien jurídico-penal. Estas alcanzan, por tanto, al referente material que deba, no ya sólo justificar la intervención del Derecho penal en este ámbito, sino adicionalmente presidir la interpretación que de

los tipos legales haya de realizarse. En segundo lugar, y en parte como consecuencia de lo anterior, el texto legal no ofrece bases suficientes para concretar el *nivel de riesgo jurídico-penalmente* relevante en relación con el bien jurídico de que se trate. Esto es, para una adecuada integración del principio de fragmentariedad. Ambos problemas no han sido, en lo que alcanzo a ver, afrontados en toda su dimensión por la doctrina que se ha ocupado del tema. Así, el bien jurídico se asocia de modo ciertamente mecánico con la *ratio legis*; y, por su parte, parece estimarse la concurrencia de un riesgo jurídico-penalmente relevante tan pronto como se constata la *realización gramatical* de los elementos del tipo. El conjunto representado por la regulación legal y las propuestas interpretativas efectuadas evoca más bien la imagen de un ilícito de mera desobediencia, sancionatorio, orientado a la protección secundaria de un determinado modelo de gestión sectorial administrativo, que la de un injusto criminal.¹

Con todo, la alusión a los dos aspectos referidos no pone fin a las dificultades que la regulación plantea. En efecto, como se indicaba *supra*, tampoco la técnica legislativa por la que se ha optado resulta indiscutible. Así, por un lado, si el Derecho administrativo urbanístico carece — según se dice — de la capacidad de soportar por sí solo el peso de la ordenación racional del territorio, resulta llamativo que el Derecho de los delitos urbanísticos recurra a un *modelo de accesoriadad* respecto al Derecho administrativo, que al menos en un caso

⁽¹⁾ Crítico sobre esquemas de incriminación como el que, a mi juicio, se da en el art. 319, De la Mata Barranco, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*. Barcelona 1996, p. 73.

resulta ser incluso de accesoriedad de acto.² Por otro lado, y en un plano formal, la *combinación en la descripción típica de remisiones normativas y elementos jurídico-normativos* no describe, desde luego, el mejor panorama en cuanto al respeto a las garantías del principio de legalidad. A continuación, trataremos de aludir con mayor detalle a las dos primeras cuestiones (bien jurídico y riesgo penalmente relevante), dejando para otra ocasión lo relativo a la legalidad penal.

2. La cuestión del bien jurídico protegido

Si tuviéramos que atenernos a la intitulación del Capítulo primero del Título XVI del Libro II CP español (Delitos sobre la ordenación del territorio), parecería razonable sostener que el bien jurídico protegido en los delitos de los arts. 319 y 320 CP es, precisamente, el sistema administrativo de asignación de diversas finalidades al suelo.³ Ello revelaría un modelo

estrictamente secundario y sancionatorio del Derecho penal, que no entraría en la determinación del objeto concreto de protección, limitándose a reforzar, en sus aspectos más relevantes, el modelo de protección preexistente en el Derecho administrativo. Sobre la posibilidad de que el planteamiento de la cuestión en estos términos respondiera a las finalidades del Derecho penal habría que abrigar, a mi entender, muy serias dudas.

Parcialmente diferente parece ser, con todo, la opinión de quienes entienden que "de la lectura del texto constitucional no cabe inferir obstáculo alguno para el desarrollo de una legislación penal relativa a la ordenación del

es susceptible de inclusión en el concepto sustancial de bien jurídico, así como sobre el respeto del principio de *ultima ratio*.

Sobre las observaciones de estos dos autores, deseo efectuar dos precisiones. En primer lugar, que la cuestión podría no referirse al principio de intervención mínima o *ultima ratio*, cuando precisamente se alega como fundamento de la intervención penal el fracaso protector de los medios extrapenales (podría haber, pues, necesidad de pena). Sin embargo, aun fracasados los medios extrapenales para la prevención de determinados ilícitos, éste no puede intervenir si ello se muestra, a la vista del ilícito en cuestión, abiertamente desproporcionado (ausencia de merecimiento de pena). Por lo demás, conviene poner de relieve que, mientras que, según jurisprudencia bastante asentada, el principio de intervención mínima carece de rango constitucional, no ocurre lo mismo con el principio de proporcionalidad de la intervención penal. A mi juicio, es precisamente éste el probablemente vulnerado por la concreta regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio. Lo cual no quiere decir que cualquier forma de tipificación en esta materia fuera igualmente vulneratoria. Sí, ciertamente, que la elegida probablemente lo es.

(2) Esto es, el ilícito penal se hace depender del incumplimiento de un acto administrativo (por mucho que aquí los problemas que surgen no sean todos los que podrían ser, al pertenecer la licencia urbanística al ámbito de los actos reglados).

(3) Más expresamente, y por citar sólo dos ejemplos significativos, para Muñoz Conde, Derecho penal. Parte Especial, 11 ed. Valencia, 1996, p. 486, el bien jurídico es el "cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida", si bien manifiesta "dudas" en cuanto a la conformidad de ello con el principio de intervención mínima. Por su parte, Boix, en Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, Derecho penal. Parte Especial, 2. ed. Valencia, 1996, p. 570, el bien jurídico es la "normativa reguladora de la ordenación del territorio", manifestando asimismo dudas sobre si tal objeto

territorio"; algo que, además, habría sido acometido respetando el principio de subsidiariedad, puesto que "sólo han sido objeto de incriminación aspectos muy puntuales de edificación o construcción que atañen principalmente al suelo no urbanizable y a las áreas de especial protección", a lo que habría que añadir "el fracaso del Derecho administrativo como técnica de tutela para contener la especulación".⁴

Sea como fuere, lo cierto es que un sector de la doctrina ha tratado de alejarse de tal visión de las cosas, aunque, como se verá, las conclusiones que alcanza no difieren de modo relevante de las que alcanzaría quien mantuviera *tout court* que nos hallamos ante el puro refuerzo punitivo de los aspectos nucleares de un determinado modelo administrativo de gestión del territorio. La vía seguida parece haber sido la de tomar como referencia las *propiedades del suelo*, como elemento integrante del medio ambiente humano.⁵

Pues bien, desde luego no parece existir duda acerca de que el suelo, como recurso natural de gran relevancia en el medio ambiente humano, debe ser jurídicamente protegido (incluso jurídicamente protegido), a fin de que pueda ser objeto de un uso racional, capaz de articular las necesidades de

desarrollo socio-económico y la conservación de ciertas propiedades del mismo, en particular las que inciden sobre la calidad de vida de las personas. De hecho, ello ya tiene lugar en nuestro Derecho — a través de los delitos contra el medio ambiente — desde 1983. Sí se suscitan dudas, en cambio, en cuanto al modo de afrontar la protección jurídico-penal de un objeto tan difuso como son, precisamente, las "propiedades del suelo", sin incurrir en fórmulas que resulten vulneratorias de principios básicos de la intervención jurídico-penal, como los más arriba mencionados. Se trata, obviamente, de un bien jurídico supraindividual, que muestra las características propias de esta clase de bienes, en particular la indefinición de sus márgenes y la consiguiente dificultad en determinar cuándo puede estimarse efectivamente lesionado (ésta es, al menos, una de las acepciones de la expresión italiana que alude a estos "nuevos" bienes colectivos como "intereses difusos").

La línea aludida, es, si la entiendo bien, la acogida por la monografista Acale Sánchez. Esta, en efecto, si bien manifiesta que nos hallamos ante un bien jurídico de nuevo cuño, precisamente denominado *ope legis* "ordenación del territorio",⁶ procede a una reinterpretación del mismo. Así, no se inclina por la estimación inmediata de la ordenación del territorio como bien jurídico penal, sino que sostiene que el bien jurídico protegido es, también aquí, el medio ambiente (al que eventualmente se sumaría el patrimonio artístico), de modo que *el tipo se singularizaría por proteger tal bien plural — ya tutelado en otros preceptos del Código —*

(4) Morales Prats/Tamarit Sumalla, en Quintero (Dir.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal, Pamplona, 1996, p. 843, 844 y 845.

(5) Especial mención merece la referencia de Conde-Pumpido Tourón, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, II, Madrid, 1997, p. 3.196, a que el bien jurídico no es la normativa, sino el *valor material* de la ordenación del territorio: utilización racional del suelo orientada a los intereses generales.

(6) Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*. Barcelona, 1997, p. 51.

*precisamente frente a las agresiones urbanísticas.*⁷

Lo "urbanístico" aludiría, pues, al medio comisivo y no al bien jurídico.⁸

La "conversión" de los delitos urbanísticos en delitos contra el medio ambiente humano o el patrimonio histórico podría justificar el *merecimiento de pena* de las conductas en las que los mismos se plasmaran.⁹ Por lo demás, la adecuación del Derecho penal para proteger un objeto de esa naturaleza no tendría que ponerse en cuestión (no, desde luego, en mayor medida que en los demás delitos contra el medio ambiente o el patrimonio histórico). En fin, con la adopción de esta perspectiva cabría salvar, todavía, la dimensión interpretativa (función político-criminal *de lege lata*) del concepto de bien jurídico. Pues las "propiedades del suelo", pese a su vaguedad, permiten partir de un punto de vista material que es imprescindible a la hora de interpretar un tipo penal. Atendido el carácter difuso del bien, el peso decisivo de la cuestión se desplazaría hacia el modo de determinación del riesgo jurídico-penalmente relevante, cuestión a la que nos dedicamos en adelante.

Peró, para concluir, sí conviene poner de relieve la posibilidad de conformar modelos legislativos alternativos, que

expresaran en mucha mayor medida la incidencia de la conducta sobre las condiciones de vida de las personas. Quince años después, estimo que siguen mereciendo consideración las propuestas que en su día efectuara *Rodríguez Ramos*.¹⁰ Este autor, en efecto, a partir de la premisa de que el bien jurídico *urbanismo* equivale a calidad de vida y, más concretamente, a calidad del marco físico de esa vida, a calidad del *hábitat*, concluye – a mi juicio acertadamente – que la estructura de los tipos penales tendría que ser compuesta, en el sentido de configurarse como la resultante de una infracción reglamentaria – elemento formal – sumada a la lesión o puesta en peligro de alguno de los aspectos de fondo que latan en el urbanismo (la calidad de vida o alguno de sus factores) – elemento material –. Algo que, sin duda, mejoraría sustancialmente las cosas con respecto a la situación del Código español de 1995.

3. La cuestión del riesgo jurídico-penalmente relevante y los denominados *Kumulationsdelikte*. Sobre la diversidad de perspectivas del Derecho penal y el Derecho administrativo en la protección de bienes jurídicos

3.1 Breve alusión al estado de la discusión sobre el riesgo penalmente relevante en el delito urbanístico

Como se ha indicado más arriba, el bien jurídico protegido aparece caracterizado por la protección de las propiedades del suelo como marco físico de la vida humana frente a agresiones urba-

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 52. De ahí que utilice la expresión "delitos urbanísticos contra la ordenación del territorio, el medio ambiente y el patrimonio artístico".

⁽⁸⁾ Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 204.

⁽⁹⁾ De nuevo conviene reiterar que no se alude a la necesidad de pena – esto es, al principio de subsidiariedad – en la medida en que el fracaso de las instancias extrapenales parece haber sido, según todos los indicios, el móvil fundamental de la incriminación de tales hechos.

⁽¹⁰⁾ Rodríguez Ramos. La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas), en *Revista de Derecho Urbanístico* 81, 1983, p. 31 *et seq.*, 39, 40.

nísticas. Admitida, en principio, la legitimidad de dicho bien como "bien jurídico-penal", la cuestión decisiva en términos político-criminales es la configuración de tales agresiones urbanísticas. Pues de cómo se configuren las mismas o, en otros términos, de cuál sea el ámbito de los riesgos estimados jurídico-penalmente relevantes dependerá el efectivo respeto de los principios de fragmentariedad y lesividad (y, por tanto, en definitiva, de proporcionalidad).

Lamentablemente, y como ya se ha apuntado, la configuración legal del riesgo típicamente relevante adquiere tal connotación formal que la adecuación a los referidos principios resulta más que discutible. Así, la referencia a una "construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, etc..." o a una edificación "no autorizable en suelos no autorizable" no proporciona dato material alguno sobre la entidad del riesgo, penalmente desaprobado. Y, lo que quizá resulta todavía peor, *no se advierten en la doctrina intentos de proceder a una restricción de base teleológico-material del alcance del tipo*. Por el contrario, la interpretación más difundida asocia el contenido de lesividad del delito a la mera "violación de la normativa reguladora de la ordenación del territorio, en la medida en que dicha normativa tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de todos los habitantes del mismo".¹¹

Y, aunque algún sector¹² parece querer distanciarse de tales perspectivas afir-

mando que el delito del art. 319 no es ni una infracción formal ni un delito de peligro abstracto, sino un delito de lesión, lo cierto es que su planteamiento no propicia ninguna restricción material del tenor del precepto.¹³ Pues, en efecto, en todo caso se acaba identificando la lesión del supuesto bien jurídico con la pura realización gramatical del tenor literal del precepto.¹⁴

Como puede observarse, ello supone una auténtica presunción: de la redacción legal y, por tanto, de la realización gramatical del tipo, se deriva la "lesión" de un bien jurídico. Pero eso es precisamente lo que hay que demostrar: que un *acto concreto* de construcción no autorizada en una zona verde, por ejemplo, compromete las propiedades medio-ambientales, por ejemplo, del suelo como hábitat humano en términos de lesividad penalmente relevantes. Pues, de entrada, más bien parece que habría que partir de lo contrario: que resulta dudoso que un bien jurídico colectivo pueda verse afectado por un acto individual,¹⁵ por el mero hecho de

(13) Si excluimos su opinión relativa a la exclusión de pena de los casos de posterior legalización de la obra que, en realidad, tampoco se basa en argumentos materiales, sino de coherencia interna del sistema jurídico-administrativo. Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 247.

(14) Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 303.

(15) Y, además, de un modo tal que justifique la imposición de una pena privativa de libertad, Cfr., similar, Estevez Goytre. *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: especial referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio en relación con las infracciones administrativas*, *Actualidad Administrativa* 30, 1996, p. 633 et seq., 639: "Esto producirá, sin duda, si no se remedia por vía jurisprudencial, unas claras situaciones de injusticia ante lo

(11) Así las opiniones de Vercher Noguera, García Arán/López Garrido, Boix Reig/Juanatey Dorado y Barrientos Pacho, citadas por Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*. Barcelona, 1997, p. 203, nota 501.

(12) Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 221-222.

que éste carezca de autorización administrativa o, incluso, ni siquiera pueda ser objeto de la misma. Más aún, con mayor razón que en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, parece posible afirmar que el legislador criminaliza ilícitos que, en muchos casos, pueden ser de bagatela,¹⁶ mientras que, paradójicamente, ha dejado al margen de los referidos tipos supuestos que podrían constituir las más graves agresiones al suelo como hábitat humano, agresiones éstas que frecuentemente se suscitarán en el propio marco del planeamiento.¹⁷

desproporcionado de la imposición de una pena privativa de libertad, multa e inhabilitación a todas las personas que infrinjan el ordenamiento urbanístico en los supuestos contemplados en los artículos 319 y 320 del nuevo Código penal que, en la mayor parte de los casos, no producirán lesiones que no puedan ser reparadas con la demolición de las obras no legalizables”.

(16) Acale Sánchez. *Delitos urbanísticos*, p. 304, parece abonar esta conclusión, si bien de un modo tangencial, como si no afectara al núcleo de la legitimación político-criminal del delito ni debiera provocar una restricción radical de su interpretación, cuando afirma: “Ahora, bien la imposición de una pena a un sujeto por construir o por edificar sin autorización en un suelo destinado a vía o zona verde, ¿responde al principio de necesidad de pena? La respuesta ha de encontrarse no ya sólo en el bien jurídico protegido sino en la selección de los ataques que lo lesionan. Como afirma Terradillos Basoco, ‘quizá pueda entenderse que entra en contradicción con lo que exige el principio de intervención mínima: dado que lo que se construye ilegalmente, puede ser destruido sin grave quebranto para el bien jurídico tutelado, hubieran debido bastar los mecanismos sancionadores administrativos’”.

(17) Sobre los déficits del planeamiento son muy interesantes las consideraciones de Conde-Pumpido Tourón, en *Código Penal*, II, p. 3.193-3.194.

En realidad, lo que deja traslucir la regulación legal del denominado “delito urbanístico” es la diversidad de perspectivas con las que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal abordan el problema de la protección de los bienes jurídicos, que a ambos compete. Por ello, corresponde efectuar algunas consideraciones al respecto.

3.2 *Derecho administrativo sancionador y Derecho penal en la protección de bienes jurídicos*

Como es sabido, las tesis clásicas (o del *aliud*) distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo, al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro.¹⁸ Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante las tesis de la diferencia-ción meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según las cuales lo característico de este último es un menor contenido de injusto.

Como resumen de este punto de vista puede citarse a Welzel,¹⁹ cuando señala:

(18) Así, Goldschmidt. *Das Verwaltungsstrafrecht*. Berlin, 1902, p. 539 *et seq.* 548, 576, para quien al Derecho penal le compete la protección de bienes individuales, mientras que a la Administración le corresponde asegurar bienes colectivos, el bienestar colectivo; Erik Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, Festschrift für R. v. Frank zum 70. Geburtstag, tomo II, Tübingen, 1930, p. 516 *et seq.*, 525, 565; también Eberhard Schmidt. *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950, p. 20 *et seq.*

(19) Welzel. *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 238 *et*

"A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas *Ordnungswidrigkeiten* están (...) vinculadas con ella".

A mi juicio, la perspectiva que se centra en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo es errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. Pero *también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa*. En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales que rodean lo penal y que tienen que ver con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que concurre una "infracción penal",

más bien abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación.

Como se verá, lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad concreta, sino, más bien, de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad).

Por este motivo, quizá proceda, en suma, introducir algún género de diferenciación cualitativa entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador.⁽²⁰⁾ Como se ha indicado, el Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. Así, cabría afirmar que es el Derecho sancionador de conductas

seq. 240. Cfr. en nuestra jurisprudencia reciente la STS, 3.ª secc., 5.ª, de 09.04.1996 (La Ley 6.926): "La teoría general del ilícito, como supraconcepto comprensivo tanto del penal como del administrativo, establece que la potestad sancionadora de la Administración ha de ejercitarse ajustándose a los principios esenciales inspiradores del orden penal, ya que dicha potestad tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción administrativa y pena".

(20) En una línea próxima se ha manifestado Torío López, Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones), en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Tomo III. Madrid, 1991, p. 2.529 *et seq.*, 2.536: las diferencias entre injusto penal y administrativo no son ónticas, ni tampoco meramente cuantitativas: son histórico-culturales, esto es, valorativas.

perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las "grandes cifras"; el "problema estructural" o "sistémico").

Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el Derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello *tampouco es necesario un análisis de lesividad* en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por *puros criterios de oportunidad*. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado.

En esta medida el Derecho administrativo sancionador es el Derecho del *daño acumulativo*, que exige de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara lícito. En otras palabras, la pregunta clave es "¿qué pasaría si todos los intervinientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita?"

Naturalmente, tal pregunta (puramente genérica, estadística) adquiere todo su sentido desde perspectivas de gestión de un determinado sector, sea éste el del tráfico rodado o el de la evacuación de los residuos. Pero es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria terti*. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante*.²¹ Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o – todavía mejor – peligro global.²²

Esta diferencia es sustancial, y explica, en primer lugar, que la tipificación de infracciones administrativas, aunque pretenda ciertamente cumplir funciones de protección social – y de hecho las cumpla desde esa perspectiva global, macroeconómica o macrosocial – muchas veces sólo adquiera dicho tono material si las infracciones se contemplan en

(21) Por eso, Torío López, Homenaje al Prof. García de Enterría, p. 2.539, considera que es necesario proceder a una valoración sobre el merecimiento de pena e sólo de sanción administrativa de un determinado hecho. Para ello (p. 2.541) propone recurrir al criterio (dinámico e histórico-cultural) del significado del bien jurídico, así como – lo que estimo mucho más discutible – al de la significación ético-social de la infracción.

(22) De ahí que tenga, razón, Torío López, Homenaje al Prof. García de Enterría, III, p. 2.542, cuando propone la descriminalización de los delitos de peligro abstracto, en los que se hace abstracción del peligro, siendo éste un dato meramente estadístico.

conjunto. En cambio, contempladas una a una resultan, ciertamente, formales, esto es, muchas veces ni siquiera de peligro abstracto, sino de mero peligro global, estadístico, presunto, etc.

Lo anterior puede ilustrarse con múltiples ejemplos:

a) El límite de la infracción administrativa en materia de tráfico rodado — 0,8 mg. de alcohol por litro de sangre, en el caso español —. Obviamente, dicho límite, o incluso uno inferior, pueden tener todo su sentido desde perspectivas globales de ordenación del sector, desde perspectivas estadísticas. Desde luego, una mayoría de personas representan un peligro para la circulación si su sangre muestra dicho contenido de alcohol. Ahora bien, tal criterio por sí solo nos es operativo en el ámbito jurídico-penal. Pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando, puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción *contra reo*, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación.

b) Un segundo ejemplo lo podemos hallar en el ámbito tributario. Una sola defraudación tributaria, aunque sea de más de 15 millones de pesetas (caso español) — que es lo que se juzga en el ámbito penal — no pone en peligro el bien jurídico representado por el proceso de redistribución de la renta, etc. Lo peligroso sería aquí el efecto sumativo. Luego entonces no es la conducta individual la lesiva, sino su acumulación y globalización. Desde perspectivas de lesividad concreta, no hay base para la intervención penal, aunque el significado global, sectorial del “género” de conductas puede justificar claramente la intervención del Derecho administrativo

(y eso, a partir de una defraudación de poca entidad, que, multiplicada por el número de los contribuyentes, podría ya empezar a tener un enorme significado: así, un fraude por contribuyente de diez mil pesetas, multiplicado por unos 25 millones de contribuyentes daría la enorme cifra global de 250.000.000.000. Lo que implica que, obviamente, el fraude de sólo 10.000 pesetas deba ser estimado ilícito administrativo y sancionado.²³

c) Un tercer ejemplo se puede advertir en el terreno medio-ambiental. Los vertidos de una empresa — de una sola — por mucho que superen los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa no tienen por qué poner en peligro — por ellos solos — el medio ambiente. Si sólo se tratara de ellos, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría — tiene — un inadmisibles efecto lesivo.

d) Un cuarto ejemplo, en materia de estupefacientes, podría venir dado por los casos en que la cantidad con la que se trafica no tiene, por sí misma, entidad para poner en peligro la salud pública (¡Por eso tiene sentido distinguir entre el pequeño traficante y el gran traficante!). Aquí también lo decisivo para la sanción sería la protección de un determinado

(23) Obviamente, resulta ocioso indicar que en materia tributaria, el hecho de que una lesividad relevante se derive sólo de la acumulación de acciones individuales no ha sido obstáculo para la incriminación de las defraudaciones de más de 15 millones de pesetas.

modelo de gestión de la salud pública y no el desvalor de la acción aisladamente considerada.

3.3 Crítica a la teoría de los Kumulationsdelikte (o delitos de acumulación)

Lógicamente, lo anterior conduce a una crítica de la categoría de los delitos de acumulación, estos es, a la puesta en duda de la corrección político-criminal de la tesis que entiende que es posible sancionar *penalmente* una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga en peligro relevante), cuando se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta – *per se* no lesiva – se realice también por otros sujetos y, en su conjunto, sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico.²⁴

Esta concepción, que ha sido desarrollada básicamente por *Lothar Kuhlen*, merece cierta consideración. En efecto, este autor parte, en su análisis del § 324

StGB (*Gewässerverunreinigung*), de que la posibilidad de que determinados actos concretos subsumibles en el tipo, pongan en peligro siquiera abstracto el bien jurídico protegido debe excluirse de antemano.²⁵ Sin embargo, la acumulación de tales actos concretos sí tiene capacidad de producir consecuencias lesivas.

Es importante, para la exacta comprensión de su punto de vista, poner de relieve que, en la concepción de *Kuhlen* – tal como manifiesta en su réplica a las críticas habidas – la acumulación no aparece como un elemento hipotético de los *Kumulationsdelikte*, sino que es un elemento real (esto es, se cuenta de antemano con la realización por una múltiple pluralidad de sujetos de tales hechos).²⁶

Las objeciones fundamentales dirigidas contra tal planteamiento son conocidas: por un lado, que se vulnera el

⁽²⁴⁾ Kuhlen, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), p. 697 *et seq.*, 716: por ello es preciso considerar la contaminación de aguas como *Kumulationstatbestand*, “... der auch für sich genommen ungefährliche Einzelhandlungen deshalb erfüllt, weil ohne ein sanktionsbewehrtes Verbot derartiger Handlungen damit zu rechnen wäre, daß sie in großer Zahl vorgenommen würden und dann eine Störung geschützter Gewässerfunktionen zur Folge hätten”. Es preciso distinguir los delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*) de los casos de “causalidad cumulativa”: en efecto, en los primeros no se requiere la constatación de la efectiva acumulación de cursos causales como contribuciones al mismo daño concreto, sino que se trata de una contemplación – como se ha subrayado antes – absolutamente “global”.

⁽²⁵⁾ Kuhlen, ZStW 105 (1993), p. 715: “Daß etwa die Einleitung von Haushaltwässern in einen Fluß dessen Funktion als Lebensgrundlage für Menschen, Tiere oder Pflanzen beeinträchtigen könnte, ist praktisch ausgeschlossen; die Handlung ist also nicht einmal generell oder abstrakt geeignet, eine Störung von Gewässerfunktionen herbeizuführen”.

⁽²⁶⁾ Kuhlen, ZStW 105 (1993), p. 716, nota 91. Cfr., ya Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, p. 389 *et seq.*, 399: “Ein Kumulationstatbestand fordert nicht, daß eine einzelne Handlung zu einer Verletzung oder Gefährdung führt, sondern nur, daß die Einzelhandlung zu einer Art von Handlungen gehört, die, wenn, sie in großer Zahl vorgenommen würden, eine Verletzung oder Gefährdung herbeiführen würden”; “Erst wenn derartige Einzelhandlungen in großer Zahl vorgenommen werden, entsteht eine ökologische Gefährdung”.

principio de *culpabilidad*, al fundamentarse la sanción *ex iniuria tertii*; por otro lado, que se trata en estos casos de “grandes riesgos”, los cuales no pueden contemplarse como problemas de un actuar individual, sino sólo como problemas sistémicos, que no cabe reconducir equitativamente a acciones de personas. En definitiva, que no hay una lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto (proporcionalidad).²⁷ En fin, que de nuevo parece advertirse una fijación del Derecho penal con los ilícitos de menor entidad, mientras que los ilícitos concretos de naturaleza auténticamente criminal escapan a su acción.

La réplica de *Kuhlen* a tales objeciones es evasiva, aunque contundente: se trata de “einen Beitrag zur Lösung großer Probleme dadurch zu erbringen, daß man Handlungen unter Sanktionsdrohung verbietet, die eher kleine Beiträge zur Konstitution dieser Probleme leisten”.²⁸

(27) Crítico, desde la perspectiva del concepto personal de bien jurídico, Hassemer, en Neumann/Schild (Gesamtred.), Nomos Kommentar zum StGB, Baden-Baden, 1995, n. marg. 280 previo al § 1: “Nur eine personale Rechtsgutskonzeption kann schlüssig begründen, warum sog. ‘Kumulationsdelikte’, deren Schädlichkeit erst dann entsteht, ‘wenn das alle machen’ (würden), in einem StGB nichts zu suchen haben”. Detalladamente, Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg 1991, p. 141 *et seq.* Cfr. también Prittwitz, Strafrecht und Risiko, Frankfurt, 1993, p. 249, 366-371.

(28) *Kuhlen ZStW* 105 (1993), p. 720: esto es, “se trata de realizar una contribución a la solución de grandes problemas mediante la prohibición con la conminación de una sanción de acciones, que más bien prestan pequeñas contribuciones a la constitución de estos problemas”.

Como puede advertirse, la frase resulta ciertamente afortunada. Sólo que de ello en absoluto puede desprenderse que la *contribución* le deba corresponder como regla al Derecho penal, salvo en aquellos casos en que la conducta aisladamente contemplada constituya ya, de por sí, un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico de que se trate. Expresado de otro modo, los problemas de las “grandes cifras” raramente pueden ser estimados problemas para los que la protección penal sea adecuada. Este extremo es visto de otro modo por *Kuhlen*, para quien los problemas medioambientales se mostrarán en el futuro precisamente ante todo como problemas de grandes cifras derivados de la industrialización y el crecimiento de la población. De ahí que estime que el Derecho penal, introduciendo costes que superen los beneficios de la acción individual, puede ser un instrumento *adecuado y necesario*.²⁹ En cuanto a la *proporcionalidad* del recurso a tal mecanismo, el problema no le merece especial discusión, a la vista de la trascendencia extraordinaria que le corresponde al mantenimiento de nuestras condiciones naturales de vida.³⁰ Sin embargo – de nuevo – esa no es la cuestión: los términos de comparación en el juicio de proporcionalidad son la pena que se impone y el contenido de riesgo propio de la conducta (obvio es decirlo: aisladamente considerada) de

(29) *Kuhlen*, GA, 1986, p. 402-403.

(30) *Kuhlen*, GA, 1986, p. 404, nota 71: sentada la necesidad y la adecuación, “das dritte Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, wirft angesichts der überragenden Bedeutung, die man dem Schutz unserer natürlichen Lebensgrundlagen zusprechen muß (...) keine Schwierigkeiten auf”.

quien recibe esa pena. Pues la pena no se "disbribuye" entre el conjunto de aportaciones individuales, sino que se asigna precisamente a cada sujeto por separado.

Por todo ello, ninguna de las manifestaciones efectuadas desvirtúa, a mi entender, las objeciones que a tal planteamiento (que, por lo demás, tiene cierta vocación de generalización) se le han dirigido – al menos a la vista del modelo clásico de imputación jurídico-penal –. Es más, no resulta irrelevante que el creador (o principal difusor) de la categoría de los *Kumulationsdelikte* acabe reconociendo significativo que *de lege ferenda* sería conveniente que determinadas modalidades de contaminación de aguas del § 324 StGB – el tipo fundamentalmente estudiado por él como manifestación del principio acumulativo – se contemplaran como infracciones administrativas (así, la *Einleitung der Haushaltabwässer*).³¹

3.4 Balance

El riesgo típicamente relevante propio de los delitos urbanísticos, si se pretende obtener de modo directo del tenor literal de los tipos, no puede ser sino el propio de los delitos de acumulación. Expresado de otro modo, en tales preceptos no es manifiesta la exigencia de que la conducta lesione o ponga en peligro bien jurídico alguno. Más bien, se parte de la presunción de que la infracción formal de las normas sobre autorizaciones o del

acto de autorización habrá de desprenderse un contenido materialmente lesivo. Pero ello no puede predicarse sin más de modo particular para la actuación de un sujeto concreto. Más bien se trata de un problema de "grandes cifras", sistémico: de ahí que se hable de "la especulación urbanística" como problema general, con elevadas repercusiones sociales. Salvo que se proceda a una interpretación restrictiva que reduzca la tipicidad a los casos en que un hecho individualmente considerado cree un riesgo significativo para las propiedades y configuración del suelo como elemento del medio ambiente humano, las conductas contempladas en los referidos tipos no muestran el contenido mínimo de desvalor para justificar la intervención del Derecho penal.

4. La concreción del principio de proporcionalidad. La exigencia de garantías cualificadas en caso de conminación con penas privativas de libertad

Las consideraciones efectuadas hasta ahora se hallan muy directamente condicionadas por el hecho de que los delitos urbanísticos tengan asignadas penas privativas de libertad y, en consecuencia, se les haya atribuido una naturaleza específicamente criminal. En efecto, las diferencias establecidas *supra* entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal vienen determinadas de modo no irrelevante por la imposición de penas privativas de libertad, de modo que en cuanto el Derecho penal impone otro tipo de penas, en particular pecuniarias, podría llegarse a sentar una mayor proximidad entre ambos.

Esta idea, a su vez, se debe vincular con la, a mi juicio, *estrecha relación existente entre la gravedad de las consecuencias jurídicas de un sistema de*

⁽³¹⁾ Kuhlen, GA, 1986, p. 408: "Die *de lege ferenda* praktisch vordringlichste Frage, lautet, ob es nicht dem Unrechtsgehalt bloßer, Kumulationsbeiträge zur Gewässerverschmutzung angemessener wäre, derartige Beiträge zu Ordnungswidrigkeiten herabzustufen".

ilícitos y el grado de intensidad de las garantías exigibles en el seno de dicho sistema. En efecto, si la exigencia de especiales garantías, y las sustanciales diferencias en cuanto a las reglas de imputación, se conectan a la imposición de una pena privativa de libertad, tampoco es posible poner en tela de juicio que la opción por la pena privativa de libertad no constituye un *prius*, sino que, en teoría, ha de conectarse a un juicio sobre la gravedad cualificada del injusto: lesión de un bien jurídico-penal, afectación individual. Por eso, cabe que en un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impongan penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilicen los criterios de imputación. Y, también por ello, cabría incluso estimar razonable la creación de un sector intermedio, judicializado, que se ocupara de injustos (y sanciones) para los que es mejor la garantía de imparcialidad del juez (entre otras) y quen sin embargo, no tuvieran el estigma de lo criminal. En esa línea cabe situar probablemente el *Interventionsrecht* propugnado por Hassemer³² y otros autores.³³

(32) Cfr. *infra*.

(33) De todos modos, hay que precisar exactamente cuál habría de ser el contenido y cuál la configuración de tal *Interventionsrecht*. Para Lüderssen, Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen kernstrafrecht?, en Böllinger/Lautmann (Hrsg.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger, Frankfurt, 1993, p. 268 *et seq.*, p. 274, se trataría de un Derecho no punitivo orientado a la reparación y, de ser necesario, a la resocialización (incluida la evitación de la desocialización). Pero

En la línea de todo lo dicho, estimo posible plantear — a título de hipótesis — la idea de que *la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto tiene una clara dependencia de las consecuencias jurídicas de cada sistema, su configuración y su teleología*.³⁴ Así, la finura y detalle — con su lógico correlato de garantías — propios de la dogmática del delito en Derecho penal se hallarían en relación con el hecho de que su consecuencia jurídica fueron las penas de muerte y corporales, y aun hoy una pena tan íntimamente vinculada al ser — y no al estar o al tener — de la persona como es la privativa de libertad.³⁵ La disminución

sigue dejando abierta la cuestión de si no sería mejor ceder espacios, con las correspondientes modificaciones procesales, al Derecho privado y al Derecho administrativo y, viceversa, si ello no representaría un incremento global del “control social”.

(34) De modo general, a propósito del Derecho penal, Moccia, *Il Diritto penale tra essere e valore*. Napoli, 1992, p. 19: “En efecto, es precisamente porque con la pena se puede incidir en derechos fundamentales del individuo por lo que se dedica un cuidado particular a la definición de los presupuestos de su aplicación, sea en fase general y abstracta — la previsión legislativa —, sea en fase individual y concreta — el juicio individual”.

(35) A propósito de los alegatos en pro de la vuelta al “buen y viejo” Derecho penal liberal, lo indica con precisión Lüderssen, en *Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*, p. 271-272. En concreto, señala este autor que la pretensión de tal retorno constituye una utopía; pues el Derecho penal que se pretende habría de tener las propiedades positivas del Derecho penal de tiempos pretéritos (determinación, imputación individual), pero ninguna de sus características negativas (en particular, la extrema dureza de las sanciones). Concluyendo

de garantías – de “detallismo” dogmático – podría explicarse en el Derecho penal socio-económico en la medida en que en éste se generalicen sanciones pecuniarias o privativas de derechos y no privativas de libertad. Ello explicaría que la dogmática en el *Ordnungswidrigkeitenrecht* sea menos fina o que, en todo caso, en el Derecho administrativo sancionador no tengan por qué darse necesariamente los elementos que reivindicamos para el Derecho penal criminal.

Como se ha indicado, esto se pone de manifiesto en la propuesta, efectuada por Hassemer, de un *Interventions-recht*, ubicado entre el Derecho penal nuclear y el *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, entre el Derecho civil y el público, para problemas de drogas, económicos, ecológicos, etc. Dicho Derecho sería menos pretencioso en cuanto a las garantías materiales y procesales, pero, a la vez, dispondría de sanciones menos intensas.³⁶ Quizá convendría no descartar un planteamiento de esta naturaleza para los “delitos urbanísticos”.

5. Conclusión

La intervención jurídico-penal en el ámbito de la ordenación del territorio del modo en que se ha producido a través del art. 319 CP plantea graves problemas de legitimidad en cuanto a la concreción del bien jurídico-penal y del riesgo jurídico-penalmente relevante: ello conduce a pensar en la vulneración del principio de proporcionalidad. Cierta-mente, es posible proceder por vía interpretativa, tratando de adecuar el tipo al menos a las exigencias materiales que la Constitución exige a la intervención del Derecho penal. En particular, puede ser operativa en este sentido una *reducción teleológica* consistente en exigir para las conductas materialmente típicas la concurrencia de una puesta en peligro grave de las propiedades del suelo como elemento integrante del hábitat humano.³⁷ En definitiva, se trataría de configurar interpretativamente el delito urbanístico como un delito de explotación irracional sujetán-dolo a criterios, como mínimo, correspondientes a los que el legislador propone para los delitos contra el medio ambiente.

que el Derecho penal que por algunos se propone hoy no es siquiera concebible, pues la “autolimitación” del Derecho penal clásico era el contrapunto lógico de la dureza y autoritarismo de aquél.

⁽³⁶⁾ Hassemer, *kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1992, 378 *et seq.*, 383 (versión española: Crisis y características del moderno Derecho penal – trad. Muñoz Conde –, *Actualidad penal* 43, 1993, p. 635 *et seq.*).

⁽³⁷⁾ Cfr., próximo, De la Mata Barranco. *Protección penal*, p. 59, aludiendo a la necesidad de efectuar un esfuerzo interpretativo que “supere las deficiencias de la redacción legal tratando de dotar a los preceptos de contenido de lesividad material, actuando la función rectora y teleológica del bien jurídico realmente en juego como criterio limitador de la intervención penal”.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

LÍMITES DEL ESTADO DE DERECHO PARA EL COMBATE CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

TESIS Y RAZONES¹

PROF. DR. WINFRIED HASSEMER

1. Se debería de definir y tratar a la criminalidad organizada, también desde el punto de vista jurídico-penal, como lo que es desde el punto de vista criminológico y de la política de seguridad: un fenómeno nuevo y excepcional. Esto permitiría precisar y concentrar los instrumentos para su combate y, finalmente, descargar a la política criminal.

1.1 Los criminólogos – en la medida que perciben y reconocen el fenómeno de la “criminalidad organizada” – coinciden que ésta es una forma de aparición de la criminalidad cualitativamente nueva. Los políticos encargados de la seguridad interna coinciden en este punto y subrayan que las amenazas, que están unidas a este tipo de criminalidad, no constituyen únicamente aumentos cuantitativos de peligros conocidos hasta la fecha, sino que alcanzan un nivel de peligro social hasta el momento desconocido.

Estas consideraciones corresponden a los cambios legislativos experimentados en la República Federal de Alemania en relación con el tema de la criminalidad organizada. El derecho de policía, el derecho penal, y sobre todo el derecho procesal penal han sido dotados con instrumentos de combate que, en las dimensiones que han sido escogidas, en todo caso, se oponen a las tradiciones vigentes hasta la fecha y una nueva calidad de combate de la criminalidad se hace presente por medio del derecho:

- Veleidoso aumento de los marcos penales,
- Criminalización en ámbitos anteriores a la comisión de hechos penales,
- Nuevos tipos penales,
- Limitación de:
 - la presunción de inocencia, así como del
 - principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales, como por ejemplo, del derecho a la autodeterminación informativa,
 - del domicilio,
 - del secreto de las comunicaciones,
 - de la propiedad.

Pueden esperarse otras agravaciones de las repuestas jurídicas al problema,

⁽¹⁾ Trabajo presentado por el autor a la reunión de la Europäische Rechtsakademie de Trier, los días, 1. y 2. de Diciembre de 1994, actividad que llevó como título “Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen” (“La Criminalidad Organizada en una Europa de fronteras abiertas”). Traducción del alemán de Alfredo Chirino Sánchez LL. M. (Frankfurt am Main), Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica.

que refieren, sobre todo al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (gran vigilancia del domicilio — *großer Lauschangriff*) y al derecho a la propiedad (facultad para el secuestro o la confiscación de bienes — *Vermögensentziehung*) así como al mandamiento de separación entre los servicios secretos y la policía.

1.3 Una definición vaga y generosa de la criminalidad organizada no concuerda con la valoración criminológica de esta criminalidad y con su significado de política de seguridad, y con la calidad de los medios previstos para su combate.

El que el delito sea realizado

- profesionalmente,
- por medio de bandas,
- operando en el ámbito internacional,
- mediante la utilización de las modernas tecnologías de la comunicación o
- por medio del uso de considerables medios financieros, no es nada nuevo, sino que es el aumento cuantitativo de la praxis criminal conocida hasta la fecha. Nuestras leyes penales están enfocadas a esta realidad. A lo sumo deberían de ser ajustadas de una manera cuidadosa y no ser cambiadas de una manera tan fundamental como lo han sido y como probablemente se seguirá haciendo. Aquí deberían anunciarse más bien mejoras en la praxis de la persecución penal de estos hechos y no agravaciones en la ley.

1.4 La “criminalidad organizada” como una nueva forma cualitativa de amenaza sólo permite una determinación a través de un nuevo criterio cualitativo. Con esta determinación es que podrán justificarse las facultades de ataque de carácter jurídico que han cambiado esta

cualidad. No se debería — justo en el campo de los ataques jurídicos del derecho estatal — disparar con cañones a los gorriones.

Este criterio está constituido por la posibilidad de que esta criminalidad recurra a las instituciones que han sido encargadas de su combate. Se trata no sólo del ministerio público y de la policía, sino también de aquellos órganos del Estado encargados del control y de los gremios de decisión. El *proprium* de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal es cuando realmente entraría en funcionamiento una nueva forma de criminalidad.

Esto no significa, naturalmente, que se deba esperar pacientemente a que los peligros se verifiquen para tomar las medidas necesarias. Más bien significa que la idea sobre el fenómeno de la criminalidad organizada debe ser más estrecha, precisa y exigente. Necesitamos una mejor concentración al fenómeno criminal, lo que no sólo aumentará en forma concreta al efectividad de la persecución, sino que también en forma general, y a largo plazo, podrá aliviar la prevención legal.

2. Se debe distinguir a la criminalidad organizada de la criminalidad de masas.

Estas tienen en sus condiciones de origen muy poco que ver entre sí y requieren estrategias diferentes de prevención y represión. Esta diferenciación puede también disminuir la presión dirigida a la agravación de las medidas que existen actualmente en el ámbito del combate de la criminalidad organizada.

2.1 El sentimiento de seguridad de la población y el creciente temor ante el

delito son influenciados en mayor medida por la criminalidad de masas (robos en casas y vehículos, asaltos en las calles, violencia entre jóvenes y frente a extráños) y mucho menos por la criminalidad organizada, la cual aún representa un fenómeno oscuro y que apenas afecta la experiencia cotidiana.

2.2 El aumento y agravación de los instrumentos jurídicos de combate (supra 1.2) están dirigidos contra la criminalidad organizada y no contra la criminalidad de masas. La justificación de su existencia es justificada en el ámbito de la política de seguridad también a partir de la amenaza procedente de la criminalidad organizada. Es por esta razón que no se corresponden entre sí los instrumentos del combate del delito con el temor frente a la criminalidad. El hecho de que en el derecho penal de drogas el comercio organizado y el abuso cotidiano aludan uno al otro no hace que el último fenómeno se convierta en un componente de la criminalidad organizada.

2.3 Una repuesta inteligente y focalizada a la criminalidad organizada promete alivios sensibles en el campo de la seguridad interna. La mejoras en la situación de los jóvenes (sobre todo en los nuevos Estados de la Federación), el progresivo desecamiento del mercado negro en el campo de las drogas (criminalidad dirigida a la obtención de los medios para la compra de los estupefacientes *Beschaffungskriminalität*) o las medidas técnicas de prevención (*infra* 3) podrían hacer superfluas las agravaciones del derecho penal y lograr que el clima de la tranquila reflexión vuelva a imperar, como también lo necesita la política criminal.

3. Se debería de distinguir entre prevención normativa y prevención técnica,

y esta última debería de ser construida a fin de descargar y aliviar a la primera.

3.1 Hemos realizado el combate de la criminalidad organizada hasta la fecha casi exclusivamente por medio de la prevención normativa: por medio del desmontaje de derechos y la ampliación de las facultades para los ataques del Estado (supra 1.2). Hay también una prevención técnica, la cual le plantea al delito obstáculos de orden fáctico, organizatorio o económico, los cuales, en todo caso, descargan y en parte sustituyen al a prevención normativa.

Requiere este tipo de prevención, desde luego, fantasía y nos es tan barata de obtener como las simples agravaciones legislativas.

3.2 Los ejemplos de esta prevención técnica son numerosos y comienzan a imponerse en la teoría y en la práctica.

Se trata, por ejemplo y haciendo una escogencia al azar y sin orden, de lo siguiente:

- Sistemas de obstaculización de encendido y conducción de vehículos contra el robo de automotores;
- Desecamiento del mercado negro, de la razón económica del comercio con drogas;
- Evitación de relaciones corruptoras en la administración a través de:
 - reglas organizatorias de competencia y ocupación,
 - de una administración pública transparente y una mejor participación del ciudadano (*Freedom of information*,² que en nuestro ámbito

(2) "Libertad de Información", en inglés en el original. (Nota del Traductor).

comienza cautelosamente a aplicarse con la ley sobre información del medio ambiente *Umweltinformationsgesetz*),

- intercambio reglamentado de información sobre situaciones sospechosas de corrupción,

- realización técnica y organizatoria de uniones de información, las cuales son ya posibles jurídicamente,

- acuerdos funcionales en el ámbito internacional acerca de los presupuestos para la prevención y persecución de los delitos, por ejemplo, en el campo del lavado de dinero.

3.3 El sentido propio del Estado de Derecho en el campo de la prevención técnica es lograr, tanto como sea posible, una sustitución de la prevención normativa. El principio de proporcionalidad demanda el examen constante de si no existen por lo menos medios técnicos igualmente adecuados de prevención, que hagan renunciable la prevención normativa: La política de seguridad interna debe ser enfocada también a un desistimiento de agravaciones de carácter jurídico y no únicamente, como hasta ahora, a su incremento.

4. La defensa de los límites propios del Estado de Derecho en el campo de la lucha contra la criminalidad organizada se hará más fácil en la medida en que este combate se concentre (*supra* 1) y que desde el punto de vista normativo pueda ser descargado (*supra* 2, 3). Los límites resultan del ámbito esencial indisponible de los derechos fundamentales, así como también de los principios tradicionales aún vigentes de una prevención y persecución de los delitos dentro del Estado de Derecho.

4.1 El establecimiento de límites dentro del Estado Derecho no es solamente un problema normativo o siquiera jurídico. Se trata mucho más de una tarea de razón práctica, de una cuestión de fantasía y de sensibilidad por ciertas constelaciones de problemas. Como última medida en la hora de la necesidad nos hace falta echar mano al derecho penal y de policía de manera precipitada y ciega, a fin de producir nuevas prohibiciones y de restringir derechos fundamentales.

4.2 La ubicación de límites dentro del Estado de Derecho para el combate de la criminalidad organizada es sencilla. Estos se deducen del Art. 79, III, GG, el cual exige, de manera independiente a toda moda, el respeto de la dignidad humana (Art. 1, GG) y de los principios del Estado de Derecho en el comportamiento estatal (Art. 20, GG). Los detalles son difíciles y muy discutidos, y no pueden deducirse sencillamente de la mesa verde de la teoría de more geométrico a partir de principios supraleales; se trata más bien de los resultados de una discusión política y de la razón práctica (*supra* 4.1). No se les puede prescribir, solamente se les puede promocionar y luchar por ellos.

4.3 Con esta determinación afirmo, si bien no en forma completa pero si de manera ejemplificativa, los siguientes límites para el combate de cualquier criminalidad, también de la criminalidad organizada:

4.3.1 También en los tiempos de amenazas flagrantes para la seguridad interna necesitamos de ámbitos de libertad ciudadana que sean seguros e indisponibles en el momento de su contraposición y equilibrio con otros fines. Una cultura jurídica se prueba a sí

misma a partir de los principios, los cuales ella nunca dejará que sean lesionados, aún cuando esta lesión prometa la mayor ganancia. A estos principios pertenece, por ejemplo, la decisión de no torturar sospechosos aún cuando este medio sea la forma de salvar la vida de un rehén inocente. Pertenece también a estos principios el correspondiente ámbito esencial de los derechos fundamentales, por ejemplo en cuanto a la protección de ámbito privado del domicilio (Art. 13, GG) de personas sospechosas ante la eventual indagación o pesquisa estatal ("gran vigilancia del domicilio" – *großer Lauschangriff* –) o la renuncia a un secuestro de la propiedad ajeno a la existencia de un hecho perseguible por simple sospecha (Art. 14, GG).

4.3.2 No existe ningún tipo de "igualdad de armas" entre la criminalidad y el Estado que la combate en el sentido de una permisión a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentran al alcance de los criminales. El Estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no sólo sea fundamentada normativamente sino que también actúe da manera práctico-simbólica. El Estado no debe utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal. De esto se sigue, por ejemplo, la prohibición de realizar "pruebas de virginidad"³ por parte de los "agentes

encubiertos", para que a través de ellas grupos de sospechosos alcancen en nivel de no sospechosos.

4.3.3 La presunción de inocencia es uno de los pilares del derecho penal europeo referido al Estado de Derecho (Art. 6 de la Convención de Derechos Humanos). Con este principio resultarían incompatibles las afirmaciones de una muy difundida retórica que preconiza que los métodos de investigación que han sido introducidos recientemente, y los que aún están siendo promocionados y deseados, estarían dirigidos exclusivamente a mafiosos, *gangster* y a delincentes particularmente peligrosos, y que los ciudadanos no tendrían nada que temer. Esto es falso. Estos cuestionables métodos de investigación son utilizados en el proceso de instrucción, es decir en un estadio, en el cual la presunción de inocencia impera sin restricciones (y además estos métodos se dirigen no sólo tanto contra sospechosos sino que también contra personas no directamente involucradas en las investigaciones). Contra los "mafiosos" no se necesita investigar más, para ello es suficiente la sentencia y la ejecución penitenciaria. Esta falsa retórica facilita una legitimación para los ataques estatales y corrompe a la larga el discurso público.

investigación. En el contexto de este artículo, el Prof. Hassemer se refiere a la posibilidad de que los agentes encubiertos propongan "pruebas de virginidad" a ciertos grupos a fin de que estos demuestren que no son sospechosos y por ello no se hagan merecedores a ulteriores investigaciones. Es decir, el Estado no podría asumir como propio un método de la criminalidad (el "uso de pruebas de virginidad") para efectos de orientar sus tareas de persecución e investigación de los delitos (Nota do Traductor).

⁽³⁾ El autor se refiere aquí, dentro de la argumentación de su discurso, a las denominadas "pruebas de virginidad" a las que son sometidos los "agentes encubiertos" a fin de ser aceptados en el grupo criminal en el cual deben desplegar su actividad de

4.3.4 El mandamiento de separación entre la policía y los servicios secretos tiene entre nosotros dos ricas fuentes: Ha de tenerse claro, con fundamento en la filosofía política de la ilustración, que el Estado no atacará en forma concreta el ámbito de libertad del ciudadano sin al mismo tiempo asumir correlativamente la obligación de dejarse controlar, corregir y reprender, y ha de procurarse — acorde con nuestras experiencias con la Gestapo⁴ y la Stasi⁵ — que no se construirá una “policía secreta” según estos modelos. Ambas fuentes se alimentan de la misma agua: La policía debe estar autorizada para los ataques en concreto, los servicios secretos deben contar con la posibilidad de investigar sin control (o por supuesto con un control diluido), ya que de lo contrario ambos no podrían realizar adecuadamente sus labores. Si se unen ambos órganos, permitiendo, por ejemplo, que datos personales inculpatórios procedentes de fuentes del servicio secreto sean utilizados en la instrucción criminal, que no se pueden o no se quieren desvelar, se estaría logrando una policía secreta y coloca al ciudadano frente a un reproche cuya autorización él no puede verificar. Un control globalizado y generalizado de los servicios secretos, como por ejemplo a través de una comisión legislativa, no ayudará al ciudadano frente a las concretas lesiones a sus derechos: los ata-

ques a la libertad sin un control en el caso concreto están prohibidos en el Estado de Derecho.

4.3.5 No como um límite normativo para una política criminal del Estado de Derecho aunque sí como un urgente mandamiento de razón práctica debería de ser válido que:

- no se decidirán nuevas agudizaciones del derecho penal que signifiquen restricciones a derechos fundamentales hasta tanto no se haya producido un aseguramiento confiable y fidedigno de las consecuencias deseadas y de los efectos colaterales no deseados de las medidas que ya antes y con el mismo fin habían sido introducidas. Una política de la seguridad interna que esté orientada al principio de proporcionalidad no debe producir agravaciones jurídicas a beneficio de inventario, debe más bien escogerlas de manera dirigida y con cálculo de buen cubero;

- se le prestará una superior atención no sólo al tratamiento policial sino también al científico de la criminalidad organizada. En la medida que este fenómeno sea borroso y oscuro no podrá ser adecuadamente observado y también en la medida que se apunte a algo solamente de manera aproximativa se ponen en peligro derechos fundamentales de libertad de personas no directamente comprometidas.

(4) Policía Secreta del Tercer Reich (Nota de Traductor).

(5) Policía Secreta del antigua República Democrática Alemana (Nota de Traductor).

2. DOÚTRINA NACIONAL

O “SABE” E O “DEVE SABER” COMO MODULADORES DA CULPABILIDADE – REFLEXÕES SOBRE INOVAÇÕES DA LEI 9.426/96

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

SUMÁRIO: 1. Considerações genéricas – 2. Postulados fundamentais das teorias do dolo e da culpabilidade – 3. Sentido e função das elementares “sabe” e “deve saber”, na definição do crime de receptação – 4. Reflexões sobre furto, roubo e receptação, segundo a Lei 9.426/96: 4.1 Furto de veículo automotor; 4.2 Roubo com novas majorantes: 4.2.1 Roubo de veículo automotor; 4.2.2 Roubo de veículo automotor com seqüestro da vítima; 4.2.3 Elevação da pena mínima no roubo qualificado; 4.3 Receptação: 4.3.1 Novas figuras da Lei 9.426: transportar – conduzir; 4.3.2 Receptação e favorecimento; 4.3.3 Receptação qualificada; 4.3.4 Paradoxal punição da receptação qualificada; 4.3.5 Elevação da pena da receptação majorada.

1. Considerações genéricas

O legislador brasileiro contemporâneo, ao definir as condutas típicas, continua utilizando as mesmas técnicas que eram adotadas na primeira metade deste século, ignorando a extraordinária evolução da Teoria Geral do Delito. Continua utilizando expressões, como “sabe” ou “deve saber”, que, outrora, eram adotadas para identificar a *natureza ou a espécie de dolo*. A utilização dessa técnica superada constitui uma demonstração evidente do desconhecimento do atual estágio da evolução do dolo e da culpabilidade. Ignora nosso legislador que a *consciência da ilicitude* não é mais elemento do dolo, mas da culpabilidade, e que tal *consciência*, por construção dogmática, não precisa mais ser *atual*, bastando que seja *potencial*, independentemente de determinação legal. A *atualidade* ou simples possibilidade de *consciência da ilicitude* servirá ape-

nas para definir o grau de censura, a ser analisado na dosagem de pena, sem qualquer influência na configuração da infração penal.

Essa técnica de utilizar em alguns tipos penais as expressões “sabe” ou “deve saber” justificava-se, no passado, quando a *consciência da ilicitude* era considerada, pelos causalistas, elemento constitutivo do dolo, a exemplo do *dolus malus* dos romanos, um *dolo normativo*. No entanto, essa construção está completamente superada como superada está a utilização das expressões “sabe” e “deve saber” para distinguir a natureza do dolo, diante da consagração definitiva da *teoria normativa pura* da culpabilidade, a qual retirou o dolo da culpabilidade colocando-o no tipo, extraindo daquele a *consciência da ilicitude* e situando-a na culpabilidade, que passa a ser puramente normativa.

Para entendermos melhor a nossa crítica sobre a equivocada utilização das

expressões “sabe” e “deve saber”, nas construções dos tipos penais, precisamos fazer uma pequena digressão sobre a evolução da teoria do delito, particularmente em relação ao dolo e à culpabilidade.

Com efeito, a teoria do delito encontra no finalismo um dos mais importantes pontos da sua evolução. Uma das mais caras contribuições da teoria finalista, que fora iniciada pelo *normativismo neokantiano*, foi a *extração* da culpabilidade de todos aqueles *elementos subjetivos* que a integravam até então e, assim, dando origem a uma concepção normativa “pura” da culpabilidade, a primeira construção verdadeiramente normativa, no dizer de Maurach.

Como se sabe, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o *injusto*, retirando-os de sua tradicional localização a culpabilidade, com o que a *finalidade* é levada ao centro do injusto. Como consequência, na culpabilidade concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a *reprovabilidade* da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação repousa no próprio injusto.¹

O conteúdo da culpabilidade finalista exhibe substanciais diferenças em relação ao modelo *normativo neokantiano*, que manteve dolo e culpa como seus elementos. Diga-se, mais uma vez, que enquanto na *concepção causalista* o dolo e a culpa eram partes integrantes da culpabilidade, no *finalismo*, passam a ser elementos, não desta, mas do injusto. E também, na *corrente finalista*, se inclui o *conhecimento da proibição* na culpabilidade, de modo que o *dolo* é entendido somente como *dolo natural* (puramente psicológico) e não como no *causalismo*, que era considerado como o *dolus malus* dos romanos, constituído de

vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida.²

2. Postulados fundamentais das teorias do dolo e da culpabilidade

Para melhor compreendermos a estrutura do dolo e da culpabilidade e, particularmente, a desintegração e reestruturação de ambos, faz-se necessário, pelo menos, passar uma vista d'olhos na evolução das teorias do dolo e da culpabilidade.

A *Teoria Extremada do Dolo*, a mais antiga, situa o dolo na culpabilidade e a *consciência da ilicitude*, que deve ser *atual*, no próprio dolo. Defende a existência de um *dolo normativo*, constituído de: vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida (*consciência atual da ilicitude*). Por isso, para esta teoria, o *erro jurídico-penal*, independentemente de ser erro de tipo ou erro de proibição, exclui sempre o dolo, quando inevitável, por anular ou o *elemento normativo* (consciência da ilicitude) ou o *elemento intelectual* (previsão) do dolo. Equipara, assim, as duas espécies de erro quanto aos seus efeitos.³

A expressão “deve saber”, se for considerada como indicativa de dolo — direto ou indireto —, revive, de certa forma, a superada *teoria limitada do dolo*, com sua “cegueira jurídica”, sugerida por

(2) Manuel Vidaurri Aréchiga. *La culpabilidad en la doctrina jurídico-penal española* (tese de doutorado, inédita), Universidade de Sevilha, p. 116.

(3) Muñoz Conde. *El error...* p. 26-31. Para maior aprofundamento das teorias do dolo e teorias da culpabilidade, ver: Francisco de Assis Toledo. *Teorias do dolo e teorias da culpabilidade*, RT, v. 566, ano 1982; Jorge de Figueiredo Dias. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1987. p. 150.

(1) Mir Puig. *Derecho penal...* p. 470.

Mezger, ao recriar uma espécie de “dolo presumido”. Na verdade, para relembrar, a *teoria limitada do dolo* foi apresentada como um aperfeiçoamento da teoria extremada e, procurando evitar as lacunas de punibilidade que esta possibilitava, equiparou ao “conhecimento atual da ilicitude”, a “cegueira jurídica” ou “inimizade ao direito”. Segundo Welzel,⁴ o aperfeiçoamento da *teoria estrita do dolo* foi buscado, sem sucesso, de duas formas: criando, de um lado, um tipo auxiliar de “culpa jurídica”, pela falta de informação jurídica do autor, e, de outro lado, pela relevância da “cegueira jurídica” ou “inimizade ao direito”, adotadas pelo Projeto de Código Penal de 1936. Para Mezger, há casos em que o autor do crime (normalmente um delinquente habitual) demonstra desprezo ou indiferença tais para com os valores do ordenamento jurídico que, mesmo não se podendo provar o conhecimento da antijuridicidade, deve ser castigado por crime doloso.⁵ De certa maneira, ainda que por via transversa, com essa “equiparação” ou “ficcão”, Mezger substituiu, na teoria limitada do dolo, o *conhecimento atual* da ilicitude pelo *conhecimento presumido*, pelo menos nesses casos. Assim, Mezger, seu grande idealizador, introduziu, finalmente, o polêmico elemento denominado *culpabilidade pela condução de vida*, criando, dessa forma, a possibilidade de condena-

ção do agente não por aquilo que ele faz, mas por aquilo que ele é, dando origem ao combatido Direito Penal de Autor.

No entanto, essa proposição de Mezger, de *presumir-se* o dolo quando a ignorância da ilicitude decorresse de “cegueira jurídica” ou de “animosidade com o direito”, isto é, de condutas incompatíveis com uma razoável concepção de direito ou de justo, não foi aceita, diante da incerteza de tais conceitos.⁶ A mesma sorte merece ter a expressão “deve ou deveria saber”, que cria uma espécie de “dolo presumido”, dissimulador de *autêntica responsabilidade objetiva*, incompatível com a teoria normativa pura da culpabilidade. A mesma rejeição recebida pela variante da teoria do dolo, sugerida por Mezger, deve ser endereçada às construções jurídicas que se utilizam de subterfúgios como as expressões antes referidas, por violarem o princípio da culpabilidade.

No entanto, as teorias do dolo – estremada e limitada – caíram em desuso, ante a reforma penal alemã, desta metade do século XX, que aderiu aos princípios fundamentais das teorias da culpabilidade.

Não se pode perder de vista que a *teoria estrita da culpabilidade* parte da reelaboração dos conceitos de *dolo* e de *culpabilidade*, empreendida pela doutrina finalista, com a qual surgiu, cujos representantes maiores foram Welzel, Maurach e Kaufmann. Esta teoria separa o *dolo* da consciência da ilicitude. Assim, o dolo, no seu aspecto puramente psicológico – dolo natural –, é transferido para o *injusto*, passando a fazer parte do tipo penal. A *consciência da ilicitude* e a *exigibilidade de outra condu-*

⁽⁴⁾ Hans Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. de José Cerezo Mir. Barcelona : Ariel, p. 106.

⁽⁵⁾ Mezger em edições posteriores explicou que “a *hostilidade ao direito*” é equiparável ao dolo em suas consequências jurídicas, e não no seu *conceito*, como entenderam alguns. Edmund Mezger. *Derecho penal, parte general*, México : Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 251.

⁽⁶⁾ Mezger fez essa sugestão em 1952, segundo Juan Córdoba Roda. *El conocimiento de la antijuridicidad...* p. 62.

ta passam a fazer parte da culpabilidade, num puro *juízo de valor*. A culpabilidade passa a ser um pressuposto básico do juízo de censura.⁷

Enfim, dolo e consciência da ilicitude são, portanto, para a teoria da culpabilidade, conceitos completamente distintos e com diferentes funções dogmáticas. Como afirma Muñoz Conde,⁸ “o conhecimento da antijuridicidade, tendo natureza distinta do dolo, não requer o mesmo grau de consciência; o conhecimento da antijuridicidade não precisa ser atual, pode ser simplesmente potencial...”.

3. Sentido e função das elementares “sabe” e “deve saber”, na definição do crime de receptação

Dolo é o conhecimento e a vontade da realização do tipo penal. Todo dolo tem um aspecto intelectual e um aspecto volitivo. O aspecto intelectual abrange o *conhecimento atual* de todas as circunstâncias objetivas que constituem o tipo penal.⁹

Para a configuração do dolo exige-se a consciência daquilo que se pretende pra-

ticar. Essa consciência, no entanto, deve ser *atual*, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. É insuficiente, segundo Welzel, a *potencial consciência* das circunstâncias objetivas do tipo, posto que prescindir da *consciência atual* equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção.¹⁰

A previsão, isto é, a representação ou consciência, deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos ou normativos. Mas essa *previsão* constitui somente a *consciência dos elementos integradores do tipo penal*, ficando fora dela a *consciência da ilicitude* que, como já afirmamos, está deslocada para o interior da culpabilidade.¹¹ É desnecessário o conhecimento da proibição da conduta, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição do tipo.

A Lei 9.426/96, ao disciplinar o crime de receptação, utilizou as expressões “‘sabe’ ser produto de crime” (*caput*) e “‘deve’ saber ser produto de crime”, no § 1.º do mesmo dispositivo. A velha doutrina ao analisar as expressões “sabe” e “deve saber” via em ambas a identificação do elemento subjetivo da conduta punível: o *dolo direto* era identificado pela elementar “sabe” e o *dolo eventual* pela elementar “deve saber” (alguns autores identificavam, neste caso, a cul-

(7) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal...* p. 355. “(...) A *teoria limitada da culpabilidade* tem muitos pontos em comum com a teoria extrema da culpabilidade. Ambas situam o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade; adotam o erro de tipo como excludente do dolo e admitem, quando for o caso, o crime culposos; defendem o erro de proibição inevitável como causa de exclusão da culpabilidade, sem possibilidade de punição a qualquer título (dolo ou culpa). Diferem somente no tratamento do erro que incidir sobre as causas de justificação” (*Manual...* p. 356).

(8) Muñoz Conde. *El error...* p. 33. Para maiores detalhes, veja-se Welzel. *El nuevo sistema...* p. 112 *et seq.*

(9) Welzel. *Derecho penal alemán...* p. 96.

(10) Welzel. *Derecho penal alemán...* p. 96. No mesmo sentido, Gomez Benitez: “O momento cognoscitivo compreende o conhecimento real ou atual (não somente potencial) da realização dos elementos descritivos e normativos do tipo...” (*Teoría jurídica del delito – derecho penal, parte general*, Madrid : Civitas, 1988. p. 205).

(11) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal...* p. 235.

pa).¹² Aliás, foi provavelmente com esse sentido que se voltou a utilizar essas expressões, já superadas, na Lei 9.426/96.

Na hipótese do “sabe” – afirmavam os doutrinadores – há plena certeza da origem delituosa da coisa. Neste caso, não se trata de mera suspeita, que pode oscilar entre a dúvida e a certeza, mas há, na realidade, a plena convicção da origem ilícita da coisa receptada. Assim, a suspeita e a dúvida não servem para caracterizar o sentido da elementar “sabe”. Logo – concluíam – trata-se de *dolo direto*.

Na hipótese do “deve saber” a origem ilícita do objeto material, afirmavam, significa somente a possibilidade de tal conhecimento, isto é, a *potencial consciência da ilicitude do objeto*. Nas circunstâncias, o agente deve saber da origem ilícita da coisa, sendo desnecessária a ciência efetiva: basta a possibilidade de tal conhecimento. Dessa forma, na mesma linha de raciocínio, concluíam, trata-se de *dolo eventual*.¹³

No entanto, essa interpretação indicadora do dolo, através do “sabe” ou “deve saber”, justificava-se quando vigia, incontestavelmente, a *teoria psicológico-normativa* da culpabilidade, que mantinha o dolo como elemento da culpabilidade, situando a consciência da ilicitude no próprio dolo. Contudo, a sistemática hoje é outra: a elementar “‘sabe’ que é produto de crime” significa ter consciên-

cia da origem ilícita do que está comprando, isto é, ter consciência da ilicitude da conduta, e a elementar “deve saber”, por sua vez, significa a possibilidade de ter essa consciência da ilicitude. Logo, considerando que esse elemento normativo – consciência da ilicitude – integra a culpabilidade, encontrando-se, portanto, fora do dolo, leva-nos a concluir que as elementares referidas são indicativas de graduação da culpabilidade e não do dolo, como entendia a velha doutrina.

Em contrapartida, a *consciência do dolo* – seu elemento intelectual –, além de não se limitar a determinadas elementares do tipo, como “sabe” ou “deve saber”, não se refere à ilicitude do fato, mas à sua configuração típica, devendo abranger todos os elementos objetivos, descritivos e normativos do tipo. Ademais, o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, ao contrário da consciência da ilicitude, tem que ser atual, sendo insuficiente que seja potencial, sob pena de destruir a linha divisória entre dolo e culpa, como referia Welzel. Em sentido semelhante, manifesta Muñoz Conde,¹⁴ afirmando que: “O conhecimento que exige o dolo é o conhecimento atual, não bastando um meramente potencial. Quer dizer, o sujeito deve saber o que faz, e não haver devido ou podido saber”.

Na verdade, a admissão da elementar “deve saber” como identificadora de *dolo eventual* impede que se demonstre *in concreto* a impossibilidade de *ter* ou *adquirir o conhecimento da origem ilícita* do produto receptado, na medida em que tal conhecimento é presumido. E essa *presunção legal* não é outra coisa que autêntica responsabilidade objetiva: presumir o dolo onde este não existe. No

(12) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal, parte especial*. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. v. 1; Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979. v. V, p. 405; Damásio de Jesus. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1979. v. 2, p. 148, todos analisando o art. 130 do Código Penal.

(13) Damásio de Jesus, em recente artigo publicado no *Boletim do IBCCrim* 52, de março de 1997, p. 5-7.

(14) Muñoz Conde & Mercedes García Arán. *Derecho penal, parte general*. 2. ed. Valência : Tirant lo Blanch, 1996. p. 285.

entanto, reconhecendo-se a elementar “deve saber” como indicadora de *potencial consciência da ilicitude*, isto é, como elemento integrante da culpabilidade, poder-se-á demonstrar, quando for o caso, a sua inocorrência ou mesmo a existência de erro de proibição, permitindo uma melhor adequação da aplicação da lei. Com efeito, ante a reelaboração efetuada por Welzel do conceito de consciência de ilicitude, introduzindo-lhe o *dever de informar-se*, flexibilizou-se esse elemento, sendo suficiente a potencial consciência da ilicitude. No entanto, “não basta, simplesmente, não ter consciência do injusto para inocentar-se. É preciso indagar se havia possibilidade de adquirir tal consciência e, em havendo essa possibilidade, se ocorreu negligência em não adquiri-la ou falta ao dever concreto de procurar esclarecer-se sobre a ilicitude da conduta praticada”.¹⁵

Precisa-se, enfim, ter sempre presente que não se admitem mais presunções irracionais, iníquas e absurdas, pois, a despeito de exigir-se uma consciência profana do injusto, constituída dos conhecimentos auridos em sociedade, provindos das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, não se pode ignorar a hipótese, sempre possível, de não se ter ou não se poder adquirir essa consciência. Com efeito, nem sempre o *dever jurídico* coincide com a lei moral. Não poucas vezes o direito protege situações amorais e até imorais, contrastando com a lei moral, por razões de política criminal, de segurança social etc. Assim, nem sempre é possível estabelecer, *a priori*, que seja o crime uma ação imoral.¹⁶ A

ação criminosa pode ser, eventualmente, até moralmente louvável. A norma penal, pela sua particular força e eficácia, induz os detentores do poder político a avassalar a tutela de certos interesses e finalidades, ainda que contrastantes com os interesses gerais do grupo social.

Por derradeiro, constar de texto legal a *atualidade* ou potencialidade de consciência do ilícito é uma errônea intolérável, posto que a Ciência Penal encarregou-se de sua elaboração interpretativa. A constatação de sua atualidade ou mera possibilidade fundamentará a maior ou menor reprovabilidade da conduta proibida.

Concluindo, a *previsão*, isto é, o *conhecimento* deve abranger todos os elementos objetivos e normativos da descrição típica. E esse conhecimento deve ser atual, real, concreto e não meramente presumido. Agora, a *consciência do ilícito*, esta sim pode ser potencial, mas será objeto de análise somente no exame da culpabilidade, que também é predicado do crime.¹⁷

4. Reflexões sobre furto, roubo e receptação, segundo a Lei 9.426/96

Realizamos, apenas, uma análise sucinta das principais inovações trazidas pela lei epigrafada, nas definições dos tipos penais de furto, roubo e receptação. Apontamos somente as alterações apresentadas, nos termos a seguir.

4.1 Furto de veículo automotor

“Art. 155. (...)”

§ 5.º A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.”

(15) Cezar Roberto Bitencourt. *Teoria geral do delito*. São Paulo : RT, 1997. p. 206; *Manual de direito penal...* p. 352.

(16) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal...* p. 350; *Teoria geral do delito...* p. 205.

(17) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal...* p. 294; *Teoria geral do delito...* p. 152.

A Lei 9.426/96 cria uma nova figura de *furto qualificado*, distinta daquelas relacionadas no § 4.º do art. 155, sempre que a coisa móvel, objeto da ação, tratar-se de veículo automotor.

Com esta nova figura (§ 5.º) pretendeu-se inibir a conduta de *subtrair veículo automotor*, exasperando exageradamente a sanção correspondente, fixando-a entre três e oito anos de reclusão. Esta nova previsão merece, objetivamente, dois destaques: a) esqueceu-se de tipificar o chamado *furto de uso*, tão corriqueiro na atualidade, que, reconhecidamente, constitui figura atípica; b) para a configuração da nova qualificadora, não basta que a subtração seja de veículo automotor. É indispensável que este “venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”.

Com efeito, o simples *furto de uso* continua atípico. E os furtos de veículos automotores, em geral, não são atingidos pela nova qualificadora acrescentada pela referida lei. Em outros termos, as tradicionais e costumeiras subtrações de veículos automotores, que perturbam o cotidiano do cidadão, não são alcançadas pela nova qualificadora, se não vierem “a ser transportados para outros Estados ou para o exterior”.

Teria sido mais feliz a redação deste § 5.º, se tivesse, por exemplo, se utilizado do tradicional *elemento subjetivo do injusto*, isto é, prevendo, como *especial fim do agir*, a venda ou transporte para outro Estado ou para o exterior. Como se sabe, o *especial fim de agir*, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde. Efetivamente, os elementos subjetivos especiais do injusto especificam o dolo, sem com ele se confundirem. Não é necessário que se concretizem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor.

Paradoxalmente, fugindo completamente a tradição brasileira em relação aos crimes contra o patrimônio, a nova “qualificadora” deixou de cominar a *pena pecuniária*. Assim, diante do princípio da reserva legal, não se pode imaginar que essa supressão seja decorrência de “mero esquecimento” que, aliás, ainda que tenha ocorrido, será irrelevante. Resultado: não há previsão legal de pena de multa para esta hipótese.

Não apenas a subtração de veículo automotor, para uso, continua sendo uma figura atípica, como também a subtração de componentes do veículo, como pneus, rodas, motor, acessórios etc. não tipificam o furto qualificado do § 5.º, posto que a eles o texto legal não se refere. Restará, logicamente, a configuração do furto normal.

4.2 Roubo com novas majorantes

“Art. 157. (...)

(...)

§ 2.º (...)

(...)

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”.

4.2.1 Roubo de veículo automotor

Seguindo a *política criminal capitalista*, para a qual o patrimônio é muito mais valioso que a própria vida, que orientou a inclusão do § 5.º no art. 155, a Lei 9.426/96 transformou a mesma conduta de *subtrair automotores em majorante* do crime de roubo, com a inclusão do inc. IV no § 2.º do art. 157. Para a configuração desta nova majorante, no entanto, a exemplo do que ocorre no crime de furto, não basta que a subtração seja de veículo automotor. É indispensável que este “venha a ser transportado para outro Estado ou para o

exterior”, cuja atividade poderá caracterizar um *posterius* em relação ao crime anterior já consumado.

Quando, porém, esta majorante concorrer com qualquer das demais, previstas no mesmo parágrafo — que será a regra neste tipo de crime —, perde, praticamente, sua razão de ser, pois acabará funcionando somente como circunstância judicial (art. 68, parágrafo único), eis que não prevista como agravante.

4.2.2 Roubo de veículo automotor com seqüestro da vítima

“V — se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.”

Esta previsão, de todas as novidades trazidas por uma Lei não muito feliz (9.426/96), parece-nos a mais adequada. No entanto, essa restrição de liberdade poderá, dependendo das circunstâncias, assumir a natureza de outro delito, como, v.g., os dos arts. 148 e 159, em concurso com o crime de roubo. Por isso, é preciso cautela na análise desta questão, sob pena de deixar praticamente impune o crime de *seqüestro*. Assim, quando o *seqüestro* for praticado concomitante com o roubo de veículo automotor ou, pelo menos, como meio de execução do roubo ou como garantia contra ação policial, estará configurando a majorante aqui prevista. Agora, quando eventual seqüestro for praticado depois da consumação do roubo de veículo automotor, sem nenhuma conexão com a sua execução, não se estará diante da majorante especial, mas se tratará de concurso de crimes.

4.2.3 Elevação da pena mínima no roubo qualificado

“§ 3.º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão de sete (7) a quinze (15) anos, além da multa; se resulta

morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.”

No roubo qualificado pelo resultado — lesão grave —, a reclusão será de sete (aumentada pela Lei 9.426/96) a quinze anos, se for morte (latrocínio), será de vinte a trinta anos, como já previa a redação anterior. Antes da vigência desta lei, na hipótese de lesão grave, a pena mínima prevista era de cinco (5) e não sete (7) anos de reclusão. Foi um aumento isolado sem nenhuma justificativa lógica, política ou técnica, na medida em que não fez o mesmo em relação ao latrocínio. E, igualmente, não estendeu à extorsão (art. 158) as novas majorantes incluídas no § 2.º do art. 157.

4.3 Recepção

“Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

4.3.1 Novas figuras da Lei 9.426: transportar — conduzir

Como presente de Natal, o legislador brasileiro incluiu no *caput* mais estas duas condutas de “receptar”: “transportar” e “conduzir”, além de incluir os §§ 1.º e 2.º, desfigurando a recepção. Dificilmente *transportar* e *conduzir* poderão assumir a conotação sugerida pela definição de recepção, qual seja, a de acarretar a *manutenção, consolidação ou perpetuidade* de uma situação patrimonial anormal, ou simplesmente do *proveito* decorrente de um crime anterior praticado por outrem. Sugerindo melhor, como já afirmamos, a configuração de favorecimento e não recepção.

