

^{dupl}
REVISTA BRASILEIRA DE

ciências criminais

**ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

ano 3 - n. 12 - outubro-dezembro - 1995

12

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Rua Tabatinguera, 140, 2.º andar, salas 206 e 207

CEP 01020-901 - São Paulo, SP — Tels.: (011) 604-1653 e 605-7724

Composição no biênio 95/96 — **Presidente:** Alberto Zacharias Toron; **1.º Vice-Presidente:** Luiz Carlos Betanho; **2.º Vice-Presidente:** Sérgio Salomão Shecaira; **1.º Secretário:** Alberto de Oliveira Andrade Neto; **2.º Secretário:** Tatiana Viggiani Bicudo; **3.º Secretário:** Roberto Podval; **Tesoureiro:** Marcos Roberto Alexander; **Tesoureiro Adjunto:** Hélio Alejandro Nogués Moyano.

Trimestral — ANO 3, número 12, OUT.-DEZ/95

Diretor: Carlos Vico Mañas.

Conselho diretivo: Adauto Alonso Silvino Suannes; Alvaro Busana; Antonio Magalhães Gomes Filho; Belisário Santos Júnior; Carlos Vico Mañas; David Teixeira de Azevedo; Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr.; Fauzi Hassan Choukr; Márcio Orlando Bártoli; Maurício Zanoide de Moraes; Maurides de Melo Ribeiro; Messias José Lourenço; Ranulfo de Melo Freire; Roberto Delmanto Júnior; Rui Stoco; Sérgio Mazina Martins; Sérgio Salomão Shecaira; Tatiana Viggiani Bicudo.

Secretário-Geral: Messias José Lourenço.

Diretores convocados: Alberto Silva Franco; José Henrique Pierangeli; Luiz Flávio Gomes; Luiz Regis Prado; Maria Tereza de Assis Moura; Miguel Reale Júnior.

Diretoria Adjunta: Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria Mello de Almeida, Berenice Maria Gianella, David Teixeira de Azevedo, Edson Torihara, Eliana Passarelli, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Silva Junior, Lais Helena Domingues de Castro Pachi, Luíza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Filho, Oswaldo Henrique Duek Marques, Roberto Barioni, Sergio de Oliveira Medici, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner Malheiros, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto.

Colaboradores permanentes

Nacionais — Ada Pellegrini Grinover, Adriano Marrey, Ana Lúcia Sabatel, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Nabor Areias Bulhões, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Damásio Evangelista de Jesus, Dante Busana, Dirceu de Mello, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercílio Cruz Sampaio, Ester Kosowsky, Evandro Lins e Silva, Evaristo de Moraes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco de Assis Toledo, Geraldo Faria Lemos Pinheiro, Geraldo Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Hermes Vilchez Guerrero, Herminio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Caldeira Bastos, João Marcello de Araujo Junior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias, José Renato Nalini, Juarez Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarchelsky, Licínio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Mauricio Kuehne, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, Odone Sanguiné, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Sidnei Agostinho Beneti, Vicente Greco Filho, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista.

Estrangeiros — Antonio Garcia Pablos de Molina, Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzalez Zorrilla, Carlos M.º Romeo Casabona, Edmundo Hendler, Elio Morselli, Esther Gímenez-Salinas, Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramírez, Luiz Fernando Nifo, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, Ma. Paz Arenas Rodríguez, Milton Cairolí Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli.

Representante na Espanha — William Terra de Oliveira

Entidades Colaboradoras: Instituto Manoel Pedro Pimentel e International Center of Economic Penal Studies — ICEPS

Reserva de todos os direitos de acordo com a lei.

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Tel. (011) 607-2433 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 — São Paulo, SP, Brasil

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: (011) 607-2433

Digitação e Diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 — São Paulo, SP, Brasil — **Impresso:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 070220-20 — Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Particularmente nos anos noventa, a comunidade vem assistindo o surgimento de inúmeras propostas legislativas que primam por querer instrumentalizar o ordenamento jurídico brasileiro, buscando colocá-lo a serviço de uma visão distorcida da realidade social onde estariam justificadas as soluções cegamente autoritárias e, portanto, democraticamente ilegítimas. Esse movimento, de inconfessados e inconfessáveis propósitos, sem dúvida busca resgatar o que de mais negro houve em nosso passado, tendo seu início notadamente com a edição do texto inflexível da chamada *Lei dos Crimes Hediondos* e, passando por caminhos igualmente escurecidos, chega agora ao máximo da sofisticação com a proposta de instituição das súmulas vinculantes, com as quais se pretende atribuir aos tribunais superiores um papel legiferante para o qual sequer estão política ou historicamente legitimados.

Nesse momento assim intranquilo da vida brasileira, surge agora o décimo-segundo volume de nossa Revista de Ciências Criminais que, como determina seu próprio nome, busca reinserir a informação crítica em oposição ao exercício cego do silêncio: trata-se de perseguir a práxis da civilização que, nesse contexto específico, se contrapõe à barbárie e ao caso das verdades sabidas e centralizadas. Portanto, nada mais oportuno do que inaugurar nossa recém-criada seção de entrevistas com a palavra do Ministro Cernicchiaro, com sua visão dinâmica e humana da experiência jurídica, iluminada pela permanente busca e pela questionadora reconstrução de princípios constitucionais efetivamente dignificantes.

No plano da doutrina internacional, trazemos neste volume preciosas informações sobre o sempre palpitante tema da eutanásia, agora mais especificamente sobre seu tratamento na Espanha, através de texto bastante atual de Rosal Blasco. Por outro lado, buscando conceitos dogmáticos racionais de caráter supranacional, temos ainda a pesquisa desenvolvida por Silva Sánchez. Por sua vez, Cerezo Mir empreende uma leitura atual dos conceitos jusfilosóficos básicos do finalismo alemão. Já a partir de um eloquente caso concreto, o lisboeta Pedrosa Machado reafirma a possibilidade de tutela penal à honra de pessoa falecida.

O debate nacional surge fortemente impregnado pelas graves peculiaridades de nosso tempo presente. De início, trazemos aqui as reflexões sempre criativas e oportunas de Adauto Suannes, em magnífico artigo a partir da suástica com suas variadas significações no plano da história e da cultura. Em seguida, Adhemar Ferreira Maciel nos traz suas observações críticas sobre a lei de repressão ao crime organizado, cujo texto submete ao crivo da constitucionalidade, enquanto Carlos Alberto de Salles, por seu turno, estuda novos desafios para uma reforma penal, preocupando-se com que a eficácia do sistema atinja não apenas os extratos sociais mais enfraquecidos, mas, sobretudo, aqueles mais sofisticados que tradicionalmente conseguem neutralizar a ação da lei penal. José Raul Gavião de Almeida reflete sobre a possibilidade de julgamento antecipado da lide no processo penal, enquanto Ada Pellegrini Grinover, como sempre enriquecendo nossa revista, traz relevantes

informações sobre os acertos e desacertos do combate ao crime organizado no sistema italiano, afinal concluindo com capital advertência às autoridades brasileiras. Márcio Bártoli analisa o renascimento da pena de multa nas diversas legislações e, particularmente quanto ao direito brasileiro, discute casos específicos de sua aplicação. Mário Sérgio Leite avalia a tipicidade da prevaricação com atenção ao princípio do livre convencimento, nesse tema bem afastando posturas que revelam pouca intimidade com a inteligência do direito penal. Pedro Egydio de Carvalho, sempre trazendo suas inovadoras contribuições, pergunta-nos: qual a ilegitimidade que pode haver na resistência de um preso que se encontra na situação-limite do absoluto desrespeito a sua dignidade humana? Para Ricardo Cintra Torres de Carvalho, em artigo com ampla pesquisa, interessa comparar a lei brasileira e a norte-americana quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas. William Terra de Oliveira questiona o combate ao delito através de inovações legislativas, acentuando a necessidade de uma separação mais lúcida entre os papéis investigatório e jurisdicional. Por último, o Professor Damásio Evangelista de Jesus traz sua contribuição crítica e suas relevantes sugestões ao diagnóstico da legislação criminal do Brasil.

Seguem também as já conhecidas seções: em *pareceres*, Alberto Zacharias Toron e Edson Junji Torihara, a partir de caso concreto referente a consórcios, questionam conceitos como justa causa para a ação penal, tipicidade, indivisibilidade da ação penal, competência e outros; continuam as contribuições de René Ariel Dotti em *antiguidades e jurisprudência comentada*, nesta última analisando a natureza penal do artigo 53, § 2.º, da Constituição Federal; em *jurisprudência recente* trazemos interessante caso da Corte Constitucional da Colômbia, e como não poderia deixar de ser, *ementário de jurisprudência* continua com as precisas anotações de Roberto Delmanto Júnior, segue também *jurisprudência organizada*, sob a responsabilidade de Alberto Silva Franco e Luiz Carlos Betanho, bem como a seção *crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores*, onde Rui Stoco aborda especificamente o tema do afastamento temporário do prefeito enquanto responde à ação penal; *legislação* traz notícias a respeito das concepções básicas adotadas na atual reforma processual penal; e, ao final, a seção *resenha de livros* traz o comentário de obra do peruano Raúl Pena Cabrera por Luiz Flávio Gomes.

Enfim, mais uma vez buscamos o enriquecimento do debate através de uma visão polifônica do crime enquanto fenômeno e das múltiplas ciências que o conhecem: o que enlaça essas propostas assim concomitantes é sua mesma tonalidade, a qual consiste na iluminação por princípios racionais humanitários, democráticos e dignificantes da experiência jurídica.

Conselho Diretivo

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

SUMÁRIO

1. ENTREVISTA

Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro	7
--	---

2. DOCTRINA INTERNACIONAL

El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España — BERNARDO DEL ROSAL BLASCO	11
Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional — JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ	34
O finalismo, hoje — JOSÉ CEREZO MIR	39
Crime de ofensa à memória de pessoa falecida — Crime cometido através da imprensa — Concurso de circunstâncias modificativas agravantes — MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO	50

3. DOCTRINA NACIONAL

O crime organizado no sistema italiano — ADA PELLEGRINI GRINOVER	76
Reflexões a partir da suástica — ADAUTO SUANNES	87
Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado — ADHEMAR FERREIRA MACIEL	93
Reforma penal e nova criminalidade — CARLOS ALBERTO DE SALLES	101
Diagnóstico de legislação criminal brasileira: crítica e sugestões — DAMÁSIO E. DE JESUS	107
Juizado especial criminal: Experiência que deu certo — JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO	118
Do julgamento antecipado da lide penal — JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA	124
Reforma penal — 10 anos — LUIZ VICENTE CERNICCHIARO	130
Sobre a aplicação da pena de multa — MÁRCIO BÁRTOLI	138
Requisitos típicos do delito de prevaricação e o princípio do livre convencimento — MÁRIO SÉRGIO LEITE	144
Algumas linhas sobre o direito à resistência — PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO	155
A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal — Um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana — RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO	162
Inovação legislativa em matéria penal: uma delicada solução no combate ao delito — WILLIAN DE OLIVEIRA TERRA	201

4. PARECERES

Consórcio — Cobrança indevida de taxa de expediente — Competência da Justiça Federal — ALBERTO ZACHARIAS TORON e EDSON JUNJI TORIHARA	206
---	-----

5. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

História da Legislação Penal Brasileira (períodos republicanos) — RENÉ ARIEL DOTTI	222
--	-----

6. JURISPRUDÊNCIA**6.1 Jurisprudência Comentada**

Irretroatividade da Lei Penal mais grave (natureza penal da norma do art. 53, § 2.º; da CF) — RENÉ ARIEL DOTTI	234
--	-----

6.2 Jurisprudência Recente

Consumo de Substância Entorpecente — Criminalização — Inconstitucionalidade	251
---	-----

6.3 Ementário de Jurisprudência — ROBERTO DELMANTO JUNIOR	278
---	-----

6.4 Jurisprudência Organizada

<i>Habeas Corpus</i> — Atualização — ALBERTO SILVA FRANCO e LUIZ CARLOS BETANHO	304
---	-----

7. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES

Afastamento temporário do réu do cargo de Prefeito enquanto estiver sendo objeto de ação penal — RUI STOCO	328
--	-----

8. LEGISLAÇÃO

Juizados Especiais Cíveis e Criminais — (Lei 9.099, de 26.09.95)	340
--	-----

9. RESENHA

Tratado de Derecho Penal — Estudio programático de la parte general — (Raúl Peña Cabrera) — LUIZ FLÁVIO GOMES	349
---	-----

10. RESUMOS

Fauzi Hassan Choukr	351
---------------------------	-----

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Nascido em Quatá, Estado de São Paulo, o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, atualmente abrilhantando o E. STJ, formou-se em Direito na Faculdade do Largo de São Francisco (USP), turma de 1955, havendo desempenhado, antes do atual, os seguintes cargos públicos: Defensor Público no Distrito Federal, Juiz de Direito do Distrito Federal, Desembargador presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios. Como professor universitário, leciona atualmente na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, depois de haver prestigiado o corpo docente das Faculdades de Direito do CEUB. Nada obstante as exigências dessas duas atividades, encontra tempo para a publicação periódica de trabalhos jurídicos, sejam eles artigos em revistas especializadas, sejam alentados tratados como os conhecidos *Dicionário de Direito Penal*, editora Bushatsky; *Compêndio de Direito Penal*, editora Bushatsky; *Estrutura do Direito Penal*, editora Bushatsky; *Direito Penal na Constituição*, editora RT.

Em uma de suas vindas ao Estado natal, concedeu ele à Diretoria do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais uma entrevista informal, que permitiu fosse gravada e, depois de revista por S. Exa., fosse publicada em nossa Revista, como ora se faz.

IBCCrim: Ministro Cernicchiaro, o que nós queremos realmente é aproveitar a sua presença entre nós para inaugurarmos na Revista do Instituto umas páginas permanentes entrevistando pessoas cuja palavra tenha a relevância da sua pois estamos interessados exatamente, como

é do seu conhecimento, em divulgar a nossa reflexão a respeito da constitucionalidade do processo penal ou seja o chamado devido processo legal. A seu ver, de 1988 para cá, os nossos Tribunais, de um modo geral, repensaram aquilo que já vinham fazendo em torno do chamado devido processo legal? Ou continuam os Tribunais a repetir aqueles mesmos chavões que já usavam antes desta chamada Constituição cidadã do falecido Ulysses Guimarães? A sua opinião como juiz e como jurista qual é?

Min. Vicente Cernicchiaro: Minha opinião a esse respeito, tenho externado inclusive em alguns acórdãos. Costumo usar uma expressão que me parece bastante significativa, embora não tenha nenhuma originalidade. O Código de Processo Penal, que é de 1940, deve ser revisto diante dos princípios da Constituição de 1988. De lá para cá são passados cinquenta e tantos anos. A concepção de vida, os princípios jurídicos, os valores que se procura realçar expressam hoje significado bem distinto. O direito processual penal vigente, embora nascido de um regime em que não havia as franquias democráticas, por influência do sistema vigente na Itália, estabeleceu o contraditório. Entretanto, acredito, mais do ponto de vista formal do que do ponto de vista material. Há de se dar atenção, à finalidade da prisão cautelar e da prisão processual. Por exemplo, em nossa turma no S.T.J. tem predominado o entendimento de que a prisão preventiva, por exemplo, há de apresentar, embora isso não esteja ex-

presso no disposto no artigo 594, o pressuposto da necessidade. Não se pode num Estado de Direito democrático, que expressa literalmente o princípio da presunção de inocência, pura e simplesmente prender uma pessoa até que se verifique a realização de um fato, não havendo necessidade. É lógico, não pode acontecer. De outro lado, temos examinado também o devido processo legal, que não se contenta com a possibilidade ou a realização de defesa num plano meramente formal. Há de ser efetivo. A defesa há de ser materialmente consistente. Assim, bastaria, pergunto eu, para satisfazer a defesa prévia, o advogado se limitar a dizer que protesta provar a final a inocência do réu, ou seja, ficaria algo meramente no plano gramatical literal? É aspecto que me parece bastante interessante e ao mesmo tempo, não obstante o um progresso que teve a lei de execução penal, também deve ser relida diante da Constituição de 1988. Está escrito, na nossa Carta fundamental, que são vedadas as penas difamantes. Na realidade quando se executa a lei, no Brasil, ou mesmo a chamada prisão cautelar, na realidade está-se dando tratamento ao condenado sem um mínimo de exigência de respeito à dignidade humana, como regra geral.

IBCCrim: Eu desconheço como funciona isso em outros Estados mas ao menos em São Paulo a chamada prisão temporária, ou prisão provisória, enfim o nome que se dê a essa prisão, que para nós se chama prisão arbitrária pura e simples, aquela decretação de uma prisão quando não é o caso ainda de prisão preventiva, a experiência prática mostra que o abuso na sua concessão é total. Basta um delegado apresentar um ofício ao juiz sem qualquer outro documento e o juiz, especialmente designado para isso, decreta essa tal prisão e alguém permanece preso cinco ou mais dias, cinco no mínimo, sem que o advogado

possa tomar qualquer providência porque não dá tempo nem de processar o *habeas corpus*. A sua opinião sobre esse tipo de prisão: justifica-se ela à vista da Constituição?

Min. Vicente Cernicchiaro: Em face da Constituição há de se fazer conciliação entre o princípio da presunção de inocência que significa que ninguém pode sofrer restrição do exercício do direito de liberdade antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, e o interesse público. Há de se conciliar porque a sociedade não pode ficar a mercê de determinadas condutas que afrontem valores, princípios que ela mesma está procurando defender. Nesse meio termo é que me parece ser necessário haver fundamentação da sua necessidade. Não há necessidade de se encerrar o inquérito policial para decretação dessa prisão. Há necessidade de considerar o direito à liberdade para esse fim como regra geral. Só porque o delegado deseja ouvir alguém no inquérito policial, contrariaria a Constituição, trazê-lo preso à Delegacia. Há necessidade de ser o único meio de colher o depoimento que se faz necessário.

IBCCrim: O desembargador Alberto Silva Franco diz que, ao ver dele, não existe uma única hipótese em que se deva decretar esta prisão temporária e não conhece a prisão preventiva. Ou seja, em todos aqueles casos em que se faz necessária, oportuna a prisão temporária caberia a prisão preventiva. Quando não há elemento para a prisão preventiva ao ver dele também não haveria para a prisão temporária. A seu ver essa comparação é procedente?

Min. Vicente Cernicchiaro: Em parte eu concordaria com o eminente professor Alberto Silva Franco. Não conheço a extensão do seu pensamento mas em vista da maneira como foi posta a per-

gunta, responderia: não há, parece-me, sinonímia entre a prisão preventiva e a prisão provisória. Acredito, os pressupostos são os mesmos mas as circunstâncias diferentes. Assim, para que haja a prisão preventiva, deve-se ter como pressuposto a demonstração da existência de um fato definido como infração penal. Para a prisão provisória, a prisão temporária como dizemos, não é necessário que isso aconteça. A necessidade aí é de evitar que a pessoa se furte à obrigação de depor e a circunstância de seu depoimento ser relevante para esclarecimentos de um determinado fato.

IBCCrim: Agora, um outro aspecto da questão: a situação carcerária no Brasil. Essa é outra reflexão do Instituto. Nós temos uma Constituição que prevê o princípio da dignidade, o respeito à dignidade da pessoa humana e todos nós sabemos, juiz ou não, que talvez não haja nenhum ou haja muito poucos presídios no Brasil onde o tratamento do preso se compare ao tratamento que se dá a um animal dentro de um zoológico, por exemplo. Não lhe parece uma afronta ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana a superlotação carcerária de um modo geral?

Min. Vicente Cernicchiaro: Eu não tenho dúvida nenhuma em apoiar a sua conclusão. Com efeito, a execução penal deverá traduzir modo sempre vinculado ao respeito da dignidade humana. Em votos que tenho proferido na 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, não obstante conhecer a posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sustento, na ausência do sistema penitenciário específico para prisão albergue, deverá o condenado ser mantido em regime de prisão domiciliar. É flagrantemente inconstitucional mandá-lo cumprir a pena em regime fechado. O réu durante o processo, ou, no caso, já condenado, não pode ficar sujeito a tratamento extra-

legal ou mesmo ilegal simplesmente porque o Estado ainda não complementou o sistema carcerário. De outra parte, eu fico até certo ponto aguardando, mas ainda não apareceu nenhum caso, em que seja demonstrada a existência de alguém no presídio portador de AIDS. Não haverá o direito do demais serem retirados enquanto aquele doente estiver presente?

IBCCrim: Finalmente uma pergunta que me parece também relativa a um tema momentoso, pelo menos entre nós aqui em São Paulo. Quando nós falamos do Direito Penal, a idéia que o leigo tem, de um modo geral, é que esse é um instrumento a serviço do Estado, no sentido de cercear a liberdade humana. Outros, como nós, sustentam o contrário: o Direito Penal, quando prevê figuras típicas, indiretamente, ao contrário do senso comum, está admitindo tudo o mais. Nota-se por vezes em alguns julgados, em algumas decisões de Tribunais ou em sentenças de juízo singular, que é freqüente uma certa preocupação do julgador criminal em atuar como uma espécie de guardião do Estado, quando nos pareceria que a função do Judiciário basicamente seria a de um guardião do devido processo legal, com todas aquelas garantias que se vê na Constituição. Como Vossa Excelência vê aquilo que me parece uma tendência que eu chamaria de um endurecimento, vamos assim dizer, do Judiciário, talvez em face do clamor público, achando que existe uma impunidade muito grande. Não lhe parece que está havendo uma certa confusão entre os "juízes" da "operação mãos limpas", da Itália, que, na verdade, não são juízes, são apenas magistrados com aquela função investigatória que eles têm, com esta tendência desses juízes, talvez até por desinformação, ou sabe-se lá porque, de se transformarem em autênticos magistrados italianos no sentido de colocarem o réu na cadeia a todo

custo. Eu poderia relatar aqui vários casos em que realmente o juiz na dúvida optou pela condenação, o que nos parece contraria toda nossa tradição jurídica. A sua opinião como juiz e como jurista bate com essa minha pergunta?

Min. Vicente Cernicchiaro: Essa questão, acredito, está sendo orientada por um grande equívoco. Acredita-se, mesmo entre pessoas do Poder Judiciário, pessoas que tratam do Direito Penal, que esse setor do direito irá corrigir essa ansiedade geral. Acreditam que a pena traga a finalidade de, uma vez aplicada, e eficientemente aplicada em todo o seu rigor, acabará com o crime. Esquecem-se esses autores principalmente das lições da Criminologia, que busca mostrar a ideologia da infração penal. O crime é conduta

classificada ou qualificada negativamente pela sociedade. Em consequência disso, sempre existirá infração penal, pelo menos na atual quadra histórica. Observa-se hoje preocupação nessa linha do endurecimento a que alude a pergunta. Os meios de comunicação reclamando penas de prisão perpétua, pena de morte. Declarações, como as recentes do atual secretário do Estado do Rio de Janeiro, demonstram o pensamento nessa linha. Tenho para mim que o Direito Penal deve ser a forma civilizada de se tratar alguém que haja praticado fato definido como crime. Nesse modo civilizado há de se buscar a demonstração, o parâmetro, o anteparo do conjunto dos direitos humanos. Fora dessa linha, atritará com a concepção do próprio significado de pessoa humana em nossa história.

**ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL Y DOCTRINAL DE LA EUTANASIA EN ESPAÑA

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante (España)

1. Introducción — 2. Situación legal: 2.1 Consideraciones previas; 2.2 Regulación penal e interpretación doctrinal antes de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978; 2.3 Regulación penal e interpretación doctrinal antes de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978; 2.4 La actitud de la jurisprudencia. Referencia a la aplicación del tipo del art. 409 a los comportamientos de participación en el suicidio ajeno — 3. Proyectos de Reforma — 4. Posición personal.

1. Introducción

Como en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, en España el debate social sobre la eutanasia se encuentra en estos momentos en pleno apogeo, habiendo adquirido una difusión y una presencia en los medios de comunicación difícilmente imaginables hace tan sólo un par de décadas. Es cierto que, al menos desde comienzos del presente siglo, este debate ha estado de una u otra forma presente en los foros académicos y científicos,¹ pero nunca había suscitado el interés público de una forma tan generalizada. Puestos a buscar la causa

de este fenómeno, posiblemente tiene razón Pollard² cuando afirma que la generalización del interés público por la eutanasia se debe, en parte, a la sustitución de la ética tradicional, especialmente en lo relacionado con el valor trascendente de la vida humana, por una ética secular donde la vida no tiene ese valor eterno y el valor moral de los actos humanos se juzgan únicamente por sus resultados visibles. Tampoco carece de sentido atribuirle su parte de responsabilidad, en el auge de este debate público como en el auge de otros debates que versan sobre temas que afectan a facetas existenciales importantes para el hombre, a una prensa y a unos medios de comunicación ávidos de sacar a la luz temas complejos y controvertidos, que tantas pasiones encontradas suscita, para captar la atención un público potencial.³ Pero la razón más importante para que afloren todas estas cuestiones quizás esté, por una parte, en

1. Ya hace tiempo, Cuello Calón (1955, pp. 126 y ss.) dio cuenta de los diversos foros en los que, tanto en Europa como en los Estados Unidos de América y desde los comienzos de la presente centuria, tuvo lugar el debate sobre la licitud de la eutanasia. También hizo lo propio Jiménez de Asúa (1946, pp. 450 y ss.), quien, además, nos narra los diversos proyectos legislativos, europeos y americanos, de legalización de la eutanasia desde los comienzos del presente siglo.

2. Pollard (1991), p. 11.

3. En cierto sentido, también se refiere a ello Pollard (1991, p. 12).

lo que Arthur Kaufmann⁴ ha denominado la quiebra del principio de la protección absoluta de la vida que nos ha traído los avances de la Medicina, a lo que se le une, por otra, la importancia creciente que, sobre todo, en la segunda mitad de siglo ha cobrado la opinión del paciente a la hora de autorizar las intervenciones médicas sobre su propio cuerpo.⁵ En efecto, al ser la Medicina capaz de prolongar la vida, a través de métodos artificiales, durante períodos de tiempo considerables, sitúa al médico y, por qué no, al paciente y a su familia, ante el dilema de si se debe o no realizar siempre todo lo posible, desde la perspectiva de la técnica médica, para la prolongación de la vida. El desarrollo, incluso, de la medicina intensiva obliga, eventualmente, al médico a tener que hacer una selección entre los pacientes a salvar cuando el número de aparatos de reanimación o de órganos para trasplante es limitado.⁶

En tales condiciones es casi imposible obviar una reflexión sobre la licitud de la eutanasia, porque, como ha señalado entre nosotros Zugaldía Espinar,⁷ "los límites del deber de tratamiento médico no pueden estar determinados únicamente por las posibilidades técnicas de las que se disponga para el mantenimiento de la vida". Ahora bien, cuando nos referimos a la eutanasia, lo hacemos, eso sí, en el sentido en que ha advertido Díez Ripollés,⁸ como la resolución de un conflicto individual, sin relación alguna con intereses colectivos utilitarios, en el que la voluntad o el interés del afectado, ligados al derecho a una vida y una muerte dignas, ha pasado

a tener, frente a la eventual presencia de móviles de piedad o compasión por parte de terceras personas, un papel fundamental. En este contexto, en el que el análisis del problema se traslada desde la mera valoración de motivos altruistas o pietistas en la causación de la muerte del enfermo terminal que sufre al de la ponderación de la voluntad o el interés del moribundo en vivir y morir dignamente, aparece como inevitable la reflexión acerca de si se debe o no iniciar o interrumpir un tratamiento médico que sólo va a lograr prolongar los dolores y padecimientos del paciente (*eutanasia pasiva*); o si deben aplicarse cuidados paliativos del dolor que pueden provocar un adelantamiento del momento de la muerte (*eutanasia indirecta*); o, incluso, yendo más lejos, si se debe, bajo determinadas circunstancias, permitir morir a quien no desea continuar con una existencia en la que se sufre irreversiblemente una terrible pérdida de la calidad de vida (*eutanasia activa*). De esta forma, además, toda la problemática de la eutanasia se conecta inmediatamente con la cuestión del reconocimiento de la disponibilidad de la propia vida⁹ y del reconocimiento de la capacidad del individuo para valorar y decidir el grado de dignidad con el que desea vivir su propia vida o, incluso, su propia muerte.

2. Situación legal

2.1 Consideraciones previas

No obstante el nivel de debate social que en España ha generado la problemática de la eutanasia, éste no se compagina con el nivel de respuesta que la ley ha ofrecido al mismo. Como suele ocurrir en la mayoría de las ocasiones en las que irrumpen en el panorama social nuevos criterios de intervención sobre cuestiones diversas, en el caso de la eutanasia la ley

4. Kaufmann (1987), p. 39.

5. A este extremo de la importancia del consentimiento del paciente, que él denomina el "derecho al consentimiento informado", se refiere D. Gracia (1989), pp. 12-13.

6. Kaufmann (1987), p. 39.

7. (1989), p. 283.

8. Díez Ripollés (1993), p. 255.

9. Valle Muñiz (1989), p. 156.

se ha mostrado enormemente perezosa a la hora de reflejar alguna posición en ese amplio debate. Así, en el ámbito penal, nuestra regulación, que ni siquiera aborda de forma específica el problema de la eutanasia, sigue siendo básicamente la misma que hace 150 años, sin que de momento hayan llegado a cuajar ninguno de los dos recientes proyectos de reforma (años 1992 y 1994) que, con mayor o menor fortuna, ofrecían por primera vez una solución diferenciada, con una respuesta penal más benigna, para los supuestos de muerte eutanásica en nuestro Derecho. Por su parte, en el ámbito sanitario, la más reciente Ley General de Sanidad de 25.4.86 tampoco ha querido o ha sabido afrontar abiertamente el problema de la eutanasia, limitándose a establecer en el art. 10, n. 6, apartado c, en qué supuestos la intervención médica no necesita esperar el previo consentimiento escrito del paciente (urgencia por riesgo vital o de riesgo de producción de lesiones irreversibles),¹⁰ sin precisar “con el debido cuidado quién tiene capacidad para aceptar o rechazar un tratamiento y en qué condiciones”, sin dejar “suficientemente claro si persiste el derecho a negarse al tratamiento cuando amenacen lesiones irreversibles o peligro de fallecimiento” y sin coordinar “adecuadamente el ámbito de la capacidad de decisión del paciente y la de sus representantes”.¹¹ Tan sólo el Código de Ética

y Deontología Médica de 1990, que es una norma de carácter corporativo que no forma propiamente parte del ordenamiento jurídico, adopta, en términos generales, una posición más clara y abiertamente contraria a la eutanasia, cuando en su art. 28, n. 1, dispone que “el médico nunca provocará intencionadamente la muerte de un paciente ni por propia decisión ni cuando el enfermo o sus allegados lo soliciten no por ninguna otra exigencia. La eutanasia u homicidio por compasión es contraria a la ética médica”. Más tolerante se muestra, no obstante, esa misma disposición cuando, al referirse a la eutanasia pasiva, el n. 2. establece que: “en caso de enfermedad incurable y terminal, el médico debe limitarse a aliviar los dolores físicos y morales del paciente, manteniendo en todo lo posible la calidad de una vida que se agota y evitando emprender o continuar acciones terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Asistirá al enfermo hasta el final, con el respeto que merece la dignidad del hombre”. Por último, en el n. 3, esa misma disposición concluye que: “la decisión de poner término a la supervivencia artificial en caso de muerte cerebral sólo se tomará en función de los más rigurosos criterios científicos y las garantías exigidas por la ley. Antes de suspender los cuidados, los médicos cualificados e independientes del equipo encargado de obtener los órganos para trasplante, suscribirán un documento que autentique la situación”.

De todas formas, el que la regulación legal ordinaria, tanto en el ámbito jurídico-penal como en el sanitario, permanezca adormecida, dando la espalda al problema sin afrontarlo con un mínimo de coraje, no significa que en el ámbito doctrinal no se hayan producido intentos de salvar esta situación recurriendo a construcciones teóricas que, por aplicación directa de las normas constitucionales, reinterpretan el Código penal y dan un

10. Más concretamente, el art. 10, n. 6, de la citada Ley dispone que todos los pacientes tienen, entre otros, derecho “a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: (...) c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

11. Grupo de Estudios de Política Criminal (1993), p. 32.

cauce de impunidad a situaciones de muerte eutanásica tradicionalmente consideradas punibles.¹² En este sentido, la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 marca un punto de inflexión y significa un profundo cambio de orientación en la interpretación doctrinal de las normas del Código Penal que tienen que ver con la eutanasia. Por ello, a la hora de analizar la evolución del pensamiento doctrinal en torno a la punición o impunidad de los diferentes casos de muerte eutanásica hay que diferenciar netamente dos momentos, uno que se sitúa antes de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y otro que se sitúa después de que ésta ya hubiera entrado en vigor.

2.2 Regulación penal e interpretación doctrinal antes de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978

En el ámbito de la legislación penal, y aún sin haber una normativa específica, la relevancia penal de la eutanasia se ha reconducido, tradicionalmente, cuando se contaba con la anuencia del sujeto pasivo, al art. 409 del Código penal, cuyo texto dispone: "El que

prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor".¹³ El origen histórico de este precepto hay que situarlo en el art. 326 del CP 48 que, a diferencia del

13. El art. 409 está ubicado sistemáticamente dentro del capítulo primero ("Del homicidio") del título VIII ("Delitos contra las personas") del Libro II del Código Penal español, cuyo contenido articulado, junto con el del propio art. 409, es el siguiente:

"Art. 405. El que matare a sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor.

Art. 406. Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

3.ª Por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo.

4.ª Con premeditación conocida.

5.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo.

Art. 407. El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor.

Art. 408. (Sin contenido)".

El capítulo II ("Del infanticidio") de ese mismo título lo integra un sólo precepto:

"Art. 410. La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

Hay que señalar, además, que conforme a lo dispuesto en el art. 30, y preceptos concordantes, del Código Penal español, el marco penal abstracto dentro del que oscila la duración de la pena de reclusión mayor en su grado máximo es de 26 años, 8 meses y 1 día a 30 años; la de reclusión mayor es de 20 años y 1 día a 30 años; la de reclusión menor es de 12 años y 1 día a 20 años; la de prisión mayor es de 6 años y 1 día a 12 años; y la de prisión menor es de 6 meses y 1 día a 6 años.

12. Se ha de tener en cuenta que en una situación tan peculiar como es la española, en la que a finales de los años 70 se produce la transición política desde un régimen dictatorial y autocrático a un régimen democrático, con la proclamación de una nueva Constitución en 1978 pero con una amplia continuidad en la legislación ordinaria (y también en la legislación penal), la técnica de reinterpretar los textos legales según los preceptos de la nueva Constitución ha sido muy utilizada, pues, como ha indicado Vives Antón (1977, p. 11), "puede llevar a cabo una incalculable tarea de adecuación del sistema penal a los imperativos constitucionales, eliminando parte de las consecuencias del autoritarismo en el ámbito de la legislación penal y excluyendo, en consecuencia, del ámbito de lo punible, conductas que no debieran haber ingresado en él".

vigente, ni incluía en el inciso primero de la figura delictiva referencia alguna a la inducción ni equiparaba en el inciso segundo la pena a la del homicidio, pues mientras éste se castigaba (art. 324, n. 2.º) con la pena de reclusión temporal, en el homicidio consentido la pena se rebajaba a reclusión temporal en grado mínimo. Fue en el Código Penal de 1870 (art. 421) en el que se equiporó la pena del homicidio consentido a la del homicidio común y en el de 1928 (art. 517) en el que se ampliaron los supuestos típicos a la inducción al suicidio, si bien en este texto legal en marco penal abstracto, tanto de la inducción y el auxilio (art. 517, § 1.º, n. 1.º) como del homicidio consentido (art. 517, § 1.º, n. 2.º), era inferior al establecido en los Códigos Penales precedentes, pudiéndose, además, los tribunales “a su prudente arbitrio imponer una pena inferior a la señalada”, “apreciando las condiciones personales del culpable, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho”. La situación varió definitivamente en el Código Penal de 1932, texto en el que se consolidó la vigente redacción.

A partir de la vigencia del actual texto, para ver cómo se desarrollaba la interpretación doctrinal del precepto podemos tomar como ejemplo el trabajo de Cuello Calón,¹⁴ para quien “el que accediendo a la petición del doliente, o con su consentimiento, pone fin a sua atormentada vida, incurre en la penalidad establecida para este delito” (art. 409), cuya penalidad está equiparada a la del homicidio, pudiéndose aplicar la atenuante 7.ª del art. 9.º¹⁵ “si el hecho hubiera sido

ejecutado por móviles de piedad o de misericordia compasión hacia el triste paciente”, o la atenuante 8.ª del art. 8.º,¹⁶ o quizás conjuntamente las dos atenuantes mencionadas, atenuándose considerablemente la pena, “si los intolerables sufrimientos, la situación del doliente y la angustiosa demanda de liberación por la muerte llegaren a perturbar el ánimo del agente hasta determinar un ímpetu de arrebató u obcecación”.¹⁷ Lo que, en ningún caso, admitía este autor era la posibilidad de eximir la responsabilidad, por la vía de la eximente n. 11.ª del art. 8.º (ejercicio legítimo de una profesión), cuando el hecho era realizado por un médico, pues éste “ejerce legítimamente su profesión cuando cura o alivia el sufrimiento no cuando mata”.¹⁸

Por otra parte, cuando se produce la muerte eutanásica sin el consentimiento del paciente, Cuello Calón no dudaba en afirmar que se estaría en presencia de un asesinato calificado por la alevosía (art. 406), “pues la situación de desvalimiento del enfermo desahuciado da a su muerte un claro carácter alevoso, siendo posible la concurrencia de las agravantes de premeditación y de abuso de confianza; ésta en particular en el médico, en quien el enfermo confía y del que espera la curación o al menos la mitigación de sus dolores”. Por supuesto, si el hecho es cometido por el padre, la madre, hijos o cónyuge “en la misma situación

altruistas o patrióticos de notoria importancia”. Hoy habría que reconducir esta situación al n. 8.º del art. 9.º que atenúa la responsabilidad criminal de quien obra “por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad”.

16. Aunque el original del texto se refiere al art. 8.º es evidente que es un error y debe referirse al art. 9.º.

17. Cuello Calón (1955), p. 151.

18. Ibidem.

14. 1955, pp. 150 y ss.

15. Esta circunstancia del art. 9.º que fue dejada sin contenido por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 8 de 25.6.83, atenuaba la responsabilidad criminal de quien obraba “por motivos morales,

responderían de un parricidio, siendo también posible el concurso de las agravantes mencionadas". Ello no obstante, es concebible "la estimación de atenuantes; el móvil piadoso puede originar la apreciación de la circunstancia 7.^a del art. 9.^o y hasta la 8.^a del mismo artículo si el agente obrare en un estado de obcecación o arrebato".¹⁹ A este criterio se opusieron, sin embargo, Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo²⁰ quienes, para obviar tener recurrir a esa gravísima calificación jurídica proponían "operar con una interpretación profunda de los delitos de asesinato y parricidio". De acuerdo con ella, la *ratio essendi* del parricidio y del asesinato reside en que ambos constituyen conductas más reprochables que el homicidio simples, de modo que si el homicidio cometido exclusivamente por un móvil de piedad indica una culpabilidad menor, "resulta absolutamente absurdo calificar el homicidio piadoso como asesinato o parricidio, porque ello equivaldría a predicar de un mismo hecho que es más y menos reprochable a la vez, y no otra cosa se afirma cuando se intenta compatibilizar, por ejemplo, el parricidio con la atenuante de obrar por motivos altruistas de notoria importancia". La conclusión es, pues, según estos autores, que el "móvil piadoso presente en toda muerte eutanásica es incompatible con la culpabilidad propia de los delitos de parricidio y asesinato", por lo que habría que "excluir la aplicación de los mencionados preceptos y situar la hipótesis de muerte eutanásica en el círculo del art. 407, en cuyo marco podría estimarse la atenuante de obrar por motivos altruistas, sin incurrir por ello en ninguna incongruencia".

Finalmente, para los supuestos que Cuello Calón denomina de eutanasia pasiva, en donde se produce una "omisión

de esfuerzos para reavivar la vida que se apaga en el caso de incurables atormentados por sufrimientos espantosos", este autor optaba por la impunidad.²¹ "De acuerdo con nuestro Derecho — insistía Cuello Calón²² no creemos que esta actitud pasiva constituya delito, pues bajo la prohibición penal cae el acortamiento de la vida, no la omisión de su prolongación por medios artificiales". En tales situaciones no es ilícito "dejar a la naturaleza seguir su curso; mas es preciso que (...) se cuente con el asentimiento del paciente, ya que siempre debe respetarse su deseo de una ulterior prolongación de la vida, y si éste no pudiere, por su estado, manifestarlo, con el de sus familiares más próximos". En contra de la opinión de Cuello Calón y en favor de la punición de estos supuestos, a los que él se refería como de *ortotanasia*, se manifestó Quintano Ripollés,²³ para quien ésta "resulta difícilmente diferenciable de la eutanasia, y, en su caso, del asesinato, por cuanto que se dan en ella las mismas condiciones subjetivas y objetivas de exculpación o incriminación, según los casos"; de tal suerte que en el tratamiento jurídico-penal de la ortotanasia piadosa, "hermana pasiva de la eutanasia", han de decidir, al igual que en la eutanasia, "los factores... de consentimiento, y sobre todo de móvil altruista, no el *occidendi*, sino el de ahorrar sufrimientos inútiles". Y así, "si el tratamiento distanásico, aunque costoso, se estima científicamente de probable eficiencia y no acarrea dolores extraordinarios al paciente, su aplicación parece obligada, y su ausencia constituiría una ortotanasia impropia, inmoral y posiblemente delictiva".

21. Ibidem, p. 158.

22. Ibidem, p. 159.

23. 1958, p. 161; indirectamente, se deduce el mismo criterio en Olesa Muñido (1958), pp. 119-120, puestas en relación con las pp. 87-88.

19. Ibidem, pp. 156-157.

20. 1962, p. 278.

Con todo, el art. 409, especialmente en su inciso segundo que sería a través del cual se castigarían penalmente los supuestos de muerte eutanásica consentida, fue objeto de considerables críticas por su equiparación punitiva con el homicidio común.²⁴ Ya Groizard y Gómez de la Serna²⁵ advirtió que en la acción de quien mata a otro vencido por los requerimientos para que ponga fin a su vida faltan la perversidad y el repugnante dolo de quien actúa incurriendo en las calificaciones del asesinato; incluso, según él, en las mismas situaciones de muerte a solicitud habría que diferenciar la gravedad de la respuesta penal según que la víctima padeciera una incurable y dolorosa enfermedad o viviera en condiciones normales. Con posterioridad, pusieron también de manifiesto lo rechazable de la equiparación punitiva entre el homicidio común y el homicidio a ruego eutanásico, Cuello Calón,²⁶ Ferrer Sama,²⁷ Quintano Ripollés²⁸ y Jiménez de Asúa.²⁹ Si bien este último era partidario de la solución más restringida para privilegiar la verdadera muerte eutanásica (es decir, la llevada a cabo por piedad), aplicándole alguna suerte de excusa absolutoria, el resto remitía el problema a una solución de culpabilidad atenuada, que exigiría una solución legal como la que ofrecía, en su momento, en Código

Penal de 1928. Se trataba, así, como indicó Quintano Ripollés,³⁰ de llevar a cabo una mínima y adecuada apreciación jurídica de los motivos, facultando al juez con la posibilidad de atenuar sustancialmente la pena. Ahora bien, en palabras de Cuello Calón,³¹ la razón de la mitigación del castigo propugnada “no se funda en el supuesto consentimiento — que si puede ser válido para los derechos de exclusiva pertenencia privada, no lo es para un bien de tan alto rango como la vida — sino en la motivación moral del hecho y en el ímpetu emocional que lo determina”.³²

Tan sólo en una ocasión, Quintano Ripollés³³ apuntó una solución que se orienta en un sentido similar a lo que, como luego veremos, hoy en día plantea la mayoría de la doctrina española, al indicar la posibilidad de que el auxilio ejecutivo al suicidio (art. 409, n. 2.º) se incluyera, como eximente, en el estado de necesidad del art. 8.º circunstancia 7.ª, del Código penal.³⁴ Según el autor, para ello habría que argumentar que el ejecutor del suicidio ajeno no quiere directamente la muerte del sujeto pasivo, como no la quiere la propia víctima, sino que ambos desean poner fin a lo que se considera

30. 1946, p. 237.

31. 1955, p. 153.

32. También compartían la idea de que el homicidio a ruego pietista debía fundamentar una menor culpabilidad Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo (1962), p. 278.

33. 1972, pp. 423-424.

34. Según este precepto, está exento de responsabilidad criminal “el que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1.º Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

2.º Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

3.º Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

24. Equiparación punitiva que Quintano Ripollés (1972, p. 414) no duda en atribuir a la inspiración de Pachecho (1867, p. 32), pues para él en el n. 2.º del precepto no se regula sino “un homicidio concertado con el que va a ser su víctima”. También criticó Quintano Ripollés (1946, p. 236) la equiparación punitiva, en el n. 1.º, entre instigación y auxilio.

25. 1891, pp. 440-441.

26. 1955, p. 152.

27. Éste de forma implícita, al remitirse a los argumentos de Cuello Calón; véase (1956), nota 15, p. 265.

28. 1946, pp. 236-237; 1958, pp. 155-156; 1972, p. 415.

29. 1946, pp. 533-534.

el mal mayor del insufrible padecimiento. "Y dado que en la verdadera eutanasia la muerte es irremediable en corto plazo — continúa —, siempre será un mal menor, y lo es subjetivamente sin duda alguna para los interesados, *morir sin padecer que morir padeciendo*, por lo que se causa aquel mal para evitar éste. De otra parte, el interés que se salva, en la pugna que todo estado de necesidad provoca, es el del sujeto pasivo a no sufrir más, y el se quebranta es un interés más bien abstracto, la vida humana en general, habida cuenta que la concreta de que se priva estaba ya fatalmente en un plano de pura hipótesis abocada al sacrificio".

2.3 Regulación penal e interpretación doctrinal antes de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978

Como ya hemos anticipado, la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 ha significado, en la doctrina penal española, un cambio de orientación en el tratamiento del problema penal de la eutanasia. A partir de entonces, una buena parte de los trabajos que, directa o indirectamente, han abordado esta cuestión³⁵ van relegando los viejos planteamientos pietistas y de la culpabilidad atenuada en función del móvil, vinculando ahora el problema de la punición o impunidad de la eutanasia, bien a la resolución previa del problema de la disponibilidad de la propia vida y su configuración y límites a la luz de los

preceptos constitucionales, bien a la propia configuración que el derecho vida, unido a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, tiene en nuestro texto constitucional.³⁶ Lo cual tampoco quiere decir que todos alcancen, respecto de dicho problema, las mismas conclusiones, pues, a partir de la letra de la Constitución se llega a afirmar la más amplia y radical posibilidad de disposición de la propia vida, considerándose incluso inconstitucional el art. 409 del CP,³⁷ o la concepción más estricta en torno al carácter absoluto e indisponible de la vida humana como bien protegido por el Derecho,³⁸ con una cierta variedad de posiciones intermedias. Pero lo que sí es cierto es que, a través del nuevo planteamiento *constitucional* se han buscado cauces "posibles" de impunidad declarándose la licitud de la eutanasia, sin tener que recurrir al estrecho cauce de la rebaja o exención de la culpabilidad en base a los móviles del agente.

A la vista de ello, y tomando prestado el reciente planteamiento de Díez Ripollés,³⁹ la interpretación que de la

36. Básicamente, los preceptos constitucionales a los que se acude para articular la nueva interpretación del art. 409 del Código Penal son los arts. 10.1 y 15 de la Constitución española de 1978. El primero dispone que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". El segundo, por su parte, establece que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

37. Así, por ejemplo, Carbonell Mateu (1991), pp. 661 y ss.

38. Así, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, 1982, p. 79.

39. 1993, pp. 257 y ss.