4.3.2 *Receptação e favorecimento*

O Código Penal de 1940 fez a distinção entre *favorecimento* e *receptação*: classificou o primeiro como crime contra a Administração da Justiça, a segunda, entre os crimes contra o patrimônio. O *animus lucrandi* é que distingue a receptação do favorecimento. As condutas de “transportar” ou “conduzir”, *enxertadas* pela Lei 9.426/96, não implicam, de regra, naquele *animus lucrandi*, próprio da receptação, constituindo uma verdadeira anomalia tipológica no direito pátrio, simples amostra da *criminosa retalhação* do Código Penal, que se está procedendo com a inflação diária, desordenada e descriteriosa de leis esparsas. *Transportar* e *conduzir* são, na realidade, duas condutas que se identificariam melhor com o *crime de favorecimento*, onde poderiam ter sido incluídas (arts. 348 ou 349), satisfazendo a fúria *terrorífico-funcionalista* do atual legislador.

4.3.3 *Receptação qualificada*

“Receptação qualificada

§ 1.º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:

Pena – reclusão, de três a oito anos.

§ 2.º Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.”

A simples inclusão no *caput* dos verbos *transportar* e *conduzir*, por si só, já desnaturou completamente o crime de receptação, que tem o sentido de receber, isto é, de adquirir, receber ou ocultar

coisa de procedência criminosa (Dicionário Aurelião). O paradoxo completa-se com a inclusão dos dois primeiros parágrafos, que estariam melhor situados em um *tipo penal autônomo*. No entanto, não se pode negar, está expresso no texto legal, trata-se de modalidade de “receptação qualificada”, apesar da inconformidade do Professor Damásio, pela absoluta falta de tecnicismo do texto legal.

De qualquer sorte, todas as condutas relacionadas no § 1.º somente tipificarão a “receptação qualificada”, se visarem proveito próprio ou alheio, *no exercício de atividade comercial ou industrial*, seja ele regular, irregular ou clandestino. A “fúria” cega as pessoas e embota o raciocínio, dificultando a avaliação adequada do sentido dos termos, expressões ou frases. O desejo de ser mais drástico e mais abrangente, por vezes, pode, ao mesmo tempo, tornar a previsão legal mais restritiva. Foi o que ocorreu neste caso, pois, nada impede que o agente *transporte, conduza, desmonte, monte ou remonte* – para ficar somente nas novidades – “coisa que deve saber ser produto de crime”, sem fazê-lo, no entanto, “no exercício de atividade comercial ou industrial”, regular ou irregular. Nesse caso, tais condutas não se amoldariam à figura da receptação qualificada.

4.3.4 *Paradoxal punição da receptação qualificada*

A injustificável *excessiva exasperação* da “receptação qualificada” já era censurada pelo saudoso Hungria, referindo-se à *equivocada* redação original do Código de 1940, que destacava: “Em código algum figura a receptação com pena aprioristicamente mais grave do que a daqueles de que pode provir”. E, prosseguia Hungria: “No direito brasi-

leiro, a tradição constante foi no sentido da menor punibilidade da receptação, em confronto com o crime de que deriva".¹⁸ Lamentavelmente, voltamos a praticar os velhos e condenáveis erros do passado, exasperando, desproporcionalmente, as sanções penais.

4.3.5 *Elevação da pena da receptação majorada*

"§ 6.º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* aplica-se em dobro."

Além de criar a esdrúxula *receptação qualificada*, o legislador aproveitou para elevar a punição da receptação majorada, determinando, nessa hipótese, que a pena prevista no *caput* (1 a 4 anos) aplica-se em dobro. A redação anterior, que era do § 4.º, cominava a pena de um (1) a cinco (5) anos, que agora, partirá, no mínimo, de dois (2) anos.

Enfim, na receptação, a Lei 9.426/96 acrescentou os dois primeiros parágrafos, reenumerou os outros quatro, com pequenas alterações, além de incluir no *caput* do art. 180 os verbos núcleos "transportar" e "conduzir".¹⁹

(18) Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. v. VIII, p. 311-316.

(19) Estas anotações, especificamente sobre os tipos penais, encontram-se em: Luiz Regis Prado & Cezar Roberto Bitencourt. *Código Penal anotado*. São Paulo : RT, 1997.

2. DOUTRINA NACIONAL

SUSPENSÃO DO PROCESSO EM FACE DA REVELIA COMENTÁRIOS À LEI 9.271, DE 17 DE JUNHO DE 1996

FAUZI HASSAN CHOUKR

SUMÁRIO: 1. Fundamentos políticos da lei: 1.1 Aprimoramento do contraditório e da ampla defesa: a busca de sua efetividade – uma visão *ex parte populi*; 1.2 Aprimoramento da execução da pena justamente imposta: uma visão *ex parte principii*; 1.3 Eficácia das garantias constitucionais como premissa para a cooperação penal internacional – 2. A suspensão do processo em face da revelia no direito comparado: 2.1 Itália; 2.2 Espanha; 2.3 França; 2.4 Portugal; 2.5 Alemanha; 2.6 Argentina; 2.7 Colômbia; 2.8 Sistema da *commom law*: Inglaterra e Estados Unidos – 3. Algumas conclusões em face da análise do direito comparado – 4. A situação no direito brasileiro: causas de suspensão do processo: 4.1 Ausência de intimação pessoal da pronúncia; 4.2 Exceções; 4.3 Conflito de jurisdição/atribuições; 4.4 Incidente de insanidade; 4.5 Questões prejudiciais; 4.6 No art. 89 da Lei 9.099/95 – 5. A suspensão do processo em face da revelia: seus requisitos: 5.1 Citação editalícia; 5.2 Não comparecimento do denunciado; 5.3 Não nomeação do defensor – 6. Consequências da suspensão em face da revelia: 6.1 Interrupção do prazo prescricional; 6.2 Determinação cautelar de produção de provas; 6.3 Decretação da prisão preventiva – 7. Questões polêmicas da lei em pauta: 7.1 Natureza da norma penal, processual penal ou mista; 7.2 *Dies ad quem* – um caso de imprescritibilidade disfarçada?; 7.3 Meios de impugnação da decisão suspensiva; 7.4 Suspensão do processo já em fase recursal; 7.5 Um caso à parte: suspensão pela revelia e a Lei 9.099/95: a frustração da celeridade tão almejada – 8. Ponto final para reflexão: Há a efetiva proteção às garantias constitucionais fundantes da lei?

1. Fundamentos políticos da lei

A incompatibilidade do desenvolvimento de uma relação processual sem a presença do acusado com a efetiva proteção das garantias constitucionais integrantes do chamado *due process of law*, vem sendo ponto de preocupação da doutrina processual firmemente engajada com os valores constitucionais do processo.

Não por outro motivo, Grinover, na condição de uma das mais expressivas fontes doutrinárias da Escola Proces-

sual de São Paulo,¹ enfatizou a necessidade de conferir ao acusado não apenas o conhecimento formal da imputação, mas, sobretudo, a ciência concreta e substancial da acusação que se lhe recai, para que possa, assim, exercer

(1) Para uma análise histórica da ora denominada Escola Processual de São Paulo, veja, entre outros, Ada Pellegrini Grinover. A modernidade no direito processual brasileiro. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro : Forense, p. 3, 1996; Frederico Marques, J. *A Escola Processual de São Paulo*. São Paulo : Saraiva.

plenamente o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, em atendimento ao Executivo Federal, a Escola Processual de São Paulo, através do Instituto Brasileiro de Direito Processual, trabalhou em projetos de modernização do Código de Processo Penal em inúmeras vertentes, sendo uma delas a remodelação do aparato instrumental penal no que tange à ciência dos atos processuais para que desaparecesse o processo sem a presença concreta do acusado, vez que assim “evita-se o quase sempre inútil processo à revelia que leva a centenas de expedições de mandados de prisão descumpridos, sem risco de impunidade, dada a suspensão do prazo prescricional, que incentivarão o acusado a comparecer para efetivamente defender-se”.²

1.1 Aprimoramento do contraditório e da ampla defesa: a busca de sua efetividade — uma visão ex parte populi

As garantias constitucionais integrantes do devido processo legal apresentam uma dupla hipótese de abordagem. Na linguagem de Lafer, podem ser encaradas pela ótica do acusado (*ex parte populi*) ou pela ótica do Estado (*ex parte principi*), dicotomia esta não excludente, mas sim complementar e, mais do que isto, interdependente, na medida em que se legitimam os componentes do binômio reciprocamente.³

Para o processo penal, tal distinção apresenta-se com a roupagem compreendida nos vocábulos “garantia” e “efi-

ciência”, que, conjugados, devem conduzir a um resultado de equilíbrio, ao menos enquanto ideal teórico, mas de reconhecida dificuldade de operacionalização na prática.⁴

Na linhagem “garantia” está toda a preocupação com a substancial participação do acusado na tarefa de construção de uma relação processual penal contraditória em sua plenitude, com o exercício total da ampla defesa e do próprio contraditório.

Mais ainda. Com a contemporânea vinculação desta última garantia ao direito à prova⁵ pode-se concluir que a ausência do réu macula a própria construção da verdade processual, colocando em risco a estrutura acusatória constitucionalmente construída. Afinal, dizer-se que o processo penal almeja ser um “processo de partes” e dar a uma delas a aparição meramente formal é fazer apenas um jogo retórico sem qualquer repercussão no mundo dos fatos.

1.2 Aprimoramento da execução da pena justamente imposta: uma visão ex parte principi

Se o aspecto garantidor da norma está respaldado na concreta atuação do contraditório e da ampla defesa, a visão *ex parte principi* aparece na necessidade de aplicação da pena imposta de forma com que ela possa cumprir o fim a que se

(2) GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 306.

(3) Veja nosso *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo : RT, 1995, em especial capítulo primeiro

(4) Para a mais vasta abordagem do pensamento garantista no direito e processo penal, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*. Trad. espanhola de Perfecto André Ribañez e outros. Madrid : Editorial Trotta, 1995.

(5) Na doutrina brasileira a palavra abalizada de Gomes Filho (Antonio Magalhães), *Direito à prova no processo penal*. São Paulo : RT, 1997, vincula a construção do direito à prova com a garantia do contraditório.

destina, seja qual for o objetivo que se queira dar à pena.

É um pensamento válido sob todos os aspectos. De nada adianta o dispêndio do dinheiro público e a celebração de um ritual envolvendo inúmeros personagens da administração da Justiça para, ao final, ser inócuo o resultado de toda marcha processual. Por outro lado, a legitimidade do sistema é colocada em posição comprometedora cada vez que um processo se desenrola culminando com um comando condenatório que acaba não modificando o mundo da vida. Na leitura popular do problema, este quadro recebe o nome de impunidade, que alimenta o descrédito para com a Justiça penal. Também por este aspecto a suspensão do processo em face da revelia traduz um aprimoramento da estrutura processual penal.

1.3 Eficácia das garantias constitucionais como premissa para a cooperação penal internacional

Há um terceiro flanco de abordagem para os fundamentos políticos da suspensão do processo pela ausência inicial do acusado, o da cooperação penal internacional, especificamente neste ponto merecendo destaque o tema da extradição, tradicionalmente visto pela ótica *ex parte principi*,⁶ mas que vem progressivamente alterando seu perfil.

Assim pode-se entender a advertência de Grinover, quando aduz que o processo à revelia compromete a cooperação penal

internacional, compreendido aí, sobretudo, o processo de extradição, sendo que “em muitos tratados bilaterais de extradição e em diversas leis internas está prevista a possibilidade de recusa de cooperação judicial pelo Estado requerido quando o país requerente tenha condenado o réu à revelia, podendo a extradição ser concedida caso o Estado requerente se comprometa a submeter o acusado a novo julgamento, com observância das garantias mínimas do efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa”.⁷

Com efeito, no cenário internacional, a extradição, enquanto um dos principais instrumentos da cooperação em matéria penal, está sustentada em normas protetoras dos denominados direitos e garantias fundamentais estabelecidos, de regra, nas Convenções Internacionais dentro dos grandes sistemas.⁸

Na seqüência, tais normas passam a ter guarida expressa nas Constituições, como é o próprio caso brasileiro, a teor do disposto no art. 5.º, § 2.º, que compartilha, assim, a “nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados”, no dizer de Cançado Trindade.⁹

(7) GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 42, encarte especial sobre a Lei 9.271/96.

(8) Os grandes sistemas, em especial, são os previstos no contexto americano (OEA) e europeu (CCE), além de outros (como a Liga Árabe) onde a tradição na proteção aos direitos humanos ainda não se fixou por completo.

(9) C.T. Antonio Augusto, Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Instrumental*

(6) Neste sentido a advertência de Lagodny & Reisner: “Extradition treaties are made for the benefit of the governments concerned”, in *Extradition treaties, human rights and “emergency-brake” judgements. A comparative european survey. International Penal Law Review*, 65.

No que de perto interessa ao caso brasileiro, a Convenção Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) possui regra específica quanto ao direito de o acusado ser pessoalmente comunicado da acusação contra ele lançada a teor do disposto no art. 8.º, 2, b, que dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem direito à comunicação prévia e pormenorizada da imputação lançada,¹⁰ no sendo o caso de abordar, ao menos por ora, a tormentosa discussão sobre a hierarquia da norma internacional zeladora de garantias fundamentais em relação àquelas de direito interno.¹¹

A relação de tais normas para com a extradição é assaz complexa, vez que esta, em si mesma, apresenta-se multifacetária. Nesse sentido, e de acordo com Araújo Júnior, podemos encontrar dentre as inúmeras espécies de extradição a chamada extradição processual e a executiva, aquela destinada a fazer com que uma pessoa seja processada e, esta última, tendo como finalidade a submissão ao cumprimento de uma pena regularmente imposta.¹²

tos internacionais de proteção dos direitos humanos, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Série Documentos, São Paulo, v. 14, 1996.

(10) Neste ponto seria despidiendo esclarecer que não se trata de comunicação ao defensor técnico, mas sim ao próprio réu. Quando a Convenção quis falar em defensor técnico assim o fez, mencionando expressamente a presença do advogado e a assistência por ele prestada.

(11) Para uma visão do assunto, entre outros, consulte Mirtô Fraga. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

(12) ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. La Extradición. *Curso de cooperación penal*

No plano internacional, como apontam Lagodny & Reisner, *sentences of contumacy/rendered in absentia are dealt in two ways: first, they are treated as a complete bar to extradition. The extradition may only be granted if the fugitive's rights of defense had duly been respected or/and if he had fairly been represented in court during the trial in contumacy... Second, the violation of the extraditee's defense rights are to be remedied after the extradition... the extradition shall be granted if the requesting Party gives an assurance considered sufficient to guarantee to the person claimed the right to a retrial which safeguards to the rights of defense*".¹³

Observa-se, pois, que, enquanto prática, o julgamento à revelia que dá origem a um pedido de extradição (extradição executiva) não é um óbice intransponível, mas, sem dúvida, é um fator de complicação para o deferimento do pedido que, em contrapartida, será mais facilmente aceito se o título condenatório tiver sido produzido com a presença concreta do acusado.

É de ser destacado que no contexto europeu, onde há concordância dos países integrantes do Conselho da Europa à jurisdição da Corte Internacional de Justiça, as violações dos direitos fundamentais no deferimento da extradição podem ser sanados pelos pronunciamentos daquela Corte, inclusive no que tange à plenitude do direito de defesa e seu tema ora correlato, o julgamento à revelia, situa-

internacional, Carlos Alvarez Editor, Rio de Janeiro, 1994, p. 151 *et seq.*

(13) Otto Lagodny & Sigrun Reisner. Extradition treaties, human rights and "emergency-brake" judgements. A comparative european survey. *International Review of Penal Law*, 65, p. 558.

ção esta sem similar no caso brasileiro, vez que não aceitamos a jurisdição da Corte Interamericana de Justiça.

O palco internacional pode ainda ser útil para que se tenha uma idéia do posicionamento do tratamento da matéria em outros ordenamentos sem, contudo, procurar com isto a adoção irrestrita de outras soluções ao sistema brasileiro. Serve como ponto de reflexão e aprendizado. Na já desgastada imagem, é o tiro de partida, não a faixa de chegada.

A suspensão do processo em face da revelia no direito comparado

- Itália
- Espanha
- França
- Portugal
- Alemanha
- Argentina
- Colômbia
- Sistema da *commom law*: Inglaterra e Estados Unidos

2. A suspensão do processo em face da revelia no direito comparado

Para a análise da situação da suspensão do processo no direito comparado é forçoso ter em conta a distinção das causas de suspensão – assim como no direito brasileiro –, na medida em que a interrupção da marcha processual pode se dar pelo acordo entre as partes e não necessariamente pela revelia.

Outro ponto que merece ser colocado em destaque desde logo em termos de direito comparado é o do tratamento diferenciado para cada tipo de procedimento. Necessariamente não é idêntico o tratamento da suspensão do processo em face da ausência do acusado em todos os tipos procedimentais. Como se verá, nos procedimentos destinados à

apuração de delitos de menor gravidade existe certa tolerância para a ausência do acusado não citado de forma direta.

Por fim, é necessário distinguir a razão da ausência do acusado no processo e, nesse ponto, basicamente as situações são as seguintes: o acusado foi regularmente citado e deixou de comparecer espontaneamente; o acusado foi regularmente citado e não compareceu devido a caso fortuito ou força maior e, por fim, o acusado não foi encontrado para ser pessoalmente citado. Das três hipóteses, esta última é a que mais diretamente importa ao presente estudo.

2.1 Itália

Dentre as hipóteses acima invocadas, o direito processual penal italiano prevê nos arts. 486 e 487 a disciplina da suspensão do processo em face da ausência do acusado na fase de debates motivada por caso fortuito ou força maior, dispondo que, nesses casos, “il giudice con ordinanza, anche di ufficio, sospende o rinvia il dibattimento, fissa la data della nuova audienza e dispone che sia rinnovata la citazione a giudizio” (art. 486, I).

Já no art. 487 existe a previsão da contumácia e, uma vez certificado o pleno conhecimento pelo acusado com relação a imputação, e não sendo o caso de ocorrência de caso fortuito ou força maior, o juiz declara a contumácia, designando nova data de audiência, até a qual o acusado ausente poderá justificar sua falta na audiência anterior e fazer desta forma com que a pronúncia da contumácia seja revogada.

Ambas as situações exigem, entretanto, a plena ciência do acusado da imputação que se lhe pesa tendo, inclusive, o magistrado a possibilidade de renovar a citação caso haja, a seu juízo,

dúvida quanto ao pleno conhecimento pelo acusado quanto ao teor da acusação (art. 485).

Tais situações divergem da ausência de conhecimento pelo réu do teor da imputação. No entanto, pelo disposto no art. 489 daquele diploma legal, pode-se deduzir que existe a possibilidade de início do processo com o réu ausente. Isto é extraído do inc. 1 do mencionado artigo, que dispõe: "l'imputato già contumace che prova di non avere avuto conoscenza del procedimento a suo carico, può chiedere di rendere le dichiarazioni previste dall'articolo 494...". A contumácia (ausência do imputado) pode ser declarada quando desconhecido por ele o teor da imputação.

O direito processual penal italiano prevê o esgotamento de meios para localização direta do imputado (mecanismos previstos no art. 157 *et seq.*) e culmina com a disposição do art. 159, 2, que prevê "le notificazioni in tal modo eseguite sono valide a ogni effetto. L'irreperibile è rappresentato dal difensore".

2.2 Espanha

No direito processual penal, conforme lição de Gimeno Sendra¹⁴ *et alii*: "No resultando imprescindible la presencia del inculpaado a lo largo de las diligencias de investigación, en cambio, para celebrar el juicio oral, el acusado ha de estar físicamente presente o a disposición del tribunal durante sus sesiones; es decir, no puede celebrarse el juicio y dictar una sentencia si el acusado ha sido declarado en rebeldía...", admitindo-se exceções de acordo com o tipo de proce-

dimento de que se trata. Pode-se concluir de uma forma geral que os procedimentos abreviados, apropriados a delitos de menor significação, admitirão a atenuação da regra geral.

2.3 França

No direito francês a regra do art. 412 do Código de Processo Penal estabelece que "si la citation n'a pas été délivrée à la personne du prévenu, et si'il n'est pas établi qu'il ait eu connaissance de cette citation, la décision, au cas de non-comparution du prévenu, est rendue par défaut", mas, como aponta Pradel, esta decisão tem eficácia extremamente restrita vez que não poderá ser objeto de execução enquanto o condenado não tiver pleno conhecimento de seu teor e refutá-la se assim o desejar.¹⁵

2.4 Portugal

No direito processual penal português, ao lado das causas de suspensão do processo previstas para a composição entre as partes dentro das hipóteses previstas na legislação penal material (e que, em comparação com a disciplina no direito brasileiro mais se assemelham aos casos estipulados no art. 89 da Lei 9.099/95), existe disciplina muito próxima daquela ora abordada, cujo conteúdo está disciplinado no art. 33 *et seq.* do Código de Processo Penal.

Com efeito, na fase de debates, uma vez constatada a ausência do "arguido", será sobrestado o feito, será providenciada sua notificação por edital (art. 335), dando-se-lhe o prazo de trinta dias para comparecimento, findo o qual será declarada sua contumácia.

(14) G.S. Vicente, Moreno Catena, Victor e Cortes Dominguez. *Derecho procesal - Proceso penal*. Madrid: Tirant le Blanch. 1992, especialmente p. 169.

(15) P. Jean. *Droit pénal comparé*. Paris: Dalloz, 1995, especialmente p. 526.

Aproximando ainda mais a legislação lusitana da disciplina pátria, o art. 336 dispõe sobre a suspensão do processo até a apresentação do acusado, sem prejuízo da realização dos atos urgentes. Ou seja "aqueles cuja demora possa acarretar perigo para a aquisição ou conservação da prova, ou para a descoberta da verdade, nomeadamente à tomada de declarações das pessoas..." (art. 320).

No entanto, é de ser acrescentado que tal regra sofre certa mitigação à luz do disposto no art. 334, que prevê a possibilidade da continuação do procedimento desde que o caso se enquadre dentro das hipóteses previstas para o rito sumaríssimo.

2.5 Alemanha

A situação no direito alemão é mais rígida, não sendo aceita a persecução penal na ausência do acusado, desde que esta ausência não seja voluntariamente causada pelo réu. Como mencionou Pradel na sua já citada obra, como "... règle original, les débats peuvent avoir lieu en son absence dès lors que ces débats sont nécessaires à la préservation de la preuve, 'pour conserver les preuves en vue d'une comparaison future' (par. 285, al. 1 St Po); mais dans l'immediat, le tribunal doit prononcer la relaxe".¹⁶

2.6 Argentina

Já no contexto sul-americano, dentro do projeto de reforma geral dos códigos instrumentais penais, destaca-se o Código Nacional Argentino que, para a ausência do acusado, possui regra específica contida no art. 288 *et seq.*, em especial o 290, dispondo que "la

declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar".

Observa-se, pois, a mesma preocupação em face de medidas de ordem cautelar, como a produção de provas e a preservação daquilo que eventualmente já tiver sido objeto de produção. A declaração de "rebeldia" poderá ser revista com o comparecimento do réu e a prova da justificação de sua ausência ou mesmo do desconhecimento à época da declaração da existência da acusação que lhe recaía.

2.7 Colômbia

No direito colombiano a hipótese de não localização do réu segue o disposto no art. 192, ao disciplinar "las providencias que se dicten en el curso de cualquier diligencia relacionada con ésta, se considerarán notificadas en ella aunque no hayan concurrido los sujetos procesales, siempre que se hayan respetado las garantías fundamentales", sendo possível deduzir quanto ao prosseguimento normal do procedimento com a certificação da ausência, pelo teor do art. 385 *et seq.*

2.8 Sistema da common law: Inglaterra e Estados Unidos

O sistema da *common law* não admite, via de regra, a realização do processo sem a presença do acusado, vez que "one of the principal reasons for having a criminal trial is to require the prosecution to prove its case in open court, if it can, and to allow the defendant

⁽¹⁶⁾ Pradel. Op. loc. cit.

the opportunity to contest the case. A system in which decisions on guilt or innocence are taken behind closed doors without a proper opportunity to make a defense fails to achieve this ideal", na lição de Ashworth.¹⁷

Certo é que existem algumas exceções, principalmente na prática estadunidense, com a possibilidade da realização do procedimento mesmo na ausência do acusado, mas não se admite a possibilidade do início da persecução penal sem que o acusado tenha tido conhecimento direto do teor da imputação, sobretudo pelo exercício de admissão ou não da culpa (*plea of guilt*).

Pode-se igualmente concluir pela coerência de tal posição também nas relações internacionais envolvendo a Inglaterra (mais exatamente o Reino Unido) quando opôs reserva à cláusula do julgamento à revelia na Convenção do Conselho da Europa sobre Extradição (originalmente de 1957, com dois¹⁸ protocolos suplementares em 1975 e 1978) e praticamente em todos os seus tratados bilaterais para extradição existe cláusula expressa quanto à *contumacy*, exceção feita àquele firmado com os Estados Unidos (junho/1972), vez que ambos não prevêm a possibilidade do julgamento à revelia.

3. Algumas conclusões em face da análise do direito comparado

Pela abordagem junto aos sistemas visitados, pode-se extrair como regra

geral que o modelo da *common law*, no que tange à ausência do réu pela falta de conhecimento da acusação, é absolutamente intolerante. Com efeito, ainda que exceções possam vir a ser notadas no desenrolar do procedimento, fato é que ele não tem início sem o necessário conhecimento pelo acusado. Neste sentido, pois, não há que falar em suspensão do processo, mas sim em sua não instauração.

No que tange aos países adotantes do modelo da *civil law*, a situação é mais heterogênea. Com efeito, para o tema que nos interessa há países que vedam simplesmente a continuidade do processo sem a presença do acusado, suspendendo o curso da marcha processual e, ao mesmo tempo, facultando a produção de meios de prova em sede cautelar (Portugal), enquanto outros mantêm a continuidade do procedimento, mas não dão à sentença de caráter condenatório qualquer possibilidade de execução antes que o condenado possa a ela se opor (França).

A situação brasileira enquadra-se marcadamente na primeira espécie de países dentro do contexto da *civil law*, rompendo assim larga "tradição" do direito pátrio, desde sempre influenciado pelas raízes portuguesas, agora também modernizadas.

Para completar a similitude com o direito português, é forçoso lembrar que o art. 125.º do Código de Processo Penal daquele país prevê como causa interruptiva da prescrição a declaração da contumácia (1, *b*), voltando a correr a prescrição a partir do dia em que cessar a causa da suspensão (2), repetindo-se o mesmo dispositivo no Código Penal alemão, em seu art. 69, § 1.º, ao dispor que "suspende-se a prescrição durante o tempo em que, com base em dispositivo legal, a ação penal não pode ser iniciada

(17) Andrew. *Criminal process – An evaluative study*. Oxford : Clarendon Press, 1995. p. 55, em especial.

(18) Há a mesma situação nos tratados bilaterais firmados com Bélgica (outubro/1901), Cuba (outubro/1901) e Equador (setembro/1880), mas por outras razões em relação a Cuba.

ou prosseguida". As diferenças entre os termos "suspensão" e "interrupção" presentes nos textos acima citados e seus reflexos no quadro brasileiro serão mencionados em outro ponto deste trabalho.

Cabe ainda um último ponto de destaque. Ainda nos países que não admitem o processo ante a ausência do acusado, vez que não pessoalmente citado, tal situação é atenuada de acordo com o tipo de procedimento que está em curso. A lição é bastante clara: existe espaço de tolerância para ausência do acusado como nos procedimentos sumaríssimos da legislação portuguesa, situação esta que não foi seguida pela experiência brasileira, o que pode ser comprovado quando do confronto entre a suspensão do processo e os delitos de menor potencial ofensivo previstos na Lei 9.099/95 (ver *infra*).

4. A situação no direito brasileiro: causas de suspensão do processo

Antes de qualquer preocupação com a efetividade das garantias constitucionais do processo ter dominado o palco doutrinário brasileiro, o carcomido Código em vigor já previa algumas hipóteses de suspensão do processo que, sempre tendo convivido com os operadores do direito, nunca significaram fonte de insurreição doutrinária como o que se viu com o caso da Lei 9.461/96 que, em princípio, foi tida como uma causa (mais uma) de completa paralisia do sistema persecutório.

4.1 Ausência de intimação pessoal da pronúncia

Disciplina o art. 414 do Código de Processo Penal que a intimação da decisão de pronúncia será necessariamente pessoal no caso de crimes inafiançáveis,

não sendo admissível nesta hipótese sequer a intimação na pessoa do advogado e, muito menos, intimação ficta (por edital).

O reflexo processual desta norma é a paralisação do processo enquanto a intimação pessoal não se efetivar. Contudo, embora suspensa a relação processual, o prazo prescricional flui normalmente até que o termo *ad quem* seja alcançado ou seja o acusado intimado pessoalmente. Tal situação nunca foi alvo de críticas no que tange à normal fruição da prescrição até porque na maior parte dos casos o termo é muito longo (vinte anos, tratando-se de homicídio).

Outro ponto que nunca causou estranheza à doutrina e jurisprudências pátrias é a situação do concurso de agentes, onde um deles, não intimado pessoalmente da pronúncia, tem o procedimento sobrestado, enquanto o outro, regularmente intimado, vai a julgamento, havendo a separação de processos.¹⁹ A diversidade de limites objetivos e subjetivos da coisa julgada que pode naturalmente acontecer em tais situações nunca foi óbice para a suspensão do processo nessas hipóteses, sendo tratadas dentro dos padrões doutrinários tradicionais.²⁰

A experiência da intimação pessoal da pronúncia é válida também para demonstrar que o legislador de 1942, sempre

(19) Aliás, situação esta que pode ocorrer igualmente no caso de interposição de recurso em sentido estrito na hipótese de concursos de agentes. Havendo recurso por parte de um deles, não será ele levado a julgamento enquanto estiver em tramitação a análise recursal, enquanto o co-réu poderá ser julgado, com todas as óbvias possibilidades de terminação da relação processual.

(20) A esse respeito, por todos, veja-se Ada Pellegrini Grinover. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo : RT, 1978.

criticado, pode ter encontrado um caminho correto pela ótica do processo moderno, qual seja, o de tratar de maneira procedimentalmente adequada a situações diversas. Assim é que, para os crimes afiançáveis a regra é excepcionada, vez que a norma de direito material em face da sua complexidade permitiria a exceção aos olhos do Código de 42. A validade da postura está na diferenciação das situações, embora possa ser criticável a escolha do procedimento em que foi feita.

4.2 Exceções

O processo penal brasileiro tem de forma muito mal disciplinada o regime das exceções, basicamente previstas no art. 95 *et seq.* do Código de Processo Penal, sendo previstas as exceções de suspeição, incompetência de juízo,²¹ ilegitimidade de parte e coisa julgada e que, via de regra, suspendem o processo a teor do disposto no art. 111 do mesmo Código.

Todavia, algumas hipóteses suspensivas podem ocorrer sem a afetação do fluxo do prazo prescricional, como a situação em que o juiz suspeito acolhe a suspeição oposta (art. 99), situação esta que nunca causou incômodos em relação ao termo prescricional, vez que esta suspensão processual tenderia a ser por prazo quase insignificante.

4.3 Conflito de jurisdição/atribuições

Sem adentrar-se nas várias nuances doutrinárias acerca do tema, o conflito de jurisdição positivo é causa suspensiva da relação processual até que seja deter-

minado o juízo (ou, às vezes, a Justiça) competente para apreciação do caso (art. 116). Nestas hipóteses existe a suspensão da ação principal até que o conflito seja julgado, sem que haja, entretanto, suspensão do prazo prescricional.

Idêntica situação é encontrada quando do surgimento do chamado conflito de atribuições entre integrantes do Ministério Público antes do oferecimento da ação penal, situação esta que pode paralisar a tramitação da investigação criminal sem que, contudo, exista a suspensão do prazo prescricional que flui normalmente nesse período a teor do disciplinado no art. 109 do Código Penal, que dispõe o transcurso do termo entre a data do fato e o recebimento da denúncia, primeira causa interruptiva.

4.4 Incidente de insanidade

Ainda no bojo do Código de Processo Penal outra causa suspensiva é o deferimento de instauração do incidente de sanidade. Como preleciona Espínola Filho, “a determinação do exame de sanidade mental do réu nenhuma influência terá sobre a continuação do curso regular do inquérito, no qual, apenas, passará a ter intervenção o curador nomeado pelo juiz... nem impedirá seja oferecida e recebida a denúncia, feito o que serão efetuados tão-somente os atos e diligências que poderão ter sua realização prejudicada se houver demora... No mais não poderá prosseguir o processo e, após recebida a denúncia ou queixa, será susado o seu curso, como se verificará, se o incidente surgiu e o exame foi ordenado em fase mais adiantada da ação penal, sem prejuízo, porém, da realização de atos e diligências de natureza urgente...”²²

(21) Neste ponto a exposição de Frederico Marques, para quem a exceção ora mencionada não é uma exceção propriamente dita (*Da competência em matéria penal*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 309).

(22) ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. São

O incidente pode ter seu surgimento ainda na fase de inquérito policial ou já no desenrolar da ação penal. Embora o estatuto processual preveja tempo para duração do incidente (quarenta e cinco dias), prazo este que não é peremptório e, quando muito, se superado injustificadamente, pode causar a liberdade do acusado se preso estiver, fato é que na falta de condições habituais do sistema penal tal elaboração pode demorar meses sem que haja qualquer interferência no andamento do prazo prescricional.

4.5 *Questões prejudiciais*

Outra causa suspensiva da relação processual penal já existente e disciplinada no Código de Processo Penal é a questão prejudicial, a teor do disposto nos arts. 92 e 93 do estatuto instrumental.

Neste ponto é interessante ressaltar que o processo suspenso – sem interrupção da prescrição, observe-se – fica em estado de latência aguardando decisão em outra jurisdição por prazo judicialmente determinado – e prorrogável – conforme demonstra o art. 93 já mencionado. Talvez porque de raríssima utilização prática, a suspensão do processo em razão da questão prejudicial nunca chamou a atenção da doutrina e jurisprudência pátrias e, assim, a interrupção de um processo sem a respectiva suspensão da prescrição nunca foi alvo de grandes debates.

Paulo : Freitas Bastos, 1942. p. 335. Impossível, pois, concordar com a opinião (ou ao menos assim se subentende) de Damásio, quando aponta a normal tramitação do feito quando da instauração do incidente justificando-a no fato de ser a questão atuada e processada em apartado (Damásio de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 133.

Uma situação que pode servir para mudar um pouco esse cenário é a referente aos crimes contra a ordem tributária. Há jurisprudência assentada quanto a prejudicialidade da decisão na esfera administrativa quanto a correção ou não do tributo eventual sonegado para saber de sua incidência ou não na situação fática. Nos últimos anos é o único tema que chamou à baila a matéria da prejudicialidade, vez que a esfera administrativa é forçosamente lenta e a suspensão do processo penal por essa razão tenderia a avançar sobre o termo prescricional.

4.6 *No art. 89 da Lei 9.099/95*

Faz-se menção à Lei 9.099/95 apenas para frisar que antes da entrada em vigor do diploma legal aqui enfocado o processo penal conheceu outra causa suspensiva, completamente diversa em sua estrutura e finalidade e cuja abordagem, se minudente, extrapolaria por demais o objetivo deste texto. Aqui fica apenas o registro da existência da causa suspensiva e que qualquer ligação possui com o fluxo do prazo prescricional.

5. *A suspensão do processo em face da revelia: seus requisitos*

Afastada a hipótese de aplicação desta norma à revelia intercorrente, também é necessário especificar que a simples ausência do acusado em face da citação ficta não é, por si só, causa ensejadora da aplicação da lei, vez que outros requisitos impõem-se para que seja o processo – e o prazo prescricional – suspenso.

5.1 *Citação editalícia*

A não localização pessoal do acusado é a primeira causa ensejadora da inci-

dência da norma em exame. Como já sedimentado na doutrina e jurisprudência, a citação ficta é excepcional em relação àquela pessoal, e somente tentada quando frustrado o contato direto com o acusado. Mesmo assim, ainda que citado por edital, o acusado deve ser buscado através de outros meios (expedição de ofícios, concurso policial etc.).

No entanto — e essa é uma observação obrigatória —, quando a lei da suspensão pensou na palavra citação e, por via reflexa, na forma de admissão da causa com o recebimento da denúncia, limitou-se a pensar na forma tradicional de recebimento da inicial acusatória.

E, no nosso sistema, a forma tradicional é o simples envio da denúncia ao juiz competente que, verificando presentes as condições da ação, receberá a peça vestibular. Na estrutura ordinária não existe uma fase prévia de verificação de admissibilidade da causa, não havendo, pois, um contraditório prévio entre o denunciado e o promovente da ação. No entanto, casos há em que a situação antes mencionada se opera, situações essas que não foram alvo específico da lei e, por tal motivo, podem se tornar em exceções não exatamente desejadas.

Dentro de tal contexto, situação particularmente interessante é a da perseguição dos crimes cometidos por funcionários públicos. Quando afiançável o crime, antes do recebimento formal da denúncia ou queixa, será o funcionário notificado para apresentar defesa preliminar para, só então, formar o julgador seu convencimento acerca do recebimento ou não da exordial acusatória. Não sendo o funcionário pessoalmente encontrado para receber a notificação, resta saber se haverá ou não a suspensão do processo em face da revelia.

Do ponto de vista estritamente pragmático pode-se indagar, inicialmente,

quando o funcionário estaria em local ignorado, vez que é ainda é funcionário (pois se não mais o fosse não seria aplicado tal rito). A resposta a tal indagação, ao menos teoricamente, é positiva. E, em sendo positiva, remanesce o problema.

Mais do que uma questão semântica (a lei fala em citação e a norma do Código em notificação a teor do art. 514), o problema é estrutural. A suspensão somente ocorre com o início formal da ação penal, o que ainda não houve no caso em tela, onde sequer há a formação do julgador quanto ao acolhimento ou não da peça vestibular. Neste ponto, sob um ângulo estritamente dogmático, não se pode falar em suspensão de coisa alguma, devendo ser nomeado defensor para oferecimento da resposta preliminar. No entanto, resta uma questão de princípio, que é o espírito da lei.

Por tudo quanto já foi dito, o espírito da norma é possibilitar a defesa ampla e eficaz, assim como o amplo e eficaz exercício do contraditório. Dentro de tal quadro, fica totalmente comprometida a plenitude do exercício do contraditório justamente num momento de fulcral importância na convicção do magistrado e que pode, de plano, obstar o exercício da ação penal.

A estrutura da lei, no entanto, não viabiliza tal entendimento. O funcionário não localizado para ser pessoalmente notificado deve ser defendido na fase preliminar, sujeitando-se ao recebimento eventual da peça inaugural para, apenas após e em persistindo sua ausência, ter o processo suspenso.

Se extremamente cerebrina a hipótese, ela serve para demonstrar — ao menos nesse ponto — um certo descompasso sistêmico da matéria, fruto que é, frise-se uma vez mais, de reformas pontuais sem um fio condutor,

como já tivemos oportunidade de assinalar em outro texto.²³

Idêntico problema surge na Lei de Imprensa, onde a redação é ainda mais tormentosa. O art. 43 fala dos requisitos da denúncia ou queixa e o § 1.º afirma que “ao despachar a denúncia ou queixa, o juiz determinará a citação do réu para que apresente defesa prévia no prazo de cinco dias”. Se a redação se contentasse com isto, tudo estaria bem. No entanto, ela é bem mais complicada.

Embora fale em citação – conhecimento da inicial –, não há ainda relação processual penal instaurada, com o recebimento formal da acusação. Isto apenas se dará após o recebimento da defesa prévia, nos exatos termos do art. 44. Fundamentalmente, pois, o problema é idêntico ao do art. 514 do Código de Processo Penal, apenas que com âmbito de abrangência bem maior.

Nos dois casos, os mesmos problemas e a mesma matriz de imprevidência, sobretudo porque o legislador quando imaginou a norma, imaginou-a fora de um sistema, ou pensando apenas em parte deste. Na maior parte, é bem verdade, vez que na maior parte dos casos o modelo brasileiro – ou o que resta dele – se contenta com o oferecimento da inicial e o juízo de admissibilidade, sem qualquer fase prévia como nos casos em apreço. Daí a disfunção e, ao menos nesses casos, o malogro da plenitude de eficiência das garantias constitucionais.

5.2 Não comparecimento do denunciado

Ao lado da citação por edital, deve realmente o réu estar ausente do proces-

so, não atender ao chamado da Justiça. Certa é a disciplina da norma, vez que, ao menos em tese, pode o acusado ter acesso através do *Diário Oficial* e dos editais de citação afixados no átrio do Fórum da imputação que lhe foi feita, por mais hipotética que seja a situação.

No entanto, ao se falar em comparecimento do acusado, é necessário indagar em relação a qual acusação o denunciado quedou-se ausente, pergunta esta que se coloca em face do aditamento à denúncia. Mas não é só, pois é forçoso indagar em relação a qual fundamento de aditamento se está a falar.

Como aponta Camargo Penteado *et alii*, “inegável que, havendo aditamento, não em função do parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal, mas por força de conexão, deva seguir-se citação do réu e novo interrogatório, aplicando-se o parágrafo único do art. 384 daquele Estatuto no que tange às provas complementares, por analogia. E o exemplo do inicialmente acusado por rixa qualificada que, posteriormente, sujeita-se à adição em sede de homicídio”.²⁴

Nesses casos – aditamento por força de conexão – estamos diante de duas acusações distintas, para as quais o réu deve ser citado distintamente. Caso tenha respondido à primeira e tornado-se revel em relação à segunda, pode-se concluir que o processo terá seu normal prosseguimento em face daquela e será suspenso em face deste último. Isto se encontra em harmonia com o resto do sistema, inclusive sendo causa interruptiva do prazo prescricional.

Situação que merece reflexão à parte dentro do quadro do aditamento diz

Canela, RS, 1.º.08.1997, e publicado no *Boletim IBCCrim*.

(23) Veja As reformas pontuais do Código de Processo Penal, palestra proferida no seminário “Inovações em Matéria Penal”,

(24) *O aditamento no processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1992, especialmente p. 30.

respeito ao acréscimo da inicial quando fundada no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Nessa hipótese existe o agravamento da situação do acusado que deverá ser instado a se manifestar em novo interrogatório, sem que, entretanto, tenha havido uma nova citação. Coloca-se aqui a indagação se, ausentando-se a partir do aditamento nestes moldes, o acusado teria o processo suspenso.

Observado o tema dentro de certos padrões técnicos, a resposta seria negativa, na medida em que a relação processual penal está instaurada com a citação inicial que, regularmente efetivada, teve o condão de trazer o acusado para o bojo do processo onde, por sua vez, com a participação efetiva do denunciado, construiu-se uma verdade (processual) que levou ao complemento da acusação ou, mais exatamente, sua alteração.

Nesse caso não haveria a suspensão do processo porque se trataria de hipótese de revelia intercorrente e não daquela inicial que reclama a lei em estudo. O denunciado já esteve nos autos e se ausentou quando a situação se lhe tornou mais gravosa. Sem o que esta hipótese aditiva não acarreta nova citação, apenas novo interrogatório, que é um argumento a mais a favor do entendimento.

5.3 Não nomeação do defensor

Além de ter sido citado por edital e não ter comparecido, para fins de efetivação da suspensão do processo, a revelia se caracteriza pela ausência de defensor constituído pelo acusado, não suprimindo desta forma a presença do causídico a nomeação pelo juiz de defensor dativo. Dentro do espírito da lei, o que se busca é a plena capacidade defensiva do acusado, o que somente aconteceria na hipótese do contato dire-

to com seu defensor regularmente constituído, a quem teria tido a oportunidade de explanar suas razões e apresentar meios de prova suficientemente hábeis para sua defesa, caracterizando aquilo que a doutrina chama de efetiva paridade de armas entre acusação e defesa, característica marcante do denominado "processo de partes" ou de matriz acusatória.

Uma questão particularmente interessante que se coloca nesse momento é a da interposição de uma manifestação defensiva sem a juntada do respectivo mandato. Ao lado desta, outra igualmente interessante se apresenta, aquela onde há uma procuração juntada aos autos ainda em fase de investigação e não reproduzida em juízo porque ausente o réu citado por edital.

O primeiro caso merece a prudência do julgador. Antes de não decretar a suspensão do processo apenas pela juntada da petição — desacompanhada do respectivo mandato —, é forçosa a intimação do defensor para que apresente a respectiva outorga, sob pena de não ser considerado como efetivo patrono do réu. Apenas com a regular juntada do instrumento pode ser considerado o réu defendido por advogado constituído e não ser decretada a suspensão do feito.

Uma vez considerado como patrono regularmente constituído, será ele devidamente intimado dos atos praticados através da imprensa oficial ou, a teor do disposto no art. 370 do CPP com a nova redação, "a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais na Comarca".²⁵

(25) Sobre este assunto formou-se alguma polêmica. Luiz Carlos Betanho, in *Boletim IBCCrim* 44, censurou a redação adotada

No segundo caso, o teor da procuração ofertada merece ser analisado. Se inexistir previsão expressa de poderes para a defesa em juízo, ditando o instrumento procuratório poderes apenas para acompanhamento da investigação, indubitavelmente não há como extrair a constituição do patrono, limitando-se aquele mandato aos seus exatos termos. Assim, ausente o acusado, não se pode extrair que esteja ele defendido por causídico constituído devendo ser suspenso o processo.

No entanto, uma segunda hipótese pode ser aventada, qual seja, a da possibilidade de no mandato juntado aos autos da investigação – ainda não terminada – existir a expressa outorga de poderes para o acompanhamento de futura ação penal. Ainda assim não há de ser tido o patrono como constituído nos termos ora analisados.

A principal das razões diz respeito à finalidade da investigação. Serve o procedimento administrativo como esteio para convencimento do titular da ação penal que, ao analisá-la, ofertará – ou não – a peça inaugural penal nos termos de seu convencimento e definição jurídica que melhor se adequar ao caso investigado.

pela Lei 9.271/96, vez que excluía ressalva de ser a ausência do nome do advogado fosse causa de nulidade. Respondendo a esta interpretação, Adauto Suannes (Lei 9.271/96: intimação obrigatória dos advogados. *Boletim IBCCrim* 48) conclui pelo acerto da nova disciplina, asseverando que, “tecnicamente, a redação atual, pois, está mais correta do que a anterior, até porque não parece adequado atribuir a quem faz uma lei contemplar uma simples recomendação cujo descumprimento não tem maiores consequências”. Perfilamo-nos na segunda linha. Com efeito, a alteração introduzida pela norma não trará maiores prejuízos à defesa.

Isto significa que a definição alcançada pelo *Parquet* pode ser razoavelmente diversa de tudo quanto encaminhado pela autoridade policial e o denunciado está a se defender dos fatos contidos na vestibular acusatória e não dos termos vagos lançados na investigação. E mais ainda. Pode ter havido quebra de confiança do então suspeito e agora réu em relação ao patrono inicialmente constituído e não se pode presumir que o acusado ainda deseje aquele defensor.

É verdade que o problema poderia ser contornado com a melhor redação do artigo em que se funda a matéria, para que constasse a estrutura “vier a constituir defensor” que assim eliminaria as indagações, vez que o verbo empregado no infinitivo como está possibilita a interpretação que pode não ser a mais adequada ao espírito da lei.

Outro questionamento interessante relativo ao procurador e seu mandato foi aventado por René Dotti em instigante artigo onde defendeu a possibilidade de o advogado tomar conhecimento da causa em nome do acusado, ou seja, a citação do acusado na pessoa de seu procurador nos termos da legislação processual civil.

A construção interpretativa é assaz engenhosa, digna do mestre que a produziu. No entanto, parece-nos forçoso discordar da posição assumida na medida em que não foi levada em conta a letra expressa do art. 8.º, 2, da Convenção Interamericana de Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica), em vigor no cenário positivo brasileiro desde dezembro de 1992 e, malgrado as opiniões abalizadas em sentido contrário, texto com força constitucional a teor do art. 5.º, § 2.º, do Texto Político e, neste ponto específico, a Convenção determina que o acusado terá conhecimento

peçoal da imputação, inviabilizando desta forma a aproximação com a legislação instrumental civil.

6. Consequências da suspensão em face da revelia

Aperfeiçoadas as causas autorizadoras da suspensão, vez que estabelecida a revelia do acusado, é necessário verificar quais são as consequências do não prosseguimento do feito, algumas de caráter obrigatório outras de feição facultativa, mas que a prática vem transformando em obrigatório.

6.1 Interrupção do prazo prescricional

De todas as consequências da lei em exame, a que primeiro chamou a atenção da doutrina e da jurisprudência foi aquela relativa à prescrição, vez que o fluxo do prazo prescricional é interrompido quando da suspensão do processo. O tema se desdobra em vários itens, cada qual com seus problemas específicos e que serão analisados em campo próprio (vide *infra*).

Por ora resta destacar apenas que, uma vez determinada a suspensão, é da letra da lei a imediata suspensão do prazo prescricional, tendo nesta hipótese o legislador criado uma causa suspensiva além daquelas previstas no Código Penal (art. 107).

6.2 Determinação cautelar de produção de provas

Determinada a suspensão do processo, autoriza expressamente a lei em exame que as provas de caráter urgente poderão ser efetuadas, amparada a sua realização pelo espírito geral do processo cautelar e que já se encontrava dis-

ciplinado de certa forma pelo próprio Código de Processo Penal.²⁶

Com efeito, como já apontado por Campos de Barros, ao analisar o chamado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*: "... pode, porém, acontecer que alguma testemunha por moléstia ou outro impedimento não possa comparecer no momento processual adequado. Daí a necessidade de antecipação dessa prova. A natureza cautelar desta inquirição preventiva não pode ser posta em dúvida, uma vez que com ela se antecipa o momento normal da produção testemunhal, correspondendo a uma instrução preventiva no curso da causa", para completar esclarecendo que apenas na oportunidade processual adequada "é que se vai discutir a prova pelas partes e será feita a apreciação pelo juiz. Daí explicar Florian, que nesse caso existe apreensão antecipada da prova mas não debate antecipado".²⁷

Como se está em sede cautelar é forçoso lembrar que a tutela emergencial tem fundamentos distintos daquela de conhecimento e da executiva. Daí porque a mera suspensão do processo em face da revelia não se constituir em causa autorizadora da determinação da prova antecipada. A suspensão, por si apenas, não constitui situação que gere *periculum in mora*, ainda que o *fumus boni iuris* possa ser *a priori* identificado. Assim, na fundamentação da admissibilidade, o julgador não poderá apenas se escorar no decreto suspensivo, vez que este, isoladamente, nada diz em relação à tutela cautelar.

(26) Neste sentido a posição de Jorge Assaf Maluly. Lei 9.271/96: provas urgentes e o testemunho policial. *Boletim IBCCrim* 52, março/97.

(27) Romeu Pires. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 447-448.

É importante frisar este ponto, vez que, se o objetivo da lei é a plena participação do acusado na construção da verdade processual, a prova produzida antecipadamente de forma inadequada pode servir para frustrar o objetivo da lei que é por demais saudável e, nada verdade, servir – metaforicamente – apenas como uma cilada processual, onde o réu ausente, ao ser localizado, já encontrará um acervo definido apenas aguardando a valoração final.

6.3 Decretação da prisão preventiva

A mesma base de raciocínio vale para a decretação da prisão preventiva em seu cotejo com a suspensão do processo em face da revelia. Descontados argumentos utilitaristas, a prisão preventiva deve estar assentada em todos os pressupostos do processo cautelar de ordem pessoal, sob pena de afrontar o texto constitucional e tornar-se uma espécie de “prisão obrigatória” de nada saudosa lembrança.

Tal entendimento já houvera sido esposado por Gomes Filho, ao sustentar que “não se trata aqui, como apressadamente poderia se supor, de um corolário automático da suspensão do processo pela ausência do réu. Semelhante entendimento viria a colidir, inclusive, com o preceito constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII), que, embora não vede as prisões anteriores à condenação, torna, certamente, inadmissível a prisão processual obrigatória, banida de nossa legislação pela Lei 5.349/67”.²⁸

7. Questões polêmicas da lei em pauta

Expostas as premissas da legislação em foco e já abordados alguns de seus

problemas, situações um tanto quanto inusitadas foram surgindo a partir da operacionalização do texto legal e que vêm merecendo o esforço da doutrina e da jurisprudência para compreendê-las de forma sistêmica, o quanto seja possível dentro de mais uma reforma parcial.

7.1 Natureza da norma penal, processual penal ou mista

A verdadeira importância de estudar a norma sobre prescrição da forma como restou disciplinada está ligada à sua (ir)retroatividade, conclusão que só é alcançada após a precisa delimitação de sua natureza.

Numa das primeiras manifestações sobre a matéria, Damásio apontou a natureza mista da norma, aduzindo que o diploma legal “quando... prevê a suspensão do prazo prescricional é (norma) de Direito Penal material. Temos, então, uma disposição mista, impondo princípios de direito substantivo e processual. Quando isto ocorre, prevalece a natureza penal”,²⁹ tendo de imediato sido acompanhado por Gomes que, apoiado em prestigiosa doutrina – sobretudo lusitana –, concluiu que “é irretroativa a lei nova que afeta um direito substancial, é retroativa a lei nova que beneficia o autor da infração de qualquer modo”.³⁰

A partir do elastério acima citado restou basicamente assentada na doutrina e jurisprudência pátrias a natureza mista da norma em questão, com a se-

prisão preventiva. *Boletim IBCCrim* 42, junho/96.

⁽²⁹⁾ In Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei 9.271/96, *Boletim IBCCrim* 42, junho/96.

⁽³⁰⁾ GOMES, Luiz Flávio. Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). *Boletim IBCCrim* 42, junho/96.

⁽²⁸⁾ Magalhães. Medidas cautelares da Lei 9.271/96: produção antecipada de provas e

guinte consequência no plano prático: A lei, em sendo aplicável aos casos já em curso quando de sua entrada em vigor, suspenderia o processo, mas não o prazo prescricional, vez que esta situação seria mais gravosa para o réu; em contrapartida, para os casos em trâmite após sua entrada em vigor estariam suspensos tanto o fluxo processual quanto o prazo prescricional.

Tal entendimento foi ampliado pelo laborioso acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da lavra do eminente Des. Nilton Macedo Machado, onde, julgando caso acontecido antes da entrada em vigor da lei, decidiu que “a nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, no seu comando processual, aplica-se imediatamente ao processo penal pendente, ainda não julgado, suspendendo-o com resguardo dos atos anteriormente praticados...; no entanto, não se aplica na parte de direito penal, material, vale dizer, suspenso o processo não pode haver suspensão do prazo prescricional em curso quando da vigência da lei nova, a qual não pode retroagir para prejudicá-lo”.³¹

Antagonicamente a esta postura, o contundente texto de Cazetta, para quem a norma em tela, de aspectos processuais e de direito material, não pode ser cindida e, por consequência, não poderá retroagir para os casos em andamento e instaurados antes da entrada em vigor da lei, que “somente poderá ser aplicada aos fatos típicos ocorridos a partir do dia 17.06.1996 (inclusive), sob pena de ofensa ao art. 5.º, XL, da Constituição Federal”.³²

(31) Recurso Criminal 96.008927-6, j. em 10.12.1996, rel. Des. Nilton Macedo Machado. O texto apresenta uma das mais completas visões panorâmicas sobre a doutrina do assunto.

(32) C. Ubiratan. Da impossibilidade de aplicação da Lei 9.271/96 aos processos pen-

Perfilando idêntico entendimento, Ernesto Fuhrer, em conclusão parcial de seu texto igualmente agudo, ao apontar que “... suspender o direito de ação e deixar fluir o prazo prescricional é desequilibrar a relação processual de forma violenta e, como já visto, absolutamente injustificada. Enquanto o Estado é manietado, a prescrição corre solta ao talante do réu”.³³

Malgrado o brilho do último expositor citado e a profundidade dos comentários, parece-nos impossível compartilhar o entendimento, vez que existe uma confusão (talvez causada pela revolta a que alude o título do trabalho) entre exercício do direito de ação e procedimento, este último uma sequência lógica e cronológica de atos processuais e que dá vida, materializa enfim, aquilo que se denomina processo.

O exercício do direito de ação, desde que presentes as suas condições (para usar a linguagem tradicional a partir de Liebman), está totalmente preservado. Não se impede o exercício desse direito (aí sim teríamos caso de indubitável inconstitucionalidade), mas, sim, é ele regulado. E não é de dizer que ele está “suspensão”, como quer fazer crer o ilustre articulista. Tanto não está que as medidas de urgência de ordem patrimonial e pessoal podem ser tomadas a

dentes. *Boletim do IBCCrim* 51, fevereiro/97. No mesmo sentido o texto da lavra de Mauro Viveiros (Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional. *Boletim IBCCrim* 48, nov./96), para quem a lei nova seria aplicada apenas aos processos novos, no que acabou por perfilar o entendimento então já esposado por Eduardo Araújo da Silva (Da irretroatividade da suspensão do processo. *Boletim IBCCrim* 47, out./96).

(33) E.F., Maximiliano Roberto. O art. 366 do CPP e a revolta da doutrina. *Boletim IBCCrim*, janeiro de 1997.

qualquer tempo, como expressamente prevê a lei.

Insurgindo-se contra a posição tradicional – e buscando assim evitar a cisão originada pela interpretação primeira –, cumpre cifrar posição externada por Dias Junior, ao sustentar que a suspensão do feito (não importando a data de sua ocorrência) “é mais vantajosa, mesmo com a correspondente suspensão do curso do prazo prescricional, pois a primeira tem amparo constitucional, como revela a exposição de motivos do projeto gerador da lei...”. Conclui, na seqüência, que “a suspensão do prazo prescricional é um mero detalhe se comparada à paralisação do processo, cujo móvel é justamente impedir que um cidadão seja condenado criminalmente sem sequer ter o conhecimento da imputação que lhe é irrogada”.³⁴

Assaz interessante é a supracitada postura, vez que não envereda pela decantada distinção entre norma penal material x processual como fonte de solução do problema da (ir)retroatividade da lei. Parte, pura e simplesmente, da premissa da inalterabilidade da situação. Ou seja, nada flui, nem o procedimento tampouco a prescrição. Assim não há que falar em prejuízo para o réu pois sua situação está substancialmente inalterada. Mais ainda. Se tudo está suspenso, mais benéfico será o quadro para o réu, vez que não terá contra si a possibilidade de prolação de um decreto condenatório.

Com a devida vênia àqueles que perfilam este entendimento, é de ser consi-

derado que o acusado não está num contexto de indiferença em relação à suspensão do processo e do prazo prescricional. Basta lembrar que durante o processo suspenso, porque não suspenso o exercício do direito de ação, medidas urgentes (cautelares) podem ser providenciadas, e o serão sem a participação presente do acusado quando houver a necessidade imperiosa da produção de provas, por exemplo. Justamente porque se trata da suspensão do procedimento – e não o impedimento do exercício do direito de ação – é que não se pode falar, salvo melhor juízo, na ausência absoluta de gravame para o acusado.

No desenvolvimento do tratamento pretoriano da matéria, após um primeiro influxo de tendência a cindir a norma entre seu aspecto penal e processual – com a conseqüente irretroatividade daquele no que fosse mais prejudicial ao acusado, cresceu o entendimento da impossibilidade de separação da Lei 9.271/96, fazendo assim com que se tornasse inaplicável por completo nos casos acontecidos antes de sua entrada em vigor. Resultado prático é que, nesses casos, não há suspensão nem da prescrição, tampouco do processo.³⁵

(35) Nesse sentido é exemplar o seguinte aresto: Penal – Processual penal – Revelia – Suspensão do processo – Suspensão do curso do prazo prescricional – Lei 9.271/96 – Infração cometida anteriormente – Não aplicabilidade. 1. Em se tratando de acusado revel, inviável a suspensão do processo sem a suspensão do prazo de prescrição (art. 366 do CPP com redação da Lei 9.271/96) e vice-versa. 2. A Lei 9.271/96, versando também sobre direito material (causa impeditiva da prescrição), não se aplica a infrações cometidas antes de sua vigência. 3. Concessão de *habeas corpus* de ofício para que suas deposições nessas circunstâncias não se apliquem, em virtude de a suspensão do processo em

(34) P. Roberto. A aplicação da Lei 9.271/96 no tempo. *Boletim IBCCrim* 53, abril/97. Na verdade esta também é a posição de Antonio Scarance Fernandes (A revelia no processo penal – Lei 9.271/96, publicada no *DOE* de 10.07.1996).

Malgrado as posições divergentes, a norma em questão tem, efetivamente, uma dupla face. No seu aspecto processual — suspensão do processo vez que presentes os requisitos para tal — deve ter aplicação imediata, a teor do disposto no art. 2.º do Código de Processo Penal, alcançando os processos em andamento (e, como se verá mais adiante, inclusive na fase recursal).

Na parte material (adotando-se como dogma seja a prescrição um tema de direito eminentemente material), a suspensão do processo tem um resultado mais gravoso para o réu. Não se trata de uma paralisação sem conseqüências na vida do acusado, mas sim da suspensão de uma situação da vida por tempo considerável. A paralisação do processo — e da prescrição, por decorrência — não é um “nada” jurídico na vida do acusado, mas sim uma situação pendente que paira na vida do réu enquanto a situação perdurar.

7.2 Dies ad quem — um caso de imprescritibilidade disfarçada?

Das grandes questões levantadas pela suspensão do processo em face da revelia a da aparente imprescritibilidade é a mais tormentosa. Identificado desde o início o problema, como assentado por Silva Franco, “... o texto legal cria, de modo oblíquo, mais um caso de delito imprescritível, fora das hipóteses referidas nos incisos XLII e XLIV”, situação esta que seria inadmissível vez que o texto político, ao criar hipóteses de im-

prescritibilidade, não operou qualquer causa ampliativa do rol a ser suprida por obra do legislador ordinário, como tivemos oportunidade de salientar em texto da mesma época.³⁶

Sendo assim, determinado o *dies a quo* como o da data da decisão suspensiva, resta saber qual será o *dies ad quem*, a partir do qual o prazo terá sua fluência continuada, somando-se o lapso de tempo operado entre a data do recebimento da denúncia e da decisão suspensiva, vez que se trata de causa suspensiva e não interruptiva (onde o prazo se reiniciaria na integralidade).³⁷

A doutrina passou a trabalhar as hipóteses possíveis, variando sobre qual o caminho a seguir, mas acentuando a necessidade de fixação de um termo final para a suspensão.³⁸ Basicamente as possibilidades levaram sempre em conta como parâmetro o art. 109 do Código Penal, restando saber se se seria empregado a pena mínima ou a máxima.

Naquela oportunidade tivemos a chance de afirmar que, pelo contexto global do tema, a pena mínima seria a mais adequada, como ainda nos parece, *venia concessa* às opiniões contrárias. Causou certo impacto e demorou a se perceber que há um hiato processual com termo inicial, mas com termo final

sua inteireza, abrangendo a suspensão do curso da prescrição, não ter sido atacada no *writ*, com inovação do pedido no recurso. 4. RHC não conhecido. 5. *Habeas corpus* de ofício concedido. STJ — RHC 6.372-SP, rel. Fernando Gonçalves — DJU 30.06.1997, p. 31.083.

(36) SILVA FRANCO, Alberto. Suspensão do processo e suspensão da prescrição. *Boletim IBCCrim* 42, junho/96 e o nosso. A prescrição na Lei 9.271/96. Op. cit.

(37) No mesmo sentido, BASTOS, Marcelo Lessa. Lei 9.271/96: dois problemas e propostas de solução. *Boletim IBCCrim* 56, julho/97.

(38) Nesse sentido, CUSTÓDIO, Rosier B. e FERRARI, Eduardo R. A Lei 9.271/96 e sua aplicação prática. *Boletim IBCCrim* 56, julho/97, onde se lamenta um certo comodismo nos julgados em relação à matéria.

que, quando superado, faz necessariamente com que a marcha procedimental tenha seu fluxo normal.

Aliás, este é um dos pontos mais delicados da lei e que ainda merece maior atenção. Lutar contra a imprescritibilidade significa dizer – pelo exposto teor da lei – que não há declaração da extinção da punibilidade quando da superação do prazo em que a prescrição restou “congelada”, mas sim a retomada da marcha processual. Na verdade, da forma como está, o objetivo de eficácia do contraditório e da ampla defesa é projeto com data marcada para seu término, vez que, depois, a relação processual, no seu aspecto procedimental, deve ser reiniciada.

O que nos fez caminhar pelo mínimo da pena, e não o máximo dela como sustentado por Damásio (obra citada), foi, sobretudo, o texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (em vigor entre nós como já citado – vide *infra*) e que determina uma duração “razoável” para o término do procedimento. Impor ao acusado um prazo suspensivo pela pena em abstrato e depois reiniciar a marcha procedimental pelo mesmo lapso pode chegar a resultados práticos extremamente custosos para o acusado que, durante todo esse termo, teria a “espada de Dâmoqueles” do processo contra si, para usar a imagem de Silva Franco em texto já citado.

Mas aqui o que mais carece de urgente correção é a disciplina daquilo que se pretende com a “suspensão” do prazo prescricional, evidenciando que ele tem começo e fim – evitando-se assim a imprescritibilidade disfarçada – e, ao dotá-lo de fim, dizer o que efetivamente acontece quando de seu derradeiro termo.

Aqui um ponto assaz delicado da legislação em vigor aflora em complexidade. Como a lei não pensou no tema da imprescritibilidade como corolário da

suspensão indefinida, também não pensou – porque não era necessário – na solução jurídica para o *dies ad quem*, o que torna a situação atual um paradoxo.

Observe-se que não podendo haver a imprescritibilidade, findo o termo suspensivo – e não importa qual critério adotado –, deve o procedimento ter um encaminhamento, e o único possível é a sua retomada. Ora, se se vai retomá-lo, o único resultado possível é a continuidade da tramitação nos mesmos moldes anteriores à entrada em vigor da lei em apreciação, sendo que contexto resultaria indagar qual a serventia de toda a disciplina.

Por outro lado, não pode ser extraído do sistema penal que o fim do prazo suspensivo (porque ele tem de ocorrer) significaria extinção da punibilidade, mas que, finda a causa suspensiva, o procedimento terá sua retomada pelo tempo remanescente (e não integral, pois isto só se dá na interrupção), daí porque não se poder concluir que com o *dies ad quem* teríamos a extinção da punibilidade.³⁹

(39) Neste ponto a legislação portuguesa, aqui invocada porque o parâmetro imediato para o tema, vez que a Lei 9.271/96 nela se inspirou, quase que por completo não apresenta os mesmos problemas. De um lado porque a decisão que decreta a suspensão pela contumácia é causa *interruptiva* da prescrição e, enquanto a ausência do acusado perdurar, o prazo prescricional está *suspense*. O resultado, matematicamente falando, é igual a zero. Com a interrupção, elimina-se qualquer resíduo prescricional e aguarda-se a vinda do acusado. Por outro lado, e este é verdadeiramente o ponto fundamental, a Constituição lusa não menciona delitos imprescritíveis. Ou seja, o tema da imprescritibilidade é relegado ao nível infraconstitucional, em situação marcadamente diversa da brasileira. Há, por certo, previsão da impossibilidade de penas perpétuas – como no nosso texto constitucional –, mas nada relativo à prescrição na forma aqui tratada.

Assim, precisa urgentemente a lei de uma reforma para tomar posição em face da matéria, não apenas para reconhecer a prescritibilidade como para definir o que virá com o *'dies ad quem'*, que só poderá ser, por força do sistema, a extinção da pretensão punitiva estatal.

7.3 Meios de impugnação da decisão suspensiva

Um ponto que remanesceu em aberto no tocante à decisão que determina a suspensão é o do recurso cabível. No verdadeiro quadro de imprecisão técnica em que se reveste a tipologia das decisões no processo penal brasileiro — e a conseqüente repercussão na órbita recursal —, fica a pergunta acerca do recurso cabível.

Não sendo o caso de sentença terminativa ou com força de terminativa, não é o caso de apelação, que pode ser de plano descartada. Dois outros recursos disputariam, pois, a primazia de seu emprego no caso em questão: o recurso em sentido estrito e a correição parcial.

O que chama à discussão o recurso em sentido estrito é o fato de ser ele o aplicável às decisões que julgam pela declaração da extinção da punibilidade (prescrição, decadência). Mas, sendo uma decisão que suspende o processo — ainda que reflexamente se atinja a prescrição —, não há que falar na utilização desse recurso, vez que sua aplicabilidade é limitada às hipóteses taxativamente previstas ou, como tradicionalmente se diz, *numerus clausus*.⁽⁴⁰⁾

⁽⁴⁰⁾ Já houve manifestação jurisprudencial entendendo que a situação deve ser decidida de forma diversa para os casos em que haja ou não menção à prescrição. Se, ao suspender o processo, o juiz nada disser quanto a prescrição, o recurso seria de apelação. Se mencionar o tempo prescri-

Resta, pois, a correição parcial empregável quando houver inversão indevida no procedimento ou, mais amplamente considerada, quando se tratar de *error in procedendo*. Como a suspensão da Lei 9.271/96 não atinge o direito de ação, mas sim a marcha do procedimento, tendo sido indevidamente decidido pela suspensão (ou não), o recurso cabível será o da correição parcial, também empregável quando se falar na produção indevida de provas. Fugirá deste contexto — porque com previsão expressa no art. 581, V, do Código de Processo Penal — a decisão que determinar a prisão preventiva, vez que aí o recurso será aquele em sentido estrito, sem maiores polêmicas. .

Neste campo merece ainda atenção o problema da legitimidade para recorrer ou, mais exatamente, se o Ministério Público poderá recorrer a favor do réu revel para que seja decidido pela suspensão do processo. A resposta é positiva. Já é assente na doutrina e jurisprudência a possibilidade de o Ministério Público apelar (e, até mesmo, propor ações impugnativas) em favor do réu pleiteando sua absolvição. Se, para modificar a decisão de direito material, de mérito, pode o Ministério Público atuar, não há razão para não reconhecer sua legitimidade recursal nesta hipótese.

Outra questão que pode ser aqui aventada é a do emprego de ações impugnativas no caso em tela, por excelência o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Estando presentes os requisitos da suspensão e o juiz não a decretar, ou faltando um deles o juiz suspender o processo, estaria sujeita sua decisão a

cional, empregável seria o recurso em sentido estrito. Pelas razões já expostas no texto, qualquer dos entendimentos aqui expostos não pode ser aceito.

qualquer das ações mencionadas e, se positiva a resposta, cumpriria indagar qual seria mais adequada.

Pela tradição do processo penal, o *habeas corpus* seria o primeiro remédio empregável, salientando que a indevida paralisação ou continuidade do feito constituiria um indevido gravame à liberdade do acusado. Parece acertado este entendimento – desde que se considere a possibilidade da substituição do recurso pelo meio impugnativo autônomo –, sobretudo nas hipóteses em que a suspensão vier acompanhada da decretação da prisão preventiva.

7.4 Suspensão do processo já em fase recursal

Outro ponto merecedor de considerações diz respeito à possibilidade de suspensão do processo quando já houver decisão de primeira instância e o feito encontrar-se em fase recursal.

Numa das primeiras manifestações doutrinárias sobre o assunto, Viveiros, apoiado no art. 6.º da Lei 3.931/41 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal), diz que “esse dispositivo, como norma de transição, pode perfeitamente servir como um dos fundamentos para a não aplicação da lei nova aos processos criminais em andamento”.⁴¹ *Venia concessa* ao culto articulista, a norma empregada como fonte de sustentação à conclusão da impossibilidade de aplicação imediata não pode ser usada para o fim desejado.

Isto porque trata-se de norma de regulação dos casos em andamento quando da entrada em vigor do CPP em face dos procedimentos em curso à época. É norma de transição e desaparece do ordenamento quando as hipóteses de transição deixarem de existir. Mais do que isto. A regra codificada – e excepcionada justamente para as hipóteses transitórias então existentes, mas perene em face das demais situações – é a da aplicação imediata da norma processual.

A admissibilidade da suspensão do processo na fase recursal, embora por outros argumentos, foi acatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao considerar que “o objetivo do legislador foi só permitir o lançamento de decisões definitivas de mérito quando pessoalmente citado o acusado. De tal sorte, aplica-se o novo dispositivo legal aos processos de conhecimento que se encontram, quando da entrada em vigor da Lei 9.271/96, em fase recursal, uma vez que ainda não estão definitivamente julgados os acusados (...). Assim sendo, os autos deverão retomar ao juízo de primeiro grau onde poderão ser realizadas novas pesquisas tendentes a viabilizar a citação pessoal” (Ap. Crim. 180.652-3/0, rel. Des. Fanganiello Maierovitch, j. 09.08.1996).

Venia concessa, não é bem este o ponto. Com efeito, mais do que a preocupação com a sentença de mérito, a verdadeira *ratio* é a plena eficácia do contraditório, esta que permanece num plano puramente retórico quando se fala do processo à revelia. Isto é importante de ser lembrado justamente quando entendimentos como o do v. acórdão são expedidos, porque a pergunta que se faz diante de tal quadro é a reabertura ou não da fase instrutória caso o réu seja localizado e o processo tenha seu normal prosseguimento.

⁽⁴¹⁾ VIVEIROS, Mauro. Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional. *Boletim IBCCrim* 48, nov./96. A mencionada norma tem a seguinte redação: “As ações penais, em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguirão até sentença de primeira instância com o rito estabelecido na lei anterior”.

Se a preocupação é com o “direito a uma sentença de mérito”, basta a presença do acusado para que ela seja proferida. Eventualmente, em nome de alguma parcela do direito de ser ouvido, será o réu interrogado pessoalmente e, sendo o interrogatório possível de ser realizado em qualquer tempo, a pedido do réu ou por determinação *ex officio*, nada impediria — a partir da premissa adotada — que, em seguida, sobrevesse a tão esperada decisão de mérito.

No entanto, se se vai buscar a eficácia plena do contraditório como *ratio* da norma, e vinculando-se tal garantia à produção da prova, forçoso é concluir não apenas pela prolação do acórdão de mérito, mas pela necessidade de reabrir-se o contexto probatório para que o acusado, agora não mais presente por ficção, venha efetivamente a poder influenciar na formação do convencimento do julgador. Caso contrário, ainda que pessoalmente presente, este comparecimento pessoal nada significará de substancial ao processo.

A pergunta que aparentemente se apresenta como intransponível é a referente à utilidade da sentença de primeiro grau e se o Tribunal assim agindo não estaria se sobrepondo ao primeiro grau e suprimindo uma instância. Tais indagações não merecem resposta positiva.

Antes de mais nada é imperioso lembrar que a sentença de primeiro grau foi prolatada de acordo com as normas então vigentes. Se as obedeceu está em plena validade e eficácia. O Tribunal segue as novas regras na tramitação do feito, suspendendo a marcha do procedimento recursal e aguardando a presença do réu. Não se sobrepõe ao primeiro grau ao prolatar a decisão nesses parâmetros e ao determinar a realização das provas, providência esta hoje completamente aceita sem quaisquer traumas.

7.5 Um caso à parte: suspensão pela revelia e a Lei 9.099/95: a frustração da celeridade tão almejada

A ausência de uma visão sistêmica é a causa principal do descompasso entre a Lei 9.271/96 e a 9.099/95. Neste último diploma legal temos, a teor do disposto no art. 69, que, não encontrado o autor do fato para ser citado, deslocar-se-á a competência para a Justiça “comum”, onde serão obedecidas as regras do Código de Processo Penal.

Entenda-se: se não localizado o denunciado de crime de menor potencial ofensivo para ser pessoalmente citado, o processo será suspenso se presentes os requisitos da Lei 9.271/96. Em outras palavras, aguardar-se-ia o prazo prescricional (para aqueles que entendem sua existência) ou a plena imprescritibilidade (para os que a defendem) ou a pura e simples paralisação sem qualquer trauma (para os adeptos dessa corrente) na persecução de infrações dotadas de um mínimo de lesividade ao tecido social. Não parece ser este o desejo da Lei 9.099/95, mas é a conclusão extraível do texto das normas mencionadas.

Nesse passo a legislação pátria andou desacompanhada do sistema internacional onde tanto buscou inspiração, vez que, como já aventado, o tratamento para a revelia nos países possuidores de tais normas é diferenciado para o tipo de delito que se está perseguindo.

Basicamente nesses casos, onde jamais haverá invasão na liberdade individual, o tratamento deveria ser diferenciado, permitindo-se a manutenção do sistema anterior. E, se melhor ainda analisadas, tais condutas estariam substancialmente mais próximas de delitos administrativos ou de situações penalmente insignificantes na linguagem de Figueiredo Dias e que já tivemos a

oportunidade de expor, com outros argumentos, quando da entrada em vigor da Lei 9.099/95.

8. Ponto final para reflexão: Há a efetiva proteção às garantias constitucionais fundantes da lei?

Apontados alguns dos aspectos fundamentadores e controvertidos da lei, resta saber se ela cumpre ou não a missão que a inspirou, ou seja, proteger o réu dando-lhe a possibilidade de efetivar um contraditório pleno e, de outro lado, permitir a completa persecução penal, entendendo-se aí a efetividade da sanção imposta.

Malgrado alguns problemas redacionais, a lei é correta em seu espírito e não discrepa das redações encontráveis no direito comparado. O maior temor, no entanto, diz respeito às atividades cautelares – de ordem probatória e pessoal – que a lei permite.

Será tarefa do intérprete evidenciar que a lei em questão não criou uma espécie de prisão preventiva obrigatória e não pode ser ela decretada ante a simples revelia. Da mesma maneira a produção antecipada de provas não pode

surgir como uma verdadeira “armadilha processual”, determinada sem os pressupostos cautelares e, uma vez produzida, ficar no aguardo da presença do réu para se ver apenas sentenciado.

Por fim, o problema prescricional, como já aventado, é o mais grave, não apenas porque sua solução teórica e sua interpretação doutrinária podem variar em extremos indesejáveis – e neste ponto o legislador tem a obrigação de dar o máximo de segurança jurídica à relação –, não devendo procurar em outras fontes do direito uma “muleta” para sua deficiência, como fica não resolvido com a atual redação o problema do termo final suspensivo e quais são suas consequências jurídicas.

Superados estes pontos, eles que estão muito mais ligados à cultura (ou falta dela) processual penal, onde se deve entender, à luz da Constituição de 1988, que o modelo adotado é o acusatório, onde o réu não é mais um objeto do processo e que a construção da verdade processual é fruto de um trabalho de partes, a lei não encontrará maiores óbices quanto à sua aplicação e entendimento e cumprirá, assim, sua missão de garantismo e de eficiência na persecução penal.

2. DOCTRINA NACIONAL

CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

SUMÁRIO: 1. O tipo e a legalidade: 1.1 A legalidade; 1.2 O tipo como decorrência lógica da legalidade; 1.3 O tipo penal e a Parte Geral do Código Penal – 2. Breve exame comparativo Brasil – EUA – 3. Modelo dogmático brasileiro: 3.1 A pena-base; 3.2 As agravantes e atenuantes; 3.3 Causas de aumento e diminuição – 4. Considerações críticas e notas conclusivas.