35. Así, por ejemplo, entre otros, Del Rosal Blasco (1987), Queralt (1988), Romeo Casabona (1989); Zugaldía Espinar (1989), Valle Muñiz (1989), Bacigalupo (1989/1990), pp. 153 y ss.; Cobo del Rosal y Del Rosal Blasco (1990), Gimbernat Ordeig (1990), Carbonell Mateu (1991), Díez Ripollés (1993), González Rus (1993), Bajo Fernández (1993) o Grupo de Estudios de Política Criminal (1993).

punibilidad de los diferentes supuestos de eutanasia ofrece hoy en día la doctrina española se concreta de la siguiente manera:

1. *Supuestos de eutanasia pasiva*; es decir, supuestos de no iniciación o interrupción de un tratamiento que retrasa el momento de la muerte en el caso de enfermos terminales, o en el de estados persistentes de vida vegetativa, o de recién nacidos con graves problemas de supervivencia.

En estos casos, siempre que se cuente con el consentimiento del paciente, la amplísima mayoría de la doctrina española actual,⁴⁰ y una parte importante de la doctrina tradicional,⁴¹ admite su impunidad, si bien su fundamentación varía entre los que alegan, para esa impunidad, una causa de atipicidad de la conducta⁴² y quien mantiene que, en realidad, la conducta se encuentra justificada.⁴³ La apelación a la atipicidad se suele funda-

mentar en que el sentido de la intervención médica es el de curar al paciente y no prolongar artificialmente una vida agonizante, debiéndose respetar los límites que vienen impuestos por la *lex artis* y por el derecho del enfermo a una muerte natural y digna. La apelación a la justificación se fundamenta en que, sin que sea necesario recurrir siquiera al argumento del consentimiento, "el sentido médico de los, por otra parte, costosos y escasos instrumentos de reanimación (...) es el de poder mantener artificialmente con vida a quien, en definitiva, tiene posibilidades de sobrevivir y no el de crear cadáveres vivientes; (...) de ahí que en tal caso el interés contrapuesto de otros pacientes potenciales con mejor pronóstico (art. 8.º, 7.º) y el ejercicio legítimo de la profesión médica (art. 8.º, 8.º) exijan interrumpir —o no aplicar— la asistencia con instrumentos creados para curar (...)"⁴⁴. Esta fundamentación la comparten, asimismo, algunos autores pero sólo para el caso en que no mediara el consentimiento de la víctima.⁴⁵

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional (sentencia 120, 27.6.90), por referencia a estos casos, cree que es inhumano y degradante aplicar tratamientos que constituyan una prolongación del sufrimiento sin lograr pese a ello evitar la muerte, con lo cual no parece haber el menor problema en afirmar que incurriría en responsabilidad criminal⁴⁶ el

40. Bajo Fernández (1991), p. 85, (1993), p. 735; Bustos Ramírez (1991), pp. 41-42; Cobos Gómez de Linares (1990), p. 122; Díez Ripollés (1993), p. 258; Gimbernat Ordeig (1990), p. 53; González Rus (1993), p. 105; Muñoz Conde (1993), p. 75; Queralt Jiménez (1988), pp. 124 y ss.; Rodríguez Mourullo (1982), p. 78; Romeo Casabona (1989), pp. 195 y ss.; Torío López (1981), p. 201; Valle Muñiz (1989), 168 y ss.; Zugaldía Espinar (1989), pp. 284 y ss.

41. Cuello Calón (1955), pp. 159 y ss.; Quintano Ripollés (1972), pp. 413-414.

42. Bacigalupo (1989/1990), p. 154; Bajo Fernández (1991), p. 85, (1993), p. 736; Bustos Ramírez (1991), pp. 41-42; Cobos Gómez de Linares (1990), p. 122; Díez Ripollés (1993), p. 258; Muñoz Conde (1993), p. 75; Queralt Jiménez (1988), pp. 124 y ss.; Rodríguez Mourullo (1982), p. 78; Romeo Casabona (1989), pp. 195 y ss.; Torío López (1981), pp. 196 y ss.; Valle Muñiz (1989), pp. 168 y ss.; Zugaldía Espinar (1989), p. 285.

43. Gimbernat Ordeig (1990), p. 54.

44. Gimbernat Ordeig (1990), p. 54. En el mismo sentido, Bueno Arús (1981), pp. 115-116.

45. Bajo Fernández (1991), p. 85; Carbonell Mateu y González Cussac (1993), p. 566; Díez Ripollés (1993), p. 259.

46. Como ha indicado Díez Ripollés (1993, p. 260), bien por delito de coacciones (art. 496 del CP), bien por delito de lesiones (arts. 420 y concordantes del CP), bien por una falta de malos tratos de obra (art. 582, § 2.º, del CP), sin que quepa justificar su conducta.

personal médico o sanitario que iniciara o no interrumpiera un tratamiento que simplemente se limitara a retrasar el momento de la muerte en el caso de enfermos terminales, o en el de estados persistentes de vida vegetativa, o de recién nacidos con graves problemas de supervivencia.

2. *Supuestos de eutanasia indirecta*; es decir, supuestos de aplicación de cuidados paliativos del dolor con efectos secundarios de acortamiento de la vida, tanto en las hipótesis de enfermos terminales, estados persistentes de vida vegetativa y recién nacidos con graves problemas de supervivencia, como en supuestos de enfermedad irreversible o mortal, así como en situaciones de grave pérdida de la calidad de vida en virtud de lesiones o enfermedades.

En estos segundos supuestos, la doctrina está también de acuerdo, de forma mayoritaria, en admitir su impunidad,⁴⁷ aunque otra vez los fundamentos sobre los que ésta se asienta no son unitarios. En unos supuestos se reclama la atipicidad de la conducta, bien porque ésta no supone la creación de un riesgo no permitido y, por tanto, falta la imputación objetiva,⁴⁸ bien porque faltando el dolo sólo sería únicamente posible la concurrencia del tipo imprudente del homicidio que, a su vez, estaría ausente si la acción se mantiene dentro de los límites del deber objetivo de cuidado,⁴⁹ bien por otro tipo de

argumentos.⁵⁰ En otros, por el contrario, se argumenta la justificación por concurrir un estado de necesidad (art. 8.º, 7.ª del CP), pues el conflicto entre el peligro para la vida y la dignidad de la persona se debe resolver en favor de esta última.⁵¹

Para los casos en que el médico no mitigue o no elimine los sufrimientos en contra de lo que es la voluntad del afectado, tan sólo Díez Ripollés⁵² se ha mostrado favorable a la apreciación de responsabilidad criminal, ya sea por lesiones corporales, ya lo sea por malos tratos omisivos.

50. Quizás el planteamiento más elaborado, en este sentido, es el realizado por Díez Ripollés (1993), quien distinguiendo según los casos mantiene, en primer lugar, el criterio de la atipicidad para los supuestos de enfermos terminales, estados persistentes de vida vegetativa y recién nacidos con graves problemas de supervivencia, porque la acción del médico asegura una muerte digna (p. 261). Para los supuestos de enfermedad irreversible o mortal, mantiene, en segundo término, la atipicidad porque en la medida en que se sea incapaz de garantizar una vida en condiciones mínimas de calidad, pudiendo sólo retrasar la muerte, la conducta no realizará el tipo objetivo de los arts. 409, n. 2.º, ó 407, pues el criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados, consistente en el ámbito de protección de la norma, permite no imputar el resultado de muerte no sólo cuando no se aplaza sino también cuando se acelera para evitar sufrimientos. Finalmente, en el último de los supuestos, el de situaciones de grave pérdida de la calidad de vida en virtud de lesiones o enfermedades, mantiene la atipicidad por ausencia del tipo subjetivo, aunque si se admitirá la concurrencia del dolo de consecuencia necesarias habría que reconducir la situación a una causa de justificación, cual se hace en el caso de la eutanasia directa (pp. 261-262).

51. Bacigalupo (1989/1990), p. 156; en el mismo sentido, Muñoz Conde (1993), p. 75; Gimbernat (1990), p. 53.

52. Díez Ripollés (1993), pp. 262-263.

47. Bajo Fernández (1991), p. 84; Bustos Ramírez (1991), p. 41; Díez Ripollés (1993), pp. 261 y ss.; Gimbernat Ordeig (1990), p. 53; Muñoz Conde (1993), p. 75; Queralt Jiménez (1988), p. 129; Romeo Casabona (1989), p. 191; Torío López (1981), pp. 191-192; Valle Muñiz (1989), p. 183.

48. Valle Muñiz (1989), p. 183.

49. Torío López (1981), p. 192; Bajo Fernández (1991), p. 84; Romeo Casabona (1989), p. 191.

3. *Supuestos de eutanasia activa*; es decir, supuestos de producción directa e inmediata de la muerte para evitar graves sufrimientos en enfermos terminales, en individuos que sufre un estado persistente de vida vegetativa, en recién nacidos con graves problemas de supervivencia, en individuos que padecen una enfermedad irreversible y mortal y, finalmente, en situaciones de grave pérdida de la calidad de vida en virtud de lesiones o enfermedades.

Estos son los supuestos que provocan una mayor discrepancia doctrinal, a la vista de lo que es la regulación legal vigente, pues mientras que para un sector se debe mantener la impunidad por estar la situación justificada,⁵³ dado — en términos más o menos generales en las diversas argumentaciones — el interés prevalente de la disponibilidad de la propia vida, del derecho a una muerte digna, del derecho a la libertad personal, del derecho a no soportar tratos inhumanos y degradantes etc., o por incurrir en quien actúa una causa de exculpación,⁵⁴ otro entiende que la conducta es ilícita, al margen de que quepa la posibilidad de circunstancias de atenuación de la responsabilidad criminal.⁵⁵

53. Bajo Fernández (1993), pp. 736-737, con ciertas cautelas y modificando su anterior opinión (1991), p. 84; Díez Ripollés (1993), pp. 263-264, aunque mantiene la atipicidad para las conductas omisivas; Gimbernat Ordeig (1990), p. 53; Muñoz Conde (1993), p. 75; Queralt Jiménez (1988), pp. 130 y ss.; Roldán Barbero (1987), p. 628; Valle Muñiz (1989), pp. 176 y ss.

54. Este es el caso de Bustos Ramírez (1991), p. 41, quien afirma que se produce un conflicto entre males iguales (la muerte y la pérdida de la dignidad de vivir) y, por tanto, el estado de necesidad es exculpante.

55. Sicigalupo (1989/1990), pp. 155 y ss.; Bueno Arús (1981), p. 114; Cobos Gómez de Linares (1990), p. 122; Romeo Casabona (1989), pp. 198 y ss.; Zugaldía Espinar (1989), pp. 292 y ss.

2.4 *La actitud de la jurisprudencia. Referencia a la aplicación del tipo del art. 409 a los comportamientos de participación en el suicidio ajeno*

Es difícil poder hablar de una actitud jurisprudencial frente al problema penal de la eutanasia, porque en los escasos supuestos en los que ésta se ha podido pronunciar, el problema en cuestión no hacía directamente referencia a un supuesto eutanásico, sino a supuestos suicidas, a supuestos de transfusiones de sangre o a supuestos de huelga de hambre penitenciaria.

En términos generales, lo que sí se puede decir es que, tradicionalmente, la jurisprudencia ha sido "generosa" en la aplicación de las diferentes figuras legales, admitiendo como típico, en el inciso primero del art. 409, el auxilio omisivo al suicidio y dando cabida en él no sólo a las formas de cooperación necesaria del art. 14, núm. 3, sino también a las de simple complicidad del art. 16⁵⁶⁻⁵⁷. De hecho, estos han sido, también, aspectos de discusión doctrinal clásicos en la aplicación a los supuestos suicidas de la figura legal del art. 409, n. 1.º, del CP, en los que, por una parte, la doctrina se divide entre los que admiten en dicha figura el auxilio omisivo al suicidio⁵⁸ y los que rechazan tal

56. Sentencias del Tribunal Supremo de 23.6.16, 8.11.61 y 8.7.85.

57. El art. 14 del CP español dispone que: "se consideran autores: 1. Los que toman parte directa en la ejecución del hecho; 2. Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo; 3. Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado". Por su parte, el art. 16 establece que: "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el art. 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

58. Dentro de éstos están, por una parte, los que admiten como punible el auxilio omisivo al suicidio cuando, sin más requisitos, no se impide un suicidio ajeno (Ferrer Sama,

posibilidad⁵⁹ y, por otra, también se produce cierta división de opiniones entre quienes admiten que dentro del auxilio al suicidio caben tanto la cooperación necesaria como la complicidad⁶⁰ y los que restringen a la cooperación necesaria los supuestos típicamente punibles.⁶¹

En el caso de huelgas de hambre penitenciarias, ha habido una tendencia bastante generalizada⁶² a considerar lícita la intervención de la Administración penitenciaria para alimentar forzosamente a los huelguistas,⁶³ aunque también se produjeron resoluciones de diversos Jueces de Vigilancia Penitenciaria⁶⁴ que,

respetando la voluntad del huelguista, prohibieron la intervención, al menos, mientras éste se mantuvo consciente y firme en su negativa a ser alimentado forzosamente.⁶⁵ Tampoco han faltado resoluciones de jueces que, a petición de las administraciones de hospitales o centros sanitarios, han autorizado transfusiones de sangre a Testigos de Jehová que se negaban abiertamente a ello.

Con todo, la actitud que hoy por hoy manifiestan los tribunales es de una cierta perplejidad y desorientación ante un problema que les desborda y en el que la Ley omite cualquier pronunciamiento. Claro ejemplo de ello, manifestado en una tendencia a rehuir el problema y evitar, en lo posible, un pronunciamiento sobre el fondo, lo han sido las recientes resoluciones de la jurisdicción territorial de Barcelona, en concreto el auto de 19.6.93 del Juzgado de 1.ª Instancia n. 5 de Barcelona y el auto de fecha 28.2.94, confirmatorio del anterior y dictado en el trámite de apelación, de la Sección 14 B de la Audiencia Provincial de Barcelona,⁶⁶ que se limitaron a inadmitir por falta de competencia territorial, dado que el demandante tiene su domicilio en Lugo, la demanda formulada por D. Ramón Sampedro Carmean, enfermo afectado de una paraplejía y

1956, p. 268; Olesa Muñido, 1958, pp. 97-98; Cobo del Rosal y Carbonell Mateu, 1990, p. 558) y los que exigen, para la aplicación del art. 409, un previo deber de garantía, remitiendo la punición, cuando no existe tal deber, al tipo común de la omisión del deber de socorro del art. 489 ter del CP (Gimbernat Ordeig, 1990, p. 279; Del Rosal, Cobo, Rodríguez Mourullo, 1962, pp. 267-268).

59. Quintano Ripollés (1972), p. 388; Díez Ripollés (1986), pp. 684 y ss., (1993) pp. 233 y ss.; Del Rosal Blasco (1987) pp. 96-97; Queralt (1988), p. 133; González Rus (1993), p. 95.

60. Ferrer Sama (1956), p. 267; Olesa Muñido (1958), pp. 85 y ss.; Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo (1962), p. 266; Quintano Ripollés (1972), pp. 387-388; Bajo Fernández (1991), p. 79; Muñoz Conde (1993), p. 21; Cobo del Rosal y Carbonell Mateu (1990), p. 558.

61. Del Rosal Blasco (1987), pp. 88 y ss.; Queralt (1988), p. 133; Cobos Gómez de Linares (1990), pp. 118-119; González Rus (1993), pp. 94-95.

62. Así, por ejemplo, entre otras resoluciones, el auto de 24.1.90 del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Cádiz; los autos de 14 y 16.2.90 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza y el auto de 15.2.90 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

63. Apoyada, después, por las sentencias del tribunal Constitucional 120 de 27.6.90, y 137 de 19.7.90.

64. Por ejemplo, el auto de 9.1.90 del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid o el de 25.1.90 de la Juez de Vigilancia Penitenciaria n. 1 de Madrid.

65. No obstante (como recuerda Bajo Fernández, 1993, p. 727), estas resoluciones fueron, en última instancia, revocadas por las correspondientes Audiencias Provinciales, atendiendo los recursos del Ministerio Fiscal. Un análisis de las argumentaciones utilizadas en todas estas resoluciones en Atienza (1990), pp. 31 y ss.

66. Ambas resoluciones se publican como Anexo X en Casado González (1994), pp. 133 y ss.

tetraplejía postraumática por síndrome de sección medular y postrado de por vida en una cama, en la que permanece con inmovilización absoluta y permanente de todo el cuerpo, excepto de la cabeza, que, en conclusión, solicitaba se le ayudase a morir dignamente.

3. Proyectos de Reforma

En los últimos años han visto la luz en España dos proyectos de reforma de la legislación penal, el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992 y el de 1994 que, por primera vez en la historia legislativa de nuestro país, ensayan una nueva forma de regulación de las conductas de participación en el suicidio y, lo que es más importante, introducen una regulación de algunos supuestos de muerte eutanásica.

En efecto, por lo que se refiere a los actos de participación en el suicidio, tanto el Proyecto de 1992 (que decayó por la convocatoria de Elecciones Generales en junio de 1993) como el de 1994 (que teóricamente se ha de comenzar a discutir en el Parlamento durante la presente Legislatura), a diferencia del texto vigente, excluyen de forma expresa la punición de los supuestos de mera complicidad, o complicidad no necesaria, en un suicidio ajeno, castigando, eso sí, la inducción (art. 149.1) y la cooperación necesaria (art. 149.2).⁶⁷ Por otra parte, los redactores de los Proyectos parecen ser conscientes del menor reproche que ha de merecer quien coo-

pera en actos de participación o de auxilio ejecutivo en un suicidio ajeno que quien lo hace en un homicidio no consentido, porque la penalidad abstracta de aquéllos actos se rebaja respecto de la prevista para el homicidio. Lo que, sin embargo, no se justifica suficientemente es el porqué de castigar con una pena más grave la inducción que la cooperación, cuando en la Parte General de los propios Proyectos (como ocurre en el Código vigente) ambas conductas están equiparadas a formas de autoría y se castigan igual, con la pena que les corresponde a los autores.

Por lo que se refiere a la tipificación que se introduce en los arts. 149.4 del Proyecto de 1992 y 143.4 del Proyecto de 1994,⁶⁸ y que pretende abarcar el castigo de determinadas formas de eutanasia consentida, desplazándose, por tanto, en estos supuestos la posible aplicación de la cooperación necesaria al suicidio o el homicidio-suicidio y rebajándose sustancialmente la pena

68. El art. 149.3 del Proyecto de 1992 establece que: "el que causare o cooperare activamente con actos necesarios a la muerte de otro, por la petición expresa y seria de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los ns. 2 y 3 de este artículo".

Por su parte, el art. 143.4 del Proyecto de 1994 dispone que "el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los ns. 2 y 3 de este artículo" (en cursiva las diferencias con el anterior).

67. El art. 149 del Proyecto de 1992 y el art. 143 del Proyecto de 1994 disponen: "1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de 4 a 8 años.

2. Se impondrá la pena de prisión de 2 a 5 años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de 6 a 10 años si la cooperación llegare hasta el punto de ejecutar la muerte".

respecto de estas figuras, las formas que, sin duda, aparecen expresamente incluidas dentro del tipo legal son, en primer término, las de eutanasia activa. Más dudoso es si se pretendía, igualmente, recoger los supuestos de eutanasia indirecta. En el texto de 1992 ello no quedaba del todo claro, aunque lo más razonable era pensar que si no estaban expresamente tipificados, había que considerarlos fuera de su ámbito de aplicación. No obstante, la situación en el texto de 1994 parece haber quedado definitivamente resuelta, pues al exigir actos de cooperación necesarios y *directos*, parece evidente que los supuestos de eutanasia indirecta quedan al margen de la tipicidad. Finalmente, los que, de forma obvia, sí han quedado excluidos de la posible punición, por la fórmula utilizada en ambos textos, son los de eutanasia pasiva.

En términos generales, la regulación que de estas formas de eutanasia consentida realizan ambos textos no parecen, desde un punto de vista político criminal, convincentes. Ambos textos adolecen de una gran timoratería, pues debería haberse ido a una despenalización expresa de la eutanasia activa, en cualquiera de sus manifestaciones, estableciéndose las prescripciones que se entiendan ser oportunas para garantizar la emisión libre y espontánea del consentimiento. Pero con una solución como la que se adopta lo único que se consigue es involucrar al Derecho penal en la dinámica de una problemática que, en ningún caso, va a ser capaz de solucionar o aminorar,⁶⁹ sobre todo si tenemos en cuenta que la eficacia intimidatoria de la sanción penal establecida para la eutanasia consentida es muy baja. Y lo cierto es

que no se comprende muy bien qué es lo que se pretende con tal norma, pues la eutanasia, como fenómeno criminal, tiene hoy por hoy una incidencia prácticamente nula. Por lo demás, el fundamento de la reducción de la pena abstracta recuerda a los viejos planteamientos pietistas y de culpabilidad atenuada por el móvil más que a un deseo cierto de atender a la relevancia del consentimiento del sujeto.⁷⁰

4. Posición personal

Hace ya algunos años, tuve ocasión de expresar cuál era mi opinión personal en torno a la valoración y ámbito de aplicación, a la luz de los preceptos constitucionales, de las figuras de delito contenidas en el vigente art. 409.⁷¹ Mi posición se concretaba en entender que de la Constitución española de 1978 (arts. 10.1 y 15) se puede deducir, sin grandes inconvenientes, el derecho a disponer de la propia vida, si bien dada la inmensa importancia del bien jurídico al que ahora nos estamos refiriendo — la vida —, así como la gravedad que implica el acto de disposición del mismo, y dada la ineludible obligación que tiene el Estado de proteger la vida, lo que sí podría — o, incluso, debería — hacer éste es establecer una regulación de la prestación del consentimiento y unos límites a la eficacia del mismo. De tal forma que, el Estado, por una parte, podría exigir que el sujeto, para disponer libremente de su vida, fuera plenamente consciente de la trascendencia y gravedad del acto que realiza y, por otra, podría limitar la eficacia justificante del consentimiento hasta el punto de no ofrecer cobertura a determinadas intervenciones de terceros en el libre acto del suicidio.

69. Porque, como ha indicado certeramente Torío López (1981, p. 189), la eutanasia no debería ser objeto de previsión en el Código penal, pues es básicamente un problema médico.

70. Y así nos lo confirma García Valdés (1992), p. 21.

71. Del Rosal Blasco (1987).

Lo primero excluiría la posibilidad de considerar como libre el acto suicida de un menor o de un incapaz y lo segundo podría llevarnos a la conclusión de que, aunque el Estado no puede ni debe imponer el respeto de la propia vida, manteniéndola indemne en contra de la voluntad de su titular, sí que podría obligar a respetar la vida ajena, prohibiendo determinados comportamientos que, por parte del tercero no titular de la vida, suponen una efectiva lesión o una efectiva puesta en peligro de la vida ajena, aunque cuente con el expreso deseo del titular. Esta interpretación, que salva la constitucionalidad del art. 409 del CP, dejando únicamente fuera los actos de mera complicidad (art. 16), constituye, no obstante, el *máximo de limitación* aceptable dentro de un estado de Derecho.

No obstante, *de lege ferenda*, esta solución dista mucho de ser la deseable. Desde dicho punto de vista, mi posición se adhiere, fundamentalmente, a las propuestas que, en fechas recientes, ha llevado a cabo el Grupo de Estudios de Política Criminal,⁷² en sus documentos elaborados y aprobados en las tres reuniones habidas, desde noviembre de 1991 a febrero de 1993, en la Universidad Complutense de Madrid, en la

Universidad Valencia y en la Universidad de Alicante, y de las que el autor de estas líneas es, junto con muchos otros, firmante.