1. O tipo e a legalidade

1.1 A legalidade

A Parte Geral dos Códigos Penais modernos tem a precípua função de delimitar as condições de eficácia das normas proibitivas. Estas surgem como responsável consequência do princípio da legalidade e de segurança perante o Estado. A ordenação sistemática da construção legislativa penal se põe como postulado básico que decorre do princípio do *nullum crimen sine lege*. Em palavras mais simples, e no dizer de Miguel Reale Jr., “a teoria da tipicidade vem a ser a elaboração científica e técnica do princípio da legalidade, exercendo de forma mais segura a função de garantia”.¹

Necessário, pois, fazer uma breve digressão para explorarmos a matéria. Tema de todos conhecido é aquele que concerne ao princípio da legalidade. No entanto, a discutida questão merece estudo detalhado em função de sua importância, particularmente no que diz respeito ao estudo da tipicidade. É o princípio da

legalidade a regra essencial, substancial de todo o ordenamento penal. É uma proposição constitutiva de ponto de partida de um sistema. No plano penal, o corolário do Estado Democrático de Direito é exatamente o princípio da legalidade, como uma das garantias e direitos individuais (art. 5.º, XXXIX), ou um valor do Direito Penal Constitucional.

O princípio da legalidade se desdobra em quatro decorrências lógicas: não se admite a edição de leis retroativas; proíbe-se o agravamento da punibilidade ou a simples punição pelo direito consuetudinário; descarta-se a idéia de analogia *in malam partem*; afasta-se a admissibilidade de leis indeterminadas.

A lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. É necessária a existência de uma tipologia de condutas humanas que ofendam bens jurídicos tutelados pelo Estado. A eficácia do princípio da legalidade está condicionada à técnica legislativa para a descrição de condutas proibidas. Deve o legislador procurar formar tipos observando que ao mesmo tempo não sejam vagos – o que destruiria o próprio princípio –, sem perder de vista a generalização de condutas existentes (mais adi-

⁽¹⁾ REALE JR. *Parte geral do Código Penal* (nova interpretação). São Paulo : RT, 1988. p. 20.

ante voltaremos a mencionar o assunto). “A técnica legislativa de formar tipos utilizando-se de cláusulas gerais é de todo incompatível com o Estado de Direito. O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo do delito se mostre descrito de modo diferenciado, isto é, exige-se que a lei enuncie, mediante a indicação de diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição, a fim de que os limites entre o lícito e o ilícito não fiquem à mercê da decisão judicial. Do contrário, o legislador nada mais faria do que transferir sua incumbência ao juiz, sobrecarregando-o com tarefas que não lhe são afetas, porque próprias do poder legislativo.”²

A segunda decorrência lógica do princípio da legalidade concerne à inadmissibilidade da invocação do direito consuetudinário para fundamentar a agravção da pena. O direito, quando não estiver melhorando a situação do agente do fato, pode tão-somente partir de leis escritas evitando-se, assim, a reedição do que ocorria no direito medieval, com extremado arbítrio do juiz, que podia julgar conforme os costumes.

Outro corolário do princípio da legalidade é a proibição do emprego de analogia em relação às normas incriminadoras que possam agravar a pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão mencionadas. Analogia, por ser uma forma de suprir a lacuna da lei, supõe a inexistência de uma norma legal específica. Ora, a exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação da analogia *in malam partem*, não obstante, obviamente, sua aplicação em benefício do agente do delito, por simples questão de equidade.

A última consequência doutrinária do princípio da legalidade é a exigência de uma lei certa, com tipos legais que não sejam indeterminados. Na realidade, o direito penal não admite cláusulas gerais ou conceitos carecedores de preenchimento valorativo. Os elementos típicos devem ser objetivos e descritos concretamente na lei, de tal forma que seu conteúdo de sentido e significação aflore do texto a partir de uma simples interpretação. A legalidade aqui entendida exclui, na criação das incriminações, a lei que admita os tipos “abertos”, ou seja, definições de infrações formuladas de uma maneira vaga que, na prática, possam nelas ser incluídos quaisquer atos.

1.2 O tipo como decorrência lógica da legalidade

No início do séc. XX os diversos penalistas ainda não haviam adotado o conceito de tipicidade. Franz von Liszt, por exemplo, definia o crime como sendo “o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência”, esclarecendo que o fato delituoso se tripartia em “ato humano, contrário ao direito e culpável”.³

A partir de 1906, com a publicação de *Die Lehre vom Verbrechen*, por Ernst Beling, dá-se a primeira idéia objetiva do conceito de tipicidade. O professor da Universidade de Munique altera totalmente a idéia de *Tatbestand* que assumia em obras do século anterior (Stubel, em, 1805, Karcher, em 1873). O conceito de tipicidade remonta ao direito processual penal, particularmente ao direito inquisitorial italiano, e está vinculado ao *corpus delicti* desenvolvido pelos processualis-

(2) FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei 7.209/84*. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 4.

(3) LIZST, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Jiménez de Asúa. Madrid : Reus, 1927. p. 252.

tas com caráter predominantemente objetivo, não sendo certo que o tenha sido por absoluta irrelevância o aspecto subjetivo. O mérito de Beling, portanto, foi tornar independente o *Tatbestand* na sua função descritiva da antijuridicidade e da culpabilidade.⁴

Nesta primeira fase, o tipo se configura como constituído dos elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito, caracterizando-se por nele não estarem incluídos quaisquer elementos que tenham implicações axiológicas, ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas de qualquer ordem. "Somente integram o tipo, nesta primitiva concepção do mestre de Munich, aqueles aspectos destituídos de conotações valorativas e subjetivas, uma vez que ele é essencialmente objetivo descrevendo aquilo que integra o delito, sem referências axiológicas e sem alusões a posturas psíquicas do sujeito de crime." A tipicidade, que anteriormente a Beling era concebida como mera imagem conceitual do delito, sem correspondência direta na lei, passa a ser um tipo reitor, ou seja, o lado objetivo do delito capitulado na lei, tomado no sentido de mera representação. A sua função é meramente descritiva e, observe-se, inteiramente separada da antijuridicidade e da culpabilidade. É apenas um indício, tanto da ilicitude como da culpabilidade, quando ele se concretiza.⁵

O entendimento do tipo como algo acromático, meramente descritivo, despojado de qualquer conteúdo valorativo, passa a sofrer uma série de objeções, da parte de inúmeros autores. Em face da

avalancha de críticas formuladas ao conceito inicial de tipo, Beling, em 1930, em monografia renovada sobre o assunto, *Die Lehre vom Tatbestand*, retoma a discussão da questão com nova abordagem sobre o tema. Ele reconhece a existência de algumas deficiências e salienta que o problema surgido se vinculou ao estabelecimento da relação entre adequação de um fato ao delito-tipo. Sua diferenciação, no entanto, entre uma e outra definição não logra êxito, e a doutrina subsequente deixa de adotar sua tese reformulada. O próprio Beling passa a adotar uma outra posição, no dizer de Juarez Tavares.⁶

Em linhas gerais, o quadro evolutivo do conceito de tipo pode ser dividido em algumas fases, marcadamente determinadas, segundo pensamento de Luiz Jiménez de Asúa: inicia-se com a fase da *independência*. Aqui, o tipo tem uma função exclusivamente descritiva, absolutamente separada da antijuridicidade e da culpabilidade. Matar alguém é o tipo do delito de homicídio, uma mera descrição. Dizer se a morte foi ou não contrária ao direito é uma função valorativa que se concretiza no estudo da ilicitude, e não no exame da tipicidade. Numa segunda fase, em que os primeiros críticos de Beling examinavam as falhas da teoria da tipicidade, o tipo apresenta um caráter *indiciário*. Segue mantendo a independência da antijuridicidade. Mas afirma que o fato delituoso é um indício de ilicitude. A função indiciária se cumpre principalmente em relação aos elementos normativos do tipo (como, por exemplo, "mulher honesta", no crime de posse sexual mediante fraude, "coisa alheia", no crime de furto). A fase posterior considera o tipo como *ratio essendi* da

(4) CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro : Forense, 1982. p. 8.

(5) LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova lei penal*. Porto Alegre : Fabris, 1987. p. 15.

(6) TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980. p. 22.

antijuridicidade. A tipicidade deixa de ser um mero indício, uma simples descrição, ou *ratio cognoscendi* da ilicitude, mas sua base real. É o pensamento de Mezger, que definia o delito como ação tipicamente antijurídica e culpável. Mencione-se, ainda, a fase *defensiva*, em que Beling reformula sua teoria (no início da década de 30) e a fase *destrutiva*, pensamento fundado em teorias autoritárias que serviram ao nacional-socialismo, que se constituíram numa quebra total do princípio da legalidade (e portanto da própria tipicidade). Caracteriza-se esta última fase por um extremismo que fez derivar a pena não de um resultado lesivo, mas sim da conduta perigosa do agente, não pela ação, mas pela vontade.⁷

Muitos autores, depois das teses aportadas por Welzel, passam a mencionar uma nova característica da tipicidade. Para os finalistas o tipo é representado por uma ação tipificada, ou seja, como formalização jurídico-penal dos componentes de ação, acrescidos de elementos caracterizadores de cada delito em cada espécie e constituindo, por consequência, a própria matéria de proibição. “A estrutura ontológica da ação tem existência prévia a toda valoração ou regulação. Se não a tomarmos em atenção, o resultado será necessariamente falso; se pelo contrário a respeitarmos, obteremos determinadas soluções verdadeiras e conformes com as leis do ser, entre as quais sobressaem sobretudo a posição do dolo no seio da ação, e com ela as consequências que derivam da teoria da culpa para a doutrina do erro.”⁸

Uma última teoria do delito, a teoria social da ação, faz sua abordagem sobre o tipo de forma singular. Para tal teoria o crime tem um sentido social, isto é, só é crime aquilo que é socialmente relevante. Assim, por exemplo, a entrega de presentes de pouca monta a um funcionário do fórum, a título de “presente de fim de ano”, embora seja tipificado no Código Penal como fato delituoso, deve ser entendido como comportamento socialmente adequado, portanto desautorizando-se o fato como conduta típica e antijurídica. Esta teoria, apesar dos inúmeros críticos ao seu grau de incerteza, permite, em alguns casos, uma interpretação restritiva de certos tipos penais que, redigidos com excessiva amplidão, estendem em demasia o âmbito das normas proibitivas. É, pois, um instrumento válido no plano de uma atividade integradora do fato à norma.

A construção do tipo penal não é uma mera elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria, da tarefa de, a partir do concreto, da realidade que se apresenta, formular um paradigma, um modelo. “Destarte, tipo penal como estrutura não é uma construção arbitrária, livre, mas decorre do real submetido a uma valoração. O real tem uma ordem imanente, resta captar as relações entre os pontos componentes deste *compositum*, definindo qual seja o invariável elementar... Com a fixação do invariável elementar tem-se o perfil do objeto, a conformidade por trás da diversidade, de modo a se construir um modelo pelos traços fundamentais de um comportamento, cabendo ao observador estabelecer as regularidades e os encadeamentos envoltos em uma ordem uniforme.”⁹

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *La ley y el delito*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1958. p. 237-49.

(8) ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos L. Natscheradetz, Lisboa : Vega, 1986. p. 113.

(9) REALE JR., Miguel. Op. cit. p. 22-3.

1.3 O tipo penal e a Parte Geral do Código Penal

O termo "tipo" exprime a idéia de "modelo", "esquema" e é utilizado em várias áreas de conhecimento para separar e agrupar em classes, objetos de estudo que apresentam coisas em comum. Foi inicialmente usado em direito penal como modelo abstrato de comportamento proibido. Ao ser usado com essa acepção, identificou as condutas criminosas e, por via de consequência, descreminou os fatos não delituosos. Vale dizer, o modelo serve para identificar o fato típico e o atípico. Nesse sentido, a tipicidade enquanto técnica não é exclusividade dos chamados tipos penais incriminadores. Os conceitos acima expendidos alcançam também os institutos da Parte Geral. Observe-se, a propósito, que estes surgem como desdobramento lógico de um processo evolutivo oriundo do Iluminismo, com objetivo precípuo de assegurar a liberdade do cidadão. A Parte Geral nasce dos institutos da Parte Especial, de uma natural tendência ordenadora característica do processo codificador que distinguiu o séc. XVIII. Já no Código Prussiano de 1794, no Código Penal austríaco de 1803 e no francês de 1791 encontram-se partes gerais destacadas dos tipos incriminadores da parte especial.

Merece destaque a opinião de Reale Jr. quando afirma que: "Se a Parte Geral decorre do princípio da legalidade, fixando diretrizes comuns de eficácia das normas incriminadoras, é evidente que, também, as estruturas normativas que a compõem devem estar revestidas de caráter típico, sendo um enunciado de dados elementares, cuja presença é de se verificar na realidade, constatando-se a congruência do abstrato e do concre-

to".¹⁰ E, mais adiante, conclui o mestre: "As normas da Parte Geral para desempenhar o papel em função do qual surgem nas codificações penais não poderiam estar isentas de estrutura típica, pois só assim alcançariam a sua primordial finalidade de revestir de maior garantia a aplicação da lei penal".¹¹

É inescandível o caráter típico de certos institutos da Parte Geral do Código Penal. Ao se falar em crime consumado como aquele que reúne todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I), o que se está fazendo é a reafirmação do tipo, previsto na Parte Especial. A desistência voluntária e o arrependimento eficaz, por sua vez, nada mais são do que a "destipificação" da tentativa, desde que o autor voluntariamente não pratique todos os atos de execução necessários à consumação, ou não tenha o *iter* interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade. A inserção do § 2.º ao art. 13, na Reforma de 84, estabelecendo quando é relevante a omissão (crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios), nada mais é do que a tipificação do sujeito ativo próprio do delito.

Destarte, a estrutura típica é própria a todos os institutos, da Parte Geral ou Especial, não estando excluídos aqueles que concernem à aplicação da pena, que dispõem sobre suspensão condicional, que regem a aplicação das penas alternativas etc. No que concerne à aplicação da pena, avulta a discussão sobre as *circunstâncias do crime*: elementos típicos modificadores que alteram a tipificação a ponto – até mesmo – de excluir ou incluir, por exemplo, determinado fato da vida do âmbito de abrangência estatuído pela Lei dos

⁽¹⁰⁾ REALE JR., Miguel. Op. cit. p. 25.

⁽¹¹⁾ Ibidem, p. 26.

Juizados Especiais Criminais.¹² Portanto, as circunstâncias dos crimes “ade-rem” a estes de modo que estão previstos pelo próprio leque de alcance do princípio da legalidade, com todas as suas consequências jurídico-penais.

2. Breve exame comparativo Brasil – EUA

A Reforma Penal brasileira de 84 conferiu maior amplitude aos poderes discricionários do juiz penal, para poder habilitá-lo a proceder a uma individualização de penas mais justas. O processo que o juiz realiza para determinação da pena atenta para o desvalor da conduta e do resultado, aplicando a pena que seja suficiente e necessária em face da culpabilidade do autor do delito. Pode o juiz substituir a privativa de liberdade por restritivas de direitos, multa, ou ainda conceder suspensão condicional da pena. A Reforma, seguindo o moderno pensamento segundo o qual o grau de incerteza deve ser minimizado, adotou a tese de Hungria, superando sua polêmica com Roberto Lyra e estatuiu o procedimento trifásico da seguinte forma:

“Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

A exata motivação do *quantum* da pena aplicada é um elemento de garantia do condenado. Este sabe que sua pena não exorbitará os parâmetros que escapam ao bom senso, quer por seu crime ter causado comoção popular, quer por uma inclinação do juiz em ser mais rigoroso em

determinadas infrações. A estes parâmetros podemos dar o nome de circunstâncias do crime. Diz Hélio Tornaghi, no seu curso de processo penal, que: “O juiz tem que dizer não somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena, especialmente no que respeita à quantidade”.¹³

Não é exatamente o mesmo que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos. No ano de 1989, com grande publicidade, chegou ao fim o processo criminal contra o “televangelista” Jim Bakker. Acusado de obtenção fraudulenta de 158 milhões de dólares de seguidores de sua Igreja, foi condenado a 45 anos de prisão. Tal pena, segundo os padrões norte-americanos, foi considerada como extremamente rigorosa. Excede, em muito, às penas normalmente atribuídas a crimes graves (9 anos e 4 meses, por estupro; 8 anos, por homicídio; 3 anos e 9 meses, por fraude).¹⁴ A flexibilidade imperante como decorrência lógica do sistema da *Common Law* acaba por trazer grande dose de incerteza nas decisões criminais condenatórias. Levando em conta tais incertezas é que, em 1984, o Congresso norte-americano criou uma comissão com objetivos de ensejar um enquadramento uniforme para as punições (“U. S. Sentencing Commission”), que tomaria por referência circunstâncias como o uso de arma de fogo, o grau de prejuízo, a idade da vítima etc. O novo sistema passou a vigorar, somente no âmbito dos crimes federais, a partir de 1987. A comissão de sentenças é um órgão inde-

(12) JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 39-40.

(13) *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. v. II, p. 174. Com igual conteúdo merece lembrança o trecho da obra de Adalberto Dias Tristão, *Sentença criminal*. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 31.

(14) CRUZ, José Raimundo Gomes da. Individualização da pena e garantias do acusado, RT 671/395.

pendente, pertencente ao poder judiciário, composto de sete membros votantes e dois não votantes. Tem como objetivo declarado estabelecer políticas e práticas de determinação das penas para o sistema de justiça criminal federal.

A dificuldade para resolução do problema nos Estados Unidos é agravada pela autonomia que aquele sistema federativo atribui aos membros da Federação. Lá, cada Estado-membro pode legislar sobre direito substancial e direito processual, o que dificulta a criação de uma norma com alcance mais abrangente. No Brasil, "a doutrina entende que no 'sistema do Direito anglo-americano' não existe norma impondo 'o dever de inserção dos fundamentos' nos julgamentos (José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 96). Haveria penas o uso reiterado de 'motivação espontânea' e não um requisito legal da sentença (Cruz e Tucci, op. cit, p. 96-97)".¹⁵

Em nosso país a motivação das decisões remonta às Ordenações Filipinas que dispunham sobre a matéria no Livro III, Título LXVI, § 7.º: "E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juízes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos desembargadores, e quaisquer outros julgadores, ora sejam letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso de apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar".

A necessidade de fundamentar as decisões segundo as circunstâncias do cri-

me é fruto do racionalismo iluminista. No final do séc. XVIII várias legislações européias passam a adotar a necessária motivação das sentenças. Esta surge "como conquista liberal e garantia do cidadão no Estado de Direito, a qual remonta à Revolução Francesa. Apareceu, por primeira vez, na Lei de 8-9 de outubro de 1789, que impediu o juiz de usar a fórmula *pour le cas résultant du procès*".¹⁶ A obrigatoriedade de motivação constituiria um traço marcante de todas as legislações que se seguiram, particularmente nos países da *Civil Law*.

Nos Estados Unidos, um dos principais resultados da comissão de sentenças está consubstanciado em uma tabela de punição. O objetivo é simples. Os mesmos atos devem ser punidos com as mesmas penas, de acordo com as circunstâncias que envolvem cada caso. Com esse propósito, a comissão de sentenças deu mais poder ao juiz ao abolir o sistema de penas indeterminadas e de conselhos de livramento condicional que decidiam acerca do sistema de penas. Por outro lado, retirou poderes do magistrado, estabelecendo um minucioso e detalhado sistema de instruções sobre as penas em cada caso individual.

Tendo o juiz decidido o tipo penal que incide em cada caso, encontrará um nível-base de delito. A cada nível corresponde uma determinada quantidade de pena. Assim, do nível 1 ao 3 a pena oscila de 0 a 6 meses de prisão. No nível 15, por exemplo, a pena passa a ser de 18 a 24 meses de prisão. No 22 é de 41 a 51 meses de prisão. No nível 42 a pena é fixada em 360 meses de prisão. O nível máximo é o 43, em que a pena de prisão é perpétua.

Vejamos tabela na próxima página:

⁽¹⁵⁾ CRUZ, José Raimundo Gomes da. Op. cit. p. 397.

⁽¹⁶⁾ FRAGOSO, Heleno Cláudio. A motivação da sentença na aplicação da pena. *RF*, v. 227, p. 15, jul./set. 1969.

Tabela de determinação das penas (em meses de prisão)
Categoria do Histórico Criminal (Pontos do Histórico Criminal)

nível do delito	I (0 ou 1)	II (2 ou 3)	III (4,5,6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 ou mais)
1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
3	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
6	A0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
7	1-7	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
8	2-8	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-41
15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
25	57-71	63-78	70-87	78-97	100-125	100-137
26	3-78	70-87	63-78	70-87	110-137	120-150
27	70-87	78-97	70-87	78-97	120-150	130-162
28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162	140-175
29	87-108	97-121	18-135	121-151	140-175	151-188
30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
32	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-237
35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
36	188-235	210-262	235-293	262-237	292-365	324-405
37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-404	360-*
38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-*	360-*
39	262-327	292-365	324-405	360-*	360-*	360-*
40	292-365	324-405	360-*	360-*	360-*	360-*
41	324-405	360-*	360-*	360-*	360-*	360-*
42	360-*	360-*	360-*	360-*	360-*	360-*
43	*	*	*	*	*	*

* Prisão perpétua

Extraído de *A indústria do controle do crime*, por Nils Christie.

Imaginemos um exemplo concreto: um roubo em domicílio. As instruções para o caso são as seguintes:

“Roubo em domicílio

a) nível-base do delito.....17

b) características específicas do crime

1) Se o delito envolveu mais que um planejamento mínimo, aumentar dois níveis.

2) Se as perdas excederem U\$ 2.500,00, aumentar o nível da seguinte forma:

Perda (aplicar a maior)	Aumento do nível
A) \$ 2.500 ou menos	Não há aumento
B) mais de \$ 2.500	aumentar 1
C) mais de \$10.000	aumentar 2
D) mais de \$ 50.000	aumentar 3
E) mais de \$ 250.000	aumentar 4
F) mais de \$ 800.000	aumentar 5
G) mais de \$ 1.500.000	aumentar 6
H) mais de \$ 2.500.000	aumentar 7
I) mais de \$ 5.000.000	aumentar 8

3) Se uma arma de fogo, aparelho destrutivo ou substância controlada tiver sido roubada, ou se o roubo deste item for um objeto de delito, aumentar um nível.

4) Se uma arma perigosa (incluindo arma de fogo) for usada, aumentar dois níveis”.¹⁷

Dessa explicação pode ser constatado que o nível mínimo de punição seria o 17 (de 24 a 30 meses) e o máximo seria o 30 (97 a 121 meses). Estes dados abrangem aquilo que nós chamaríamos de

circunstâncias judiciais do crime. Dependendo do histórico do criminoso pode haver, ainda, alguns aumentos. Esta fase se dá em uma progressão horizontal (e não vertical), o que permitirá um acréscimo não tão pronunciado. Acrescentam-se três pontos para cada sentença anterior de prisão que exceda 1 ano e 1 mês. Se houver sentença de até 16 dias acrescentam-se dois pontos. Havendo crime no curso do *probation*, liberdade vigiada, prisão semi-aberta: mais dois pontos. Se a condenação anterior for recente (menos de 2 anos), mais dois pontos. O resultado é que a pena, embora no mesmo nível 30, pode ir para o patamar de 168-210 meses.¹⁸

Se o manual explicita o que pode ser incluído no cálculo de penas, também o faz com as circunstâncias que não devem ser incluídas. São elas: idade; educação e preparo intelectual; condições psíquicas e emocionais; registros de empregos anteriores; vínculos e responsabilidades familiares; laços comunitários; raça, sexo, origem, credo, religião e situação socioeconômica.

Não há causas que possam fazer diminuir as penas.

Os resultados de tais tabelas, dentro deste modelo, são claros. Há uma extrema objetivação do cálculo punitivo, uma vez que as circunstâncias do crime serão sempre de caráter objetivo. As circunstâncias que apontam para situações contextuais ditas subjetivas estão excluídas. Elimina-se, pois, toda a questão da justiça social. Se alguém furta por fome, ou em face de um difícil contexto econômico, isso passa a ser irrelevante. Se há uma agressão e o réu foi vítima de agressões na infância e agora está reproduzindo o ambiente igual ao de seu crescimento e amadurecimento, este fato

⁽¹⁷⁾ CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 138.

⁽¹⁸⁾ CHRISTIE, Nils. Op. cit. p. 139.

também é irrelevante. O problema da criminalidade, como é cediço, está vinculado às condições sociais de uma sociedade e, portanto, as decisões sociais não de refletir o contexto do ambiente em que vive o delinqüente. Descontextualizar o réu de seu entorno, eliminando as circunstâncias subjetivas que envolvem o caso, é levar a um positivismo exacerbado, incompatível como nosso sistema penal, ancorado no Estado Democrático de Direito e que se funda na dignidade dos cidadãos.

Ou ainda, no dizer de Nils Christie: "Este sistema decisório tem também a consequência óbvia de criar uma distância em relação à pessoa a ser julgada. Quando os atributos sociais são eliminados, cria-se um sistema aparentemente 'objetivo' e impessoal. O dano é a unidade monetária — dano cujo preço é a pena. É um sistema que se harmoniza com padrões burocráticos normais, e ao mesmo tempo extraordinariamente bem ajustado aos detentores do poder. Numa estrutura hierárquica, cria-se uma distância maior através da atuação de acordo com ordens. A Tabela de sentenças é esta ordem que vem de cima. O juiz pode ser menos rigoroso. Pode entender o que é uma vida na miséria. Mas a Tabela está lá. Lamento, mas o seu nível de condenação é o 38. Não é uma decisão pessoal minha, apenas tenho que aplicá-la".¹⁹

3. Modelo dogmático brasileiro

Como já se mencionou acima, o cálculo de penas, após a Reforma de 84, passou a ser, obrigatoriamente, um procedimento trifásico. Seguindo sequência do art. 68 do CP, na primeira fase fixa-se a pena-base, em face dos critérios

estabelecidos no art. 59 do CP. Na segunda operação são apreciadas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do CP, que são aplicadas sobre a pena anteriormente estabelecida. A operação derradeira discute as causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena, aplicadas, estas, por sobre o resultado a que se chegou na segunda fase. Analisemos de per si cada uma dessas operações.

3.1 A pena-base

Na primeira fase o juiz deverá examinar as circunstâncias judiciais enfeixadas no art. 59 do CP. Estas circunstâncias dependem de uma boa colheita de provas na fase instrutória. Muitas das questões que, posteriormente, servirão para fundar o *quantum* da pena fixada dependem de um eficiente interrogatório (art. 188 do CPP), o que nem sempre é feito. Como saber, por exemplo, sobre a conduta social prévia do agente do crime se o próprio agente e as testemunhas arroladas não o disserem?

Há quem tenha indagado, alhures, em qual fase do cálculo consideram-se as circunstâncias qualificadoras. A resposta é simples: na primeira fase. Assim, se o homicídio for qualificado — e não simples —, a pena deverá variar de 12 a 30 anos (e não de 6 a 20). O mesmo ocorrerá se houver qualquer uma das hipóteses previstas no art. 155, § 4.º, do CP, em caso de furto. A pena, outrossim, não pode exceder os limites quantificados no tipo penal (seja o simples, seja o qualificado), de tal forma que a privação da liberdade não poderá ficar aquém ou além do limite mínimo e máximo *in abstracto*.

Outro aspecto a ser considerado é o alerta levantado por Nelson Ferraz. Diz

(19) Ibidem, p. 147.

ele que “quando a mesma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez, e na última fase em que couber. Assim, em se tratando de réu reincidente, esta circunstância não poderá incidir a título de antecedentes, da primeira fase da dosimetria, mas tão-somente como circunstância legal da segunda fase – art. 61, I, do CP”.²⁰

3.2 As agravantes e atenuantes

Na segunda fase da aplicação da pena faz-se o exame das circunstâncias legais previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal. São as circunstâncias agravantes e atenuantes. Superada a fase anterior, passa o juiz a examinar aquelas circunstâncias legais. Elas só serão apreciadas nesta fase se não constituírem qualificar ou privilegiar o delito. Assim, um homicídio cometido por motivo torpe, em face da existência da qualificadora (torpeza) prevista no § 2.º, I, do art. 121, terá a agravante desconsiderada. Da mesma forma se o homicídio tiver sido cometido por motivo de relevante valor social ou moral. Aplica-se, pois, a regra acima mencionada, segundo a qual sempre que a circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria deverá ser utilizada uma só vez, e na última fase em que couber.

A lei penal, ao contrário do que faz com as causas de aumento e de diminuição, não fixa o *quantum* a ser majorado ou mitigado nesta fase. É a jurisprudência que o faz, caso a caso, e de acordo com critérios variáveis; hoje tem fixado em 1/6. No entanto, qualquer majoração ou mitigação de pena não pode conduzir a resultado que exceda os limites do tipo.

Não se vai além do máximo nem se vem aquém do mínimo. No item subsequente voltaremos à discussão desta questão.

No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve considerar as circunstâncias preponderantes. São preponderantes as de caráter subjetivo (ao contrário do sistema americano em que elas nem são consideradas). São objetivas as circunstâncias relativas à natureza, espécie, meios, ao objeto, ao lugar, à modalidade e à forma de execução. As circunstâncias subjetivas são aquelas que decorrem dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Saliente-se que a menoridade terá destaque especial, preponderando sobre qualquer substância de caráter subjetivo. Prepondera, até mesmo, sobre a reincidência. Havendo uma circunstância agravante subjetiva e outra atenuante subjetiva, elas se anulam, posto que ambas têm a mesma natureza. Só haverá prevalência de uma sobre outra quando tiverem natureza distinta. Resumindo a ordem de importância: menoridade, reincidência, circunstâncias subjetivas e, por derradeiro, agravantes/atenuantes objetivas.

3.3 Causas de aumento e diminuição

Na última fase do cálculo da pena privativa de liberdade haverá a consideração das causas de aumento e de diminuição, sejam elas previstas na Parte Geral ou na Especial. A partir do resultado obtido na fase intermediária é que passará a incidir as causas de aumento e diminuição. Nesta fase, diferentemente do que ocorre nas anteriores, a pena pode suplantiar os limites do tipo, observado o limite máximo de pena. Imagine-se, por exemplo, um furto simples, na forma tentada. A pena que tinha sido fixada em seu mínimo, na 1.ª fase, confirmada na

⁽²⁰⁾ FERRAZ, Nelson. Dosimetria da pena, RT 680/319.

fase seguinte em face da inexistência de causas agravantes ou atenuantes, será diminuída de 1 a 2/3, podendo atingir o *quantum* de 4 meses.

A dificuldade passa a surgir quando, no mesmo cálculo, há mais de uma causa a incidir sobre a fase anterior. Três hipóteses surgem: a) duas causas de diminuição; b) duas causas de aumento; c) uma (ou mais) de aumento e diminuição. Analisemos todas as situações.

Havendo duas causas de diminuição elas incidem cumulativamente. Isto significa que são feitas duas operações sucessivas. Se assim não for, corre-se o risco de se chegar à pena "zero". Tome-se como exemplo um homicídio privilegiado cometido na forma tentada. A pena-base foi fixada no mínimo. Se nós diminuirmos 1/3 pelo privilégio mais 2/3 pela tentativa, chegaremos ao absurdo de se proferir sentença condenatória sem qualquer pena ($6 \text{ anos} - 3/3 = \text{zero}$). Como se faz esse cálculo? Em fases sucessivas. Subtrai-se 1/3 de 6 anos. Obtêm-se 4 anos. Desse *quantum* subtraem-se 2/3. O resultado final é 1 ano e 4 meses. Esta é a pena definitiva. Observe-se, outrossim, que, havendo duas causas de diminuição previstas na Parte Especial, a lei faculta ao juiz limitar-se a uma só diminuição (ou aumento), conforme parágrafo único do art. 68. Essa questão será melhor examinada a seguir.

Havendo duas causas de aumento, o cálculo não é cumulativo, mas sucessivo. Se assim não fosse, na segunda incidência de causa de aumento estaria embutido, de novo, nessa operação, o *quantum* da pena relativo ao primeiro aumento. Imaginemos um furto praticado durante o repouso noturno (aumento de 1/3), continuamente (art. 71, aumento de 2/3). Tendo sido a pena fixada no mínimo, ou seja, 1 ano, a pena final deve ser de 2 anos ($1 \text{ ano} + 3/3$). Se, ao

contrário, fizermos o cálculo cumulativo teríamos: $1 \text{ ano} + 1/3 = 1 \text{ ano e } 4 \text{ meses}$. A partir daí incidiria + 2/3 e o resultado final seria 2 anos 2 meses e 20 dias, extremamente lesivo ao condenado pela incidência de 2/3 sobre um valor já acrescido (de 1/3).

Outro aspecto comum é o de duplo aumento previsto na parte especial do Código. O juiz *pode* limitar-se a um só aumento. Imagine um roubo com emprego de arma, cometido em concurso de pessoas. Para Alvaro Mayrink da Costa, "quando há duas causas de aumento em relação ao mesmo ilícito penal há maior desvalor no obrar razão pela qual se advoga que o aumento seja da metade, e não uma sendo admitida como qualificativa e a outra como circunstância agravante (é a orientação dominante no TACrim-RJ)".²¹ Assim, a pena aplicada a esse roubo seria de 6 anos e não de 5 anos e 4 meses, como normalmente acontece no Estado de São Paulo, em que o Tribunal de Alçada tem posição divergente daquela preconizada pelo professor carioca.

A última situação prevista é a da existência de uma causa de diminuição e outra de aumento. Imagine um furto com a exasperante de 1/3 por ter sido cometido durante repouso noturno e com a mitigação de 2/3 pela tentativa. Como bem observa Nelson Ferraz: "É irrelevante a ordem de aplicação das causas especiais, sendo que a pena final, em qualquer caso, será de cinco meses e dez dias..."²²

A última dificuldade surge quando há uma causa de aumento e outra de diminuição com índices operacionais iguais

(21) COSTA, Alvaro Mayrink. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. vol. I, p. 1.069.

(22) Op. cit. p. 321.

(ex: roubo, com emprego de arma, porém tentado, com uma diminuição do mínimo previsto no art. 14, parágrafo único). Tais índices (- 1/3 e + 1/3) não podem ser simplesmente desconsiderados, posto que prejudicial ao condenado.

4. Considerações críticas e notas conclusivas

O sistema de valoração das circunstâncias do crime, na sistemática brasileira, concede uma relativa discricionariedade ao magistrado. É ele que vai ponderar todos os fatores que envolvem a prática delituosa. Se ele não está adstrito a uma tabela de distribuição penal, também é verdade que não tem liberdade plena para inovar ultrapassando certos limites legais. No entanto, mesmo no âmbito do sistema legal vigente, existem alguns caminhos novos que estão sendo trilhados de tal forma a flexibilizar nosso sistema de aplicação penal, que se pode chamar de semi-rígido. Grande discussão existe quando se fala da proibição de vir alguém da pena mínima na 2.^a fase do cálculo de pena. Analisemos a questão.

Alguns autores, fazendo uma exegese mais consentânea com a Reforma de 1984, passaram a defender a possibilidade de a pena baixar alguém do mínimo legal na segunda fase do cálculo de penas. Quase que por uma tradição, advinda da interpretação textual do Código de 40, é que não se admitia a possibilidade de fazer com que a pena mínima viesse abaixo do limite penal mínimo previsto no tipo. A partir de 1985, no entanto, o entendimento deve mudar. Uma reflexão mais profunda nos permite entender que “enquanto para a fixação da ‘pena-base’ se determina que devem ser obedecidos os ‘limites previstos’ da pena aplicável (art. 59, II), o art. 68 não apresenta essa restrição ao dispor

que, após essa fixação, ‘serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes’, liberando-se o julgador para aplicação de pena superior ao máximo ou inferior ao mínimo. Tal interpretação não era possível durante a lei anterior, visto que se entendia serem consideradas na fixação da ‘pena-base’ as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Além disso, o art. 42 da lei anterior, referente à fixação da ‘pena-base’, mencionava as ‘circunstâncias do crime’, entendendo-se que se referiam elas às agravantes e atenuantes. Tal obstáculo não mais existe porque as ‘circunstâncias’ previstas no art. 59 não se referem a elas, como deixa claro o art. 68 ao estabelecer as fases do cálculo de aplicação da pena”.²³

Esta postura doutrinária levou a uma recente modificação também na esfera jurisprudencial. Não obstante ainda ser matéria polêmica, surgem inúmeros julgados como os constantes da RT 702/329 e da RSTJ 90/384 que passam a admitir a vulneração do limite mínimo do tipo penal. Merece destaque este último, da lavra do Min. Vicente Cernicchiaro, em REsp 68.120-0:

“PENAL – PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO – ATENUANTE – FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5.º, XLVI), materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato,

(23) MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997, v. 1, p. 306; no mesmo sentido do texto: MACHADO, Agapito. As agravantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, RT 647/388; LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, RT 676/390; TUBENCHLAK, James. Atenuantes, *Informativo Adv.*, p. 416, 1987.

do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68 do CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie *sub judice* a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime”.

Na consideração das circunstâncias legais e judiciais, confere o Código ao juiz um amplo poder discricionário. Essa discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Por isso, o juiz tem a obrigação de motivar o exercício do poder discricionário que lhe foi conferido. É de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionalizada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que Defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e

possam dele recorrer. O réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas também o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena. No entanto, há que ressaltar que o juiz, no momento de julgar, não deve proceder com um metro que toma a lei como medida, mas ser crítico da legislação, adaptando axiologicamente a lei ao caso concreto.

A título de conclusão merece ser feita uma última reflexão. A Justiça criminal deve afastar-se de seu conteúdo ideológico, forjado no período autoritário, de “guerra contra o crime”, como se houvesse uma dicotomia maniqueísta a só considerar o bem e o mal. Em nome do generalizado desejo de punição, da ilusão e perversa ilusão de segurança, parece cada vez mais distante a realização material da justiça. Aqui se postula uma nova atuação da justiça criminal, superando o Estado Liberal e vivenciando o Estado Democrático de Direito. Uma justiça orientada para a aplicabilidade efetiva das garantias penais, asseguradas pelas legislações constitucional e infraconstitucional, constituir-se-ia em enorme avanço no sentido de fazer do exercício do poder contido na função judiciária um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva;²⁴ mas, principalmente, de crítica reflexiva ao sistema punitivo e de aplicação penal. Estamos diante daquilo que Nils Christie chama de métodos de decisão sobre a dor. Cabe a nós refletirmos como utilizá-lo, tendo em conta aquilo que Friedrich Nietzsche disse em uma de suas principais obras, *Assim falou Zaratustra*: “Desconfiai de todos em que o impulso de castigar é poderoso!”.

(24) KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal, *RBCCrim*, v. 6, p. 125, abr./jun., 1994.

2. DOUTRINA NACIONAL

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO PENAL BRASILEIRO: ACOMODAÇÃO OU INDIFERENÇA?

TADEU A. DIX SILVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Globalização – conceituação – 3. Globalização e ideologia – 4. Globalização e Direito – 5. O Direito Penal anglo-saxônico – 6. Globalização e Direito Penal brasileiro – 7. Direito Penal e globalização contra-hegemônica – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. Introdução

Nesse final do século XX, assistimos a ocorrência em todo o mundo de mudanças de enorme amplitude e profundidade, que transformam estruturalmente nosso planeta: se encontram em curso “revoluções” que mudam radicalmente os padrões até então vigentes, que vão desde o incremento tecnológico, sem precedentes, a rupturas epistemológicas e paradigmáticas na maior parte do conhecimento humano, com tamanha e inusitada velocidade, que põem por terra a ordem mundial: se fala em “fim da história”, em transnacionalização da economia, como expressões de uso habitual. A internacionalização dos mercados, as alterações geopolíticas, descentralização do Estado, as mudanças ou adaptações do Direito e tantos outros fatos que a cada dia surgem no mundo, agora convertido em verdadeira “aldeia global”, são tidos como “efeitos da globalização”. Esse entendimento encerra uma compreensão compartilhada em nossos dias, pois globalização é uma palavra constante de nosso cotidiano, um termo empregado indistintamente.

A partir desta perspectiva, que poderíamos denominar *consensual*, as pes-

soas aceitam a ocorrência de diversos fenômenos desde que etiquetados como “produtos da globalização”, de uma forma não questionadora, sem se deter em uma análise mais detalhada sobre os mesmos. Contrapor uma perspectiva crítica a essa ótica *consensual*, visando compreender o alcance efetivo da globalização, em geral, e possibilitar uma visão mais aproximada de nosso Direito na realidade advinda da “era global”, com um enfoque específico no Direito Penal, é nossa proposta de trabalho.

2. Globalização – conceituação

A globalização é vista como um processo uniforme no qual os Estados-nação, culturas nacionais e, conseqüentemente, o Direito são transformados pela integração econômica. Aceita-se essa assertiva acriticamente, como se este fenômeno fosse inexorável, que atingirá a todos – cidadãos, empresas, países – de modo tão incontestável que nada mais resta senão esperar os acontecimentos vindouros e seus reflexos na vida de cada um.

Essa compreensão da globalização é a imagem que nos é apresentada pela mídia

internacional e nacional, por publicações técnicas das diversas áreas do conhecimento humano, que divulgam rotineiramente “sentenças terminativas” de economistas, políticos e mesmo operadores do direito, que apregoam ser ela um “imperativo categórico” inafastável.

Conceituar globalização com o foco na economia, na nova ordem mundial que emergiu nas últimas duas décadas como consequência da globalização de bens e serviços e mercados financeiros, é dizer que a globalização é um processo através do qual corporações transnacionais atingiram um patamar novo e sem precedentes na ordem mundial. Um exame mais detalhado mostra que a globalização não é um fenômeno tão simplificado, reduzido unicamente a uma dimensão econômica: a globalização não ocorre apenas em razão das transformações na economia, mas abrange perspectivas sociais, culturais e políticas, ou seja, alcança diversos *conjuntos de relações sociais*; como essas relações não têm a faculdade de ser sempre *iguais*, podemos falar de *diferentes* conjuntos de relações sociais. Nessa angulação, não é possível existir somente uma entidade única denominada “globalização” ou, mais precisamente, “globalização econômica”: o que há são *globalizações*,¹ uma pluralidade de conjuntos sociais que estão em transformação, fenômenos que acontecem simultaneamente e intimamente interligados entre si, como a globalização da tecnologia, globalização dos mercados, globalização da cultura etc.

Não obstante essa pluralidade de globalizações existentes, elas apresentam características comuns: a) *uma glo-*

balização implica localização: aparentemente contraditória, essa particularidade mostra que sempre que uma condição ou entidade se globaliza uma outra entidade ou condição rival fica localizada, sem possibilidade de igualmente se globalizar;² um exemplo é a expansão do inglês como língua franca, que impôs a localização de outras línguas potencialmente globais, como o francês; a aceitação mundial da linguagem “www” criada na Suíça em 1991, que propicia um acesso a Internet em ambiente gráfico como o Windows, implicou a localização de outros protocolos que só permitiam a transmissão de textos, que eram utilizados desde o início daquela rede, em 1969; b) *globalização é sempre uma globalização bem-sucedida de um localismo específico*: não existe globalização de condição ou entidade que não tenha uma raiz local;³ assim, o hábito de comer pizza hoje difundido no mundo todo encontra suas origens em um local determinado, na Itália ou, ainda, em uma determinada cidade ou região daquele país.

Compreendendo a globalização como *diferentes conjuntos de relações sociais*, que apresentam as características acima, podemos inferir que a mesma não é um processo que se produz de maneira *uniforme*, mas que apresenta *distintos modos de produção*; desses *modos de produção*, Boaventura Santos distingue dois tipos básicos de globalizações: a globalização hegemônica e a contra-hegemônica.

A *globalização hegemônica* é a intensificação de relações sociais transfronteiriças (*crossborder*) promovidas por grupos ou instituições sociais predominantes para incrementar seus inte-

(1) SANTOS, Boaventura de S. *The GATT of law and democracy*. Madison : Institute of Global Studies, University of Wisconsin, mimeo, 1997. p. 3-4.

(2) Idem, ibidem. p. 3.

(3) Idem, ibidem. p. 4.

resses. *Globalização contra-hegemônica* significa as relações sociais transfronteiriças efetuadas por grupos sociais ou instituições subordinados para incrementar seus interesses, freqüentemente para contrabalançar os efeitos nocivos da globalização hegemônica sobre eles.⁴

À vista da complexidade ou ambigüidade dos interesses ou da composição heterogênea dos grupos sociais envolvidos, nem sempre é fácil distinguir a natureza hegemônica ou contra-hegemônica de uma dada instância de globalização. A difusão global de modelo de lei de patentes e direitos de propriedade intelectual semelhante aos dos Estados Unidos, efetuado pelo G-7, Nafta e World Trade Organization, é uma forma de globalização hegemônica. A organização mundial de ONGs de povos indígenas e ambientalistas para conservar e controlar os recursos naturais e a biodiversidade em seus territórios contra as reivindicações das companhias de petróleo, mineração, biotecnologia e farmacêutica é uma forma de globalização contra-hegemônica. A imposição global do "Consenso de Washington" relativo à reorganização neoliberal das economias nacionais para ajustar-se aos objetivos de uma nova economia capitalista global é uma forma de globalização hegemônica. As alianças para a formação de blocos regionais, como o Mercosul, para incrementar as relações econômicas e sociais entre os Estados-nação que o integram é uma forma de globalização contra-hegemônica. Como os exemplos claramente indicam, esses dois tipos de globalização não podem existir separadamente. Eles são, sobretudo, dimensões diferentes e antagônicas, perspectivas ou posições no mesmo conjunto das relações sociais globalizadas.⁵

O interesse global pela *reforma jurídica* (empregamos esse termo para designar as reformas do Direito, do Ensino Jurídico e a Judicial ou dos Tribunais) dos Estados-nação pode ser entendido como uma manifestação hegemônica ou contra-hegemônica. Assim, a reforma na América Latina: seus países apresentam uma cultura jurídica de profundo apego ao formalismo normativista; uma reforma que viesse a adaptar esses ordenamentos, de forma a responder às aspirações democráticas dos cidadãos, seria um fenômeno da globalização contra-hegemônica, pois as reformas jurídicas propaladas como necessárias, urgentes e técnicas na realidade visam adequar os ordenamentos jurídicos aos postulados ideológicos da globalização hegemônica.

3. Globalização e ideologia

A visão da globalização como fato incontestável e *consensual* deixa de analisar essa face ideológica da globalização hegemônica: a reforma jurídica que ela propugna na realidade visa adaptar o sistema jurídico aos interesses do mercado mundial. Robert Kuttner⁶ revela que o principal aparato intelectual que difunde essa concepção é o Movimento Lei e Economia, subsidiado por dezenas de milhões de dólares provenientes de fundações conservadoras de determinados países centrais.

A idéia básica do Law and Economics Movement é que o Direito, como um sistema de regras e normas, tende a minar a eficiência dos mercados: os *scholars* deste Movimento argumentam que as deliberações democráticas e con-

⁽⁴⁾ Idem, ibidem. p. 9 *et seq.*

⁽⁵⁾ Idem, ibidem. p. 14 *et seq.*

⁽⁶⁾ KUTTNER, Robert. *Everything for sale. The virtues and limits of markets*. Nova Iorque : Knopf, 1998. p. 150-167.

seqüentemente as intenções legislativas são amplamente ilusórias, o que legitima que os juízes, advogados e promotores ignorem determinados mandamentos legais, visando proteger não os direitos e garantias individuais, mas a *efficiency of markets*; a regulação é considerada, dentro da lógica essencialmente econômica, um *custo* de “peso morto”, já que não consegue superar a eficácia e a velocidade com que os indivíduos livres racionalmente negociariam. Essa corrente intelectual está estrategicamente conectada à arena política: o Law and Economics incutiu-se nas Faculdades de Direito, Judiciário e operadores do Direito em geral, promove e financia publicações — como a revista *Regulation* —, debates e cursos que louvam e justificam a desregulação do Estado (em qualquer tema, desde telecomunicações, saúde pública, energia elétrica, ao meio ambiente) e a conseqüente reforma jurídica em favor da liberdade dos mercados.

4. Globalização e Direito

O Direito, na globalização hegemônica, como detecta José Eduardo Faria, tende a ser “colonizado” pela economia: inclina-se ele a ser convertido em simples instrumento de afirmação dos ditames do mercado e dos interesses dos setores produtivo e financeiro. Essa “idéia perversa” que parece prevalecer na lógica interna da economia globalizada entende que o sistema jurídico só se legitima na medida em que *funciona bem, é eficaz*.⁷

⁽⁷⁾ Faria atenta para o perigo dessa idéia funcionalista, “na medida em que reduz valores como afeto, fraternidade, solidariedade, respeito, comunidade etc., a algo monetarizável e comercializável”. Cf. Democracia e governabilidade. Em: Fa-

Nesse contexto, hoje já se denotam várias transformações sofridas pelo Direito, entre outras, as tendências: a) uma preferência pelos *padrões legais anglo-saxônicos*, pela rapidez, pragmatismo e flexibilidade que estes padrões da *Common Law* apresentam em face dos modelos franco-romanos, considerados pelas forças da globalização hegemônica como “pouco objetivos, lentos e incompatíveis com os imperativos da globalização”; nesse sentido pode-se constatar a abertura de linhas de financiamento, pelo Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América e de alguns membros da União Européia, para as reformas dos sistemas jurídicos e judicial dos países periféricos e semiperiféricos, cujo Direito ainda não está vinculado aos arquétipos anglo-saxônicos;⁸ b) tendência à “reprivatização” do Direito; o Direito Civil deste final de século está surgindo da dinâmica de um processo de transnacionalização dos mercados, de transferência de riqueza, de concentração dos capitais financeiros e esvaziamento da capacidade de autodeterminação política dos Estados, devido à *substituição* da tutela governamental pela *livre negociação* e dos processos de descentralização, desformalização, des-

ria, J. E. (org.) *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 127-160. passim.

⁽⁸⁾ Países latino-americanos como Argentina, Colômbia, Honduras, Costa Rica, El Salvador, além de numerosos outros da Europa Central e do Leste, da Ásia e da África, têm recebido esta ajuda para adaptar seus cursos e sistemas jurídicos aos padrões da *Common Law*, traduzida em milhões de dólares. Cf. Boaventura de S. Santos, op. cit., p. 26 *et seq.*

regulamentação, deslegalização e desconstitucionalização; c) propensão ao enfraquecimento progressivo do Direito do Trabalho, pois, na medida em que se multiplicam os contratos a termo, a subcontratação, o trabalho a domicílio e novas formas de remuneração com base na produtividade etc., é esvaziada a proteção assegurada aos “hipossuficientes”, pela *livre negociação entre as partes* (que obviamente não são *iguais*),⁹ como vimos acontecer recentemente entre metalúrgicos, montadoras de automóveis e indústrias de autopeças.

Uma tendência, peculiar, se junta às já apontadas, como um contra-senso: a “transformação paradigmática do Direito Penal”. Essa contradição aparente é sobrelevada, pois enquanto em todos os ramos do Direito positivo assistimos a um período de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no Direito Penal se verifica a *ampliação da intervenção repressiva estatal*: constata-se a criação de novos tipos de delito, a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a *relativização* dos princípios da legalidade e da tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos demasiadamente vagos, porosos e ambíguos; a ampliação extraordinária da discricionariedade das autoridades policiais, permitindo-lhes a invadir esferas de responsabilidade do Judiciário; aos Promotores e Juízes, a *contrário sensu*, são atribuídos papéis antes reservados à investigação policial; por fim, amplia-se a redução de garantias processuais, como a supressão do caráter ilícito de meios de convicção obtidos em determinadas circunstâncias, e obje-

ção a princípio de presunção constitucional, mediante a *inversão do “ônus da prova”*, passando-se a considerar culpado o cidadão que não puder provar sua inocência.¹⁰

A tendência a um movimento de flexibilização nas demais áreas do Direito e a exacerbação do papel do Direito Penal conduzem a um paradoxo: se a globalização hegemônica propugna a minimização da intervenção do Estado na solução dos conflitos, o que leva esse mesmo Estado a intervir com maior rigor nos conflitos pertencentes ao campo penal? Para compreender esse paradoxo, é mister analisar os fundamentos e a realidade do sistema penal da *Common Law*, considerado *padrão* pela globalização hegemônica.

5. O Direito Penal anglo-saxônico

Os Estados-nação da *Common Law*, mantêm um Direito Penal retribucionista, com predomínio de elementos morais e pragmáticos. Em face do número de países que integram a *Common Law Community*,¹¹ delimitaremos nossa breve análise aos Estados Unidos da América (EUA), visando um melhor exame desse Direito Penal; essa delimitação não é aleatória, mas atenta para a proliferação do conhecimento daquele sistema legal por todo o mundo, através dos meios de comunicação de massa: “com a globalização dos conhecimentos legais, as informações relacionadas ao Direito são disseminadas por todo o planeta” e particularmente os relativos ao Direito Penal norte-americano: à vista da grande

⁽⁹⁾ FARIA, José Eduardo. *As transformações do direito*. La Coruña, mimeo, 1997. p. 10-15.

⁽¹⁰⁾ Idem, *ibidem*. p. 16-17.

⁽¹¹⁾ Estados Unidos da América, Inglaterra, Canadá, Austrália, Irlanda e outros que faziam parte do antigo Império Britânico.

propagação de programas de televisão dos EUA pelo mundo, os espectadores de todos os países “aprendem mais do que apenas os estilos de vida dos ricos ou as tolices de ‘Dinastia’ ou Dallas’. Detetives e crime, Direito Penal, advogados e tribunais desempenham um papel proeminente na ficção e nos filmes populares norte-americanos”.¹²

Os fundamentos do Direito Penal dos EUA refletem os valores nacionais — *prosperidade, autodeterminação, austeridade, sobriedade, orgulho/patriotismo* — e seus corolários práticos, como segurança nacional, individualismo exacerbado, supervalorização da propriedade privada, padrões morais rígidos e outros, todos aliados à idéia de competitividade extrema em nível tamanho que próxima do belicismo. Nessa perspectiva a promoção de estratégias de *combate*: “guerra” às drogas, à violência, aos abusos do trânsito, à “pirataria”, à imigração ilegal, ao terrorismo, enfim, uma *guerra à criminalidade*.

A ideologia imperante reflete-se diretamente no campo penal, resguardando imperativos categóricos, eternos e imutáveis: de um lado, a pena compreendida como *castigo* do acusado, a expiação do mal causado, e de outro, as características básicas do sistema: o “precedente judicial” e a independência dos Estados-membros.

A primeira característica mostra que Direito Penal dos EUA dedica-se à *solução de cada caso concreto*: ao proferir suas sentenças, os juízes valem-se de *cases* semelhantes anteriormente julgados e neles fundamentam suas deci-

sões,¹³ o que cria o denominado “precedente judicial”, que tem o caráter de uma *força vinculante*. Semelhante orientação impede a evolução do Direito Penal naquele país, já que a construção jurídica não se atualiza pelo desenvolvimento das Ciências Penais contemporâneas, mas ao contrário: um “precedente” com — literalmente — séculos de existência, ainda *vincula* o juiz, como o que criou em 1717 a denominada “doutrina da conspiração”.¹⁴ Por outro lado, o papel da jurisprudência proporciona múltiplas ramificações nos esforços de uma construção doutrinária penal — praticamente inexistente —, pois a Corte Suprema exerce uma função de verdadeira “antidoutrina”.

A segunda característica, a independência dos Estados-membros, origina o fato de ser o Direito Penal norte-americano estanquizado geograficamente em

(13) Bettiol salienta que a *Common Law* considera o Direito como um produto *necessário e espontâneo* da sociedade em que surge, e não como obra do Estado. Nesse sistema, *descodificado*, o Direito não encontra sua fonte na “vontade abstrata do legislador”, mas na decisão concreta do juiz, que a produz inspirado em princípios do Direito Natural e moldando a *norma singular* a cada *caso concreto*: essa *norma singular* pode estar expressa na lei escrita, numa norma de direito consuetudinário ou na função vinculante do *precedente judiciário*. Cf. *Instituições de direito penal e processo penal*. Coimbra : Coimbra, 1974. p. 66.

(14) Por essa “doutrina”, em qualquer caso onde duas ou mais pessoas se ponham de acordo para cometer um determinado delito, elas podem ser condenadas tanto pelo crime que cometeram, *sem qualquer consideração à efetiva participação de cada um deles*, como também pelo próprio delito de conspiração. Cf. FLETCHER, George P. *Conceptos de derecho penal*. Valência : Tirant lo Blanch, 1997. p. 277 *et seq.*

(12) RÖHL, Klaus. *The globalization of legal phenomena. Preliminary considerations for a legal sociological approach*. Amsterdã, mimeo, 1992. p. 20.

vez de ser um sistema de abrangência nacional: diferenciações normativas substantivas e procedimentais bastante significativas ocorrem em nível federal e estadual. Não existe um Código Penal e de Processo Penal com validade nacional, cada um dos Estados-membros é autônomo para criar suas próprias leis penais.¹⁵ Essa peculiaridade motiva a existência de uma justiça penal federal e cinquenta outras estaduais, o que enseja grandes disparidades: um mesmo fato pode ser considerado *felony* (delito mais grave) em um Estado e *misdemeanour* (crime menos grave) em outro; uma idêntica conduta possibilita a existência de um delito federal e outro estadual, e o surgimento de inúmeros conflitos de competência entre os dois âmbitos;¹⁶ um homicídio pode cominar pena de morte em um Estado e em outro não; a reincidência pode gerar efeitos distintos em nível estadual e federal etc.

De outra angulação, determinadas condenações efetuadas naquele país, que nos

soam estranhas, constituem-se, em realidade, na correta aplicação de preceitos da *Common Law*; assim, como exemplo, a condenação em tentativa impossível por omissão¹⁷ ou de responsabilidade penal por ato alheio à vista da “responsabilidade vicária”.¹⁸ Os menores de 16 anos não são considerados penalmente responsáveis; entretanto, em alguns Estados-membros, tal condição modifica-se, como na Califórnia, onde uma criança ou adolescente podem vir a ser condenados se no momento do fato criminoso conheciam a antijuridicidade de seu ato.¹⁹

(15) Numa tentativa de codificar o Direito Penal norte-americano, em 1962, foi elaborado pelo American Law Institute um modelo de Código Penal para os diversos Estados, que deveria ser adaptado para suas particularidades locais: o Model Penal Code, que foi acolhido em parte em alguns deles, porém de forma tão esparsa e secundária “que atualmente é difícil, nos Estados Unidos da América, encontrar Estados que tenham uma definição comum do homicídio”. Cf. FLETCHER. Op. cit. p. 18.

(16) Tais conflitos são resolvidos de forma bastante pragmática: “Normalmente o caso será levado a uma corte federal se envolver bastante dinheiro ou for realmente sério”, mas a maioria é levada às cortes estaduais, e se acontecer a *absolvição* do réu, o caso é reaberto no nível federal. Cf. OLIVEIRA, Ana S. S. de. Política criminal nos Estados Unidos da América. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 79-80, 1997.

(17) O Model Penal Code norte-americano prevê a punição em tais casos; assim, p. ex., um salva-vidas que aconselhou um banhista a não nadar em determinado lugar por ser perigoso; afastando-se do local, passado algum tempo ele vê o banhista se afogando, e ressentido não o socorre. Logo depois, o salva-vidas arrepende-se e joga uma bóia para a pessoa que se debatia no mar; só então ele nota que era uma brincadeira de mau gosto do banhista. Como ressalta Fletcher, “por mais que se custe a crer, segundo o critério estabelecido no Model Penal Code dos EUA, o salva-vidas poderia ser acusado de tentativa de homicídio”. Cf. FLETCHER. cit. p. 263.

(18) Um exemplo concreto da aplicação desse tipo de responsabilidade penal é dado pela Corte Suprema norte-americana: “Depois de cometer um roubo, o réu E. tomou um refém como escudo e saiu do estabelecimento. Um vizinho, de nome A., se encontrava casualmente no local dos fatos e disparou contra E., mas acabou por acertar e matar o refém. Ainda que o vizinho A. tenha decidido por si mesmo disparar contra E., este e todos os demais participantes do roubo responderam pela morte do refém”. Cf. FLETCHER. Op. cit. p. 280, nota 18.

(19) FLETCHER. Op. cit. p. 257. Em 1996, de cada 100 mil crianças e adolescentes entre 10 e 17 anos, 470 foram condenadas por prática de crimes violentos nos EUA.

Em ótica diversa, começou a ocorrer nessa década uma cruzada ideológica promovida pela ala da direita conservadora norte-americana, para deter o avanço do número de delitos nos EUA, proclamando nova “guerra contra a criminalidade”, em uma articulação de medidas de repressão do crime jamais vista desde a campanha eleitoral de Richard Nixon em 1968.²⁰ Essa cruzada une a *política do medo* com a *política da virtude*, de um lado utilizando uma estratégia de incutir um sentimento de inquietação e temor na população mediante a exploração desmedida da violência por intermédio da mídia – com a repetição exaustiva de um espetáculo de sofrimento e medo, propiciado pelos noticiários sobre crimes particularmente degradantes e abjetos –, e de outro, valendo-se de um conceito político-ideológico, o da *moral poverty*. Essa “escassez moral” seria a causa básica do crime, a gênese especialmente dos delitos violentos e do uso de drogas: aqueles que cometem esses crimes o fazem porque são “desprovidos morais”, que “começam a vida em uma relativa privação material”. Em razão “do quase completo colapso de nossas instituições formadoras de caráter”, a sociedade norte-americana, além da criminalidade que já enfrenta, está prestes “a ser vitimizada por uma onda avassaladora de jovens ultraviolentos, vazios moralmente, que algumas pessoas chamam de *superpredadores*: uma nova geração de criminosos de rua, a maior, mais jovem e pior que qualquer sociedade jamais viu”.²¹

Cf. SKOLNIK, Jerome K. *Tough guys. The American Prospect*, Cambridge, n. 30, p. 87, 1997.

(20) Idem, *ibidem*. p. 89.

(21) WALTERS, John P. *et alii. Body count*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 1996. *passim*.

A combinação desses dois fatores, a *política do medo* e *moral poverty*, desemboca em clamores por leis penais mais rígidas, um policiamento mais agressivo, sentenças judiciais mais rigorosas, construção de novos presídios, e, em face da “inabilidade do governo” para lidar com “o constante alto nível de crimes violentos”, maior *privatização* da segurança pública, com o incremento de serviços particulares de segurança e “grupos de controle criminal formados por voluntários da comunidade”.²²

Decorrente dessa ideologia, constata-se a proliferação do *slogan* “get tough on crime”; “ser ‘duro’ com o crime” é um discurso que praticamente assegura a eleição de quem o adota, seja no meio político, seja na escolha de juízes de promotores.²³ De outro enfoque, a estratégia do *get tough* proporciona a edição de medidas coercitivas exacerbadas e desproporcionais, em nome da “guerra à criminalidade”: a) os Estados-membros estão cada vez mais adotando a pena de morte; atualmente 39 dos 50 autorizam a pena capital; é detectada uma tendência à expansão da pena de morte para outros delitos que não apenas o homicídio, como o fez recentemente o Estado de Lousiana, que passou a cominar a pena capital para o crime de estupro; mudanças políticas levaram à Corte Suprema juízes de perfil mais conservador, e, como consequência direta, nota-

(22) DILUIO JR., John J. *Getting prison straight. The American Prospect*, Cambridge, n. 3, 1990, p. 64.

(23) “Em um dos Estados que aplicam a pena de morte, um juiz foi recentemente eleito porque durante a sua campanha prometeu penas altas e disse que *converteria as penas de prisão perpétua* aplicadas pelos jurados *em penas de morte*.” OLIVEIRA, Ana S.S. *Op. cit.* p. 74.

mos que anteriormente 70% das sentenças condenatórias à pena de morte eram convertidas em outras penas, enquanto hoje 95% delas são confirmadas;²⁴ b) foi restringido o uso de *habeas corpus*, que somente poderá ser impetrado uma única vez pelo réu: em casos onde houver condenação à pena de morte, o condenado só poderá utilizar-se do *habeas corpus* para requerer um novo julgamento se surgir uma evidência nova que possa levar à sua absolvição; se essa evidência apenas for suficiente para justificar a aplicação de uma pena mais leve, mas não for hábil para a absolvição, não é permitido o recurso ao *habeas corpus*;²⁵ c) a privatização dos serviços de segurança e prisões está sendo incrementada a tal ponto que hoje um em cada três policiais existentes nos EUA é particular, e a tendência é que dentro de dois anos essa proporção será de um em cada dois;²⁶ d) pesquisa recente realizada nos EUA mostra que 45% dos norte-americanos alguma vez já usaram drogas; em 1996 o National Drug Control Strategy reportou que a maioria dos cidadãos brancos com renda acima de 35 mil dólares tem algum problema com drogas (consigo mesmo ou seus familiares); paradoxalmente, no Estado da Califórnia foi aprovada em 1994 uma lei, denominada Three Strikes you're out, que converte em *pena de prisão perpétua* a terceira condenação

penal;²⁷ em levantamento feito dois anos após a promulgação da lei, em 1996, o Department of Corrections daquele Estado mostrou que 3.749 pessoas foram condenadas à prisão perpétua pela aplicação da Three Strikes, em razão de *posse* (não destinada à venda) ou *uso* de maconha, enquanto 2.342 foram condenadas igualmente àquela pena, por diversos crimes violentos; assim, o número de condenados à prisão perpétua por reincidência em uso de *marijuana* é 60% maior do que os que o foram por homicídio, estupro e seqüestro combinados.²⁸ Há mais pessoas presas por crimes relacionados a drogas hoje naquele Estado que o total da população carcerária em 1982; e) a resultante dessa estratégia de "endurecimento" foi o crescente aumento do número de presos: a população carcerária nos EUA em agosto de 1997 era de 1 milhão e 700 mil pessoas, e quase 4 milhões dos cidadãos adultos estavam cumprindo *probation* ou *parole* (espécies de livramento condicional) em dezembro de 1996, o que perfaz um total de quase 6 milhões de pessoas cumprindo penas naquele país ou, de uma ótica mais aguçada, 1 em cada 155 moradores dos EUA está encarcerado, e 1 em cada 35 está de alguma forma sendo penalmente executado (preso ou em liberdade condicional).²⁹

Reafirmando essa orientação de maior intervencionismo penal, o presidente Bill

(24) SKOLNIK, J. K. Op. cit. p. 90. Em 1997, 16 casos de condenação à pena de morte foram apreciados pela Corte Suprema dos EUA, e em todos a pena capital foi mantida.

(25) OLIVEIRA, Ana S.S. Op. cit. p. 81.

(26) SANTOS, Boaventura de S. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. Cidade do Porto : Afrontamento, 1998. p. 271.

(27) Essa "regra" foi proposta em Minnesota em 1997 e ainda não foi submetida à aprovação.

(28) SKOLNIK, J. K. Op. cit. p. 87.

(29) Fontes: *Prision and jail inmates at midyear 1997*. Washington : Departamento de Justiça dos EUA, 1998; *National's probation and parole population*. Washington : Departamento de Justiça dos EUA, 1997.

Clinton em discurso ao Congresso norte-americano no final de janeiro, sustentou a política de segurança interna dos EUA, assegurando que a estratégia de “combate ao crime” continuará a ser efetuada com maior participação “da polícia e grupos de cidadãos”, com a adoção de “castigos mais severos”, aprovação de leis que permitam aos promotores e supervisores de liberdade condicional reprimir o crime (*State of the Union Address*. Washington: The White House, Office of the Press Secretary, Release, 27.01.1998, p. 7)

As tendências apresentadas pelo Direito Penal norte-americano demonstram sua concepção utilitarista e os fundamentos empíricos e moralistas propiciam o surgimento de leis draconianas como a salientada Three Strikes e uma expansão cada vez maior do sistema penal, o que é objeto de crítica do Professor George Fletcher, da Columbia University, de Nova Iorque: “a idéia que está por trás dessa compreensão é uma política social que revela até que ponto os americanos estão dispostos a isolar ou confinar aquelas pessoas que consideram perigosas, o que é um fato grave demais para ser tolerado”.³⁰

6. Globalização e Direito Penal brasileiro

Um primeiro contato com o sistema penal brasileiro evidencia que nosso Direito Penal, na atualidade, está repleto de antinomias e desencontros, inexistindo um debate amplo sobre seus preceitos ou seus institutos, e o que as teorias avançadas que surgem na Europa são consideradas “surrealistas” e “inaplicáveis” ao sistema penal brasileiro, pois vivemos ainda atados à orientação

metodológica que fundamentava o Direito Penal clássico, em desarmonia com a própria Constituição Federal, que acolheu em seu artigo primeiro o Estado Democrático de Direito, ressalta Chaves Camargo.³¹

Frente a esse contexto, cabe analisar pontualmente o sistema penal brasileiro para aquilatar os níveis de influência da globalização hegemônica:

a) a tradição brasileira à codificação continua a existir; todavia, os Códigos Penal e o de Processo Penal, já quase sexagenários, estão descompassados com nossa realidade social e com a Ciência Penal contemporânea; se não há uma *descodificação* explícita, existe uma promulgação exacerbada de leis especiais que criam novos tipos e procedimentos penais esparsos, outras que modificam substancialmente parte dos dois Diplomas, de forma tal que ambos os Códigos são *tacitamente descodificados*;

b) as sentenças penais se fundamentam em uma jurisprudência fechada, tratada como ciência, o que por um lado impede a visão de toda a realidade e impõe uma degradação do direito, e de outro, preserva e reproduz a atitude dogmática presente nas decisões judiciais, o que estimulou a idéia de uma *jurisprudência vinculante*, por meio de um direito sumulado; a denominada “súmula vinculante” será a tradução globalizada do *precedente judicial* da *Common Law*;

c) nossa literatura penal se caracteriza na edição de manuais fiéis ao positivismo jurídico com recortes neokantianos ou finalísticos welzianos e livros apostilados de fácil manuseio, carentes de quaisquer

⁽³⁰⁾ Op. cit. p. 262-263.

⁽³¹⁾ Aids e direito penal. Aspectos gerais. *Revista USP*, São Paulo, n. 33, p. 57, 1997.

inovações substanciais, mas reprodutores das construções dogmáticas ecléticas, que conciliam os postulados clássicos com os princípios da Escola Positiva;³² assim, as elaborações dogmáticas acabam por edificar determinados conceitos, já ultrapassados no Direito Penal alienígena, como a “dissuasão” do criminoso para a prática de delitos. Tais concepções conduzem à “soluções” para diversos problemas sociais, como no caso da Aids: doutrinadores brasileiros, nessa orientação, entendem que a transmissão do vírus da doença é um homicídio doloso, que admite tentativa e modalidade culposa, ou lesão corporal seguida de morte quando “o sujeito, não praticando o fato com dolo de homicídio, realizar o ato tendente ao contágio, vindo a vítima a falecer em consequência da contaminação”;³³

d) a “privatização” do Direito Penal acontece em determinado contexto, seja pela adoção de princípios processualísticos civis ou equivocado uso do princípio da oportunidade,³⁴ seja pelo aumento da “segurança privada”, que se dá não apenas como proteção individual, mas também em forma de milícias municipais, guardas particulares em condomínios fechados, em grandes espaços, como *shoppings*, estádios desportivos, bancos e instituições financeiras, escolas particulares e mesmo públicas, destacando-se ainda grupos paramilitares a serviço de “grileiros”, “coronéis” políticos e a existência de “justiceiros” organizados;

e) flexibilização ou relativização de garantias no campo penal já estão ocorrendo no Brasil, com a edição de diversas leis que não atentam para os preceitos constitucionais; dois exemplos recentes ilustram essa assertiva: 1) a quebra do sigilo bancário não mais depende de autorização judicial de acordo com projeto aprovado pelo Senado Federal: um ato administrativo da Receita Federal é suficiente para que se desfaça o sigilo; além deste órgão do Executivo, também podem quebrar o sigilo o Congresso, o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários, o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público. A pretexto de combater a corrupção, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro, o Senado, através de uma lei ordinária, ab-rogou preceitos da Constituição Federal, que garante o direito individual ao sigilo bancário; dando ao Ministério Público esse poder, o Senado violentou os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, pois o *Parquet* passa a usufruir de mais uma vantagem no processo, que, há tempos dizia-se, deveria desenrolar-se com “paridade de armas” entre a defesa e acusação; 2) no mesmo dia em que eram divulgados os índices de desmatamento da chamada Amazônia Legal ocorrido em 1997, foi promulgada “lei dos crimes ambientais”, reafirmando o caráter simbólico que é atribuído ao Direito Penal brasileiro; entre outros desacertos apresentados em febre repressora pelo diploma, se encontra a presença da responsabilidade penal objetiva, a *versari in re illicita*, que ofende o princípio constitucional de pessoalidade da responsabilidade penal;

f) a edição de leis cada vez mais gravosas, criando novos tipos penais ou asoberbando as penas já estabelecidas, é uma constante, particularmente devido

(32) Cf. Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro, n. 3.

(33) Nesse sentido, Damásio E. de Jesus, *Direito penal. Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2. p. 137.

(34) Como exemplo, a “lei dos juizados especiais criminais”.

à propagação em nosso país de um fenômeno característico das formulações do *Law and Order Movement*: a *dramatização de violência*, que visa incutir na percepção dos cidadãos a transformação do significado de *violência* como sinônimo de *criminalidade*; para lograr essa vinculação, os meios de comunicação de massa conseguem gerar um clima de violência tamanho que esta passa a ser a preocupação dominante.³⁵ Essa manipulação, diz Chomsky, ocorre porque a mídia mais influente e poderosa pertence ao *sistema do mercado* e trabalha não só para seus proprietários, mas para o poder político e organizacional que o próprio mercado impõe, em um mundo globalizado.³⁶

g) quatro exemplos são destacados por Alberto Silva Franco como significativos da enorme influência do Movimento da Lei e da Ordem: 1) a denominada “lei dos crimes hediondos” surgiu sob o impacto dos meios de comunicação mobilizados em face das extorsões mediante seqüestro que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país, que *não tinha sido*, até então, incomodada pela ação de delinquentes; foi tamanho o nível de medo que era transmitido pela mídia que pessoas componentes de classes sociais desfavorecidas passaram a temer a possibilidade de ser vítima daquele delito; 2) as chacinas da Candelária, Vigário Geral, aliadas ao caso do assassinato da artista de televisão, Daniela Perez, deram origem, na

linha do Law and Order Movement, a um novo movimento dos meios de comunicação de massa para o efeito de incluir o *homicídio* no rol dos crimes hediondos; produziu-se, então, como resposta às pressões da mídia lei que, além de estender ao homicídio qualificado a etiqueta de *crime hediondo*, criou uma nova hipótese de homicídio simples, com esse rótulo, ou seja, o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente; 3) novamente a mídia mobilizou-se em face da corrupção dos membros da Comissão de Orçamento; a CPI ocupou todos os espaços e a opinião pública foi sensibilizada para elaboração de nova lei penal destinada a prevenir e reprimir as ações do *crime organizado*, surgindo então a chamada “lei do crime organizado”, que paradoxalmente não define o que vem a ser “crime organizado”; este diploma introduziu procedimentos em nível policial (ação controlada) e em nível judicial (o juiz como *coletor de provas*), de todos inadmissíveis; 4) o episódio da violência dos policiais militares na Favela Naval, em Diadema, gerou pressão de tal intensidade da mídia que, em tempo jamais visto, fez ressurgir no Senado da República um projeto que ali estava há anos, sem qualquer tramitação; nem o texto constitucional nem os tratados internacionais firmados pelo Brasil – que exigiam a formulação do *typus* de tortura – tinham sido suficientes para movimentar com esse propósito o Congresso Nacional; conhecida emissora de televisão, num arroubo inusitado em prol dos direitos humanos – ainda não estão claros os objetivos que propulsionaram essa ação –, alardeou sensacionalisticamente o ocorrido, de tal forma que foi novamente acionado o mecanismo pe-

(35) SILVA FRANCO, Alberto. Os perigos da dramatização da violência. *Boletim da Associação Juízes para a Democracia*, São Paulo, n. 1, p. 4, 1994.

(36) CHOMSKY, N.; HERMAN, E. S. *Manufacturing consent*. Nova Iorque: Pantheon, 1995. *passim*.

nal, sendo produzida num prazo recorde denominada “lei da tortura”, repleta de contradições e desacertos;³⁷

h) a reforma judicial propalada pela globalização hegemônica encontra campo propício no ensino jurídico brasileiro, dadas suas peculiaridades: no Brasil o ensino do Direito se norteia pelo dogmatismo acrítico do aprendizado sedimentado em doutrina descompassada com o conhecimento científico atual e apego excessivo à jurisprudência, o que impede a visão da realidade por parte do estudante, que resente a falta de disciplinas reflexivas em sua formação;³⁸ as escolas de Magistratura e do Ministério Público não contam com professores e profissionais de áreas consideradas “não-técnicas” que permitam uma formação multidisciplinar e humanística, transmitindo de um viés conservador conhecimentos gerais em matéria de filosofia, sociologia e história do Direito, que não ensejam uma mudança qualitativa³⁹ na mentalidade dos operadores do Direito;

Em suma: o Direito Penal brasileiro, com índole extremamente intervencionista, não denotando a área de significado da violência – confundindo-a com *criminalidade* – e colocando-a como um

desígnio a ser repellido com *estratégias de combate*, de forma a aplacar o sentimento individual e social de insegurança – fruto da “dramatização da violência” –, aliado ao incremento dos instrumentos jurídico-penais, tem dado mostras de sua “idoneidade” para a “solução” dos problemas sociais, transmutando-se, em um Direito Penal *promocional e simbólico*, de aparente, mas ilusória *eficácia*, acatando os preceitos da globalização hegemônica.

7. Direito Penal e globalização contra-hegemônica

Na globalização econômica hegemônica acontece uma transformação qualitativa com o homem dito “hipossuficiente”: no período do capitalismo industrial, era considerado “explorado”; na globalização, torna-se “excluído”. Antes, mesmo que espoliado, ainda ostentava sua condição de cidadão, fazia parte do sistema; agora, o sistema não mais o reconhece. Habermas aponta que cada vez mais “grupos marginalizados se vêem gradualmente apartados do restante da sociedade. Aqueles que já não são mais capazes de mudar sua condição social são abandonados à sua própria sorte”. Essa segregação, segundo ele, não significa que uma comunidade política possa “simplesmente descartar-se de uma parte ‘supérflua’ sem arcar com as consequências”. Em determinado prazo, podem-se aguardar desdobramentos, “que já se manifestam em países como os Estados Unidos”: o primeiro deles é a criação, pelos “excluídos”, de tensões sociais “que só podem ser controladas por meios repressivos. A construção de prisões está se tornando um excelente negócio”,⁴⁰ e a intervenção cada vez

(37) SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. São Paulo : RT, 1995. passim; Do princípio de intervenção mínima ao princípio de máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 6, fasc. 2, 1996 passim; Tortura. Breves anotações sobre a Lei 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, 1997 passim.

(38) CAMARGO, A. L. Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo : Saraiva, 1994 passim.

(39) FARIA, J. E. O. *Orden legal x mudança social: crise do Judiciário e da formação do magistrado. Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1996. p. 95-110 passim.

(40) HABERMAS, J. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. *No-*

maior do Direito Penal se faz necessária, como instrumento de controle social.

A explicação de Habermas clarifica a missão do sistema penal nos Estados Unidos, porém nos deixa um questionamento: por que nos países centrais europeus — à exceção dos que integram a Comunidade da *Common Law* — o Direito Penal não é utilizado como uma forma brutal de controle social?

O sistema penal daqueles Estados-nação se pauta em um Direito Penal mínimo e garantista nos aspectos formais e materiais, que considera a pena como *amarga necessidade*, ampliando a consciência que a mesma deve ser reduzida a seu mínimo possível pelo enraizamento dos princípios de *ultima ratio*, subsidiariedade e fragmentariedade, o que exige uma profunda depuração dos objetos da proteção penal, em processo permanente de evolução e centrado na proteção das garantias individuais.

A permanente evolução deste sistema acolhe hodiernamente a teoria da *imputação subjetiva*, a única que possibilita uma análise da criminalidade na sociedade atual, uma sociedade de risco. A teoria tem por fundamento básico a análise da relação de causalidade, que, embora mantido o caráter naturalístico da mesma, recebe um fator axiológico, permitindo ao intérprete, sob o prisma da ação, adequar melhor esta ao tipo penal. Assim, nem toda ação tem importância para o Direito Penal, mas somente aquelas em que o dissenso, no sentido habermasiano, causar danos relevantes ao bem jurídico protegido e for consequência do aumento ou incremento do risco.⁴¹

vos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 43, p. 99-100, 1995.

(41) CAMARGO, A. L. Chaves. Aids e Direito Penal cit. passim.

A globalização hegemônica impõe, como referido anteriormente, a primazia do econômico sobre o político e, conseqüentemente, os imperativos do mercado tornam obrigatória a mudança do Direito, que deve atender às suas necessidades, enquanto vale-se da forma mais violenta de controle social, que é o Direito Penal. Todavia, no Direito Penal mínimo contemporâneo, o sistema está formalizado e amparado por princípios garantísticos, o que impede que seja utilizado para manipulação, abuso ou arbitrariedade. O Direito Penal mínimo e garantista é um controle social que, por suas próprias características, está sempre sujeito a críticas e debates promovidos pelas Ciências Sociais — o que aperfeiçoa o sistema penal, com avanços científicos, como a mencionada teoria da imputação objetiva —, de um lado, e mecanismos de limitação e controle democrático, de outro. Por isso, o Direito Penal mínimo e garantista é o que menos se amolda à espécie de controle social que requer a globalização hegemônica.

À vista dessas observações até aqui formuladas, podemos inferir que, para adequar o nosso Direito Penal com os princípios mesmos do Estado Democrático de Direito e para enfrentar os mandamentos da globalização hegemônica, é imperioso que se passem a adotar as posturas preconizadas pela orientação do Direito Penal mínimo, de caráter garantista. Tal mudança paradigmática em nosso sistema penal não é uma meta utópica, mas possível de ser atingida concretamente, como já efetuado nos países centrais europeus, através de alterações substanciais, iniciadas a partir da edificação de um conhecimento científico que corresponda à realidade de nosso contexto histórico e social, que propicie instrumental apto a promover uma gradativa substituição dos instrumentos penais hoje existentes, eliminan-

do-se as arbitrariedades, diminuindo a intervenção penal estatal nas relações sociais e conflitos comunitários, sempre tendo como marco as *garantias constitucionais* que o Direito Penal formaliza do pressupõe e, em respeito absoluto ao princípio estruturante de nossa Constituição, o da *dignidade da pessoa humana*, em um processo de globalização contra-hegemônica.

8. Conclusão

Os fenômenos aqui abordados estão estritamente inter-relacionados com o interesse global pela reforma jurídica, que se apresenta como um processo indiscutível, singular e desideologizado: o conhecimento técnico, a eficácia, dão sua isenção asséptica. O trinômio comunicação/informação/ tecnologia, vasto e veloz, não dá ensejo a questionamentos, pois é "consensual": as transformações sociais na globalização não seriam mais um tema político, eis que o mundo globalizado sem fronteiras "pressupõe" democracia, como "imperativo categórico".

Todavia, nesse admirável mundo novo, surgem conflitos originais que desafiam a capacidade do Direito, não apto a superá-los: as exigências de uma sociedade ao repente complexa, multifacetada, descentralizada, eis que globalizada, suplantam os conflitos originais oferecidos pelas aspirações populares e põem ao longe as garantias estabelecidas. Cada vez mais são estas marginalizadas, excluídas por este novo modo de produção; os direitos fundamentais "tradicionais" negados aos indivíduos, que mais e mais apartados do sistema, nada são: ou são, não-cidadãos.

O semblante ideológico do processo tido como, "asséptico" se apresenta: as reformas, do Direito, do Judiciário e do

ensino jurídico, são estratégias que se dirigem ao estabelecimento de um sistema jurídico e judicial apropriado à nova economia mundial, de raiz neoliberal; à instituição de um quadro legal e judicial que beneficie o investimento, comércio e sistema financeiro. Trata-se de robustecer o mercado, não a democracia.

A resistência a esse quadro, por parte daqueles que não querem acatar um processo instituído pela globalização hegemônica, não impõe uma oposição irrestrita a qualquer reforma dos sistemas jurídico e judicial: para não vir a ser vitimizado por uma reforma tecnocrática voltada ao proveito da nova ordem econômica global, o sistema jurídico – aqui compreendido em seu significado amplo – tem de voltar-se para reformas urgentes e essenciais, e o Direito Penal, especificamente, deve evoluir para um Direito Penal mínimo e garantista, que atenda às aspirações democráticas dos cidadãos, cada vez mais sujeitos a abusos por parte do Estado e de agentes econômicos poderosos.

Voltar-se, enfim, à democracia, e contra os interesses do fundamentalismo de mercado.

9. Bibliografia

- BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito penal e processo penal*. Coimbra : Coimbra, 1974.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Contradições da modernidade e direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 16, p. 116-126, out.-dez. 1996.
- . Bases do direito penal no Estado Democrático de Direito. *Impulso*, Piracicaba, n. 20, v. 9, p. 81-94, 1997.
- . Aids e direito penal: aspectos gerais. *Revista USP*, São Paulo, n. 33, p. 56-65, março-maio 1997.
- . *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo : Saraiva, 1994.

- CHOMSKY, Noam; HERMAN, Edward S. *Manufacturing consent*. Nova Iorque : Pantheon, 1997.
- CLINTON, William Jefferson. *State of the Union Address*. Washington : The White House, Office of the Press Secretary, Release, 27 de janeiro de 1998.
- DILUIO JR., John J. Getting prison straight. *The American Prospect*, Cambridge, n. 3, p. 54-64, set.-dez., 1990.
- FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: crise do Judiciário e da formação do magistrado. *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1996. p. 95-110.
- . Democracia e governabilidade. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 127-160.
- . *As transformações do direito*. La Coruña, mimeo, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madri : Trotta, 1997.
- FLETCHER, George P. *Conceptos de derecho penal*. Valência : Tirant lo Blanch, 1997.
- GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *National's probation and parole population*. Washington : Departamento de Justiça dos EUA, agosto, 1997.
- GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Prison and jail inmates at midyear 1997*. Washington : Departamento de Justiça dos EUA, janeiro, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 43, p. 87-101, nov. 1995.
- KUTTNER, Robert. *Everything for sale. The virtues and limits of markets*. Nova Iorque : Knopf, 1998.
- OLIVEIRA, Ana S. S. de. Política criminal nos Estados Unidos da América. Notas de viagem. *Revista Brasileira de Ciências Crimi-*
- nais*, São Paulo, n. 19, p. 73-94, jul.-set. 1997.
- RÖHL, Klaus F. *The globalization of legal phenomena. Preliminary considerations for a legal sociological approach*. Amsterdã, mimeo, 1992.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *The GATT of law and democracy. (Mis) Trusting the global reform of courts*. Madison : Institute of Global Studies, University of Wisconsin, mimeo, 1997.
- . *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. Cidade do Porto : Afrontamento, 1998.
- SILVA FRANCO, Alberto. Os perigos da dramatização da violência. *Boletim da Associação Juizes para a Democracia*, São Paulo, n. 1, p. 4, 1994.
- . *Crimes hediondos*. São Paulo : RT, 1995.
- . Do princípio de intervenção mínima ao princípio de máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 6, fasc. 2, p. 175-187, 1996.
- . Tortura. Breves anotações sobre a Lei 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 55-72, jul.-set. 1997.
- SKOLNIK, Jerome K. Tough guys. *The American Prospect*, Cambridge, n. 30, p. 86-91, jan.fev. 1997.
- TRUBECK, David M. *Social justice "after" globalization. Transnational agency, international regimes, and the deep integrations of economies*. Madison, mimeo, 1996.
- WALTERS, John P. *et alii. Body count*. Nova Iorque : Simon & Schuster, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, p. 13-23, jan.-mar. 1997.

2. DOUTRINA NACIONAL

A GLOBALIZAÇÃO E AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PENAL

TATIANA VIGGIANI BICUDO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Definição de globalização – 3. A globalização e as transformações no direito – 4. A evolução da dogmática penal e da política criminal – 5. Novas tendências em nível penal: 5.1 As correntes funcionalistas; 5.2. Os processos de desformalização do direito penal e processual penal e a adoção de figuras jurídicas existentes nos modelos jurídicos da *common law* – 6. Conclusão.

1. Introdução

Pretendo analisar neste trabalho a ascensão do pensamento funcionalista no direito penal, bem como algumas de suas consequências. Entre essas consequências analisarei a de tornar o direito penal a *prima ratio* na resolução dos conflitos sociais e a alteração da função do direito penal ao transformá-lo em um direito voltado exclusivamente à prevenção, em detrimento de um modelo penal garantístico construído no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, procurarei verificar de que forma a globalização econômica tem influenciado para o crescimento deste pensamento em sede penal, e como isso tem contribuído para o esvaziamento das garantias penais e processuais penais.

Inicialmente, analisarei algumas transformações que tal globalização tem causado no paradigma do direito positivo em geral. Em seguida, tentarei demonstrar como tais alterações atingiram a ciência penal, procurando focalizar o modelo penal do Estado de

Direito e o surgimento do pensamento penal funcionalista.

Neste contexto, analisarei as características do direito penal funcional, para tentar situar algumas críticas a este pré-paradigma.

2. Definição de globalização

A globalização é um conceito poroso, tendo sido utilizado para definir inúmeros fenômenos. Diante disso, inicialmente faz-se necessário definir qual o conceito de globalização que será utilizado neste estudo.

O fenômeno da globalização tem várias dimensões, dentre as quais podemos destacar a econômica, política, social e cultural.

Neste trabalho, contudo, privilegiar-se-á o fenômeno da globalização econômica, que a partir dos anos 80 tem propiciado novas formas de organização da economia capitalista; a transnacionalização dos mercados; a mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação dos capitais e da compressão do tempo e do espaço, em face do avanço da informá-

tica, das telecomunicações e dos transportes.¹

É importante ressaltar que o fenômeno da globalização não atinge todos os países da mesma forma, sendo interessante a diferenciação feita por Boaventura Santos, qual seja, a de países centrais, periféricos e semiperiféricos.²

No contexto dessa diferenciação o Brasil estaria situado como país semiperiférico em relação aos Estados Unidos e Europa e país central com relação a países como a Bolívia e o Paraguai.

Outra noção importante ao fenômeno da globalização é que este pode ser tanto hegemônico como contra-hegemônico, sendo que tal noção também relaciona-se com a distinção entre países centrais, semiperiféricos e periféricos e caracteriza-se pela forma como o impacto da globalização atingirá tais países, bem como qual modelo estará sendo adotado.

Essas diferenciações devem ser levadas em conta na análise do impacto da globalização no Brasil, uma vez que situado na América Latina, e sendo considerado semiperiférico em relação aos Estados Unidos e Europa, certo é que o fenômeno da globalização, para usarmos os termos de Boaventura Santos, é hegemônico. Isso significa que o modelo que se tenta impor à realidade brasileira, no que diz respeito ao aspecto econômico, político e jurídico, é o modelo de países como os Estados Unidos e Japão.

Isso terá muita importância à medida que analisarmos o impacto causado pela globalização econômica sobre o sistema jurídico-positivo brasileiro. Este tem fundamento no Estado Democrático de Direito de inspiração liberal-clássica, dos quais se descatacam os princípios da soberania nacional, da Constituição, onde se asseguram os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, e o equilíbrio entre os poderes.

A seguir analisar-se-ão algumas transformações que esse modelo de globalização econômica trouxe a esse sistema jurídico-positivo.

3. A globalização e as transformações no direito

O Estado Democrático de Direito, um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno, fundamenta-se na dinâmica das revoluções burguesas do século XVIII, que fomentaram o surgimento do constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista que lhe serviu de base ideológica. Trata-se de um Estado, no qual há a nítida separação entre a esfera do público e privado; no qual se asseguram os direitos fundamentais por meio da Constituição; no qual predomina a democracia representativa, técnica que visa absorver as diferentes demandas existentes em uma sociedade pluralista; no qual vige o primado do equilíbrio entre os poderes.

Na passagem do século XIX para o século XX com as lutas sindicais e crise financeira do capitalismo concorrencial, esse modelo jurídico-constitucional de inspiração liberal-clássica deixa de oferecer respostas às demandas econômicas, administrativas, comerciais e financeiras. Neste contexto, o Executivo passa a assumir funções anteriormente exercidas pelo Legislativo e Judiciário,

(1) FARIA, José Eduardo. "As Transformações do Direito". Trabalho apresentado no Seminário *Crisis política, criminalización de la vida pública y autonomía judicial*. La Coruña, 1997, p. 1.

(2) SANTOS, Boaventura de Sousa. "The Gatt of Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reform of Courts, 1996 (trabalho não publicado).

passando a exercer um papel controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador. Assim, o Estado liberal se transforma em Estado-Providência, cuja função básica era promover o crescimento econômico, de um lado, e assegurar a proteção dos menos favorecidos, de outro.

O Executivo, no Estado-Providência, converte-se em instrumento de consecução de objetivos concretos. Para tanto, o sistema jurídico é concebido como técnica de gestão e regulação da sociedade, sendo que a legislação passa a favorecer determinados interesses, antes considerados privados, como públicos. Assim, as normas passam a ser genéricas, abstratas e impessoais.

A crise do petróleo dos anos 70 deflagrou crise no sistema financeiro, desorganizando o modelo econômico social-democrata e gerando recessão nos países desenvolvidos. Isso abriu caminho para uma revolução tecnológica, que procurava reduzir o impacto do custo da energia e trabalho no preço final do produto, colocando em xeque o modelo do Estado-Providência.

Com o objetivo de dar respostas às questões técnicas cada vez mais complexas, o Executivo passou a editar normas programáticas, normas de comportamentos e normas de organização, que produziram microssistemas legais e distintas cadeias normativas.

Diante dessa realidade a concepção do direito como um sistema fechado, hierarquizado e axiomatizado de normas de conduta, concepção proveniente do constitucionalismo, foi sendo substituída por um direito visto como conjunto de microssistemas legais aptos a captarem a crescente complexidade da realidade socioeconômica.

Enquanto no paradigma do direito positivo oriundo do Estado liberal o sistema jurídico é caracterizado pela completude

do ordenamento jurídico, no qual predomina a coerência formal e logicidade interna, isento de lacunas e antinomias; esse sistema jurídico emergente se caracteriza pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingentes.³

Essa situação se torna ainda mais complexa com o fenômeno da globalização econômica, no qual, os sistemas técnico-científicos, produtivos, financeiros e comerciais se especializam e se subdividem continuamente, produzindo suas próprias regras, seus próprios procedimentos e suas próprias racionalidades e concepções de justiça, dificultando, assim, o trabalho do legislador e, ainda, condicionando a aceitação das prescrições jurídicas produzidas pelo Estado aos distintos sistemas.

Diante da complexidade produzida pela globalização econômica, o Estado já não consegue regular a sociedade e economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, perdendo progressivamente o controle da coerência sistêmica de suas leis ao substituir suas normas abstratas, genéricas e impessoais por normas particularizantes, específicas e voltadas a determinados fins. Além disso, o ordenamento estatal tem sido submetido a uma competição com outros ordenamentos, de forma que o Estado tem sido colocado em um impasse quanto a sua soberania político-jurídica.

Assim, em face desse impasse, legisladores e governantes têm optado pela desvinculação do Estado de sanções reguladoras da economia. Para tanto,

(3) FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: Implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 5-8.

têm utilizado estratégias de descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização. Essas estratégias se fundamentam num cálculo de custo e benefício, pois quanto menos procurarem controlar, disciplinar e intervir, menor será o risco de acabarem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório.⁴

Esses processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização têm aberto caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas socioeconômicos internos e externos. Trata-se, pois, de uma “re-regulamentação” e “relegalização” em nível das organizações privadas capazes de efetuar investimentos produtivos, de criar empregos, gerar receita tributária etc.

Cria-se, desta forma, uma normatividade paralela, de forma que o direito produzido pelo Estado deixa de ser exclusivo e central, passando a fazer parte de um sistema com pluralidade de produção normativa.

Em face da mudança arquitetônica dos sistemas legais, da complexidade e quantidade das regulações normativas, da natureza e do alcance dos conflitos socioeconômicos, das estruturas, do conteúdo e dos objetivos dos códigos e das leis, do volume de informações sobre o direito e da velocidade de sua circulação e, ainda, das próprias categorias epistemológicas das diferentes teorias jurídicas, tem se identificado algumas tendências sobre o futuro do ordenamento jurídico.⁵

Podem-se destacar, dentre tais tendências:

1. A ampliação da incompatibilidade entre o tempo da legislação processual

civil e penal e o tempo do processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados, o que tem gerado a propensão dos agentes econômicos em optar por mecanismos mais dinâmicos para a resolução dos conflitos, como, por exemplo, a arbitragem.

2. A expansão hegemônica dos padrões legais anglo-saxônicos. Como ressaltou Boaventura Santos, a globalização se dá de forma diferente nos países centrais, periféricos e semiperiféricos, sendo que ela pode ser tanto hegemônica como contra-hegemônica. No caso do Brasil, o processo pode ser analisado como sendo hegemônico, predominando os padrões econômicos e jurídicos de países como os Estados Unidos e Japão. Daí porque os padrões legais anglo-saxônicos, nos quais prevalecem a rapidez, o pragmatismo e a flexibilidade, têm sido usados como imperativos da globalização, que tem por base o discurso da eficiência, da produtividade, da competitividade e acumulação em detrimento de imperativos predominantes na cultura franco-romana, quais sejam, o formalismo, a “garantia do processo” e a “segurança do direito”.

3. A progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo. Isso se dá na medida em que o Estado abandona a pretensão de promover uma regulação direta, reconhecendo a autonomia decisória dos sistemas sociais econômicos diferenciados e auto-regulados, passando a regulamentar de forma indireta.

4. A “reprivatização do direito”, que vem ocorrendo com a substituição da tutela governamental pela livre negociação, que tem gerado a expansão das relações contratuais entre redes de empresas e cadeias produtivas, que tem se dado à margem do Estado.

(4) FARIA, José Eduardo, op. cit.

(5) FARIA, José Eduardo, op. cit.

5. Enfraquecimento progressivo do direito do trabalho. A desterritorialização e reorganização do espaço de produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas por plantas industriais flexíveis, tem provocado uma desregulamentação da legislação trabalhista e "flexibilização" das relações contratuais.

6. Internacionalização do Estado, com o processo de integração formalizado por blocos regionais e tratados de livre comércio.

7. O aumento no ritmo de regressão dos direitos sociais e direitos humanos, em face da relativização da soberania do Estado. Os direitos humanos, nascidos para coibir a interferência arbitrária do Estado, somente conseguem ser instrumentalizados de modo eficaz por meio do poder público. Os princípios básicos dos direitos humanos e sociais são contrários aos imperativos da economia globalizada.

Desta forma, há o perigo de os excluídos da economia globalizada converterem-se em "sem direitos" no plano jurídico, não mais aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos.

8. O Estado na esfera do direito econômico, civil, tributário etc. reduz seu potencial de coercibilidade, promovendo uma desregulamentação, desconstitucionalização, deslegalização, gerando seu enfraquecimento, que, segundo Boaventura Santos, é condição para o fortalecimento da sociedade civil no Estado neoliberal. E, ainda, somente o Estado forte, dentro da coerência do modelo neoliberal, tem condições de implementar a sua fraqueza.⁶ Já em nível do direito penal, o Estado tem aumentado a sua interferência, criminalizando condutas, fundamentando-se na lógica da pre-

venção geral negativa, ou seja, no fato de que a simples criminalização de condutas tem força suficiente para coibir os excluídos do sistema globalizado de delinquirem.

Essa lógica criminalizadora por parte do Estado tem sido acompanhada em nível da dogmática penal pelo pensamento funcionalista, que encontra em Günter Jakobs um de seus maiores teorizadores. As linhas basilares deste pensamento serão analisadas no decorrer deste estudo. Antes contudo, faz-se necessário analisar as transformações pelas quais tem passado a ciência do direito penal até as novas tendências que têm sido percebidas hoje, quais sejam, o funcionalismo em nível penal e a influência do *common law* em nível processual penal.

4. A evolução da dogmática penal e da política criminal

O direito penal clássico inspirado no positivismo de A. Comte e Spencer caracterizou-se como uma reação à versão racionalista do Direito natural. Construído por Beling e V. Liszt, o direito penal positivo era considerado um dogma, do qual necessariamente se devia partir para a construção de conceitos e princípios que integrariam o sistema penal. O direito penal, para esta concepção, era visto como conjunto de leis capazes de solucionar os conflitos jurídicos, sem levar em conta qualquer tipo de valoração.

Já no século XX se impõe uma nova fase do pensamento jurídico-penal, o neokantismo. Neste período do neokantismo, a metodologia do direito penal deixa de ser puramente formalista, introduzindo-se considerações axiológicas, pela inclusão do Direito entre as ciências do espírito, cuja metodologia se ca-

⁽⁶⁾ SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 9.

racterizava por compreender e valorar. Os representantes dessa corrente entendiam que, apesar de as ciências naturais captarem a realidade empírica de forma objetiva e neutra, o método do conhecimento das ciências do espírito era valorativo. A questão dos valores que devem ser tomados em consideração na formação dos diversos conceitos deveria atender ao objetivo dessas ciências para a consecução de seus fins.

Tanto a escola positivista quanto o neokantismo vieram a ser suplantados pelo finalismo. O finalismo, por um lado, pressupôs que a ciência penal não deveria formular dogmas com base em questões situadas em determinado espaço e tempo. Por outro lado, também, a ciência penal não deveria atender a valorações de conteúdo variável. A dogmática penal teria que contar com um sistema atemporal e não perecível, ou seja, que se caracterizaria por ser um sistema de conceitos puros supratemporais.⁷

O finalismo seguiu o caminho das ciências penais do Pós-Guerra e teve como consequência duas características marcantes, quais sejam, o desinteresse pelos efeitos práticos das opções dogmático-penais, especialmente no campo da política criminal, e a tendência de formular enunciados normativos com pretensão de solidez e de delimitação hermética.⁸

A teoria finalista da ação fundou o seu saber sobre o núcleo do direito penal —

ação, antijuridicidade e culpa — trazendo a convicção de que este saber se assentava sobre o Ser. Contra essa teoria não germinou nenhuma erva dogmática, mas apenas metodológica.

Engisch em 1961, no curso de uma discussão metodológica principalmente com o finalismo, passou a questionar onde, para tal teoria, terminava a estrutura do Ser e onde se inseria o foco da valoração. A partir de então, a teoria finalística da ação, que havia introjetado vários de seus conceitos em textos legais e predominava no cenário da dogmática penal como paradigma prevalecente, teve seu modelo de explicação e argumentação superados.

Essa crise da dogmática penal tornou-se maior quando a criminologia e a política criminal passaram a exigir seu espaço na formulação de um novo paradigma.

Em nível de política criminal, durante os anos de 1950 e 1960 a tendência era o abandono das concepções retributivas do direito penal, dando relevo à vontade de orientar os mecanismos jurídicos penais para a obtenção da ressocialização do delinquente. Essa tendência ganhou relevo e embasou o surgimento das correntes abolicionistas dos anos 70, cuja base humanitária se reforçou com o marxismo então em voga. Em termos concretos, no âmbito das chamadas “ciências penais”, assistiu-se ao desenvolvimento da chamada “criminologia crítica”, que apontava nesse mesmo sentido.

Nos anos 80, contudo, assistiu-se ao crescente abandono da crença da ressocialização como finalidade legitimadora básica da intervenção punitiva do Estado. Por sua vez, as teses abolicionistas começaram a entrar em um período de crise paradoxalmente propiciado por segmentos sociais que, em princípio, estavam ideologicamente próximos das mesmas.

(7) VALLEJO, Manuel Jaén. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Espanha, Ministerio de Justiça e Interior, tomo XLVIII, p. 59-60, enero-abril.

(8) HASSEMER, Winfried. “História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 6, 1994, p. 41.

Assim, as posturas da esquerda política – os movimentos feminista e ecologista, e os grupos da corrente conhecida como realismo da esquerda acertaram um duro golpe nas propostas de abolição baseadas no chamado “controle penal”. A base teórica desse “controle penal” põe em relevo os hipossuficientes do sistema, as classes inferiores, as vítimas fundamentais do delito, de modo que a supressão do sistema de controle jurídico-penal lhes prejudicaria. Par e passo com essas mudanças, há ainda o descobrimento de novos bens jurídicos supraindividuais, dos quais é titular a coletividade e que deveriam receber proteção penal.

Essa tendência contribui para a “reabilitação científica” do direito penal liberal e as garantias que lhes eram próprias. Em outras palavras, pelo caminho da crítica ao intervencionismo radical com pretensões ressocializadoras e do rechaço ao abolicionismo, retornou-se aos princípios de segurança jurídica, igualdade formal e proporcionalidade inerentes ao direito penal iluminista.

Ao lado, portanto, da reafirmação das garantias formais, colocaram-se as garantias materiais resultantes da idéia normativa de Estado Social e Democrático de Direito. Assim, além da segurança jurídica, da legalidade formal, da taxatividade, que constituíam de novo “signos dos tempos”, em política criminal, passou-se a dar notável significado aos princípios da culpabilidade, da humanidade da pena, da igualdade, da proporcionalidade ou da ressocialização. Além disso, tal vocação não obistou a manutenção de um marco preventivo assentado nos princípios de necessidade e subsidiariedade da intervenção penal.⁹

⁽⁹⁾ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, “Nuevas tendencias político-criminales y actividad

Por detrás dessa matriz do direito penal liberal encontra-se a idéia do contrato social, ou seja, de que todo indivíduo que vive em sociedade renuncia parte de sua liberdade individual para que a liberdade de todos seja garantida. Nessa medida, o direito penal cumpre a função de evitar as lesões a essa liberdade de todos.

Como consequência disso considera-se delito o que significar lesão às liberdades asseguradas no contrato social; proíbe-se que se interprete as leis penais com a finalidade de evitar modificações nos limites estabelecidos à liberdade individual – daí a necessidade de as normas penais serem formuladas de forma precisa com tipos fechados –; o Estado recebe legitimação dos cidadãos para o poder punitivo, recebendo, também, os limites a esse poder.

Assim, de acordo com essa concepção o direito penal é considerado um meio violento de repressão, mas também instrumento de garantia da liberdade dos cidadãos e a *ultima ratio* para solucionar os conflitos sociais.¹⁰ Para o direito penal isto significava a proteção de interesses humanos elementares ameaçados. Traduzida em abstração penal, significava: a proteção de bens jurídicos.

Com o comprometimento da tutela penal com a proteção dos bens jurídicos, ocorreu que o princípio da *ultima ratio* ganhou vida. O direito penal passa a se apresentar como meio de solução de problemas sociais (proteção de bens jurídicos via instrumentos penais), que

jurisprudencial del Tribunal Supremo Español”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, 1996, p. 40-41.

⁽¹⁰⁾ HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Muñoz. *La Responsabilidad por el producto em derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch Alternativa, 1996, p. 20.

só entrará em campo quando nada mais adiantar.

Nesse sentido, o “garantismo” e o “direito penal mínimo” seriam considerados os pilares do direito penal no Estado Democrático do Direito.

Esse panorama se vê parcialmente modificado com a erupção de dois novos fenômenos que, provavelmente, se já existiam anteriormente nos anos 80, alcançaram uma considerável força, passando a figurar como centro da discussão da política criminal e dogmática penal, na medida em que esta passava a ser permeada pelas preocupações apresentadas pela política criminal.

De um lado, o paradigma do garantismo foi sendo atacado pelas correntes funcionalistas. Por outro lado, a crescente difusão de teses desformalizadoras, ou de solução extrajudicial de “conflitos jurídicos penais”, bem como da adoção de instrumentos jurídicos importados do sistema da *common law*.

5. Novas tendências em nível penal

5.1 As correntes funcionalistas

A premissa metodológica fundamental dos sistemas funcionalistas pode resumir-se nos seguintes termos: o conteúdo das categorias do sistema dogmático deve determinar-se em função do que resulte mais adequado ao sistema social em geral ou a um subsistema social em particular, tal qual o subsistema do direito penal. Funcional, neste sentido, é tudo o que se requer para a manutenção do sistema.¹¹

Entre essas correntes funcionalistas surgidas no âmbito da dogmática penal, duas têm se destacado. De um lado, o

modelo de Claus Roxin, considerado como modelo funcionalista aberto, de orientação teleológica, ou seja, no sentido de que os elementos do delito devem ser deduzidos dos fins do direito penal. Por outro lado, tem-se o modelo de Günter Jakobs, considerado como modelo funcionalista fechado.

Roxin ao construir a sua teoria tinha como pano de fundo a busca da unidade sistemática entre a política criminal e o direito penal. Assim, atribui a cada categoria penal uma função político-criminal. A tipicidade estaria regida pelo princípio da *nullum crimen sine lege*. A antijuridicidade compreenderia o âmbito dos conflitos sociais, no qual se enfrentam interesses individuais ou sociais com as necessidades dos indivíduos. Por fim, a culpabilidade se configuraria desde a perspectiva dos fins da pena. Em suma, Roxin propõe uma política criminal que se identifica com os fins da pena e que se fundamenta na culpabilidade, com os limites do Estado de Direito (tipicidade).¹²

Para Roxin o único fim da pena é a prevenção, tanto especial quanto geral, entendida esta última não como prevenção intimidatória negativa, mas como “prevenção integradora” positiva, isto é, com a finalidade de “restaurar a paz jurídica, enquanto dê aos indivíduos a certeza de que a sua segurança será mantida, sendo que as regras de convivência humana podem reafirmar-se contra as perturbações graves. Sobre esta base político-criminal, é a perturbação da paz jurídica geral que faz necessária a intervenção do direito penal por razões preventivas gerais, e estas não se fundam exclusivamente na ação do autor, mas também no resultado dessa ação.

(11) VALLEJO, Manuel Jaén, op. cit. p. 63.

(12) VALLEJO, Manuel Jaén, op. cit. p. 63.

É, no entanto, no conceito de culpabilidade que Roxin desenvolveu de forma mais significativa o conceito teleológico dos fins da pena. Inicialmente denominou essa categoria dogmática de “responsabilidade”, que para ele era integrada por dois pressupostos, quais sejam, a culpabilidade e a necessidade de prevenção geral, de tal modo que “a um autor somente se pode responsabilizar pessoalmente pelo injusto por ele realizado, quando, em primeiro lugar, for culpável e, em segundo lugar, também por razões preventivas se faz inevitável o castigo”.¹³

Assim, por tratar-se de um sistema aberto, Roxin busca ressaltar em sua construção teórica valores e princípios garantísticos, que por meio da política criminal entrarão na construção das categorias do penal, considerado um subsistema do sistema social. Com isso, evita os excessos abstratos-dedutivos, presentes no positivismo e no finalismo.

A teoria sistêmica de Jakobs diverge da teoria de Roxin, pois enquanto esta tem uma orientação teleológico-funcionalista, a teoria de Jakobs tem uma matriz funcionalista-sociológica. Ou seja, o funcionalismo de Roxin orienta as categorias do sistema do direito penal às finalidades da política criminal, que são várias e diversas entre si e podem limitar-se reciprocamente. Assim, dá ensejo a que se interprete o sistema do direito penal, bem como suas categorias dogmáticas com vistas aos princípios e valores garantísticos. Já para Jakobs somente são decisivas as necessidades “sistêmicas”, orientadas ao princípio supremo da “função do direito penal”.

A teoria de Jakobs tem como matriz a teoria da sociologia jurídica de Niklas

Luhmann, que sustenta que o jurista não tem como dominar o problema das consequências de sua decisão, sendo exatamente aí que a dogmática deve se inserir. A dogmática, segundo essa concepção, deve ser construída com elementos provenientes da teoria dos sistemas autopoieticos (sistemas fechados, que se fundam em si mesmos), para formular modelos de conceitos jurídicos adequados à sociedade e com a ajuda destes formular as teorias dogmáticas. Portanto, a tarefa da dogmática consiste na adequação de conceitos jurídicos à sociedade, na qual o futuro permanece aberto. Por outro lado, para a teoria sistêmica de Luhmann, a sociedade é um sistema de interações, que se denomina expectativas. Cada integrante de um grupo social tem expectativa de que os outros integrantes irão se comportar de acordo com determinadas regras de conduta (expectativas de conduta). Logo, se não se cumpre essa expectativa ocorre uma frustração, que impede o desenvolvimento normal do grupo social. Jakobs, ao trabalhar com o modelo luhmanniano do direito como sendo um conjunto de normas que criam expectativas de conduta, vai conceber o direito penal não como instrumento de proteção de bens jurídicos essenciais aos homens, mas como instrumento de proteção das normas penais. A danosidade social do delito ocorre porque sua realização exterioriza uma “infidelidade do autor ao ordenamento jurídico”, através da qual se põe em dúvida a vigência da norma em si (caráter disfuncional do delito), por isso, precisamente, a pena cumpre a missão de confirmar a vigência da expectativa da norma defraudada pelo autor.¹⁴

De acordo com essa ótica sistêmica, o indivíduo nada mais é do que um

(13) VALLEJO, Manuel Jaén, op. cit., p. 65.

(14) VALLEJO, Manuel Jaén, op. cit., p. 68.

“subsistema físico-psíquico”, mero centro de imputação ou sujeição de responsabilidades, e o próprio direito um “instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas”. Cabe ao subsistema penal assegurar a “confiança institucional” dos cidadãos, sendo esta função entendida como forma de “integração social”. Interessante ressaltar que o sistema se contempla “dinamicamente” como máquina em funcionamento, e não em termos axiológicos. Por isso, abstrai a validade formal das normas quanto ao seu conteúdo valorativo.¹⁵

Assim, a teoria luhmanniana dos sistemas permite uma renormatização de categorias da dogmática penal, que por sua vinculação a inexpressivas estruturas lógico-objetivas e conceitos pré-jurídicos não poderiam ser adotadas pela teoria funcionalista-sistêmica.¹⁶

A violação da norma (delito) é tida como socialmente disfuncional, não porque lesione ou ponha em risco determinados bens jurídicos, mas porque questione a “confiança institucional” no sistema. Assim, o direito penal não se limita a proteger bens jurídicos, mas funções, como a confiança institucional no sistema e a segurança dos cidadãos.¹⁷

Essa análise sistêmica implica, também, um novo marco teórico à legitimidade do castigo. Não se examina a pena sob o enfoque valorativo (fins ideais da mesma), mas funcional, dinâmico e como qualquer outra instituição social (funções reais que a pena desempenha para

o bom funcionamento do sistema). A pena, neste sentido, cumpre uma função integradora, distinta dos objetivos retributivos, de prevenção geral e especial, que lhe atribuíam a dogmática penal tradicional. Se o delito lesiona os sentimentos coletivos da comunidade, o tido como “bom e correto”, a pena “simboliza” a necessária reação tradicional: clarifica e atualiza exemplarmente a vigência dos valores violados pelo crime; reforça a convicção coletiva em torno da transcendência dos mesmos; fomenta os mecanismos de integração e de solidariedade social frente ao infrator e devolve ao cidadão honesto a sua confiança no sistema. Esta idéia de prevenção integradora substitui, pois, o ideal utópico e emancipador da ressocialização do delinquente. A teoria sistêmica, contudo, não sugere nenhuma alternativa ao sistema penitenciário, em face da atual crise do fim ressocializador da pena, apenas reforça um sistema penal tecnocrático.¹⁸

A teoria funcionalista do direito penal de Jakobs, com as características acima analisadas, tem propiciado o esvaziamento do pensamento garantístico e do direito penal mínimo, balaústres do direito penal do Estado Democrático de Direito, e, neste contexto, tem propiciado a expansão regulatória do Estado, permitindo, com isso, a contensão dos excluídos da economia globalizada.

1. Inicialmente, a mudança do foco da finalidade do direito penal, de defesa dos bens jurídicos caracterizados por interesses essenciais à convivência humana, para a manutenção do ordenamento jurídico, traz em si algumas conseqüências.

O direito penal deixa de ser a *ultima ratio* para resolução dos conflitos so-

(15) GARCIA-PABLOS, Antonio. *Derecho Penal – Introdução*. Madrid: Universidad de Complutense, 1995, p. 380.

(16) GARCIA-PABLOS, Antonio, op. cit., p. 382.

(17) GARCIA-PABLOS, Antonio, op. cit., p. 382.

(18) GARCIA-PABLOS, Antonio, op. cit., p. 383.

ciais, passando a ser a *prima ratio*. O direito penal, neste contexto, passa a ser instrumento da política criminal vigente, para a qual se faz necessária a proteção jurídico-penal para os hipossuficientes da sociedade. Assim, problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, informática, controle bélico, feminismo, são as áreas das quais se encarregará o direito penal. A resposta penal surge como a primeira, se não a única saída para controlar esses problemas.

O direito penal funcionalizado pela política criminal apresenta uma justificação mais fácil perante a opinião pública, mas encerra em si um perigo, qual seja, o de que são dadas tarefas ao direito penal que ele não pode cumprir, ou que cumpre a despeito de assegurar as garantias e princípios que lhe são básicos.

Ligado a essa necessidade de “controlar” os conflitos da sociedade contemporânea, ou seja, uma sociedade de risco, assumem relevância os crimes de perigo abstrato, para os quais basta a prática de uma conduta considerada tipicamente perigosa, segundo a avaliação do legislador, para que haja a pretensão punitiva. Com isto, a idéia de prevenção passa a ocupar posição central no direito penal. Em lugar de se dar resposta justa ao delito, põe-se em destaque a prevenção quanto ao delito futuro, ou futuras perturbações. Não há, portanto, preocupação com resposta adequada ao passado, a preocupação centra-se em se prevenir o futuro.

2. O fato de que para o modelo funcionalista de Jakobs o delito caracteriza-se como uma lesão aos sentimentos coletivos da comunidade do que é “bom e correto” e, diante disso, a pena aparece como uma reação social a esta conduta disfuncional, encerra em si mesmo o perigo de criação e manutenção de um

ordenamento jurídico autoritário. Isto porque esses sentimentos do que é “bom e correto” podem ser manipulados, e com base nessas manipulações serem erigidas as normas penais, que farão parte do ordenamento jurídico.

As legislações produzidas pelos regimes facista e nazista, nos quais a propaganda massiva “fabricava” o consenso sobre os sentimentos do “bom e correto” são exemplos disso.

Recentemente, tivemos no Brasil elaboração de legislações excessivamente autoritárias, produzidas pelo Movimento da Lei e da Ordem, cujo discurso repressivo e legitimador foi adotado pelos meios de comunicação, produzindo na sociedade brasileira sentimento do “bom e correto” em torno dos elementos desse discurso. Exemplo disso são a Lei do Crime Hediondo (Lei 8.072/90), a Lei do Crime Organizado (Lei 9.043/95). De acordo com o discurso produzido pelo Movimento da Lei e da Ordem a crescente violência deve ser eliminada pelo direito penal, e o criminoso deve ser rigorosamente punido. Nesta “luta” contra o crime, cabe ao direito penal transformar-se em arsenal necessário ao combate à violência, restabelecendo a ordem na sociedade, ou melhor, permitindo que o sistema social funcione de forma harmoniosa, ao serem eliminadas as ações disfuncionais.

3. Do ponto de vista axiológico, também, pode-se criticar o sistema funcionalista de Jakobs. Esta crítica se centra na tendência de neutralidade e relativismo axiológico dessa teoria. O crime é visto como uma conduta desviada, mas qualitativamente idêntica a qualquer outro comportamento divergente. O *plus* de “disfuncionalidade” que o caracteriza é definido pelas exigências concretas de funcionalidade do sistema e não por uma confrontação com os valores deste.

A teoria sistêmica, devido a essa neutralidade, possibilita a legitimação *ex post* de todo o sistema social.¹⁹

Do ponto de vista político – e político criminal – os esquemas estruturais funcionalistas respondem a desígnios claramente conservadores do *status quo* legitimadores de qualquer sistema social, sendo a “reação penal” a via mais eficaz de manutenção do sistema. Propiciam uma política criminal mais atenta à “manifestação” externa de um conflito do que às “causas” dele. Por outro lado, esses esquemas polarizam o centro de gravidade da investigação exclusivamente em torno da criminalidade “disfuncional”, isto é, da criminalidade aberta e ostensiva das classes baixas.²⁰ Neste contexto, também, essa teoria propicia ao Estado, em uma economia globalizada, manter os excluídos dessa economia marginalizados.

5.2 *Os processos de desformalização do direito penal e processual penal e a adoção de figuras jurídicas existentes nos modelos jurídicos da common law*

Outra tendência percebida no direito penal e processual penal é a desformalização. Essa desformalização tem gerado um risco para o direito penal garantístico, na medida em que a sua aplicação implica o desrespeito a princípios e garantias fundamentais, entre elas, o devido processo legal, o contraditório, a publicidade dos atos praticados em juízo, o princípio da legalidade, entre outros.

O processo de globalização que tem se dado no Brasil e nos demais países da

América Latina, nos dizeres de Boaventura Santos, pode ser considerado como hegemônico, ou seja, um processo no qual a reforma do sistema legal desses países se baseia nos padrões e modelos dos Estados Unidos e Japão.

Como fundamento da adoção do modelo do *common law* situa-se o discurso do “barateamento” dos custos do processo penal e de uma maior “eficiência” no “combate à criminalidade”. Exemplo disso são as leis de combate ao crime organizado, tanto no Brasil quanto na Colômbia, nas quais se permitem investigações ao arrepio das garantias aos direitos individuais, como a participação de policiais em atividades criminosas desses grupos, a fim de colher evidências dos crimes cometidos por essas organizações; as testemunhas “sem face”, que serão tidas como prova suficiente para a condenação de pessoas envolvidas em criminalidade organizada. Outro exemplo dessa tendência é a recém-editada Lei 9.361/98, que visa ao combate da “lavagem de dinheiro”, que prevê a inversão do ônus da prova, para a liberação de bens cautelarmente apreendidos e seqüestrados com base em provável suspeita de serem produtos de ilícito penal. Ou seja, o suspeito tem que comprovar a licitude de seus bens cautelarmente apreendidos ou seqüestrados, a fim de liberá-los, nos termos do § 2.º do art. 4.º desta lei.

Em nível dos delitos de menor gravidade e, ainda, tendo em vista o custo do processo penal, as legislações penais e processuais penais, tais como a Lei 9.099/95, dos juizados especiais civis e criminais, permitem o acordo e conciliação, figuras importadas do direito anglo-saxão. Aqui, também, ferem-se princípios constitucionais fundamentais: publicidade das audiências (porque a conciliação requer decência e discrição); juiz natural (por-

(19) GARCIA-PABLOS, Antonio, op. cit., p. 384.

(20) GARCIA-PABLOS, Antonio, op. cit., p. 384.

que a proposta de se introduzir a participação de juízes leigos também nas audiências de julgamento é pouco convincente); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do direito penal material aplicável ao caso que guiará a decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição dos *partners* para o acordo); princípio inquisitório (porque o “grande achado” do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque só faz sentido participar da conciliação se se tem algo a oferecer); igualdade de tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado ou pouco capaz de cooperar seja por esta razão mesma tratado com maior rigor).²¹

Essa tendência desformalizadora é totalmente contrária ao direito penal garantístico, pois, sendo a sua função ocupar-se com os conflitos mais graves quando os interesses implicados nesses conflitos se encontram imensamente ameaçados, a formalidade do direito penal é de extrema importância. A formalidade não deve ser entendida como algo negativo, mas como uma forma pela qual os acusados por um crime sabem de antemão e publicamente por qual motivo estão sendo acusados e de que forma isso é feito.

6. Conclusão

Certo é que hoje percebemos essas tendências funcionalistas e desformalizadoras em sede do direito penal e processual

penal, que têm colocado em xeque o direito penal garantístico, vigente no Estado Democrático de Direito.

Contudo, diante dessa realidade, têm surgido propostas no sentido de converter os espaços das regionalizações, das quais participarão os Estados-nações em uma economia globalizada, em *hot spots* que possibilitem a implementação de documentos nos quais as garantias individuais penais e processuais penais se façam presentes.

Importante se faz ressaltar a análise de Silva Franco no sentido de que “o processo de regionalização propiciará a unificação legislativa em relação a temas cujos reflexos terão incidência transnacional. Isto acarretará, além da produção de uma legislação uniforme, a construção de um sistema de direito penal comum a todos os países congregados no bloco regional. Alguns conceitos e categorias próprios da teoria do crime necessitarão, nesta situação, encontrar harmonização. Tais conceitos e categorias adquirirão conteúdo concreto em conformidade com finalidades político-criminais do contexto regional. Certo é, no entanto, que tais finalidades não se reduzirão “a meras considerações utilitárias de eficiência”, mas compreenderão “considerações valorativas derivadas de um princípio do respeito à dignidade humana e às garantias fundamentais do indivíduo. Da relação dialética de um e do outro surgirão, sem dúvida, enunciados valorativos concretos, cuja aptidão para dotar de conteúdo as categorias sistemáticas será inquestionável”.²²

(21) HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 65.

(22) SILVA FRANCO, Alberto. *Um prognóstico ousado. As perspectivas do direito penal por volta do ano 2010*, p. 42-43 (no prelo).

2. DOCTRINA NACIONAL

A CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO (ASPECTOS PENAIS DA LEI 9.613 DE 1.º DE MARÇO DE 1988)

WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. O problema da lavagem de dinheiro: uma nova Política Criminal sobre a matéria - 2. A criminalização da conduta de "lavagem de dinheiro": 2.1 A estrutura do art. 1.º da Lei 9.613/98: os tipos penais; 2.2 O procedimento de lavagem de dinheiro: as "fases da conduta"; 2.3 A questão do bem juridicamente protegido; 2.4 Sujeitos do delito; 2.5 O objeto material da conduta; 2.6 Natureza jurídica da norma: tipo alternativo, diferido e de mera atividade; 2.7 O dolo como elemento subjetivo essencial; 2.8 A conduta do agente: as modalidades de crimes descritos no art. 1.º - 2.8.1 Art. 1.º, *caput*; 2.8.2 Art. 1.º - incisos I a VII: os crimes antecedentes; 2.8.3 Art. 1.º - § 1.º - incisos I, II e III; 2.8.4 art. 1.º - § 2.º - inciso I; 2.8.5 Art. 1.º - § 2.º - inciso II; 2.9 A punibilidade da tentativa: art. 1.º - § 3.º; 2.10 A modalidade agravada do art. 1.º - § 4.º: crime organizado e habitualidade criminosa; 2.11 A adoção da delação premiada: art. 1.º - § 5.º; 2.12 A importância da regulamentação da lei e de uma política criminal especial.

1. O problema da lavagem de dinheiro: uma nova Política Criminal sobre a matéria

O Direito Penal Econômico no Brasil vem sofrendo nos últimos anos profundas e gradativas modificações, fruto de um protagonismo adquirido por esse ramo do Direito Penal nas últimas décadas.¹ Tanto a produção legislativa em matéria penal quanto a própria postura estatal sofreram profundas mudanças nos últimos anos, determinando o surgimento de um novo tratamento jurídico de problemas até o momento pouco explorados pelo sistema jurídico e dogmática tradicionais.

O crime organizado, a lavagem de dinheiro e a corrupção em diferentes níveis

são elementos de grande atualidade, pautando as políticas públicas da maioria das nações e inserindo-se entre temas grande destaque na construção da dogmática e da política criminal do futuro.

No caso específico da lavagem de dinheiro, a moderna realidade social (com suas demandas e problemas característicos) novamente surge como um importante fator de produção legislativa, ao determinar formação de uma política criminal em relação ao problema da criminalidade organizada, e a consequente construção de um sistema de normas para seu controle.²

⁽¹⁾ Sobre o tema já tivemos ocasião de comentar na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 11, p. 231.

⁽²⁾ As mudanças sociais são importantes fatores de alteração das "concepções jurídicas" (que são o substrato fundamentador do Direito). Nos últimos anos, existem vários estudos que destacam a importância da mobilidade social como fator

A sociedade atual, caracterizada por princípios de incremento tecnológico e organização sistemática, tem constatado com perplexidade o rápido surgimento de alguns fenômenos provocadores de grandes mudanças, dentre eles as novas formas de delinquência (como a econômica, a informática e a relacionada aos últimos avanços científicos no campo da genética)³ o que coloca o Estado Democrático

modelador do sistema jurídico. Sobre o tema, as lições de Antonio Garcia-Pablos de Molina, Catedrático da Universidade Complutense de Madrid, sobre atuais problemas atinentes à doutrina jurídico-penal e à criminologia, salientando dois aspectos fundamentais – o denominado “cambio social” e a evolução das “concepciones jurídicas”, *in verbis*: “El primero – el cambio social – porque la sociedad postindustrial de hoy genera nuevas necesidades y expectativas, que han de satisfacerse a la luz de los conocimientos y de acuerdo con la sensibilidad cultural de la época en que vivimos. En cuanto a las segundas, porque condicionan, logicamente, la instrumentación de las oportunas decisiones y delimitan el *modus operandi* de los poderes públicos” (*Estudios Penales*, Bosch, 27.02.1984). No mesmo sentido sua obra *Criminologia, una introducción a sus fundamentos teóricos*, Ed. RT, 2. ed., 1997, em co-autoria e traduzida ao português pelo Prof. Luiz Flavio Gomes.

(3) Como assinala Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 121, o avanço tecnológico comporta uma criminalidade específica, inclusive de âmbito socioeconômico. O uso generalizado de máquinas na indústria, o comércio, a administração pública, o setor bancário e de seguros propiciam, além do inegável progresso, o aparecimento de novos comportamentos criminais. Bons exemplos são as fraudes por meio de empresas, os crimes contra o meio ambiente perpetrados por atividades industriais, os delitos

de Direito em posição bastante delicada, ante a constante exigência de posturas e respostas, sobretudo no âmbito penal. A preocupação internacional com relação ao problema da criminalidade organizada é crescente e ocupa um importante *locus* no cenário do Direito Penal moderno, contribuindo para o incremento de estudos científicos, para a formulação de políticas públicas específicas e para a criação de entidades ou grupos de especialistas que denunciam o enorme potencial econômico das organizações criminais,⁴ assim como as grandes dificuldades de controlar seus efeitos.

É cada vez mais perceptível o grande desenvolvimento experimentado pelas organizações criminais relacionadas com o narcotráfico e com os delitos econômicos, assim como sua forte influência econômica e política sobre o destino das sociedades modernas, acentuando ainda

fiscais envolvendo pessoas jurídicas, a corrupção política de fundo econômico, a adulteração de bens de consumo e, principalmente, a *lavagem de dinheiro* (nesse sentido também a Recomendação R-81-12 do Conselho Europeu).

(4) Determinadas fontes internacionais apontam que o fluxo anual de dinheiro ilícito ocupa uma das primeiras posições em movimentações de capitais no mundo, perdendo apenas para as importações e exportações dos Estados, os negócios com petróleo e a indústria de informática (nesse sentido consultar os relatórios do GAFI – Grupo de Ação Financeira – C.E.E. 31.12.1990). Uma pesquisa realizada pela Universidade Americana de Washington para o Banco Mundial sobre o volume de recursos movimentado pelo crime organizado no mundo inteiro estimou em US\$ 1 trilhão de dólares a importância de dinheiro em circulação, o que equivaleu em 1997 a uma importância igual ao P.I.B. da oitava maior economia do mundo, o Canadá (cf. *O Estado de S. Paulo*, 24.03.1997, p. A3).

mais as diferenças socioeconômicas entre as nações e causando um verdadeiro desequilíbrio de forças no mercado financeiro. Diante desse quadro, tanto a comunidade internacional como o legislador brasileiro passaram a demonstrar sua preocupação frente ao tema, emitindo regulamentações e recomendações para um efetivo combate desse tipo de criminalidade.

No caso brasileiro, nos últimos anos, tornou-se pública a insuficiência estrutural dos poderes públicos e do sistema legislativo para o combate do crime organizado. Notícias sobre grandes casos de corrupção pública, movimentações ilícitas de capitais, utilização indevida de verbas públicas e fundos de campanhas políticas tornaram-se frequentes. A insuficiência normativa representada pela falta de tipos penais específicos favoreciam a impunidade.

E foi diante desse quadro que surgiu a Lei 9.613, de 1.º.03.1998, buscando a punição específica da conduta de "lavagem de dinheiro", e inaugurando todo um sistema de controle de operações financeiras e de fiscalização da movimentação de capitais.

2. A criminalização da conduta de "lavagem de dinheiro"

Com a Lei 9.613 de 01.03.1998, o crime de lavagem de dinheiro passa a ser um crime autônomo. A previsão do delito está em uma Lei Especial, portanto fora do Código Penal.⁵

(5) O Capítulo I está assim redigido:

Art. 1.º – Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

Mais uma vez, seguimos uma tendência contemporânea no Brasil de inovar a ordem jurídica mediante a criação de

II – de terrorismo;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa.

Pena – reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1.º – Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I – os converte em ativos lícitos;

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2.º – Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei;

§ 3.º – A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal;

§ 4.º – A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5.º – A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em

figuras penais especiais. Essa técnica legislativa, especialmente no caso da lavagem de dinheiro, possui um lado positivo e outro negativo. De um lado, está a previsão de um texto legal autônomo que favorece a criação de um espectro punitivo próprio, pretendendo abarcar exaustivamente todo o âmbito da matéria, concentrando em um único diploma a resposta penal e os demais aspectos dela decorrentes. Por outro lado, temos a não inclusão do delito na Parte Especial do Código Penal, contribuindo para a erosão da harmonia legislativa e do sistema punitivo, adotando um modelo político-criminal fragmentado que não respeita o ideal codificador (emblema do garantismo) nem possibilita a sistematização ordenada do universo de condutas sujeitas ao Direito Penal, afetando o processo de interpretação da norma (em razão de seu distanciamento topográfico dos princípios estabelecidos na Parte Geral do Código Penal) e produzindo duvidosos efeitos de prevenção geral (já que boa parte da doutrina reconhece que a inclusão de um tipo no corpo do Código Penal expressa uma clara vontade do legislador em considerar tal figura especialmente relevante).⁶

Os crimes estão previstos no *Capítulo I*, onde estão descritos os diferentes comportamentos típicos e estabelecidas regras especiais sobre a dosimetria da pena.

regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

⁽⁶⁾ Nesse sentido Klaus Tiedemann. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993, p. 234 *et seq.*

2.1 A estrutura do art. 1.º da Lei 9.613/98: os tipos penais

O legislador adotou a terminologia *lavagem de dinheiro* para definir o novo crime. Na verdade, o termo “lavagem de dinheiro” é um neologismo próprio das últimas décadas, bastante difundido e aceito nos meios científicos e entre os especialistas que tratam da criminalidade organizada. A expressão, apesar de seu pouco rigor técnico, foi adotada pelo mundo acadêmico e pela quase totalidade das nações, gerando denominações equivalentes: “blanqueo de dinero”, “money laundering”, “Geldwäscherei”, “blanchiment de capitaux”, “riciclaggio”, “reciclaje”, “branqueamento de capitais” etc.

Na última década, uma intensa produção legislativa no plano internacional tem determinado a regulamentação da ordem econômica e a tipificação das condutas voltadas à incorporação ao sistema financeiro de bens e dinheiro de origem ilícita. Diante da insuficiência dos tipos penais tradicionais, um grande número de comportamentos foram considerados delitos, de maneira que a “lavagem de dinheiro” passou a ser tratada como crime em muitos países.

Consciente do problema e atendendo a compromissos e pressões internacionais, o legislador brasileiro também formulou uma legislação específica seguindo em experiência de outros países e as linhas gerais traçadas pelos principais documentos internacionais (principalmente a Convenção de Viena de 1988, como veremos mais adiante).⁷

⁽⁷⁾ As principais fontes normativas sobre a lavagem de dinheiro são: a Recomendação R-80 do Conselho Europeu, a Convenção de Viena de dezembro de 1988, a Declaração de Basiléia (Declaração de Princípios do Comitê de Regras e Práticas de Controle das Operações Bancárias —

Percebe-se que o modelo de lei seguido pelo legislador pátrio não difere muito, portanto, daquele adotado em outros países, uma vez que por princípio a uniformização de harmonização internacional da legislação internacional de combate ao crime organizado é uma das bases dos sistemas globais de controle do delito.

A construção típica do art. 1.º da Lei 9.613/1988 apresenta uma estrutura que pode ser descrita da seguinte forma: a) em um primeiro plano está o *caput* complementado pelos incisos I a VII, descrevendo a principal forma de lavagem; b) em seguida temos as formas especiais ou derivadas descritas nos §§ 1.º e 2.º; c) além disso, a lei se ocupa em descrever causas ou circunstâncias relacionadas à dosimetria da pena, que irão influenciar no cômputo da resposta penal, quer por representarem institutos como o da tentativa (§ 3.º), quer por descreverem situações de especial reprovabilidade (como o conceito de habitualidade – § 4.º) ou finalmente por possibilitarem a diminuição da pena ante o reconhecimento do instituto da delação premiada (§ 5.º).

12/1988) e suas alterações, a Declaração Conjunta dos sete países mais industrializados (1989), o Convênio do Conselho Europeu (Estrasburgo – 08.11.1990), os informes do G.A.F.I (Recomendações Gerais de 1990), a Convenção da CEE de 1990, a Recomendação da OEA de 1990, o Regulamento Modelo da OEA, as Assembléias das Nações Unidas de Nápoles e Cairo, a XXII Assembléia-Geral da OEA de 18.05.1992, o Programa de Ação Global da ONU de 1993, a Cúpula das Américas de dezembro de 1994 e a Conferência Ministerial sobre Lavagem de Dinheiro e Instrumentos do Crime, de Buenos Aires, em 02.12.1995, e finalmente a recente Conferência Mundial sobre drogas realizada pela ONU em Nova York de 08 a 10.06.1998.

O art. 1.º, *caput*, representa a figura fundamental. As modalidades de condutas descritas na parte principal do artigo traduzem a idéia central do tipo e indicam a razão do injusto: punir os processos de atribuição de aparência de licitude a bens, direitos ou valores cuja origem deita raízes em fatos ilícitos anteriores.

O dispositivo central está estreitamente vinculado aos incisos I a VII, que completam a descrição típica da conduta, a qual poderá inclusive desenvolver-se sob as modalidades derivadas mencionadas nos §§ 1.º e 2.º. Fundamentalmente, os incisos I a VII constituem uma segunda parte do *caput* e são um complemento necessário para que exista adequação típica, já que descrevem os delitos antecedentes relacionados com a lavagem de dinheiro. Por sua vez, os §§ 1.º e 2.º são formas especiais de conduta, punidas com a mesma severidade pelo legislador.

Sinteticamente, tanto o *caput* e seus incisos quanto os §§ 1.º e 2.º traduzem os processos normalmente utilizados para a lavagem de dinheiro.

No que se relaciona à dosimetria da pena, percebe-se um certo rigorismo. A resposta penal é bastante severa. As penas serão de *reclusão* variando de *três a dez anos* com previsão de *multa*. A modalidade principal de pena está prevista no preceito secundário do artigo primeiro, que a partir de três anos revela um alto grau de reprovabilidade da conduta, chegando ao limite máximo de dez anos, consideravelmente alto. Além disso, é importante salientar que a pena poderá ser *aumentada* de *um a dois terços* conforme o § 4.º do art. 1.º, o que importa em um significativo aumento.

O sistema penal oferece, em tese, uma pesada resposta ao problema, limitando uma série de benefícios processuais e instrumentais e introduzindo institutos

novos, como o da delação premiada. A previsão de multa é um dado positivo, já que a pena pecuniária é bastante pertinente e adequada, considerando a natureza do delito.

Diante do estabelecimento de um *quantum* punitivo tão elevado, fica a dúvida quanto aos efeitos preventivos gerais da lei. Como demonstra a experiência internacional, evitar a impunidade e aplicar efetivamente o novo sistema legal é algo mais importante do que a previsão de altas penas como artifício preventivo. A regulamentação da economia e o estabelecimento de controles extrapenais devem ser dados indissociáveis no cenário da resposta estatal ao problema.

2.2 O procedimento de lavagem de dinheiro: as “fases da conduta”

Considerando que a lavagem de dinheiro é um procedimento do tipo organizado, podemos afirmar que a conduta do agente passa por um *modus operandi* bastante linear e multifacetado.

O procedimento criminoso está composto por um complexo de atos, uma pluralidade de comportamentos geralmente intrincados e fracionados, direcionados à conversão de valores e bens ilícitos em capitais lícitos e plenamente disponíveis por seus titulares.

Nos dias atuais, percebe-se uma enorme complexidade e sofisticação alcançada pelos criminosos nos processos de lavagem de dinheiro, razão pela qual a análise da conduta deve vir acompanhada de parâmetros gerais de interpretação, ou da “visualização das fases” pelas quais passa a grande maioria dos delitos.

A maioria das fontes de estudo (doutrina e especialistas na matéria) estão de

acordo em identificar pelo menos três grandes “fases” na conduta de lavagem de dinheiro:⁸

a) a primeira delas é a fase de *ocultação*, onde o dinheiro obtido diretamente com a atividade criminosa passa por sua primeira transformação, visando conseguir uma menor visibilidade. A criminalidade organizada, principalmente o mercado da droga, produz grandes quantidades de dinheiro em espécie, um alto volume de pequenas notas, além de objetos de valor. Assim, o criminoso necessita transformar esse conjunto de capitais em correspondentes quantias mais manejáveis e menos visíveis. Para tanto o agente costuma utilizar o sistema financeiro, os bancos, corretores de bolsas, o mercado de jóias e obras de arte, as casas de câmbio, enfim, emprega “intermediários” que servirão para “trocar” os valores ilícitamente conseguidos.

b) Com a posse do dinheiro já manipulado tem início a segunda fase: a *cobertura* ou *fase de controle*. O objetivo principal do agente é distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem, apagando os vestígios de sua obtenção. Durante todo o tempo o dinheiro é controlado, e para tanto entra em cena uma complexa rede de operações econômico-financeiras, numa cascata de negócios jurídicos envolvendo pessoas e instituições. São comuns múltiplas transferências de dinheiro, compensações financeiras, manipulação das bolsas, as

⁽⁸⁾ Sobre as fases da lavagem ver o trabalho de Javier Alberto Zaragoza Aguado, em *El Encubrimiento, la receptacion y el Blanqueo del Dinero. Normativa Comunitaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, Separata, Consejo General del Poder Judicial, España.

remessas aos paraísos fiscais,⁹ superfaturação de exportações etc.

c) Finalmente, o dinheiro deve retornar ao normal circuito econômico: é a chamada *fase da integração*. Nesse momento o agente converte o dinheiro “sujo” em capital lícito, adquirindo propriedades e bens, pagando dívidas, constituindo empresas e estabelecimentos lícitos, financiando atividades de terceiros, concedendo empréstimos, além de inverter parte do capital na prática de novos delitos.

2.3 A questão do bem juridicamente protegido

Em virtude das graves consequências para o sistema econômico-financeiro (tais como o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção etc.), a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma categoria delitiva que atenta contra a “segurança da ordem econômico-financeira”. Com a criação de tipos penais especiais direcionados a combater os procedimentos de lavagem de capitais, busca-se fundamentalmente proteger a normalidade do tráfego jurídico no mundo da economia.

A maioria da doutrina costuma definir que o bem juridicamente protegido pela lei é a normalidade do sistema econômico-financeiro de um país.¹⁰

⁽⁹⁾ Estima-se que na atualidade existam mais de 48 paraísos fiscais no mundo.

⁽¹⁰⁾ Nesse sentido aponta a maioria da doutrina internacional. Especificamente, veja-se José Luis Díez Ripollés. *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de*

Tal posicionamento significa deixar de reconhecer uma pluralidade ofensiva na atividade criminosa destinada a reciclar capitais ilícitos,¹¹ já que uma série de interesses, inclusive individuais, podem ser atingidos pela criminalidade organizada direcionada à lavagem de dinheiro. Porém, de maneira predominante, ainda que seja evidente a múltipla ofensividade dessas condutas, a norma está vocacionada a defender interesses globais ou metaindividuais relativos a uma normal ordem econômico-financeira.

Dogmaticamente, a “generalização do conceito de bem jurídico” pode ser considerada uma tendência da atual construção de tipos penais. Vivemos na atualidade uma realidade criminológica bastante distinta da que serviu de base para a construção dos tipos penais tradicionais, onde uma poderosa criminalidade organizada tem dado origem a uma complexa delinquência econômica merecedora de uma regulamentação penal mais específica e abrangente. Muito mais além de afetar as relações interpessoais e o patrimônio individual, a delinquência organizada e os processos de lavagem de dinheiro possuem objetivos e finalidades especiais, distanciadas da criminalidade tradicional, desenvolvendo em grande escala e com espírito empresarial uma série de macroatuações, algumas de caráter supranacional, que acabam por influir de maneira importante no próprio sistema econômico. Essa influên-

drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 02/1994.

⁽¹¹⁾ Além de condutas contrárias à ordem econômico-financeira, são comuns no contexto da lavagem de dinheiro as falsidades, os delitos contra o patrimônio e a administração, as lesões ao patrimônio individual, a corrupção etc.

cia é perceptível quando deparamos com as estimativas aproximadas sobre o volume de dinheiro “sujo” em circulação e o fluxo de valores direcionados aos mais de 48 paraísos fiscais que existem na atualidade. A grande quantidade de dinheiro proporcionada principalmente pelo narcotráfico, pela corrupção pública, pelas distintas formas de contrabando (de armas, de material bélico, de pedras preciosas e produtos tecnológicos etc.) e outras formas de criminalidade organizada necessita necessariamente passar por um processo de “depuração” que encontra no circuito econômico seu veículo necessário e natural.

Na verdade, para a ampliação de suas atividades delitivas e a conseqüente consolidação de sua estrutura organizacional, a criminalidade organizada acaba por participar da normal vida econômica, através de operações financeiras e da constituição de entidades e empresas destinadas a receber fluxos de capitais que passarão a ser utilizados em atividades de comércio, indústria, agenciamento ou intermediação. Esse financiamento ilegal acaba por contaminar a normalidade do contexto econômico e sua fisiologia natural, pois produz uma situação de intensa desigualdade entre os investidores lícitos e aqueles que buscam sua força em capitais de origem ignorada. É criada uma competição desleal e um profundo desconhecimento da realidade de mercado, o que ao final irá produzir um nefasto efeito sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica e a normalidade política que dela deriva.

Diante desse quadro é que se costuma afirmar que a conduta de lavagem de dinheiro atinge interesses metapessoais ou transindividuais, e por esse motivo *o bem juridicamente protegido* não poderia ser outro senão a própria *ordem*

socioeconômica. O sistema econômico é na verdade o substrato e a quintessência global de interesses individuais, mas trata-se de um bem jurídico independente e autônomo, porém de característica coletiva. Atribui-se esse perfil metaindividual ao objeto de proteção da norma para impedir o comprometimento dos destinos econômicos de toda uma sociedade e evitar a erosão do sistema democrático de direito.

Resta lembrar que a *natureza do bem jurídico* no âmbito da lavagem de dinheiro é ainda um tema muito discutido pela doutrina, já que interesses individuais poder atingidos pela conduta do agente. Na verdade, tudo dependerá da análise do caso concreto, pois determinada conduta, em razão de sua escassa lesividade ao sistema econômico-financeiro, poderá afetar apenas órbitas individuais e menos genéricas (crimes contra o patrimônio e a administração, falsidades etc.), requerendo um objeto de proteção de menor espectro.¹²

2.4 Sujeitos do delito

Em razão de seu perfil basicamente metaindividual a lavagem de dinheiro volta-se contra interesses coletivos (o sistema econômico-financeiro, a estabilidade e normalidade do mercado, da economia e de suas instituições).

Por outro lado, os crimes da Lei 9.613/98 podem ser cometidos por qualquer pessoa, já que o legislador não menciona sujeitos ativos qualificados e não exigiu qualidades especiais ao autor dos delitos. Apenas existe uma menção à circunstâncias nas quais o agente poderá se encontrar, e que importarão no aumento da

(12) Isso irá afetar, por exemplo, o problema da competência para o julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro.

pena (como por exemplo a criminalidade habitual descrita no § 4.º do art. 1.º).

O sujeito do crime não precisa ser, necessariamente, o mesmo autor dos crimes anteriores previstos nos incisos do art. 1.º. Isso ocorre porque, como veremos adiante, o crime de lavagem de dinheiro é um delito que “olha adiante”, sendo inaugural enquanto categoria de ofensa a bens juridicamente protegidos.

2.5 O objeto material da conduta

O objeto material da ação está definido no próprio *caput* do art. 1.º. São (*in verbis*): “...bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente” de crimes de determinados crimes anteriores elencados nos incisos I a VII.

É interessante notar que a lei não faz menção expressa ao “dinheiro” como objeto material da ação. A explicação é simples: o “dinheiro” está incluído na expressão “bens” e na projeção econômico-financeira dos conceitos de direitos e valores. Na verdade, como bem acentua Bonet Correa, a expressão “bens” compreende também o “dinheiro” como objeto material da conduta e bem juridicamente qualificado, na medida em que este possui uma generalidade absoluta e uma ultrafungilidade, por gastar-se mas não consumir-se, por implicar na divisibilidade abstrata das demais coisas, bens e serviços, e por poder desenvolver sua função de equivalência com relação a todo outro bem ou valor patrimonial.¹³ A própria Convenção de

Viena estabelece um amplo conceito para o objeto da ação em tais delitos (art. 1, q) ao incluir os ativos de qualquer tipo, corporais ou não, móveis ou imóveis, bens tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos legais que atribuam a propriedade ou outro direito relevante sobre ditos ativos.

Temos uma definição bastante ampla, que busca incluir não somente o produto direto de delitos anteriores, como também as sucessivas transformações ou mutações que o dinheiro (ou seus equivalentes) possam vir a sofrer durante o procedimento de lavagem de dinheiro.

Portanto, estarão sujeitas todas as coisas passíveis de valoração patrimonial, já que sua conversão em dinheiro é essência do mecanismo de lavagem de capitais.

2.6 Natureza jurídica da norma: tipo alternativo, diferido e de mera atividade

Em virtude da pluralidade de condutas descritas no *caput* e nos parágrafos do art. 1.º, o interprete é remetido a um tipo de caráter *alternativo*. Portanto, o princípio da alternatividade será de grande importância no momento de definir a responsabilidade penal do agente em crimes dessa natureza. São múltiplas as condutas que podem conduzir à lavagem de dinheiro, todas enumeradas no art. 1.º, de tal sorte que a pena será a mesma ainda que o agente pratique mais de um comportamento proibido. Assim, pouco importa que o autor tenha ocultado valores (*caput*), depois os tenha convertido em ativos lícitos (§ 1.º, inc. I) e ao final os tenha reintroduzido e utilizado no normal circuito econômico (§ 2.º, inc. II): terá praticado um crime único, por força da incidência do princípio da alternatividade.

⁽¹³⁾ Assim, J. Bonet Correa, *El dinero como bien jurídico* – Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Castan Tobeñas, IV, Pamplona, 1969, p. 142-143. Também J. Gómez Iniesta, – *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cedecs Derecho Penal, p. 62, Barcelona, 1996, p. 47.

Ademais, todos os atos descritos pela norma se aperfeiçoam com o simples comportamento do agente, não exigindo que o alcance dos resultados pretendidos. Os tipos são comportamentais e prescindem do resultado para seu aperfeiçoamento. Em razão disso, se assemelham a *crimes de mera atividade*, bastando que o autor pratique as condutas mencionadas no tipo (ocultar, dissimular, adquirir, receber, trocar, guardar, utilizar etc.) para que ocorra a consumação do crime.

No que pertine aos reflexos da conduta, para a integração do tipo não será exigível a obtenção de um proveito específico ou de um resultado final. A simples ocultação ou dissimulação do dinheiro ou valores já basta para cumprir as exigências típicas do preceito punitivo, pouco importando a obtenção de vantagens ou o enriquecimento por parte do autor. Um exemplo clássico nos meios policiais é a conduta daquele que possibilita, dentro de seu âmbito profissional, a atividade daqueles que pretendem legalizar ou transmitir determinadas quantias de dinheiro, quer deixando de realizar os controles administrativos necessários, quer facilitando acesso a dados ou mesmo “emprestando” sua conta bancária para o cometimento do delito. Nesses casos a simples conduta de dissimulação já basta para a consumação do crime, pouco importando se a quantia em transação, ou parte dela, venha ou não parar em suas mãos. Em razão disso, muitos dizem que a lavagem de dinheiro guarda semelhança com o crime de favorecimento real, pois o agente pode ser punido porque através de seu comportamento assegurou um benefício a terceiro, ainda que a posse ou uso dos bens não tenha sido de nenhum proveito para si mesmo.¹⁴

Estamos além disso diante de tipos penais que dependem da comissão de determinados crimes anteriores, razão pela qual podem ser denominados *tipos “diferidos”* ou *“remetidos”*. Como veremos logo adiante, o art. 1.º trata de crimes que fazem menção a crimes anteriores e precedentes, dependendo destes para sua conformação e adequação típica (note-se o *caput* em relação aos seus incisos I a VII).

No que tange ao aspecto fenomênico da conduta, é importante salientar que os tipos podem ser cometidos, via de regra, tanto por uma *ação* (conduta positiva) como por *omissão* (condutas negativas), já que ambas as modalidades podem conduzir ou favorecer o processo de lavagem de dinheiro.

2.7 O dolo como elemento subjetivo essencial

Uma atenta leitura do Capítulo I revela que todos os crimes previstos na lei são dolosos. Em momento algum o legislador fez menção a figuras culposas, razão pela qual somente será possível o enquadramento de comportamentos onde a consciência da ilicitude esteja patente. O autor somente poderá ser responsabilizado se tiver consciência de está ocultando ou dissimulando dinheiro, bens, direitos ou valores cuja procedência *sabe* ser relacionada com os crimes previstos nos incisos I a VII do art. 1.º (tráfico, terrorismo, contrabando de armas, extorsão mediante seqüestro, etc.). Em todas as operações que realize deve saber, ou ao menos admitir (teoria da representação) que pratica ou concorre para a prática de lavagem de dinheiro.

Assim, o elemento subjetivo dos tipos admite tanto o dolo direto como o dolo eventual (já que a lei não faz restrições quanto ao âmbito da intencionalidade).

⁽¹⁴⁾ Assim: Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos, 1989.

Porém é fundamental descobrir se existe uma mínima consciência sobre a ilicitude da conduta e sobre a origem espúria do dinheiro em movimentação.

É necessário que o agente conheça o caráter ilícito de sua conduta e saiba que os bens possuem procedência ilícita; porém, é importante salientar que não se exige uma absoluta certeza sobre a comissão de um delito em concreto, bastando uma potencial consciência do ilícito.

Tal conhecimento da ilicitude, a intenção do agente e as finalidades que conduzem o comportamento são *requisitos do crime*, e devem ser aferidos pela análise das circunstâncias objetivas de cada caso. Será de grande importância para interpretar o elemento subjetivo a verificação da conduta do agente no caso concreto, e o estudo dos processos que utilizou para a movimentação, ocultação ou dissimulação dos bens. Como exemplo de traços característicos de uma conduta penalmente relevante podemos mencionar: aquisições por um preço vil ou em circunstâncias pouco usuais, operações múltiplas e arrojadas, fracionamento de depósitos bancários, falsidades documentais, concurso de interpostas pessoas, testas-de-ferro, utilização de falsa identidade, criação de pessoas jurídicas fantasmas, relações comerciais e financeiras com paraísos fiscais, contratos fictícios ou sem sustentação econômica real, movimentação de altas quantidades de dinheiro, abertura de contas bancárias por curtos períodos de tempo, movimentação de capitais sem uma correspondente atividade comercial lícita, grande quantidade de depósitos em dinheiro, etc. O dolo eventual somente pode ser admitido se o sujeito está de alguma forma investido em uma posição de garante em relação à inevitabilidade do resultado, ou se sua conduta é relevantemente causal no

processo de lavagem de dinheiro. Por exemplo: um diretor de uma instituição financeira (que tem a obrigação legal de comunicar operações suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF) sabe que determinada operação se presta ao procedimento de lavagem de dinheiro, e mesmo assim não comunica tal fato às autoridades, ou ainda revela ao seu cliente que realizou dita comunicação, possibilitando um aperfeiçoamento da operação e um conseqüente benefício ao operador. Tal comportamento se aproxima do dolo eventual e portanto sua conduta será típica.

O fundamental é deixar claro que a lei não admite formas culposas. Em muitos países existem figuras que punem a imprudência ou negligência grave nos casos de lavagem de dinheiro. No Brasil, somente existem formas dolosas.

2.8 A conduta do agente: as modalidades de crimes descritos no art. 1.º

2.8.1 Art. 1.º – *caput*

Em destaque temos o *art. 1.º, caput*, que está assim redigido: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de: (...)”.

O dispositivo em destaque revela que foram criminalizadas fundamentalmente duas modalidades de conduta: *ocultar* e *dissimular*. Dentro dessas duas possibilidades de comportamento estão inseridas *finalidades* específicas do agente, já que a conduta deve estar direcionada sempre ao desiderato de converter, ou transformar, bens, direitos ou valores ilícitos em respectivos correspondentes lícitos. Além disso, a ilicitude anterior que marca a

clandestinidade legal de tais bens está definida e delimitada nos incisos I a VII, e por tal motivo não se pode dissociar a relação *caput/incisos*.