Tras aprobar un Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida, el Grupo articuló una Propuesta Alternativa al Tratamiento Jurídico de las Conductas de Yerceros Relativas a la Disponibilidad de la Propia Vida, que partía de una serie de presupuestos programáticos, según se estuviera ante intervenciones de terceros que no contribuyen al ejercicio de la disponibilidad sobre la propia vida o ante intervenciones de terceros en las que, por el contrario, sí se contribuye al ejercicio de la disponibilidad sobre la propia vida. A partir de esos presupuestos programáticos, se articulaba toda una propuesta de reforma de la legislación sanitaria y de la legislación penal.⁷³

Dentro de las hipótesis en las que no se contribuye al ejercicio de la disponibilidad sobre la propia vida se distinguía, a su vez, entre los casos de eliminación o mitigación de graves sufrimientos sin repercusión en un acortamiento de la vida y las actuaciones en situaciones de muerte clínica (cerebral). Para los primeros, "la conducta activa u omisiva, de autoría o participación, siempre que no haya oposición expresa o presunta, debe considerarse impune". Si es que hubiera "oposición expresa o presunta, por ejemplo, si la eliminación o mitigación de graves sufrimientos implica una pérdida de consciencia que no desea el afectado (...) podrán dar lugar a conductas típicas de coacciones". Para los segundos, "si concurren todos los elementos que permiten hablar de muerte en sentido jurídico, ya no hay bien jurídico vida, por

72. El Grupo de Estudios de Política Criminal está integrado por un amplio grupo de catedráticos y profesores titulares de Derecho penal, magistrados, jueces y miembros del Ministerio Fiscal que, a partir de una primera reunión fundacional en la Universidad de Málaga en noviembre de 1989, y con motivo de la aprobación de un primer manifiesto por una nueva política criminal sobre la droga, decidieron constituirse en grupo permanente de trabajo. Su pretensión es desarrollar y formular desde una perspectiva progresista propuestas político-criminales relativas a ámbitos sociales especialmente problemáticos. Véase su declaración programática en Grupo de Estudios de Política Criminal (1993), pp. 69 y 70.

73. Todo ello se encuentra publicado en Grupo de Estudios de Política Criminal (1993) y a esa publicación nos remitimos en las frases entrecomilladas que aparecen en las siguientes pp.

lo que todos los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación son penalmente irrelevantes".⁷⁴

Por otro lado, dentro de las hipótesis en las que se contribuye al ejercicio de la disponibilidad sobre la propia vida, se hacía una doble distinción, según nos encontráramos en el ámbito médico-asistencial o en el del suicidio.

En el ámbito médico-asistencial son imaginables las siguientes situaciones, a las que el Grupo daba sus correlativas soluciones. La primera es la situación de supresión de vida vegetativa en situación irreversible. En este caso, "la conducta activa u omisiva, de autoría o participación, deberá considerarse impune mientras no haya oposición expresa o presunta" y si es que hubiera oposición por parte, por ejemplo, de la familia del paciente, "la conducta típica de homicidio podrá justificarse, eventualmente, en virtud de un conflicto de intereses o de una colisión de deberes". La segunda posibilidad es la de supresión de prolongación artificial de proceso irreversible de muerte (enfermos terminales). En este caso, "la conducta activa u omisiva, de autoría o participación, deberá considerarse impune mientras no haya oposición expresa o presunta" y si la hay "la conducta típica de homicidio podrá justificarse, eventualmente, a través de un conflicto de intereses e de una colisión de deberes". La siguiente posibilidad es la de la eutanasia prematura.⁷⁵ Aquí, "la conducta activa u omisiva, de autoría o participa-

ción, deberá considerarse impune mientras no haya oposición expresa o presunta" y si la hay "la conducta típica de homicidio podrá justificarse, eventualmente, a través de un conflicto de intereses o de una colisión de deberes". La cuarta situación imaginable es la de eliminación o mitigación de graves sufrimientos padecidos en una situación de certeza o riesgo considerable de muerte próxima, con repercusión en un acortamiento de la vida. En estos supuestos, "si media solicitud, la conducta activa y omisiva, de autoría o participación, deberá considerarse impune" y en el caso de "ausencia de solicitud, las conductas citadas serán típicas; cabrá examinar si concurren causas de menor culpabilidad". En quinto lugar se analizan los casos de eliminación de graves sufrimientos padecidos en una situación de certeza o riesgo considerable de muerte próxima, por medio de provocación de muerte inmediata. La solución, si media solicitud del afectado es que "los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación, deberán ser impunes". No obstante, el Grupo consideró que "la inducción deberá seguir siendo antijurídica, si bien podrá examinarse la presencia de una menor culpabilidad".⁷⁶ En los casos de "ausencia de solicitud del afectado las conductas citadas realizarán el tipo del homicidio". La última posibilidad es la eliminación de graves sufrimientos derivados de una lesión, enfermedad o minusvalía incurables y permanentes,

74. "En todo caso — matizaba el Grupo — la relevancia penal surgirá desde la perspectiva del delito de profanación de cadáveres y en conexión con la legislación administrativa sobre trasplantes de órganos, realización de autopsias y policía sanitaria mortuoria".

75. Por eutanasia prematura entiende el Grupo "todo comportamiento activo u omisivo que conlleve la interrupción o no iniciación de los tratamientos médicos o quirúrgicos que mantienen de modo permanente o temporal la

vida de una recién nacido que nova a adquirir nunca la conciencia, o que prolongan artificialmente su proceso irreversible de muerte, o que garantizan su supervivencia a costa de un uso masivo y necesariamente permanente de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva".

76. Una opinión minoritaria en el Grupo considera que la inducción deberá resolverse como los restantes supuestos de participación.

por medio de la provocación de una muerte inmediata. El Grupo aquí consideró que "si media solicitud del afectado los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación, deberán ser impunes en los casos en los que el afectado esté incapacitado de manera generalizada para valerse por sí mismo".⁷⁷ Así y todo, "la inducción deberá seguir siendo antijurídica, si bien podrá examinarse la presencia de una menor culpabilidad".⁷⁸ En el caso de "ausencia de solicitud del afectado todas las modalidades de conducta realizarán el tipo del homicidio".

En el ámbito del suicidio, el Grupo de Estudios de Política Criminal entendió que "si media solicitud del afectado deberán ser impunes todos los comportamientos omisivos de autoría o participación, así como la complicidad y cooperación necesaria activas". No obstante, "deberán pensarse de forma atenuada respecto al homicidio y equiparados en penalidad, los comportamientos activos de autoría e inducción. En ellos deberá atenderse cuidadosamente a la posible apreciación de una menor culpabilidad".⁷⁹ Finalmente, "en ausencia de solicitud del afectado todas las modalidades de conducta realizarán el tipo del homicidio".

77. Para una opinión minoritaria en el Grupo también deberán ser impunes todos los comportamientos omisivos de autoría y participación, así como los comportamientos activos de complicidad y cooperación necesaria aun cuando el afectado pudiera valerse por sí mismo.

78. Una opinión minoritaria en el Grupo considera que la inducción deberá resolverse como los restantes supuestos de participación.

79. Una opinión minoritaria en el Grupo considera que deben quedar impunes todos los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación.

Otra opinión minoritaria en el Grupo considera punibles todos los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación.

La anterior proclamación programática o declaración de principios básicos de política legislativa, lleva al Grupo a articular una propuesta de reforma tanto de la legislación sanitaria como de la penal que tenga muy en cuenta la relevancia del consentimiento del paciente u su derecho a la disponibilidad de su propia vida y su derecho a una vida y una muerte dignas y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes. De esta forma, se propone modificar la Ley General de Sanidad, en el sentido de introducir, en su art. 10, una nueva redacción que, entre otras cosas, establezca que todo paciente tiene el derecho:

"A la previa elección de tratamiento entre las opciones que presente el responsable médico de su caso, en los siguientes términos:

a) Todo tratamiento médicamente indicado precisará del consentimiento previo informado, libre y no obtenido por precio o recompensa del paciente o, en su caso, de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas, salvo imposibilidad de averiguación de la voluntad de aquel o éstos, o supuestos de riesgo para la salud pública.

b) El consentimiento exige la capacidad de la persona para consentir, la cual se dará en todo aquel que tenga capacidad natural de juicio para comprender, una vez informado, el sentido y trascendencia de su resolución y para decidir en consecuencia.

c) El consentimiento del paciente deberá ser expreso u por escrito, si bien en casos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles se podrá intervenir médicamente a partir del consentimiento verbal o tácito del paciente sumariamente informado.

d) El caso de incapacidad o imposibilidad de manifestación de la voluntad del paciente de modo permanente, o de modo transitorio pero sin que proceda médicamente una demora del tratamiento, el derecho a consentir corresponderá

a los representantes legales, familiares o personas a él allegadas en el orden legalmente previsto, quienes deberán expresarlo por escrito, si bien en casos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles se podrá intervenir médicamente a partir del consentimiento verbal o tácito de los citados representantes legales, familiares o personas a él allegadas sumariamente informadas.

e) En su defecto habrá que atenerse a la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz, la cual resultará igualmente determinante cuando la decisión de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas sea claramente contraria a ella.

f) Todo consentimiento a un tratamiento podrá ser revocado, en cualquier momento, por su otorgante y, en todo caso, por el paciente capaz”.

Igualmente, se habrá de establecer claramente en dicho precepto que:

“a) El consentimiento previo al que se refiere el número anterior no será preciso en relación con la interrupción o no iniciación de tratamientos que, dados los actuales conocimientos médicos, se limitan a mantener de un modo temporal o permanente una vida carente de modo irreversible de conciencia, o a prolongar artificialmente un proceso irreversible de muerte, o a asegurar la supervivencia de un recién nacido a costa de un uso masivo y permanente de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.

No obstante, salvo opinión fundada del médico responsable, no podrá procederse a tal interrupción o no iniciación del tratamiento si concurre la oposición del paciente o de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas en condiciones, y con los requisitos, equivalentes a los que rigen para el consentimiento previo a un tratamiento médicamente indicado, una vez debidamente informados.

b) Asimismo deberá procederse a la interrupción o no iniciación de los tratamientos descritos, o a la aplicación de tratamientos directamente orientados a eliminar o mitigar los graves sufrimientos no evitables de otro modo padecidos por un paciente que, según los actuales conocimientos médicos, se encuentra en situación terminal, enfermo de muerte o con una afección incurable y permanente, aun cuando aquellos conlleven de modo colateral un acortamiento de la vida, si así lo solicita al responsable médico del caso el paciente o sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas en condiciones, y con los requisitos, equivalentes a los que rigen para el consentimiento previo a un tratamiento médicamente indicado.

c) En todo caso merecerá la consideración de solicitud del paciente, en defecto de la que éste pueda formular en directa relación con el caso concreto o sus eventuales complicaciones, la declaración en tal sentido expresada por escrito ante notario por un mayor de 18 años con capacidad para consentir, de modo libre, sin que medie precio o recompensa y alusiva de modo genérico pero inequívoco a todos o parte de los tratamientos mencionados en el párrafo anterior, una vez transcurridos 30 días desde su otorgamiento y no más de 5 años.

Condición de su eficacia será que se haga llegar el conocimiento de la existencia de la declaración, y una forma sencilla para averiguar fielmente su contenido, al médico responsable del paciente o al centro sanitario en que es atendido, por el propio declarante, cualquier otra persona o por el preceptivo examen de la documentación y pertenencias personales que el paciente lleve consigo.

La citada declaración podrá ser revocada en cualquier momento por su otorgante, aun si ha devenido incapaz, sin sujeción a las formalidades precisas

para su otorgamiento. Tampoco deberá ser tenida en cuenta cuando haya razones fundadas para pensar que ya no coincide con la voluntad del paciente”.

Igualmente la negativa a consentir un tratamiento no debe determinar, como ocurre ahora, la obligación de solicitar el alta médica.

El motivo para hacer una propuesta de semejantes características reside en “el predominio que en la problemática del ejercicio de la disponibilidad de la propia vida poseen las situaciones eutanásicas, y la extrema conveniencia de que éstas se resuelvan en la medida de lo posible en un contexto médico-asistencial”, por lo que el presupuesto de cualquier regulación que esté dispuesta a reconocer la voluntad de morir del afectado es el reconocimiento, “efectivo y general... en la legislación sanitaria del derecho del paciente a decidir libremente”, una vez ha sido informado debidamente “del tratamiento médico que se le vaya a aplicar”.

La propuesta que el Grupo hace “diseña un cuidadoso modelo al que puedan ir referidas cualesquiera intervenciones médicas” y “asegura que todo consentimiento cumpla unas ineludibles condiciones de capacidad y validez, acomodadas en todo caso a las diversas situaciones susceptibles de producirse”, consolidándose “la intervención subsidiaria de los representantes del paciente en condiciones claramente establecidas y con requisitos equivalentes a los formulados para el consentimiento del paciente, y sólo excepcionalmente se permite intervenir médicamente a falta de la conformidad del paciente o sus representantes”.

Resuelto este problema, la propuesta del Grupo “pretende introducir la problemática específica de determinadas situaciones eutanásicas en el contexto anterior. En efecto, se considera que todos aquellos comportamientos eutaná-

sicos que no implican la producción directa de la muerte son susceptibles de ser abarcados en el marco de la *lex artis* en el ejercicio de la medicina. De ahí que su lugar de tratamiento más adecuado deba ser la legislación sanitaria y, dentro de ella, los preceptos que regulan el derecho a aceptar o rechazar un tratamiento. Todo ello sin perjuicio de las inmediatas repercusiones que su legitimidad en este ámbito tenga en el ámbito jurídico-penal”.

Junto con la anterior propuesta de reforma de la legislación sanitaria, El Grupo de Estudios de Política Criminal incluye otra propuesta de reforma de la legislación penal, en la que se debería incluir un precepto que, a diferencia del texto actual, dispusiera:

“El que ejecutare activamente la muerte de persona mayor de 18 años que tenga capacidad natural de juicio, a solicitud expresa, libre y seria, será castigado con la pena de prisión menor.

No será punible la producción de la muerte de otro por parte de un médico o de cualquier otra una persona⁸⁰ bajo su dirección si media la solicitud expresa, libre y seria de una persona mayor de 18 años que tenga capacidad natural de juicio, siempre que ésta padezca graves sufrimientos no evitables ni notoriamente atenuables de otro modo y que se deriven de una afección incurable que le conducirá próximamente a la muerte o que, siendo permanente, le incapacita de manera generalizada para valerse por sí misma”.

Igualmente, en otro precepto se debería establecer, según el Grupo, que:

“El que indujere a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión menor.

80. Una opinión minoritaria entiende que debe eliminarse toda exigencia a que la producción de la muerte se realice por un médico.

Igual pena se aplicará al que coopere al suicidio de otra persona sin que concurren las circunstancias expresadas en el artículo (anterior)".⁸¹

La propuesta establece un marco penal más benigno que el del homicidio para los comportamientos de autoría activos en la muerte de otro a su petición. Aparte de ello, "se presta especial atención a la capacidad para hacer la solicitud, que está limitada a los mayores de 18 años capaces y a las características que debe poseer, de modo que es irrelevante toda solicitud que no sea expresa, libre y seria, sin que quepa ningún tipo de representación. Los comportamientos que no satisfagan tales requisitos deberán resolverse de acuerdo a los restantes tipos de homicidio". Hay una expresa pretensión de dejar fuera del tipo los comportamientos omisivos mediante "el empleo de la locución verbal *ejecute*", comportamientos que "serán impunes siempre que se den los requisitos de capacidad y de solicitud mencionados, pudiendo proceder en otro caso la aplicación de los tipos de homicidio". Por lo demás, "se quiere asegurar la impunidad de las conductas más significativas de eutanasia, que abarcan la producción directa de la muerte en casos de situación terminal, enfermedad mortal o afección incurable y permanente sin posibilidad del afectado de causarse a sí mismo la muerte".

La explicación de esto último, según se expresa en la fundamentación de la propuesta del Grupo, es que "así como las restantes hipótesis de eutanasia se han contemplado en la ley general de sanidad

en relación con el consentimiento a un tratamiento médico, en la medida que puede considerarse que estamos ante comportamientos amparados por la *lex artis* del ejercicio de la medicina, esto ya no es el caso en supuestos como los presentes en los que se da la debida primacía a la libre disposición de la propia vida en un contexto especialmente problemático para el afectado. De ahí que su lugar de resolución deba ser el Código Penal, en estrecha relación con el castigo de las conductas de homicidio-suicidio". Ello no obstante, "no se ha querido abandonar el contexto médico asistencial, de ahí la ineludible intervención de un médico".

Se ha de advertir que "los requisitos necesarios para consentir son más estrictos, no sólo respecto a las restantes conductas de eutanasia que se propone en la Ley General de Sanidad, sino incluso respecto a los exigidos en el tipo atenuado de homicidio-suicidio. Así, además de estar ante un mayor de 18 años capaz, la solicitud se debe expresar por escrito, libre y seriamente, sin que quepa ningún tipo de representación. No parece haber obstáculos a que se dé relevancia a la declaración vital en los términos expresados en el propuesto" texto alternativo de la Ley General de Sanidad.

En el texto alternativo a la regulación vigente dedicado al suicidio, "se toma la trascendente decisión de considerar en todo caso punible la inducción al suicidio, sea o no en un contexto eutanásico, y se ejecute la muerte por el suicida o por un tercero. Se asume con ello que la libre disponibilidad de la propia vida no exime a la sociedad de cerrar el paso a todo tipo de conductas que promuevan comportamientos suicidas". Igualmente, se asegura "el castigo de las conductas de cooperación necesaria y complicidad en los supuestos en los que, sin concurrir las circunstancias de capacidad y solicitud expresadas", en el texto anterior, "el

81. Si se toma como modelo de referencia el Proyecto de Código Penal de 1992, el contenido del propuesto art. 408 correspondería al §§ 1.º y 2.º del art. 149, y del art. 409 a los §§ 3.º y 4.º del mismo artículo. En cuanto a la pena en los tres supuestos punibles propuestos sería la de prisión de 4 a 10 años.

mismo suicida se causa la muerte, neutralizando así la vigencia del principio de accesoriedad de la participación".⁸²

Bibliografía

ATIENZA, M. (1990), "La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos de los GRAPO", en *Jueces para la Democracia*, 9/31 y ss.

82. Como últimas indicaciones, el Grupo no ha considerado oportuno "incluir un párrafo añadido al art. 489 ter (omisión del deber de socorro), que cerrara inequívocamente el paso a interpretaciones extensivas que pudieran acudir a este precepto para castigar conductas omisivas en supuestos de suicidio en que se den los requisitos de capacidad y solicitud de la víctima" propuestos, pues "al quedar claro (...) que son impunes tales comportamientos omisivos, aun concurriendo la posición de garante, con mayor motivo lo deben ser si no hay tal posición de garante".

Tampoco "se estima oportuno crear una previsión legal específica para los supuestos de respeto a la negativa del paciente a someterse a determinados tratamientos por motivos religiosos (singularmente testigos de Jehová) o a ser alimentado en el marco de una huelga de hambre reivindicativa, con asunción del riesgo de muerte que tal actitud puede conllevar. Los comportamientos omisivos respetuosos de tales decisiones, en la medida que pueda considerarse que estamos ante un suicida por dolo eventual, serán casos claros de seriedad de la solicitud, tal como se entiende" en el texto propuesto, "por lo que, si concurren los restantes requisitos de capacidad y cualidad de la solicitud allí mencionados, serán impunes. Los casos en que sólo quepa hablar de culpa consciente del creyente o del huelguista respecto a su muerte ya no son casos de disponibilidad de la propia vida, y su impunidad deberá resolverse por otras vías.

Finalmente, "tampoco se ha considerado pertinente hacer mención expresa a supuestos en que los comportamientos punibles de homicidio-suicidio e inducción al suicidio puedan poseer un menor injusto o una menor culpabilidad, pues se estima que deberán resolverse a tenor de las posibilidades ofrecidas por las reglas generales de graduación de la responsabilidad".

BACIGALUPO, E. (1989/1990), "El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física", en *Jornadas de Estudio sobre la Nueva Reforma del Código Penal. Poder Judicial*, XII/147 y ss.

BAJO FERNÁNDEZ, M. (1991), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las Personas)*, 2.ª ed., Madrid.

—. (1993), "Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante", en *Cuadernos de Política Criminal*, 51/709 y ss.

BUENO ARÚS, F. (1981): "Sobre el Derecho penal y la vida humana", en *Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid, pp. 113 y ss.

BUSTOS RAMÍREZ, J. (1991): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Barcelona.

CARBONELL MATEU, J.C. (1991): "Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto", en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 45, pp. 661 y ss.

CARBONELL MATEU, J.C. y Gonzáles Cussac, J.L. (1993), en Vives Antón, T.S.; Boix Reig, J.; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J.C. y Gonzáles Cussac, J.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia.

CASADO GONZÁLEZ, M. (1994): *La Eutanasia. Aspectos Éticos y Jurídicos*, Madrid.

COBO DEL ROSAL, M. y Carbonell Mateu, J.C. (1990), en Cobo del Rosal, M.; Vives Antón, T.S.; Boix Reig, J.; Orts Berenguer, E. y Carbonell Mateu, J.C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia.

COBO DEL ROSAL, M. y Del Rosal Blasco, B. (1990): "Artículo 409", en Álvarez García, F.J. u otros: *Código Penal Comen-tado*, Madrid, pp. 767 y ss.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. (1990), en Cobos Gómez de Linares, M.A.; López Barja de Quiroga, J. y Rodríguez Ramos, L.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, I, Madrid.

CUELLO CALÓN, E. (1955): "El problema penal de la eutanasia", en *Tres Temas Penales*, Barcelona, pp. 123 y ss.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1986): "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, pp. 603 y ss.
- . (1993): "Suicidio y homicidio consentido", en Díez Ripollés, J.L. y Gracia Martín, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida Humana Independiente y Libertad*, Valencia, pp. 199 y ss.
- FERRER SAMA, A. (1956): *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Madrid.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1992): *El Proyecto de Nuevo Código Penal*, Madrid.
- GIMBERNATORDEIG, E. (1990): "Eutanasia y Derecho Penal", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, pp. 51 y ss.
- GONZÁLEZ RUS, J.J. (1993), en Carmona Salgado, C.; Gonzáles Rus, C.; Morillas Cueva, L. y Polaino Navarrete, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I: "Delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales", Madrid.
- GRACIA, D. (1989): "Prólogo" a Gofo, J.: *La Eutanasia. El Derecho a una Muerte Humana*, Madrid.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. (1891): *El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado*, tomo IV, Salamanca.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1993): *Una Alternativa al Tratamiento Jurídico de la Disponibilidad de la Propia Vida*, Málaga.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1946): "Eutanasia y homicidio por piedad", en *Libertad de Amar y Derecho a Morir. Ensayos de un Criminalista sobre Eugenesia y Eutanasia*, 6.ª ed., Buenos Aires, pp. 415 y ss.
- KAUFMANN, A. (1987): "Relativización de la protección jurídica de la vida?", traducción de J.M. Silva Sánchez, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 31, 1987, pp. 39 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F. (1993): *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Valencia.
- OLESA MUÑIDO, F.-F. (1958): *Inducción y Auxilio al Suicidio*, Barcelona.
- PACHECO, J.F. (1867): *El Código Penal Concordado y Comentado*, tomo III, 3.ª ed., Madrid.
- POLLARD, B. (1991): *Eutanasia: Debemos Matar a los Enfermos Terminales?*, versión española por A. Temes, Madrid.
- QUERALT, J.J. (1988): "La eutanasia: perspectivas actuales y futuras", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, I, pp. 115 y ss.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1946): *Comentarios al Código Penal*, vol. I, Madrid.
- . (1958) Voz "Eutanasia", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IX, Barcelona, pp. 153 y ss.
- . (1972) *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo I, vol. I: "Infracciones contra la persona en su realidad física", 2.ª ed. puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1982): "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo I: "Derecho Penal y Constitución", Madrid, pp. 61 y ss.
- ROLDÁN BARBERO, H. (1987): "Prevención del suicidio y sanción interna", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, pp. 625 y ss.
- ROMEO CASABONA, C.M. (1989): "El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero*, II, n. 13 (año 1987, publicado en 1989), pp. 189 y ss.
- DEL ROSAL, J.; Cobo, M.; y Rodríguez Mourullo, G. (1962): *Derecho Penal Español (Parte Especial). Delitos contra las Personas*, Madrid.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (1987): "La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, I, pp. 73 y ss.
- TORÍO LÓPEZ, A. (1981): "Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos", en *Estudios Penales y Criminológicos IV*, Santiago de Compostela, pp. 169 y ss.