O verbo *ocultar* significa, no contexto da lei, o processo básico e fundamental utilizado pelo autor para a conversão de proventos ilicitamente obtidos. A ocultação é a idéia central que inspira o artigo. Ocultar é esconder, disfarçar, impossibilitar o conhecimento de sua situação jurídica e espacial. Em essência quer exprimir o primeiro passo a caminho da “legalização” de tais valores, já que seu efeito imediato é causar uma absoluta (ou no mínimo relativa) ignorância sobre alguns atributos fundamentais dos bens e valores em questão: sua origem, sua natureza, sua localização, sua propriedade e sua movimentação ou disposição.

De sua parte, o verbo *dissimular* envolve basicamente um segundo passo: o de garantir a ocultação. O agente dissimula o que já ocultou, ainda que parcialmente. São vários os procedimentos de dissimulação de bens, e basicamente esta modalidade de conduta é a que costumeiramente requisita maior atenção e manobras por parte do agente. Ao *dissimular* a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ilícitos o autor logra diminuir sua visibilidade ou conferir aos mesmos uma maior intangibilidade no que pertine a uma correta interpretação do que realmente são. Com isso, torna-se possível dificultar a investigação e fiscalização por parte do Estado, proporcionando ao agente uma tranqüila fruição dos atributos de tais bens e, acima de tudo, a *impunidade*.

A compreensão do significado dessas condutas está relacionada ao conhecimento dos procedimentos básicos ou fases gerais identificadas pela doutrina e

pelos especialistas nas diferentes operações de lavagem de dinheiro.

2.8.2 Art. 1.º – incisos I a VII: os crimes antecedentes

O art. 1.º elenca em seus incisos I a VII os delitos anteriores em relação aos quais a conduta de lavagem de dinheiro pode ser desenvolvida. Basicamente são crimes de especial gravidade, de grande potencial lesivo, que em geral produzem importantes quantidades de dinheiro ilícito que necessita ser reintroduzido no normal circuito econômico.

Da mesma forma que em outros países, o Brasil passa a considerar como delitiva a conduta de atribuir aparência de licitude ao dinheiro, bens e valores que estejam relacionados com determinados crimes anteriores. Para tanto elabora um elenco ou lista de “delitos precedentes” que limitarão a incidência da lei nova.

O dispositivo oferece uma lista fechada, *numerus clausus*, de maneira que somente teremos o crime de lavagem de dinheiro se os valores ocultados ou dissimulados forem provenientes de algum dos delitos descritos nos incisos I a VII.

Além disso, é importante lembrar que a lei foi clara ao definir que a lavagem de dinheiro é um delito relacionado com *crimes anteriores*, excluindo portanto as *contravenções*. Assim, estão fora do alcance da lei o dinheiro oriundo de atividades contravencionais (v.g., o jogo do bicho).

Estão descritos no artigo 1.º os seguintes crimes:

a) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins: são os incluídos no art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976, que trata da prevenção e repressão ao tráfico;

b) de terrorismo: a Constituição Federal trata o terrorismo como um delito hediondo de caráter inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII). Em nosso ordenamento jurídico-penal a tipificação do terrorismo não se encontra suficientemente delineada, havendo apenas algumas alusões na Lei 7.170 de 14.12.1983 (Crimes contra a Segurança Nacional) e na Lei 8.072 de 25.07.1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Trata-se de um delito de perfil organizado, cuja infra-estrutura operacional requer a movimentação de capitais ilícitos. Além disso, o terrorismo guarda relações com outras formas de criminalidade organizada, razão pela qual foi incluído pelo legislador no elenco do art. 1.º. Enquanto figura penal, ainda é carecedor de tratamento jurídico específico em nosso país por parte do legislador;

c) de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção: este inciso trata especificamente dos crimes descritos nos arts. 334 do Código Penal e as condutas correspondentes descritas na Lei 7.170 de 14.012.1983 (Lei de Segurança Nacional), fundamentalmente seu art. 12. Segundo os últimos estudos das Nações Unidas, o tráfico de armas proporciona a movimentação de enormes quantidades de dinheiro anualmente.¹⁵ Esse volume de capital ilícito passa pelo circuito econômico, razão pela qual o legislador buscou exercer um controle sobre comportamentos desta natureza;

d) de extorsão mediante seqüestro: basicamente o legislador quer evitar que os valores obtidos com a atividade de seqüestros com fins econômicos possam ser utilizados e desfrutados por seus

agentes. Enquanto crime hediondo (art. 1.º, inc. IV, da Lei 8.072/90) a extorsão mediante seqüestro (art. 159, e suas formas, do Código Penal) é mais um delito grave que guarda relação com a lavagem de dinheiro, principalmente se é praticado de forma habitual e organizada;

e) contra a Administração Pública: como o legislador não fez restrição alguma, em princípio estarão incluídos os delitos descritos no Título XI do Código Penal (arts. 312 a 359). Contudo, a segunda parte do inciso ressalta a preocupação de controlar a corrupção pública, buscando evitar principalmente que os autores de delitos contra a administração possam lançar mãos das ilícitas quantidades de dinheiro obtidas pelo desvio de suas funções;

f) contra o sistema financeiro nacional: fundamentalmente são os descritos na Lei 7.492/86 de 16.06.1986, que define uma série de comportamentos ofensivos ao sistema financeiro. A lei de lavagem de dinheiro busca exercer uma tutela sobre a normalidade do sistema financeiro, razão pela qual incluiu no art. 1.º as movimentações ilícitas de dinheiro e valores oriundos de crimes que atingem o mercado financeiro. Foi uma acertada escolha, porém um pouco tímida. O legislador poderia haver incluído outras ordens de delitos afins, como o abuso do poder econômico ou aqueles que atingem a economia popular ou a livre concorrência.

g) finalmente, a lei menciona os crimes praticados por organizações criminosas, numa clara alusão à Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado). Trata-se da única lei específica sobre o tema, que foi fortemente criticada pela doutrina nacional¹⁶ em razão de suas imprecisões e

⁽¹⁵⁾ Conforme o Relatório Anual da O.N.U. – 04/97, preparado pela r. Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Penal de Viena (de abril de 1997).

⁽¹⁶⁾ Sobre o tema a obra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini – *Crime Organizado* – Ed. RT, 1995.

falhas técnicas, mas que passa a guardar estreita relação com a Lei 9.613/98.

Ficam definidos assim os delitos antecedentes que devem restar demonstrados, ao menos em termos de indícios, para que possamos falar na figura de lavagem de dinheiro. A característica comum desses delitos é sua macrolesividade, pois atingem muitas vezes interesses gerais, e quase sempre geram importantes quantidades de dinheiro ilícito. Sua “gravidade” pode ser percebida pelas penas que ostentam, sendo alguns considerados “crimes hediondos”. Como estão descritos taxativamente, fazendo parte de um rol estabelecido e fechado, não demandam grande dificuldade interpretativa.

A técnica de encerrar em uma lista um determinado número de delitos é sob certos aspectos criticável, como veremos mais adiante. Na verdade, essa não era a única opção por parte do legislador no momento de definir os delitos antecedentes. Muitos países optaram por não estabelecer um rol específico (como a Espanha por exemplo — art. 310 *et seq.* do novo Código Penal de 1995), preferindo apenas exigir que a lavagem de dinheiro esteja relacionada apenas com delitos anteriores considerados “graves” em função de sua pena. Em modelos desse tipo, o próprio Código Penal define o que são delitos graves, estabelecendo os parâmetros de pena dentro dos quais se encaixam (pena mínima e pena máxima). Por exemplo, o legislador define que “serão considerados delitos graves os que possuam pena mínima superior a tanto tempo...”.

A opção político-criminal que realizamos (apesar de aparentar um maior *garantismo* ante o estabelecimento taxativo dos crimes precedentes) irá proporcionar *problemas sistemáticos* e práticos no futuro. As principais con-

seqüências da adoção de um modelo fechado são: a) ao deixar de estabelecer uma formula genérica o legislador se viu obrigado a manter uma extraordinária atenção aos novos acontecimentos delitivos, pois o surgimento de novas formas de criminalidade irá obrigar a ampliação e atualização do rol estabelecido nos incisos I a VII do art. 1.º; b) por outro lado, a formulação de uma lista implica numa necessária e contínua revisão da legislação penal, no sentido de verificar se as figuras contidas no rol ainda são consideradas um crime ou não. Basta observar que um dos delitos mencionados no art. 1.º, o terrorismo (inc. II), ainda não encontra tipificação específica em nosso sistema jurídico penal. Além disso, aparentemente, essa relação (condutas/delitos anteriores) não oferece grandes problemas técnicos, e tampouco demanda um exercício hermenêutico mais complexo.

No entanto, o intérprete mais cuidadoso logo se dará conta de que a simplicidade do art. 1.º é apenas aparente. O artigo pretende ilustrar, em um *único dispositivo*, todos os aspectos da imputação, concentrando tanto a descrição de condutas como circunstâncias passíveis de alterar a dosimetria da pena. O resultado é um “mosaico punitivo” que passa a impressão de abarcar todos os aspectos fundamentais da matéria.

Essa impressão de totalidade é um pouco inconsistente, pois gera uma complexidade temática, representada por uma pluralidade de verbos e dispositivos, numa clara tentativa de “cobrir” o máximo de comportamentos passíveis e evitar um vácuo de proteção penal. Tal técnica é conhecida pela doutrina penal tradicional (principalmente a alemã do pós-guerra) e exige por consequência a constante incidência de princípios como o da alternatividade e especialidade.

Outro aspecto importante é a “autonomia do crime de lavagem de dinheiro”. O art. 1.º trata de crimes que podem ser chamados de “*diferidos*” ou “*remetidos*”, já que fazem menção a crimes anteriores e precedentes, dependendo destes para sua conformação. Contudo, ainda que o tipo mencione delitos antecedentes, geradores do dinheiro e valores que serão objeto da conduta do agente na lavagem de dinheiro, não podemos esquecer que o crime de legitimação de capitais é um *delito autónomo*. Não é um delito “*meramente acessório*” a crimes anteriores, já que possui estrutura típica independente (preceito primário e secundário), pena específica, conteúdo de culpabilidade própria, e não constitui uma forma de participação *post-delictum*.¹⁷

Em razão disso, não é exigida a prova cabal dos delitos antecedentes (sentença penal condenatória), bastando apenas indícios da prática das figuras mencionadas nos incisos I a VII, para que se complete a tipicidade. Como veremos

com maiores detalhes mais adiante, para a instauração do processo penal (concretamente, o oferecimento da denúncia) basta a prova indiciária da existência de uma atividade criminosa direcionada aos crimes precedentes elencados no tipo.

Nesse sentido, a lavagem de dinheiro é um crime que “olha adiante” (*geradeaus schauen*, na concepção alemã), possuindo um objeto próprio, e prescindindo da identificação e punição dos responsáveis pelos crimes antecedentes, para que se complete sua tipicidade.

2.8.3 Art. 1.º – § 1.º – incisos I, II e III

O § 1.º descreve formas especiais de conduta dentro do procedimento básico de lavagem de dinheiro. Estão elencados no art. 1.º, § 1.º, incisos I a III, certos comportamentos direcionados a legitimar o dinheiro e valores oriundos dos delitos descritos nos incisos I a VII do *caput*, *in verbis*: “§ 1.º – Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros”.

As figuras penais em questão revelam um processo de lavagem de dinheiro em andamento, guardando em alguns momentos uma certa semelhança com o crime de favorecimento real (art. 349) e com o crime de receptação (art. 180 do Código Penal). O tipo descreve a conduta do agente que possibilita que os bens, direitos ou valores oriundos dos graves crimes descritos no *caput* possam ser reintroduzidos no circuito econômico, mediante determinadas operações (des-

⁽¹⁷⁾ Como bem salienta Gómez Iniesta “(...) el blanqueo de capitales de procedencia delictiva hay que ponerlo siempre en relacion com un hecho delictivo previo (delito grave), requiere una conexión con un hecho típico cuyo autor es otro y realiza un ataque a un bien jurídico distinto al del autor o partícipe del delito previo; pero, al disponer de un contenido de injusto y de culpabilidad autónomo, tal relación o conexión no fundamenta la pena para el autor del *blanqueo*, por lo que al no ser un delito accesorio, la pena puede ser inferior o superior y no impide la punición del *blanqueador* aunque el acto principal sea típico pero concurra alguna causa de justificación. Se trata como ya se ha dicho más arriba, de un tipo delictivo distinto en la medida en que atribuye una penalidad propia y no la hace depender de la pena del delito base” – Diego J. Gómez Iniesta, op. cit., p. 62.

critas nos incisos I, II e III), assegurando desta forma sua *disponibilidade* e fruição, bem como a *impunidade*.

Os três incisos do § 1.º são a ilustração de típicas operações de lavagem de dinheiro, representadas por negócios jurídicos de aquisição, troca, guarda, movimentação e transferência, algumas vezes em relação ao exterior, que acabam por gerar riquezas de aparência lícita e de pronta disponibilidade.

Múltiplos são os processos ou técnicas que possibilitam essa “alquimia econômica” que transforma dinheiro “sujo” em correspondentes quantidades legalizadas. A “engenharia financeira” que acompanha a criminalidade organizada se desenvolve e se aprimora a cada dia, dificultando seu seguimento, já que quase diariamente surgem novas modalidades de operações e artifícios para burlar os controles estatais. Contudo, a redação do tipo é bastante abrangente e aberta, com verbos genéricos, de maneira que acaba abarcando a maioria das condutas ilícitas.

Pune-se tanto a conduta realizada em proveito próprio (no que assume feições de receptação) como a prestação de auxílio a terceiros no sentido de tornar segura a vantagem material obtida com os crimes antecedentes, possibilitando o gozo do proveito do crime anterior e impedindo a ação da justiça (no que se assemelha ao favorecimento real).

É importante lembrar no entanto que a conduta incriminada sempre é *independente* das infrações precedentes (o agente não precisa haver participado dos crimes precedentes). Existem responsabilidades penais autônomas para quem lava dinheiro próprio ou alheio. Ademais, trata-se de um *tipo doloso*. O elemento subjetivo consiste na vontade livre e consciente de realizar uma série de operações de ocultação e dissimula-

ção que possibilitem a legitimação de capitais ilícitos, em proveito próprio ou de terceiros.

A *consumação* ocorre com a simples realização de operações suficientes para alcançar tal finalidade, pouco importando seu sucesso ou êxito econômico, ou que os valores venham a alcançar uma efetiva situação de segurança fática ou jurídica.

Além disso, é indispensável que o sujeito tenha *consciência da ilicitude* dessas operações, e saiba que o dinheiro, bens ou valores são fruto de uma atividade criminosa precedente, relacionada especificamente com os delitos dos incisos I a VII do art. 1.º, *caput* (*numerus clausus*). Portanto, *não existem figuras culposas*. O dolo é em regra direto, consoante a redação do tipo, ainda que não estejam excluídas formas de dolo eventual, já que a lei não faz ressalvas quanto ao âmbito da intencionalidade da conduta. O *bem jurídico* atingido é, em princípio, de índole coletiva, mas a lei não exclui a possibilidade de serem atingidas objetividades jurídicas individuais.

2.8.4 Art. 1.º – § 2.º – inciso I

O § 2.º, I, descreve comportamentos situados em fases mais avançadas do processo de lavagem de dinheiro, pois se relacionam à efetiva fruição dos valores ilícitos obtidos com as atividades mencionadas no *caput*. A lei estabelece que incorre na mesma pena do *caput* quem utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabem serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos nos incisos I a VII do artigo. Dada a especial consciência da ilicitude, taxativamente prevista no tipo através da expressão “(...) de que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes refe-

ridos neste artigo (...)", o tipo é de *dolo* direto. Para que exista tipicidade é obrigatória a demonstração de que o agente sabia da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, e mesmo assim os introduziu no sistema econômico, utilizando-os fundamentalmente em seu benefício, ou mesmo em benefício de terceiros. Se a fruição do dinheiro, bens ou valores é em proveito próprio, gerando uma vantagem para o próprio agente, estaremos diante de um tipo que muito se assemelha ao crime de receptação.

Considerando que a conduta se desenvolve perante a "atividade econômica", o aspecto *metaindividual* da *objetividade juridicamente atingida* ganha destaque, pois no fundo o tipo visa impedir que os valores passem a circular dentro no normal circuito econômico, com as nefastas conseqüências que isso implica.

2.8.5 Art. 1.º – § 2.º – inciso II

A última figura típica desenhada pela lei é derivada de uma forma especial de participação ou, por assim dizer, da ampliação conceito de autoria. Com a lei nova, a consciente participação em um grupo, associação ou escritório dedicados à lavagem de dinheiro é mais uma das modalidades de conduta típica, sujeita às mesmas penas do *caput*.

O legislador considerou relevante a conduta daquele que integra um grupo minimamente organizado destinado a implementar atividades típicas de lavagem de capitais ilícitos, em qualquer uma de suas modalidades.

O tipo amplia o espectro da autoria para abarcar as meras condutas acessórias ou concorrentes daqueles sujeitos que em determinado momento aderiram conscientemente aos planos de um grupo estável vocacionado a reciclar dinheiro, bens, valores ou direitos de ori-

gem espúria. Busca-se com isso desestimular a criminalidade de perfil organizado, fundada em grupos ou associações altamente especializadas.

Para que se complete a tipicidade é necessária a prova dos seguintes requisitos: a) demonstração de que o grupo realmente existe: seja ele a reunião de pessoas, um escritório, uma associação ou simplesmente uma pessoa jurídica; b) presença de uma mínima estabilidade associativa: a verificação de que o grupo de pessoas está reunido de maneira estável e não eventual, e que as atividades estão programadas para o cometimento de um número indeterminado de delitos (e não para a prática de uma simples operação ilícita); c) que existam finalidades concretas voltadas aos crimes descritos na lei: é preciso restar esclarecido um desiderato comum direcionado à atividade de lavagem de dinheiro, ainda que esta atividade não seja a exclusiva ou a principal do grupo; d) finalmente, a conduta individual deve ser penalmente relevante, ou seja, é importante descobrir se em dado momento ocorreu uma efetiva adesão aos planos coletivos, e que esta participação por si mesma merece uma reprimenda penal. De tal sorte, se a conduta do agente em nada podia influir sobre os destinos e manutenção do grupo, ou nada contribuía para a atividade de lavagem de dinheiro, não existirá responsabilidade penal alguma.

2.9 A punibilidade da tentativa: art. 1.º – § 3.º

O § 3.º do art. 1.º afirma que a tentativa será punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. O dispositivo é redundante e desnecessário, uma vez que as regras da Parte Geral do Código Penal incidem sobre a legislação penal especial salvo disposi-

ção expressa em contrário, razão pela qual não dispensa maiores comentários. Basta apenas lembrar que o critério de diminuição (de um a dois terços) sempre deverá levar em conta o *iter criminis*, verificando no caso concreto até que ponto a operação de lavagem de dinheiro se completou. O grau de aperfeiçoamento do procedimento é o parâmetro a ser seguido para a identificação da consumação do crime. Contudo, é bom lembrar que muitas vezes os crimes da lei se consumam com o simples comportamento do agente, pouco importando que o dinheiro, bens ou valores venham a conquistar a condição de capitais lícitos. Para uma estrita tipicidade o legislador se contenta apenas com a prática de atos suficientes para alcançar tal objetivo, ainda que o resultado (capital legitimado) não ocorra.

2.10 A modalidade agravada do art. 1.º — § 4.º: crime organizado e habitualidade criminosa

A lei prevê uma causa de aumento de pena no § 4.º do art. 1.º, ao determinar que a pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput*, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa. Trata-se da figura da habitualidade criminosa, ou do criminoso habitual, conceito diferente do de crime habitual.¹⁸

Como ensina o mestre Damásio, “o delito habitual se distingue da habitualidade no crime. Naquele, o delito é único, constituindo a habitualidade uma elementar do tipo. Na habitualidade no

crime, ao contrário, há pluralidade de crimes, sendo a habitualidade uma qualidade do autor, não da infração penal.”¹⁹ O § 4.º, portanto, permite o aumento da pena no caso do agente que se dedica a praticar crimes de lavagem de dinheiro proveniente de algum dos crimes previstos nos incisos I a VI do art. 1.º ou por intermédio de uma organização criminosa. Ao contrário do crime habitual (onde a reiteração de atos penalmente indiferentes de *per si* constitui um delito único, ante a existência de um todo ilícito), aqui temos uma seqüência de atos típicos que demonstram uma tendência por parte do autor. No crime habitual a prática de um ato apenas não gera tipicidade. No dispositivo em questão cada um dos crimes anteriores possui plena autonomia, e é seu conjunto que permite o aumento da pena.

O aspecto mais importante é que o parágrafo introduz a figura da “*reiteração criminosa*”, que nada mais é do que uma característica do criminoso chamado “profissional” ou “habitual”.

Não estamos diante um crime continuado propriamente dito (art. 71 do Código Penal).²⁰ Tampouco a lei faz referência e exige uma comunhão de circunstâncias temporais, espaciais e operativas para que se reconheça uma “unidade” fictícia ou real de delitos.

Em verdade, o § 4.º trata com maior rigor ainda o criminoso profissional, partindo do patamar de *um terço* e che-

⁽¹⁸⁾ O crime habitual é a reiteração da mesma conduta de forma a constituir um estilo de vida reprovável. Exemplos são o curandeirismo (art. 284 do CP), o rufianismo etc.

⁽¹⁹⁾ DAMÁSIO DE JESUS, Direito Penal, 1.º Volume, Parte Geral, item 36, Saraiva.

⁽²⁰⁾ A jurisprudência tem entendido que a continuidade delitiva não deve ser reconhecida se estamos diante de criminosos profissionais ou habituais que reiteram figuras delitivas autônomas. Nesse sentido: TACrimSP, RC 410.753 *Julgados* 85/304; STF — Re. 4.492, mv., *RTJ* 97/77.

gando a *dois terços* para o aumento da pena.²¹

O dispositivo está reservado, portanto, à situações em que o agente, reiteradamente e de forma habitual, venha se dedicando ao delito.

Da mesma forma, incidirá no aumento aquele que atuar por intermédio de uma organização criminosa, uma vez que nesse caso tanto a habitualidade quanto o "profissionalismo" da conduta serão dados ínsitos ao delito.

2.11 A adoção da delação premiada: art. 1.º – § 5.º

Uma das mudanças mais importantes introduzidas pela lei nova foi a previsão do instituto da delação premiada. Tal artifício foi adotado pelo legislador no âmbito da lavagem de dinheiro e permitirá um maior arsenal instrumental contra a criminalidade organizada. O tema é bastante polêmico em razão dos dilemas éticos que oferece e de sua complexidade (extensão do benefício, sua eficácia, limites legais, âmbito da diminuição da pena, veracidade instrumental da delação, proteção ao criminoso etc.). Por sua amplitude, abordaremos o assunto em outra oportunidade, mas, desde logo, cremos que foi dado um importante passo na luta contra o crime organizado.

2.12 A importância da regulamentação da lei e de uma política criminal especial

Após esses breves comentários, resta apenas salientar a importância de uma

política criminal específica para a matéria.

Analisando a experiência internacional, percebemos que um dos mais importantes aspectos para a *prevenção* aos delitos de lavagem de dinheiro é o aperfeiçoamento do sistema administrativo e dos controles financeiros. De pouco valerá o estabelecimento de tipos penais sem a correspondente criação de um detalhado regulamento que desenvolva os comandos legais já previstos na Lei 9.613/98 (fundamentalmente nos Capítulos V a IX). A mera criação de crimes representa estatisticamente muito pouco ante uma responsável e efetiva regulamentação do sistema econômico-financeiro. A *prevenção* é a maior arma na luta contra o tipo de criminalidade de que estamos tratando.

A própria lei necessita de um regulamento específico. E mesmo após sua regulamentação será importante não perder de vista o caráter interdisciplinar da matéria (que envolve aspectos jurídicos, econômicos e político-sociais), seus efeitos metaindividuais e seu perfil que transcende fronteiras (dada a globalização da delinquência). O aperfeiçoamento dos organismos policiais, de instituições como a magistratura e o Ministério Público, e de todos que direta ou indiretamente estão relacionados ao problema, surge como um caminho necessário.

Finalmente, acreditamos que o intercâmbio de informações e a coordenação das atividades de prevenção e repressão serão sempre o fundamento de uma política pública eficiente consciente que conduzirá a resultados mais realistas e justos.

(21) No crime continuado o aumento seria de um sexto a dois terços (art. 71 do CP).

3. DOCTRINA LATINO-AMERICANA

LAS CONTRAVENCIONES Y SU TRATAMIENTO JURIDICO EN CUBA EN LA ETAPA ACTUAL

ANGELA GOMEZ PEREZ

El tema objeto de nuestro estudio es muy controvertido, tanto para su denominación, como para su conceptualización en el orden ontológico y gnoseológico, e incluso en un marco con fines meramente pedagógicos, ello se debe a que el Derecho Penal-Administrativo sigue siendo uno de los sectores más olvidados y desatendidos en las Ciencias Jurídicas, a pesar de la invasión de sus normas en el Ordenamiento Jurídico de la mayoría de los países en el mundo contemporáneo.

Esta Legislación, vinculada por una parte al Derecho Penal, y por la otra al Derecho Administrativo, abarca elementos de ambas ramas dentro de su objeto de estudio, lo que ha provocado su cuestionamiento como ciencia independiente, o de pertenencia a una de éstas.

"Su desarrollo está imbricado, por una parte a la descarga de los sistemas penales inflacionados, que como consecuencia de las reformas por lograr su propia subsistencia, promueven el auge de esta materia, cada vez más necesitada de teorización, sistematización y racionalidad."¹

Y por otra parte, al vertiginoso desarrollo tecnológico del siglo XX, que ha traído consigo, como signo común en el planeta, la necesidad de dar protección legal a nuevos bienes jurí-

dicos, entronizados con los avances de la Informática, la Genética, los efectos de la industrialización en el Ecología, o regulaciones de carácter económico, entre otras, de modo que el intervencionismo estatal mediante sus medios de control social formales, cada vez es mayor.

Una de las vías utilizadas por las estructuras gubernamentales para enfrentar estos retos, la constituye "El Sistema Contravencional", pero la urgencia con que estas leyes de promulgan en las instancias ejecutivas de poder del Estado, provocan con frecuencia el divorcio de esta Legislación con principios generales del Derecho, y su desarticulación como concepción sistémica.

Nuestro país no escapa a esta realidad, por lo que pretendemos con este trabajo, hacer un breve análisis sobre el tema.

El problema objeto de análisis, se inserta en un campo complejo, pues ya desde el pasado siglo, en Alemania, tratadistas en la materia iniciaron el estudio de esta parte del Derecho, tratando de hacer prevalecer el criterio de su independencia y autonomía ramal; desarrollándose la Escuela sustancialista, que basa sus concepciones en el análisis de la naturaleza de estas normas y su contenido.

Con el auge alcanzado por el Derecho contravencional, se han dado pasos de

avance también en su desarrollo teórico, surgiendo otras Escuelas, como la Formalista, que parte de elementos de identificación en las normas y el procedimiento, para determinar su filiación ramal.

Entre los tratadistas contemporáneos de la Escuela sustancialista, encontramos el profesor Jorge Luis Villada, que considera que "el Derecho contravenacional es el conjunto de normas que protegen la actividad administrativa a fin de garantizar su normal desenvolvimiento, para la consecución del bien común, estableciendo las infracciones que interfieran a la misma (contravenciones) y sus consecuencias (sanciones)"; considerándola como una rama autónoma, aunque aclara que "participa en general de los caracteres comunes de otros ordenamientos punitivos, derivado ello de un principio de garantía jurídica que procede de garantías fundamentales".²

De la Escuela Formalista traemos el concepto que dan los Profesores Miguel Bajo Fernández y Blanca Mendoza Buergo, para quienes "Junto a las sanciones previstas en el Derecho Penal, hay otras que la Administración Pública utiliza en el desenvolvimiento de su potestad sancionadora, especialmente en su faceta de potestad correctiva o gubernativa, sanciones que suscitan nuestro interés por su proximidad e identidad con determinadas penas establecidas en el Código Penal en ambos casos", y coincide con el Profesor Rodríguez Mourullo en que "se trata de penas en sentido material, ya que suponen privación o restricción de bienes, y son impuestas como reacción por el hecho cometido, algunas no se diferencian entre sí, como es el caso de

la multa penal y la multa administrativa"... "frente a lo que desde estas perspectivas se pretende, la razón por la que en unos casos se recurre a sanciones penales, y en otros a sanciones administrativas, no puede encontrarse a nuestro juicio en la naturaleza misma de las infracciones,... pues con frecuencia se despenalizan conductas que pasan a ser faltas, o viceversa, y este cambio no entraña un cambio sustancial del contenido del injusto, de los hechos, sino de la índole de la sanción que el ordenamiento jurídico asigna a cada uno de los hechos, penal o administrativo, así como a los órganos a quienes se atribuye la aplicación de las sanciones; desde este punto de vista, será ilícito administrativo el que es castigado por los órganos administrativos, en virtud de su facultad gubernativa o disciplinaria, y penal, si está castigado con una pena por los Organos de Administración de Justicia en virtud del *Ius Puniendi* del Estado".³

Los antecedentes del tratamiento contravenacional en nuestro país los encontramos en el Derecho hispánico medieval que nos llegó con Las Leyes de Indias, que reprimían como faltas, el juego de azar, el vagabundeo, y a los gitanos. Se imponían penas como los azotes, y el trabajo obligatorio, llegando hasta el destierro. Las faltas eran una transgresión a las normas del buen gobierno y de un procedimiento abreviado respecto del delito. Se llegaba a prescindir de la defensa, y el término de prescripción era menor.

Durante la codificación española del siglo XIX, extendida a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, todas estas conductas leves se consideraban poco peligrosas o leves, y se denomina-

ban faltas, imponiéndoseles sanciones pecuniarias.

En 1938, con la entrada en vigor del Código de Defensa Social, se definen en el Libro III las contravenciones, que vinieron a sustituir las denominadas Faltas del Código Penal español precedente. En esta ocasión, el Legislador agrupa las mismas, atendiendo a su objeto de regulación de la forma siguiente: DEL ORDEN PUBLICO – DEL REGIMEN DE SEGURIDAD – DE LAS BUENAS COSTUMBRES – DEL DERECHO PUBLICO – SANITARIAS – DE LAS LEYES DEL TRABAJO – DE LA INTEGRIDAD PERSONAL – DEL DERECHO DE PROPIEDAD, Y ADMINISTRATIVAS, que se remiten a disposiciones reglamentarias complementarias, estableciendo en todos los casos un procedimiento judicial.

Con la puesta en vigor del nuevo Código Penal cubano en 1979, y con la promulgación del Decreto Ley n.º 27 de ese mismo año, se extrae de la esfera Judicial el tratamiento contravencional, estableciéndose un procedimiento directo, y sin formalidades en la esfera Administrativa, mediante el cual se aplican medidas con este carácter a este tipo de conductas.

Esta Legislación fue perfeccionada mediante el Decreto Ley 80 de 1984, elaborándose un subsistema jurídico que tipificó mejor las infracciones, simplificándose el procedimiento para su aplicación.

A partir del año 1987, en Cuba se intensifica la política de despenalización iniciada hacia algunos años, y mediante el Decreto Ley 62 de 1987, se destipifican

conductas delictivas, algunas de ellas pasando a formar parte de la Legislación Contravencional, en determinados casos con tratamiento paralelo, en dependencia de la peligrosidad del hecho y de la conducta anterior del sujeto comisor.

Se promulga además el Decreto Ley 99-87, con el propósito de que rija el procedimiento para la aplicación de medidas por contravenciones personales; y también unos meses más tarde entra en vigor el Decreto 141-88, que recoge todas las infracciones de esta naturaleza que atentan contra el orden interior.

Con el advenimiento de la etapa de período especial, se transformó nuestra realidad en lo social y económico, haciéndose necesario nuevas regulaciones que dieran protección a intereses estatales, institucionales, económicos, sociales, ecológicos, etc, generándose en las instancias ejecutivas del Estado gran cantidad de Decretos y Decretos Leyes que contemplan contravenciones y medidas administrativas para corregirlas.

En comparación con la Legislación de la mayoría de los países de Latinoamérica, el tratamiento contravencional en Cuba difiere de éstos, pues por citar algunos ejemplos, en Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay, Venezuela, Costa Rica, y El Salvador, incluyen estas regulaciones en la parte Especial de sus Códigos Penales, y el conocimiento de estos asuntos en la Jurisdicción Penal, ya sea para juzgar los hechos, o para resolver los recursos de apelación; mientras que en nuestro país estos asuntos se resuelven por vía no jurisdiccional, en la esfera administrativa exclusivamente.

**NUESTRA LEGISLACION CONTRAVENCIONAL ESTA CONFORMADA
POR 35 LEYES QUE RELACIONAMOS A CONTINUACIÓN CON
EXPOSICION DEL OBJETO DE REGULACION:**

Decreto	Año	Objeto de Regulación
104	1982	Infracciones sobre el control sanitario internac.
110	1982	Reglamento de protección sanitaria ganado porcino.
123	1984	de Ornato e Higiene. (no rige para C. Habana).
141	1988	del Orden Interior.
148	1989	Reglamento para la utilización de vehículo motor.
154	1989	Reglamento de control de explosivos.
155	1989	Control de precios en la venta de artículos, productos alimenticios y prestación de servicios en las esferas del comercio, la gastronomía y los servicios.
162	1991	Regulaciones de la rama del transporte para vehículos de motor y ferroviarios.
163	1991	Infracciones del servicio eléctrico.
164	1991	Infracciones del SMG.
169	1992	Sobre Sanidad Vegetal.
174	1992	Sobre registro y control pecuario y razas puras.
175	1992	Sobre la calidad de las semillas.
176	1992	Sobre Protección a la apicultura y recursos melíferos.
177	1992	Protección de instalaciones de líneas aéreas y soterradas de comunicaciones y eléctricas.
178	1992	Reglamento para las obligaciones y contravenciones en el sistema de reservas materiales.
179	1993	Protección, uso y conservación de los suelos.
180	1993	Sobre el control del patrimonio forestal y la fauna silvestre.
181	1993	Sobre Medicina Veterinaria.
182	1993	Precios Mayoristas de acopio, de la producción y de las tarifas técnico-productivas.
184	1993	Registro central comercial.
186	1994	Trabajo por cuenta propia.
193	1994	Sobre vialidad, control técnico y reg. de vehículos
199	1995	Protección y uso racional de recursos hidráulicos.
201	1995	Ornato e Higiene en Ciudad de La Habana.
202	1995	Protección física, del secreto estatal, sustancias radiactivas y otras fuentes de radiaciones ionizantes y sustancias peligrosas.
203	1995	Régimen de tenencia, propiedad y herencia de la tierra.
211	1996	Servicios de acueducto y alcantarillado.
217	1997	Movimiento migratorio hacia La Habana.

Decretos Leyes	Año	Objeto de Regulación
99	1987	Establece el procedimiento para exigir responsabilidad administrativa por infracciones de esta naturaleza.
157	1995	De los servicios de telecomunicaciones.
164	1996	Reglamento de la pesca.
166	1996	Contravenciones del sistema de contratación del personal.
171	1997	Sobre arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios.
174	1997	Trabajo por cuenta propia (comenzará a regir el 1.º de noviembre del 1997).

Teniendo en cuenta la importancia de estas regulaciones para el ejercicio de la Administración del Estado y el control de la disciplina social, como alternativas, fuera del sistema Jurídico Penal, en nuestro país se trabaja en el perfeccionamiento de esta Legislación, y en su sistematización.

Considero que las contravenciones en nuestro Derecho, han recibido tan sólo un tratamiento ramal legislativo, carente de enfoque sistémico y de desarrollo de sus instituciones, a pesar de su existencia de más de un siglo; sin embargo, las implicaciones jurídicas que la definición de esta materia supone, no deben manejarse a la ligera, pues el hecho de que sus regulaciones no pertenezcan a la Jurisdicción Penal, no evade el ejercicio de la facultad punitiva del Estado mediante estos medios de control, para lo cual será importante ajustarse a determinados principios y garantías tanto para el Estado como para los ciudadanos.

Citas bibliográficas

- (1) Enrique Aftalión. Derecho Penal Administrativo. Ediciones Arayú, Buenos Aires. 1995. p. 3.
- (2) Villada Jorge Luis. Manual de Derecho Contravencional. Editorial Abeledo-Perrot. S. A. E. Buenos Aires. Argentina. 1987. p. 15 y 16.

- (3) Bajo Fernández Miguel, y Mendoza Blanca Buergo. Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor a Javier Piña. Editora S. A. Ave. República Argentina n.º 15. México. 1985. p. 37.

Bibliografía

- Aftalión Enrique. Derecho Penal Administrativo. Ediciones Arayú. Buenos Aires. 1995.
- Alvarez Tabío. Proceso Contencioso Administrativo. Editorial Librería Martí. La Habana. 1954. Talleres tipográficos de Editorial Lex. Amargura n.º 259. La Habana. Cuba.
- Aniyar de Castro. Notas para la discusión de un control social alternativo. Lecturas complementarias de Criminología. Facultad de Derecho U. H.
- Bajo Fernández Miguel y Blanca Mendoza Buergo. Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor a Javier Piña. Editorial Porrúa S. A. Ave. República Argentina n.º 15, México, 1985.
- Carrara Francisco. Curso de Derecho Penal General. Firenze. 1907. Capítulo LX. De las Faltas. Libro III.
- Colectivo de autores. Desajustes entre norma y realidad. V Jornada de Ciencia General del Derecho. Edeval 1986. Chile.
- Colectivo de autores. "Aspectos constitucionales y penales del régimen de cambios internacionales y de comercio exterior".
- Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad del externado de Colombia. Volumen IX.

- Colectivo de autores. Derecho Penal General. Tomo I. Facultad de Derecho U. H. 1987.
- García Oviedo Carlos. Derecho Administrativo, (material bibliográfico de la Facultad de Derecho de la U. de La Habana no consta edición).
- Garcini Hector y colectivo de autores. Derecho administrativo I Editorial Pueblo y Educación. La Habana. 1976.
- Gómez Treto Raúl. La nueva Legislación cubana de infracciones administrativas. Revista Jurídica n.º 9-85. Minjust. Habana.
- Mattes Heinz. Problemas del derecho Penal Administrativo. Editora de Derechos Unidos. Madrid. 1979.
- Montoro Puerto Miguel. La Infracción administrativa. Ediciones Nauta S. A. Barcelona. España. 1965.
- Teruel Carralero Domingo. Comentario de las faltas del libro III del Código Penal. Editorial Bosch Urgel 51. Barcelona. 1956.
- Tocora Fernando. Política Criminal en América Latina. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1990. Impreso en Bogotá Colombia.
- Villada Jorge Luis. Manual de Derecho Contravencional. Doctrina, Legislación comparada y Procedimiento. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Marzo/1997.
- Zaffaroni Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal. Coordinadora Editorial Filiberto Cárdenas J. R. 2da. edición. México. 1988.
- Leyes:**
- Código de Defensa Social cubano de 1936.
- Código Penal de 1979.
- Ley 62-87 Modificando el Código Penal.
- Constitución Socialista de la República de Cuba. Gaceta oficial La Habana 1ro. de agosto 1992.
- Legislación contravencional, (compuesta por 29 decretos, y 5 decretos leyes que establecen regulaciones y tipos contravencionales, además el Decreto Ley n.º 99-87 que regula el procedimiento para infracciones de esta naturaleza).
- Legislación extranjera comparada.
- Código Penal del Brasil. Decreto n.º 2.848 de 7 de diciembre de 1940, actualizado por la Ley n.º 7.209/84, acompañado de exposición de motivos, Ley de contravenciones penales, y toda la Legislación complementaria.
- Organizador de textos, notas e indicaciones Juarez de Oliveira. Saraiva. Edición 32. 1994. S.P. Brasil.
- Código Penal de Chile con estudio preliminar del Cr. Manuel Rivacoba y Rivacoba, Editorial Edeval. Valparaíso. 1974.
- Código Penal de Paraguay, y Leyes complementarias. Editorial El Foro. 1983.
- Código Penal de Uruguay. 2da. Edición. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 1986.
- Código Penal de Venezuela. Editorial La Torre. Caracas. 1964.
- Código Penal de Guatemala. Decreto n.º 17-73 con todas sus reformas. Editorial C. A. 1997.
- Código Penal de Costa Rica. Editora Investigaciones Jurídicas S.A. San José de Costa Rica. 1997.
- Código Penal de El Salvador. Editado por Corte Suprema de Justicia. 1993.
- Código Penal Español. Texto íntegro de la Ley Orgánica 10 de 1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo código penal. Editorial Tecnos. S.A. Madrid. 1995.
- Ley 2.372 complementaria del Código Procesal en materia Penal de la Nación Argentina. Editora Grún, Buenos Aires. 1996.
- Código Procesal Penal de Perú analizado y comentado. Dr. Hernán Figueroa. Editorial Inkari, Perú 1994.
- Código Procesal Penal de Guatemala. C. A. Guatemala. 1996.
- Código Procesal Penal del Salvador. Decreto n.º 450 de la Asamblea Legislativa de la República.

4. DIREITO DE TRÂNSITO

O SISTEMA PUNITIVO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O sistema de pontuação – 3. Das medidas administrativas.

1. Introdução

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 29.09.1997) estabeleceu, no art. 256, quais as penalidades que a autoridade de trânsito,¹ na esfera de sua competência e dentro de sua circunscrição, aplicaria aos infratores.

Assim, a partir da advertência por escrito (art. 267) seguir-se-iam a multa (art. 258), a suspensão do direito de dirigir (arts. 262 e 328), a cassação da CNH (art. 263) e a frequência obrigatória em curso de reciclagem (art. 268).

Tais penalidades não elidem a punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei (art. 256, § 1.º).

O § 2.º do art. 256 foi vetado pela Presidência de República, sob o fundamento de que a parte final do dispositivo contrariava frontalmente o princípio da reserva legal (CF, art. 5.º, XXXIX). No mencionado § 2.º, o legislador estabeleceu que as infrações para as quais não

havia penalidade específica seriam punidas com a multa aplicada às infrações de natureza leve.²

O veto deixou algumas infrações sem punição, especialmente aquelas previstas no Capítulo III (arts. 26 a 67) e que não foram contempladas especificamente como tal (Capítulo XV), bem como as infrações estipuladas pelas Resoluções editadas ao tempo do Código Nacional de Trânsito e que estabeleceram como padrão de penalidade de multa o art. 111 da Lei 5.108, de 21.09.1966. Como tais Resoluções não foram, nesse particular, ainda revisadas, como determinado pelo art. 314, bem de ver que existem infrações sem a penalidade correspondente.

Estabeleceu o Código de Trânsito brasileiro que as penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário de veículo, ao embarcador e ao transportador (art. 257), sendo que o § 6.º determina a responsabilidade solidária do transportador e embarcador pela infração relativa ao excesso de peso bruto

(1) Autoridade de Trânsito – dirigente máximo de órgão ou entidade executiva integrante do Sistema Nacional de Trânsito ou pessoa por ele expressamente credenciada (Anexo I – Dos Conceitos e Definições).

(2) O art. 258 classificou as multas, de acordo com sua gravidade, em quatro categorias: gravíssimas, graves, médias e leves, com valores correspondentes à Ufir (Unidade Fiscal de Referência) instituída pela Lei 8.333, de 30.12.1991.

total,³ se o peso declarado na nota fiscal, fatura ou manifesto for superior ao limite legal.

Embora o Código de Trânsito brasileiro estabeleça diferença entre proprietário e condutor (art. 257, §§ 2.º e 3.º), ao primeiro ficou reservada a responsabilidade pela quitação das multas, como está previsto no § 3.º do art. 282. Aliás, o legislador de 1997 foi não só extremamente severo na valoração das multas, algumas vezes estipuladas em cinco vezes o valor da Ufir, como também deixou claro que não seria licenciado ou registrado o veículo havendo débitos de tributos, encargos de multa de trânsito e ambientais (arts. 131, § 2.º, e 128). Da mesma forma, a restituição do veículo removido para o depósito só ocorrerá mediante o pagamento das multas, taxas e despesas com remoção e estadia (art. 271, parágrafo único). Também a renovação da validade da CNH ou a emissão de uma nova via somente será realizada após a quitação de débitos constantes do prontuário do condutor (art. 159, § 8.º).

O inc. III do art. 259 estabelece como penalidade a suspensão do direito de dirigir. Será ela aplicada pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios do Contran.

A Resolução 54/98, nos arts. 1.º e 2.º, estabeleceu ditos critérios assim dispostos:

I – de um a três meses, para penalidades de suspensão do direito de dirigir aplicadas em razão de infrações para as

quais não sejam previstas multas agravadas;

II – de dois a sete meses, para penalidades de suspensão do direito de dirigir aplicadas em razão de infrações para as quais sejam previstas multas agravadas com fator multiplicador de três vezes;

III – de quatro a doze meses, para penalidades de suspensão do direito de dirigir aplicadas em razão de infrações para as quais sejam previstas multas agravadas com fator multiplicador de cinco vezes.

A suspensão do direito de dirigir está prevista em artigos do CTB a partir do Capítulo XV (Das Infrações) e especificamente nos arts. 165, 170, 173, 174, 176, 210, 218 e 244.

É preciso desde logo distinguir a penalidade de multa, aplicada pela autoridade de trânsito competente, e a suspensão do direito de dirigir, que embora decorram da mesma infração têm rito próprio de aplicação, nos termos do art. 265 do CTB, isto é, deve haver uma decisão fundamentada, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa, por força do art. 5.º, LV, da CF de 1988.

Destarte, não pode ser aplicada a Medida Administrativa de Recolhimento da CNH ou da Permissão para Dirigir como disposto no Capítulo XV (Das Infrações), a não ser em casos de CNH vencida (art. 162, V).

A propósito do recolhimento da CNH pelos agentes, é bom recordar o previsto na Lei 5.553, de 06.12.1968, cujo art. 1.º estabelece o seguinte: “A nenhuma pessoa física, bem como a nenhuma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, é lícito reter qualquer documento de identificação pessoal, ainda que apresentado por fotocópia autenticada, ou pública forma ...”.

(3) Peso Bruto Total é o peso máximo que o veículo transmite ao pavimento constituído da tara mais a lotação (Anexo I – Dos Conceitos e Definições).

O art. 3.º penaliza a conduta como contravenção penal, punível com pena de prisão simples de um a três meses ou multa de cinquenta centavos a três cruzeiros novos, a retenção de qualquer documento a que se refere esta lei.

Com a Lei 9.503 (CTB), a CNH passou a ter fé pública equivalente a documento de identidade (art. 159).

É evidente que o legislador ao determinar o recolhimento do documento de habilitação quis antecipar a aplicação da pena de suspensão do direito de dirigir. Mas já vimos que a suspensão só poderá se efetivar com as precauções do art. 265. Há que se aguardar, portanto, o recurso interposto pela aplicação da multa e sua final decisão. A partir de então seria proposto o processo administrativo, com ampla defesa do condutor habilitado.

Convém mencionar que o art. 272 estabelece o recolhimento mediante recibo, além dos casos previstos no Código, quando houver suspeita de inautenticidade ou adulteração. Somente neste caso expresso, como é óbvio, caberia o recolhimento e, mesmo assim, mediante as cautelas normais, não bastando a simples alegação de suspeita.

O Código estabeleceu a pena gravíssima de multa pela recusa de entrega à autoridade de trânsito, ou a seus agentes, do documento de habilitação, mas deixa claro que o fato só é possível “para averiguação de autenticidade” (art. 238). Portanto, o recolhimento por força de suposta infração de trânsito não configura medida legal, cabendo mandado de segurança para manter o direito de uso do documento até que se torne viável o recolhimento, pela suspensão do direito de dirigir. Note-se que o art. 309 criminalizou dirigir veículo automotor em via pública, sem a habilitação ou se estiver cassado o direito de dirigir. Mas o § 1.º do art. 239 deixa

claro que a entrega do documento à autoridade judiciária ocorrerá em quarenta e oito horas, após a intimação, quando ocorrer o trânsito em julgado. A omissão na entrega está no parágrafo único do art. 307.

A apreensão do veículo está prevista no inciso IV do art. 256 e estipulada em vários artigos do Capítulo XV. Todavia, não há como se entender seja necessária tal apreensão como se fosse objeto de crime, já que a conduta decorre de ato do infrator com previsão de multa gravíssima agravada em três ou cinco vezes.

Há casos em que a apreensão do veículo será justificável, como no uso de aparelho de alarme ou que produza sons e ruídos que perturbem o sossego público (art. 229), para todas as infrações previstas nos incisos do art. 230 e sem que o condutor esteja portando a autorização para condução de escolares (art. 230, XX), por transitar com veículo em desacordo com as dimensões ou quando a autorização estiver vencida (art. 231, VI), falsificar ou adulterar documento de identificação do veículo (art. 234). Neste último caso, é evidente que a infração envolve o crime previsto no art. 297 do CP, sem contar que a falsificação pressupõe também o crime de furto e roubo do veículo.

Duas infrações merecem exame a parte, porque nos parece incabível ou desnecessária a apreensão do veículo, já que estará garantida a aplicação da pena de multa gravíssima.

A apreensão pela recusa de entrega de documento deve ser feita com cautela máxima (art. 238).

A apreensão, quando há retirada do local do veículo legalmente retido para regularização (art. 239), também deve ocorrer com cautela, por já estar garantida a aplicação de pena de multa gravíssima.

Finalmente, o art. 253 autoriza a apreensão quando há bloqueio da via com veículo. O procedimento de grevistas tem sido constante, bloqueando a via para chamar a atenção para as suas reivindicações. O fato é extremamente grave e perturbador da ordem pública, merecendo até outras implicações penais, sem qualquer contemplação, mesmo porque a multa recairá no proprietário do veículo que terá apenas a perspectiva de dispensa do empregado motorista por justa causa.

A cassação da CNH está claramente estipulada no art. 263,⁴ mas a pena possibilita a reabilitação, decorridos dois anos da cassação, conforme permite o § 2.º do citado artigo.

A cassação da Permissão para Dirigir, prevista no art. 264,⁵ obteve o veto da

Presidência da República. Parece-nos que tal veto não foi adequadamente aplicado, quando se referiu aos §§ 3.º e 4.º do art. 148. Enquanto nestes é viável o entendimento de que só ao término de um ano seria conferida a CNH, sem as infrações referidas, a cassação, ao que nos parece, deveria ser imediata quando ocorrida a infração de natureza grave ou gravíssima. A contrário entendimento, o possuidor da Permissão teria um ano de prazo para praticar as infrações, quando o legislador desejou que a cassação ocorresse “no caso de cometimento de infração grave ou gravíssima”.

A pena de frequência obrigatória em cursos de reciclagem (art. 256, VII) está regulada no art. 268 e na Resolução 58/98.

O Prof. Waldyr de Abreu, examinando o art. 268,⁶ assinala que o curso de reciclagem tem propósitos acentuadamente educativos ou reeducativos, não obstante seja também uma punição imposta pelo novo Código. Referindo-se aos incisos III, V e VI o autor⁷ citado assegura que tratam de itens extremamente vagos não dispensando provas suficientes de mau procedimento e deseducação do indiciado. “Sob o risco de recursos judiciais” — afirma — “que coíbem

(4) Art. 263. A cassação do documento de habilitação dar-se-á:

I — quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo;

II — no caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inc. III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175;

III — quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160.

§ 1.º Constatada, em processo administrativo, a irregularidade na expedição do documento de habilitação, a autoridade expedidora promoverá o seu cancelamento.

(5) Art. 264. A cassação da permissão para dirigir dar-se-á no caso de cometimento de infração grave ou gravíssima, ou ainda, na reincidência em infração média.

Razões do Veto — Os §§ 3.º e 4.º do art. 148 tratam adequadamente da matéria, uma vez que impõem a suspensão do direito de dirigir e obrigam o detentor de Permissão para Dirigir a reiniciar o processo de habilitação caso, no período de um ano, tenha cometido infração grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média.

(6) Art. 268. O infrator será submetido a curso de reciclagem, na forma estabelecida pelo Contran:

I — quando, sendo contumaz, for necessário à sua reeducação;

II — quando suspenso do direito de dirigir;

III — quando se envolver em acidente grave para o qual haja contribuído, independentemente de processo judicial;

IV — quando condenado judicialmente por delito de trânsito;

V — a qualquer tempo, se for constatado que o condutor está colocando em risco a segurança do trânsito;

VI — em outras situações a serem definidas pelo Contran.

arbitrariedades, é exigível da autoridade de trânsito elevado critério em sua decisão punitiva. O item VI, em nosso entendimento” – reafirma o professor – “fere frontalmente o disposto no item II do art. 5.º da Constituição Federal”.⁷

2. O sistema de pontuação

O CTB, no art. 259,⁸ estabeleceu o sistema punitivo de pontuação para que, segundo ele, fosse aplicada a suspensão do direito de dirigir sempre que o infrator atingisse a contagem de vinte pontos.

No Regulamento do Código anterior (Dec. 62.127, de 16.01.1968, e Lei 5.108, de 21.09.1966) fora previsto um sistema de pontuação (art. 189, § 3.º) mas com a função de aumentar o valor da multa em cinco vezes, sempre que o condutor ou proprietário atingissem a contagem de vinte pontos no prazo de um ano. Tal sistema, ao que sabemos, jamais funcionou, talvez porque o Renach, previsto no art. 28, II, do RCNT e regulamentado pela Portaria 9, de 22.09.1980, do Denatran, jamais teve vida própria.

O art. 259 inaugura a adoção do sistema de pontos no nosso direito de trânsito. Segundo Waldyr de Abreu,⁹ difunde-se com o êxito, em países com melhor nível de trânsito, um sistema inovador em que é posto sob ameaça de perder a

licença de dirigir todo aquele que o venha fazendo de forma infracional. Como bem assinala Marc Guilhaume, a idéia básica da habilitação a pontos é a de que a repetição e a acumulação de infrações, das quais algumas possam parecer menores, revelam um comportamento perigoso, que é preciso punir e sobretudo tentar modificar. O Poder Público só dispõe de dois recursos para alcançar estes objetivos: a pedagogia e as sanções. A combinação desses dois meios na adoção da licença a pontos deve reduzir a insegurança rodoviária.

Ao ser editado o CTB, houve veto aos §§ 1.º e 2.º do art. 259, que se referiam a períodos de doze meses. Com isso, ficou a impressão de que a pontuação seria computada no período de doze meses, pelo confronto com os citados parágrafos vetados. De início não entendemos que assim fosse, porque em nenhum outro lugar do CTB o legislador se referiu a tal lapso temporal. Todavia, a Resolução 54/98 do Contran colocou fim à dúvida estabelecendo no art. 3.º e seu § 1.º que o cômputo da pontuação referente às infrações de trânsito terá a validade no período de doze meses, retroagindo sempre aos últimos doze meses.

O § 1.º peca pela redação algo confusa, como aliás é costume nos atos normativos do Contran, mas deve-se interpretar que a cada doze meses fica sem efeito a pontuação, com o que, digamos assim, ocorre uma despenalização a cada doze meses, valendo apenas os pontos consignados no período inferior.

A Resolução 54/98 também encerrou a dúvida sobre a ameaça que se fazia da contagem de pontos a partir da Lei 9.503/97, pois o § 2.º do art. 3.º deixa claro que “para efeito das penalidades previstas nesta Resolução serão consideradas apenas as infrações cometidas a

(7) Waldyr de Abreu, *Código de Trânsito Brasileiro*, Saraiva, 1998, p. 268.

(8) Art. 259. A cada infração cometida são computados os seguintes números de pontos:

- I – gravíssima – sete pontos;
- II – grave – cinco pontos;
- III – média – quatro pontos;
- IV – leve – três pontos.

(9) Waldyr de Abreu, *Código de Trânsito Brasileiro*, Saraiva, 1998.

partir da data da sua publicação" (*DOU* de 22.05.1998).

A pontuação do art. 259, da qual decorre a suspensão do direito de dirigir (art. 261, § 1.º) deve ser registrada no Renach, para futura aplicação do art. 265, mas o cadastramento, tanto das infrações como dos pontos, só pode ocorrer "esgotados todos os recursos" (art. 209, parágrafo único).

Assim, é preciso observar que o sistema punitivo tem fases que obrigatoriamente devem ser cumpridas. Em primeiro lugar, deve ser observado o disposto no inc. II do art. 281, isto é, o auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente "se no prazo máximo de 30 dias não for expedida a notificação da autuação".

Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo na forma em que dispuser o Contran (Resolução 17/98).

Se o veículo for de propriedade de pessoa jurídica, não havendo identificação do infrator, será lavrada nova multa (art. 257, § 8.º).

Julgada a consistência do auto de infração, a autoridade de trânsito aplicará a pena cabível (art. 281). Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou infrator (art. 282).

O recurso será interposto perante a autoridade que impôs a penalidade, a qual remete-lo-á à Jari para julgamento em até trinta dias.

Se não ocorrer julgamento neste prazo, a autoridade, de ofício ou por solicitação do interessado, poderá conceder efeito suspensivo ao recurso.

Da decisão da Jari cabe recurso ao Conselho Estadual de Trânsito (art. 289, II).

Somente então estará encerrada a instância administrativa, como estabelece o art. 290. Por tal razão é que o legislador determinou que as penalidades aplicadas só sejam cadastradas no Renach esgotados todos os recursos (art. 290, parágrafo único).

Embora a pontuação possa estar sendo levada à registro no Renach, é de se entender que somente após esgotados todos os recursos das infrações caberá o início do procedimento administrativo previsto no art. 265.

3. Das medidas administrativas

Paralelamente à penalidade do art. 256, o legislador estabeleceu medidas administrativas que as autoridades de trânsito ou seus agentes, na esfera de sua competência e dentro de sua circunscrição, deverão adotar (art. 269).

A retenção do veículo (art. 269, I) ocorrerá nos casos apontados no Capítulo XV e visa especialmente sanear irregularidades, de preferência no local da infração (art. 270), liberando-se o veículo tão logo seja regularizada a situação.

Devemos, desde logo, atentar para o disposto no § 1.º do art. 269, assim redigido: "A ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelas autoridades de trânsito e seus agentes terão por objetivo prioritário a proteção à vida e a incolumidade física da pessoa".

A retenção do veículo não se confunde com a remoção prevista no art. 269, II, pois esta visa especialmente a fluidez do trânsito, tanto que o legislador estabelece que a penalidade do estacionamento irregular seja aplicada preferencialmente após a remoção do veículo (art. 181, § 1.º).

Os órgãos de trânsito não removem os veículos a pretexto de falta de guinchos

e espaço nos pátios. No entanto, uma das medidas mais salutares para impedir os abusos de estacionamento irregular é justamente a remoção. E esta pode ser terceirizada (art. 25) com ampla garantia econômica dos conveniados, pois o pagamento das taxas e despesas é condição primeira para restituição do veículo (art. 271, parágrafo único).

Além disso não há como considerar que se configure o abandono do veículo, pois o art. 328 estipula que os veículos removidos e a qualquer título não reclamados por seus proprietários, dentro do prazo de noventa dias serão levados à hasta pública.

O recolhimento da CNH, da Permissão para Dirigir, do Certificado de Registro e do Certificado de Licenciamento anual (art. 269, III a VI), como já expusimos anteriormente, são medidas extremamente inadequadas, para não dizer ilegais e inconstitucionais. A propósito, devemos lembrar o conceito de Concepción Arenal: "Pocas cosas desmoralizan más, que la injusticia hecha en nombre de la autoridad y de la ley".¹⁰

O transbordo da carga (art. 269, VIII), como bem esclarecido no art. 275, é condição para que o veículo possa prosseguir viagem, e será efetuado às expensas do proprietário do veículo, sem prejuízo da multa aplicável. Não sendo possível promover desde logo o transbordo, o veículo será recolhido ao depósito.

A medida administrativa de realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente (art. 269, IX) é a que merece maiores considerações, tendo em vista o disposto no art. 277.

O novo Código não estabeleceu como infração penal a recusa ao exame pelo etilômetro ou pela extração sangüínea ou exame de urina.

Não obstante, algumas autoridades de trânsito têm declarado que se trata de um crime de desobediência (art. 330 do CP), enquanto o jurista Waldyr de Abreu, na obra citada, aponta a recusa como infração administrativa prevista no art. 195.

Temos defendido, seguindo a interpretação de expressivo número de doutrinadores, que a nossa legislação não contempla qualquer punição pela recusa ao uso de bafômetro ou exame de sangue ou urina.

Trata-se, no caso, de garantia de defesa prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966),¹¹ ratificado pelo Brasil em 24.01.1992, bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de São José da Costa Rica –,¹² ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

Vicente Greco Filho, na sua tese *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*, referindo-se ao anteprojeto do Código de Trânsito brasileiro, que propunha a incriminação da recusa do condutor a se submeter a exame pericial, afirmou que tal proposta era manifestamente inconstitucional por violar diversos de

(11) Parte III – art. 14, n. 2 – Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.

3 – Toda pessoa acusada de um delito terá direito em plena igualdade às garantias mínimas: g) a não ser obrigada a depor contra si mesma nem confessar-se culpada.

(12) Garantias Judiciais, art. 8.º, n. 2 – Presunção de Inocência-Garantias Mínimas: g) direito da pessoa não ser obrigada a depor contra si mesma nem confessar-se culpada.

(10) *Delitos contra la seguridad del tráfico*. Carlos Ganzenmüller. Bosch, 1997. p. 168.

seus princípios, ou seja, afrontava a inviolabilidade da pessoa, afrontava ao direito da ampla defesa e afrontava o direito de não se auto-acusar.

A vigente legislação penal espanhola, de 1995, explicitamente contempla, no art. 380 do CP, a recusa como crime de desobediência grave previsto no art. 556.

Por sua vez, o Código da Estrada de Portugal, de 1994, no art. 158.º, obriga sejam submetidos a provas de detecção de possíveis intoxicações, os condutores e demais utentes da via pública. E o art. 12.º do Dec.-lei 124/90, de 14 de abril, estabelece que:

1 – Todo o condutor, ou pessoa que contribua para acidente de viação, que se recusar a exame de pesquisa de álcool será punido com pena de prisão até um ano ou multa de duzentos dias. O n. 2 do art. 12.º citado acrescenta a sanção acessória de inibição da faculdade de conduzir com a duração de seis meses a cinco anos.

Na França, consta do *Code des Débits de Boisson e des Mesures contre l'Alcoolisme* a punição de um ano de prisão e multa de 25.000 francos para quem se recusar à verificação de embriaguez.

Repetindo, porque a nossa legislação não impõe pena pela recusa, como nos países acima citados, bem de ver que não cabe punição para o condutor que se negar ao exame.

Apoiado nos arts. 277 e 269, IX, Fernando Y. Fukassawa¹³ afirma que o condutor suspeito não poderá se recusar a extração de sangue e ao uso do bafômetro ou qualquer outro exame, ressalvando, contudo, que a tolerância

para cada pessoa, na demora na retirada do sangue, pode fazer variar a curva de alcoolemia. Por isso o exame clínico – admite o autor – poderá ser elemento até mais valioso que a própria perícia.

Damásio E. de Jesus,¹⁴ em recente obra, apresenta duas posições sobre o crime de embriaguez ao volante: 1.ª) não há o delito do art. 306 quando a presença do álcool no sangue não ultrapassa 6 decigramas por litro; 2.ª) o tipo exige apenas que o sujeito conduza veículo automotor de forma anormal, “sob influência de álcool”.

Acompanhando o ilustre jurista, nossa opinião também adota a segunda posição, isto é, para o crime basta a embriedade e a condução do veículo de forma anormal “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Waldyr de Abreu¹⁵ ressalta que ocorrendo algum acidente provocado pelo condutor incapacitado pelo álcool ou outro enebriante, com mortos ou feridos, este deverá ser responsabilizado pelo concurso material ou formal do art. 306 com os arts. 302 e 303 do Código. Pelo entendimento, em favor do concurso material, há o argumento de que a embriaguez ao volante já precedia ao acidente.

Admitindo-se que haja a punição pela simples influência do álcool ou substância de efeitos análogos é evidente que o exame clínico torna-se prova de alta valia.

A propósito é de conferir os julgados citados por Fernando Y. Fukassawa, na obra citada, p. 154, onde se admite até a prova testemunhal no crime de embriaguez.

O extenso relatório apresentado pela Comissão Especial do Senado Federal, a propósito do Projeto de Lei da Câ-

(13) *Crimes de trânsito*. Ed. Oliveira Mendes, 1998. p. 153.

(14) *Crimes de trânsito*. Saraiva, 1998. p. 152.

(15) Op. cit., p. 151.

mara 73, de 1994, que instituiu o Código de Trânsito brasileiro ao analisar o tema da embriaguez ao volante, em certo trecho assim se manifestou: "Esses relevantes elementos reunidos da doutrina são plenamente ajustáveis à jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que, a propósito da questão probatória, tem acentuado que '... não há negar ebriedade se os expertos atestam a existência de sintomas clínicos tais como: faces congestionadas, pele úmida, sudorese abundante, excitação visível, fala abundante e ruidosa com dificuldade na articulação das palavras, mar-

cha cambaleante, pulso rápido, pupilas dilatadas e hálito etílico' (*JUTACrim* 28/175); 'o exame clínico para verificação de embriaguez é prova de valor relativo' (*JUTACrim* 46/350 e *RT* 429/430); 'prova de ebriedade não se faz tão-só de dosagem alcoólica podendo a situação ser apurada também por exame clínico e por outros dados como, por exemplo, motricidade Rosenberg, psiquismo, funções vitais etc., do examinado'" (*JUTACrim* 55/284 e *RJD* 10/66) (Alberto Silva Franco e outros, op. cit., p. 189-190) (*Diário do Senado Federal* – Suplemento ao n. 123, de 09.07.1996).

5. DIREITO PENAL ECONÔMICO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA NORMA PREVISTA NO ART. 83 DA LEI 9.430/96

ALOISIO FIRMO GUIMARÃES DA SILVA
E PAULO FERNANDO CORRÊA

O advento da Lei 9.430/96 já começa a provocar alguns questionamentos entre os operadores da Justiça Criminal acerca da eventual extensão dos seus efeitos na persecução penal dos delitos contra a ordem tributária, especialmente no que pertine à caracterização do ilícito penal tributário e à atuação institucional do Ministério Público de promover a ação penal. Instituiu o texto legal um novo elemento descritivo na conceituação do ilícito tributário, consistente na prévia apuração administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente? Doravante, estará o órgão ministerial compelido a aguardar o término do processo administrativo-fiscal para oferecer a peça acusatória por crime contra a ordem tributária?

A nosso sentir, importa consignar, desde já, que a resposta negativa se impõe às questões formuladas, conclusão que deflui da perquirição da natureza jurídica da norma inscrita no art. 83 da Lei 9.430/96. Este dispositivo legal possui a seguinte redação, *verbis*:

“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei n. 9.249, de 26.12.1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos policiais e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz” (grifamos).

Não era a primeira vez que o legislador tentava introduzir no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo de teor semelhante. A última iniciativa neste sentido fora feita no bojo do Projeto de Lei 126/95 (913/95 na Câmara dos Deputados), que resultou na Lei 9.249/95, tendo sido vetado pelo Presidente da República em face da sua contrariedade ao interesse público, consoante razões a seguir reproduzidas:

“Esse dispositivo é contrário ao interesse público por impedir atuação rápida do Ministério Público visando à instauração do processo penal, pois prevê que os órgãos fazendários só podem comunicar-lhe ocorrência de crime fiscal após o término do correspondente processo administrativo, o que, pelo espaço de tempo demandado em sua tramitação, terminaria por constituir elemento altamente estimulador do inadimplemento de obrigações tributárias e da prática de delitos da espécie”.¹

(1) Mensagem n. 1.532, de 26.12.1995. Naquela oportunidade, a redação encontrava-se vazada nos seguintes termos: “Art.

Desta vez, as forças políticas que pretendem inviabilizar a apuração e punição dos ilícitos fiscais pensam que lograram êxito em seu desiderato, visto que, inexplicavelmente, não houve o veto presidencial à previsão legal tão nefasta. Deixando de lado as razões políticas justificadoras do atuar do Chefe do Executivo, o certo é que a norma ingressou no mundo jurídico, devendo-se interpretá-la de modo a investigar o seu verdadeiro alcance e sentido, o que será objeto das considerações adiante expendidas.

Analisando de forma mais atenta o texto legislativo em comento, verifica-se que ele tem como *destinatários únicos e exclusivos* os órgãos fazendários da Administração Pública Federal e Estadual, determinando o momento oportuno para a formulação da representação fiscal para fins penais. Percebe-se, pois, com uma clareza de doer nos olhos, que tal norma possui *natureza jurídica essencialmente administrativa*, eis que o seu núcleo temático versa sobre matéria procedimental afeta tão-somente a atuação dos agentes da fiscalização tributária, quando, no exercício de suas atribuições legais, apurarem indícios de que o contribuinte realizou condutas que encontram subsunção normativa na moldura dos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90.²

A intelecção da *natureza administrativa* da norma insculpida no art. 83 da

Lei 9.430/96 conduz à conclusão inafastável de que ela não irradia quaisquer efeitos sobre a atividade jurisdicional relativa à persecução dos delitos contra a ordem tributária, de sorte que não é facultado ao intérprete extrair consequências jurídicas inerentes às normas de caráter penal ou processual penal, quer para o fim de proceder à sua eventual combinação com a definição típica dos crimes tributários previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90, quer para concluir pela sua aplicação aos procedimentos investigatórios e ações penais em curso, fulcrado no hipotético caráter benéfico do dispositivo.

Como não poderia deixar de acontecer, estes desdobramentos teóricos já foram visualizados pelos partidários da vertente de pensamento que preconiza o anterior exaurimento da órbita administrativa como pressuposto para tipificação dos delitos tributários, conforme tivemos oportunidade de confirmar em artigo doutrinário da lavra do ilustre Juiz Federal, Dr. Nelson Bernardes de Souza,³ no corpo do qual é sustentado que o dispositivo legal em exame criou um novo elemento integrante da descrição típica dos delitos tributários, traduzido na prévia definição, na via administrativa, acerca da “existência fiscal do crédito tributário correspondente”, condição indispensável para a ocorrência da efetiva supressão ou redução do tributo reclamada pelo tipo penal.

Para melhor refutarmos os fundamentos doutrinários embaixadores dessa exegese do art. 83 da Lei 9.430/96, torna-se imperioso trazer a lume alguns fragmentos extraídos do mencionado estudo doutrinário, que, pioneiramente,

34, § 1.º. Caberá a representação penal após julgamento do processo administrativo fiscal, quando neste forem apurados elementos caracterizadores do cometimento de crime em tese”.

(2) Abstraindo-se a comunicação da prática de outros crimes que, igualmente, atentam contra o interesse arrecadador do Estado, mas que não interessam à análise do tema em questão.

(3) “Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo”, artigo divulgado na revista virtual *Teia jurídica* – Internet.

enfrentou a tormentosa questão jurídica, *verbis*:

“Em verdade, ao disciplinar o encami-nhamento da representação fiscal para fins penais após o término do procedi-mento administrativo em que se apure a existência do crédito tributário, o legisla-dor deu um tratamento mais lógico à matéria, o que vem de acordo com a doutrina e jurisprudência citadas a respei-to do tema, reconhecendo implicitamente a condição de crimes materiais e de dano nas hipóteses elencadas no art. 1.º da Lei 8.137/90, de modo que, só com a verifi-cação do resultado (que se dá após o término do procedimento administrativo e esgotadas as instâncias recursais) é que se poderá falar na ocorrência de *supres-são* ou *redução* de tributos”.

“Com efeito, o término do procedi-mento administrativo, comprovará ou não, a *materialidade delitiva*, o resulta-do da ação do contribuinte.

“Ninguém há de duvidar que as autu-ações fiscais não passam de um lança-mento provisório e que, entretanto, estão a autorizar o início de ação penal. Como então ter-se como comprovado o delito contra a ordem tributária tão-somente com base na autuação fiscal, que não passa em última análise de um *lança-mento provisório*? Na esteira dessas li-ções pode-se concluir facilmente que só o *lançamento definitivo* trará a demons-tração da *materialidade delitiva*; se cons-tituirá no *corpo de delito*, já que é ele que corporifica o resultado *supressão* ou *redução* de tributo ou contribuição. Pode-se afirmar, sem receio de engano, que o lançamento definitivo poderá compro-var a não ocorrência da obrigação tribu-tária e do correspondente crédito tribu-tário, inexistindo então, supressão ou redução de tributos ou de contribuições; em suma, a não ocorrência de crime contra a ordem tributária”.

Com a devida vênia, não podemos con-cordar com a inteligência dada pelo autor ao novel preceito legal, porquanto a cir-cunstância do tipo penal previsto no art. 1.º, Lei 8.137/90, ser classificado doutri-nariamente como “material”,⁴ não impor-ta na produção dos efeitos explicitados no texto. Com efeito, embora a consumação do delito contra a ordem tributária exija a supressão ou redução do tributo, é errô-neo afirmar que tal resultado somente ocorre com o lançamento definitivo, após a conclusão do procedimento administra-tivo-fiscal de apuração da existência do crédito tributário.

Para efeitos penais, em consonância com a Teoria da Atividade agasalhada no art. 4.º do Estatuto Repressivo, a consumação do delito tributário ocorre em momento cronologicamente anterior à ultimação da ação fiscal, quando o agente (contribuinte) realiza uma das condutas previstas na lei extravagante, resultando numa sonegação total (su-pressão) ou parcial (redução) do paga-mento do tributo, que será concretizada, segundo o escólio de Pedro Roberto Decomain,⁵ após o escoamento do “pra-zo dentro do qual, pela legislação perti-nente, deveria ter sido recolhido o tribu-to suprimido”.

Ademais, conforme pontifica Rui Stoco,⁶ na apuração do momento pró-prio para a satisfação do tributo, a fis-calização tributária lançará mão “dos registros contábeis e fiscais do contri-

(4) Segundo a lição do preclaro Prof. Damá-sio E. de Jesus (*in Direito penal*, 1.º vol., 18. ed., 1994, Saraiva, p. 168), delito material é aquele em que “o tipo mencio-na a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação”.

(5) “*Crimes contra a ordem tributária*” (ed. Obra Jurídica, 2. ed., 1994, p. 46).

(6) “Sonegação fiscal – Temas controverti-dos” (artigo publicado na RT 713/315).

buinte, ou, indiretamente, pelos registros oficiais do Poder Público, quando se comprove a falta de recolhimento nas datas estabelecidas, nos casos de autolancamento”.

A questão será melhor compreendida através da transcrição de julgados colhidos na jurisprudência de nossos pretórios, a seguir trazidos à colação:

“PROCESSUAL PENAL. TRIBUTÁRIO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL.

I – Nos crimes contra a ordem tributária, definidos no art. 1.º, I e IV, da Lei 8.137, de 27.12.1990, a consumação ocorre com a prestação de declaração falsa ou uso do documento falso perante as autoridades fazendárias, com o resultado ou efeito de suprimir ou reduzir tributo. Na declaração de rendimentos (imposto de renda), a relação de doações e pagamentos efetuados é desacompanhada de documentos que eventualmente poderão ser solicitados pelo Fisco.

II – A comprovação da conduta incriminada encontra-se na declaração de rendimentos devidamente assinada pelo paciente, estando satisfeitas as condições da ação penal, havendo supedâneo probatório suficiente à instauração da ação penal.

III – Recurso improvido”.⁷

“PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DECLARAÇÃO FALSA. CONSUMAÇÃO. MOMENTO. PRAZO ADMINISTRATIVO PARA PAGAMENTO. RECIBO DE TRATAMENTO DENTÁRIO FALSO.

1 – O crime contra a ordem tributária praticado com o propósito de reduzir o

imposto de renda, mediante declaração falsa, se consuma com a entrega à Receita Federal da declaração do imposto de renda.

2 – É possível a comprovação da falsificação ideológica por indícios – indício é prova”.⁸

A sonegação da espécie tributária objeto dos arrestos supracitados (= imposto de renda) foi perpetrada quando o contribuinte inseriu o valor constante do documento ideologicamente falso na declaração de rendimentos (apresentada no prazo estabelecido pela legislação de regência), conseguindo reduzir o valor do imposto devido. Neste momento, e não em período anterior (falsificação documental) ou posterior (lançamento definitivo), consumou-se o crime contra a ordem tributária, posto que reunidos todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I, do CP).⁹

Uma vez detectado pela fiscalização que o contribuinte reduziu o tributo, é lavrado um Auto de Infração que servirá

(8) TRF/1.ª Reg., ApCrim 95.01.19147-8-DF, 3.ª T., Rel. Juiz Tourinho Neto, julg. em 27.11.1995, *DJU* de 30.04.1996. No mesmo sentido, entre outras decisões do mesmo Tribunal, confira-se o decidido na ApCrim 94.01.28220-0-DF, 3.ª T., Rel. Juiz Fernando Gonçalves, julg. em 10.05.1995, *DJU* de 05.06.1995. No TRF/3.ª Reg., Cf. ApCrim 94.03.094258-4, 1.ª T., Rel. Juiz Sinval Antunes, julg. em 03.10.1995, *DJU* de 31.10.1995.

(9) Consideremos, no entanto, por amor à completeza da argumentação, que o crime tributário atinja o seu momento consumativo com o lançamento definitivo. Dentro desse contexto, é lícito concluir que a prescrição somente começará a fluir daí, e não da realização da conduta que ensejou a lavratura do Auto de Infração, na medida em que não há falar em transcurso do lapso prescricional antes da ocorrência do *summum opus*.

(7) STJ, RHC, 6.ª Rel. Min. Pedro Aciole, julg. em 22.11.1994, *DJU* de 13.03.1995.

como suporte probatório mínimo para que o Ministério Público formule a acusação penal, cujo conteúdo material espelha o atributo da presunção de legitimidade dos atos do Poder Público. É evidente que é relativa a presunção emanada do Auto de Infração lavrado em tais circunstâncias, pois o contribuinte poderá comprovar, no decorrer da ação fiscal, que o documento utilizado em sua declaração de rendas, visando a redução do pagamento do tributo devido (v.g., um recibo de despesas médicas), não era inidôneo, como sustentado na autuação fiscal, já que efetivamente se submetera ao respectivo tratamento, cujo valor foi glossado.

Trata-se, contudo, de discussão que não impede o oferecimento da peça acusatória, mas que indiscutivelmente é relevante para o desfecho da ação penal, podendo ser qualificada como uma espécie de "questão prejudicial". Nesta hipótese, haverá nítida interdependência entre as instâncias penal e administrativa, eis que a eventual afirmação da veracidade do documento pela autoridade fiscal, ensejando o cancelamento do Auto de Infração, desfigurará a existência do delito anteriormente imputado ao agente (não houve redução do tributo), conduzindo à improcedência da ação penal.

Nada impede, todavia, que a prova de idoneidade do documento venha a ser produzida nos autos da ação penal, não ficando o juiz adstrito ao teor de suposta decisão confirmatória da autuação fiscal proferida na seara administrativa.