VALLE MUÑIZ, J.M. (1989): "Relevancia jurídico-penal de la eutanasia", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 37, pp. 155 y ss.

VIVES ANTÓN, T.S. (1977): "Reforma política y Derecho Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 1, pp. 73 y ss.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (1989): "Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Prof. Antonio Sáinz Cantero*, II, n. 13 (año 1987, publicado en 1989), pp. 281 y ss.

2. DOCTRINA INTERNACIONAL

BASES DE UNA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL SUPRANACIONAL

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal Universidad
Pompeu Fabra. Barcelona. España.

Vivimos una era en la que cada vez resulta más perceptible la internacionalización de los problemas y la exigencia de que también sean globales sus soluciones. En el ámbito de las instituciones jurídicas ello ha cristalizado en diversos fenómenos de los que el más significativo ha sido, sin duda, la Comunidad Europea, hoy ya Unión Europea. De ahí que también en el Derecho penal se adviertan ciertas tendencias hacia la unificación. Sin embargo, resulta llamativo que estas tendencias se manifiesten básicamente sólo en propuestas de una armonización y uniformización de las legislaciones.¹ Ello, con ser necesario e importante, no es sin embargo suficiente si no se trabaja simultáneamente en una construcción supranacional relativamente homogénea del sistema del Derecho penal, de los conceptos y categorías de la teoría jurídica del delito.²

De este modo se respondería satisfactoriamente a una convicción profundamente arraigada entre los penalistas, cual es la del carácter supranacional de la

ciencia del Derecho penal. Sucede, sin embargo, que esta convicción se había asentado tradicionalmente en la creencia acerca de que el Derecho penal se hace supranacional por su vinculación con determinadas estructuras lógico-objetivas (así, las de la acción, de la culpabilidad o de la autoría)³ de las que se derivaría el conjunto del sistema dogmático de modo deductivo-axiomático.⁴ Ello determinaría que nuestra ciencia fuera no sólo transnacional, sino, más aún, global, universal, desvinculada de referencias espacio-temporales, independiente de culturas y sistemas de valores. Modernamente, en cambio, se rechaza por muchos la posibilidad de construir de modo completo el sistema dogmático del Derecho penal sobre la única base de las verdades — supuestamente permanentes e inmutables — inherentes a las estructuras lógico-objetivas. De este modo, sin negar la importante función de límite que tiene la realidad del ser, a la que obviamente no puede oponerse la construcción dogmática, se tiende de modo creciente a construir el sistema, en el seno de un marco ontológico que se estima bastante amplio, sobre la base de conceptos normativos.

1. Vid., con todo, el importante esfuerzo constructivo de Tiedemann, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, en *Festschrift für Jescheck*, II, Berlin 1988, pp. 1.411 y ss.

2. Cfr. Las observaciones de Courakis, *Struktur— und Auslegungsaspekte des angelsächsischen Strafrechts*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1981, p. 533 y ss., 533.

3. Finalidad, poder actuar de otro modo, dominio final del hecho, respectivamente.

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

Estos adquirirían su contenido concreto desde perspectivas teleológicas, conformadas a partir de las finalidades político-criminales del Derecho penal. Unas finalidades político-criminales que no se reducen a meras consideraciones utilitaristas de eficiencia, sino que comprenden de modo esencial consideraciones valorativas derivadas de un principio de respeto a la dignidad humana y a las garantías fundamentales del individuo.⁵ De la relación dialéctica de lo uno y lo otro han de surgir, sin duda, enunciados valorativos concretos, cuya aptitud para dotar de contenido a las categorías sistemáticas debe quedar fuera de duda.⁶

Resulta ocioso subrayar lo esencial de la aportación de Roxin a este objetivo.⁷ Asimismo, que la adopción de esta perspectiva puede permitir también dotar al sistema del Derecho penal de un innegable carácter supranacional, si se toma como punto central de referencia

la comunidad cultural y de valores que subyace a las constituciones occidentales actuales. Mas ello implica un factor de relativización. Una ciencia del Derecho penal basada exclusivamente en las estructuras lógico-objetivas, o que se limite a construir el sistema de problemas o de estructuras de imputación,⁸ puede ser universal. En cambio, una ciencia penal de rasgos teleológico-valorativos, si bien puede ser supranacional, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, no puede independizarse de las culturas, de los sistemas de representaciones valorativas: tiene, por tanto, obvios condicionantes espacio-temporales.⁹ Por poner un ejemplo evidente, difícilmente se llegará a un acuerdo

5. Cfr. cómo se observa que es éste el punto de vista desde el que se trata de construir una aproximación común a los problemas en Fletcher, *Criminal Theory as an International Discipline*, en Eser / Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, II, Freiburg 1988, pp. 1595 y ss., 1621: "The most significant consequence of the conference was the recognition that we share a common discipline. Both German and American thinkers, it turns out, are committed to systematic as well as to pragmatic analysis. It may be that many Americans are discovering the virtues of systematic thought as many German scholars are finding new insights in pragmatic, case analysis. The Germans may be importing Bentham, and we, Kant and Hegel. If we sense that we are becoming one intellectual community, we can only be confident that the discussions of the future will be even deeper and more searching".

6. Cfr. al respecto Silva Sanchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 103-178.

7. Sobre su concepción cfr. ahora Strafrecht. AT, I, München 1992, pp. 115 y ss.

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

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

valorativo completo, en cuanto a la atribución de finalidades político-criminales al Derecho penal, y por tanto tampoco en cuanto a la concreta atribución de contenido a las categorías y conceptos del sistema dogmático, entre el mundo occidental, el mundo islámico y el del extremo oriente.¹⁰ En efecto, la relación entre razonamiento de principios y razonamiento utilitarista, así como la articulación de la relación individuo-sociedad, entre otras cuestiones, tienen lugar en unos y otros ámbitos culturales de modo sustancialmente distinto.¹¹ De ahí que, desde este punto de vista, la labor de la ciencia penal no sólo discurrirá en el marco generado por las estructuras ontológicas y en el que establece, en virtud del principio de legalidad, el respectivo Derecho positivo nacional,¹² sino que se vería evidentemente limitada por los condicionantes que establece un determinado horizonte valorativo común. Así las cosas, el penalista podrá dedicarse, sin marco alguno que le constriña, a elaborar de modo universal las estructuras lógico-objetivas que pueden condicionar — a mi juicio, de modo no determinante en lo concreto — la ulterior construcción doctrinal. De la misma manera, y en

idénticos términos, a elaborar los sistemas de problemas y las estructuras formales de imputación. Cuando pretenda, sin embargo, construir el concreto sistema de proposiciones (de soluciones a los problemas) en el que se expresan los contenidos últimos de la dogmática como disciplina práctica, ha de moverse en un contexto valorativo determinado (además de los obvios marcos, antes indicados, del plano ontológico y del Derecho positivo). A partir de ahí, la cuestión radica en determinar quiénes pueden llegar a compartir un “contexto valorativo” de configuración dada. A reserva de estudios más concretos al respecto me inclino por recurrir al término ambiguo de “lo occidental” para designar a la comunidad de sujetos en la que nos hallamos comprendidos.¹³

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

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

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

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

Ello, con las obligadas matizaciones de que, en primer lugar, lo occidental no es una referencia estática, sino dinámica, en la medida en que su significado varía con el tiempo¹⁴ y su extensión espacial también puede ser variable. Y, en segundo lugar, que el establecimiento de un marco valorativo común no implica la pretensión de una construcción definitiva (cerrada) del sistema, sino que, por el contrario, debe aceptarse de antemano la existencia presente y futura en el seno de dicho marco de discrepancias culturales relativas,¹⁵ así como ideológicas y científicas. Más bien se trata de establecer una referencia negativa según la cual podrían participar en la trabajosa construcción de esa ciencia común quienes no participaran del mismo horizonte valorativo asimismo común.

Es evidente, desde luego, que este modelo constructivo plantea no pocos obstáculos derivados de la dificultad tanto de la determinación de los presupuestos valorativos de referencia,¹⁶ como de las condiciones de su puesta en común para los diversos países. Así se explica que las primeras críticas a tal modo de proceder se hayan centrado en la inseguridad de un sistema centrado en consideraciones valorativas de este género, e incluso en su

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

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

16. A partir de declaraciones muy genéricas o de modelos culturales relativamente difusos.

menor científicidad (!). Sin embargo, ello es perfectamente rebatible. Como claramente lo es la afirmación¹⁷ de que el sistema teleológico tiene un carácter nacional (por su vinculación a un determinado ordenamiento constitucional) que se opone frontalmente a las pretensiones transnacionales de la dogmática.¹⁸ Creo, precisamente, que es virtud de buena parte de los textos que siguen la de poner de relieve cómo ese carácter transnacional, y sin embargo valorativo, es posible en los países que pertenecen a un mismo ámbito de cultura: la occidental, en nuestro caso.¹⁹

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

18. Cfr. el intento de Baldo Lavilla, *La justificación en situaciones de necesidad*, Tesis doctoral mecanografiada, Diciembre 1993, p. 37 y ss., 39, de construir la resolución de los conflictos de intereses que plantean las situaciones de necesidad mediante principios operativos de segundo nivel, derivados de las ideas rectoras de libertad y solidaridad, subrayando el carácter transnacional de tal ordenación.

19. Cfr. también en este sentido Schünemann, *La Política Criminal y el Sistema del Derecho penal* (trad. Martínez Escamilla), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1991, pp. 693 y ss., p. 712-714: "...ha de constatarse actualmente, por lo menos en las sociedades occidentales, una nivelación rasantemente de las decisiones fundamentales y convicciones básicas político-criminales (...) A causa de esta comunidad en las convicciones básicas político-criminales incluso hoy me parecen más favorables que antaño las perspectivas de nivelación de los ordenamientos jurídicos nacionales así como de los sistemas jurídico-penales".

Pese a todas las dificultades propias del proceso, el objetivo que se pretende alcanzar merece el esfuerzo. Trátase, fundamentalmente, de enfocar de modo realista los conceptos y categorías del sistema mediante el que atribuimos responsabilidad penal, mostrando su, en la base, innegable carácter cultural, de filosofía social y política. A partir de ahí, debe intentarse introducir criterios racionales que permitan la argumentación (y, con ello, el control) en un terreno en el que, demasiadas veces y con demasiado poco fundamento, se apela únicamente al texto de la ley o a la naturaleza de las cosas. Sentado claramente, como ya hemos indicado, que lo uno y lo otro constituyen desde luego marcos infranqueables, debemos esforzarnos por introducir ele-

mentos de racionalidad valorativa, teleológica, en la toma de decisiones en el seno de dichos marcos. Ello tiene la ventaja de responder a la realidad esencialmente valorativa de dichas decisiones —una realidad sistemática ocultada en argumentaciones que pretenden ser deductivo-axiomáticas— y de reducir los espacios de arbitrariedad que de ese modo tienden a producirse. A la vista de todo ello, la supuesta inseguridad sería el precio que habría que pagar en los primeros esfuerzos en pro de un objetivo tan ambicioso. Un precio que, a la vista de lo expresado no parece excesivo: es preciso mostrar la radical inseguridad existente tras pantallas de seguridad ficticia, a fin de construir sobre aquélla crecientes ámbitos de relativa seguridad “real”.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

O FINALISMO, HOJE*

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Direito Penal da Universidade
de Saragoça — Espanha

1. O conceito de ação finalista — 2. O sistema da teoria jurídica do delito fundado no conceito finalista da ação — 3. O conceito finalista de autor — 4. O finalismo na atualidade: 4.1 O conceito de ação; 4.2 A concepção pessoal do injusto; 4.3 A transcendência do erro de proibição ou sobre a ilicitude da conduta; 4.4 O conceito de autor.

1. O conceito de ação finalista

Em face do conceito causal de ação, formulou Welzel o finalista.¹ A sua laboração ocorreu no contexto da influência do naturalismo sobre a Ciência do Direito Penal, perceptível no conceito causal da ação, assim, como na crítica da filosofia jurídica neokantiana, com sua veemente separação entre o ser e o dever ser, a realidade e valor.² “O legislador —

dizia Welzel³ — não só está vinculado às leis da natureza física, como deve observar determinadas estruturas lógico-objetivas, caso contrário, sua regulação será necessariamente falsa”. As estruturas lógico-objetivas não podem ser ignoradas por valoração ou normação jurídica. Neste passo, enumera ele várias estruturas lógico-objetivas e a primeira delas vem a ser o conceito ontológico de ação humana. Ação é o exercício de atividade finalista. O legislador não pode modificar, nem ignorar a estrutura finalista da ação humana, nem o papel que nela desempenha a vontade. A ação não é uma mera soma de elementos objetivos e subjetivos, mas sim direção do curso causal pela vontade do homem. O seu

* Conferência proferida em Maringá Estado do Paraná, a convite da Universidade Estadual de Maringá. Tradução do original espanhol pelo Dr. Luiz Regis Prado, Professor Titular de Direito Penal e Membro do IBCCRIM.

1. Pela primeira vez em seu artigo *Kausalität und Handlung*, publicado na *Z.Str.W.*, tomo 51, 1931, fasc. 5.º e reproduzido recentemente em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlim-Nova Iorque, 1975, p. 7 e ss.

2. Vide Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannhein, Berlim, Leipzig 1935, incluído em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 29 e ss.

3. Vide Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 2.ª ed., 1955, p. 197 e 4.ª ed., 1962, p. 243-4, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, em *Festschrift für H. Niedermeyer*, Gotinga, 1953, incluído em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 274 e ss., especialmente p. 285-7 e *Vom Bleibenden und Vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, N.G. Elwert Verlag, Marburgo, 1964, especialmente p. 6 e ss. e 20 e ss.

conteúdo deve pertencer ao conceito de ação e este corresponde ao seu ser.

Para Welzel, finalidade e vontade de realização são sinônimos.⁴ Por isto, opõe-se à interpretação estrita da finalidade, segundo a qual compreender-se-ia unicamente as conseqüências que constituíam o fim perseguido pelo autor⁵ e as que considerava necessariamente unidas à sua realização.⁶

Afasta ainda Welzel a extensão da finalidade a todas as conseqüências previstas pelo autor como possíveis.⁷ Ficam fora da vontade de realização, aquelas conseqüências que o autor prevê como possíveis, mas confia que não se produzam. A finalidade, a vontade de realização, compreende o fim, as conseqüências que o autor considera necessariamente unidas à sua consecução e aquelas por ele previstas como possíveis e com cuja ocorrência contava.⁸

4. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Walter de Gruyter, Berlim, 1969, p. 35-6.

5. Tese sustentada por Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., J.C.B. Mohr, Tübinga, 1975, p. 201 e ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2.ª ed., J.C.B. Mohr, Tübinga, 1984, p. 77 e ss. e Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte General*, 15.ª ed., Dykinson, Madrid, 1992, p. 464.

6. Vide, neste sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal, parte General*, Madrid, 1949, p. 160 e Hardwig, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Cram de Gruyter, Hamburgo, 1957, p. 82 e ss.

7. Sugerida por Engisch, em *Probleme der Strafrechtserneuerung*, em *Festschrift für Ed. Kohlrausch*, Walter de Gruyter, Berlim, 1944, p. 154 e ss. e Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata da *Z.Str.W.*, Walter de Gruyter, Berlim, 1955, p. 42 e ss.

8. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 34 e ss. e *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 26 e ss.

2. O sistema da teoria jurídica do delito fundado no conceito finalista de ação

Welzel, Armin Kaufmann e Maurach inferiam da estrutura finalista da ação humana que o dolo devia ser necessariamente um elemento subjetivo do injusto dos delitos dolosos.⁹

A inclusão do dolo no tipo subjetivo dos delitos dolosos, vinha avalizada, ademais, por outros argumentos de caráter sistemático: a existência de outros elementos subjetivos do injusto,¹⁰ a punibilidade da tentativa¹¹ e a presença, em certos tipos, de condutas inequivocamente finalistas, que não poderiam ser compreendidas de um modo puramente causal.¹²

O dolo era concebido por Welzel como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo.¹³ Portanto, tratava-se de uma finalidade referida a um tipo delitivo. Por isto, não se pode corretamente falar em dolo natural para se referir ao conceito de dolo de Welzel,

9. Vide Welzel, *naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.ª ed., 1955, p. 197, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 14-15, 30 e ss., especialmente p. 34, *Vom Bleibenden und vom vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, p. 9 e *Das deutsche Strafrecht*, p. 37, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag O. Schwartz, Göttinga, 1959, p. 16 e ss., e Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller, 4.ª ed., 1971, p. 170, 228 e 233.

10. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 61, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 63 e Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 231.

11. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 61 e *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 63.

12. Vide, neste sentido, v. Weber, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1948, p. 54 e ss.

13. Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 64-5.

ainda que diferenciável, sem dúvida, do *dolus malus* da teoria jurídica do delito tradicional lastreada no conceito causal de ação e que compreendia a consciência da ilicitude.

O dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos leva a uma distinção, já no tipo, entre delitos dolosos e culposos.¹⁴ O tipo de injusto dos delitos culposos abrange a produção de um resultado de modo puramente causal, cego, como consequência de uma ação finalista que inobserva o cuidado objetivamente devido. Desta forma, chega Welzel à concepção pessoal do injusto, que distingue entre desvalor da ação e desvalor do resultado.¹⁵ O desvalor da ação nos delitos dolosos vem determinado pelo modo, forma ou grau de sua realização;¹⁶ pelo dolo, pelos restantes elementos subjetivos do injusto, quando existentes e pela infração de deveres jurídicos específicos que obrigam ao autor.

Nos delitos culposos, o desvalor da ação é formado pela inobservância do cuidado objetivamente devido. Por sua vez, o desvalor do resultado nos delitos dolosos e culposos vem representado pela lesão ou perigo concreto a um bem jurídico.

Em sede finalista, discute-se a respeito de qual deva ser a correspondência entre o desvalor da ação e do resultado. Ora o injusto já se encontra completo¹⁷ ou

exaurido¹⁸ pelo desvalor da ação; ora, para tal, faz-se indispensável que ao desvalor da ação se acrescente o desvalor do resultado.¹⁹

A culpabilidade — extraídos o dolo e a inobservância do cuidado objetivamente devido, isto é, o elemento objetivo da culpa — tem seu conteúdo reduzido à imputabilidade ou capacidade de culpabilidade e aos elementos de reprovabilidade: o elemento intelectual (conhecimento ou possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta) e o elemento volitivo (a exigibilidade de obediência ao Direito).²⁰

No que toca ao elemento intelectual da reprovabilidade, convém salientar que a consciência da ilicitude, no sistema finalista, ficou abstraída, separada, do dolo e surge como um elemento da culpabilidade. Daí ter Welzel construído a teoria da culpabilidade para o tratamento do erro de proibição ou sobre a ilicitude da conduta. De acordo com esta teoria, o erro de proibição não exclui o dolo, mas sendo vencível produz uma atenuação de pena do delito doloso e

Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin-Nova Iorque, 1974, p. 395-6 e 406 e ss.

18. Esta é a opinião de D. Zielinski, Handlung und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Suncker-Humblot, Berlin, 1973, especialmente p. 128 e ss., 205 e ss., 209 e ss., e 308-9.

19. Critério mantido por Stratenwerth, em Handlung und Erfolgsunwert im Strafrecht, Schw. Zeitschrift für Strafrecht, 1963, fasc. 3.º p. 233 e ss. e Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, en Festschrift für F. Schaffstein, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1975, p. 177 e ss., e por mim, vide J. Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I. Teoria jurídica del delito/1, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 363 e ss. e 401-2.

20. Vide Welzel, Das deutsche Strafrecht, p. 152 e ss., 157 e ss., e 178 e ss. e El nuevo sistema del Derecho Penal, p. 94 e ss., e 100 e ss.

14. Vide Welzel, Das deutsche Strafrecht, p. 59 e ss. e 127 e ss. e El nuevo sistema del Derecho Penal, p. 61 e ss. e 69 e ss.

15. Vide Welzel, Das deutsche Strafrecht, p. 62 e 128 e ss. e El nuevo sistema del Derecho Penal, p. 67-8 e 69 e ss.

16. No desvalor da ação deve-se incluir também, sem dúvida, os seus aspectos externos, como assinalou Jescheck; vide H.H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., Duncker-Humblot, Berlin, 1988, p. 215 e ss.

17. Como entendem Welzel, Das deutsche Strafrecht, p. 62, El nuevo sistema del Derecho Penal, p. 67-8 e Armin Kaufmann Zum

quando invencível elide a culpabilidade e a pena. Como é sabido, a teoria da culpabilidade se contrapõe à teoria do dolo, que era a dominante na teoria jurídica do delito tradicional e, pela qual, o erro de proibição (ou sobre a ilicitude da conduta) elimina o dolo. Se o erro era vencível dava lugar a uma responsabilidade por culpa e, se era invencível, eximia a culpabilidade e a pena.

3. O conceito finalista de autor

Da teoria da ação finalista depreendia Welzel o conceito de autor nos delitos dolosos. Autor é aquele que possui o domínio finalista do fato. "Autor é só aquele que, mediante a direção consciente do curso causal dirigido à produção do resultado típico, tem o domínio da realização do tipo. O autor se diferencia do mero partícipe pelo domínio finalista do acontecer; o partícipe, ou bem se limita a colaborar no fato, dominado pelo autor de um modo finalista, ou determina a sua realização".²¹

4. O finalismo na atualidade

4.1 O conceito de ação:

Refuta-se, hoje, a tese finalista da vinculação do Direito à natureza das coisas, às estruturas lógico-objetivas da matéria de sua regulação, mas, geralmente, são aceitas suas consequências para o sistema da teoria do delito.

Hodiernamente, pode-se falar de um ressurgimento do normativismo frente ao ontologismo da doutrina finalista,²²

de um normativismo que se relaciona, de certo modo, com aquele dominante na Ciência do Direito Penal européia sob a influência da filosofia jurídica neokantista.

Explica-se, assim, porque de um lado, geralmente, são aceitas as consequências do finalismo na teoria jurídica do delito e, de outro, rechaça-se o conceito finalista da ação. Cumpre indagar: este conceito é realmente um conceito ontológico? Inexistem formas de conduta humana não finalistas? Os movimentos corporais daquele que sofre um ataque epilético, os reflexos em sentido estrito e os movimentos durante o sono (pense-se no sonâmbulo) não correspondem ao conceito finalista de ação. Pois bem, se o Direito parte da concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável, tem-se como essencial para a valoração jurídica a estrutura finalista da ação humana.²³ Só a conduta finalista emerge, então, como conduta especificamente humana e pode ser objeto de valoração jurídica. O Direito deve partir, deste modo, do conceito finalista de ação. Não significa, a rigor, um conceito ontológico, mas torna-se vinculante para o Direito sempre que este tenha como ponto de partida a concepção do homem como pessoa.²⁴ Um conceito de ação diverso do finalista seria não só incongruente, como

Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C.H. Beck, Munich, 1992, especialmente p. 113 e ss. e 123 er ss. Georg Küpper, procura, ao contrário, uma defesa além do ontologismo welzeliano, em sua obra, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Duncker-Humblot, Berlin, 1990, que não teve eco.

23. Vide, nesse sentido, Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", J.C.B. Mohr, Tubinga, 1957, p. 13 e ss.

24. Vide, também, meu artigo La Naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, in Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, julho-agosto, 1961.

21. Vide Welzel, Das deutsche Strafrecht, p. 99.

22. Os representantes mais destacados deste novo normativismo, na moderna ciência do Direito Penal alemã, são Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-Nova Iorque, 1991 e Roxin,

inútil e fonte de equívocos na construção ou interpretação dos tipos de injusto. O normativismo encontra aqui um limite insolúvel.²⁵

As objeções feitas ao conceito de ação finalista — por não compreender o evento nos delitos culposos, nem a omissão — carecem de substância, sendo resultado de uma exageração do pensamento sistemático.²⁶

A omissão não é ação. Entre a ação e a omissão a única nota comum é a capacidade de ação²⁷ e esta não permite elaborar um conceito genérico de conduta. O conceito de ação finalista e o de omissão a ele referido (não realização de uma atividade finalista que o sujeito podia realizar na situação concreta) podem cumprir a função de elemento básico, ainda que não unitário do sistema. Todavia, não implica ela, como se supôs, erroneamente, por uma supervalorização do pensamento sistemático, a necessidade de que pertençam à ação ou à omissão todos os elementos do tipo de injusto dos delitos dolosos e culposos. Essa função — como fundamento basilar — encontra-se satisfeita se o conceito de ação ou de omissão permite uma interpretação plausível, convincente, de todos os tipos de injusto. O conceito de ação finalista, ao incluir o conteúdo da vontade na ação, possibilita uma compreensão mais correta do injusto dos delitos dolosos e culposos, ainda que o resultado causado permaneça fora da ação.

25. É sintomático que Mir Puig considere também necessário observar a estrutura finalista da ação humana, ainda que, segundo ele, dita necessidade decorre da função preventiva da norma (vide *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Boch, 1982, p. 52 e ss.

26. Cf. meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, p. 266 e ss. 277 e ss.

27. Como assinalou Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 85.

4.2 A concepção pessoal do injusto

A presença do dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos é hoje aceita quase unanimemente na Ciência do Direito Penal alemã²⁸ e pela imensa maioria dos penalistas espanhóis.²⁹ No entanto, rechaça-se, em geral, que a inserção do dolo no tipo possa ser deduzida de considerações ontológicas, concretamente, da estrutura finalista da ação humana, como pretendiam Welzel, Armin Kaufmann e Maurach.³⁰

A objeção me parece válida. A estrutura finalista da ação é compatível com uma concepção objetiva ou despersonalizada do injusto, como mera lesão ou perigo a um bem jurídico.³¹ É certo que as normas não podem ter por objeto senão ações finalistas, como assinalou Armin Kaufmann³² e que o juízo

28. Vide, por exemplo, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 217 e ss. e 260; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 255 e Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p. 112-3, 143 e 266 e ss.

29. Vide numerosas referências bibliográficas em meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, p. 345, nota 46.

30. Entre os penalistas de orientação não finalista, unicamente Jescheck admite que a inclusão do dolo no tipo de injusto dos delitos de ação dolosos decorre necessariamente da estrutura finalista da ação humana: "Também o conceito social de ação tem que reconhecer este argumento ontológico, posto que na conduta ativa se observa igualmente à finalidade como categoria fundamental" (Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 217).

31. Vide neste sentido meu artigo, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, publicado em 1961 (citado na nota 24) e incluído em meu livro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 57.

32. Vide Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindungen Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1954, p. 67 e ss.

valorativo que constitui o pressuposto lógico imediato da norma (são valoradas negativamente as ações dirigidas à lesão de um bem jurídico ou que trazem consigo a possibilidade de tal lesão) deve ter o mesmo objetivo. Disto não cabe concluir que o dolo deva ser um elemento subjetivo do injusto. É imaginável um código penal em que as figuras delitivas estejam redigidas de tal forma que não seja necessário apreciar elementos subjetivos do injusto; um código penal em que não se previsse a tentativa, vale dizer, a realização de ações dirigidas pela vontade do agente em produzir um resultado delitivo.³³ De um código penal desta índole derivaria uma concepção puramente objetiva, despersonalizada, do injusto.

De outra parte, pôs-se em dúvida que o conteúdo do dolo esteja preconfigurado ontologicamente.

A identificação entre a finalidade e vontade de realização, que engendra Welzel, é discutível, mas aceitável.³⁴ Ademais, não se entende como correto que sendo o dolo entendido como finalidade jurídica penalmente relevante (ou seja, vinculada a um tipo delitivo), o conceito de finalidade adquira um conteúdo normativo como supõe Roxin.³⁵ É tão somente o dolo que adquire um conteúdo normativo, vez que a finalidade se refere a um tipo delitivo. Enfatize-se, ainda, que o finalismo nunca sustentou a tese de que da estrutura finalista da ação humana depreendem-se ilações acerca das condutas que devam ser consideradas puníveis. Aliás, manteve sempre uma clara distinção entre os juízos

lógico-objetivos e os axiológicos.³⁶ Porém, impõe reconhecer que para precisar os limites do dolo nos casos de erro sobre o curso causal, no erro quanto ao objeto, no erro *in personam* e na *aberratio ictus* é preciso lançar mão de critérios normativos. O próprio Welzel, para determinar se o desvio do curso causal era essencial e deveria dar lugar a uma exclusão do dolo, utilizava o critério da previsibilidade objetiva.³⁷ Tal desvio seria essencial se não era objetivamente previsível, quer dizer, previsível pelo ser humano em geral. Na solução dos problemas gerados pelo erro quanto ao objeto (uma das cujas variedades é o erro quanto à pessoa) e pelo desvio do golpe (*aberratio ictus*) emprega-se o critério da equivalência do objeto ou da pessoa do ponto de vista dos tipos de injusto,³⁸ critério que, sem dúvida alguma, é de caráter normativo.

A presença da inobservância do cuidado devido no tipo de injusto dos delitos culposos tem precedentes anteriores ao finalismo³⁹ e é hoje aceita quase com unanimidade na Ciência Penal alemã e pela maior parte da doutrina espanhola. A discussão se fulcra hoje em saber se o dever de cuidado deve ser considerado como um dever objetivo, cujo conteúdo seria o cuidado necessário para o desenvolvimento de uma atividade social determinada, como entende a opinião do-

33. Esta possibilidade foi destacada por Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1957, p. 152 e ss.

34. Vide meu Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, p. 265-6.

35. Vide Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p. 142 (n. 24).

36. Vide Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, p. 28 e Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 16 e ss.

37. Vide Welzel, *Das deutsche Stafrecht*, p. 73.

38. Vide meu Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, p. 354-5.

39. Engisch foi o primeiro que incluiu no tipo de injusto "la inobservancia del cuidado necesario", vide Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, reimpresión de la edición de Berlim, de 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. 344.

minante,⁴⁰ ou de uma forma subjetiva, em que cada pessoa estaria obrigada unicamente a empregar o cuidado ou a diligência que lhe fosse possível, segundo sua capacidade.⁴¹ O avanço do normativismo se manifestou no desenvolvimento da moderna teoria da imputação objetiva de resultados. Propugna-se a restrição do tipo objetivo dos delitos dolosos e culposos mediante utilização dos critérios de imputação objetiva. Não basta que exista uma relação de causalidade entre a ação e o resultado típico, mas ainda é preciso, diz-se, que

40. Critério mantido por Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.^a ed., Carl Heymanns Verlag, 1981, p. 294 e ss., G. Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Delikt*, Walter de Gruyter, Berlim-Nova Iorque, 1972, p. 64 e ss. e *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, p. 315 e ss., Samson, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, Allgemeiner Teil, 5.^a ed., Metzner, 1989, e Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, 3.^a ed., Berlim-Nova Iorque, 1988, p. 206-7, na Alemanha e Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akal, Madri, 1990, p. 244.

41. Vide, por exemplo, Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, *Festschrift für R. Honig*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1970, p. 135 e ss. e 144 e *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 230-2 (n. 36, 39 e 41), 233-4 (n. 45-46) e 238-89 (n. 59-62), Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, A. Metzner Verlag, 5.^a ed., 1990, introduzido ao art. 1.^o, n. 57 e na Espanha Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado u causalidad*, Reus, Madri, 1966, p. 101 e ss. (se o resultado não era objetivamente previsível falta a reprovabilidade objetiva), S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, p. 247-8 e A. Torio López, *Los delitos de peligro hopotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, p. 844 e ss., *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, *Anuario de Derecho Penal Ciencias Penales*, 1986, fasc. 1.^o, p. 33 e ss.

o resultado seja imputável à ação (ou à omissão).

Para isso, exige-se que o resultado seja vazado como realização do perigo concreto criado ou incrementado pela conduta dolosa do autor, que seja objetivamente previsível *ex ante*.⁴² Não é imputável objetivamente se na realização da ação perigosa o agente observara o cuidado objetivamente devido (era um perigo lícito).⁴³

Alguns penalistas exigem não só que o resultado apareça como realização do

42. Vide, por exemplo, Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, p. 136 e ss. e 144, *Finalität und objektive Zurechnung*, em *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, 1989, p. 245 e ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 231-2 (n. 39 e 41), 237-8 (n. 56-57), Rudolphi, ob. cit., introduzido ao art. 1.^o, n. 57 e 62, G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, p. 201 e ss. e Gimbernat, *La causalidad en Derecho Penal*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, fasc. 3.^o, p. 567 e ss., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, p. 103-4 e 151 e ss. e *Qué es la imputación objetiva?*, em *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madri, 1990, p. 215-6.

43. Vide, neste sentido, Rudolphi, ob. cit., introduzido ao art. 1.^o, n. 62, 63 e 64, G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 220 e ss., Torío, *Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito improprio*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, fasc. 1.^o, p. 39-40, *Los delitos de peligro hipotético*, lug. cit., p. 845 e ss., *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, em *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, p. 393 y ss., e Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, p. 249. Roxin distingue entre o fim de proteção da norma que delimita o risco permitido (segundo ele, tanto nos delitos dolosos como culposos) e fim de proteção da norma implícita no tipo de injusto dos delitos dolosos e culposos. Neste último caso seria melhor, segundo ele, falar em critério de âmbito do tipo (Cf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 239 e ss.).

perigo criado ou incrementado pela ação do agente, mas também que esteja compreendido no âmbito de proteção da norma.⁴⁴

Não pode ele ser imputado, tampouco, caso o agente tenha se esforçado e conseqüido diminuir o risco de sua produção (princípio da diminuição do risco).⁴⁵

A imputação objetiva do resultado ficaria excluída quando fosse ele produzido com a mesma intensidade e ao mesmo tempo como conseqüência da ação lícita (por estar amparada por uma causa de justificação) de outra pessoa, ou simplesmente, dos fatores causais concorrentes na hipótese (critério da causa substitutória).⁴⁶

Esses critérios são discutíveis, mas não vou me deter agora em sua análise crítica, que já realizei em outro lugar.⁴⁷ Limitar-me-ei a expor brevemente minha opinião.

Nos delitos de ação dolosos seu campo de aplicação é, a meu ver, muito limi-

tado. Já nos delitos qualificados pelo resultado, está justificada a exigência de que o resultado decorra da realização do perigo criado ou incrementado pela ação do agente, quer dizer, que o resultado surja como realização do perigo, da tendência, implícita na conduta inicial dolosa. A exigência em todos os delitos de ação dolosos de que o resultado emergja como realização do perigo criado ou incrementado pela ação do sujeito, que foi objetivamente previsível *ex ante*, conduziria a conseqüências sumamente insatisfatórias. Produzir-se-ia uma restrição excessiva do âmbito do tipo.

A referência ao cuidado objetivamente devido para evitar a lesão a bens jurídicos carece de fundamento nos delitos de ação dolosos, pois, aqui, a conduta vai dirigida pela vontade do autor no sentido de produzir lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Contrariamente, há de ser admitido o princípio de imputação objetiva de que o resultado esteja compreendido no âmbito de proteção da norma, que deve ser desligado da criação ou aumento do risco. É preciso, sem dúvida, que o resultado, ainda que não fosse objetivamente previsível, esteja entre aqueles cuja produção trate a norma de evitar. O resultado deve aparecer como realização da conduta proibida pela norma.

De outro lado, devem ser afastados os critérios de diminuição do risco, pois supõem a inclusão no tipo da solução de conflitos de interesses, cujo lugar adequado são as causas de justificação e as causas substitutórias, pois não há base alguma na lei para excluir a responsabilidade penal pelo mero fato de que o resultado delitivo causado pelo agente teria sido produzido com a mesma intensidade e no mesmo momento como conseqüência da ação lícita de outra pessoa ou dos fatores causais concorrentes.

É no campo dos delitos de ação culposos que a teoria da imputação

44. Vide, por exemplo, Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, p. 136, Finalität und objektive Zurechnung, p. 242 e ss., e Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, p. 232-3 (n. 43-44), Rudolphi, ob. cit., introducción al art. 1.º, n. 58 e Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, p. 245-6.

45. Sustentado, de formas diversas, por E. Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Metzner, Frankfurt A.M. 1972, p. 86 e ss. e 96 e ss., Rudolphi, ob. cit., introducción al art. 1.º, n. 59 e ss. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, p. 233 e ss.

46. Vide meu Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, p. 323 e ss., 396 e ss. e 399 e ss.

47. A teoria da culpabilidade limitada é adotada, com efeito, não só por penalistas que defendem ao mesmo tempo a teoria dos elementos negativos do tipo, mas também por outros, como Gallas, Zum genwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, lug. cit., p. 46 (nota 89), Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, p. 153-4, Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, I, p. 418-9 e Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, p. 389 e ss.

objetiva encontra seu principal local de aplicação. Faz-se necessário que o resultado seja consequência da inobservância do cuidado objetivamente devido e um dos que tratava de evitar a norma de cuidado infringida.

Nos delitos de comissão por omissão, a exigência de que o agente ocupe uma posição de garante e de que a omissão apareça como equivalente à ação do ponto de vista de seu sentido social, ou, sob o ângulo do conteúdo do injusto, são, na realidade, critérios da imputação objetiva de resultados.

O que importa evidenciar aqui é que a restrição do tipo objetivo dos delitos dolosos e culposos, de ação e de omissão, mediante os critérios de imputação objetiva, não questiona a contribuição básica do finalismo de que o dolo deve ser um elemento do tipo dos delitos dolosos e de que a inobservância do cuidado (objetivamente) devido é um elemento do tipo de injusto dos delitos culposos, mas vem a completá-la.

A distinção entre os tipos de injusto dos delitos dolosos e culposos, de ação ou de omissão, é mantida, operando-se tão só uma restrição de seu conteúdo, no âmbito do tipo objetivo, mediante critérios de imputação objetiva. Acaba-se por completar, assim, a superação da velha doutrina do tipo, de um tipo comum para os delitos dolosos e culposos, de ação e de omissão, constituído pela simples causação de um resultado mediante um movimento corporal voluntário ou a omissão voluntária de um movimento corporal.

4.3 A transcendência do erro de proibição ou sobre a ilicitude da conduta:

Com o abrangimento do dolo pelo tipo de injusto, encontrou também geral aceitação a teoria da culpabilidade. A consciência da ilicitude da conduta é concebida por quase todos os penalistas alemães e pela maior parte dos espanhóis como um elemento da culpabilidade,

independente do dolo. O erro de proibição dá lugar, se invencível, à exclusão da culpabilidade e da pena, e, se vencível, a uma atenuação da responsabilidade dolosa (ou culposa).

A polêmica doutrinária se baseia, atualmente, no tratamento que deve ser dado ao erro sobre as circunstâncias que servem de base às causas de justificação. Para a teoria da culpabilidade limitada, o erro sobre as circunstâncias que servem de base às causas de justificação não é um erro de proibição, mas sim um erro sobre elementos do tipo (ou assim deve ser tratado), por se chegar, supostamente, deste modo, a consequências mais justas.⁴⁸

A teoria da culpabilidade encontrou acolhida em numerosos códigos penais: na nova Parte Geral do Código Penal alemão (art. 17); no Código Penal suíço (art. 20), no Código Penal austríaco (arts. 8.º e 9.º), no Código Penal português (art. 17), no Código Penal espanhol (art. 6 bis a) e na nova Parte Geral do Código Penal brasileiro (art. 21).

Em alguns desses códigos (v.g., alemão e espanhol), o legislador evitou tomar posição sobre o problema do erro a respeito das circunstâncias que servem de base às causas de justificação, isto é, introduzir uma regulamentação do erro sobre um elemento do tipo e do erro de proibição, não assinalando se o erro sobre as circunstâncias que fundamentam as causas de justificação constitui erro de proibição ou se é um erro que deve ser tratado como erro de tipo.

Nos Códigos Penais suíço (art. 19), português (art. 16, 2), austríaco (art. 8.º)

48. Vide, a este respeito, meu artigo O tratamento do erro de proibição no Código penal espanhol, traduzido para o português por Luiz Regis Prado e publicado nos Fascículos de Ciências Penais, ano 3, v. 3, n. 1, jan.-fe.-mar., 1990, p. 14 e ss. e na Revista dos Tribunais, ano 78, maio 1989, vol. 643, fasc. 2, p. 398 e ss.

e brasileiro (art. 20, § 1.º) regula-se, ao contrário, o erro sobre as causas que servem de base às justificantes no sentido da teoria da culpabilidade limitada. O erro vencível sobre as causas excludentes de ilicitude dá lugar a uma responsabilidade por um delito culposos; se invencível, ficam excluídas a culpabilidade e a pena.

Discute-se, também, no marco da teoria da culpabilidade, se a atenuação da pena para o erro de proibição vencível deve ser meramente facultativa, como propugnava Welzel, e se estabelece na maior parte dos códigos penais que regulam o erro de proibição, fundados na teoria da culpabilidade, ou de caráter obrigatório, como sucede no Código Penal espanhol (art. 6 bis e § 3.º).⁴⁹

4.4 O conceito de autor

O conceito finalista do autor é o dominante na moderna Ciência do Direito Penal alemã e encontrou também considerável eco na espanhola,⁵⁰ em grande parte porque permite uma mais perfeita compreensão da figura do autor mediato.

É incontestável, todavia, que o conceito finalista de autor nos delitos dolosos não decorre de consideração ontológica. Welzel partia do ponto de que todo aquele que realiza a ação típica tem o domínio finalista do fato, mais isto não é assim necessariamente. Maurach notou o problema e dizia que aquele que realiza a ação típica tem o domínio do fato em virtude de uma presunção legal irrefutá-

vel.⁵¹ Mas, então, o componente normativo do conceito de autor é indubitável.

Na realidade, o conceito de autor — a teoria da autoria e a da participação —, como assinalava o próprio Welzel, faz parte da teoria do injusto. “A doutrina da autoria contém a parte final da teoria do injusto. Por isto, os fundamentos da teoria do injusto, especialmente o tipo e seus limites, são decisivos para a definição de autor; sobretudo a diferença entre os tipos de delitos dolosos e culposos é essencial para a definição de autor”.⁵² Nos delitos culposos é autor — para Welzel — “todo aquele que através de uma ação infringe o cuidado exigível no tráfego, causa de forma não dolosa um resultado típico”.⁵³

É consequência do princípio da legalidade dos delitos e das penas que o autor deverá ser, necessariamente, tanto nos delitos dolosos como nos culposos, aquele que pratica a ação típica.

Nos delitos culposos, realiza o tipo todo aquele que causa um resultado mediante uma ação (qualquer ou determinada) que não observe o cuidado objetivamente devido, ou efetua uma ação desconhecendo uma qualidade da mesma ou de seu objeto, como consequência da inobservância do cuidado objetivamente devido.

Nos delitos dolosos será autor todo aquele que pratica a ação típica, ainda que não tenha o domínio do fato.⁵⁴

51. Vide Welzel, *Das deutsches Strafrecht*, p. 98.

52. Vide Welzel, *Das deutsches Strafrecht*, p. 99.

53. Vide, neste sentido, F. Chr. Schröder, *Der Täter hinter dem Täter Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlim, 1965, p. 39 e ss., 68 e ss. e 191 e ss.

54. Vide já, neste sentido meu artigo, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española in Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, p. 172-3.

49. Vide, por exemplo, Jescheck, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 590 e ss., Córdoba Roda, notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de Maurach, Ariel, Barcelona, 1962, II, p. 310 (nota 3), Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 177-8 e E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, p. 215 e ss.

50. Vide R. Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 658.

Por outro lado, aquele que tenha o domínio do fato será também autor ainda que não realize a ação típica (autor mediato ou co-autor), se o código se inspira em uma concepção pessoal do injusto. Este será o caso em todo o código penal em que se puna a tentativa de delito e seja preciso apreciar a existência de outros elementos subjetivos do injusto, além do dolo. Aquele que possui o domínio do fato surge então como o centro pessoal do injusto.

Já se o código se baseia, ao contrário, em uma concepção objetiva ou despersonalizada do injusto, como mera lesão ou perigo ao bem jurídico, todo aquele que colocasse como condição de produção do resultado ou da realização da ação típica seria, em princípio, autor. Assim, chegar-se-ia a um conceito extensivo de autor ainda que o Direito partisse do conceito de ação finalista, pois, o juízo desvalorativo da ilicitude recairia, então, exclusivamente sobre o lado objetivo ou externo da ação.

CRIME DE OFENSA À MEMÓRIA DE PESSOA FALECIDA — CRIME COMETIDO ATRAVÉS DA IMPRENSA — CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS MODIFICATIVAS AGRAVANTES*

MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO

Faculdade de Direito da Universidade Católica
e da Faculdade de Direito de Lisboa

1. Definição e qualificação — 2. O crime cometido como crime de imprensa — 3. O crime cometido: ofensa à memória de pessoa falecida, art. 169 do CP — 4. Concurso de circunstâncias modificativas agravantes — 5. Aspectos da punição — 6. Conclusões.

CONSULTA

Na sua edição de 9 de setembro de 1988, a toda a extensão da página 26 e com chamada, em destaque, da 1.^a página, o semanário “O Jornal” publicou um texto da autoria de M., médico neurocirurgião, intitulado “M.: ‘Só eu fui responsável pela operação de Salazar’”. Sob o pretexto, e o enquadramento, de relatar pormenorizadamente a sua intervenção, em Setembro de 1968, no auxílio médico ao antigo Presidente do Conselho de Ministros, M. faz uma apreciação directa de comportamentos que imputa ao Prof. Eduardo Coelho, antigo Professor da Faculdade de Medicina de Lisboa, falecido em 1974, e que fora, durante mais de 20 anos, médico assistente de Salazar; apreciação que se não restringe sequer ao período da intervenção médico-profissional de M., e antes se alarga quer à data da queda do paciente, que havia estado na origem da necessidade dessa intervenção, quer às posteriores relações com a

imprensa dos médicos que haviam acompanhado Salazar; e apreciação que resulta, não só em si mesma, mas também através da comparação, que o texto permanentemente estabelece, entre as virtudes da participação do seu autor e os defeitos ou vícios do comportamento e das atitudes do médico assistente de Salazar, claramente ofensiva para a memória do Prof. Eduardo Coelho.

Com base no que vai sumariamente descrito, em 9 de Janeiro de 1989 dá entrada na Directoria de Lisboa da Polícia Judiciária uma participação criminal contra M., subscrita pela viúva e pelos filhos do Prof. Eduardo Coelho, referindo a perpetração, pelo autor do texto citado, do crime de ofensa à memória de pessoa falecida, previsto e punível pelo art. 169.º do Código Penal, na forma qualificada do art. 167.º do mesmo diploma legal, além da violação, também por M., do art. 26.º da Constituição e do art. 71.º do Código Civil, Findo o competente inquérito, em 23 e em 26 de Outubro de 1989 dão entrada no Tribunal Criminal de Lisboa dois

* Parecer elaborado em Outubro de 1990.

textos de acusação particular contra M., subscritos um pela viúva e por quatro dos filhos do Prof. Eduardo Coelho, e outro pelo Dr. Eduardo Macieira Coelho, médico, e que é outro dos filhos do Prof. Eduardo Coelho, ao que viria a crescer, de novo com subscrição conjunta do cônjuge sobrevivente e dos cinco filhos, o pedido de indenização civil, deduzido nos termos dos arts. 71.º e seguintes do Código de Processo Penal e entrado no Tribunal Criminal de Lisboa a 30 de Outubro de 1989. Essa acusação particular viria a ser acompanhada pelo Ministério Público. Em 16 de Novembro de 1989, o arguido requereu a abertura da instrução, conclusa a qual, em 15 de Junho de 1990, o M. Juiz de Instrução Criminal lavra um despacho de não-pronúncia, fundamentado na relação, em termos de complementariedade e de delimitação recíproca, entre preceitos constitucionais. Com data de 4 de Julho de 1990, é recebido no Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa o texto do recurso, e sua motivação, interposto pelos assistentes — viúva e filhos do Prof. Eduardo Coelho — para o Tribunal da Relação de Lisboa, no qual se pede a revogação do despacho de não-pronúncia e a sua substituição por um outro, que receba a acusação e determine o julgamento correspondente.