Insta esclarecer, entretanto, ainda quanto ao tema da independência e comunicação entre as instâncias administrativa e penal, que a questão versada naquela esfera de atuação estatal só exercerá influência no resultado da ação penal se e quando estiver em jogo a própria existência do crédito tributário

objeto da autuação fiscal, não havendo que se cogitar de prejudicialidade quando a irresignação do contribuinte for direcionada apenas ao *quantum debeatur*.

Registre-se, por outro lado, que nem mesmo na eventualidade da desconstituição do Auto de Infração, poder-se-á afirmar que a acusação penal tenha sido leviana ou temerária. Neste ponto, é importante não ser olvidado que, para a instauração da relação jurídico-processual, contenta-se o legislador tão-somente com a existência de *indícios de autoria e prova da materialidade delitiva*, vigindo no limiar da ação penal o princípio *in dubio pro societate*, traduzido numa análise superficial do juiz sobre a plausibilidade jurídica da acusação (juízo de deliberação), de molde a assegurar que ela não é produto da imaginação do seu subscritor. A valoração definitiva e aprofundada da existência do crime será efetuada na sentença, após o cotejo das provas produzidas pelas partes no curso da instrução criminal, sob as garantias do contraditório.

Ocorre, no entanto, que estes requisitos legais (binômio autoria-materialidade) são observados pelo órgão ministerial ao oferecer uma denúncia por crime contra a ordem tributária. A autoria é atestada pela constatação da prática de uma conduta fraudulenta, imputada ao contribuinte, que, segundo a fiscalização tributária, importou na supressão ou redução do crédito tributário correspondente a determinada exação fiscal.

O aspecto material do delito, por seu turno, é comprovado pela autuação fiscal e demais peças de informação que acompanham a representação penal encaminhada pela Receita Federal, noticiando a ocorrência do fato delituoso e quantificando o montante do tributo suprimido ou reduzido. Vê-se, portanto, que a materialidade consiste simples-

mente na documentação do atuar ilícito do contribuinte, com a exposição dos meios de provas coligidos pela fiscalização que legitimaram a lavratura do Auto de Infração.¹⁰

A questão acerca da *efetiva existência* do crédito tributário nascido (*rectius*: constituído) com a conduta ilícita apon-tada pela autuação fiscal — objeto de apuração durante o desenvolvimento da ação fiscal — não diz respeito à materialidade delitiva, pois, repise-se, a consumação do crime tributário já ocorrera em momento pretérito, ocasionando a produção do resultado lesivo reclamado para o aperfeiçoamento do tipo penal tributário.

Discute-se, em sede doutrinária, sobre o momento de surgimento do crédito

tributário, tendo em vista que o Código Tributário Nacional emprega terminolo-gia segundo a qual obrigação tributária e crédito tributário são conceitos distin-tos, vale dizer, a obrigação ensejaria o crédito, o qual só seria “constituído” pelo lançamento definitivo.

Cabe esclarecer, porém, que a doutri-na mais moderna tem refutado tal distin-ção, salientando que tanto a obrigação quanto o crédito tributário ingressam no mundo jurídico simultaneamente, no momento em que o contribuinte pratica um determinado ato do mundo fenomê-nico que ocasiona o surgimento de um correspectivo dever fiscal (= fato gera-dor). Entendemos que, em se tratando de crime tributário, este é o marco no qual se perfazem os elementos típicos deste delito de ação astuciosa. A propósito do tema, imperioso transcrever o autoriza-do magistério do mestre Ricardo Lobo Torres,¹¹ que lapidarmente analisa a *vexata quaestio, verbis*:

“O CTN diz, no art. 113, § 1.º, que a obrigação tributária ‘extingue-se junta-mente com o crédito tributário’. A *obrigação e o crédito não só se extinguem como também nascem conjuntamente*. Nada obstante, o Código reserva o termo ‘crédito’ à obrigação que adquire concreitude ou visibilidade e passa por diferentes graus de exigibilidade (...) *a técnica utilizada pelo Código deve ser empregada com cautela, pois obrigação e crédito não se distinguem em sua essência, como declara o próprio CTN no art. 139: O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza deste (...)*.”

A distinção que por vezes faz o CTN deve ser entendida no sentido didático.

(10) Traçando um paralelo com um delito com-um previsto no Código Penal (e.g., uma lesão corporal), que deixa vestígios mate-riais (*delicta facti permanentis*), pode-se afirmar que a materialidade consiste na comprovação (documentação) do delito através do laudo de exame de corpo de delito (art. 158 do CPP), ou mediante outros meios de prova (art. 167 do CPP), inclusive informações hospitalares. Em caso semelhante, embora versasse sobre tentativa de homicídio, o Superior Tribu-nal de Justiça assentou que “... A inexis-tência de laudo de exame de corpo de delito, não é causa de anulabilidade do processo quando não mais subsiste o sis-tema da prova legal e vigente o princípio do livre convencimento. Restando sufici-entemente provada a autoria, por confis-são expressa e exuberante prova testemu-nhal, e a materialidade seguramente posi-tivada pelas informações hospitalares, a falta ou defeito no uso do auto, não dá lugar a anulabilidade do processo, eis que o Magistrado, *in casu* teve condições outras de declarar provado o crime” (REsp 20.405-0-RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, 5.ª T., jul. em 19.04.1993, DJU de 10.05.1993).

(11) “Curso de direito financeiro e tributá-rio”, ed. Renovar, 1993, 1. ed., p. 190-191 e 221-222, respectivamente.

Embora o crédito se constitua juntamente com a obrigação pela ocorrência do fato gerador, recebe ele graus diversos de transparência e concretitude, na medida em que seja objeto de lançamento, de decisão administrativa definitiva ou de inscrição nos livros da dívida ativa. O crédito tributário passa por diferentes momentos de eficácia: de crédito simplesmente constituído (pela ocorrência do fato gerador) torna-se crédito exigível (pelo lançamento modificado ou pela decisão administrativa definitiva) e finalmente crédito exequível (pela inscrição nos livros da dívida ativa), dotado de liquidez e certeza” (grifamos).

Por derradeiro, cabe enfrentar a questão pertinente à natureza da representação mencionada no art. 83 da Lei 9.430/96, que, para alguns mais afoitos, seriam uma condição de procedibilidade da ação penal, compelindo o órgão ministerial a aguardar o término do procedimento administrativo-fiscal para oferecer a denúncia.¹²

Nada mais absurdo! Em que pese admitamos, por amor ao debate, que a *mens legislatoris* tenha sido endereçada nesse sentido, contaminada que fora pelos agentes da impunidade, a verdade é que a análise acurada do dispositivo supracitado, dentro de uma interpretação lógico-sistemática do direito processual brasileiro, leva à conclusão diametralmente oposta.

Como é cediço, o Código Penal prevê, como regra geral, a incondicionalidade da ação penal pública, só admitindo

exceção mediante expressa previsão em sentido contrário. A representação, quando for legalmente exigida, tem como destinatário o órgão do Ministério Público, titular exclusivo da promoção da ação pública (art. 129, I do Texto Magno), que não poderá ofertar a peça acusatória na ausência de anterior manifestação de vontade de quem tenha legitimidade para exercer tal direito. Sobre o assunto, confira-se o magistério do festejado Prof. Damásio E. de Jesus,¹³ *verbis*:

“Quando o crime é de ação penal pública condicionada à representação, o Código faz referência expressa à necessidade dessa condição, empregando a seguinte expressão: ‘Somente se procede mediante representação’...”.

Destaque-se, por relevante, que a utilização da expressão “representação” não é novidade em algumas leis extravagantes, podendo-se exemplificar com o art. 2.º da Lei 4.898/65 (abuso de autoridade) e o art. 6.º da Lei 1.508/51 (regula o processo das contravenções definidas nos arts. 58 e 60 da LCP), nos quais o termo é sinônimo de *notitia criminis*, tanto que, relativamente ao abuso de autoridade, foi editada lei interpretativa (Lei 5.249/67), esclarecendo a natureza jurídica daquela “representação”.

Ora, dentro dessa linha de raciocínio, forçoso concluir, então, que o termo “representação” constante do texto legal não se confunde com a legítima representação, condição de procedibilidade da ação penal, instituto que tem como razão existencial a preservação do interesse particular da vítima do delito, quando a instauração do processo possa ocasionar-lhe seqüelas maiores do que

(12) Neste sentido, veja-se artigo de Alberto Zacharias Toron e Edson Junji Torihara (“Crimes tributários e condição de procedibilidade”, *Boletim do IBCCRIM* 51, fevereiro de 1997), embora os autores não esclareçam as razões justificadoras do seu convencimento.

(13) “Direito penal”, 1.º vol., 18., 1994, Sarai-va, p. 576.

aquelas emanadas do crime. Decorre daí que seria uma completa iniquidade cogitar-se que tenha o legislador criado uma condição de procedibilidade em benefício do autor do fato infrigente da norma!

Na órbita federal, a figura da “*representação fiscal para fins penais*” encontra-se disciplinada pelos Decretos 325/91 e 982/93, sendo pacífico que ela sempre ostentou a natureza jurídica de simples comunicação da existência de um fato criminoso, e não de uma verdadeira condição de procedibilidade. Assim, parece-nos indiscutível que o art. 83 da Lei 9.430/96 não alterou a sistemática anterior, senão teria revogado expressamente o art. 15 da Lei 8.137/90 (que já prescrevia a índole incondicionada da ação penal nos delitos contra a ordem tributária), de sorte que o Ministério Público poderá ofertar a peça acusatória, ainda que não tenha sido ultimado o processo administrativo-fiscal. No particular, concordamos com o Juiz Federal Nelson Bernardes de Souza, ao discorrer sobre o tema no artigo doutrinário antecitado.

“Referido dispositivo legal não foi alterado pelo art. 83 da Lei 9.430/96, de

modo a introduzir uma condição de procedibilidade para o exercício da ação penal. A representação de que fala o art. 83, já tratada pelos Decretos 982/93 e 325/91 nada tem a ver com a figura da representação, com o sentido jurídico que lhes empresta o Código Penal e o Código de Processo Penal. Para estes diplomas, a representação é condição de procedibilidade, enquanto a representação de que trata o art. 83 da Lei 9.430/96 não passa de mera *notitia criminis*, que não é possibilidade exclusiva das autoridades fazendárias (art. 16 da Lei 8.137/90: ‘Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta Lei...’).”

À guisa de conclusão, uma vez demonstrado à saciedade, a exata qualificação jurídica do art. 83 da Lei 9.430/96, evidencia-se que tal norma, inobstante dificultar a persecução penal nos delitos tributários, não constitui obstáculo intransponível à atuação do Ministério Público, que, inclusive, poderá requisitar aos órgãos fazendários as autuações fiscais efetivadas, e, eventualmente, quando vislumbrados indícios de cometimento de crime, formular a acusação penal, com base naqueles elementos de prova.

6. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

O DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

ARTHUR BRAGANÇA DE VASCONCELLOS WEINTRAUB
JOSUÉ MODESTO PASSOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O regime das execuções penais até 1984: 2.1 Observação preliminar; 2.2 O Código de Processo Penal; 2.3 A Lei 3.274/57 – 3. A Lei de Execução Penal: 3.1 A evolução do pensamento criminológico após as Escolas Clássica e Positiva; 3.2 As influências recebidas pela Lei de Execução Penal – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. Introdução

Constitui tarefa importante a análise, ainda que em linhas gerais, dos fundamentos criminológicos da vigente Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.07.1994). Tendo em vista as controvérsias surgidas da discussão sobre o tema das execuções penais, muitas críticas estão pautadas num entendimento que exclui a conexão entre o sistema penal e o sistema de execução penal.

Embora o direito penal seja seu ponto de partida e oriente o seu caminhar (*e.g.*, progressões de regime, cabimento de penas e de medidas de segurança, livramento condicional), o caráter da execução penal não é apenas jurídico: ainda que não se possa subestimar a importância de seu aspecto jurídico-sancionatório, ela é mais que mero prolongamento da persecução criminal, com a função de impor *in concreto* “castigos” ou “tratamentos”. É preciso que se releve a base multidisciplinar da execução penal (por muito tempo desprezada pela lei e pelo sistema prisional brasileiro), uma vez que os problemas da ressocialização do sentenciado e da prevenção da reinci-

dência não podem ser resolvidos apenas por meio do Direito, que não pode prescindir da colaboração de outras ciências e da comunidade.

A necessidade da adoção de concepções mais abrangentes, a fim de, superando modelos restritivamente jurídicos ou jurídico-biológicos, alcançar um pragmatismo do cumprimento das penas e das medidas de segurança, é conquista da evolução sofrida no curso deste século pela Criminologia, cuja influência está caracterizada na LEP, como se pretende mostrar.

Para tanto, esta exposição discorrerá inicialmente sobre o regime legal das execuções penais vigente até 1984 e, em seguida, analisará as mudanças e inovações contidas na LEP, amparada pelo pensamento criminológico mais avançado.

2. O regime das execuções penais até 1984

2.1 Observação preliminar

O exame das bases criminológicas da Lei 7.210/84, e do que ela representa dentro da evolução do direito de execu-

ção penal brasileiro, depende da análise da legislação anterior referente à matéria, cujos principais representantes são o Código de Processo Penal (Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941) e a Lei 3.274, de 02.10.1957.

2.2 O Código de Processo Penal

Em vigor desde de 1.º.01.1942, o Código de Processo Penal tratou da execução penal em seu quarto livro (arts. 668 - 779). Graças à coerência e apuro técnico com que foi redigido, o Código de Processo Penal refletiu com nitidez as concepções criminológicas mais difundidas na época de sua elaboração: as defendidas pela Escola Clássica e pela Escola Positiva.

A Escola Clássica fundou a sua teoria criminológica no postulado do livre-arbítrio e na idéia de delito como mero ente jurídico, desprezando uma série de outros fatores aos quais hoje se atribui importância para a compreensão do delito e do delinqüente (e.g., os fatores econômicos, religiosos, familiares, psicológicos). No pensamento criminológico clássico, delito e delinqüente são entes abstratos: delito é a violação à proibição posta na norma de direito penal; delinqüente é o que por sua vontade se torna responsável por esta violação (e em consequência sofre pena, de finalidade intimidatória e repressiva); e basta.

Pode-se notar o quão inconveniente é semelhante ordem de idéias para a construção de um sistema de execução penal. Pressuposto o livre-arbítrio, estabelecida portanto a hipotética igualdade entre todos os homens, o único diferenciador entre os delinqüentes seria a natureza e a gravidade do delito.

Neste contexto, a execução estaria impossibilitada de voltar-se quer à ressocialização (afinal, se a vontade do

delinqüente é livre, voltar à sociedade somente pode ser decisão sua, já que livre decisão sua foi distanciar-se dela, cometendo o delito) quer à previsão efetiva e bem planejada de medidas (classificação, programas individualizadores) a serem tomadas na execução. Em sendo iguais todos os delinqüentes, a única distinção que entre eles poderia ser feita já o teria sido na sentença condenatória: a aplicação da pena segundo a natureza e gravidade do delito.

Influenciou ainda o Código de Processo Penal a Escola Positiva, cujas principais vertentes foram representadas pela Antropologia Criminal, de Cesare Lombroso, e pela Sociologia Criminal, de Enrico Ferri (García Pablos, 1997). Negados com veemência o livre-arbítrio e a capacidade de autodeterminação (que eram os pressupostos da Escola Clássica), a personalidade delinqüente é vista pela Escola Positiva como produto de predisposições endógenas. A causa do comportamento delinqüente está no indivíduo, não porque tenha controle do querer (livre-arbítrio), e sim porque suas condições constitucionais (atavismo, loucura) estariam a impeli-lo rumo ao delito.

Neste sentido, a taxonomia dos criminosos feita por Lombroso (nato, falso delinqüente e criminalóide) constitui a base da Antropologia Criminal, no que concerne à relevância de uma análise biologicista da personalidade delituitosa. A questão da predisposição, seja pelo atavismo ou pelo inatismo, abordada por Lombroso, tornou-se ponto de referência no campo dos estudos criminológicos. Não obstante, alguns aspectos do predeterminismo lombrosiano ficaram defasados em virtude da evolução da Criminologia (Fernandes, 1995).

A constatação da fisionomia do indivíduo (lóbulo grudado ou barba rala como características do fenótipo do crimi-

noso, por exemplo) para verificação do inatismo ou atavismo pregada por Lombroso tornou-se ultrapassada não somente pela precariedade dos embasamentos genéticos do estudo (não se cogitava de ligações cromossômicas relacionadas ao predeterminismo), mas sobretudo pela irrelevância que se prestou à questão dos múltiplos fatores da conduta criminosa.

Ainda no campo da Escola Positiva, mas já sem conceber o delito como produto exclusivo de um elemento intrínseco ou de uma patologia, Ferri, já no início do século, analisou fatores sociológicos, além dos biológicos, como elementos de influência delinqüencial. Para Ferri, as condições sociais, biológicas e físicas englobariam as causas dos delitos. Logo, a classificação dos criminosos de Ferri é mais abrangente (criminoso louco, ocasional, passional, habitual e nato) que a classificação de Lombroso, mesmo mantendo elementos em comum, como o inatismo.

Essa multiplicidade de fatores incluiria elementos endógenos e exógenos, que Ferri tratou em seu estudo. Não obstante, tanto Ferri quanto Lombroso enfatizaram a potencialidade dos fatores endógenos como determinantes das atitudes delinqüentes, enquanto fatores exógenos foram enquadrados num segundo plano de importância. Esse posicionamento teve reflexos no Brasil.

Desde logo bem clara no texto do Código a preocupação de disciplinar tão somente os aspectos jurídicos da execução penal. Assim é que o Código não estabeleceu mais do que regras sobre os requisitos formais para o início e término da execução (expedição de mandados de prisão e a lavratura de cartas de guia, hoje "guia de recolhimento", quanto às penas privativas de liberdade); sobre a comunicação, a quem de direito, da imposição

das penas acessórias, hoje abolidas; e sobre a oportunidade da imposição das medidas de segurança e dos momentos em que realizar exame de cessação de periculosidade, excluindo as questões cotidianas na execução das penas.

Provas deste formalismo jurídico residem no fato de que os únicos sujeitos da execução realmente levados em conta pelo Código são os mesmos que se encontram no curso da instrução processual (juiz, o órgão do Ministério Público, o advogado e o acusado-sentenciado). Um órgão importante, como o Conselho Penitenciário, por exemplo, é mencionado apenas incidentalmente, afora o caso do livramento condicional (arts. 677, 698, § 4.º, 712 - 714, 716, 722, 723, I, 725, parágrafo único, 730 - 737, 741 e 742, muitos dos quais alterados pelas reformas penais do fim da década de setenta), sem que sejam trazidas quaisquer regras sistemáticas sobre sua composição, atribuições e funcionamento, como se faz na lei atual (LEP, arts. 69 e 70).

Tal formalismo é influência direta da doutrina de A. Rocco que, tendo inspirado a legislação penal italiana na década de trinta, alcançou também a reforma legislativa brasileira da época (Assis Toledo, 1994).

Trata-se de colocar a execução apenas como um meio jurídico de aplicar uma consequência jurídica (pena ou medida de segurança, ou ambas) ao sentenciado. Segundo René Ariel Dotti (1979), "basta verificar que ela [a doutrina de Rocco] considerava como causa única e exclusiva da crise do magistério punitivo a perturbação que as ciências estranhas ao Direito Penal determinavam para a compreensão e funcionamento do sistema (...). A tese metodológica de Rocco implicava em concentrar-se no estudo do Direito Penal vigente, através do sistema

positivo, que a seu ver era o único que a experiência indicava para formar o objeto de uma ciência jurídica, a ciência do Direito Penal (...) Ao dramatizar com tintas lúgubres a panorâmica do sistema penal do seu tempo, Rocco insurgia-se contra o Direito Natural – frente à premissa de que o Direito Positivo era a única fonte do Direito Penal – e também contra a Antropologia Criminal ‘*come una distruttrice del diritto penale*’”.

Contudo, se o Código de um lado rendeu graças ao formalismo jurídico clássico, de outra – no que manteve sua coerência com a antiga Parte Geral do Código Penal, elaborada àquela época – manteve-se aferrado à Sociologia Criminal de Ferri, em boa parte calcada ainda em idéias centradas na necessidade de tratamento e na existência de predisposições criminógenas básicas na pessoa do delinquent. Vieram pois ao Código o enfoque essencialmente ligado ao tratamento médico-recuperatório do delinquent ao lado da visão meramente formal dos fundamentos e fins da pena.

A tensão entre esses dois pressupostos acabou por resolver-se mediante a construção do sistema duplo-binário de aplicação de penas e medidas de segurança, umas complementares das outras, podendo as últimas aplicarem-se tanto aos imputáveis quanto aos inimputáveis. A pena como necessária consequência punitiva do delito; a medida de segurança, apoiada na periculosidade, como meio de tratamento. O Código de Processo Penal teve, inclusive, de disciplinar o procedimento para a imposição de medida de segurança ao autor de fato não criminoso, no caso de crime impossível e de ajuste, determinação, instigação e auxílio de delito que não chegou a ser tentado (arts. 549-555).

Como a experiência viria a demonstrar, a adoção do duplo-binário justifica

e compromete o sistema do Código. Enquanto oferece a possibilidade de estabelecer medida de segurança ainda para o imputável, retirando qualquer conteúdo da pena que não seja o meramente sancionatório e justificando a concepção clássica, simultaneamente denuncia que o caráter meramente sancionatório impresso à pena é deficiente, sendo necessária a imposição de tratamento até para os imputáveis. Por fim, é preciso ressaltar que, conquanto tenha o modelo da Código suas justificativas puramente criminológicas, sua adoção também se deveu à sua utilidade para a política autoritária da época. Com efeito, ao reduzir a dimensão da pena e exacerbar o papel das medidas de segurança, o Código criou um eficiente meio de arbítrio, uma vez que a medida, a título de tratamento, implicava supressão dos direitos do condenado: “Até hoje, tens estado preso, com todas as garantias, a título de pena, para te retribuir tua culpabilidade; a contar de amanhã, ficarás preso, no mesmo lugar, porém com menos garantias e a título de medida, para te neutralizar a periculosidade” (Zaffaroni, 1982). Desta forma, não foi por acaso que, quarenta anos depois, a LEP ainda teve de se preocupar em resguardar a legalidade da execução penal (Exposição de Motivos, item 19; LEP, arts. 185-186).

2.3 A Lei 3.274/57

A concepção jurídico-formalista impressa pelo Código de Processo Penal à execução deixou lacuna por preencher na ordem jurídica brasileira, porque todos os problemas não jurídicos da execução penal permaneceram carentes de orientação mais definida e de política mais abrangente, que substituísse a precária, e muitas vezes inexistente, regulamentação dos Estados.

No pouco que a respeito do matéria se obteve até o advento da LEP, cabe destacar a Lei 3.274/57, que, se não provocou significativa mudança (e nem poderia tê-lo feito, uma vez que se preocupou somente com as normas de direito penitenciário, e teve atrás de

si o inadequado regime do Código de Processo Penal), ao menos representou tentativa razoável de disciplinar as execuções penais. Com efeito, determinou o art. 1.º da Lei serem normas gerais do regime penitenciário as seguintes:

Lei 3.274/57, art. 1.º	Conteúdo	LEP
inc. I	individualização das penas conhecimento da personalidade tratamento penitenciário adequado	art. 5.º
inc. II	classificação dos sentenciados	arts. 6.º-9.º
inc. III	internação dos presos provisórios	arts. 2.º, par. ún., e 84
inc. IV	trabalho	arts. 28-36
inc. V	percepção de salário	art. 29
inc. VI	pecúlio	art. 29, § 2.º
inc. VII	seguro	
inc. VIII	separação dos sentenciados	arts. 84, 87, 91, 93
inc. IX	lepra-tuberculose	art. 14
inc. X	mulheres	art. 82, § 1.º
inc. XI	menores de 21 anos	
inc. XII	estabelecimento das medidas de segurança	arts. 99-101
inc. XIII	educação do sentenciado	arts. 17-21
inc. XIV	livramento condicional	arts. 131-146
inc. XV	assistência social	arts. 10-27

Como se vê, os princípios e metas da execução penal foram tão convenientemente enunciados na Lei 3.274/57 que quase todos vieram a merecer maior desenvolvimento na LEP. Convém, entretanto, destacar-lhe as limitações. Ha-

veria maior espaço para uma melhor regulamentação do sistema prisional, embora nesse mister a Lei estivesse desacompanhada da necessária mudança penal e processual penal. Assim, note-se, *e.g.*, a preocupação por demais enfá-

tica que a Lei deu ao trabalho dos sentenciados (arts. 9.º-20, mais de um quarto dos dispositivos), excluindo, por outro lado, a disciplina de outros temas importantes, como os estabelecimentos penitenciários (cujas espécies foram apenas mencionadas, sem que se lhes prescrevessem as estruturas e funções mínimas — art. 35), e prevendo para outros temas regras por demais genéricas, que nada acrescentaram ao sistema das execuções (arts. 24 e 25).

Além disso, o que é mais grave para uma Lei que assentou como normas gerais da execução penal o conhecimento da personalidade do sentenciado e a individualização das penas (art. 1.º, I) e coerentemente falou em classificá-los (art. 1.º, II), não se trouxe nenhum dispositivo concreto sobre o modo pelo qual se executaria esta classificação (salvo, é verdade, o art. 4.º, no qual se determinou o funcionamento de uma Comissão de Classificação na capital dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, ou onde estivessem sediados os principais estabelecimentos penitenciários), a qual tem grande relevância no sistema da LEP (arts. 5.º-9.º), enquanto meio de se programar a condução da execução, especialmente a das penas privativas de liberdade (arts. 112, parágrafo único, e 114, II).

Conclui-se que, não obstante as suas deficiências hoje patentes, a Lei 3.274/57 permanece como marco importante no desenvolvimento do direito de execução penal brasileiro, pois foi tentativa séria de superar o formalismo clássico do Código de Processo Penal. As idéias de conhecer a personalidade do sentenciado (e não apenas sua periculosidade, que se limita apenas a determinar ou não a aplicação ou manutenção da medida de segurança), de classificá-lo e de individualizar-lhe a pena (e não apenas graduá-

la segundo a natureza e gravidade do delito), contrapõem-se à concepção clássica da pena como meio intimidatório e repressivo. No entanto, teve de reconhecer a Exposição de Motivos da LEP no item 184:

“As normas gerais do regime penitenciário, caracterizadas na Lei 3.274/57, não são verdadeiras normas jurídicas: materialmente, porque ineficazes nos casos concretos e, assim, inaplicáveis; formalmente, porque não contêm o elemento de coercibilidade, consistente na sanção para o descumprimento do comando emergente da norma. O referido diploma é sistematicamente ignorado, e ao longo de sua existência — mais de vinte anos — não ensejou o desenvolvimento da doutrina nem sensibilizou juízes, tribunais e a própria administração pública”.

3. A Lei de Execução Penal

3.1 *A evolução do pensamento criminológico após as Escolas Clássica e Positiva*

Apesar da tentativa renovatória empreendida pela Lei 3.274/57 — ou talvez propriamente em razão dela, que foi por demais tímida —, o avanço teórico do direito de execução penal brasileiro teve de esperar até o advento da LEP, que acompanhou a grande tendência de toda a Criminologia nesta segunda metade do século: ir além da perspectiva antropológico-determinista e da ideologia clássica (livre-arbítrio, caráter intimidatório da pena), ambas demasiado simplificadoras e portanto insuficientes para permitir adequada compreensão do comportamento delinquente.

De fato, superando as Escolas Positiva e Clássica, o pensamento criminológico passou a justificar suas análises e resul-

tados por meio de concepções científicas mais diversificadas, que García-Pablos (1997) classifica em três grandes grupos: a) modelos de cunho biológico; b) modelos de cunho psicológico; e c) modelos de cunho sociológico.

É errôneo confundir os novos modelos de cunho biológico com o pensamento da Escola Positiva. É verdade que desta se aproximam porque partem da premissa de que o delinqüente é, em virtude de certos aspectos constitucionais, distinto do não delinqüente; entretanto, é também certo que dela se distinguem, já que a análise se aperfeiçoou, abandonando tanto as conclusões radicais a que chegara Lombroso quanto os métodos da biometria e da biotipologia, em favor de técnicas clínicas mais sofisticadas e hipoteticamente mais confiáveis (*e.g.*, emprego de eletroencefalograma, pela neurofisiologia; estudo dos processos hormonais, pela endocrinologia; pesquisas sobre eventual relação entre comportamentos agressivos e deficiências vitamínicas, glicêmicas e alérgicas, pela bioquímica).

Note-se que, a despeito do aprimoramento das escolas criminológicas de cunho biológico, sempre se deve ter em mente que elas tentam explicar a conduta criminosa a partir de certas causas orgânicas, o que se há de admitir com reservas. Não que em variados casos a explicação médica do delito não seja a correta. Sucede porém que é perigoso estabelecer genericamente um problema biológico como causa eficiente do comportamento criminal. Nem todo doente delinqüente, e quando delinqüente nem sempre o faz em razão da patologia de que sofre. Ademais, apenas uma minoria da população carcerária pode ser considerada "doente" ou "anormal": a experiência tem demonstrado que a pouca instrução, a pouca renda, a convivência imediata

com a violência doméstica e urbana e a passagem por estabelecimentos pretensamente correccionais (*e.g.*, a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor) sóem apresentar-se como muito mais eficazes para determinar a grande maioria das condutas criminosas. Vale dizer: predominam não as causas internas, mas um conjunto de fatores externos a influenciar a formação do delinqüente. Evidentemente, os estudos da Criminologia não permaneceram alheios a estes problemas: assim, ao lado dos modelos de cunho biológico desenvolveram-se outros, de fundo psicológico ou sociológico.

O pensamento de cunho psicológico, à semelhança do biológico, ainda se prende ao estudo do indivíduo, mas não com absoluta preocupação em seus fatores constitucionais, e sim no processo de formação de sua personalidade e na dinâmica desta, notadamente em torno das suas manifestações criminais. Surgiram desta maneira correntes criminológicas preocupadas em determinar porque o indivíduo não seria capaz de desenvolver modos adequados de paralisar eficazmente condutas socialmente proibidas, ou estariam mais aptos a aceitar e adotar comportamentos delinqüentes; ou ainda que atribuiriam o comportamento criminoso ao grau da evolução moral do indivíduo e de sua percepção de normas e valores; ou, finalmente, determinadas a aferir traços de personalidade (*e.g.*, agressividade, nível de tolerância a frustrações), que se relacionariam com o crime.

De outro lado, desenvolveram-se ainda modelos criminológicos voltados ao estudo sociológico do delito. A preocupação aí não é estudar o indivíduo, nem a só influência do meio sobre ele, mas as relações sociais que se podem apresentar como fatores criminógenos (industrialização, migração, problemas urbanísticos).

Destacada representante do modelo de cunho sociológico é a Escola de Chicago (décadas de sessenta e setenta), com a abordagem “ecológica” do problema criminal. Nela, o espaço geográfico e social é traçado de acordo com as peculiaridades dos grandes núcleos urbanos, onde se concentra um grau relativamente elevado de criminalidade. A infra-estrutura precária produz a sensação de desordem ou desorganização social, causando conflitos humanos.

Megalópoles como São Paulo, por exemplo, com mais de dez milhões de habitantes, constituem fato totalmente novo na história da humanidade. As cidades superpovoadas provocam situações deletérias no contexto das relações humanas. Os conglomerados urbanos ocasionam um atrito (físico) constante entre as pessoas. A sensação de sufocamento é comum a qualquer habitante de uma grande metrópole, ainda mais quando o crescimento urbano desordenado acarreta uma qualidade de vida sofrível, tanto pelo problema da falta de locais de lazer, quanto por fatores agorafóbicos do cotidiano. Essa é, pois, uma linha de pensamento bastante diferenciada da Antropologia Criminal, pois desvincula o elemento da motivação criminal do indivíduo e o insere no ambiente ou meio. A posição dos teóricos da Escola de Chicago se pautava num ideal reformista, compatibilizando uma intervenção estatal concatenada com um “comprometimento social” em relação às áreas mais marginalizadas (reordenamento urbano, melhoria na infra-estrutura e serviços públicos básicos etc.), segundo a premissa de que mediante esse controle se mitiga a delinquência. Da ingerência sobre o *habitat* físico e sobre o próprio elemento ambiental (meio ambiente como meio do homem), resultaria uma influência direta no comportamento e na motivação delituosos dos

habitantes de determinados locais. Defende a abordagem ecológica, consequentemente, a reestruturação urbana e o remodelamento do desenho arquitetônico das cidades como base de programas de prevenção de delitos.

Newman, um dos expoentes da Escola Ecológica, em sua obra *Defensible Space* (1973), relaciona proporcionalmente os espaços da metrópole, com específicas demonstrações delituosas. Desse princípio surgem os “geógrafos do crime”, dentre eles Jeffery, ligados à Psicologia Comunitária. Para Jeffery, a Psicologia Comunitária deve relevar a influência no âmbito do grupo social sobre as manifestações delinquentes (figura do *labelling approach* norte-americano). A etiquetagem, ou rotulagem, está associada à problemática da delinquência e de comportamentos desviantes. O indivíduo pertencente a determinado grupo de pessoas receberia um rótulo (*label*) de acordo com suas condições perante a comunidade (Dotti, 1979).

No Brasil, há conseqüências provenientes de rotulagem. Aos reincidentes ou mesmo em relação aos indivíduos que já não o sejam, cabe um tratamento diferenciado, tanto em relação às instâncias de controle social formais (polícia, tribunais e estabelecimentos penais), quanto às informais (família, grupo social). Há um estigma que acompanha o reincidente ou aquele que já tenha cumprido pena, como forma de *labelling* (rotulagem negativa).

Outro aspecto importante da teoria ecológica encontrar-se-ia na teoria do *target hardening*, baseada em dificultar-se a manifestação delituosa do potencial infrator (e.g., mediante a melhoria da iluminação pública ou das vias de acesso público). Entretanto, a experiência demonstrou que não bastaria apenas a prevenção pela anulação da periculosidade de locais restritos (postos de combustí-

vel, bancos, estacionamento, condomínios etc.), pois o espaço exterior, como um todo, carece de medidas eficazes e tão eficientes quanto em ambientes fechados (ao sair do banco, um carro forte pode ser assaltado na rua, por exemplo, independente da segurança investida no banco).

Assim, os programas estritamente espaciais não seriam totalmente eficazes, já que deslocam o problema criminal para áreas menos protegidas (há um afluxo da criminalidade expulsa para áreas vulneráveis e sem proteção, mantendo-se constantes os índices de criminalidade na conjuntura da metrópole). Ademais, com o surgimento de novos dados biológicos dentro do contexto da problemática criminal, não seria possível às fundamentações puramente ambientalistas tecer explicações sobre fenômenos humanos, que estariam fora do seu objeto de estudo.

Por fim, ainda dentro dos modelos sociológicos, cabe fazer menção à Criminologia Crítica Radical. Se já se nota nas vertentes da Escola de Chicago forte tendência em buscar respostas para o problema criminal prescindindo do estudo do indivíduo, isoladamente considerado, na Criminologia Crítica Radical vai-se ainda além, na medida em que ela ataca não só a procura de soluções individuais para o problema criminal, como também questiona a própria idéia de crime, que não passaria de imposição das classes sociais dominantes.

Portanto, as dificuldades em torno dos fatores do comportamento e da personalidade delinqüente consistiriam muitas vezes falsas questões, porque a idéia mesma de delito, à luz da Crítica Radical, não faria sentido: afinal, aquilo que se diria “punível” ou “proibido” pela norma penal somente o seria segundo as concepções das relações dominantes de poder. Em boa parte das situações, o

comportamento dito “delinqüente” seria como qualquer outra conduta social, se não fossem as estruturas sociais de poder a rotulá-las e persegui-las. Em consequência, dever-se-ia lutar pela reforma da sociedade, e não do criminoso.

Nesse sentido, é bastante claro o que dizem Taylor, Young e Walton, criminólogos radicais marxistas (1980, p. 56 e 71): “Se a criminologia deve progredir como uma ciência, ela deve ser livre para questionar as causas não somente do crime, mas também das normas que, em um sentido primário, criam o crime – isto é, normas legais (...) Ignorando ou deslocando a natureza proprietária do crime, criminólogos sem vontade ou incapazes de confrontar os fatos de desigualdade em propriedade de bens têm sido desviados para explicações individualísticas das diferenças entre criminosos e conformistas – uma tarefa que provou ser (não surpreendentemente) obscura e inconcludente (...) A criminologia materialista deve começar a tarefa de procurar a continuação, a inovação ou a abolição de normas jurídicas e sociais, em termos dos interesses que elas suportam, as funções que elas cumprem para a organização material particular ou produção em sociedades proprietárias...”.

Nesta apertada síntese, vê-se portanto que, apesar de não haver alcançado uma resposta única e segura, a Criminologia pôde, desenvolvendo-se por meio desses diversos enfoques (biológicos, psicológicos e sociológicos), trazer melhores subsídios para a discussão da criminalidade, o que em muito influenciou a LEP.

3.2 As influências recebidas pela Lei de Execução Penal

A influência de todas essas modificações e avanços do pensamento criminológico revelou-se na Lei de Execução Penal sobretudo nas regras por meio das

quais se buscou: a) reorientar os fins da execução penal, e b) considerar o condenado ou internado como pessoa, e não como mero paciente da pena ou medida de segurança. Convém analisar os dois temas separadamente.

a) Os fins da execução penal.

A LEP refletiu as tendências do pensamento criminológico mais atualizado ao determinar enfaticamente que a execução penal há de ter por fim a reintegração social daqueles que a ela se sujeitarem (art. 1.º, *verbis*: “harmônica integração social do condenado e do internado”).

O regime das execuções penais previsto pelo Código de Processo Penal prendeu-se, em virtude da influência clássica-positiva, ao binômio *punição-tratamento*. Nenhum destes objetivos (e os dois reunidos pelo sistema duplo-binário muito menos) mostrou-se adequado. É certo que não se pode desprezar o aspecto punitivo da execução: afinal, trata-se ainda da aplicação de uma consequência jurídico-penal (pena ou medida de segurança) a autor de fato criminoso. Porém, esse modelo clássico não confere ao castigo uma utilidade social. O castigo chega a ser um fim em si mesmo, e não um meio para se atingir o retorno à comunidade. Fora daí, o mesmo problema que levou à delinquência subsiste. Pouco adianta querer corrigir a deficiência da só punição por meio de *tratamento*, como pretendeu o Código de Processo Penal, porque há retorno à errônea idéia de que o sentenciado é, antes de tudo, um doente, o que fica ainda mais claro quando se assenta que o fim desse tratamento é a cessação da periculosidade.

Demonstrada pela experiência a precariedade das idéias de punição e tratamento, veio em sua substituição a idéia de *ressocialização*, que por sua vez não

tardou em ser objeto de críticas: de certa forma, ressocialização ainda implica uma posição passiva do sentenciado, o qual, tendo abandonado a sociedade por causa de seu comportamento delinqüente, terá agora, por meio da intervenção do Estado, de ser novamente trazido ao grupo social (Reale Jr., 1985). Assim, a Criminologia Crítica, neste ponto com inteira razão, passou a defender a idéia — bastante adequada ao regime da LEP, aliás — da *reintegração social*.

Reintegração não pressupõe sociedade perfeitamente organizada, consensual, da qual o delinqüente se afastou em consequência de má opção sua, mas sociedade que também teve papel na formação da conduta delinqüencial, ao menos mediamente, em processo de marginalização primária (negação do acesso à saúde, à educação, à moradia digna, a instituições correcionais humanitárias etc.), e que não pode, quando o encarceramento levar à marginalização secundária, abster-se de intervir para minorar as consequências do processo de prisionização.

Obviamente, não se concorda com a idéia radical de reformar por inteiro a sociedade, nem se nega a própria idéia de crime (que para a Criminologia Radical é imposição das classes sociais dominantes). Evidentemente não se trata disso, mas é de qualquer forma preciso que a reintegração não seja tarefa só dos órgãos penitenciários e sim que haja, na medida do possível, participação dos grupos sociais (associações de bairro, comunidades paroquiais, estudantes etc.) para que o sentenciado se aproxime da vida social como sujeito ativo e participante.

Importantes são, nesse sentido, as considerações de Baratta (1990, p. 145): “(...) el discurso es más amplio y se relaciona con el concepto mismo de ‘reintegração social’ y de ‘tratamiento’.

'Tratamiento' y 'resocialización' presuponen, en efecto, un papel pasivo del detenido y uno activo de las instituciones: son residuos anacrónicos de la vieja criminología positivista que definía al condenado como un individuo anormal e inferior que debía ser (re) adaptado a la sociedad, considerando acriticamente a esta como 'buena' y al condenado como 'malo' (...) Una reintegración social del condenado significa, por lo tanto, ante todo, corregir las condiciones de exclusión de la sociedad activa, de los grupos sociales de los que provienen, para que la vida pospenitenciaria no signifique simplemente, como casi siempre sucede, el regreso de la marginalización secundaria a la primaria del propio grupo social de pertenencia y desde allí una vez más a la cárcel".

Tanto é assim que, quanto à participação da comunidade, pode-se apontar o art. 4.º da LEP: "O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança".

E acrescentando o item 24 da Exposição de Motivos da LEP: "Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinqüente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário".

Dentre os objetos de estudo da criminologia (delito, delinqüente, vítima e controle social), foi inovadora a LEP ao instituir o *dever* do Estado de recorrer ao apoio comunitário, tanto no ínterim do cumprimento da pena (e da medida de segurança) quanto na ressocialização do condenado egresso.

Portanto, devendo ser o apoio comunitário "indispensável e contínuo", não se estaria isentando o Estado de suas responsabilidades, mas sim pautaria a reintegração do condenado ao amparo comunitário. Isso porque, sem o devido

apoio da comunidade, todo o esforço estatal na ressocialização seria inócuo, haja vista que a rejeição da comunidade inviabiliza um retorno do indivíduo a ela.

Logo, não só a comunidade deve evitar a aversão à pessoa do egresso, como deve auxiliar o Estado e o próprio egresso na tarefa do retorno à vida fora do ambiente do presídio.

Mesmo durante o cumprimento da pena seria necessária a participação de pessoas não ligadas ao sistema carcerário. A comunidade constituiria a fonte dessas pessoas, fornecendo meios para que, mesmo durante o período de privação da liberdade, o liame social (externo com a comunidade) não fosse inteiramente rompido. Auxílio necessário tanto ao internado quanto ao egresso. O item 25 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal corrobora essa premissa:

"Muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em regime fechado (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos)".

A maneira mais pragmática de a sociedade evitar a reincidência seria justamente reabsorver o egresso que já cumpriu a sanção estatal. Mas cabe ao Estado viabilizar essa convivência recíproca por meio de programas de trabalho e valorização do escopo de preparar o condenado para o problemático retorno à comunidade. Caso não haja essa preparação (que é prevista pela LEP), não há que cogitar de uma ressocialização ou retorno à convivência em sociedade como forma de prevenção ao crime.

b) A consideração do sentenciado como pessoa.

A LEP não parte mais dos estereótipos do delinqüente portador de patologia psíquica (Escola Positiva) ou do homem médio, dotado de livre-arbítrio, mas criminoso (Escola Clássica). Em vez disso, pretende realmente que se descubra quem efetivamente é a pessoa sentenciada, para que se lhe possa executar a pena ou medida de segurança de modo eficaz e realista. É fácil perceber que isto é consequência imediata do avanço da Criminologia, cuja grande tendência é a compreensão mais abrangente da personalidade e do comportamento delinqüente, rompendo a ligação que se quisera estabelecer entre "anormalidades" e delitos, chegando até (é o caso da Criminologia Radical) a considerar o crime como mera convenção das relações sociais dominantes, o que definitivamente derrubaria qualquer distinção ontológica entre delinqüente e não delinqüente.

O fato de considerar a LEP o sentenciado como *pessoa* é claramente revelado pelo abandono do sistema duplo-binário e pela necessidade de elaboração de programa individualizador e de classificação dos condenados e internados, tarefas que se encontram cometidas a Comissões Técnicas de Classificação, com base em exames (criminológico e de personalidade), bem como em pareceres por ela formulados a partir do acompanhamento que fará no curso da execução.

A adoção do sistema duplo-binário (Código Penal de 1940) ou do sistema vicariante (Lei 7.209, de 11.07.1984) é questão de direito penal; mas o problema, como é óbvio, também interessa ao direito de execução penal, que tem de disciplinar a maneira pela qual se aplicarão as penas e as medidas de segurança.

Como se demonstrou antes, o Código de Processo Penal, seguindo o Código Penal de 1940, disciplinou o sistema duplo-binário, ou seja, havia o fenômeno da cumulação da pena à medida de segurança. Existia o caráter retributivo da pena, cumulado à medida de segurança, e seu elemento neutralizador, ligado à parte do determinismo (Zaffaroni, 1982). Com a reforma de 1984, substituiu-se o sistema do duplo-binário pelo sistema vicariante, como forma renovatória do pensamento criminológico atual em relação às idéias clássicas. O item 87 da Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal aponta esse aspecto inovador: "Extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade-pena; periculosidade-medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança".

Ao ressaltar-se na Exposição de Motivos do Código Penal a não retomada de "soluções clássicas", ficou claro o posicionamento moderno desvinculado das idéias de Ferri e principalmente de Lombroso, tendo em vista as inevitáveis deficiências científicas que o estudo monodimensional, calcado no predeterminismo, acarretou. Com efeito, consciente abandono do sistema duplo-binário só pode alicerçar-se sobre nova concepção a respeito do sentenciado. Se foi abandonado o critério da periculosidade (que em vários casos se presumia *iuris et de iure*, como na hipótese de reincidência) para a imposição de medida de

segurança em seguida ao cumprimento da pena, é porque a própria idéia de periculosidade se mostrou inadequada, uma vez que a Criminologia não mais reconhece predisposições delinqüenciais básicas no indivíduo e portanto não pode admitir que ele seja perigoso por qualquer razão que não o leve logo à inimizabilidade ou semi-inimizabilidade. Caso o delinqüente seja imputável, então o que deve ocorrer é a imposição somente da pena, no curso da qual, aí sim, se adotarão medidas que previnam a reincidência e o reintegrem à sociedade.

Ergue-se então o problema da individualização da pena. Individualizar a pena (ou, *mutatis mutandis*, a medida de segurança) não é só fixá-la quanto à qualidade, quantidade e intensidade (Código Penal, art. 59), como também aplicá-la segundo programa que atenda às condições peculiares de cada sentenciado (personalidade, grupo social, dinâmica do crime cometido, influências recebidas na prisão etc.), oferecendo-lhe condições que permitam sua reintegração social e evitem a reincidência.

Neste sentido, a individualização da pena é exigência constitucional (Constituição da República, art. 5.º, XLVI) e permeia todo o sistema da LEP (cf. especialmente os arts. 1.º, 5.º, 6.º e 112-118). E não pode ser diferente: se a pena há de possuir outra finalidade além da retribuição (vale dizer, se ela, apesar de representar um mal para o condenado, tem de servir à sua reintegração), então ela há de ser dotada de meios adequados, definidos em um programa de individualização para cada condenado. Aí reside uma grande mudança no direito de execução penal brasileiro.

A idéia de individualização não estava no Código de Processo Penal (ao que parece, o termo nem sequer é empregado nos dispositivos concernentes à execu-

ção), e a previsão que dela fez a Lei 3.274/57, art. 1.º, I, caiu no vácuo. No que toca ao Código, a despreocupação com a idéia demonstra que não houve nenhuma consideração séria sobre o condenado, cuja sorte, enquanto *pessoa*, foi desprezada. Nem mesmo a possibilidade de aplicação de medida de segurança teria justificado esta atitude: em primeiro lugar, o que é necessário é programar a pena, e não aplicar algo completamente distinto quanto aos pressupostos e finalidades (i.e., a medida de segurança); depois, o que se deseja é a reintegração do sentenciado, e não a cura de hipotética doença causa de periculosidade.

A primeira tarefa a desempenhar para individualizar a pena é conhecer aquele com relação ao qual deve ser formulado o programa individualizador. Para tanto, em primeiro lugar a LEP prevê a realização do *exame criminológico*.

O exame criminológico (Sá, 1996) é perícia destinada a apurar as condições pessoais nas quais o sentenciado cometeu o delito, a fim de obter elementos para o diagnóstico da conduta delinqüente e o prognóstico de reincidência. É trabalho eminentemente técnico, voltado para a revelação o tanto quanto possível exata dos antecedentes do sentenciado, da conduta delinqüente e da dinâmica do ato criminoso. Por estar assim ligado à análise do ato delituoso frente às condições pessoais do delinqüente no momento da conduta, o exame criminológico, segundo determina a LEP, art. 8.º, e o Código Penal, art. 34, *caput*, deve ser realizado logo no início da execução da pena, em Centro de Observação para isto destinado (LEP, art. 96). Infelizmente, a longa duração das prisões cautelares, ocasionadas pela demora no processo e julgamento dos acusados, e o desaparecimento do sistema penitenciário têm feito com que o exame

criminológico perca um pouco de sua confiabilidade, em virtude do tempo que separa a sua realização da prática da infração penal.

Não basta o exame criminológico, porém, para a formulação de programa individualizador e para as suas adaptações no curso da execução. Entram aí, então, as Comissões Técnicas de Classificação (CTC). Realizado o exame criminológico no Centro de Observação, o laudo será remetido à CTC (LEP, arts. 5.º, 6.º e 8.º), que dele disporá como um dos elementos necessários para compreender a pessoa sentenciada. Um dos elementos, disse-se, porque, conquanto seja importante, o exame criminológico ainda diz pouco sobre o sentenciado, pois se prende somente aos aspectos ligados ao ato delituoso. Afinal, é intuitivo que nem todos os estelionatários, ou assaltantes, ou estupradores são iguais uns aos outros, ainda que suas condutas criminais, os delitos que praticaram, em muito se assemelhem.

Desta maneira, a CTC está autorizada (LEP, art. 9.º) a efetuar exame de personalidade, usando das diligências para tanto necessárias, como, por exemplo, entrevistas com o próprio sentenciado e pessoas de seu meio (familiares, amigos, antigos colegas de trabalho e até os companheiros de cárcere). Como se vê, sempre no afã de buscar, por trás do sentenciado, a *pessoa* que se viu condenada, e não este ou aquele estereótipo ou categoria preconcebida de indivíduo. Ainda que não se trate de enfoque médico, o exame a ser realizado pela CTC deveria ser *clínico*, no sentido original do termo, *i.e.*, revelador sempre das características peculiares do sentenciado, para permitir concreta e efetiva orientação do cumprimento da pena.

É importante ressaltar que a CTC, responsável portanto pela elaboração dos

programas individualizadores, é composta por diversos profissionais, e não somente por médicos e psicólogos. Essa maior gama de profissionais permite uma apreciação mais abrangente da personalidade do preso, possibilitando, assim, uma probabilidade maior de que aquele programa individualizador seja o mais compatível com a pessoa do condenado.

A composição da Comissão Técnica da Classificação está determinada no art. 7.º da LEP, que prevê a existência dessa Comissão em todo estabelecimento prisional. A Comissão deverá ser presidida pelo Diretor do estabelecimento prisional, e “composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social”, e ainda por médicos clínicos, juristas e outros profissionais com qualificações técnicas, de acordo com as peculiaridades do estabelecimento penal (Mirabete, 1993).

A composição eclética da Comissão demonstra que a individualização da execução está embasada na cientificidade multidisciplinar, visto que uma tal análise proporciona um lastro científico mais abrangente na síntese do parecer da CTC (exames psicológicos, médicos, psiquiátricos, sociológicos, psicotécnicos etc.). Não quis a LEP deixar as funções da CTC em mãos unicamente de médicos, psicólogos e assistentes sociais justamente porque não partiu da premissa de que a pessoa sentenciada precisasse de “tratamento” ou fosse portadora de doença ou desvio, e sim porque entendeu que a criminalidade é produto do interjogo de uma série de fatores, cuja compreensão requer a participação simultânea de profissionais das mais diferentes áreas ligadas ao problema do comportamento humano, que trabalhando conjuntamente poderão analisar com maior amplitude a reintegração do sentenciado.

Obtidas as informações necessárias por meio do exame de personalidade e do exame criminológico, deverá a CTC proceder à elaboração de um programa individualizador e à classificação do preso.

A classificação (imposta pela LEP em seu art. 5.º) impõe-se primeiro em razão das próprias informações que se obtêm a respeito de cada sentenciado, que inevitavelmente indicam não só o que possuem de particular, como ainda aquilo que os aproxima uns dos outros quanto ao comportamento, à vida pregressa, ao seu nível sociocultural etc.; e, em segundo lugar, em função do número de sentenciados com que a CTC terá de lidar: embora tal não signifique que se deva dispensar menos atenção ao individual, é também certo que a administração penitenciária e a aplicação dos programas individualizadores requerem a divisão dos sentenciados em classes.

Fique bem claro, entretanto, que a classificação há de fazer-se pela CTC, de composição multidisciplinar, e que portanto os critérios utilizados para separar os sentenciados não podem ser mera transposição de categorias nosológicas (*i.e.*, de patologias ou distúrbios). Haveria aí regressão ao pensamento da Escola Positiva, pois classificar sentenciados segundo doenças outra coisa não é senão considerá-los doentes, o que a LEP peremptoriamente afastou.

Assim, formulado o programa individualizador e classificado o sentenciado, prosseguirá finalmente a execução penal os seus termos, com a aplicação das atividades e serviços necessários e a assistência da comunidade, a fim de que paulatinamente o condenado melhore a compreensão que tem de si, da sua conduta pregressa, das perspectivas que se lhe podem abrir, dos valores aos quais deverá atribuir maior importância etc.

Não se pensa em resolver ou superar todas as suas dificuldades psicológicas e sociais, mas em conduzi-lo realisticamente à busca de uma convivência mais saudável com o meio ambiente (Sá, 1996).

No desenrolar desse processo, a CTC continuará a desempenhar papel importante. Não que a aplicação do programa individualizador seja tarefa exclusiva ou primordialmente sua: esta é uma tarefa de todo o presídio e da comunidade. Sempre voltada para a pessoa do condenado, a CTC acompanhará o evoluir da execução, das respostas que o sentenciado venha dando às atividades desenvolvidas, de modo que, quando oportuno, possa fornecer dados seguros que permitam decisões razoáveis (porque tecnicamente fundamentadas) sobre progressões e regressões de regime e conversões (LEP, art. 6.º, *in fine*). Sua manifestação poderá ser útil, por exemplo, no que tange à análise das faltas cometidas pelo sentenciado (LEP, arts. 49-52). Quanto a estas, aliás, cabe notar que, na respectiva disciplina, a LEP recebeu contribuição da escola ambiental, cf. item 79 da Exposição de Motivos, *verbis*: “O Projeto confia a enumeração das faltas leves e médias, bem como as respectivas sanções, ao poder discricionário do legislador local. As peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente”.

Nota-se aí a interligação entre elementos específicos regionais e as formas de criminalidade (mutante quanto aos meios e modos de execução) vislumbrada pelo legislador. Não obstante, o ambientalismo na LEP está adstrito a afetar somente as faltas leves e médias. Quanto às faltas

graves, não há na LEP o mesmo tratamento, deixando claro que a harmonização dos tratamentos disciplinares em relação às características ambientais fica limitada ao menor grau de ofensividade das faltas cometidas. Flexibiliza-se a lei, em respeito às influências do meio sobre a pessoa do condenado, ao que a CTC deve prestar atenção.

4. Conclusão

O que mais se espera tenha ficado claro na presente exposição é a influência que o direito de execução penal brasileiro, nas diversas fases de sua evolução, recebeu do pensamento criminológico com grande mas nem sempre feliz coerência.

No correr do século, a Criminologia foi-se progressivamente libertando de explicações simplificadoras para de fato tentar compreender o delinquente como a síntese de uma série de processos psicológicos e sociais que não se prendem necessariamente a aspectos orgânico-biológicos. Deixaram os criminólogos de buscar *causas* para arriscar-se na muito mais difícil tarefa de aceitar e investigar *fatores* que, com intensidade variável, colaboram na formação do comportamento e da personalidade delinquente.

O direito de execução penal brasileiro sempre soube acompanhar de perto esse caminhar do pensamento criminológico. O Código de Processo Penal refletiu com clareza as idéias do seu tempo; a Lei 3.274/57 e a LEP também. Portanto, nem ontem nem hoje a disciplina da execução foi produto de idéias utópicas ou destituídas de fundamento teórico razoável. O que resta fazer — e não é pouco, nem impossível — é levar o avanço das ciências do Direito e da Criminologia ao cotidiano do sistema penitenciário,

o fim de que a execução penal — e mesmo o direito penal, numa perspectiva mais ampla — tenham a eficácia e a utilidade que dela a sociedade brasileira espera há muito tempo.

5. Bibliografia

- BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social — por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. *Criminología Crítica — Fórum Internacional de Criminología Crítica*, Edmundo Oliveira (coord.), Belém : Edições CEJUP, 1990.
- DOTTI, René Ariel. A revisão das fronteiras entre o direito penal e a criminologia. *Ciência penal*. 5(2):79-106, 1979.
- FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo : RT, 1995.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo : RT, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo : Atlas, 1993.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Prisão albergue — periculosidade e o novo Código Penal. *Ciência penal*, 2(3):158-168, 1975.
- . *et alii*. *Reforma penal*. São Paulo : Saraiva, 1985.
- SÁ, Alvinio A. de. A recuperação dos sentenciados e a questão do exame criminológico versus parecer das Comissões Técnicas de Classificação. *RBCCrim*, 4(13):203-215, 1996.
- . *Reincidência criminal: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. São Paulo : EPU, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reflexões acerca do anteprojeto de lei, referente à parte geral do Código Penal do Brasil. 7(1):13-19, 1982.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., São Paulo : Saraiva, 1994.
- YOUNG, Jock *et alii*. *Criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva*. *Criminologia Crítica*, Young, Platt e Walton (org.), São Paulo : Ed. Graal, 1980.

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

CASO ZUZU ANGEL

LUÍS FRANCISCO DA SILVA CARVALHO FILHO

A Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos foi instituída pela Lei 9.140/95 e é presidida pelo jurista Miguel Reale Júnior.

O reconhecimento do nome de Zuzu Angel como vítima fatal do regime militar foi indeferido pela maioria da Comissão (5 votos a 2) na 21.^a Reunião Ordinária, realizada em 07.08.1997. Diante do surgimento de novas provas, foi solicitado por familiar um pedido de reconsideração, acolhido pela maioria da Comissão (4 votos a 3) na 25.^a Reunião Ordinária, realizada em 25.03.1998.

O relator do processo foi o advogado Luís Francisco da Silva Carvalho Filho.

A seguir, os votos apresentados pelo relator e acolhidos pela Comissão nas duas oportunidades.

Processo 237/96

Requerente – Hildegard Beatriz Angel Bogossian

Voto – 21.^a Reunião (7 de agosto de 1997)

Resultado – Indeferido. 5 x 2
(Nilmário Miranda e Suzana Lisboa).

Pedido de reconsideração

Voto – 25.^a Reunião (25 de março de 1998)

Resultado – Deferido. 4 x 3 (Oswaldo Pereira Gomes, Paulo Gustavo Gonet Branco e João Grandino Rodas).

RELATÓRIO – Hildegard Beatriz Angel Bogossian pede o reconhecimento do nome de sua mãe, Zuleika Angel Jones, conhecida como Zuzu Angel, para os fins do art. 4.º, I, letra b, da Lei 9.140/95.

A figurinista Zuzu Angel morreu em acidente automobilístico no dia 14.04.1976, na cidade do Rio de Janeiro. Segundo o registro policial, o veículo que dirigia “saía da pista indo colidir com a parte dianteira do viaduto Mestre Manuel, indo a cair a seguir na estrada da Gávea, após capotar seguidamente” (fl. 10). A morte foi constatada no local. O atestado de óbito (fl. 282) aponta como causa “fratura do crânio com hemorragia subdural e laceração cervical” e o auto de exame cadavérico (fl. 405) conclui pela citada fratura e por “laceração cortical”.

Como é do conhecimento público, Zuzu Angel era mãe de Stuart Edgard Angel Jones, militante político assassinado em estabelecimento militar e que faz parte da relação de desaparecidos da Lei 9.140/95.

Profissional de sucesso, conhecida internacionalmente – vestia atrizes como Liza Minnelli e Joan Crawford –, Zuzu

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

CASO ZUZU ANGEL

LUÍS FRANCISCO DA SILVA CARVALHO FILHO

A Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos foi instituída pela Lei 9.140/95 e é presidida pelo jurista Miguel Reale Júnior.

O reconhecimento do nome de Zuzu Angel como vítima fatal do regime militar foi indeferido pela maioria da Comissão (5 votos a 2) na 21.^a Reunião Ordinária, realizada em 07.08.1997. Diante do surgimento de novas provas, foi solicitado por familiar um pedido de reconsideração, acolhido pela maioria da Comissão (4 votos a 3) na 25.^a Reunião Ordinária, realizada em 25.03.1998.

O relator do processo foi o advogado Luís Francisco da Silva Carvalho Filho.

A seguir, os votos apresentados pelo relator e acolhidos pela Comissão nas duas oportunidades.

Processo 237/96

Requerente – Hildegard Beatriz Angel Bogossian

Voto – 21.^a Reunião (7 de agosto de 1997)

Resultado – Indeferido. 5 x 2
(Nilmário Miranda e Suzana Lisboa).

Pedido de reconsideração

Voto – 25.^a Reunião (25 de março de 1998)

Resultado – Deferido. 4 x 3 (Oswaldo Pereira Gomes, Paulo Gustavo Gonet Branco e João Grandino Rodas).

RELATÓRIO – Hildegard Beatriz Angel Bogossian pede o reconhecimento do nome de sua mãe, Zuleika Angel Jones, conhecida como Zuzu Angel, para os fins do art. 4.º, I, letra b, da Lei 9.140/95.

A figurinista Zuzu Angel morreu em acidente automobilístico no dia 14.04.1976, na cidade do Rio de Janeiro. Segundo o registro policial, o veículo que dirigia “saíra da pista indo colidir com a parte dianteira do viaduto Mestre Manuel, indo a cair a seguir na estrada da Gávea, após capotar seguidamente” (fl. 10). A morte foi constatada no local. O atestado de óbito (fl. 282) aponta como causa “fratura do crânio com hemorragia subdural e laceração cervical” e o auto de exame cadavérico (fl. 405) conclui pela citada fratura e por “laceração cortical”.

Como é do conhecimento público, Zuzu Angel era mãe de Stuart Edgard Angel Jones, militante político assassinado em estabelecimento militar e que faz parte da relação de desaparecidos da Lei 9.140/95.

Profissional de sucesso, conhecida internacionalmente – vestia atrizes como Liza Minnelli e Joan Crawford –, Zuzu

Angel chamou a atenção de quem estava a seu alcance para a violência política que atingira seu filho, criando sucessivos embaraços para os órgãos de segurança e para a imagem dos governantes brasileiros no exterior. Sentia-se ameaçada de morte.

Os autos foram instruídos com farta documentação nesse sentido. Zuzu Angel traduziu e distribuiu a carta testemunho de Alex Polari sobre a morte de seu filho (fls. 13 e 19). Escreveu, entre outros, para o Presidente da República Ernesto Geisel (fl. 55), para Sílvio Frota, Ministro do Exército (fl. 56), para Henry Kissinger, Secretário de Estado dos EUA (fl. 87), para o senador norte-americano Edward Kennedy (fls. 91 e 92), para D. Paulo Evaristo Arns, Arcebispo de São Paulo (fl. 54), para a Comissão de Relações Exteriores do Senado dos Estados Unidos (fl. 95) e para a Anistia Internacional (fl. 11). Prestou depoimento ao historiador Hélio Silva (fl. 59), concedeu entrevistas, conspirou e acusou a Justiça Militar de farsa, por julgar e absolver seu filho, quando todos já sabiam que ele estava morto (fl. 153).

Além de ousada, incansável e imprevisível, a agitação de Zuzu Angel contava com um poderoso aliado. Stuart era filho de cidadão norte-americano: o eco de seu desaparecimento foi ainda maior.

Os protestos de Zuzu Angel foram registrados pelos órgãos de segurança. Em 1.º.10.1971, "pedido de busca" do CIE do Ministério do Exército solicitava informações sobre a "costureira" que realizou desfile de moda em Nova York, chamado de "passarela da tortura", onde "todos os modelos tinham a tonalidade do negro e se relacionavam com temas políticos". O documento informava que "na apresentação final Zuzu Angel apareceu toda de negro com uma caveira branca e relatou a morte violenta do seu

filho, o terrorista Stuart Edgard Angel Jones, que na realidade está foragido".

Seus passos foram monitorados. Uma mensagem confidencial de 1972 (fl. 187) esclarecia: "Não houve participação de Zuleika Angel Jones no 1.º Salão da Mulher", realizado no Copacabana Palace Hotel.

Relatório confidencial da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, de maio de 1975, informava que a figurinista burlou o esquema montado para a proteção do General Mark Clark, em visita oficial ao país, e foi surpreendida quando entregava a sua esposa um dossiê sobre a morte de Stuart (fls. 75 a 77). Entre os documentos apreendidos na ocasião, a mensagem desesperada de Zuzu Angel, em inglês. Vejamos a tradução policial:

"Stuart Edgard Angel Jones, meu filho único, torturado e assassinado pelo Governo Militar Brasileiro. Stuart foi preso e levado para o Cisa da Aeronáutica no Galeão, onde sofreu toda espécie de torturas. Seus torturadores, entre os quais oficiais e praças, após lhe haverem infligido todo o tipo de tortura, o amarraram a um jipe, com a boca quase colada à descarga, e acelerando o veículo, o fizeram inalar o gás venenoso continuamente. Esta operação de martírio durou um dia inteiro, da manhã à noite. Quando meu amado filho pedia em sua agonia: 'água, estou morrendo', seus torturadores e assassinos riam e debochavam dele como fizeram com Jesus na cruz. Seu corpo nunca foi entregue a mim, sua mãe. Sinto uma grande e enorme dor" (fl. 78).

A militância de Zuzu Angel incomodava. Suas cartas e suas atitudes, de uma forma ou de outra, redundavam em prejuízo para a imagem do regime militar. Na época em que Stuart desapareceu, o

governo negava a prática da tortura. Zuzu Angel apunhalou a credibilidade do discurso oficial.

É importante registrar, a abertura política era ainda tênue quando Zuzu Angel morreu, mas a prática da tortura já era visível internacionalmente: aconteceu seis meses depois do caso Herzog.

Com efeito, era incômodo para o Ministro da Justiça receber um memorando do Presidente do Supremo Tribunal Federal solicitando informações sobre o caso, a pedido de um juiz aposentado dos Estados Unidos (fl. 45). Era constrangedor para o governo receber cartas de parlamentares norte-americanos, pelo canal diplomático, pedindo explicações sobre o episódio (fls. 109 e 113). Evidentemente, no plano interno, tudo isso estimulava uma certa tensão política.

Para completar esse quadro de motivos, Zuzu Angel sentia-se ameaçada. Cerca de um ano antes de morrer, em abril de 1975, entregou ao compositor Chico Buarque de Holanda uma declaração lembrando que havia motivo para ser assassinada. O texto dizia:

"Há dias recebi documento descrevendo com pormenores as torturas e o assassinato de que foi vítima meu filho Stuart A. Jones, pelo governo militar brasileiro.

"Este documento está fora do país, em mãos de um dos parentes americanos de meu filho mártir.

"Se algo vier acontecer comigo, se eu aparecer morta, por acidente, assalto ou outro qualquer meio, terá sido obra dos mesmos assassinos do meu amado filho".

O compositor informa, em depoimento escrito e encaminhado ao relator, que, após a morte de Zuzu Angel, decidiu enviar, anonimamente, uma cópia do

documento para parlamentares de oposição, editores e colonistas. Uma delas foi juntada ao processo (fl. 47) e contém a seguinte frase escrita a lápis: "esteja certo que não estou vendo fantasmas". Chico Buarque faz ainda referência a telefonemas anônimos que Zuzu recebia durante as madrugadas, com ameaças de morte.

Por todas estas circunstâncias, o acidente fatal foi recebido com desconfiança, deixando o sentimento de que o poder público não apurou profundamente a ocorrência. O mistério em torno da morte de Zuzu Angel foi registrado pela imprensa e por historiadores, como Thomas Skidmore e Nelson Werneck Sodré.

O nome de Zuzu Angel consta no "Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos" (p. 239) sob a rubrica "outras mortes", incluída na publicação, segundo a comissão organizadora, para registrar "óbitos ocorridos entre 1964 e 1979, que de alguma forma estão vinculados à ação da repressão tais como seqüelas de torturas, suicídios ou acidentais" (p. 37).

A requerente junta uma série de depoimentos de amigos de sua mãe e de pessoas que também compartilham esse sentimento de estranheza. Atestam, em linhas gerais, o quadro de ameaça (fls. 179, 415, 417), ter sido Zuzu Angel uma motorista cuidadosa (fls. 179, 180, 181, 182, 415, 417), sem o hábito de ingerir bebida alcoólica (fls. 181, 182, 415, 417), que seu carro foi submetido a uma completa revisão uma semana antes do acidente (fl. 180), e que naquela noite, pouco tempo antes, ela se apresentava bem, orgulhosa de suas filhas, sóbria e no pleno gozo de suas atividades intelectuais (fls. 416, 418).

Após insistente busca, o ilustre advogado da requerente obteve a cópia do inquérito que apurou as circunstâncias

da morte de Zuzu Angel e fotos do acidente. Os documentos que o instruem — particularmente o auto de exame cada-vérico e o laudo de exame de local — serviram de base para o parecer criminalístico do perito Celso Nenevê.

A pedido da requerente o corpo de Zuzu Angel foi exumado pelo antropólogo forense Luís Fondebrider.

Em “alegações finais”, a requerente aponta fragilidades, contradições e omissões do inquérito policial.

É com base nesse conjunto de evidências que a requerente postula o reconhecimento do nome de Zuzu Angel para os fins da Lei 9.140/95, salientando que “não há como recusar a responsabilidade do Estado, seja direta ou indireta, em sua morte”.

VOTO — Como se depreende da análise dos documentos que instruem o processo, haveria uma motivação política para a eliminação de Zuzu Angel. A figurinista denunciou a tortura e a morte de seu filho, e, para a localização de seu corpo, ela enfrentou o cinismo dos organismos de segurança e atingiu a imagem do governo militar. Foi perseguida, não há dúvida disso. O seu sentimento de ameaça era legítimo.

Não existe, contudo, a prova concreta de que a morte de Zuzu Angel foi deliberadamente provocada por um agente do poder público e por razões de natureza política. Os elementos de convicção trazidos para os autos — a motorista era cuidadosa, não ingeria bebida alcoólica, deixou um bilhete, um ano antes, aventando a possibilidade de ser morta em acidente, as falhas do inquérito policial e o parecer criminalístico — não são suficientes para se concluir por um homicídio doloso, praticado por agentes da repressão.

Há realmente sérias omissões no inquérito policial: estranhamente, por exemplo, não se apurou com a devida profundidade como o poder público foi chamado ao local.

De fato, como aponta a requerente, a leitura das peças do inquérito revelam uma clara predisposição por parte da autoridade que presidiu as investigações. A partir da conclusão do laudo do exame de local (a motorista “não se encontrava de posse de seus reflexos normais de auto-defesa”), o delegado se limitou a buscar elementos que apoiassem a hipótese de que Zuzu Angel dormiu ao volante. Mas, com efeito, não há elementos para se afirmar, com segurança, que a autoridade policial agiu com o propósito de ocultar a causa da morte.

Vejam os a prova técnica. Em poucas palavras, a dinâmica do acidente descrita pelo laudo oficial é a seguinte: o veículo desviou, primeiro, para a esquerda, colidindo com a guia. Depois, desviou para a direita, com nova colisão, agora com a guia direita, permanecendo o veículo em movimento até a colisão frontal com uma mureta de concreto do viaduto, que determinou o tombamento e as seguidas capotagens. Não foram encontrados obstáculos que pudessem dar causa à primeira colisão, nem sinais de que a motorista acionou os freios e, pelas bases de cálculo admitidas internacionalmente, constatou-se que ela trafegava em velocidade alta. O exame de dosagem alcoólica foi negativo.

O parecer criminalístico de Celso Nenevê, não poderia ser diferente, é técnico e cauteloso. Em relação ao laudo original, sua discordância básica está na conclusão dos peritos, considerada inadequada, de que o motorista sofreu “total privação dos reflexos de defesa”. Talvez por isso, como realça o parecer,

“as investigações, aparentemente, restringiram-se a tese de sonolência”.

Contesta, também, a informação de que Zuzu estivesse dormindo “quando sofreu os impactos fatais”. Mas não chega a descartar a possibilidade da sonolência. O perito Celso Nenevê acrescenta: “Caso estivesse (*dormindo*), possivelmente teria despertado após o primeiro impacto contra o obstáculo fixo (meio-fio esquerdo).

Diferentemente dos peritos, para Celso Nenevê, o “desvio de direção à esquerda, pode, presumivelmente, constituir-se em uma manobra voluntária em uma *reação de autodefesa* diante de um perigo iminente (caso em que o motorista é surpreendido por obstáculo móvel ou por súbita interceptação de trajetória...”. Segundo o parecer, não podem ser excluídas as hipóteses de “entrada inopinada de pedestres, animais e outros objetos móveis, como também a súbita interceptação da trajetória (sem contato físico) do veículo acidentado (fechada)”. A inexistência de outros sinais de “autodefesa”, a partir desta primeira colisão, poderia decorrer de uma série de fatores “como o susto em razão deste impacto, o processo de derrapagem, quem sabe até a perda do controle de direção, ou, ainda, possíveis danos no sistema de direção”.

As conclusões do parecer de Celso Nenevê são as seguintes:

“1. A causa determinante do acidente foi o desvio de direção para a esquerda, por motivo que não se pode precisar materialmente, resultando na colisão do veículo contra o meio-fio deste lado da pista (canteiro central), o que resultou numa subsequente derivação para a direita, em processo de derrapagem, até o impacto com o meio-fio direito, vindo,

seqüencialmente, colidir a sua região frontal esquerda contra a mureta de concreto existente neste lado da pista (via-duto). Este impacto gerou uma força resultante (de reação), a qual fez que o veículo girasse (cerca de 180°), adentrasse no talude adjacente, onde experimentou tombamento seguido de sucessivos capotamentos. Nesta área, o veículo assumiu a sua posição de repouso final, conforme ilustra o croqui e as fotografias analisadas pelo signatário deste parecer.

“2. A constatação por parte dos signatários do Laudo original da não existência de ‘qualquer outra avaria que implicasse em colisões que não as já citadas’, bem como a de que ‘por ocasião dos exames a pista se achava seca, inexistindo deformidades ou obstáculos fixos, que pudessem ter concorrido para o evento interferindo na trajetória dos veículos que por ali trafegam’, excluem estas hipóteses (colisão com outro veículo e/ou desvio de obstáculos ou deformidades, quer pelo veículo acidentado ou por terceiros) do rol dos motivos materialmente perceptíveis que pudessem ser indicativos da causa do desvio de direção.

“3. O desvio de direção à esquerda, pode presumivelmente se constituir em uma manobra voluntária em uma *reação de autodefesa*, diante de um perigo iminente (caso em que o motorista é surpreendido por obstáculo móvel ou por súbita interceptação de trajetória – fechada de outro veículo), o qual não se logrou êxito em determinar esta ameaça materialmente.

“4. O excesso de velocidade concorreu para o agravamento do acidente, como descrito no laudo.

“5. Todas as lesões descritas para a vítima são compatíveis com os ferimentos comumente encontrados em acidentes desta natureza”.

Como se vê, não há qualquer afirmação que permita excluir um acidente comum. A relevância do parecer está em reintroduzir ao cenário hipóteses indevidamente afastadas pela autoridade policial da época. O caso permanece em aberto.

Tanta mentira foi dita a respeito da morte Stuart Angel Jones que é natural o sentimento de desconfiança em torno da morte de Zuzu Angel. A convicção das pessoas, contudo, não basta. Não há a prova necessária e capaz de estabelecer, com absoluta clareza, a relação entre as circunstâncias políticas e o evento final. Há dúvidas, mas não há uma certeza. É diferente do que aconteceu com seu filho.

Se, de fato, Zuzu Angel foi eliminada pelos órgãos de repressão, como sustentam seus familiares, ainda não há como reconstituir a anatomia do delito. Ela foi alvejada? Estava sendo perseguida e houve uma tentativa de interceptação? O veículo foi objeto de sabotagem? Não há resposta nos autos e, sem a resposta, não há como se concluir, tecnicamente, pela procedência do pedido. Falta este elemento material ao emaranhado de indícios.

A previsão da Lei 9.140/95 é a de reparar o desaparecimento ou a morte, não natural, de quem, por motivo político estava detido ou sob a guarda de agentes do poder público. A situação não está demonstrada.

O objetivo da lei não é o de reparar outras ocorrências envolvendo pessoas que, em circunstâncias diferentes, também foram vítimas do regime militar. Homens e mulheres foram atingidos, e trouxeram no corpo e no espírito as marcas da brutalidade e da perseguição. Muitos poderiam ter vivido mais e ter sido felizes, não fosse o sofrimento imposto pelo regime político de exceção.

Mas nem por isso a indenização da Lei 9.140/95 é devida. Em respeito à lei, a relação de causa e efeito há ser direta, segura, insofismável.

Zuzu Angel foi atingida naquilo que, sem dúvida alguma, tinha de mais precioso. Torturaram, mataram e fizeram desaparecer o corpo do seu filho. Sua dor e sua indignação são uma senha para se compreender o trabalho desta Comissão. A grandeza dessa mulher não é efêmera e está acima da nossa decisão.

Apesar das suspeitas em torno da morte de Zuzu Angel, por falta de provas de que a vítima estava de alguma maneira sob o domínio de agentes do poder público, voto pelo indeferimento do pedido.

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO —

Trata-se de pedido de reconsideração da decisão adotada pela maioria da Comissão Especial (cinco votos a dois), em 07.08.1997, pelo indeferimento do pedido formulado pela filha de Zuleika Angel Jones.

O pedido se fundamentou em prova nova, consistente em diversas declarações escritas:

1) O advogado Carlos Machado Medeiros afirma que, em 14.04.1976, trafegava pela Estrada Lagoa-Barra da Tijuca quando presenciou “dois veículos abalroarem o Karmann Ghia Azul de uma pessoa que logo depois, na manhã seguinte” constatou “ser a estilista Zuzu Angel”. Esclarece que durante muitos anos manteve esse depoimento apenas na órbita dos seus amigos pessoais, “uma vez que não havia possibilidade de se recuperar esse período tenebroso e dramático da vida brasileira”.

2) Erasmo Martins Pedro e Paulo Roberto Valpassos dizem que Carlos

Medeiros, “em conversas várias”, referiu-se ao acidente automobilístico que causou a morte de Zuzu Angel. Afirmam que “ele presenciou que, trafegando na estrada Lagoa-Barra, dois veículos abalroaram o Karmann Ghia Azul, que depois soube ser de propriedade de Zuzu Angel”.