Tendo-nos sido presentes cópias dos principais elementos do que vai processado nestes autos — e entre os quais devemos destacar o artigo de imprensa que constitui o primeiro e fundamental elemento de prova, as acusações deduzidas, o despacho de não-pronúncia e o recurso já interposto e sua motivação —, é-nos pedido parecer sobre a correcção do douto despacho de cujos termos resulta não ter o M. Juiz de Instrução criminal entendido que os factos descritos deveriam ser objecto de apreciação e decisão final em julgamento.

1. Definição e qualificação

Dizer da incorrecção de um despacho de não-pronúncia é, neste caso, e porque pretendemos oferecer um texto claro e sintético, uma tarefa que deve saber realçar os dois aspectos a que, sendo essenciais na apreciação judicial da acusação, o mencionado despacho, salvo o devido respeito, não soube atender e não atendeu.

Em primeiro lugar, com efeito, e quanto à matéria de facto, a missão da pronúncia ou não-pronúncia não é, de modo algum, a de uma passiva recepção ou não recepção do objecto do processo que a acusação tivesse tratado de delimitar ou definir. Ao contrário: a sua missão é activa, e verdadeiramente constituinte dessa mesma delimitação ou definição. Ao Juiz a quem compete apreciar a acusação não é pedida uma mera chancela sobre o trabalho delimitativo e definitório do Ministério Público ou de acusadores particulares. É, em vez disso, esperado do Juiz que, na própria pronúncia ou não-pronúncia, e como seu necessário fundamento, *oficialize, precisando-a*, a definição do objecto do processo.¹ O

1. *Vd. Cavaleiro de Ferreira, A Pronúncia, "Colecção Scientia Iuridica": Liv. Cruz — 1984 (sep. da Revista "Scientia Iuridica", tomo XXXIII, ns. 191-192), esp. pp. 11 e ss. e 21 e ss.; sobre a matéria subjacente, que é a da definição do objecto do processo — e que tem como passos necessários a acusação, o despacho de pronúncia e a decisão final, de importância e definitividade respectiva e sucessivamente crescentes —, *vd.*, por todos, Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, Lisboa: Ed. Danúbio, 1986, vol. 1.º, p. 18, e vol. 2.º, *maxime* pp. 233 e ss., Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1.º vol. Coimbra: Coimbra Ed., reimp. 1981, pp. 144 e 166, Castanheira Neves, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra: ed. policop., 1968, pp. 208 e ss., e a nossa própria síntese, ainda que visando directamente o anterior Código de Processo Penal, *Uma**

aparente argumento estatístico de que é freqüente assistir à pura e simples *remissão* — e nem sempre directa e expressa, mas muitas vezes, como é o caso dos autos, de modo genérico e tácito — da pronúncia para a acusação no que diz respeito à descrição dos factos recebidos para julgamento, não invalida nem tampouco põe em causa a correcta interpretação do sistema: do que se trata sempre é de a pronúncia tornar ou não seus os factos descritos no libelo acusatório; que o faça directa ou indirectamente, é já uma mera questão de técnica e de estilo de redacção. Observação esta que é particularmente de notar quando o que está em causa, como aqui acontece, é não um *despacho de pronúncia* (isto é, que receba a acusação, mormente quando o faça em toda a extensão desta), mas antes um *despacho de não-pronúncia*, no qual, precisamente porque o Juiz tem obrigação de dar conta das razões da sua discordância em relação à acusação, a tarefa de delimitar ou definir o objecto do processo assume significado primordial. Porque, das duas uma: ou o Juiz considera insuficientes os factos descritos, devendo devolver o processo ao Ministério Público para que este providencie no sentido de se vir a conseguir reunir melhor prova; ou o Juiz aceita essa descrição como suficiente para passar à valoração ou qualificação dos factos, qualificação essa que, nesse caso, deve resultar da crítica à própria valoração feita na acusação e da respectiva substituição por uma diferente, e melhor, apreciação. Ora, na espécie, o M. Juiz de Instrução Criminal não considerou insuficientes os factos descritos: limitou-se a recebê-los, aceitando-os; o que, como é evidente, faz avançar este

hipótese de aplicação da lei no tempo em matéria de crimes contra a economia e a saúde pública, sep. da "Revista da Ordem dos Advogados" — 1987, distrib. da A. A. F. D. L., pp. 2-4.

nosso raciocínio para a questão da qualificação.

Em segundo lugar, portanto, e desta feita atendendo já à "matéria de direito", é sabido² não estar o Juiz a quem caiba a pronúncia limitado ou enquadrado e submetido à qualificação feita ou proposta no libelo acusatório. Ao invés, tal qualificação ou valoração é da sua competência, não constituindo as sugestões avançadas pelas partes formais do processo (acusação e defesa) mais do que hipóteses interpretativas a que, entre outras, a sua soberania jurisdicional saberá dar o seu devido peso, aceitando-as ou criticando-as, aproveitando-as ou restando-as. *Jura novit Curia* — o que é um direito, a exercer independentemente das qualificações propostas, mas também um dever, a cumprir através da apresentação de uma adequada fundamentação da decisão tomada. Ora, é neste segundo aspecto que, de modo claro, o douto despacho que nos é dado comentar, e sempre sem prejuízo do respeito pelas considerações que nele se expendem e pelo Ilustre Magistrado que o proferiu, claudica e erra.

Postas assim as coisas, são logo atingidos dois objectivos necessários para os efeitos deste escrito: por um lado, fica logo preliminarmente esclarecido que a questão que fundamenta o recurso já interposto é uma questão-de-direito ou de qualificação, o que faz com que se devam ter como suficientes, apenas devendo ser lembrados e sintetizados no que têm de essencial para o eventual preenchimento de uma incriminação penal, os factos descritos na acusação e recebidos pelo Tribunal de Instrução Criminal;³ por outro lado, parece ficar

2. Cfr. os trabalhos referidos na nota anterior.

3. Aspecto este que, se se estivesse perante um recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, acarretaria ainda uma segunda consequência: a do indubitável cabimento da questão

claramente explicado que os primeiros pontos deste nosso estudo sejam, e tenham que ser, a indicação definitiva dos factos relevantes e a detecção da insuficiência ou inadequação da qualificação para eles proposta ou esboçada pelo despacho recorrido.

Quanto ao primeiro ponto, o que é necessário realizar é a leitura integral do artigo de M., publicado na edição de "O Jornal" de 9 de Setembro de 1988, sob o título "M.: 'Só eu fui responsável pela operação de Salazar'", e a saliência do que aí se diz de ofensivo em relação à memória do prof. Eduardo Coelho; são, como se verifica, pelo menos em número de seis as ofensas perpetradas pelo argüido, M., à memória do primeiro catedrático de Cardiologia da Faculdade de Medicina de Lisboa; a este Professor, o argüido M. chama:

a) *Mentiroso* [1.^a coluna, 3.^o §: "não se tratava de qualquer urgência (...) era um doente que estava até muito bem" — quando afinal "a situação era gravíssima", últ. linha da 1.^a col.] [últ. col., últ. §§: a história da entrevista ao "Primeiro de Janeiro", de 17.12.68]

b) *Incompetente* [é todo o "tom" do artigo, mas com destaque em passagens como: 4.^a col., 5.^o §: "Não tenho culpa que o sr. prof. Eduardo Coelho tenha chegado à idade a que chegou sem compreender que..."; 5.^a col., 3.^o §: "O diagnóstico estava, porém, certo" — omitindo quem é que o tinha feito]

c) *Aproveitador de benesses e, portanto, desonesto* [5.^a col., 5.^o §]

no âmbito dos poderes de cognição do Tribunal *ad quem*. Mas, quanto aos Tribunais da Relação, nem mesmo este problema se coloca: cf. art. 428.^o, n. 1, do novo Código de Processo Penal e tb. as indicações constantes do nosso *O princípio 'in dubio pro reo' e o novo Código de Processo Penal*, sep. da "Revista da Ordem dos Advogados" — 1989, pp. 7-10 (in R. O. A., 1989-II, pp. 589-592).

d) *Responsável por um hipotético homicídio negligente* [2 últ. §§ da 5.^a col. e 1.^o § da 6.^a col., além, também aqui, do teor geral do artigo — a questão da perda de tempo em demasia entre a queda do paciente e a intervenção cirúrgica]

e) *Incumpridor dos seus deveres de médico assistente* [que é ao que conduzem os insultos já apontados, designadamente pelo seu respectivo confronto com as disposições do Código Deontológico da Ordem dos Médicos]

f) *Brigão ou rixoso* [6.^a col., 2.^o §].

Mais: se o pretexto para esta série de insultos à memória de pessoa falecida em 1974 era o de um oferecimento de uma versão de factos ocorridos em Setembro de 1968 diferente da dos assistentes neste processo, qual a necessidade das referências manifestamente injuriosas nesta linha sumariadas sob as alíneas c e f?

O segundo ponto, claro está, é o da qualificação jurídica destes factos. Qualificação que aqui não pode ser analisada em toda a sua extensão: quer porque isso nos faria entrar em áreas não decisivas para a pronúncia do argüido — como a violação do art. 71.^o do Código Civil —, quer porque o conhecimento de algumas dentre as infracções perpetradas não é da competência geral dos tribunais criminais — como acontece com a "competência exclusiva" ou especializada da Ordem dos Médicos para conhecer da responsabilidade disciplinar dos Médicos (cf. arts. 5.^o e 139.^o e, para uma idêia das infracções disciplinares que os factos parecem indiciar, arts. 12.^o, 14.^o, 29.^o, 33.^o, 67.^o e ss. e 105.^o e ss., todos do *Código Deontológico da Ordem dos Médicos*, publ. p. e. na "Revista da Ordem dos Médicos", n. 3/85.⁴

4. Para a legislação precedente, e portanto para o conhecimento da evolução legislativa entretanto operada, vd. J. Alcides de Almeida/ F. J. de Miranda Duarte, *Legislação Médica Anotada*, vol. I — *Exercício da Medicina*, Lisboa: Eds. Ática, 1973.

A qualificação que era pedido ao M. Juiz de Instrução Criminal que considerasse era a qualificação jurídico-penal, isto é, a valoração ou juízo que dissesse do preenchimento de um dos tipos legais de crime previstos na parte especial do Código Penal ou em legislação penal especial, sem a verificação de causas de justificação ou de exculpação e de causas que evitassem a punibilidade ou a procedibilidade. Ora bem: esse juízo não foi feito no despacho recorrido, e é aqui que reside o seu grande defeito de base, ao ponto de inviabilizar a sua discussão crítica em termos que não sejam os do puro e simples pedido da sua revogação.

Entre o plano das normas constitucionais, nomeadamente aquelas que tenham por função definir os direitos, liberdades e garantias, e o da ordenação jurídica da vida social, existe, ou pode existir, legislação ordinária que, desde que não brigue com os preceitos fundamentais, visa antes operar a sua concretização e permitir a sua realização. Que, do ponto de vista teórico, muitos desses preceitos ou normas ou princípios fundamentais entrem em colisão ou possam estar em situação de aparente conflito, que importe dirimir por harmonização, para tentar extrair o maior sentido possível de cada um deles,⁵ é uma implicação ou consequência evidente da própria multiplicidade desses princípios. Mas o que o Juiz não deve, e não pode, sob prejuízo de estar a reivindicar para si funções que já não são as suas (por isso que estas são, e muito nobremente, as de jurisdição, isto é, de dizer o Direito), e antes se identificam com as da legislação ou feitura das leis, é entender que é sempre a ele que cabe a missão dessa harmonização de normas constitucionais e de princípios fundamentais. Não, nada dis-

so: essa tarefa só lhe é pedida após a detecção de uma lacuna, na lei ou no sistema. Quando a lei existe, e quando visa justamente dar concretização aos preceitos constitucionais que consagram e promovem os direitos e deveres fundamentais — e é precisamente isso que sucede com a legislação penal e processual-penal⁶ —, então a primeira missão do julgador é procurar a melhor interpretação e aplicação dessa lei.

E como se acha a lei aplicável? — Evidentemente, em primeiro lugar, em obediência estrita ao princípio da especialidade. O que é dizer: tem o intérprete a obrigação de ir descobrindo a legislação que mais perto do facto se encontre. E, depois, por integrações sucessivas, balizadas por princípios como, horizontalmente, os da subsidiariedade (que é muitas vezes explícita, isto é, resultante de uma remissão directa da lei especial para uma lei de âmbito mais genérico, como sucede entre muita legislação penal extravagante e o Código Penal), e, verticalmente, os da legalidade e constitucionalidade, ir completando, e porventura corrigindo e delimitando, a qualificação jurídica. Que não se confunda, e que muito menos um Juiz o faça, a qualificação, necessariamente subordinada ao método indutivo, vencidos que estão os tempos do formalismo positivista e do conceptualismo abstracto, com a construção dogmática, essa

6. Cf., entre tantas, as seguintes referências extraídas da obra de Figueiredo Dias: em *Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro*, na "Revista da Ordem dos Advogados", 1983-I, *vd.*, pp. 15-18 e *passim*; em *Sobre o papel do Direito Penal na protecção do ambiente*, na "Revista de Direito e Economia", Ano IV, n. 1, Jan./Jun. 1978, *vd. max.* pp. 10-11; sem esquecer, naturalmente, a divulgação, que entre nós lhe é devida, da expressão de Henkel de que o Direito processual penal é verdadeiro Direito constitucional aplicado: no seu já cit. *Direito Processual Penal*, *vd.* pp. 74 e ss..

5. *Vd.*, por todos, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 213 e ss..

sim, embora criticavelmente, muitas vezes a ceder à maior facilidade teórica da dedução.

Todo este defeito ou esta falta grave do despacho recorrido pode beneficiar de uma “circunstância atenuante”: entre nós, designadamente no momento que passa, a missão do julgador, em matéria penal, é grandemente dificultada pela ausência de uma sistematização jurídica ou de um apoio dogmático ou doutrinário no que diz respeito ao domínio, ao conhecimento e ao manuseamento da Parte Especial do Direito Penal português e, mais ainda, mas em sequência directa, da sua relação com os ramos especiais de Direito Penal que a legislação tem continuamente vindo a autonomizar.⁷

O certo é que, relativamente a este caso, a lei aplicável nem é difícil de encontrar: em primeiro lugar, a tratar-se de um crime, trata-se de um crime cometido através da imprensa, o que logo vem submeter os factos descritos a uma legislação especial — em princípio, pois, a do Decreto-Lei n. 85-C/75, de 26 de Fevereiro, alterado pelos Decretos-Leis ns. 181/76, de 9 de Março, e 377/88, de 24 de Outubro (Lei de Imprensa), cujo art. 25.º, n. 1, importa recordar: “Consideram-se crimes de abuso de liberdade de imprensa os actos ou comportamentos lesivos de interesse jurídico penalmente protegido que se consumam pela publicação de textos ou imagens através da imprensa”.

O segundo passo é, na espécie *sub judice*, dado por uma relação clara de subsidiariedade explícita: trata-se do n. 2 do citado art. 25.º. Disposição esta que, de forma nítida, reenvia a obten-

ção da qualificação pretendida para o âmbito, nuclear ou “comum”, do Código Penal. A dúvida a responder passa a ser, neste momento, a seguinte: há alguma norma incriminadora contida na Parte Especial do Código Penal cujos pressupostos e elementos sejam integralmente preenchidos pelos factos descritos?

Na aplicação das normas que sejam portadoras da qualificação que é aqui objecto de análise, e antes mesmo de se chegar — mas para se poder chegar — a uma medida judicial de pena (isto é, à pena concreta, por oposição à pena abstracta; à pena, por oposição à penalidade; à determinação da pena, ex cláusula geral do art. 72.º do Código Penal, por oposição à “moldura penal”, é necessário estabelecer a própria medida legal de pena, conhecendo e precisando os seus limites mínimo e máximo. *Quid juris* se para tal se afigurar necessário contar com a incidência de agravações legais, mormente sob a forma de concurso de circunstâncias qualificativas?

Por último, a pretexto da sua desnecessidade ou irrelevância para o efeito da revogação do despacho recorrido e da sua substituição por um outro que pronuncie o arguido pelos factos descritos e possibilite o seu julgamento, não podemos deixar, realisticamente, de atender a um preconceito porventura enraizado em alguma jurisprudência penal portuguesa: a idéia — meramente empírica e, portanto, não filtrada por critérios de racionalidade argumentativa ou decisória — de que se deveria evitar punir as pessoas que não fossem já cadastradas quando não estejam em causa crimes dos mais graves, por isso que a pena constituiria sempre uma sanção demasiado pesada e violenta. Idéia que, além de representar a pior interpretação possível do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, vem a traduzir-se numa violação do princípio da igualdade e desconhece, em absoluto, o vasto leque

7. Sobre o ponto, *vd.*, entre várias, as nossas observações em *A propósito da revisão do Decreto-Lei n. 28/84, de 20 de Janeiro (Infracções Anti-Económicas)*, na “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Ano XXIX, II, 2.ª Série, n. 4, 1987, pp. 539 e ss..

de possibilidades aberto pelo sistema penal no que diz respeito à substituição das penas privativas da liberdade, precisamente quando os crimes a punir não estejam entre os que o sistema considere mais graves.

Os pontos indicados, está bem de ver, são a explicação do sumário aqui proposto. Sumário cujo cumprimento terminará com as conclusões em que sistematizaremos a nossa resposta ao pedido que nos foi feito.

2. O crime cometido como crime de imprensa

Os factos já definidos foram perpetrados através da imprensa. Nos termos da já mencionada Lei de Imprensa, isso é o bastante para que a qualificação jurídico-criminal deste caso se inicie, e se deva iniciar, pelo ramo especial de Direito Penal que é o Direito penal da imprensa; objectivamente, é isso que resulta do seu já transcrito art. 25.º, n. 1; e subjectivamente, vale para o efeito a 1.ª parte da alínea *a* do n. 2 do art. 26.º do mesmo diploma legal.

Se dúvidas houvesse, em termos de restrição qualificativa — na necessária relação de integração subsidiária que o corpo do n. 2 do art. 25.º obriga a fazer com as disposições pertinentes do Código Penal, designadamente aquelas que definem os denominados crimes contra a honra (arts. 164.º e ss., V dos Capítulos que a Parte Especial do Código Penal agrupa sob o título comum dos crimes contra as pessoas) —, e dúvidas que teriam como única hipótese de fundamentação a enumeração formal do art. 27.º da Lei de Imprensa, essas dúvidas devem considerar-se como preliminarmente afastadas, na justa medida em que este art. 27.º não deve, e não pode, ser interpretado como uma norma de qualificação: a contraprova-lo está o facto muito simples de o legislador ter con-

siderado necessário adaptar a Lei de Imprensa ao novo Código de Processo Penal (e daí, expressa e precisamente, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 377/88, de 24 de Outubro, no Decreto-Lei n. 85.º-C/75, de 26 de Fevereiro), e não o ter feito em relação ao novo Código Penal, em vigor já desde 1 de janeiro de 1983 - o que significa, muito claramente, não ter, não poder ter, a lista de números de artigos contida no n. 1 desse art. 27.º, qualquer função qualificativa, por isso que os preceitos em causa já nem em vigor se encontram; e ainda mais: é prova positiva do que se acaba de afirmar o próprio elemento gramatical e literal da disposição que ora interpretamos — aí se fala, exclusivamente, em momento da consumação (n. 1) e em agravação legal (n. 2), o que vem a torná-la uma disposição adjuvante e complementar relativamente ao art. 3.º do Código Penal (no 1.º caso) e à aplicação conjugada de, entre outros, os arts. 164.º, 165.º e 168.º também do Código Penal (no 2.º caso), mas nunca uma disposição qualificativa. Não o pode ser uma norma que se limita a pressupor essa qualificação.

Lugar, pois, para que seja desta qualificação, em sentido próprio, que nos devamos ocupar. Primeiro preceito, ou primeiro conjunto de preceitos, decisivo para esse efeito no âmbito da Lei de Imprensa é o n. 2 do seu art. 26.º.

“Aos referidos crimes é aplicável a legislação penal comum, com as seguintes especialidades:

a) Se o agente do crime não houver sofrido anteriormente condenação alguma por crime de imprensa, a pena de prisão poderá ser, em qualquer caso, substituída por multa não inferior a 50000\$;

b) O tribunal aplicará a penalidade prevista na disposição incriminadora, agravada em medida não inferior a um terço do seu limite máximo, quando se

trata de pena variável, ou simplesmente agravada, nos outros casos”.

A legislação penal comum, que é, do ponto de vista substantivo, a que está coligida no Código Penal (vd. neste, aliás, o seu art. 8.º), contém uma norma incriminadora que especialmente se adequa a este caso: art. 169.º, ofensa à memória de pessoa falecida.

O facto, a que adiante nos referiremos, de esta norma incriminadora não prever sequer o afastamento da sua aplicação através da prova da verdade dos factos imputados, poderia dar origem a uma nova dificuldade interpretativa, no confronto, que a especialidade dada pela perpetração deste crime através da imprensa exige, com um outro conjunto de preceitos da Lei de Imprensa: está desta feita em causa o seu art. 28.º. E a dúvida é a seguinte: poderá essa relação de especialidade conduzir a que o crime de ofensa à memória de pessoa falecida, quando cometido através da imprensa, e ao contrário do que se passa com o seu regime genérico, possa ou deva ceder perante *exceptio veritatis*?

Dúvida de resposta muito simples: não. E não porque a mais curial interpretação dos primeiros números desse art. 28.º⁸ é a seguinte: nos seus ns. 1 e 2, é aberta, e delimitada, a possibilidade da prova da verdade no que concerne, respectivamente, à difamação (art. 164.º do Código Penal) e às injúrias (art. 165.º

do Código Penal);⁹ no n. 3, surge não só o regime dessa prova ou dos seus resultados, mas também, no início, através da utilização do termo “ofensa”, uma norma residual, que expressamente não abrange casos como o do art. 169.º do Código Penal (porque se trata de casos em que não é admitida essa prova). Confirma esse afastamento deste crime do âmbito daqueles relativamente aos quais é possível a *exceptio veritatis* a revogação, pelo Decreto-Lei n. 377/88, de 24 de outubro, do art. 43.º da Lei de Imprensa.

Duas notas importa reter, uma já de carácter conclusivo, e uma outra de teor extensivo, a demonstrar e a salientar a evidência da relevância jurídico-criminal dos factos que constituem objecto deste processo: a primeira é a de que, com todo o exposto, não deve haver dúvidas de que a Lei de Imprensa se refere também à perpetração do crime de ofensa à memória de pessoa falecida — é apenas como reforço dessa conclusão lógica que se poderá ainda invocar o seu art. 16.º, n. 2;¹⁰ a segunda nota redonda numa chamada de atenção: devidamente qualificado o crime como o crime de imprensa que é, passa a valer para ele também o n. 9 do citado art. 28.º — em complemento e concretização

9. Preceitos esses (os dos ns. 1 e 2 do art. 28.º da Lei de Imprensa), ainda para mais, a deverem ser interpretados mitigada ou restritivamente: cf. Figueiredo Dias, *Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Portuguesa*, na “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, Ano 115.º, 1982-1983 (pp. 100 e ss.), pp. 135 e 136 e 171 a 173.

10. Disposição à qual faz referência M. A. Lopes Racham *Sobre o direito de resposta na legislação portuguesa de imprensa (Algumas questões)*, sep. do “Boletim do Ministério da Justiça”, Lisboa-1985, pp. 19-21, propondo inclusivamente para ela uma interpretação extensiva ou mesmo um alargamento por analogia.