3) O advogado e deputado federal José Luiz Clerot, além de informar que a conheceu por intermédio do Prof. Heleno Fragoso, de relatar os contactos que com ela manteve, a pedido do jurista, e de rememorar diversas passagens envolvendo a busca de Stuart, diz que, “logo em seguida a morte de Zuzu Angel”, o advogado Carlos Medeiros afirmou ao declarante que “assistiu o episódio que resultou na morte da estilista”. Segundo a carta, “afirmou Carlinhos que trafegava na mesma mão de direção dela e que dois automóveis encurralaram o carro de Zuzu Angel provocando a subida à mureta da pista onde trafegava, caindo de uma altura que se soube depois, foi suficiente para provocar sua morte”. O parlamentar finaliza: “Carlinhos Medeiros afirmou-me, indignado, na época, que se tratava de assassinato e que o ‘acidente’ havia sido provocado pelos referidos veículos”.

4) A psiquiatra Germana de Lamare, além de se revelar perplexa com a decisão da Comissão Especial, afirma em carta dirigida a Hildegard Angel, que esteve com Zuzu, em 12.04.1976, dois dias antes de sua morte, e que ela disse que “estava sendo ameaçada de morte e se sentia apavorada”.

5) Marcos Pires, em carta à requerente, diz que, estudante, estava com amigos, em sua residência, na Barra da Tijuca, quando um barulho diferente despertou a atenção de todos. Presumindo tratar-se de um acidente, dirigiram-se ao local. Afirmam que o “percurso não

durou mais de três minutos” (era próximo e “não havia tráfego a nos impedir o deslocamento”), e que lá chegando “havia quase uma dúzia de carros oficiais, a maioria carros de polícia, creio mesmo que um veículo da imprensa”. Para ele, isto “não era normal (...) : “seria impossível chegarem ao local do sinistro com tanta presteza”. Diz que os policiais não deixaram que se aproximassem do veículo, e que, dias depois, ligaram os fatos e nunca mais deixaram “de ter certeza de que todo o acidente foi forjado”.

Carlos Medeiros era a testemunha ocular da colisão. Como sua declaração escrita é muito ligeira – informa, sem detalhes, que dois veículos abalroaram o carro de Zuzu Angel, nada mais – decidi convidá-lo a prestar depoimento.

Era importante uma descrição detalhada do episódio, conhecer a dinâmica do desastre, as distâncias, as características dos veículos, o motivo de a testemunha não ter tornado público o que assistiu. Tudo isso seria útil para formar nossa convicção e para verificar a compatibilidade entre o relato e os elementos do processo.

Carlos Medeiros é filho do ex-Ministro da Justiça do Governo Castelo Branco e, pelo que se apurou, ideologicamente desvinculado de movimentos de esquerda. Advogado influente em Brasília, sua carreira foi interrompida por um grave desastre automobilístico, anos atrás. A petição de recurso, contudo, não informava esta circunstância. Só em 3 de fevereiro recebi a comunicação da requerente, sem detalhes, dando conta de que a testemunha “tinha sérios problemas de saúde” e a confirmação do encontro, agendado para a sexta-feira, 6 de fevereiro.

Convidei a advogada Elizabeth Sussekind, do Rio de Janeiro, e preten-

dia registrar com um gravador o depoimento. Convidei, também, o advogado da requerente, Luiz Roberto Nascimento e Silva.

Carlos Medeiros, visivelmente portador de graves seqüelas do acidente que sofreu, se opôs à gravação. Respeitei sua vontade. Lembra-se da declaração que lhe foi exibida e que assinou, a pedido de amigos, mas não se lembrava de nada relacionado com os fatos nela descritos ou com a própria morte de Zuzu Angel. Como a testemunha, acompanhada todo o tempo por três pessoas de sua confiança, também recusou uma declaração formal, gravei, na saída de seu apartamento, as impressões da advogada Elizabeth Sussekind. Confirma, basicamente, a delicadeza do estado de saúde da testemunha, seus lapsos de memória, a incapacidade de depor sobre os fatos.

Após a visita a Carlos Medeiros, na noite da mesma sexta-feira, recebi, em São Paulo, fax encaminhado pelo deputado José Luiz Clerot, certamente informado da infrutífera diligência, reafirmando o teor de sua carta a Hildegard Angel e o desejo de depor, ele próprio, diante da Comissão.

De fato, o parlamentar compareceu espontaneamente ao Ministério da Justiça, em 9 de fevereiro, quando a Comissão Especial estava reunida para deliberar sobre o caso, e seu depoimento foi colhido. Diante da fragilidade da nova prova recolhida, decidiu-se pela retirada do processo da pauta de julgamento, para que outros esforços fossem desenvolvidos na busca da verdade real.

Decidiu-se pela oitiva do advogado Marcos Pires, diligência realizada pelo Deputado Nilmário Miranda, na cidade de João Pessoa. A versão apresentada pelo advogado nas entrevistas que con-

cedeu a diversos órgãos de imprensa, na véspera de seu depoimento, gerou enorme perplexidade, por não se harmonizar com o teor da carta dirigida por ele próprio à filha de Zuzu Angel.

Da carta de Marcos Pires, com efeito, infere-se não ter ele visto a colisão. A circunstância que centraliza a narrativa, para ele estranha, era a presença imediata de um extraordinário aparato policial. Vejamos o teor da declaração (não é datada, mas o reconhecimento da firma é de 21.11.1997):

“De quando em vez um carro cruzava o túnel e ouvíamos seu barulho, para logo depois identificar os faróis. Um logo depois identificar os faróis. Um desses carros, logo depois da saída daquele túnel no sentido PUC/Barra, produziu um barulho diferente, e nos chamou a atenção porque não completou o percurso obrigatório, que o faria passar sob nossa janela. Evidente que algo acontecera dado o barulho que ouvimos a seguir”.

Para surpresa geral, nas entrevistas publicadas em 12 de fevereiro, a testemunha alterou o relato. Para o *Jornal do Brasil* disse:

“Apenas eu vi o carro dela ser abalroado. Meus amigos ouviram o barulho. Nós descemos correndo para ver se poderíamos prestar socorro. Chegamos ao local em menos de cinco minutos. E a área já estava isolada, com pelo menos cinco carros da polícia”.

O mesmo para a *Folha de S. Paulo*. A manchete de página era “Carro de estilista foi atingido, diz advogado”:

“Eu vi um carro abalroar o Karmann Ghia. Não sei se foi um Fusca, um Landau, uma Ferrari ou um Mercedes, mas eu vi”.

No depoimento ao deputado Nilmário Miranda, em 12 de fevereiro, a testemunha descreve a dinâmica da colisão, aqui transcrita sem as explicações intercorrentes:

“Era madrugada ... Conversávamos ... Eu estava de frente ... Estava encostado na janela olhando para o lado do túnel. Eu vi quando um carro saiu ... Eu só vi um carro saindo e logo em seguida, um outro carro, que emparelha com esse carro ... Eu vi dois carros em movimento ... Eu vi quando o carro que ultrapassa o carro da direita – vai pela esquerda, portanto – abalroa esse carro que vai na direita e faz com que ele caia uma distância que estimei na hora, em cinco metros ... Esse carro da esquerda joga o carro da direita para um buraco ... Produziu um barulho que chamou a atenção dos meus amigos. Eu estava vendo a cena e gritei para eles ... que imediatamente quando eles viram junto comigo o que tinha acontecido, nós descemos ... O que me chamou a atenção, sim, foi o carro que caiu, não o carro que abalroou ... Posso garantir que em cinco minutos, ou menos, nós conseguimos chegar no local, a pé... Chegando lá, nós já encontramos um verdadeiro aparato policial ... Na minha conta, hoje, sem medo de errar, eu acredito que uns cinco carros da polícia ... carro de imprensa, pelo menos um, ou dois ... Identifiquei por conta de uma antena alta ... como se fosse um rádio ... Não nos deixaram aproximar. Ficamos ali uns cinco ou dez minutos, examinando por fora. Foram chegando outras pessoas ... Passados um ou dois dias, na universidade ... uma conversa de amigos sobre o assassinato, suposto assassinato ... ‘Zuzu Angel sofreu um atentado’ ... E ... (inaudível) ... as peças é que nós chegamos a conclusão de que realmente nós tínhamos presenciado um fato pelo menos muito estranho ...”.

Vejamos agora a explicação dada pela testemunha ao deputado Nilmário Miranda para a omissão desta importante informação na carta:

“Eu vi ... um programa da TV Educativa com o resultado já negativo do encaminhamento da Comissão, onde a Hildegard Angel aparecia absolutamente abalada ... Depois foi o deputado Clerot que conseguiu um contacto nosso com Luiz Roberto Nascimento e Silva, se eu não me engano ... Nessas alturas já tinha preparado a carta. Foi uma coisa muito emocional. Não disse tudo naquela época. Por exemplo essa parte ... (de difícil audição, parece que a testemunha utiliza a palavra ‘defesa’) ... técnica do carro abalroar o outro, porque não interessava. Meu interesse era chegar para ela e dar um consolo ...”.

A prova que justificava o reexame do caso, portanto, reunia contra si uma série de questionamentos. A primeira testemunha ocular, Carlos Medeiros, não se lembrava do que declarou ter visto. Por outro lado, a desarmonia entre a carta e o depoimento de Marcos Pires, a segunda testemunha ocular, é surpreendente. E por que um e outro só apareceram tantos anos depois?

Registre-se, desde logo, que o depoimento de Marcos Pires tem uma característica que paradoxalmente pode ser apontada como um sintoma de sinceridade. A descrição não se harmoniza com a dinâmica física do acidente, descrita pelos peritos da época.

Lembre-se que, no aspecto da dinâmica física do veículo, o laudo nunca havia sido contestado. Nem pela família de Zuzu Angel, nem por seu advogado, nem pelo parecer técnico de Celso Nenevê. Vejamos a dinâmica física do laudo:

“... a) Pela Estrada Lagoa-Barra da Tijuca, provindo do Túnel Dois Irmãos, na pista de mão de direção apropriada, trafegava o veículo GB-ED 3208; b) Ao se aproximar do viaduto Mestre Manuel, descrevendo curvatura suave à esquerda, em obediência ao traçado local da pista, o veículo sofreu inexplicável desvio direcional; c) Em consequência, o veículo dirigiu-se, obliquamente, no sentido do meio-fio do canteiro central, atritando o pneumático dianteiro contra a citada demarcação da pista; d) Contido por este impacto, e em reação ao mesmo, o veículo inverteu o sentido do desvio direcional primitivo, assumindo a trajetória oblíqua para a direita, em movimento de derrapagem; e) Sem qualquer reação para a retomada do controle de direção, por parte do motorista, ainda em considerável velocidade, o veículo veio a atritar, já com o pneumático dianteiro direito, o meio-fio situado do lado oposto da pista; f) Esta segunda atritagem — pneu dianteiro direito contra meio-fio da direita — fez com que o veículo tivesse, novamente, modificado sua trajetória oblíqua ao eixo da pista, desviando-o, agora suavemente, para a esquerda; g) Cerca de 9,00 (nove) metros adiante, veio o veículo a colidir, violentamente, contra a mureta (‘guarda-corpo’) do Viaduto, com o setor anterior esquerdo; h) defasado de seu eixo longitudinal, o veículo adquiriu movimento de rotação horizontal girando 180 (cento e oitenta) graus em sua trajetória primitiva; i) Já com a velocidade sensivelmente reduzida, o veículo dirigiu-se para o talude em declive, sofrendo tombamento seguido de sucessivas capotagens; j) Desta forma, após descer toda a extensão do aterro, o veículo veio assumir a posição em que foi encontrado...” (*laudo original*, p. 4).

“... No decorrer do final de sua trajetória — desde a 1.^a atritagem com o meio-

fio do canteiro central até a colisão com a mureta — o veículo percorreu uma distância total de $28,00 + 9,00 = 37,00$ (trinta e sete) metros; ...” (*laudo original*, p. 5).

Naturalmente, um testemunho forjado tentaria ser coerente com a dinâmica oficial e não contestada. O jornal *O Globo*, na edição do mesmo dia 12 de fevereiro, por exemplo, produziu uma arte em que as novas versões (de Carlos Medeiros e de Marcos Pires) não contrariavam a dinâmica do laudo: ou seja, perseguido por um ou dois carros, o veículo de Zuzu Angel aparece colidindo, primeiro, com a divisória das pistas, à esquerda, e, depois, com a lateral direita. Uma testemunha insincera poderia perfeitamente trilhar esse mesmo caminho ...

Marcos Pires, diferentemente, relata que só viu a fechada ou o abalroamento da esquerda para a direita. Diz também que não percebeu o choque com a mureta. Perguntado no depoimento ao deputado Nilmário Miranda, especificamente sobre a primeira colisão à esquerda, descrita no laudo, a testemunha insiste: não viu.

Outras circunstâncias conferiam, já naquela altura, certa credibilidade à descrição da testemunha.

Humberto Rabello, diretor comercial dos *Diários Associados* na Paraíba, confirmou ao deputado Nilmário Miranda que Marcos Pires era testemunha ocular: “Eu ouvi e Marcos viu e ouviu”.

O Edifício Tibérius aparece em fotos que instruem o laudo da época, como uma construção isolada e alta: havia, em princípio, visibilidade.

Finalmente, a reportagem publicada pela *Folha de S. Paulo*, em 13 de fevereiro, reconstituiu o trajeto entre a portaria do edifício Tibérius, onde eles se

encontravam, e o local onde o carro de Zuzu Angel caiu. O repórter contou 317 passos e demorou 3min27s, o que torna plausível a narrativa da testemunha.

O fato é que a versão do advogado Marcos Pires contrariava a dinâmica da versão oficial. Uma exclufa a outra, e, intuitivamente, percebi que esse quadro de incerteza e confusão só seria superado com o aprofundamento da análise técnica do caso.

Ao reexaminar o laudo original, duas circunstâncias chamaram minha atenção. Em primeiro lugar, o documento é instruído com 16 fotografias, mas, aparentemente, nenhuma delas se destinava a mostrar, especificamente, as marcas da derrapagem (28 metros) na pista e as marcas da atritagem nos pneus dianteiros. Em segundo lugar, na perspectiva de um observador leigo, surgiram as seguintes indagações: O meio-fio da direita seria um obstáculo capaz de provocar uma mudança de trajetória tão drástica como a que foi descrita? Levando-se em consideração que, segundo os próprios peritos, o meio-fio é de “altura normal” e que, segundo as fotos que instruem o laudo da época, estava visivelmente coberto por vegetação rasteira, o veículo, naquela trajetória, não iria simplesmente transpor o obstáculo?

Entrei em contacto com os especialistas Valdir Florenzo e Ventura Raphael Martello Filho, que, em São Paulo, têm se destacado pela elaboração de pareceres e perícias relacionados com acidentes de trânsito. Os técnicos aceitaram, sem custo para a Comissão, avaliar o caso.

Em nosso primeiro contacto, em 17 de fevereiro, os peritos observaram sinais de inviabilidade física na dinâmica descrita pelo laudo oficial. Encaminhei cópia dos laudos e do inquérito policial, reprodução de fotos, depoimentos grava-

dos e uma relação de quesitos para ser respondida. Os levantamentos foram realizados sem o conhecimento da imprensa. Como veremos adiante, os técnicos foram ao Rio de Janeiro e, entre outras providências, reconstituíram as duas dinâmicas em vídeo, pelo processo de animação gráfica.

Outras informações foram reveladas. Em 23 de fevereiro, a *Folha de S. Paulo* publicou reportagem exibindo uma fotografia do local do acidente, em que se vê, com absoluta clareza, não existir no asfalto vestígios da derrapagem de 28 metros registrada no laudo pericial.

A importância da notícia, “Foto contradiz laudo do caso Zuzu Angel”, está no fato de que esta fotografia – cópia direta do negativo do Instituto Carlos Éboli – não era do conhecimento da Comissão Especial. É a foto identificada como sendo a de n. 1 do laudo da época. Inexplicavelmente, ela não foi reproduzida no parecer técnico de Celso Nenevê. No processo, havia apenas uma cópia xerox.

O autor da reportagem também entrevistou o perito Elson Rangel, o primeiro signatário do laudo. Exibida a fotografia e diante da clara ausência da marca de derrapagem, ele responde: “É estranho, não tem”. Mas ressaltou: “Não é preciso ter foto. Eu tenho fé pública”. O perito Elson Rangel reconhece que o laudo é excessivamente detalhado, diferente dos padrões da época: “É que foi um caso especial. Quando vai dar repercussão, explica-se bem”.

Perguntado se sofreu pressão, Rangel fala de um suposto pedido do governo da França, interessado em saber se Zuzu Angel “estava envolvida em subversão, como seu filho, se havia panfletos ou coisas assim no carro”. E depois arremata: “Talvez tenham dito isso para me apressar”. Consultou, a pedido do repór-

ter, um caderno de notas que diz manter até hoje em seu poder: "Anotei que a marcha estava em quarta". A informação, porém, não foi incluída no laudo.

O repórter da *Folha* questionou ainda o entrevistado sobre declarações suas publicadas na época. De fato, no jornal *O Globo*, de 15.04.1976, há uma declaração atribuída a Rangel sobre suas primeiras impressões sobre o acidente: "Provavelmente Zuzu tentou desviar-se de algum obstáculo à sua frente — talvez uma pessoa que atravessava correndo a pista — ou levou uma fechada de algum outro carro". Agora, ao repórter da *Folha*, ele disse: "Jornalista pode escrever qualquer coisa. O que vale é o laudo". Não localizei nos autos a mencionada reportagem e, por considerar o documento importante, juntei uma cópia.

Interessado em obter esclarecimentos adicionais da testemunha Marcos Pires, eventualmente úteis para a elaboração do novo trabalho pericial, agendamos um encontro para Brasília. Em 05.03.1998, gravei outro depoimento da testemunha, na presença da advogada Camila Lafetá. A testemunha reafirmou ter visto a intercepção do carro de Zuzu Angel:

"... Eu me lembro de estar virado ... para o local onde ocorreu esse acidente. Um carro sai do túnel, seguido, ou em paralelo a outro, deu pra ver as luzes porque era noite, havia iluminação ... Deu pra ver um carro abalroar o outro ... O que eu vi e, aí sim, com muita clareza foi esse segundo carro que foi abalroado despencando lá de cima ... O que eu vi, porque eu não estava prestando tanta atenção assim, evidentemente ... por acaso eu estava olhando para lá. Então eu vi uns faróis de um carro vindo ... na faixa da direita e um segundo carro na faixa da esquerda, e esse segundo carro é que teria, pelo que eu vi, rapidamente

... foi momentâneo. Este carro é que teria forçado este carro da direita cair. Inclusive nos jornais há uma outra versão que esse carro foi bater para cá, para o lado de cá, eu não vi isso. Pode ter até ocorrido. A mim, a impressão que deu é que este carro fechou este carro aqui ... O carro da esquerda teria forçado de alguma forma o da direita, ele veio muito para esse lado da direita e esse carro teria caído ... O momento que me desperta é quando esse carro começa a cair ... Eu não prestei mais atenção nesse carro que foi embora ...".

Questionei a testemunha especificamente sobre a discrepância entre o teor da carta a Hildegard Angel e seus depoimentos posteriores:

"Eu escrevi esta carta — você vai ver pela data, que ela é posterior a uma decisão da Comissão ... no sentido de arquivar o caso Zuzu Angel porque não havia prova suficiente ... Eu tinha assistido uma participação da dona Hildegard Angel num programa da TV Educativa, TV Cultura ... e fiquei muito emocionado com aquilo. Eu achei que ela precisava saber a história, mas ela não precisava sofrer tanto, afinal ela já tinha perdido um irmão e tinha perdido a mãe ... Não achei que naquela hora fosse necessário aumentar a dor da dona Hildegard. Eu não estava fazendo ali um depoimento oficial para contar toda história, comprometido como estou agora. Então, o que eu fiz foi somente noticiar para ela que o que aconteceu não era normal nem natural ...".

Em outro momento da conversa, voltei ao assunto, lembrando à testemunha ser este o ponto frágil da sua narrativa. Afinal, não seria natural contar, na carta, o que ele, de fato, sabia?

“Para mim não. Eu estava falando com uma pessoa que tinha perdido o irmão e que tinha perdido a mãe ... Seria perverso da minha parte se eu tivesse dado a ela detalhes que eu considere, no momento, pelo menos naquele momento, escabrosos. Por que é que eu ia dizer a ela isso?”.

Mantive, por outro lado, contactos telefônicos com Erasmo Martins Pedro e com Paulo Roberto Valpassos. Disseram que não tinham outras revelações a fazer, além do que está contido na declaração que instruiu o recurso. Combinamos um encontro para depois do Carnaval, já que Erasmo estaria viajando nos dias subseqüentes, encontro que não se concretizou. Eu telefonei, deixei recado e não recebi retorno.

Verifiquei que o Professor Heleno Fragoso não tomou conhecimento da revelação de Carlos Machado a José Luiz Clerot, logo em seguida à morte de Zuzu Angel. O advogado José Carlos Fragoso, seu filho, desconhecia a versão, que, ademais, não aparece no capítulo “Defendendo um morto: Stuart Angel Jones”, do livro *Advocacia da Liberdade*, publicado em 1984. “Zuzu Angel morreu misteriosamente”, limita-se a dizer o saudoso jurista sobre o acidente.

O fato é que, diante da perspectiva da reavaliação técnica do caso e da impossibilidade de se obter um depoimento satisfatório de Carlos Machado Medeiros, essa veia de investigação perdeu o interesse.

Em 22 de março recebi o parecer elaborado por Florenzo e Martello. Os especialistas afirmam que a dinâmica descrita no laudo é *inverossímil*:

“Independentemente da análise de qualquer vestígio que pudesse ter sido resultante do acidente em tela, quer no local, quer no veículo, a *dinâmica pre-*

tendida pelo laudo correspondente ao exame do local é absolutamente inverossímil, porquanto não encontra arrimo no que tange a diversos aspectos. Primeiro, porque um veículo JAMAIS mudaria de direção abruptamente única e tão-somente por conta do impacto de qualquer de suas rodagens contra o meio-fio, qual seria galgado facilmente, projetando-se o veículo pelo talude antes de chegar ao guarda-corpo do viaduto. Segundo, porque, sendo o meio-fio direito da auto-estrada perfeita e justamente alinhado com o guarda-corpo do viaduto, mesmo que o veículo se desviasse à esquerda, tal como sugerido pelo laudo, desviar-se-ia do guarda-corpo, podendo, se muito, chocar o extremo direito da dianteira. Terceiro, porque, mesmo que se admitisse a trajetória retilínea final, nos nove metros consignados pelo laudo, tendo-se em conta que o veículo chocou a dianteira esquerda e que não havia mais nada à direita, a não ser a rampa inclinada da superfície do talude, teríamos que aceitar que as rodas do lado direito ficariam no ar e o veículo perfeitamente em nível, até que batesse no guarda-corpo, o que, evidentemente, seria impossível” (grifo original, p. 45-46).

Desmorona, assim, versão oficial. No relato de Florenzo e Martello, a dinâmica do acidente é simples. Pode-se dizer, apenas, que:

“... o Karmann Ghia ... derivou inopinadamente à direita de sua respectiva trajetória, chocando a porção médio-esquerda da dianteira contra a extremidade do guarda-corpo da referida obra estrutural. Estabelecido esse impacto, o veículo defletiu no sentido anti-horário e, sem sustentação, em face da presença de íngreme talude à direita, experimentou queda com diferencial de 6,40 m de

altura. Ao final desse percurso, quando encontrou o nível da via pública inferior, tombou em revolução à esquerda, impactando violentamente a porção anterior do flanco correspondente, principalmente contra o meio-fio ali existente, após o que continuou ainda a revolução à esquerda, para se dar, ao final, o recontro da capota com o chão, só então se imobilizando” (p. 46-47).

Os signatários do novo parecer informam que não são versados em Medicina e que seu propósito não é a discussão médica das lesões. Esclarecem, contudo, que a reconstituição de acidentes de trânsito se aprimora quando se faz o estudo das lesões à luz da Biomecânica, o que permite a conjugação da dinâmica do corpo do ocupante com a dinâmica do veículo. Os especialistas reproduziram em vídeo os dois impactos sofridos pelo veículo e as lesões que provocaram:

“As lesões nas partes anteriores da face e do crânio são condizentes com a projeção da cabeça à frente.

Já as lesões verificadas nas regiões esquerdas da cabeça e do pescoço, assim como a fratura do úmero, não podem ter ocorrido em outro momento que não quando do vigoroso impacto do flanco esquerdo do veículo com o solo, já na fase de tombamento. A cabeça possivelmente impactou-se com o solo, já que a lesão resultante é típica de ter sido provocada por superfície extremamente rígida” (p. 45).

Para o novo parecer, a evidência segura de que Zuzu Angel não estava adormecida no momento da colisão encontra-se na observação de uma outra lesão, a fratura do perônio direito, “típica de compressão transmitida pelo pedal de freio no momento do impacto”.

Portanto, o novo parecer também faz desmoronar a tese sustentada no parecer criminalístico de Celso Nenevê, construída a partir da dinâmica oficial. Florenzo e Martello afastam a conclusão de que Zuzu Angel estaria com a face voltada para o lado direito, em virtude das lesões verificadas na região temporal esquerda — indicação esta que demonstraria que a motorista não estaria adormecida no momento da colisão frontal e que seu veículo poderia ter sido interceptado da direita para a esquerda.

O novo estudo confirma, por outro lado, que não há nas fotos que instruem o laudo original “registro algum quer de sinais de atritagem nos pneumáticos, quer de marca que pudesse se caracterizar com vestígios de derrapagem”. Mais do isso, dizem os signatários que “seria absolutamente impossível que houvesse marcas de derrapagem na pista e que não fossem visíveis nas fotos de fls. 484, 494 e 496” (p. 47).

Especificamente sobre os sinais de atritagem nos pneus, há apenas uma foto que não é originária do laudo oficial e sim do parecer de Celso Nenevê, obtida junto a empresa jornalística não identificada. A fotografia revela sinais nos dois pneus do lado direito — o laudo da época fala em sinais de atritagem nos pneus dianteiros —, informação esta compatível com a dinâmica descrita por Florenzo e Martello (p. 40 e 47).

Perguntados sobre a existência de qualquer deformação na lataria que não pudesse ser atribuída à colisão com a mureta ou com a queda posterior do veículo, o parecer informa que há uma “deformação na folha da porta esquerda de natureza duvidosa”, ressalvando, porém, que “não há condição de se aferir se foi decorrente de impacto direto ou se resultante de indução, por consequência de impacto em outra região” (p. 51).

Finalmente, o novo parecer confirma as condições de visibilidade da testemunha Marcos Pires, a distância e o percurso entre o edifício Tibérius e o local. Em relação à dinâmica descrita, diz: "Nada foi encontrado nos elementos de estudo que inviabilizasse a versão testemunhal".

O parecer firmado por Florenzo e Martello é instruído com fita de vídeo com o seguinte conteúdo: 1) versão do laudo da época; 2) única dinâmica possível para o acidente; 3) lesões ocorridas no impacto contra a mureta; 4) lesões ocorridas quando do tombamento; 5) versão segundo a visão da testemunha; 6) facilidade com que um veículo transpõe o meio-fio.

Ao indeferir o pedido formulado pela requerente, reconhecemos, apesar das suspeitas em torno da morte de Zuzu Angel, a inexistência de prova de que se tratava de um atentado político. Não havia como reconstituir a anatomia do delito. Entendo que apareceram os elementos materiais capazes de ligar, com consistência, o emaranhado de indícios disponíveis.

O depoimento de Marcos Pires revela, por certo, fragilidades. Particularmente, a explicação para mudança em relação à carta a Hildegard Angel e seus depoimentos posteriores pode ser considerada insatisfatória e até estimular juízos negativos de valor. Contudo, esta circunstância, de ordem eminentemente subjetiva, não é suficiente para declarar seu depoimento insincero. A testemunha depôs em duas oportunidades. Firmou compromisso formal com a verdade. Sabe das implicações jurídicas da mentira. Não temos o direito de duvidar de suas palavras, a não ser que existissem evidências concretas de falsidade.

A prova testemunhal, pela sua própria natureza, é falível. É preciso ter em mente, no entanto, que a testemunha não

observou a colisão de Zuzu Angel com a mesma perspectiva de quem assiste a um espetáculo. O seu estímulo sensorial não estava direcionado para aquele fato. Viu o que viu só porque estava voltado para aquela direção. É normal, portanto, que a narrativa seja fragmentada.

Por outro lado, como bem lembra Enrico Altavilla, na clássica obra "Psicologia Judiciária", "a exatidão da recordação diminui com o correr do tempo". Já se passaram 22 anos. Imprecisões e exageros devem ser recebidos com naturalidade.

O aspecto importante do depoimento, na minha opinião – e que o credencia como prova idônea –, é a independência revelada pela testemunha na descrição da dinâmica da colisão. Objetivamente, Marcos Pires contrariou a versão oficial, sendo que, repita-se, a dinâmica oficial nunca havia sido antes contestada. O novo parecer técnico não só declara a versão oficial inverossímil, mas descreve uma dinâmica compatível com a sua narrativa.

Não há, portanto, motivo para se negar validade ao depoimento. Marcos Pires afirma que um veículo que transitava pela faixa da esquerda forçou o veículo dirigido por Zuzu Angel, que vinha pela direita, a despencar. Reforça, assim, a tese do atentado.

O novo parecer técnico mostra que a versão acolhida pela autoridade policial é falsa. E, com efeito, não há como se atribuir a criação desta inverossímil dinâmica a um simples e desculpável erro de avaliação técnica.

Em primeiro lugar, porque Florenzo e Martello afirmam que se chega à conclusão de que a trajetória descrita é inviável "independentemente da análise de qualquer vestígio".

Em segundo lugar, pode-se dizer que se trata de um laudo elaborado com

aparente e incomum esmero. São sete laudas datilografadas, um croqui e 16 fotografias. O perito voltou ao local para obter fotos com a luz do dia. Não é um laudo qualquer. Era um “caso especial” e tudo, segundo Rangel, “foi bem explicado”. Nesse contexto, as falhas são aberrantes.

Em terceiro lugar, nenhuma das 16 fotografias se destinaram a demonstrar, visualmente, as evidências materiais que poderiam confirmar a dinâmica oficial: Por que, por exemplo, não se fotografaram os sinais de atritagem nos pneus?

Em quarto lugar, as fotos do laudo original, noturnas e diurnas, mostram que não havia marca nenhuma de derrapagem na pista.

A rigor, a adoção dessa dinâmica inverossímil pelas autoridades da época só faz sentido com sua conjugação à outra conclusão temerária do laudo pericial, a de que Zuzu Angel “não se encontrava de posse de seus reflexos normais de autodefesa”. Há um nítido esforço pericial para se demonstrar que o veículo da vítima sofreu diversos impactos sem que a motorista tivesse esboçado qualquer reação.

Com efeito, a descrição do evento, tal como feita por Florenzo e Martello, não permitiria tal dedução. Os peritos poderiam afirmar, apenas, que o veículo, com estas ou outras palavras, “derivou inopinadamente à direita”. Não haveria espaço técnico para elucubrações sobre os reflexos da vítima. A única explicação plausível para a farsa do laudo é o desenvolvimento do raciocínio de que a motorista não estaria de posse de “sua condição normal” e, assim, não chamar a atenção para a verdadeira causa da morte.

É forçoso reconhecer a procedência da alegação da requerente, no sentido de

que o laudo serviu de base para que as investigações girassem exclusivamente em torno da sonolência da vítima, o que só se explica diante do objetivo de ocultar evidências criminosas.

Outras circunstâncias devem ser levadas em consideração.

Stuart Angel Jones foi preso, torturado e morto por agentes da Aeronáutica em 1971. Seu corpo desapareceu. Sua mãe, Zuleika Angel Jones, era uma estilista de renome internacional. Stuart era filho de cidadão norte-americano. Zuzu lançou-se, de corpo e alma, numa inusitada e ruidosa campanha de protesto e denúncia. Criou sucessivos embaraços para as autoridades brasileiras, aqui e no exterior. Era atrevida, corajosa. Sua atividade representava um risco concreto para agentes diretamente envolvidos na morte de Stuart e também para setores interessados em proteger do descrédito a imagem dos organismos de repressão, já enfraquecidos junto à Presidência da República desde a morte de Wladimir Herzog e Manuel Fiel Filho em estabelecimento militar.

Nesse contexto, qualquer atitude dirigida a interromper a militância de Zuzu Angel e que não tivesse a característica de uma ocorrência comum — não política — iria adquirir, evidentemente, uma repercussão estrondosa.

Há prova abundante do quadro de ameaça à integridade de Zuzu Angel naquela época. Ela se sentia perseguida e, de fato, seus passos foram monitorados pelos organismos de segurança, como ficou demonstrado em meu voto anterior.

Humberto Rabello confirma o depoimento de Marcos Pires no sentido de que pouco tempo depois da colisão, havia no local um extraordinário aparato policial — o que não se justificaria no cenário de

um acidente comum, que acontece todos os dias em nossas cidades. Não há motivos para desacreditar dessa informação. Aliás, a foto de fl. 562 registra a presença de diversas viaturas durante a realização dos trabalhos periciais.

O perito Elson Rangel não admitiu pressões para a elaboração do laudo, mas, na mencionada entrevista à *Folha*, introduziu nesse já controvertido episódio, espontaneamente, a notícia de um estranha e suposta curiosidade do governo francês em torno da militância de Zuzu Angel e da existência de panfletos no carro acidentado. Reconhece, ademais, que o laudo fugiu dos padrões da época no que se refere ao grau de detalhamento e ao tempo de elaboração.

Pode-se dizer que não existe, ainda, a prova direta do envolvimento de agentes da repressão no episódio. Mas, na sua falta, a prova indiciária pode e deve supri-la. Se até para a condenação criminal de alguém, os indícios já são suficientes, não há motivo para, no âmbito da

Comissão Especial, ignorar esse processo de apuração.

Evidentemente, a decisão baseada em prova indiciária é mais sujeita à incidência do erro, mas nós decidimos com os elementos do processo e o futuro, se for o caso, poderá nos corrigir.

O fato é que o panorama probatório mudou drasticamente desde a nossa decisão. Surgiram novas e relevantes evidências. Fora da perspectiva política, não há explicação razoável para a falsidade da versão oficial. Minha convicção íntima é a de que Zuleika Angel Jones foi vítima de atentado político. Não estava detida em estabelecimento prisional, contudo, a rede de indícios demonstra que seu veículo foi interceptado e ela, em consequência, eliminada. Para tanto, Zuzu Angel estava na esfera de domínio dos autores do delito.

É o que basta para o reconhecimento de seu nome para os fins da Lei 9.140/95. Voto pela reconsideração da decisão anterior.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

O ADOLESCENTE E A CRIMINALIDADE URBANA EM SÃO PAULO

SÉRGIO ADORNO

RENATO SÉRGIO DE LIMA

DORA FEIGUIN

FANNY G. BIDERMAN

ELIANA BLUMER T. BORDINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os adolescentes no movimento da criminalidade urbana – 3. Perfil social do adolescente infrator – 4. Delinquência juvenil e inserção social – 5. Delinquência juvenil e controle social – 6. Considerações finais – 7. Bibliografia.

1. Introdução

Este artigo pretende relatar alguns dos principais resultados da pesquisa realizada pela Fundação Seade, em convênio com o Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP, e que teve por objeto a criminalidade juvenil na cidade de São Paulo, no período de 1988 a 1991.¹ Nela,

pretendeu-se responder a algumas indagações correntes da população das grandes e médias cidades brasileiras, entre as quais: vem crescendo, nos últimos anos, a participação dos adolescentes no movimento da criminalidade urbana, em especial de suas modalidades violentas? Quem é esse adolescente que se envolve com a delinquência? Qual o seu perfil social? Há alguma correspondência entre esse perfil social e as características

⁽¹⁾ Originalmente, o projeto de pesquisa pretendia que os dados a serem coletados cobrissem o período de 1988 a 1992. No curso da investigação, deparou-se com problema imprevisto o qual não pôde ser detectado à época dos estudos de viabilidade do campo. Descobriu-se que o *modus operandi* dos registros sofrera mudança a partir de julho de 1992, mudança que alterava a metodologia da pesquisa, em especial no tocante ao planejamento da amostra e aos procedimentos de coleta de dados. Foram adotados procedimentos técnicos saneadores, de forma que os dados acabaram por fim coletados. Mesmo assim, a equipe de pesquisa reconhece a permanência de pequenas pendências téc-

nicas. Optou-se, assim, por excluir da presente análise o ano de 1992. Contudo, com o apoio da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, essa pesquisa está sendo atualizada, até o ano de 1996, e pretende-se recuperar as informações relativas a 1992 e, também, verificar se as tendências observadas para o período 1988-1991 se mantêm. Caso contrário, cuida-se de identificar mudanças, caracterizá-las e, na medida do possível, explicitá-las, principalmente tendo em vista percepções coletivas que indicam maior envolvimento de adolescentes com o mundo do crime violento e organizado.

que o senso comum atribui a esses adolescentes? Por fim, como o poder público, no exercício de suas funções constitucionais, tem logrado conter a criminalidade juvenil?

Para responder a este elenco de indagações e questões propostas, a pesquisa identificou três grandes objetivos. Em primeiro lugar, quantificar o número de ocorrências policiais, praticadas por adolescentes, na cidade de São Paulo, no período de 1988 a 1991. Em decorrência, cuidou-se ainda de comparar a magnitude dessas ocorrências, segundo a natureza da infração penal, com a magnitude das ocorrências policiais, na população em geral, registradas nesse município, no mesmo período. Um segundo objetivo buscou caracterizar o perfil social do adolescente autor de infração penal, selecionando-se, para tanto, as seguintes variáveis: sexo, cor, idade, naturalidade, escolaridade e ocupação. Aqui, a pergunta básica foi: quem é esse adolescente que se envolve com a delinquência? Pretendeu-se, com isso, que as respostas a essas indagações viessem problematizar afirmações categóricas e apressadas, com muita frequência carregadas de ressentimentos, de preconceitos e de juízos superficiais.

Por fim, um terceiro objetivo consistiu em examinar as medidas judiciais aplicadas aos processos observados. É justamente o cumprimento desse objetivo que constitui, por assim dizer, a "essência" desta investigação pois que ele permitirá conhecer, sob um determinado ângulo, o modo como o Estado operacionaliza suas diretrizes de controle repressivo da ordem social e ao mesmo tempo busca oferecer proteção, assistência e amparo à infância e à adolescência, em especial àqueles envolvidos com a criminalidade violenta.

Em termos metodológicos, o universo empírico de investigação da pesquisa compôs-se de uma amostra, estatisticamente representativa, de todos os adolescentes infratores, na faixa etária de 12 a 18 anos incompletos,² processados nas 1.^a, 2.^a, e 3.^a Varas Especiais da Infância e da Juventude da Capital, nos anos de 1988 a 1991. A amostra compreendeu 3.794 adolescentes infratores, que, após a coleta dos dados, apresentaram uma média de 1,4 passagens por adolescente, ou seja, o universo de ocorrências envolvendo adolescentes foi de 5.425.³

2. Os adolescentes no movimento da criminalidade urbana

A análise da presença e participação dos adolescentes no movimento da criminalidade urbana, realizada pela pesquisa em referência, sugeriu um certo

(2) O ECA distingue criança (0 a 12 anos incompletos) de adolescente (12 a 18 anos incompletos). Considera autores de infração penal apenas os adolescentes, os quais, por sua vez não podem ser responsabilizados penalmente, em respeito ao princípio constitucional. Para as crianças somente estão previstas medidas de proteção. Para os adolescentes, medidas de caráter socioeducativo.

(3) Cabem aqui duas observações: primeiro, esse universo atém-se à criminalidade oficialmente detectada e, portanto, os resultados alcançados não podem ser generalizados para o universo de adolescentes infratores que, no mesmo período e local, não tenham sido surpreendidos pela vigilância policial e não tenham sido processados. Segundo, não há necessariamente coincidência entre o número total de ocorrências policiais e o número de adolescentes infratores sindicados. Sabe-se que cada adolescente pode haver cometido mais de uma infração e, por conseguinte, registrar mais de uma passagem pelo organismo de controle social observado.

descompasso entre o sentimento de insegurança e medo que os adolescentes, sobretudo procedentes das classes trabalhadoras pauperizadas, suscitam no imaginário coletivo e os fatos “objetivos”, expressos pelas estatísticas oficiais de criminalidade e por dados extraídos de fontes documentais. Conforme a pesquisa procurou demonstrar, não há necessária correspondência entre medo e realidade. Em linhas gerais, no período observado, constatou-se que a criminalidade juvenil violenta segue os mesmos padrões que a criminalidade na população em geral, não existindo uma maior participação de adolescentes infratores no universo de crimes violentos.

Há, no entanto, que se fazer uma ressalva. Não se pode rigorosamente descartar a hipótese de um crescimento efetivo da criminalidade juvenil, em especial a de tipo violento. Se os dados não o revelam, é preciso conhecer seus motivos. Entre eles, sem dúvida, o papel e a forma de atuação das agências de contenção do crime. Segundo informações sobre despesas governamentais, foram decrescendo, ao longo das décadas de 80 e 90, os gastos públicos com as áreas de Segurança e Justiça (Caldeira, 1989; Ministério da Fazenda, 1996). Por conseguinte, a despeito do maior número de infrações cometidas no interior da população, a capacidade das agências de controle em detectá-las e adotar as providências administrativas e judiciais visando à apuração de responsabilidade penal dos possíveis autores de crimes permaneceu a mesma, não tendo acompanhado o efetivo movimento da criminalidade. Numa outra direção, temos que considerar o nível de confiança da população nessas agências. Várias pesquisas de vitimização, realizadas em outros países e no Brasil, demonstram que quando existe uma maior confiança da popula-

ção na elucidação de um delito e a devida responsabilização dos seus autores há uma maior propensão ao registro de ocorrências. Trata-se de hipóteses, a bem da verdade, que não podem ser desprezadas (IBGE, 1988; Koffman, 1996).

Mais do que descompasso entre sentimentos coletivos e realidade “objetiva”, importa ressaltar a não percepção de diferenças. Tomadas como percepção imediata, as representações sociais sobre o crime, os criminosos e a criminalidade – expressas por meio de distintas instâncias, como sejam a literatura de massa, a mídia impressa e eletrônica, as artes, os ensinamentos nas escolas, as conversas entre cidadãos nos espaços privados e públicos da existência social – tendem a eleger situações particulares, próprias de contextos históricos e sociais muito circunscritos, como alvo de atenção e preocupação. Ao fazê-lo, não raro, transfiguram situações singulares em situações gerais, oferecendo assim uma realidade social sob a forma de caricatura, em que determinados aspectos da existência social ganham relevância em detrimento de outros, muito freqüentemente condenados ao silêncio ou ao esquecimento, ou ainda lhes conferindo pesos desproporcionais face a sua gravidade ou magnitude sociais.

No âmbito da pesquisa realizada, não se pretendeu tratar de toda a complexidade (teórica, metodológica e de reconstrução empírica) que esse processo de realização da existência social supõe. Porém, a pesquisa pôde flagrar pequeno fragmento desse momento, ao menos em significativa situação. Observou-se que as infrações de maior peso na composição da delinquência juvenil dizem respeito aos furtos, aos roubos, às agressões e à direção sem habilitação. Neste último caso, a sociedade não parece efetivamente preocupada com os adolescentes

que, autorizados ou não por seus pais ou responsáveis, conduzem veículos automotores, sem estarem previamente preparados para fazê-lo. Sabe-se que os acidentes de trânsito vêm sendo um dos mais graves problemas sociais, embora assim não o seja percebido. Grande parte dos acidentes provocados por condução inabilitada desses veículos, muitos resultando em mortes ou em graves lesões, tem como protagonistas principais os adolescentes. Aqui, caberia, por conseguinte, indagar: por que nossa sociedade parece se incomodar mais com outras modalidades de violência juvenil (como

os homicídios, os roubos e os estupros) do que com a direção não habilitada, praticada por adolescentes, uma modalidade de ação reconhecidamente tão perigosa à ordem pública como as demais? Caberia indagar, ainda, qual a origem social dos adolescentes surpreendidos dirigindo sem habilitação? É bem provável que esses adolescentes sejam oriundos da classe média, mas os procedimentos metodológicos adotados pela pesquisa relatada não permitiram conclusões a esse respeito. Evidentemente, escapa aos nossos objetivos responder a esta inquietante questão.

**DISTRIBUIÇÃO DAS OCORRÊNCIAS POLICIAIS QUE ENVOLVEM ADOLESCENTES INFRATORES, SEGUNDO A NATUREZA DA INFRAÇÃO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO -1988-91⁴**

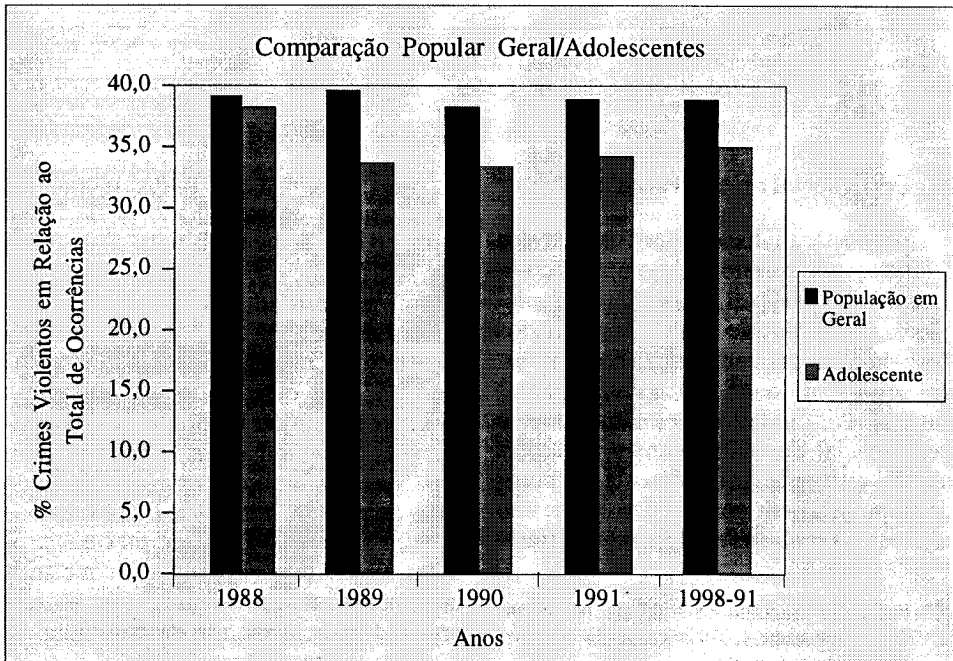
Natureza da infração	Distribuição das ocorrências policiais				
	1988	1989	1990	1991	1988-91
Homicídios/tentativas	1,6	1,0	1,0	1,3	1,3
Seqüestro	0,3	0,0	0,0	0,0	0,1
Agressão	5,5	6,1	7,0	8,0	6,8
Furto	25,2	26,2	23,5	20,9	23,5
Tentativa de furto	5,7	6,8	6,7	7,1	6,9
Roubo	18,7	14,8	14,9	14,1	15,6
Tentativa de roubo	2,0	1,3	2,3	3,5	2,3
Estelionato/tentativa	1,1	0,9	1,7	1,8	1,4
Latrocínio	0,2	0,3	0,2	0,5	0,3
Membro de quadrilha	0,4	0,2	0,3	0,1	0,2
Uso de drogas	5,3	4,6	3,8	4,1	4,3
Tráfico de drogas	0,7	0,7	0,7	0,6	0,7
Atos sexuais	1,8	1,1	1,5	1,3	1,4
Estupro/tentativa	1,0	0,5	0,8	0,3	0,6
Porte de armas	9,3	8,1	6,4	5,1	6,9
Dirigir sem carteira de habilitação	6,5	8,3	8,5	14,6	9,4
Diversos	14,8	19,2	20,8	16,9	18,4
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Poder Judiciário/Varas Especiais da Infância e da Juventude da Capital; Convênio Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade/Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP.

⁽⁴⁾ Refere-se ao número total de passagens dos adolescentes infratores pelo Sistema Judiciário, no período.

Cabem considerações sobre a criminalidade juvenil organizada. Os dados disponíveis para análise não confirmaram, de modo claro e preciso, a existência de bandos e quadrilhas como um padrão emergente e ao mesmo tempo dominante de delinquência juvenil. Em apoio a essa constatação, não se observou, por exemplo, uma espiral ascendente de crimes violentos que geralmente costumam acompanhar aquela modalidade de organização delinqüente. Frise-se, contudo, que essa constatação não se traduz rigorosamente em afirmação categórica ou conclusão instituinte de alguma "lei" científica. Não bastassem as restrições, já anteriormente apontadas quanto à fonte de informação consultada, há ao menos dois motivos para colocar esse resultado sob suspeição ou como afirmação provisória, dependente de novas investigações. Primeiro, é muito pouco provável que a criminalidade or-

ganizada, constituída sobretudo em torno do narcotráfico, tenha se restringido à cidade do Rio de Janeiro. Se o tráfico nutre-se da circulação de dinheiro, não há razões visíveis para que essa modalidade de organização não tivesse se instalado na cidade de São Paulo, ainda que em moldes distintos daquela que predomina no Rio de Janeiro. Segundo, é de se notar o crescimento, nos últimos anos, do número de homicídios voluntários envolvendo adolescentes como vítimas. De acordo com informações demográficas produzidas pela Fundação Seade, a maior causa de morte entre adolescentes de 15 a 24 anos é o homicídio, em especial entre aqueles do sexo masculino. É de todo provável que as disputas entre quadrilhas, no mais das vezes gravitando em torno do tráfico de drogas, sejam responsáveis por esse imenso crescimento das mortes de adolescentes nos últimos anos.



Em conclusão, a despeito das pistas em sentido contrário, talvez não se devesse abandonar de imediato a hipótese que sustém a existência, em São Paulo, de uma criminalidade juvenil organizada, disseminada pelos bairros populares e pela periferia urbana. Sob essa ótica e no domínio dos fundamentos sociológicos do crime, valeria a pena insistir, um pouco mais, em perfilar as descobertas de Alba Zaluar (1994) no tocante à criminalidade

entre as classes populares no Rio de Janeiro. Mediante estudos de casos, de perfis de carreira e de histórias de vida de adolescentes socializados no crime, certamente seria possível identificar novas pistas, idéias, hipóteses que viriam, em momento oportuno, contribuir para se conferir um outro tratamento às fontes documentais oficiais, permitindo observar a realidade em espaços onde presentemente há pequena ou nenhuma visibilidade.

DISTRIBUIÇÃO DAS OCORRÊNCIAS POLICIAIS QUE ENVOLVEM ADOLESCENTES INFRATORES, SEGUNDO NÚMERO DE PESSOAS ENVOLVIDAS
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 1988-91⁵

Número de pessoas envolvidas	Distribuição das ocorrências policiais
Ação isolada	43,0
Ação em conjunto com um ou mais adolescente	38,0
Ação em conjunto com um ou mais adulto	11,5
Ação em conjunto com um ou mais adolescente e um ou mais adulto	7,5
TOTAL	100,0

Fonte: Poder Judiciário/Varas Especiais da Infância e da Juventude da Capital; Convênio Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade/Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP.

3. Perfil social do adolescente infrator

Buscou-se analisar o perfil social dos adolescentes infratores, comparando-o, sempre que possível, ao perfil da população da cidade de São Paulo. Os resultados desta análise indicaram duas conclusões, em certo sentido até pouco convergentes entre si. Por um lado, em linhas gerais, o perfil social dos adolescentes infratores não se distingue gritantemente do perfil da população em geral. Pôde-se mesmo arriscar dizer que os adolescentes infrato-

res são, na sua maior parte, recrutados entre grupos de trabalhadores de baixa renda, o que é sugerido pela análise das variáveis etnia, escolaridade e atividade. Assim, entre o adolescente infrator e o adolescente pobre, habitante da periferia das grandes cidades, poucas distinções os separam. Por outro lado, há diferenças que não podem ser ignoradas. Certamente, elas encaminham a discussão para uma direção muito determinada, o que explica porque, a despeito das mesmas origens sociais – vale dizer, mesmos problemas, mesmas dificuldades, mesmos enfrentamentos cotidianos etc. –, uns enveredem pelo mundo da delinquência enquanto outros não o fazem.

(5) Refere-se ao número total de passagens dos adolescentes infratores pelo Sistema Judiciário, no período.

Como se procurou sustentar, com apoio na literatura especializada e em pesquisas sobre temas correlatos ao objeto desta pesquisa, não há quaisquer evidências de que características como gênero, etnia, idade, ou naturalidade, ou outras socialmente adquiridas, como escolaridade e atividade, tornem uns mais propensos à delinquência do que outros. No entanto, buscou-se demonstrar, isso sim, que algumas dessas características, quando combinadas entre si, propiciam a constituição no imaginário coletivo de tipos humanos considerados perigosos à paz social e à ordem pública. O quanto as políticas de segurança pública pautam a ação das agências de controle social com base nesses estereótipos e visões preconcebidas é algo verificado e atestado por um número infindável de outras investigações (Landreville & Pires, 1985; Adorno, 1994; Paixão, 1988). Tudo indica que alguns são mais vulneráveis do que outros ao arbítrio punitivo. Entre os pobres, há portanto aqueles potencialmente criminalizáveis, aqueles para os quais não há imunidades que sirvam de defesa contra o funcionamento viesado dos aparelhos responsáveis pela contenção da criminalidade.

Na análise que fazemos a seguir procuramos aprofundar essa discussão. Ela cuida de examinar o perfil social dos adolescentes infratores, porém agora sob um ângulo determinado: o da natureza da infração cometida. Sabe-se, como o demonstram vários estudos que se ocuparam de compreender o movimento da criminalidade, que o mundo da delinquência é tangiversado pelas modalidades de ação perpetradas por seus protagonistas principais. Essas modalidades circunscrevem-se ao bem ou objeto visado, seja ele a propriedade, a pessoa ou qualquer outro protegido pelas normas penais. Tem razão Alba Zaluar (1994) ao demonstrar, de modo convincente, quanto a entrada do Brasil na luta contra o

narcotráfico acirrou a guerra entre quadrilhas e entre estas e a polícia, e quanto esse bem “encantado” – a droga – vem desenhando os contornos da criminalidade violenta no Rio de Janeiro, como de resto nas grandes cidades brasileiras. Pretendeu-se, portanto, expor as conclusões da pesquisa em referência quando esta examinou o quanto a natureza da infração explicita diferenças de ação entre adolescentes do sexo masculino e os do sexo feminino, entre brancos e negros, entre aqueles diferentemente situados na escala etária, entre os naturais de distintas regiões, entre os de baixa e os de média escolaridade, bem como entre aqueles distribuídos nas atividades observadas.

**DISTRIBUIÇÃO DOS ADOLESCENTES
INFRATORES, SEGUNDO SEXO, COR,
IDADE, NATURALIDADE,
ESCOLARIDADE E ATIVIDADE
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 1988-91⁶**

Variáveis	Distribuição dos adolescentes infratores
Sexo	100,0
Masculino	87,9
Feminino	12,1
Cor	100,0
Branca	60,8
Negra	39,2
Idade	100,0
menos de 12 anos	2,4
12 anos	2,8
13 anos	4,5
14 anos	9,0
15 anos	15,2
16 anos	21,1
17 anos	27,7
18 anos	16,1
mais de 18 anos	1,2

⁽⁶⁾ Refere-se ao número total de passagens dos adolescentes infratores pelo Sistema Judiciário, no período.

Variáveis	Distribuição dos adolescentes infratores
Naturalidade	100,0
Norte	0,3
Nordeste	11,9
Centro-Oeste	0,7
Sudeste (exceto SP)	3,2
Sul	3,3
São Paulo	80,4
Outro País	0,3
Escolaridade	100,0
Analfabeto	5,7
1.º grau incompleto	83,6
1.º grau completo	9,5
2.º grau incompleto	1,2
Atividade profissional	100,0
Ocupados	54,1
Sem Ocupação	30,1
Estudantes	15,8

Fonte: Poder Judiciário/Varas Especiais da Infância e da Juventude da Capital; Convênio Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados — Seade/Núcleo de Estudos da Violência — NEV/USP.

4. Delinquência juvenil e inserção social⁷

Neste capítulo da pesquisa, tratou-se da inserção dos adolescentes no mundo do crime, com especial atenção para o crime violento. A análise feita explorou a contribuição de diferentes clivagens sociais — gênero, etnia, idade, naturalidade, escolaridade e atividade — para a construção de possíveis carreiras e identidades delinquentes e para a imersão no universo da delinquência. Buscou-se compreender o elenco de estímulos,

motivações e pressões sociais que faz com que parcela de adolescentes se inclinem para a prática de infrações penais, inclusive aquelas que envolvem o emprego de meios violentos.

Os resultados alcançados põem em destaque a existência de tema complexo, cujo tratamento merece cautelas e ponderações. Não há uma lei única, uniforme e invariável que explique a preferência de alguns adolescentes pelo crime, nem mesmo uma somatória de circunstâncias que inexoravelmente empurrem parcela dos adolescentes para dentro do universo delinquential. Como se observou, a contribuição do gênero para a composição da violência e ingresso no mundo do crime é significativa. Esse mundo supõe uma divisão sexual do trabalho em que os adolescentes do gênero feminino dele participam em posição de subalternidade. Mesmo assim, qualquer um dos gêneros se revela potencialmente passível de violência. A contribuição da etnia produz efeitos distintos. Rigorosamente, não se verificaram diferenças estatisticamente significativas entre a criminalidade dos adolescentes negros em comparação à dos adolescentes brancos. Agora, seguramente, é muito provável que a organização de gangues e quadrilhas tenha por um de seus fundamentos alicerces étnicos.

No tocante à idade, confirmaram-se conclusões de outras pesquisas: a idade é importante fator de integração ao mundo do crime, sobretudo do crime organizado. Quanto mais velhos, os adolescentes tendem a se envolver em crimes mais graves e violentos. No que concerne à naturalidade, a procedência regional dos adolescentes não parece exercer qualquer influência na deriva para a delinquência, ao contrário do que é alardeado no senso comum. Já, em relação à escolaridade, a vinculação à escola parece

(7) Para uma melhor visualização dos resultados alcançados, ver Seade e NEV/USP, 1995. Relatório de Pesquisa.

conter as pressões no sentido do ingresso no mundo do crime. Entretanto, neste terreno, as “determinações” de classe igualmente têm seu peso na inclinação para a delinquência. Por fim, a contribuição dos diferentes grupos ocupacionais para a criminalidade é variável.

Portanto, diferentes clivagens sociais produzem efeitos distintos nas opções de inserção dos adolescentes em distintos mundos sociais. O problema é bem mais complexo do que se possa apreender de imediato, na busca de um elo explicativo que justifique porque alguns adolescentes se integram na delinquência ao passo que outros – a bem da verdade, a grande maioria – não o fazem. De qualquer modo, a clivagem de classe social destacou-se e pareceu constante ao longo da análise. Sua influência e presença é mais forte em determinados grupos, comparativamente a outros. Os resultados da pesquisa sugeriram que determinadas modalidades infracionais parecem confinadas a determinadas classes ou segmentos de classe social. Outras, ainda que não o sejam, acabam por distintas razões se configurando como prerrogativas de classe. De uma maneira simplista, infrações como roubo e furto gravitam em torno do universo possível de adolescentes procedentes das classes trabalhadoras, situadas nos níveis mais inferiores da hierarquia social. Em contrapartida, direção não-habilitada aparece como modalidade infracional típica de adolescentes originários das classes médias e elevadas da sociedade.

Os resultados obtidos indicam a exposição de adolescentes a distintas vinculações com o mundo do crime, variando de acordo com a classe social, o que pode significar maior ou menor integração à rede de relações que o sustém. Como se sabe, pois inúmeros estudos o demonstram, as clivagens de

classe abrem determinadas oportunidades de construção de trajetórias pessoais, em virtude das relações sociais que elas facultam, do acesso preferencial aos serviços educacionais e culturais, dos vínculos que elas estabelecem entre os indivíduos e as instituições de promoção e de bem-estar, tudo isso convergindo no sentido da inserção profissional e social a qual pode se traduzir na posse privada e mesmo monopólio de parcelas do capital social e cultural disponível na sociedade. Ao mesmo tempo, as diferenças de classe impõem áreas de restrição, de fechamento e de exclusão, limitando a participação de cidadãos na distribuição dos recursos materiais, dos bens e serviços, e em especial contendo-lhes as oportunidades e possibilidades de ascensão social. Ao que tudo indica, também no mundo do crime, estas diferenciações estão presentes e exercem poderosos efeitos.

No mundo do crime, as clivagens de classe orientam a inserção dos indivíduos na rede de relações sociais – uma rede, diga-se de passagem, tão hierarquizada quanto às da sociedade –, determinando-lhes possibilidades de contatos com pessoas e de posse de coisas, sejam elas mercadorias ou qualquer bem que disponha de valor de troca no mercado informal ou ilícito. Trata-se de uma rede densa porque alcança distintas áreas da existência coletiva, perpassada por diferenças de gênero, etnia ou outra qualquer. Por isso, a inserção de adolescentes no mundo do crime revela as possibilidades de abertura ou fechamento que essa rede de relações oferece, em momentos determinados. É por isso também que adolescentes, submetidos às mesmas condições sociais, podem responder aos estímulos e atrações desse mundo de modo completamente distinto, seja integrando-se a ele, seja por meio de

uma rápida passagem sem maiores conseqüências, seja dele afastando-se.

Neste terreno, contudo, não se pôde ir muito além. O avanço depende do acúmulo de informações, sobretudo de dados etnográficos extraídos de estudos sobre processos de inserção de adolescentes no mundo do crime. Mas depende igualmente de uma profunda revisão nos modelos teóricos até aqui desenvolvidos. Ainda que não se deva abandoná-los por completo, mesmo porque eles contribuíram intensamente para decisivas descobertas científicas sem as quais muito pouco conheceríamos desse fenômeno social; de qualquer modo impõe-se neste momento ultrapassar alguns umbrais. Entre esses, certamente, é preciso problematizar o peso que as teorias, hipóteses e conceitos inspirados no modelo da anomia e da desorganização social exerceram e continuam a exercer sobre os estudos. Como se demonstrou, ainda que as clivagens de classe tendam para polarizações sociais, excluindo uns em benefício de alguns, os modos de inserção social são complexos, dificilmente acomodáveis ao modelo de uma sociedade concebida em termos de ordem *versus* desordem, anomia *versus* solidariedade, normal *versus* patológico. Tanto mais quando se verifica que indivíduos bem integrados são capazes de ofender a ordem pública com a mesma "periculosidade" daqueles que parecem mal ajustados e não integrados. Estão aí os adolescentes de classe média e classe alta tornando inseguras as condições do tráfego.

5. Delinquência juvenil e controle social

Por fim, este capítulo da pesquisa ocupou-se de analisar as reações da Justiça da Infância e da Adolescência diante da delinquência juvenil. Inicialmente,

procedeu-se a uma exposição dos resultados da pesquisa. Em seguida, traçou-se um panorama das principais recomendações contidas em instrumentos e convenções internacionais, sobretudo aquelas patrocinadas pela Organização das Nações Unidas. Logo após, cuidou-se de descrever as mudanças recentes em diferentes legislações européias da infância e da adolescência, como resultado da incorporação das recomendações dos órgãos normativos internacionais. Nesse domínio, foram tratadas as tendências dos regimes jurídicos, a problemática da maioridade penal, as competências jurisdicionais, os direitos reconhecidos aos adolescentes infratores, os modos e critérios de intervenção judicial. Na medida do possível, acentuaram-se convergências e divergências entre países.

O passo seguinte consistiu em contextualizar a legislação da infância e da adolescência no Brasil, com especial ênfase nas condições sociais e políticas que presidiram a promulgação, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Como se buscou demonstrar, o ECA foi gestado na conjuntura de transição para a democracia política. Nesse movimento, o novo Estatuto incorporou os princípios fundamentais que regem as recomendações internacionais, particularmente em matéria de proteção e assistência a ser dispensada aos adolescentes autores de infração penal.

Trata-se, por conseguinte, de um instrumento legal de controle social avançado, o que se pode constatar pelo exame de seus principais dispositivos no tocante à filosofia que o subjaz — educação e reinserção social em lugar de apenas repressão —, pela divisão de competências que estabelece entre poder público e agentes e/ou entidades da sociedade civil, pelas garantias individuais e processuais que oferece aos adolescen-

tes, pelas medidas socioeducativas aplicáveis que se inclinam preferencialmente ao tratamento em regime aberto.

A despeito dos avanços e conquistas, observam-se, na atualidade, impasses e dilemas que afetam a execução dos preceitos estatutários. Ao lado dos problemas de ordem institucional, identificados no curso da exposição, a análise que se seguiu, apoiando-se nos dados da pesquisa empírica, avaliou o comportamento das decisões judiciais face às novas diretrizes contidas no ECA. Essa avaliação centrou-se em torno dos modos de intervenção judicial e dos critérios que orientam as sentenças nesta ou naquela direção.

**DISTRIBUIÇÃO DOS ADOLESCENTES INFRATORES, SEGUNDO AS MEDIDAS APLICADAS PELO PODER JUDICIÁRIO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 1988-91⁸**

Medidas aplicadas	Distribuição dos adolescentes infratores
Advertência	48,2
Reparar o dano	0,26
Liberdade assistida	9,22
Semi liberdade	0,17
Internação	5,28
Entrega aos pais	7,44
Lar substituto	0,26
Outros	5,04
Arquivamento	24,13
Total	100,0

Fonte: Poder Judiciário/Varas Especiais da Infância e da Juventude da Capital; Convênio Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade/Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP.

⁽⁸⁾ Refere-se ao número total de passagens dos adolescentes infratores pelo Sistema Judiciário, no período.

Em resumo, os três principais resultados desta análise indicaram que: primeiro, em termos gerais, a gravidade da infração cometida pelo adolescente constitui um dos mais decisivos critérios na definição das sentenças judiciais. Segundo, se, no cômputo geral, parece haver uma correspondência entre a gravidade e a maior ou menor severidade na aplicação das medidas socioeducativas, é de se notar distorções que sugerem o concurso de outros critérios decisórios; terceiro, um desses outros critérios parece residir na reincidência. Adolescentes que tenham tido reiteradas passagens pela Varas da Infância e da Juventude tendem a merecer medidas severas.

**DISTRIBUIÇÃO DOS ADOLESCENTES INFRATORES, POR GRAVIDADE DA INFRAÇÃO SEGUNDO DESFECHO PROCESSUAL
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 1988-91⁹**

Medidas aplicadas	Natureza da infração	
	Não violenta	Violenta
Medidas leves	59,0	50,83
Medidas médias	6,3	15,25
Medidas severas	3,88	7,92
Outras medidas	5,29	4,58
Arquivamento	25,53	21,42
Total	100,0	100,0

Fonte: Poder Judiciário/Varas Especiais da Infância e da Juventude da Capital; Convênio Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade/Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP.

Evidentemente, conclusões dessa ordem implicam consequências cujo alcance deve merecer um exame aprofundado por parte de todos os segmentos,

⁽⁹⁾ Refere-se ao número total de passagens dos adolescentes infratores pelo Sistema Judiciário, no período.

setores, serviços e atores que direta ou indiretamente estão comprometidos com a prestação de assistência e proteção aos adolescentes infratores. Por um lado, não há como negar, as autoridades judiciárias têm envidado seus esforços no sentido de cumprir as determinações contidas no ECA. Nisso, sua parcela de colaboração tem, a par de importante, sido imprescindível para que se dissipe o descrédito nesse instrumento legal. Por outro lado, o concurso de outros critérios nas decisões que resultam em desfecho judicial suscita preocupações, mesmo considerando a fundamentação legal desse procedimento.

Nunca é demais lembrar, a reincidência¹⁰ é, antes de tudo, sintoma. Se um adolescente reitera no cometimento de uma mesma ou de outras infrações ou se deixa de cumprir, por motivos injustificáveis, medida socioeducativa que lhe foi imposta, tal não se deve a sua própria vontade ou mesmo a sua natureza. Como outros estudos já demonstraram (Adorno & Bordini, 1989; Adorno e Bordini, 1991), na origem da reincidência encontram-se práticas institucionais de segregação e isolamento — como, por exemplo, aquelas vigentes nas prisões e estabelecimentos onde há privação de liberdade — que criam vínculos, não raro muito sólidos, entre os indivíduos e as agências de controle social. No caso dos adolescentes infratores, a reincidência pode ser sintoma de que as medidas socioeducativas, determinadas pela autoridade judiciária, estão sendo administradas de modo inadequado, por força

das mais distintas razões, entre as quais se incluem a ausência de recursos humanos preparados para tais tarefas, a carência de meios materiais disponíveis e mesmo sua incompatibilidade para com os fins a que se destina seu emprego, má formulação e, por conseguinte, implementação desastrosa de planos de ação e programas de trabalho.

Em conclusão, a aplicação de medidas socioeducativas mais rigorosas com base na reincidência produz um efeito, no mínimo, perturbador: os adolescentes delinquentes acabam, além de responsabilizados pela prática de infração às leis penais, também responsabilizados por problemas que se lhes escapam inteiramente como aqueles imbrincados na formulação e implementação de políticas públicas de controle social.

Assim, como implicação prática desta análise, certamente os critérios que norteiam as decisões judiciais e que resultam em modos de intervenção devem compor, ao lado de outros, a agenda de discussão dos problemas que afetam na atualidade a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, os problemas analisados na pesquisa, relativos aos adolescentes infratores, constituem preocupações na maior parte dos países. Trata-se de problemas ligados às grandes concentrações urbanas, onde há inúmeros outros problemas de habitação, saúde, trabalho etc., além de dificuldades de exercer controle social eficaz e vigilância policial nas periferias metropolitanas.

6. Considerações finais

Como se afirmou na introdução deste artigo, a pesquisa analisada, que teve por objeto a criminalidade juvenil na cidade de São Paulo, nos anos de 1988 a 1991,

⁽¹⁰⁾ Esse termo não está aqui sendo empregado em sua conceituação jurídica ou criminológica. Ele está sendo utilizado para referir-se às sucessivas passagens de um mesmo adolescente infrator pela Justiça da Infância e da Adolescência.

cuidou de responder um elenco de indagações que hoje inquietam a opinião pública e o cidadão comum. A primeira indagação resulta de uma suspeita: a do envolvimento crescente de adolescentes na criminalidade urbana, em especial com o crime violento. Vem afinal crescendo esse envolvimento nos últimos anos? Ainda que a série de anos analisados não pareça suficiente para responder com segurança a essa questão, os resultados alcançados indicaram que o crescimento das infrações penais cometidas por adolescentes se mostra contido e circunscrito às mesmas características do movimento da criminalidade entre a população em geral.

Esses resultados, contudo, precisam ser tomados com cautela. Sabe-se, como apontam especialistas, que as estatísticas oficiais não refletem necessariamente o movimento da criminalidade real, porém a capacidade do sistema de justiça criminal em detectar infrações às leis penais, em elucidar casos, em apurar responsabilidade penal daqueles suspeitos de haver cometido crimes. Sob essa perspectiva, os processos instaurados nas Varas da Infância e da Adolescência apenas traduzem a delinqüência juvenil oficialmente apurada. É possível, portanto, que tenha havido um efetivo crescimento das infrações penais praticadas por adolescentes, inclusive as violentas, sem que esse crescimento tenha sido observado ou detectado pelas agências públicas de controle social.

Idêntica precaução deve se ter relativamente ao envolvimento de adolescentes com o crime organizado. Embora os resultados desta pesquisa não o confirmem, é possível, aqui também, que as autoridades encarregadas da contenção da ordem pública não estejam preparadas para captar o fenômeno. Nada impe-

de de suspeitar que as gangues ou bandos de adolescentes delinquentes estejam dispersas pela periferia urbana de São Paulo, agindo em locais de difícil acesso para a vigilância policial, daí porque "invisíveis" ao crivo dessa agência de repressão ao crime. Essa é, entre outras, uma das possíveis explicações.

No âmbito desta indagação, dois aspectos ainda merecem comentários. Primeiro, ao contrário do que supõe o senso comum, freqüentemente veiculado na imprensa e na mídia eletrônica, a maior parte das infrações penais cometidas pelos adolescentes compõe-se de ações não-violentas. As ações violentas representam cerca de uma terça parte de todas as infrações penais, aliás perfil idêntico ao que se passa com a criminalidade na população urbana. Entre as ações violentas, o roubo é a infração penal de maior destaque. Sua magnitude e peso acabam influenciando o crescimento ou a diminuição – numa palavra, o movimento – da criminalidade violenta. Outras ações violentas, como homicídio, latrocínio (roubo seguido de morte) e o estupro, não revelam qualquer significância.

Um segundo aspecto diz respeito à importância que direção não-habilitada ocupa no interior da delinqüência juvenil. Trata-se de uma modalidade de ação que veio crescendo acentuadamente nos anos de 1988 a 1991. De modo geral, essa modalidade de infração pouco ocupa a atenção dos meios de formação da opinião pública, tudo sugerindo não se constituir em preocupação do cidadão comum. Cabe porém uma detida reflexão sobre esse problema social. As estatísticas de mortalidade devida a acidentes de trânsito, boa parte deles de responsabilidade de adolescentes não-habilitados para direção, parecem ir em sentido oposto. O número de vítimas fatais ou

com graves lesões é alarmante, tal como é alarmante a elevada impunidade de que se revestem a direção perigosa e a direção não-habilitada.

Assim, é bem provável que não haja um descompasso entre as percepções coletivas do aumento da insegurança e o crescimento dos crimes. No entanto, esse descompasso não pode ser tomado em termos absolutos, o que significa dizer em outras palavras que as opiniões e os sentimentos coletivos, manifestos pelos meios de comunicação e de informação, ainda que legítimos, não podem se constituir em instrumento de orientação das políticas públicas de segurança, de justiça e de bem-estar social, sequer do comportamento dos governantes e dos agentes incumbidos de exercer o controle social.

Neste particular, a pesquisa sobre a criminalidade juvenil trouxe uma pequena contribuição ao demonstrar que determinadas modalidades de infração juvenil, aparentemente sem importância, são tão violentas por suas consequências quanto o roubo, por exemplo. No entanto, aquelas não despertam qualquer reação coletiva de reprovação ou mesmo indignação. Se tomarmos essas reações coletivas como termômetro de como deve se comportar a autoridade pública no trato de determinados problemas sociais, é de se concluir que as mortes provocadas por direção não-habilitada, sobretudo de veículos conduzidos por adolescentes, continuarão a crescer, sem quaisquer interditos eficazes.

Procurou-se ainda responder a outras indagações. Quem é o adolescente que se envolve com a delinquência? Qual o seu perfil social? Os resultados alcançados sugerem que, em sua maior parte, os adolescentes infratores são recrutados entre grupos de trabalhadores de baixa

renda. Entre o adolescente infrator e o adolescente pobre, habitante da periferia das grandes cidades, não há gritantes diferenças de perfil. É certo, no entanto, que no imaginário coletivo alguns cidadãos pobres são vistos como potencialmente perigosos à paz social e à ordem pública. São esses os potencialmente criminalizáveis, os mais vulneráveis ao arbítrio punitivo desencadeado pelas agências encarregadas do controle da ordem pública. Seu perfil compreende adolescentes do sexo masculino, negros em um número significativo, de baixa escolaridade e sem ocupação.

Os resultados da pesquisa convergiram no sentido da desconstrução desses estereótipos. Fazê-lo requereu uma análise da inserção dos adolescentes no mundo da delinquência. Neste domínio, cuidou-se de explorar a contribuição de diferentes clivagens sociais — gênero, etnia, idade, naturalidade, escolaridade e ocupação — para a construção de possíveis identidades e carreiras delinqüenciais. Como se sustentou, não há uma lei única e invariável que empurre parcela dos adolescentes, especialmente os procedentes dos grupos de trabalhadores de baixa renda, para o mundo do crime.

No entanto, se aquelas diferentes clivagens produzem efeitos distintos nas opções pela delinquência, o fato de pertencer a uma situação particular de classe parece direcionar a inserção juvenil nesse mundo. Não sem motivos, determinadas práticas infracionais — como os ataques ao patrimônio sob a forma de furtos e roubos — parecem ser prerrogativas dos adolescentes pobres, ao passo que direção não-habilitada parece ser uma modalidade infracional típica dos adolescentes procedentes das classes médias e elevadas da sociedade.

Resta saber, por fim, como têm se comportado as autoridades públicas na contenção da delinquência juvenil. É verdade que elas vêm se mostrando pouco rigorosas na distribuição e aplicação das sanções? É verdade também que a impunidade grassa entre os adolescentes autores de infração penal? Os resultados da pesquisa não se prestam a sustentar tais suspeitas. Ao contrário, as análises sugerem que, em linhas gerais, as diretrizes contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que concernem à aplicação de medidas socioeducativas, vêm sendo observadas. Ao que tudo indica, o critério fundamental que norteia as decisões judiciais é a gravidade da infração penal. Quanto maior a gravidade, maior a possibilidade de aplicação de medidas mais rigorosas.

Detectaram-se contudo distorções. Há infrações leves que mereceram, por exemplo, medida de internação. Em contrapartida, identificaram-se casos de infração grave, sentenciados com medidas brandas, que não implicam restrições de liberdade pessoal ou sequer exigem o cumprimento de enérgicas obrigações como forma de reparação social. Nessa mesma linha de raciocínio, certa modalidade de infração penal, grave do ponto de vista de suas conseqüências sociais – como é a direção não-habilitada –, porém inofensiva sob a ótica do senso comum e da opinião pública, mereceram, se não advertência como medida socioeducativa, uma intervenção reconhecidamente pouco rigorosa.

Logo, essas distorções sugerem que outros critérios devem igualmente concorrer para o desfecho judicial. A pesquisa sustém a hipótese segundo a qual um desses critérios é a reincidência, isto é, quanto maior for o número de passagens de um adolescente infrator pela Justiça de Infância e da Juventude, maior

a probabilidade de merecer sanção mais rigorosa, independentemente da natureza da infração penal cometida, se violenta ou não.

Como últimas considerações, valeria a pena sublinhar que a pesquisa, com seus resultados, vem contribuir para o debate sobre a delinquência juvenil na sociedade brasileira. E o faz problematizando determinadas opiniões, pontos de vista, julgamentos apressados a respeito do movimento da delinquência juvenil, do perfil dos adolescentes delinquentes, dos modos de inserção juvenil no mundo do crime e sobretudo do comportamento dos agentes públicos e das agências de controle social da ordem pública. Em última instância, o desfecho das análises realizadas colocaram em evidência várias questões, algumas das quais poderão orientar a agenda dos futuros debates públicos sobre problema social que mobiliza a opinião pública e a atenção da imprensa e da mídia eletrônica.

Nessa agenda, duas questões deverão ocupar destaque. Primeiro, a problemática da justiça social. Dificilmente, haverá algum êxito na aplicação das medidas de proteção social aos adolescentes infratores se os problemas da Justiça da Infância e da Adolescência não forem assumidos como problemas de justiça social. Segundo, embora um problema complexo, a criminalidade juvenil em São Paulo, por sua magnitude e características, não parece completamente infensa a soluções e ao controle eficaz. Se a sociedade hoje dispõe de um instrumento moderno de proteção e assistência às crianças e adolescentes, o passo seguinte consiste em criar as condições institucionais para que as diretrizes sejam aplicáveis e, uma vez aplicadas, sejam eficazes. Passos já foram dados nessa direção. Mas certamente é preciso corrigir rotas e inventar novas soluções.

7. Bibliografia

- ADORNO, Sérgio e BORDINI, Eliana B. T. 1989. Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo: 1974-85. *RBCS*. São Paulo : Anpocs. 9(3) 70-94 fev.
- . 1991. A socialização na delinquência: Reincidentes penitenciários em São Paulo. *Cadernos São Paulo*. CERU. 3 série 2 p 113-147.
- ADORNO, Sérgio. 1994. Violência, controle social e cidadania: dilemas na administração da justiça criminal no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra : Centro de Estudos Sociais 41 101-127.
- CALDEIRA, Teresa. 1989. Ter medo em São Paulo. In: BRANT, Vinicius Caldeira (org). *São Paulo Trabalhar e Viver*. São Paulo : Comissão Justiça e Paz/Ed. Brasiliense.
- FUNDAÇÃO IBGE. 1988. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. Rio de Janeiro.
- FUNDAÇÃO SEADE e NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA – NEV/USP. 1995. O Jovem e a Criminalidade Urbana em São Paulo : Relatório de Pesquisa. 126 páginas. São Paulo.
- KOFFMAN, Laurence. 1996. *Crime surveys and victims of crime*. University of Wales Press. Cardiff.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA. 1996. Relatório sobre Finanças Públicas. Brasília-DF.
- PAIXÃO, Luis Antonio. 1988. Crime, controle social e consolidação da democracia. In: O'DONNELL, G. e REIS, F. W. *A democracia no Brasil, dilemas e perspectivas*. São Paulo : Vértice/Ed. RT. 166-199.
- PIRES, A. P. e LANDREVILLE, P. 1985. Les recherches sur sentences et le culte de la loi. *L'année sociologique*. Paris : 35. 83-113.
- ZALUAR, Alba. 1994. *Condomínio do Diabo*. Rio de Janeiro. Ed. Revan e Editora da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

A CORRUPÇÃO E OS DILEMAS DO JUDICIÁRIO

FLÁVIA SCHILLING

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Litígios, casos e escândalos – 3. As leis – 4. Os dilemas do Judiciário – 5. Bibliografia.

1. Introdução

A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento do dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período (crise do estado-Providência) e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social (Sousa Santos, 1996:39).

Propõe-se que a corrupção, nestas últimas décadas, vai sendo progressivamente percebida por vários setores como um mal público, compondo um conjunto de práticas ofensivas, lesivas ou injustas que se contrapõe a algo que também vai sendo reconhecido como bem público, sugerindo a existência de demandas por uma nova medida do que será considerado “vida justa em comum”.¹

Nesta nova medida de uma vida justa em comum, tratar-se-ia dos limites para o poder decisório sobre o uso do que é considerado bem comum, sobre quem determinaria esse uso e quais seriam os procedimentos utilizados. Lima Lopes propõe a seguinte compreensão de “bem comum”: “Numa sociedade livre o bem comum não é a conservação da vida tal

como ela é, mas a conservação da vida – coletiva e individual – com a possibilidade de ser diferente.(...) Numa sociedade de homens livres, o bem comum é também um processo pelo qual se desvalidam regras e normas, se questiona a justiça do *status quo*, se alteram as categorias sociais criadas normativamente” (Lima Lopes, 1994:27). Nesta definição está explícita a necessidade do reconhecimento coletivo do que a cada momento será identificado como um “bem comum” a ser preservado, distribuído e defendido, reconhecimento que se constrói socialmente e que não é uniformemente incorporado pelos diferentes grupos sociais, dando-se conta, desta forma, da conflitualidade que envolve a determinação do que é “bem comum”.

Trata-se, desta forma, de analisar um movimento de longa duração, que se apresenta por momentos sob a forma do “escândalo” e que aponta para a construção de um campo de litigiosidade social, trazendo à luz múltiplas e até conflitantes definições sociais do que é corrupção, pois práticas que, mesmo quando contidas no Código Penal, carecem ser vistas como ofensivas, lesivas ou criminosas para despertar o escândalo público no público. Esse conjunto de práticas alinhavadas sob um nome comum aparece como inesgotável, diver-

⁽¹⁾ Expressão utilizada pelo dep. José Genofino (PT-SP), em matéria publicada na *Folha de S. Paulo*, 07.03.1991:1-3.

sificado, heterogêneo. Porém, se por um lado são vistas como disseminadas, generalizadas, amplamente distribuídas por todas as classes sociais, de fato o que transforma a denúncia de um “caso” em um “escândalo” público são aquelas denúncias que as localizaram ocorrendo no Estado.²

A luta contra a corrupção, quando vista como expressão de um campo de litigiosidade social, relacionar-se-ia, portanto, de modo direto com o movimento de democratização em curso no país, através de uma crítica intensa que tem o Estado como alvo principal, por implicar na elaboração social de uma distinção entre algo a ser defendido — um bem comum — contra sua apropriação privada, traduzindo esforços na ampliação da visibilidade e do controle na gestão deste bem comum. Vê-se, desta forma, como a luta contra a corrupção pode implicar num questionamento das “regras do jogo” vigentes na política e na gestão pública, exemplificando a proposta de Bobbio (1986) de que, quando se põe o problema de um novo modo de fazer política, não se deve dirigir a atenção apenas para os novos sujeitos e os novos instrumentos de intervenção, mas também para quais são as regras que estão sendo formuladas ou que são questionadas em dado contexto histórico (Bobbio, 1986:65). A luta contra a corrupção, através da crítica à discricionariedade e ao segredo no exercício do poder político, encontra-se apoiada firmemente em reivindicações por democratização na relação entre governantes e governados, colocando em questão capacidades, dependências e limites entre os poderes da República,

2. Litígios, casos e escândalos

Trabalharemos com o conceito de litigiosidade social tal como discutido por Sousa Santos (1996), quando propõe que os litígios são construções sociais que emergem e se transformam segundo dinâmicas sociologicamente identificáveis, com os diferentes grupos sociais apresentando percepções diferentes das situações de litígio e níveis de tolerância diferentes frente a estes. Para que um comportamento ou conjunto de ações seja percebido como litigioso, não é suficiente o reconhecimento de seu caráter lesivo, provocando dano ou injustiça, “é necessário que o lesado ache que o dano é de algum modo remediável, reclame contra a pessoa ou entidade responsável pelo dano de que é vítima e saiba fazê-lo de modo inteligível e credível” (Sousa Santos, 1996:50-51).

As denúncias públicas de uma série de práticas agrupadas sob o nome de corrupção sugerem que está em curso a elaboração de uma demanda social por sua criminalização. Estratégia entre outras, a denúncia pública pode ser pensada dentro da “pirâmide de litigiosidade”, tal como discutida por Sousa Santos. Nesta pirâmide, apenas uma pequena parcela das “causas” ou dos litígios chega aos tribunais, sendo esta resolução apenas uma entre as muitas possíveis, dependendo da sociedade de que se trata, do grupo social envolvido e do contexto de interações onde acontece o litígio: “Num complexo sistema de *feedback*, a avaliação da dimensão da lesão e os objetivos da reparação estão (...) em íntima interação com os mecanismos de resolução à disposição do lesado e com a capacidade deste ou do próprio mecanismo para convocar ao processo de resolução o causador do dano” (Sousa Santos, 1996:52).

(2) Ver o brilhante trabalho de Fábio Luiz Lopes da Silva (1992), *Para uma genealogia da corrupção*.

Se o ponto de partida é o reconhecimento do dano ou da injustiça, é também necessária a constatação de que é possível atuar, de que existem possibilidades e canais efetivos de reparação. É este um dos aspectos centrais do nosso trabalho: se a corrupção não é uma fatalidade, uma série de práticas inevitáveis, se tem responsáveis e implica em um dano, existe a percepção de que é possível atuar, de que existem canais para a reparação do dano ou da injustiça ou para sua punição?

Sugerimos que é neste exato momento em que ressurge com força total a ambigüidade do movimento denunciatório envolvendo casos de corrupção que nos remete à construção de um campo de litigiosidade social. Se não existem os canais de reparação, ou existem dúvidas sobre esses canais, a corrupção será realmente um mal público ou será uma fatalidade? A ausência de respostas por parte dos canais de reparação do dano reenvia o movimento às suas origens: é a corrupção um problema? A quem este problema diz respeito? A impunidade surge como um ponto central, com sua superação ligada a transformações da configuração do poder político: como punir um rei? É possível punir um presidente? "A punição não é leve, é ridícula (...) na lei atual você só pode determinar o ressarcimento ao Tesouro se ficar comprovada a má-fé. A situação de virtual impunidade é, na verdade, assegurada pela lei" (Carlos Atila, *OESP*, 03.02.1992:4).

Retomando, as causas, "casos" ou litígios, apóiam-se nos seguintes pressupostos: o reconhecimento da existência de fatos que provocam danos individuais ou coletivos, ou seja, do reconhecimento de uma injustiça; de que esses fatos têm um responsável ou causador e que existem meios tanto para a divulga-

ção quanto para a reparação do dano ou injustiça. A percepção da existência de possibilidades e de canais competentes de reparação varia em cada sociedade e cada grupo social, sugerindo a existência de um pluralismo jurídico, com o direito oficial convivendo com "outros direitos que circulam não-oficialmente na sociedade, no âmbito das relações sociais específicas, tais como relações da família, de produção e trabalho, de vizinhança etc. (...) essa normatividade é freqüentemente mobilizada pelos mecanismos informais de resolução de litígios" (Sousa Santos, 1996:53).

A denúncia de uma injustiça supõe, portanto, a existência de um culpado ou responsável que possa ser representado, enquanto o papel do denunciante é o de instituir a crença na verdade da denúncia, o de criar o convencimento sobre a verdade do que diz e de que esta verdade é "boa". O autor da denúncia pede para ser seguido por um número indefinido, mas elevado de indivíduos (todos os homens de bem, a sociedade), seguindo uma perspectiva inflacionária, de crescimento progressivo de seus seguidores.

No caso das denúncias de corrupção, não é fácil identificar os responsáveis, assim como não é fácil acreditar na possibilidade da reparação do dano e na punição dos culpados. Acreditamos que, se os autores das denúncias conseguem convencer a opinião pública sobre a verdade da denúncia, é mais difícil a possibilidade do convencimento de que esta causa "é boa". Não "é boa" porque está fadada ao insucesso, pela crença de que esta se diluirá e não levará à punição dos responsáveis nem ao ressarcimento dos danos. Este é um fator de desmobilização e revelador de descrença nas instituições de investigação e de reparação, de um sentimento de forças extremamente desiguais em luta, assim como

a crença na irreversibilidade dessa desigualdade.

Se as práticas agrupadas sob o nome de corrupção começam a ser percebidas como lesivas, como um "mal" que tem responsáveis e que existem meios para que sejam publicamente denunciadas, não existe ainda o reconhecimento da existência de meios efetivos para sua investigação e, muito menos, para sua punição. Podemos afirmar que existe um reconhecimento do papel da Justiça enquanto instrumento para o controle diferencial das ilegalidades, com a existência de punição para certos crimes e de impunidade para outros. Existe um desgaste que afeta profundamente a credibilidade simbólica da tutela judicial.

3. As leis

Como ponto central na relação entre corrupção, impunidade e modo de governar, encontramos a discussão sobre as leis. Trata-se tanto das leis prolixas e impraticadas como das leis criando dificuldades para vender facilidades. Trata-se, principalmente, de sua aplicação, assim como da tênue fronteira entre o legal e o ilegal. A demanda por punição para determinadas práticas, progressivamente percebidas como criminosas, passa pelo questionamento das leis brasileiras.

Introduziremos esta discussão citando os versos de uma sentença do Juiz de Varginha (SP) Dr. Ronaldo Tovani, sobre um caso de furto acontecido na região.

"Perguntado sobre o furto/que havia cometido/respondeu Alceu da Costa/bastante extrovertido:/desde quando furto é crime/neste Brasil de bandido? (...) E hoje passado um mês/de ocorrida a prisão/chega-me às mãos o inquérito/que me parte o coração:/solto ou deixo preso/esse mísero ladrão? Soltá-lo é decisão/

que nossa lei refuta/pois todos sabem que a lei/é pra pobre, preto e p.../. Por isso peço a Deus/que norteie minha conduta. E é muita justa a lição/do PAI destas Alterosas:/não deve ficar na prisão/quem furtou duas penosas/se lá também não estão presas/pessoas bem mais charmosas/ como das fraudes do INAMPS e/das FERROVIAS engenhosas (...). Se virar homem honesto/e sair dessa sua trilha/permanença em Cachoeira/ao lado de sua família/devendo, se ao contrário,/mudar-se para Brasília" (F.T. 04.12.1987:20).

Nestes versos do Juiz, vê-se sua crítica ao papel da justiça enquanto instrumento para o controle diferencial das ilegalidades segundo a classe social; a crítica à impunidade que cerca às práticas catalogadas sob a denominação de corrupção; uma localização espacial privilegiada para estes crimes. Certamente as opiniões bem humoradas do Juiz espelham opiniões mais gerais dos brasileiros sobre a existência de "crimes e crimes", sobre os políticos e sobre a atuação da justiça.

A corrupção é definida no Código Penal e em leis especiais. Na leitura destas leis ficamos com a impressão reforçada do "fora da lei" geral, da distância entre o código legal e as práticas cotidianas. "Vale lembrar que a legislação atual pune exclusivamente os crimes dolosos (intencionais), o que leva a uma interpretação da lei demasiadamente benevolente para com aqueles que praticam os delitos previstos no anteprojeto (...). O país tem leis, as mais bem estruturadas, que, no entanto, não são respeitadas pelos infratores, nem as sanções aplicadas por seus guardiões" (Editorial, *FSP*, 22.06.1984:2).

Não se trata, portanto, de falta de leis. Pode-se questionar se estas são bem formuladas ou se contêm brechas suficientes para tomar a legislação contra o

crime de corrupção inaplicável: sempre faltarão as provas cabais. Reconhece-se, porém, que estas leis existem, extensamente formuladas, sendo simultaneamente invisíveis ou impraticáveis. Como relacionar sua prolixidade com sua inaplicabilidade?

Criticadas por “descoladas” da realidade, pensadas como corretoras de uma realidade, as leis se alçariam ao estatuto de utopias, permanentemente violadas e destinadas ao fracasso: “As Constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América Latina” (Holanda, 1987:135). Figuradas como principal fonte de padronização das relações de convivência (Bobbio, 1986:131) com seus valores de liberdade, igualdade e segurança, não admitindo privilégios nem discriminação, veêm-se ou ignoradas ou violadas a favor de grupos ou indivíduos.

Faoro tece o seguinte comentário, seguindo a mesma linha: “O regime autoritário convive com a vestimenta constitucional, sem que a lei maior tenha capacidade normativa, adulterando-se no aparente constitucionalismo – o constitucionalismo nominal, no qual a Carta Magna tem validade jurídica mas não se adapta ao processo político, ou ao constitucionalismo semântico, no qual o ordenamento jurídico apenas reconhece a situação de poder dos detentores autoritários” (Faoro, 1987:741).

Historicamente trata-se de construir a realidade a partir das leis ou do planejamento e historicamente se constata que a realidade não responde às intenções: “A legalidade teórica apresenta, ressalvada a elegância da frase, conteúdo diferente dos costumes, da tradição e das necessidades dos destinatários da norma [...] edifica-se nas nuvens, sem

contar com a reação dos fatos, para que da lei ou do plano saia o homem tal como laboratório de Fausto (...) a vida social será antecipada pelas reformas legislativas, esteticamente sedutoras, assim como a atividade econômica será criada a partir do esquema, do papel para a realidade” (Faoro, 1987:744-745). Holanda apresenta o mesmo raciocínio: “Outro remédio, só aparentemente mais plausível, está em pretender-se compassar os acontecimentos segundo sistemas, leis ou regulamentos de virtude provada, em acreditar que a letra morta pode influir por si só e de modo enérgico sobre o destino de um povo. A rigidez, a impermeabilidade, a perfeita homogeneidade da legislação parecem-nos constituir o único requisito obrigatório da boa ordem social. Não conhecemos outro recurso” (Holanda, 1987:133).

James Holston, analisando as leis de terras no Brasil, propõe que estas podem funcionar como instrumento de desordem calculada, definindo “uma arena de conflito na qual as distinções entre o legal e o ilegal são temporárias e sua relação é sempre instável” (1993:68). Esta desordem calculada, essas disfunções previsíveis, essas irresoluções, esse excesso de complicações legais não poderiam ser explicados por corrupção ou manipulações individuais, sugerindo um modo de irresolução mais sistêmico no qual “a irresolução é também um instrumento de dominação atualizado pelo sistema jurídico; ou seja, os princípios da lei no Brasil produzem, sistematicamente, irresoluções para uma sociedade na qual a irresolução é um princípio de ordem” (1993:77).

Se bem favorecem desta forma a corrupção e a manipulação por interesses individuais, estas leis seriam prioritariamente explicadas como instrumento de manutenção de uma determinada ordem.

Não falamos mais das relações pessoais se sobrepondo, invadindo ou assaltando os interesses públicos ou legais e sim das leis favorecendo essa dialética, vista esta como fator de manutenção de um *status quo*. “Nesse sentido, a irresolução jurídica é um meio de dominação efetivo, embora perverso” (Holston, 1993:82).

Desgoverno? Ou uma forma peculiar de governo, de governar? A irresolução jurídica dos conflitos, analisada por Holston, combina-se com o excesso de leis, dos códigos e dos regulamentos criando “complicações para vender facilidades”.

“As leis regulamentadoras da administração pública, no Brasil, nasceram recheadas de formalidades e, à medida que se ampliaram as exigências burocráticas de toda a espécie, desapareceu a transparência esperada nos negócios” (João Leiva, *OESP*, 21.01.1992:2).

Esta é uma tendência forte nos estudos sobre a corrupção a partir de Huntington (1975). Uma série de analistas propõe como uma das causas da corrupção o “excesso de Estado”, o excesso de regulamentação: “A corrupção, como todos os desvios, é inconcebível sem a norma da qual é o avesso; a lei antieconômica, a regra minuciosa (...) A burocracia é uma geradora de corrupção, como a tecnocracia” (Rios, 1987:100).

Não se trata, nestes discursos citados, de propor como “antídoto” à corrupção, favorecida pelas leis, decretos, burocracias, a desregulamentação. Esta é, porém, uma tendência que aparece a partir dos anos 80, com as discussões sobre “estado mínimo” e a crítica ao papel regulador do Estado na economia. A panacéia seria: quando o Estado se retira, a corrupção desaparece. Cabe mencionar o estudo de Adonis, sobre a Inglaterra pós-desestatização de um grande número

de serviços públicos, por ser um estudo que já nos traz dados sobre os resultados desta experiência. Verifica-se a ocorrência de corrupção já no processo de seleção das empresas encarregadas de prestar o serviço ao público, seguida de uma série de irregularidades no uso do dinheiro proveniente do Estado: “Avec la tendance internationale à repenser le fonctionnement et les frontières de l'État, les objectifs de telles stratégies – rendement, efficacité, réactivité – n'ont pas besoin d'être décrits point par point. Cependant, la commission des comptes a détecté de sérieux indices de progression d'une corruption endémique de bas niveau, d'un genre jusqu'ici limité surtout à la police” (Adonis, 1995:115). Com a responsabilidade pela administração do orçamento nas mãos dos gerentes dos estabelecimentos anteriormente públicos, verificam-se casos de nepotismo, desvio de fundos, contratações sem qualificação.

Se a corrupção mantém um diálogo permanente com as leis, seja para contorná-las, seja para aproveitar suas brechas ou imprecisões, este diálogo continua com as novas leis desregulamentadoras. Com a desregulamentação, diminui a visibilidade e portanto a possibilidade de controle da gestão, com o aumento, portanto, da possibilidade do uso do recurso público em benefício privado. Associa-se a este quadro o que nesta discussão aparece sob a denominação de “pragmatismo político”, o qual, em nome da eficiência e da eficácia da administração, gera um quadro de múltiplas ilegalidades.

Este debate reflete-se em tentativas de mudanças na legislação³ que coloquem

(3) Esta tentativa de contenção do problema da corrupção, via novas leis, também acontece na Argentina. Verbitsky comen-

um fim à impunidade, reorganizando desta forma a convivência social, associando-se esta mudança como sendo determinante para a passagem do Brasil arcaico para o Brasil moderno. Sugere-se um aprimoramento das leis já existentes, seguindo o caminho tradicional já conhecido, tão bem descrito por Holanda e Faoro.

4. Os dilemas do Judiciário

A fraca presença do Judiciário na resolução dos conflitos, especialmente nos que envolvem questões políticas, encontraria uma explicação mais geral segundo Sousa Santos: "Nos países periféricos e semiperiféricos, o garantismo esteve, por assim dizer, em crise desde o início. Nesse sentido, as responsabilidades políticas do Judiciário são menores apenas porque é menor a legitimidade do sistema político no seu conjunto. A relativa irrelevância social dos tribunais é assim o outro lado da distância do sistema político em relação aos cidadãos" (Sousa Santos, 1996:58).

Se esta fraca presença é verificada, vê-se também uma convocação em curso. Uma destas convocações é do Legislativo, outra, é do Judiciário, tentando alterar posições de dependência em relação ao

Executivo, como na nova formulação constitucional do Ministério Público, com a posição ativa da OAB e de setores da Magistratura, com uma nova visão do direito, articulada aos movimentos sociais. Uma das perguntas a ser respondida é a seguinte: "Como tornar o Judiciário permeável aos anseios da sociedade que deseja expor seus conflitos, mas também deseja submetê-los a um certo ordenamento legal, com a ajuda de instituições capazes de permitir a convivência ordenada – e não só a repressão desordenada?" (Oliveira/Lopes, 1990:134).

José Geraldo Sousa Jr., discutindo a função social do advogado, propõe que o momento atual de novas relações entre a sociedade civil e a sociedade política exige a criação de novos instrumentos jurídicos, outra compreensão da relação entre o direito e as leis, entre as leis e a Justiça, assim como "acentua a exigência de novas concepções de Justiça capazes de assegurar, através do exercício democrático, a criação permanente de direitos igualmente novos, enquanto reivindica, simultaneamente, uma nova concepção de função pública, que envolve a prática social do advogado, como sujeito co-participante do processo de reinstituição contínua da sociedade" (Sousa Jr., 1990:128). Trata-se de uma atitude em defesa das liberdades democráticas, dos direitos e garantias individuais e coletivos e dos interesses difusos da sociedade, que se expressariam no trabalho das Comissões de Direitos Humanos propostas pelas conferências da entidade dos advogados.

Da mesma forma, o Ministério Público é convocado para assumir sua responsabilidade "como fiscal da lei, representante judicial do interesse público", para controlar o exercício dos poderes constituídos, defender os direitos humanos e sociais" (Vasconcelos, 1990:131).

ta dois projetos de lei sobre corrupção em discussão em 1990: "El primero, fundamentado en la salvaguardia de la integridad del Estado, castigaba con mayor severidad que el homicidio (8 años de pena mínima) el enriquecimiento ilícito, el cohecho, el abuso de autoridad y la violación de los deberes de los funcionarios públicos, lo cual constituía una subversión de los valores (...) el segundo garantizaba que el primero fuera inaplicable ao crear nuevas figuras jurídicas y aumentar penas de otras para proteger a los funcionarios públicos contra denuncias de corrupción" (Verbitsky, 1992:118).

A Associação dos Juízes para a Democracia, fundada nesse ano de 1991, contextualiza da seguinte forma sua proposta: "A entidade surgiu das próprias inquietudes despertadas pela administração da justiça em nosso país. É alto o preço que pagamos pela falta de eficiência e pela falta de visão crítica dos conflitos, decorrente de nossa própria formação tecnicista e dogmática. É alto o preço pago por nosso isolamento, gerado por aqueles problemas e também pela dificuldade de acesso das camadas mais pobres à prestação jurisdicional, pelo excessivo formalismo do sistema processual e pela dificuldade da população de entender o funcionamento da máquina judicial" (editorial, *Boletim*, ano 1 n. 0, set./1993).

Se o contexto descrito é de inquietação, de descrédito em relação às funções dos tribunais, ou de percepção dessas funções como gerindo dois tipos de ilegalismos que respondem a critérios de classe, com a delinquência própria à riqueza tolerada pelas leis e certa da indulgência dos tribunais quando cai em seus domínios (Foucault, 1984 a 1982), existe a percepção, por parte dos Juízes, do custo simbólico dessa situação⁴ e a necessidade de modificá-la. A pergunta que sintetiza estas preocupações é a seguinte: "Qual o futuro dessa cultura

legalista no âmbito de uma sociedade não-legalista, marcada pelas transgressões de caráter coletivo, envolvendo grupos, classes e comunidades com projetos éticos e sociais conflitantes?" (Oliveira/Lopes, 1990:133).

A co-responsabilidade política dos tribunais na gestão pública é reconhecida como central por parte do grupo fundador da nova entidade, "muito preocupado com a questão do resgate da cidadania do juiz, cujo mais evidente atributo é a participação jurisdicional e política transformadora da sociedade, num sentido promocional dos direitos solenemente declarados na Constituição da República" (Cintra Jr.; Villen; 1995:3). Reconhecemos neste trecho a coerência da proposta de ação dos juízes desta Associação, com o movimento global descrito por Sousa Santos: trata-se de "encurtar" a tradicional distância entre a Constituição e a prática judiciária, distância esta fruto do conservadorismo, do desempenho rotinizado, da organização judiciária deficiente, da tutela do Poder Executivo, de um direito processual hostil e antiquado, visto como antidemocrático, antipopular e autoritário. "A tibieza dos tribunais no domínio da justiça distributiva e dos direitos sociais e econômicos se prolonga também no domínio do combate da corrupção, o qual (...) tem vindo a constituir, juntamente com a tutela dos interesses difusos e do meio ambiente, uma área privilegiada de protagonismo político e visibilidade social dos tribunais nos países centrais" (Sousa Santos, 1996:45).

É a judicialização dos conflitos políticos traduzindo-se na politização dos conflitos judiciários, tanto por reformas internas como por uma atenção redobrada à relação com os demais poderes (Sousa Santos, 1996:30). Mesmo tratando especificamente sobre a questão da

(4) "A falta de tradição democrática (...) um poder político concentrado (...) numa pequena classe política de extração oligárquica que soube criar imunidades jurídicas e fáticas que redundaram na impunidade geral dos crimes cometidos no exercício de funções políticas. Essa prática transformou-se na pedra angular de uma cultura jurídica autoritária nos termos da qual só é possível condenar "para baixo" (...) os tribunais foram vistos como parte dessa classe política e tão autoritários quanto ela" (Sousa Santos, 1996: 45).

sindicalização dos Juízes, Oliveira e Lopes analisam esse movimento dentro de um contexto mais amplo: “Essa questão é levantada no momento em que a emergência de movimentos comunitários, sindicais e religiosos vêm desafiando a rigidez lógico-formal dos sistemas legais/judiciais, mediante a politização de questões aparentemente técnicas e a tentativa de criação de novos direitos a partir de fatos consumados – como é o caso da ocupação de terras (...) Tais juízes revelaram sensibilidade ao perceber que a atual explosão de litigiosidade, deflagrada pelos ‘sujeitos coletivos e populares’ empenhados em auto-realizar seus interesses e em construir seus direitos numa perspectiva em que a legitimidade se sobrepõe à legalidade, exige uma reavaliação do papel do Judiciário” (Oliveira/Lopes, 1990:134).

Clama-se pela entrada em cena dos tribunais, para que assumam o seu papel contemporâneo de criminalizar a responsabilidade política, ou a irresponsabilidade política (Sousa Santos, 1996:30).

“Nada é mais grave para confiança no Direito e na Justiça aplicada pelo Estado que a certeza da impunidade do criminoso (...) Contra os todo-poderosos a lei não vale porque eles têm estado – pelo menos os brasileiros – acima de toda suspeita. Deles se diz que são irresponsáveis. No sentido de que ninguém consegue responsabilizá-los”⁵ (Walter Cene-

viva, *FSP*, 01.04.1984). Esta construção vai buscar o seu apoio nos fundamentos da idéia de República. O crime de responsabilidade liga-se à própria idéia da República, ao princípio da representação: “É a idéia de que o poder não é do governante, mas o poder é do povo, e por isto quem representa o povo, responde. Responde de que maneira? Ou como um cidadão comum, que no exercício de funções públicas, praticou delitos dessa natureza ou como governante – e, por isso, responde pelos negócios da apólice, responde pelos negócios de governo. Responde politicamente” (Temer, 1992:6).

É aí que radica boa parte do conflito: o poder é exercido como sendo propriedade do governante que o preenche completamente com seu corpo, sua vontade e seu saber, tratando desta forma os negócios de governo como negócios privados. “O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre” (Faoro, 1987:748). Daí a necessidade de uma grande construção sobre o crime de responsabilidade, sobre responsabilidade proveniente do princípio da representação. Se não é claro o que comporá o corpo do chamado “crime de responsabilidade”, vemos que “representação” também será objeto de discussão. De que representação se trata? Da representação política? Quais são os interesses a serem representados? Nada é óbvio. Não é clara, na estrutura do mando, a separação entre o princípio que o justifica, a função que o encarna

⁵ Adorno (1996) comenta os dados mais recentes sobre a punição – ou a ausência de punição – de delitos como fraudes, desvio de verbas públicas, corrupção: em 100 crimes de colarinho branco, selecionados de um total de 260 denunciados entre janeiro de 1990 até janeiro de 1996, 28 nem sequer viraram inquérito; 23 aguardam julgamento; 16 foram arquivados por falta de provas; 21 foram a julgamento, em que 7 réus foram absolvidos e o resto

condenado. Entre os condenados, apenas 5 se encontravam presos. Este levantamento foi fruto do trabalho de reportagem da revista *Veja*: O colarinho nunca esteve tão branco, de J. Carvalho (*Veja*, São Paulo, ano 29, n. 1, 03.01.1996 apud Adorno, 1996:170).

e a pessoa que o exerce. A relação entre o cargo e seu ocupante, entre o governante como centro do poder, do saber, da lei é vista como não resolvida historicamente.⁶

Miguel Seabra Fagundes demonstra como o crime de responsabilidade não teve uma trajetória feliz no Brasil, desde a presidência de Marechal Deodoro, “o primeiro dos presidentes que sucedera ao golpe de Estado que foi a República”, seguido de exemplos da presidência de Joaquim Floriano: “Começou, portanto, nessa trepidante série de acontecimentos, o problema da responsabilidade do Presidente da República. Um que não se sujeita à responsabilidade agressivamente, outro que não se sujeita num ato individual [...] somos herdeiros de uma República que começou tão mal” (Seabra Fagundes, 1992:30). A discussão sobre crime de responsabilidade vai, desta forma, levar à recuperação sobre o significado e os limites do mando nos princípios republicanos.

Geraldo Ataliba tenta esclarecer esta distinção e os limites no exercício da função pública, lembrando o bê-á-bá da República: “Quero lembrar que nós vivemos numa República. O art. 1.º da Constituição diz que o Brasil é uma República. República é um regime de governo em que quem exerce função política o faz eletivamente, portanto representando o povo (...) ninguém é investido em função política irrevogavelmente (...) responsabilidade política, responsabilidade penal, responsabilidade administrativa e responsabilidade civil. Este é o cunho da República: responsabilidade” (Ataliba, 1992:35).

Podemos afirmar que, se no Brasil foi possível punir por crime de responsabilidade, graças à inesperada presença do

povo nas ruas durante o processo de *impeachment* de Fernando Collor, ainda não parece ser possível punir por crime de “corrupção”. Como demonstrá-la, apresentar as necessárias “provas cabais”? Como prosseguir as investigações e, dentro da “rede”, definir as responsabilidades individuais? Como delimitar este crime que se mantém muitas vezes na fronteira tênue entre o ilegal e o legal? Como verificar o “dolo”, a intencionalidade do favorecimento e da retribuição? Ilegalidades toleradas que continuam a receber, por parte do sistema penal, um tratamento diferenciado, comprovando a tese de que o sistema penal é concebido no sentido de gerir diferencialmente as ilegalidades, não de suprimi-las.

É a corrupção um “problema” a demandar soluções, um “mal público” que afeta a todos e que deve ser objeto de reparação e punição ou se trata de uma fatalidade, de um conjunto de práticas inseparável da arte brasileira de fazer política e de governar? Será possível construir um “atuante sistema de freios e contrapesos ao Leviatã estatal, que pode olvidar as críticas das sociedades, mas não pode fugir à legítima sujeição que lhe impingir o Judiciário e o Legislativo”? (Senado, 1989:160).

5. Bibliografia

- ADONIS, Andrew. Grande-Bretagne: la vertu civique à l'épreuve. In DELLA PORTA/MÉNY (org.). *Démocratie et corruption en Europe*. Paris : La Découverte, 1995.
- ADORNO, Sergio. *A gestão urbana do crime e da insegurança. Violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira*. Livredocência, FFLCH/USP, 1996 (datilog.).
- ATALIBA, Geraldo. *Impeachment: aspectos jurídicos*. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, setembro (suplemento), 1992.

(6) Chauf, 1994; Candido, 1994.

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.
- CANDIDO, Antonio. A culpa dos reis: mando e transgressão em Ricardo II. In NOVAES, A. (org.). *Ética*. São Paulo : Cia. das Letras, 1994.
- CHAUI, Marilena. Raízes teológicas do populismo no Brasil: teocracia dos dominantes, messianismo dos dominados. In DAGNINO, E. (org.). *Anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo : Brasiliense, 1994.
- CINTRA Jr., Dyrceu Aguiar; VILLEN, Antonio Carlos. Juízes para a democracia: breve apresentação. *Justiça e Democracia*. Associação Juízes para a Democracia, São Paulo : RT, 1995.
- FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. 7. ed. Rio de Janeiro : Globo, 1987.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro : Vozes, 1984.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 19. ed. Rio de Janeiro : José Olympio, 1987.
- HOLSTON, James. Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil. *Rev. Bras. de Ciências Sociais*, 21, ano 8, 1993.
- HUNTINGTON, Samuel. *A ordem política nas sociedades em mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/EDUSP, 1975.
- INECIP. *Pena y Estado - Corrupción*. Buenos Aires : Ed. del Puerto, 1995.
- JOHNSTON, Michael. O paradoxo da corrupção: efeitos grupais e sistêmicos. In LEITE B., Celso (org.). *Sociologia da corrupção*. Rio de Janeiro : Zahar, 1987.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronto a instituição. *Revista USP - Dossier Judiciário*. São Paulo, n. 21, 1994.
- OLIVEIRA, José Eduardo Campos de; LIMA LOPES, J. Reinaldo. O magistrado e sua sindicalização. In SOUZA JR., José Geraldo de (org.). *O direito achado na rua*. Brasília : UNB, 1990.
- RIOS, José Arthur. A fraude social da corrupção. In LEITE B., Celso (org.). *Sociologia da corrupção*. Rio de Janeiro : Zahar, 1987.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro : Rocco, 1993.
- SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. Doutorado, Dep. De Sociologia, FFLCH, USP, 1997 (datilog.).
- . Governantes & governados, público & privado: alguns significados da luta contra a corrupção, o segredo e a mentira na política. *Revista USP - Direitos humanos no limiar do século XXI*, São Paulo, n. 37, 1998.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Impeachment: aspectos jurídicos*. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, setembro (suplemento), 1992.
- SENADO FEDERAL. *Relatório da CPI que apurou irregularidades na administração pública federal*. (22/88). Brasília, 1989.
- SILVA, Fábio Luiz Lopes da: *Para uma genealogia da corrupção*. Dissertação de Mestrado, IEL, Unicamp, 1992.
- SOUZA SANTOS, Boaventura et alii. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *RBCS*, n. 30, 1996.
- SOUZA JR., José Geraldo de. *O direito achado na rua*. Brasília : UNB, 1990.
- TEMER, Michel. *Impeachment: aspectos jurídicos*. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, setembro (suplemento), 1992.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Ministério Público: de procurador da Coroa a procurador do povo ou a história de um feitiço que às vezes se vira contra o feiticeiro. In SOUSA JR., José Geraldo de (org.). *O direito achado na rua*. Brasília : UNB, 1990.
- VERBITSKY, Horacio. *Robo para la corona: los frutos prohibidos del árbol de la corrupción*. Buenos Aires : Planeta Espejo de la Argentina, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. La corrupción; su perspectiva latinoamericana. In Oliveira, Edmundo (org.). *Criminologia crítica*. Belém : Cejup, 1990.

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

OS DIREITOS HUMANOS NA ENCRUZILHADA DOS IDEAIS DEMOCRÁTICOS

HELENA SINGER

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Uma breve história de trezentos anos – 3. Quando o povo desconhece sua vontade – 4. Quando a aplicação das penas adquire foros de questão política – 5. Quando a filosofia ilumina o legislador para a aplicação das penas – 6. A encruzilhada das dicotomias universais – 7. Bibliografia.

1. Introdução

A palavra *democracia* adquiriu contemporaneamente uma forte conotação adjetiva positiva, a ponto de ter que ser invocada mesmo por aqueles que a negam em práticas das mais cotidianas às mais propriamente políticas. Ao regime democrático foram associados atributos de cidadania que poderiam estar presentes em outros tipos de ordenação política.

Os chamados *direitos humanos* são o melhor exemplo disso, tratando-se de direitos elementares passíveis de serem respeitados em regimes como o monárquico e o oligárquico, mas sempre afirmados como uma conquista da cidadania nos países democráticos em suas versões republicana ou parlamentar-monárquica. De fato, os direitos humanos são um atributo do ideal de democracia da modernidade. “É verdade que o principal aporte positivo da modernidade à idéia de democracia está nos direitos humanos, que os gregos ignoraram” (Ribeiro, 1997).

Buscando as vinculações entre teorias e práticas de poder, podemos demarcar alguns parâmetros históricos essenciais

para a compreensão desses processos, delimitando os momentos que construíram o vínculo entre razão universal, direitos humanos e democracia.

2. Uma breve história de trezentos anos

O primeiro desses momentos é a Revolução Inglesa de 1688. Até 1660, as novas monarquias da Europa não haviam se libertado da estrutura de governo que haviam herdado. Riqueza advinda das colônias, burocracia, controle da religião e exércitos permanentes ainda não haviam conseguido romper com os padrões que caracterizaram a monarquia do período feudal.¹ O Estado ainda dependia da boa vontade dos nobres para se fazer obedecer e a incapacidade de conservar este apoio provocava revoltas. Em 1688, uma dessas revoltas, apoiada pelos holandeses, levou Jaime II ao exílio e garantiu

(1) A lentidão dos processos de centralização do poder coercitivo e burocrático-administrativo e suas articulações com os processos que configuraram o que consideramos comportamentos “civilizados” foram demonstradas de modo definitivo por Norbert Elias (1990).

a partilha do poder entre o Parlamento, representando mercadores e proprietários de terra, e a Coroa.

Os princípios dessa nova partilha de poder foram expressos na *Bill of Rights* (a carta Magna da Inglaterra até os dias de hoje), que enuncia treze direitos fundamentais. A *Bill of Rights* fixa a sucessão ao trono e, portanto, precede a sanção régia. Seus pressupostos são, por um lado, o Jusnaturalismo – doutrina atemporal que tem como prioridade o indivíduo, a quem são atribuídos direitos advindos da natureza humana, transformada em sua garantia – e por isso ela é uma *declaração*, colocada acima da vontade; e, por outro lado, a razão universal, que define o bom ordenamento social. A *Bill of Rights* vale *somente para os ingleses*, enumerando direitos dos nascidos naquele país. Seu fundamento são as tradições e os costumes, universalizados como os mais próximos da natureza, dada a sua suposta longevidade que de fato opera uma mitificação dessas tradições.

Talvez seja pelo fato de a *Bill of Rights* voltar-se apenas para os ingleses que não questionava o poder da Coroa britânica sobre as suas colônias, onde acontecia até mesmo o aniquilamento de nações indígenas, algo em franca contradição com a doutrina do Jusnaturalismo e a idéia de razão universal. Entretanto, durante o século seguinte, esta posição vai ficando cada vez mais difícil de ser sustentada – principalmente diante do desenvolvimento econômico rumo ao modo capitalista, que necessita de amplos mercados de consumidores –, e mesmo a Coroa começa a pressionar sua principal colônia, na América do Norte, no sentido de proteger as nações indígenas e acabar com a escravidão.

O clima é dominado pelo Iluminismo. Duas obras dão o tom das mudanças em

andamento: O *Espírito das leis* (1748), do Barão de Montesquieu, e *Emílio* (1757), de Jean-Jacques Rousseau. Na primeira está o prognóstico do tipo de ordenação política mais adequado à nova era – o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Na segunda, fica clara a importância do papel educativo para criar no coração dos homens o amor pela democracia e fazer com que eles atinjam a verdade. A verdade está o mais próximo possível da natureza e por isso o processo educativo deve adotá-la como modelo, as crianças devem ser preservadas ao máximo do contato com a sociedade, fonte dos males da modernidade.² Além dessas obras, o marco filosófico iluminista foi registrado na *Enciclopédia* (1751-1772): criação de moral, ética e religião em sintonia com a idéia de uma razão universal capaz de “iluminar” os homens rumo ao progresso.

Este clima revolucionário atinge a América do Norte. Desde 1760, vinha se organizando naquelas colônias britânicas crescente resistência aos impostos, aos controles comerciais e à proteção dos índios, perpetrados pela metrópole. Ato coercitivo adotado nesse período, que geraram ressentimentos, ajudaram a acender o estopim da Guerra da Independência Americana, vencida pela colônia, em 04.07.1776. Apesar de também se referir a um único país, a *Declaração de Independência* já apresentava um caráter mais universalizante, manifesto logo em seu início: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a

(2) Sobre o projeto educativo de Rousseau, ver Singer, 1997:67-71.

busca da felicidade". Mas, algumas linhas adiante, ficam claros os limites das pretensões universalizantes às fronteiras da "civilização", que se opõe à "barbárie" do passado e à "selvageria" indígena:

[O atual rei da Grã-Bretanha] está, agora mesmo, transportando grandes exércitos de mercenários estrangeiros para completar a obra de morte, desolação e tirania, já iniciada em circunstâncias de *crueldade e perfídia raramente iguais nas idades mais bárbaras e totalmente indignas de uma nação civilizada*. (...) Provocou insurreições entre nós e procurou trazer contra os habitantes das fronteiras os *índios selvagens e impiedosos*, cuja regra sabida de guerra é a destruição sem distinção de idade, sexo e condições (grifos meus).

Analizando a formação do Estado americano, Dario Melossi assinala que as raízes da crença anglo-americana na soberania do povo residem em uma mescla do predomínio social de pequenos proprietários, uma convicção religiosa que predicava a iniciativa e a relação direta com a divindade, e uma tradição legal amplamente influenciada pela herança da *common law* inglesa, segundo a qual a lei emana dos costumes do povo. É nesta brecha que a violência fica reservada aos "de fora" da comunidade, aos que não compartilham das mesmas tradições, como os índios, escravos e "desviantes" (Melossi, 1992:140).

Mas os valores da liberdade, felicidade e racionalidade vão aos poucos ganhando espaço e, em 1789, é promulgada a *Constituição dos Estados Unidos da América – a Declaração Universal dos Direitos do Homem*, ratificada dois anos depois. Este documento estabelecia dez direitos,³ que advogavam liberdades

mais amplas que o *Bill of Rights* inglês, e apresentava o mesmo caráter universal, reiterado no artigo XIII, em que se declara o fim da escravidão, mantida apenas como forma de punição. Mas o fim da escravidão em todo o território americano só seria mesmo garantido em 1860, com a Guerra Civil.

Do ponto de vista político, os americanos foram buscar inspiração nos filósofos do Iluminismo, especialmente Montesquieu, para construir um equilíbrio entre os poderes, com governantes eleitos. Esta divisão de poderes e os critérios de cidadania, bem como o monopólio da tributação e da força física e o fim dos privilégios da nobreza, estão muito bem expressos nos sete artigos que compõem a Constituição.

Como num jogo de influências mútuas, a Revolução Americana reverbera na França. Em 1789, uma crescente crise financeira precipitou acontecimentos semelhantes aos ocorridos nos Estados Unidos, embora mais conturbados. Dario Melossi ressalta, no entanto, a divergência entre os revolucionários americanos e os franceses, em relação ao conceito de comunidade política baseada em direitos naturais.⁴ Seguindo a tradição inglesa, os americanos reconheciam os direitos tradicionais e evocavam o *direito comum* que inspirara a Revolução Gloriosa. Já os franceses incorporavam mais fortemente os ideais do Iluminismo, sobretudo na forma lhes dada por Rousseau, e apostavam na iluminação

⁽³⁾ Desde então, várias emendas foram feitas à Constituição original.

⁽⁴⁾ Segundo Claude Lefort, na Declaração americana, sob a linguagem que apela à natureza e indissocia Estado e sociedade, está a garantia da "soberania" da nação em relação à monarquia. Mas, a seu ver, a idéia de uma natureza do homem nunca teria realmente dotado de sentido nem a Declaração americana nem a francesa (Lefort, 1986:47 e 55).

dos legisladores, evocando o *direito civil*. O direito civil seria o instrumento para se atingir o consenso, prerrogativa básica da democracia para o pensamento rousseauiano. Para evitar possíveis contrastes entre os interesses particulares e o interesse comum, o direito deveria ser internalizado (conscientizado) por meio da educação. Durante o processo de radicalização do movimento revolucionário francês, a aproximação com o pensamento de Rousseau ficou mais evidente, sobretudo com a proibição das associações, que impediriam o consenso (Melossi, 1992:42-48).

Assim a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* elaborada na França ainda em 1789 distingue-se da inglesa e da americana por se voltar para todos os homens do mundo. Há aqui um caráter bem mais filosófico, com pretensões universalizantes que se associam aos movimentos de “exportação” da República Francesa, que provocaram até mesmo duas guerras nos anos posteriores – com a Áustria e a Prússia (1792) e com a Grã-Bretanha (1793). Os 17 artigos que compõem a Declaração conformam um texto inacabado, interrompido por questões conjunturais. A sequência dos artigos, no entanto, tem que ser mantida: começa-se pela afirmação da generalização de direitos para todos os homens, enumerando-se os quatro básicos – liberdade, igualdade, resistência à opressão e segurança; prossegue-se afirmando a constituição do Estado a serviço dos cidadãos; a redução das distinções sociais; a medida das leis dada pela não-nocividade social; a precedência da vontade geral; por fim, a presunção da inocência.

A eclosão das três revoluções incentivou a crença em uma razão imutável no homem e um otimismo em relação à evolução humana, que levaria neces-

sariamente ao progresso em todas as suas instâncias. “A liberdade – autêntica – do homem depende de ele conhecer. Sua vontade depende de libertar-se sua razão. Esta sim surge como desmistificadora, como portadora do progresso” (Ribeiro, 1993:132).

Ao longo do século seguinte, este discurso foi continuamente se fortalecendo. A Europa passava nessa época pela Revolução Burguesa, que inspirava várias mudanças na economia, na cultura, no comportamento. Aos poucos, a escravidão foi sendo abolida em todo o mundo; as escolas espalhavam-se enquanto passavam das mãos da Igreja para as do Estado, que pregava o “espírito da liberdade” de pensamento, para além dos dogmas religiosos. A Igreja resistia abrindo uma verdadeira frente de batalha contra a exclusão de seus tradicionais domínios. A Revolução Burguesa trouxe consigo, desde seus primórdios, seus grandes críticos, o pensamento comunista ou socialista. Estes buscavam a radicalização das conquistas: universalidade do conhecimento, laicidade, renovação cultural, desenvolvimento intelectual, moral, econômico e cívico. As discordâncias davam-se no nível da denúncia das verdades obscuras: opositores acusavam-se mutuamente de que, sob o discurso da igualdade e da liberdade, esconder-se-iam planos de dominação e exploração. Mas ambos os lados reivindicavam para si a herança da Revolução Francesa e, assim, seus ideais iam ganhando força.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial (1938-1945), com a redivisão política do mundo marcada pela Guerra Fria, o discurso dos direitos humanos tornou-se hegemônico para os países alinhados com o regime democrático. O termo *guerra fria* foi cunhado em abril de 1947 por Bernard Baruch, estadista norte-

americano, para definir a crescente tensão existente entre os Estados Unidos e a União Soviética. Após a Revolução Russa de 1917, incorporou-se à rivalidade geopolítica dos EUA e da URSS o fator ideológico. Além de inimigo imperialista na Ásia Oriental, o novo Estado soviético, comunista, era uma ameaça ao sistema capitalista mundial que os norte-americanos passavam a liderar. Durante a Segunda Guerra, os dois países se aliaram contra a Alemanha e o Japão, mas em 1945 a aliança teve seu fim. As demais potências mundiais estavam tão debilitadas pela guerra que EUA e URSS viram-se elevados à condição de superpotências, com interesses sempre conflitantes. A Guerra Fria diferenciou-se de conflitos internacionais anteriores por ter caráter global e representar, com o advento das armas nucleares, a possibilidade real do fim da maioria das formas de vida na Terra. O caráter global da Guerra Fria revelou-se com a disputa pela influência na China, Oriente Médio e Europa e, mais tarde, no restante da Ásia, América Latina e África. Boa parte do mundo passou a se alinhar com um dos pólos do conflito, em alianças que configuraram, pelo lado americano, a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) e, pelo soviético, o Pacto de Varsóvia.

Após a Segunda Guerra, os países de regime democrático firmaram uma aliança de garantia de paz em torno da ONU (Organização das Nações Unidas). O registro desse processo deu-se com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, por essa organização, em 10.12.1948, que reforçou a Declaração Francesa de 1789 e adicionou mais artigos, referentes à autonomia dos povos e à liberdade individual, aos ideais democráticos enfim.

Tornou-se lugar-comum nestes últimos anos (desde que a derrota fascista

rodeou a palavra democracia de um coro de elogios, pondo fim ao desdém que muitos lhe votavam até a Segunda Guerra Mundial) dizer que há democracia quando cessa o uso da violência, assim entendida essencialmente a força física. Dessa forma, atribui-se à palavra um forte poder: o de fazer cessar o mundo animal e introduzir, ou mesmo instituir o mundo propriamente humano. Mais que isso: um mundo marcado em seu cerne pela igualdade (Ribeiro, 1998:103).

A filiação da Declaração de 1948 ao pensamento iluminista está manifestamente declarada em seu primeiro artigo: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" – acepção que remete diretamente às palavras de ordem da Revolução Francesa, *liberté, égalité, fraternité*. Do mesmo modo, é clara a pretensão universalizante da declaração, tal como expressa o art. 2.º, § 1: "Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição".

O fato de os Estados Unidos liderarem o bloco democrático não os impediu de apoiar regimes ditatoriais na América Latina e na África, em que os direitos humanos eram abertamente desrespeitados. Tal apoio se justificava pelo temor de uma aproximação desses países com o bloco soviético. Nesse contexto, ficou clara a força da conotação positiva do adjetivo "democrático", cujo emprego tornou-se praticamente obrigatório para todos os estadistas após a Segunda Guerra.

Finalmente, nos anos 90, após a queda dos regimes comunistas na Europa Orien-

tal, tanto a Otan quanto o Pacto de Varsóvia declararam não mais ser inimigos e a ONU retirou o apoio às ditaduras restantes na América Latina e na África. Logo surgiram acordos para a redução dos arsenais bélicos — convencionais e nucleares. E a Declaração de 1948 universalizou-se para o mundo todo, com exceção dos países muçulmanos.

Atualmente, com o fortalecimento da globalização política e econômica, acentuou-se também o controle internacional sobre as violações aos direitos humanos. Entretanto, este controle parece não ultrapassar em muito o nível dos tratados internacionais, mantidos apenas como ideais a serem atingidos.

Conforma-se assim uma fragilização do discurso dos direitos humanos que remete a processos presentes em quase todo o mundo — e alguns países em especial, como o Brasil — nos últimos vinte anos: um recrudescimento das desigualdades socioeconômicas e um aumento da criminalidade violenta, que confere foros de guerra civil a uma luta pelo ingresso no mercado consumidor.

Jacques Rancière resalta que a queda do muro de Berlim criou paradoxos para a própria democracia no final do milênio. O primeiro paradoxo consiste no fato de a democracia ter se reduzido a regime da necessidade econômica, a alternativa que se teria mostrado eficiente diante da falência dos Estados comunistas, ficando de lado toda a discussão sobre os fundamentos éticos do regime. O segundo paradoxo refere-se à ausência do espaço de debate: a hegemonia do discurso neoliberal cria uma situação em que o debate político é completamente dominado pela postura que corrobora as ações do governo. Finalmente, o último paradoxo refere-se ao retorno das guerras étnicas, da exclusão, do racismo e da xenofobia, vistos

como *irracionalidades*. Para Rancière, a irracionalidade está no próprio bloqueio do debate político. Assim, o reaparecimento do ódio racista, por exemplo, apresenta um princípio identitário com a letargia racional que não possibilita questionamentos: ambos operam pela desumanização do outro, explicada pela distinção de raça ou pela “conduta irracional”.

Os cidadãos dos regimes ditos democráticos lutam pela manutenção de seus direitos individuais, mas apoiam o emprego de violência física ou até a supressão da vida de “criminosos” por parte de grupos que tomam a justiça em suas mãos, como nos linchamentos, nas ações de grupos de extermínio ou na exacerbação da violência policial. A luta é “contra a impunidade”, tornada palavra de ordem tanto no terreno da política quanto da vida cotidiana. Os portadores do discurso iluminista não escapam desse registro, voltando suas energias para a punição — no caso, punição dos justiceiros, classificados como violadores dos direitos humanos.⁵

Para acompanhar o debate atual sobre as situações conflituosas chamadas de “crimes”, “delitos”, “desvios” etc., palco deste embaralhamento dos discursos, em que a razão é evocada para desumanizar o outro, podemos voltar à gênese dos mesmos, à época das grandes revoluções, quando se forjaram os modernos discursos sobre democracia e direitos humanos. Os filósofos daquele tempo construíram um pensamento no qual estão colocados vários dos elementos com os quais até hoje lidamos com estas situações e isto justifica que eles

(5) A questão da busca generalizada pela punição foi trabalhada em Helena Singer, *Direitos Humanos e a volúpia punitiva*. In: Ribeiro, 1998:10-19.

sejam considerados os precursores do contemporâneo discurso jurídico-filosófico. O principal ponto de convergência está na confiança na filosofia ou na ciência – na razão, enfim – para definir estas situações e estabelecer as políticas mais adequadas em relação a elas. Este era e ainda é o argumento mais importante dos que entram no debate. Entretanto, há também várias rupturas entre o que contemporaneamente se diz a respeito dos crimes e o que os precursores disseram.

3. Quando o povo desconhece sua vontade

Cinco anos depois de *Emílio*, Rousseau lançou o seu tratado sobre a vida em sociedade, *O Contrato Social*, que também se tornaria referência obrigatória para o pensamento político desde sua época até os dias de hoje. Ali, Rousseau declara seu *entusiasmo*, seu amor pela democracia. Pode-se dizer que a afetividade que carrega o termo democracia, na atualidade, deve muito ao filósofo suíço. Mas a democracia idealizada por ele é a democracia da Antiga Atenas, na qual todas as decisões eram tomadas em assembléias, com a participação de todos os cidadãos, sem representantes. O poder pertencia ao povo e nas assembléias gerais manifestava-se a *vontade geral*. A soberania seria, portanto, um exercício da vontade geral.

Para Rousseau, em uma dimensão ideal, a sociedade ter-se-ia feito necessária para administrar os interesses particulares e tornou-se possível pelo interesse comum. Todo regime político basear-se-ia em um domínio legitimado, cujo pressuposto seria a transformação da força em direito e da obediência em dever. Na democracia, este poder soberano pertenceria a todos os cidadãos e

expressaria a vontade geral, que dirigiria as forças do Estado em direção ao bem comum. A vontade geral não seria capaz, portanto, de adequar-se aos interesses particulares; ao contrário das formas de poder político, ela seria intransmissível e indivisível.

Entretanto, as deliberações do povo podem ser consequência de enganos. Os enganos ocorrem porque a *vontade de todos*, que é a soma das vontades particulares, por vezes é tomada como vontade geral. Mas é pressuposto da vontade geral que os cidadãos (*o povo*) sejam bem informados e que não se deixem influenciar uns pelos outros, tornando-se *plebe*; quando isto não ocorre, a vontade particular sobrepõe-se ao interesse comum. “É importante então que para haver o bom enunciado da vontade geral que não haja sociedade parcial dentro do Estado, e que cada cidadão não opine senão por ele mesmo. (...) Essas precauções são as únicas válidas para que a vontade geral seja sempre esclarecida, e que o povo não se engane” (Rousseau, 1762:213). Por isso, a educação tem um papel fundamental na democracia. Ela forma os cidadãos, os homens capazes de atuar politicamente, de participar das decisões mais importantes de seu país.

São necessárias poucas leis para a manutenção de um Estado democrático. O importante é que os interesses particulares nunca se sobreponham aos interesses coletivos e que as leis não se tornem decretos a favor dos primeiros. Para isso, é importante que as assembléias sejam constantes, possibilitando que a vontade geral sempre se manifeste, uma vez que o silêncio do povo é o consentimento em relação às ordens dadas. “Assim, a lei da ordem pública dentro das assembléias não é tanto para manter a vontade geral e mais para fazer

com que ela seja todos os dias interrogada e que ela responda todos os dias” (Rousseau, 1762:322).

Renato Janine Ribeiro salienta a discrepância presente no pensamento de Rousseau em relação à vontade geral e o que modernamente se poderia chamar de “consciência do povo”. Apesar de Rousseau ser definitivamente contrário à idéia de representação, esta discrepância abriria espaço para aqueles que se arvoram conhecedores dos “verdadeiros interesses do povo” (Ribeiro, 1996).

Em relação aos direitos humanos é exatamente isto o que ocorre: são declarados e defendidos em nome da *natureza* (no sentido daquela que faz nascer a espécie humana), mesmo quando a maior parte do povo (ou seria da plebe?) manifesta-se contrária a eles.

4. Quando a aplicação das penas adquire foros de questão política

Na mesma direção de Rousseau, o barão de Montesquieu irá associar os regimes políticos com o progresso da razão na história da humanidade. Ele diferencia três tipos de governo e define a natureza e o princípio de cada um. São eles a monarquia, o despotismo e a república.

Na monarquia, há corpos intermediários entre o soberano e o povo — o poder judiciário, a nobreza — que freiam o primeiro e tornam o regime independente da moral do rei; o seu princípio, ou seja, o engate afetivo que o coloca em movimento, é a *honra*. O princípio do despotismo, por sua vez, é o *medo*. E o da república, que se estrutura de forma relativamente igualitária, é a *virtude*, no sentido de abnegação.

Na república, a capacidade de sobrepor o bem comum ao bem privado é

decisiva. No entanto, a modernidade impossibilita a república porque as pessoas não estão dispostas a abrir mão do seu bem individual e o esforço que isso requer é muito grande, uma vez que exige que elas lutem contra si mesmas. Já no despotismo, se, por um lado, os súditos estão isentos de qualquer responsabilidade política, por outro, eles são bestializados pelo medo. Por tudo isso, a monarquia é o regime mais adequado.

Os diferentes princípios dos governos implicam diferentes conseqüências para o estabelecimento das leis e das penas. Segundo Montesquieu, entre os povos atrasados, caracterizados pelo despotismo, as disputas têm que ser encerradas à força porque as paixões dos litigantes — desejo de justiça, ódio, vontade de perseguir — são perigosas para um governo baseado unicamente no medo, podendo engendrar revoluções. Já nos Estados modernos, as formalidades garantem a honra, a fortuna e a liberdade dos cidadãos, que só lhes são retiradas quando eles atentam contra a pátria.

Quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar. Nos estados despóticos, não há lei, a regra é a vontade do soberano. Já nos estados monárquicos, o juiz observa a lei quando esta existe ou lhe procura o espírito, quando não existe. Finalmente, na república, o juiz tem de observar literalmente a lei, tornando-se assim mais rígido.

Outro aspecto que atesta a evolução das organizações humanas refere-se à forma como se dão as acusações. Na antigüidade, estas se davam entre os cidadãos, o que incentivava a formação de uma turba de delatores. Modernamente, o soberano designa um representante em cada tribunal para processar, em seu nome, todos os crimes.

Em relação especificamente à definição das penas, Montesquieu observa que nos Estados ancorados no terror, as pessoas são tão infelizes que perdem o apreço à vida e por isso as penas têm que ser mais severas – deve-se temer a pena em si, uma vez que a morte não amedronta mais. Na monarquia e na república, as penas podem ser mais brandas porque os cidadãos já sofrem o suficiente com a perda da honra. Mas a pena de morte é sempre necessária – os cidadãos desses regimes são felizes e por isso temem a morte.

Nos países despóticos é-se tão infeliz que se teme a morte mais do que se lastima a perda da vida; aí os suplícios devem ser, portanto, mais rigorosos. Nos Estados moderados, teme-se mais perder a vida do que se receia a morte em si mesma; os suplícios que simplesmente tiram a vida são, aí, portanto, suficientes. Os homens extremamente felizes e os extremamente infelizes tornam-se igualmente insensíveis: atestam-nos os monges e os conquistadores. Apenas a mediocridade e a mistura da boa e má sorte produzem a brandura e a piedade (Montesquieu, 1985: Livro Sexto, cap. IX, p. 87).

As penas leves têm o mesmo poder de atingir o espírito que as pesadas porque a imaginação se acostuma com as penas pesadas e deixa de temê-las. Nos governos despóticos, a severidade em si do legislador corrompe os espíritos. Assim como Rousseau, Montesquieu também acredita que o melhor modelo a ser seguido para a definição das penas é o da natureza. “Os homens não precisam, absolutamente, ser levados pelos caminhos extremos: devem-se procurar os meios que a natureza nos oferece para os conduzir” (Montesquieu, 1985: Livro Sexto, cap. XII, p. 89).

É preciso haver uma proporção justa entre as penas e os crimes, procurando-

se harmonizar as primeiras de modo a castigar mais aquilo que ataca toda a sociedade. Uma forma de diferenciar as penas é dar esperança de perdão para certos crimes, jamais para aqueles que ameaçam a harmonia social. A clemência é menos necessária nos regimes baseados na virtude, menos utilizada nos Estados regidos pelo medo e mais necessária onde predomina a honra: a desgraça já é punição suficiente e o amor em relação ao soberano, que se segue à clemência, é importante para a segurança do Estado.

O bom legislador adota um meio-termo entre as penas pecuniárias – proporcionais às fortunas, a infâmia – para os que não têm fortuna, e as penas corporais, dispensando os suplícios. Ao invés de torturar para obter confissões, a lei tem que confiar nos testemunhos. A Lei de Talião estabelecida no Alcorão, que precisa ser rigorosamente aplicada nos Estados despóticos, pode ser moderada nos Estados modernos. O fundamental é que o soberano apreenda o *espírito das leis*. “Mas, dir-se-á, quando se deve punir? Quando se deve perdoar? É uma coisa que é melhor sentir do que prescrever” (Montesquieu, 1985: Livro Sexto, cap. XXI, p. 95).

Observamos, na obra de Montesquieu, que no momento da formação do pensamento moderno sobre as penas, direitos que foram depois declarados como inalienáveis da condição humana estavam longe de ser assim percebidos pelos pais do Iluminismo. A Lei de Talião, os castigos corporais podiam até mesmo ser abrandados, mas nunca extintos nos modernos Estados do Ocidente.

5. Quando a filosofia ilumina o legislador para a aplicação das penas

Seguindo declaradamente a trilha aberta por Montesquieu, o italiano Cesare

Beccaria irá desenvolver uma crítica ao que chama de “leis bárbaras”, que provocam as desordens sociais. Essas leis bárbaras remetem a um passado tirânico, quando serviam de instrumento para as paixões de uns poucos. A proposta do pensador é produzir uma filosofia que ilumine o legislador, possibilitando a superação desse estado de barbárie e o alcance da felicidade — a perspectiva predominante, como vimos, entre os revolucionários franceses.

Jamais foram elas [as leis] ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a *máxima felicidade compartilhada pela maioria*. (...) A voz de um filósofo é demasiado fraca contra os tumultos e os gritos dos que são guiados pela cegueira dos hábitos, mas os poucos sábios espalhados pela face da terra farão eco à minha voz no fundo de seus corações; e se a verdade pudesse alcançar o trono, não obstante os infinitos obstáculos que a afastam do monarca, malgrado seu, saiba ele que ela trouxe consigo os votos secretos de todos os homens (Beccaria, 1991, Introdução: 41-2 e cap. XXVIII:107).

As leis, diz Beccaria rezando pela cartilha do Contratualismo, são as condições para a superação do estado de guerra que marca a fundação das sociedades humanas e as penas são os motivos sensíveis para dissuadir os espíritos despóticos. Ao agregarem-se, os homens abrem mão de parte de sua liberdade em favor do soberano que, para os proteger, passa então a concentrar o direito de punir, mas não de ser cruel com seus súditos. “Cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o di-

reito de punir, todo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito” (Beccaria, 1991, cap. II:45).

Como consequência, é preciso que haja um magistrado para determinar as sentenças, que saiba interpretar perfeitamente a lei nas situações específicas, o que não significa uma obediência rigorosa a ela, que também pode levar a desordens. Para isso, é necessário que as leis sejam claras e que sejam escritas.⁶

Mas para poder bem aplicar as penas, é preciso estabelecer a sua finalidade. Nesse ponto, Beccaria deixa claro que essa não se confunde com o desejo de vingança, mas sim deve buscar o caráter de exemplaridade.

O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu (Beccaria, 1991, cap. XII:65).

Beccaria preconiza então uma proporção entre os delitos e as penas. Essa proporção refere-se: 1) à frequência “ideal” do evento delito: quanto mais complexa a organização social maior a ocorrência de desvios dessa natureza: a pena deve, no entanto ser aplicada de modo a garantir que essa frequência seja a menor possível e isso significa que quanto mais complexas as sociedades, mais rigorosas devem ser as penas; 2) às con-

⁽⁶⁾ Esta articulação entre a busca da felicidade, a delegação do poder de julgar para uma instância neutra (razão) e o controle sobre excessos na aplicação das penas está claramente expressa nos arts. V, VI e VIII da Constituição Americana.

seqüências do delito para o bem-estar geral: quanto mais graves, mais severa deve ser a punição; 3) à posição social da vítima do delito: a pena deve tornar-se crescentemente mais rigorosa na medida em que o delito atinja desde um indivíduo até a sociedade como um todo. Beccaria distingue três espécies de delitos: os que provocam a destruição imediata da sociedade; os que ofendem a segurança privada; e as ações contrárias ao bem público. Além disso, nada mais deve ser considerado delito. O controle sobre esses delitos se faz pelas leis civis e pela vigilância policial, que garante a tranqüilidade pública. Essa proporção entre os delitos e as penas — construída sobre uma escala que vai do prejuízo individual ao bem-estar social — aparece em Beccaria e em Montesquieu e reaparece claramente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, atestando o espírito de uma época.

Em termos práticos, a proporção entre os delitos e as penas é bastante previsível: os caluniadores devem receber a pena que caberia ao caluniado, caso fossem verdadeiras suas acusações; os que sonégam o fisco e os que praticam furtos devem receber penas pecuniárias proporcionais à quantia sonegada ou furtada; a infâmia deve ser punida com a infâmia; a perturbação da tranqüilidade pública deve implicar o banimento e o confisco dos bens; os atentados contra as pessoas devem ser punidos com penas corporais.

Finalmente, Beccaria enumera os “delitos de difícil prova”, que não devem ser penalizados porque são consequência de falhas na organização social. São eles o adultério, o homossexualismo e o aborto.

Não pretendo diminuir a justa repulsa que merecem esses delitos, mas, indicando suas origens, creio-me no direito de

extrair uma conclusão geral, a saber: que não se pode chamar precisamente justa (isto é, necessária) a pena de um delito, enquanto a lei, nas dadas circunstâncias de uma nação, não tenha aplicado os melhores meios possíveis para preveni-lo (Beccaria, 1991, cap. XXXI:118).

Construída a tipologia dos delitos, Beccaria estabelece os meios a serem utilizados pelo juiz para chegar a uma verdade dos fatos e proclamar uma sentença: os depoimentos das testemunhas, que devem ser relativizados, dado que elas podem ter interesses que as desviem da verdade; uma grande quantidade de provas e assessores sorteados para ajudar o juiz. Os homens devem ser julgados por seus pares, ou seja, pessoas da mesma condição social, e os julgamentos devem ser públicos, uma vez que o segredo serve de escudo apenas nos Estados tirânicos.

Apesar de prever castigos corporais, a tortura é, para Beccaria, absolutamente dispensável no Estado moderno, sendo uma característica de um estágio muito inferior do desenvolvimento humano, uma das tais “leis bárbaras”. O pensador italiano preconizava que um homem não pode ser ao mesmo tempo o acusador e o acusado, por isso a tortura utilizada para retirar confissões deve ser abolida. “Esse infame cadinho da verdade é um monumento que ainda hoje subsiste da legislação antiga e selvagem, quando as provas do fogo e da água fervente, e o incerto destino das armas eram chamados *juízos de Deus*” (Beccaria, 1991, cap. XVI:75-76). A tortura é um procedimento próprio a um *processo ofensivo* que parte da premissa de que o acusado é culpado. No entanto, nos países ilustrados, dever-se-ia adotar o *processo informativo*, qual seja uma investigação imparcial do fato. O acusado só é considerado culpado após a sentença do juiz.

Menos previsível é a condenação de Beccaria à pena de morte. Para ele, essa outra “lei bárbara” não pode ser utilizada nos Estados modernos porque esses são baseados no contrato estabelecido entre os cidadãos e o soberano. Como se disse acima, no momento do contrato, os homens abrem mão de *parte* da sua liberdade, mas jamais de sua vida e por isso o Estado não tem direitos sobre ela.

Os motores para a aplicação tanto das penas quanto dos prêmios devem ser o prazer e a dor. A pena ideal é rápida, próxima ao delito e infalível. Nessa perspectiva, o cárcere deve servir somente como custódia até a declaração da sentença.

Percebemos facilmente em *Dos delitos e das penas* as bases que conformam o pensamento moderno sobre punição e o sistema penal como um todo. A condenação da tortura e da pena de morte e a presunção da inocência dos acusados, por exemplo, estão claramente expressas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Art. III: Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. V: Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Art. XI: Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente, até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Permanecem também alguns pontos nebulosos, como o da definição de práticas como as “homossexuais”, o aborto e o adultério. Crimes ou patologias? Consequências de falhas sociais ou psicológicas? Seus agentes são culpados ou vítimas? Rios de tinta foram gastos des-

de os tempos de Beccaria, por psicólogos, sociólogos, antropólogos e outros “ólogos” tentando desfazer esses nós.

Apesar destas permanências, algumas proposições de Beccaria são absolutamente estranhas aos ouvidos contemporâneos, como a distinção entre castigos corporais e tortura, com preconização dos primeiros, e a recusa absoluta da prisão como pena em si.

Continuidades e discontinuidades entre os discursos e as práticas iluministas e contemporâneos que problematizam a linha evolutiva desenhada pela razão, idealizada em ambos os momentos. Linha evolutiva que tem como mote a noção de que a ciência, *locus* privilegiado da razão, irá definir o que é ou não passível de punição, possibilitando diminuir a frequência dos delitos. A prevenção dos delitos se faz pela educação – uma educação nos moldes rousseauianos, que leva os homens a saírem do estado de barbárie e atingirem a razão. “Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as luzes acompanhem a liberdade” (Beccaria, 1991, cap. XLII:139). Ou, se preferirem: “A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos” (art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948).⁷

⁽⁷⁾ Vários dos elementos levantados pelos pensadores iluministas a respeito da punição reaparecem nitidamente no projeto educativo de Emile Durkheim. Em primeiro lugar, assim como a *Bill of Rights*, Durkheim procede a uma mitificação das tradições, preconizando como fim último da educação formar cidadãos que procurem preservar a ordem. E nesse sentido, ele também percebe que o processo tem que ser mais penoso nas sociedades “mais complexas” – e aqui a noção de educação como pena fica clara. Semelhante ao amor pelo soberano, pretendido

6. A encruzilhada das dicotomias universais

Na perspectiva iluminista, os violadores de direitos humanos podem ser qualificados como autoritários e portanto indignos dos direitos democráticos. Outra possibilidade é que sejam vistos como pessoas que se deixam levar por atributos humanos que não a razão iluminista, o que significa que são doentes e precisam ser afastados do convívio social. Uma terceira vertente os veria como ignorantes, cujos argumentos devem ser desconsiderados do debate, ou rebaixados a ponto de se tornarem meros “ruídos” (Rancière, 1994).

Mas, observando a emergência das declarações de direitos humanos, percebemos que sua gestação foi contemporânea dos movimentos de colonização, escravização e dizimação de povos inteiros. Assim como as cruzadas haviam sido feitas em nome de Deus, justificava-se a colonização em nome do progresso, da “propagação da luz” da razão. Essa justificativa enaltece apenas a “beleza”, a “sabedoria” ou, em

por Montesquieu, o sociólogo francês busca a autoridade do professor. Mas é em relação às punições que as semelhanças tornam-se mais claras. Também Durkheim ressalta a importância da proporção entre a pena e o delito e a capacidade do professor para administrá-la (o “bom legislador” de Montesquieu), sobretudo na forma de sua aplicação: rápida e pública; a finalidade da pena é, como disseram os iluministas, dar o exemplo e não vingar (Durkheim, 1925: 176-190). Tais proximidades indicam que a visão moderna de criança é muito próxima da do criminoso: ambos iguais na condição de “desviantes” em relação ao adulto dotado de razão, que controla seus impulsos em nome da vida em democracia. (Singer, 1997:176-190).

termos rousseauianos, o “amor” que não estão de fato na história. Para apreender as dimensões de ruptura, esses começos baixos, mesquinhos e inconfessáveis, é preciso recorrer às noções nietzschianas de *invenção* ou *fabricação* (Nietzsche, 1983). Os direitos humanos são uma invenção, resultado de uma guerra entre unilateralidades, que culmina num equilíbrio provisório. Do mesmo modo, o regime democrático é resultado de um determinado equilíbrio de forças em conflito – que reconhece como legítimo uso da força apenas o do Estado, este mesmo resultante de muitos confrontos entre particulares – e não a forma política mais adequada ao desenvolvimento universal da razão, que equaliza oportunidades e direitos.

Este tipo de regime não é (...) incompatível com monopólios, como tais, nem depende para sua existência da competição a mais livre possível. Muito ao contrário: pressupõe monopólios altamente organizados e só pode surgir ou sobreviver em certas circunstâncias, numa estrutura social muito específica e num estágio bem avançado da formação de monopólios (Elias, 1939:105).

Ultrapassando esse limite, todas as contradições do discurso são demonstradas: Deve-se ser tolerante com os que são intolerantes? deve-se permitir a manifestação daqueles que ameaçam a democracia, como os violadores dos direitos humanos? Qual o estatuto da divergência aparência X essência? Dominantes X Dominados? Ignorância X saber?

A fragilidade desses preceitos torna-se ainda mais clara quando os delitos e as penas entram no debate. Todos os homens são dotados de razão, nascem livres e têm direito à vida; entretanto,

após um julgamento realizado em parâmetros bem definidos, ele pode ser considerado culpado. Uma vez considerado culpado, esse alguém deixa de ter direito à liberdade e, em alguns países democráticos, mesmo à vida. Por quê? Talvez a única resposta adequada seja que ele deixou de ser homem, não se conduziu sob os auspícios da razão e igualou-se aos animais. Ora, acontece que o homem que passa por um julgamento está respondendo por um delito definido socialmente. Desde os iluministas, que pretenderam ter superado a moral religiosa que dogmatiza a definição dos pecados, não se procura mais definir de forma absoluta o que seja ou não delito, deixando-se tal atribuição para cada organização social. E então emerge a grande fissura: em um nível metafísico, direitos são declarados como dados da natureza humana e a natureza humana é definida com base no atributo da racionalidade; no nível social, alguns atos são definidos como delitos e é atribuído a uma instância específica o poder de tirar os direitos dos homens acusados por algum desses delitos.

A possibilidade de sair desta encruzilhada é dada pela abdicação do subterfúgio de desqualificar e silenciar o discurso e a prática do outro, abrir mão do estatuto de verdade e incorporar o conflito no próprio debate, partindo da premissa de que a experiência democrática está sempre por se fazer e ampliando o escopo dos direitos humanos para as culturas e tradições distintas da tradição européia.

7. Bibliografia

- BECCARIA, Cesare (1991). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes [orig. 1763].
- DURKHEIM, Émile (1925). *L'éducation morale*. Paris: Librairie Felix Alcan.
- ELIAS, Norbert (1990). *O processo civilizador* vols. 1 e 2. São Paulo: Zahar [orig. 1939].
- LEFORT, Claude (1991). *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. São Paulo: Paz e Terra [orig. 1986].
- MELOSSI, Dario (1992). *El estado del control Social: un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*. Madrid: Siglo Vientiuno [orig. 1990].
- MONTESQUIEU, Barão de (1985). Do espírito das leis. *Montesquieu*. São Paulo: Abril Cultural [orig. 1748].
- NIETZSCHE, Friedrich (1983). A gaia ciência. In LEBRUN, G. (org.). *Nietzsche*. São Paulo: Victor Civita – Coleção Os Pensadores, p. 187-223.
- RANCIÈRE, Jacques (1994). O dissenso. In: NOVAES, Adauto. (org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 367-382.
- RIBEIRO, Renato Janine (1993). *A última razão dos reis*. São Paulo: Cia das Letras.
- . (1996). *Volonté générale et vérité du coeur chez Rousseau*. mimeo.
- . (1997). Primazias da democracia. *Folha de S. Paulo*, 13 de julho.
- . (1998). A palavra democrática. *Revista USP – Dossiê Direitos Humanos* (37), março-maio.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1762). *Du contrat social*. Lausanne: Les Éditions du Cheval Ailé.
- SINGER, Helena (1997). *República de Crianças: sobre experiências escolares de resistência*. São Paulo: Hucitec/FAPESP.