8. Apenas necessária, claro está, se se não entender que tais disposições estão revogadas ou “postergadas” pelo Código Penal: não é o que se passa com M. O. Leal-Henriques/M. J. C. Simas Santos, *O Código Penal de 1982 — Referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial*, vol. 2, Lisboa: Rei dos Livros, 1986, p. 208, que fundamentam a sua opinião no facto de “o regime de prova da verdade dos factos” estar “hoje definido no Código Penal”; mas é uma opinião que parece esquecer a relação de especialidade a que no texto se alude.

da regra geral do art. 13.º do Código Penal (a necessidade da previsão expressa da negligência para que esta forma de culpa seja relevante) e ao invés do que passa, neste mesmo Código, com os crimes contra a honra, em que só o dolo (e justamente porque falta disposição expressa em sentido inverso) é relevante para efeitos de incriminação, nos crimes de imprensa que atentem contra a honra de alguém deve colocar-se logo o problema da relevância da própria, e mera, negligência.¹¹

Da primeira conclusão resulta, para o que aqui nos interessa, a obtenção, para já, de uma agravação legal, operada pela incidência do art. 25.º, n. 2, alínea b), da Lei de Imprensa sobre a penalidade ou medida legal de pena indicada no art. 169.º do Código Penal, como preceito secundário desta norma incriminadora. O que é dizer: o limite máximo dessa penalidade, pelo facto de estarmos perante um crime cometido através da imprensa, começa logo por não ser de apenas 6 meses de prisão e multa até 50 dias, mas sim de 8 meses de prisão e multa até um número superior a 66 dias.

Da segunda observação resulta, ou pode resultar, a própria extensão da incriminabilidade penal dos factos descritos e que são objecto deste processo, por isso que, tendo eles sido perpetrados através da imprensa, até a remota ausência do dolo poderia não se afigurar suficiente para evitar a incriminação e a punição do arguido.

11. Referências sobre a discussão da questão são J. Faria Costa, *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no Direito penal português*, Coimbra: sep. dos "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro", 1981, pp. 37-38, e M. A. Lopes Rocha, *Sobre o modelo da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa. Alguns problemas*, Coimbra: sep. dos "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia", 1988, pp. 54-56.

3. O crime cometido: ofensa à memória de pessoa falecida, art. 169.º do Código Penal

Eis o que dispõe o art. 169.º do Código Penal:

"1. Quem ofender a memória de pessoa falecida, difamando-a, será punido com prisão até 6 meses e multa até 50 dias.

"2. Nenhuma pena, porém, será imposta se decorrerem mais de 50 anos depois da morte da pessoa difamada.

"3. Têm legitimidade para exercer o direito de queixa por este crime os ascendentes, descendentes e o cônjuge não separado judicialmente".

Fonte material imediata deste artigo foi o art. 181.º do Projecto da Parte Especial do Código Penal apresentado em 1965 pelo Prof. Eduardo Correia. Dos respectivos trabalhos preparatórios, à semelhança do que infelizmente se passou com a quase totalidade dos articulados propostos em 1963 e em 1965, respectivamente para a Parte Geral e para a Parte Especial,¹² pelo eminente Professor de Coimbra, apenas nos chegou notícia documentada já da fase da sua própria discussão, por uma Comissão Revisora. A excessiva parcimônia dessa discussão, se se havia revelado já no que concerne à apreciação de muitas das disposições da Parte Geral, acentuou-se, contra aquilo que seriam, e são, as exigências e as necessidades da praxe, no que disse respeito à preparação da Parte Especial — o que não deixa de ser, simultaneamente, causa e sintoma da já atrás apontada lacuna grave que, para o estudo, o conhecimento e o domínio científicos e para a aplicação rigorosa e segura do nosso Direito Penal, constitui a falta de elementos doutrinários de apoio

12. Uma tentativa de sistematização do que está publicado a este respeito fizemo-la no nosso *Caderno de apoio às aulas práticas de Direito Penal*, Lisboa: Univ. Cat. Port., 1988, pp. 52 e ss.

à sistematização e à interpretação da sua Parte Especial. Mas as coisas foram mesmo assim: entre 7 de Março e 25 de Junho de 1966, e, ao invés do que sucedera com a discussão da Parte Geral (em que se conseguiu uma representatividade mais alargada), circunscrita à zona coimbrã, reuniu-se uma Comissão Revisora para apreciar o Projecto da Parte Especial que o Prof. Eduardo Correia havia apresentado; outras comissões e apreciações terá havido, entre 1966 e 1982, data da publicação do novo Código Penal; todavia, só a primeira divulgou as Actas das suas reuniões,¹³ e é esse o seu grande mérito, que obriga mesmo a pôr de lado a observação crítica da sua já referida parcimônia.

Estes pontos, de carácter histórico, são importantes e desde logo por duas razões: em primeiro lugar, permitem-nos chamar a atenção para a existência de modificações à redacção ou à própria estrutura de algumas disposições, e modificações que, tendo ocorrido durante o longo período que medeou entre o encerramento dos trabalhos da 1.ª Comissão e a publicação do novo Código, não se encontram documentadas e às quais, portanto, não é dada uma explicação directa ou uma justificação explícita; em segundo lugar, são também estas observações de tipo histórico que justificam o procedimento analítico que já de seguida adoptaremos: a mesma razão da parcimônia da apreciação feita, em 1966, ao art. 181.º do Projecto do Prof. Eduardo Correia, leva a que seja nossa

13. Muito recentemente, é de assinalar, e enaltecer, a divulgação, que é contraprova da falta, a que o texto se refere, de trabalhos preparatórios, dos apontamentos pessoais do Cons. Maia Gonçalves, *A última revisão no Projecto de Código Penal*, nos "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia", vol. III, Coimbra-1984 (mas de 1990), pp. 93 e ss., divulgação, para já, restrita à Parte Geral, mas a consignar a promessa de futura divulgação relativa à Parte Especial (p. 98).

obrigação destacar aquilo que então se disse, e que de algum modo possa hoje auxiliar a compreensão e a interpretação do art. 169.º do Código Penal.

É, pois, às Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial¹⁴ que nos dirigimos e é aí que colhemos, umas de forma explícita e outra de forma implícita (a remeter para o relacionamento com a discussão de outros preceitos do Projeto que está na origem do novo Código Penal), três observações com base nas quais se poderá, com a segurança devida em assuntos desta natureza, sistematizar a interpretação do actual art. 169.º do Código Penal português, com vista à compreensão da sua clara, e completa, aplicação a este caso:¹⁵

a) Em primeiro lugar, o Autor do Projecto, Prof. Eduardo Correia, "dispensou-se de considerações prévias" no que respeita à explicação doutrinal, à afirmação da necessidade político-criminal e à

14. *Actas* que estão publicadas como separata do "Boletim do Ministério da Justiça", 1979, em volume que viria a ser reimpresso por iniciativa da A. A. F. D. L., s.i.d.; as referências ora feitas em texto reportam-se às pp. 98 e 99.

15. Partilhamos deste modo a idéia, que tem entre nós na obra do Prof. Castanheira Neves a sua principal defesa e divulgação, de que o processo de interpretação-aplicação não é formalmente cindível, como se possível fosse, adoptando rigidamente os critérios positivistas tradicionais e ainda com tantos resquícios na literatura jurídica portuguesa, interpretar (histórica, gramatical, sistemática ou teleologicamente) uma lei se não for para a sua aplicação a um caso concreto, ou aplicar (declarativa, restritiva ou extensivamente) uma lei que não constitua já o produto de uma dada interpretação. Cfr., entre vários, os seus estudos *Interpretação jurídica*, in "Polis"-Enc. Verbo da Sociedade e do Estado, vol. 3, 1985, cols. 651 e ss., e *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, em curso de publicação na "Revista de Legislação e de Jurisprudência".

descrição de eventuais problemas jurisprudenciais de interpretação, “atendendo à correspondência deste artigo à nossa tradição legislativa” (citando para o efeito de justificar essa correspondência o art. 417.º do Código Penal então vigente, isto é, do Código Penal de 1886).

b) Em segundo lugar, coube ao Prof. Figueiredo Dias (que ao tempo intervinha na Comissão na qualidade de Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra) a qualificação ou consideração deste tipo de crime como tipo autónomo em relação ao crime de difamação.

c) Em terceiro lugar, foi referida de modo expresso a questão da admissibilidade da prova da verdade das imputações feitas por meio deste crime, questão à qual a Comissão deu uma resposta claramente negativa, votando unanimemente a favor da explicação dada pelo Prof. Eduardo Correia, e que este jurista sintetizou no brocardo latino *mors omnia solvit*.

Do ponto de vista histórico-descritivo ou de relato documental, apenas falta acrescentar que, em termos de votação final e global do artigo proposto, somente no n. 2 desse art. 181.º do Projecto veio a ser introduzida uma redacção que procurasse exprimir porventura com maior correcção técnica a legitimidade processual cuja definição é exigida pelo carácter não-público do crime em causa. De resto, e quanto ao fundo dos problemas postos e a que este preceito visa dar solução, não houve discussão e a aprovação foi unânime. Chegou-se, assim, à formulação do seguinte futuro artigo para o Código Penal então em preparação:¹⁶

16. Reportamo-nos agora, como é natural (porque se trata precisamente da edição do Projecto que veio a merecer publicação autónoma, e que foi apenas a edição revista após os trabalhos da Comissão), a Eduardo Correia, *Código Penal, Projecto da Parte Especial*, sep. do “Boletim do Ministério da Justiça” (n. 157), 1966, p. 26.

“Artigo 181.º

“(Ofensa à memória de pessoa falecida)

“1. Quem ofender a memória de pessoa falecida, difamando-a, será punido com prisão até seis meses e multa até cinquenta dias.

“2. Têm legitimidade para participar e acusar por este crime os ascendentes, descendentes ou o cônjuge sobrevivente.

“3. Nenhuma pena, porém, será imposta, se decorrerem mais de trinta anos depois da morte da pessoa difamada”.

O confronto, interpretativamente necessário, entre esta proposta de 1966 e o texto do que hoje é o art. 169.º do Código Penal de 1982, revela que, entre essas duas datas, apenas foram introduzidas as seguintes modificações e, estas sim, como atrás ficou explicado, ainda sem documentação justificativa: por um lado, a referência à legitimidade processual veio de novo a ser aprimorada e passou a situar-se, como confirmação de que é de mera matéria adjectiva, e não definitiva, que se trata, no último número do artigo, erguendo-se o condicionamento cronológico, que constitui limite ou fronteira entre o âmbito de eficácia da incriminação e a liberdade de crítica histórica, ao n. 2; por outro lado, este condicionamento foi largamente afrouxado ou atenuado, tendo-se concomitantemente alargado o âmbito da incriminação até um período de 50 anos depois da morte da pessoa difamada;¹⁷ finalmente,

17. A primeira das duas assinaladas modificações surge, com carácter oficial, na Proposta da Lei aprovada pelo IV Governo Constitucional, em 11 de Julho de 1979, relativa à Parte Especial, apresentada à Assembleia da República, texto em que à “ofensa à memória de pessoa falecida” corresponde o “art. 175.º” — *vd.* a publ. do Ministério da Justiça, *Código Penal (Parte Especial)*, Lisboa: sep. do B.M.J., 1979, p. 25 —, mas a elevação da limitação indicada de 30 para 50 anos só veio a verificar posteriormente (é

mas já sem grande relevância em termos de estruturação típica — e da nova estrutura típica — deste crime, a legitimidade processual (pelo menos para o exercício do direito de queixa, nos termos dos arts. 111.º e ss. do Código Penal) do cônjuge sobrevivente veio a ser condicionada à não separação judicial, o que mais aproxima a definição do bem jurídico de cuja protecção aqui se trata da honra da família, e nesse sentido interpretativo poderá vir a ser utilizado.

Esta, pois, a explicação técnica ou formal do surgimento do preceito em análise. No que diz respeito, todavia, à sua verdadeira e própria interpretação (para que bem se delinie a sua aplicação a este caso), a breve exposição que vamos fazer pode contar, como dissemos, com a sistematização dada pela autonomização das três alíneas acima sumariadas. E assim:

a) Do ponto de vista histórico, é verdade que ao art. 169.º do Código Penal corresponde a nossa tradição legislativa: ao menos nesse sentido, é seu antecedente imediato o art. 417.º do Código Penal de 1886, que por sua vez mais não era do que a transcrição do artigo com o mesmo número do primeiro Código Penal português, o Código Penal de 1852.

Na explicação e crítica doutrinária deste último, avultam, como é justamente e evidentemente reconhecido, os comentários de Levy Maria Jordão¹⁸ e de Silva Ferrão,¹⁹ entre os quais é comum, na

algo que corresponde, portanto, a uma vontade legislativa historicamente manifestada já depois de 1979).

18. Levy Maria Jordão, *Commentário ao Código Penal Português*, Lisboa: Tip. de J. Baptista Morando, em IV tomos, 1853 (I e II) e 1854 (III e IV).

19. F. A. F. da Silva Ferrão, *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Português comparado com o Código do Brazil, Leis Patrias, Codigos e Leis Criminaes dos*

anotação ao referido art. 417.º (“O crime de diffamação ou de injúria commetido contra uma pessoa já fallecida será punido, se accusar o ascendente ou descendente ou conjuge ou irmão ou herdeiro d’esta pessoa”), a respectiva filiação no art. 378.º do Código Penal espanhol de 1848, a que hoje corresponde, no Código Penal actualmente em vigor no país vizinho, o art. 466. Referência esta muito correcta e pertinente, na justa medida em que é através dela que os comentadores aproveitam para explicar que o surgimento e a formulação do nosso antigo art. 417.º são oriundos da própria crítica à limitação literal²⁰ que no Código espanhol se faz: neste, se a acusação, em defesa da memória da pessoa falecida, partir de um herdeiro, ela não se encontra condicionada ao requisito indicado para a hipótese de o seu exercício ser da iniciativa dos ascendentes, descendentes, cônjuge e irmãos porque, nesta segunda hipótese, é necessário que a ofensa caluniosa ou injuriosa transcenda a pessoa do próprio falecido, para se repercutir na honra ou dignidade dos acusadores. É esta segunda hipótese restritiva que é desde longa data objecto de crítica em

Povos Antigos e Modernos, Lisboa: Imprensa Nacional, em VIII volumes, 1856 (I a IV) e 1857 (V a VIII).

20. E que precisamente por ser apenas de teor literal, e não possivelmente também teleológico e sistemático, continua, até hoje, a ser base de interessante controvérsia na doutrina espanhola — e interessante porque, salientando a amplitude da tutela conferida por esta incriminação, tem ido ao ponto de a alargar e de a interpretar correctivamente: *vd.*, por todos, mas paradigmaticamente, A. Quintano Ripolles, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed. actual, por E. Gimbernat Ordeig, Tomo I — *Infracciones contra la Personalidad*, vol. II, Madrid: Ed. Rev. Der. Priv., 1972, pp. 1239 e ss., e J. M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 11.ª ed. rev. e actual. por A. Serrano Gomez, Madrid: Dykinson, 1988, p. 254.

Espanha, levando a que os nossos Códigos a não considerassem²¹ e a que, portanto, a maior extensão desta incriminação tenha sido sempre, entre nós, clara e indiscutida.

E neste sentido, é ainda de acrescentar que, verdadeira embora essa filiação directa na legislação espanhola, o certo é que, como nenhum comentador, doutrinador ou praxista, deixa de reconhecer, a tutela e a relevância criminal das ofensas à memória de pessoa falecida são algo de profundamente enraizado na História do Direito Penal, encontrando expressões claras no Direito Romano²² e que, entre nós, mesmo antes das

codificações, acharam eco significativo designadamente nas obras de Pascoal de Mello Freire²³ e de Pereira e Sousa.²⁴

com o que vai dito na mesma obra, a pp. 8 e 9, em que o Autor considera inútil resumir neste seu livro a história dos crimes de injúria e de difamação, em razão não só e não tanto do facto de essa história poder “ser lida por extenso, repetida e reproduzida em todos os trabalhos que se têm ocupado da matéria”, mas principalmente do facto notório, que só confirma a gravidade e a necessidade político-criminal do problema de que aqui nos ocupamos e a cuja tutela estes autos se referem, de que “todas as legislações, desde as mais antigas e bárbaras até às mais modernas e civilizadas, consideraram como o crime as ofensas à honra, sendo “única dedução importante a fazer da constatação deste facto constante, universal” a de que “portanto, não deveria discutir-se mais a incriminabilidade das injúrias, pois sempre (e a todo o momento) tem sido universalmente reconhecido que as ofensas morais à honra, além de violarem o direito privado, perturbam a tranquilidade social, determinando, por isso, uma reacção natural, espontânea e sensível, a ponto de tornar necessária a repressão penal”).

21. Levy Maria Jordão, *op. cit.*, Tomo IV, p. 230, e Silva Ferrão, *op. cit.*, Volume VII, p. 359.

22. Sobre os crimes contra a honra, no Direito Romano, neles incluindo a protecção da memória dos defuntos, *vd.*, em geral, os dois melhores tratados de Direito Penal Romano — TH. Mommsen *Römisches Strafrecht*, 1899 (em vers. esp. de P. Dorado, *Derecho Penal Romano*, reimp. Bogotá: Temis, 1976, pp. 484 e ss.) e C. Ferrini, *Diritto Penale Romano. Esposizione storica e dottrinale*, ext. da *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, dir. E. Pessina, 1902 (reimp. Roma: “L’Erma” di Bretschneider, 1976), pp. 231 e ss. —, e, em especial, o recente livro de E. Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, trad. de J. Szabó, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1986. Referências históricas, embora de carácter genérico, encontram-se também numa obra que, através da sua tradução, tem estado entre as mais citadas pela nossa jurisprudência em matéria de crimes contra a honra, na busca, que a esta evidentemente cabe, de alguma “compensação”, em termos de auxílio doutrinário, perante a penúria bibliográfica já indicada em relação à compreensão e ao manuseamento da parte especial do Direito Penal português: trata-se do livro, que o próprio facto dessa citação frequente obriga a não desconsiderar, de A. Borciani, *As Ofensas à Honra (Os crimes de injúria e difamação)*, trad. de Fernando de Miranda, Coimbra: Arménio Amado, 1940, pp. 75-77 (aparentemente, pelo menos, em contradição

23. Da obra juspenalista do grande juriconsulto de setecentos, em extensão material até hoje inultrapassada e que foi a base directa do ensino do Direito Penal português durante um século, encontram-se felizmente republicações recentes e facilmente acessíveis: as suas *Institutiones Juris Criminalis Lusitani* podem ver-se, em trad. de Miguel Pinto de Menezes e com prefácio de Francisco José Vellozo, no “Boletim do Ministério da Justiça”, ns. 155 (Abril de 1966) e 156 (Maio de 1966), resp. a pp. 5 e ss. e 69 e ss. — quanto aos crimes contra a honra, *vd.* o Título VIII (“Das Injúrias e Libelos Famosos”), B. M. J., n. 155, pp. 165 e ss.; por seu lado, o justamente célebre *Ensaio do Código Criminal* pode consultar-se, na resp. ed. de 1823 prolongada por Francisco Freire de Melo e prefaciada pelo editor, no “Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia”, a partir do n. 18 (1.º sem. de 1966) — sobre os crimes contra a honra, *vd.* o título XXXV, “Das Injúrias”, B. A. P. I. C., n. 20, pp. 253 e ss. —, publicação que inclui as *Provas* (Pascoal José

Ao longo do período que decorreu entre o início da vigência do Código Penal de 1852 e a sua remodelação profunda através da Nova Reforma de 1884, que viria a determinar uma nova publicação oficial do Código — que viria a determinar, portanto, o Código Penal de 1886 —, deve destacar-se, nesta como em tantas outras matérias, o *Relatório da Comissão* que, subscrito pelo grande penalista que foi Levy Maria Jordão, viria a apresentar em 1864 o Projecto de um novo Código Penal. A esta matéria, designadamente, é dedicado todo um título desse Relatório, preenchendo-se realmente aquilo que seria a exposição de motivos e a justificação preambular das incriminações da *calumnia*, *diffamação* e *injúria* com o nosso tema, isto é, com a questão da “diffamação e injúria contra os mortos”, discutindo-se exemplos concretos retirados do Direito comprado e apresentando-se a própria fundamentação político-criminal da incriminação ao lado da sua fundamentação histórica, claramente alicerçada no Direito Romano — texto que, por tudo isto, e mormente num processo em que se corre o risco de ver confundidos pormenores de regulamentação legal que só fazem sentido relativamente a outras espécies de crimes contra a honra com aquilo que é a razão de ser e a autonomia

própria das ofensas à memória de pessoa falecida, e para justamente salientar que é disto que aqui se trata, ainda hoje mantém actualidade e importa recordar.²⁵

No que diz respeito, por sua vez, ao Código de 1886, isto é, *rectius*, ao art. 417.º no Código de 1886, não se suscitaram grandes dificuldades de compreensão e de aplicação durante a sua larga vigência.²⁶ De referir apenas, até porque concretiza ou ajuda a salientar a evidência da incriminação em causa — e porque, a um outro título (este já de apreciação dogmático-crítica pelo menos do *modus operandis* da Reforma recentemente entrada em vigor em Portugal), o caso vertente é um dos exemplos de que a simples possibilidade de manutenção de querelas interpretativas facilmente ultrapassáveis surge como consequência inevitável de o legislador de 1982 ter sistematicamente preferido importar formulações normativas estrangeiras, em vez de atender à legislação existente e aos problemas que colocava na sua aplicação, para então verificar se se deveria ou não, e em que sentido, modificar a redacção da lei, contando, então sim, com os exemplos de Direito comparado —, a questão, nem sempre bem resolvida e a suscitar confusões porventura injustificadas,²⁷ da possibilidade de concurso de normas ou concurso aparente de

de Melo Freire, *Ensaio do Código Criminal. Provas em que o autor fundou as doutrinas desta obra*, a partir do n. 23, pp. 199 e ss., do B. A. P. I. C.), nas quais o tema da incriminação “dos que injuriam ou desonestam os mortos” é expressamente mencionado — *vd.* B. A. P. I. C., n. 29, pp. 195 e 196.

24. Logo na ed. de 1803 da conhecida (e influente) obra *Classes dos Crimes*: J. J. C. Pereira e Sousa, *Classes dos Crimes por ordem systematica, com as penas correspondentes, segundo a legislação actual*, Lisboa: Regia Officina Typ., 1803, Secção II, Genero II, Classe I, Especie I, n. I, § 6, pp. 258-259 (p. 259: “A injúria feita aos mortos pode ser vindicada pelos seus herdeiros”).

25. *Código Penal Portuguez — Tomo I, Relatorio*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1864 (com uma 1.ª ed. em 1861), pp. 149 a 153 (na 1.ª ed., *vd.* pp. 145 e ss.). Consequência directa da clareza e da autonomia desta incriminação é o articulado proposto no Tomo II desta edição (*Código Penal Portuguez — Tomo II, Projecto*, Lisboa: Imp. Nac., 1864, p. 87) para a inadmissibilidade da prova da verdade neste caso: *vd.* o art. 244.º, adiante transcrito, desse Projecto.

26. Para o seu comentário, *vd.* Luís Osório, *Notas ao Código Penal português*, 2.ª ed., vol. III, Coimbra: Coimbra Ed., 1924, pp. 366 a 368.

27. Cfr. A. de Almeida Simões, *Injúrias a mortos*, na “Scientia Iuridica”, Tomo I, n. 2, Out.-Dez. 1951, pp. 166-168.

crimes entre os arts. 417.º e 247.º, § 2.º, do antigo Código.²⁸ Literalmente, a referência à prática de “qualquer acto” como forma de alargar os modos de execução ou comissão do crime previsto e punível pelo n. 1 do art. 227.º do novo Código Penal continuaria a justificar a colocação da questão perante o nosso já conhecido art. 169.º — o que, sendo facilmente torneável por elementos sistemáticos e teleológicos de interpretação (tal como acontecia anteriormente, não deixa de ser sintoma da mencionada falta de perspectiva verdadeiramente reformadora (pois só se reforma quando se emenda e melhora, não quando se limita a substituir-se e a copiar-se um outro modelo — o mais que então se consegue é uma *ruptura*, não uma reforma), falta em muitos aspectos revelada pelo Código Penal de 1982.

Finda esta análise de tipo histórico, aconselhada pelos próprios termos da remissão feita pelo Autor dos Projectos que estão na base do novo Código Penal, Prof. Eduardo Correia, para a continuidade relativamente à anterior legislação portuguesa e para algum paralelismo com o art. 417.º do Código Penal de 1886, é, no entanto, a uma conclusão insuficiente que chegamos. E insuficiente porque, como ficou visto, nada há nesse preceito do anterior Código Penal que sirva de base, ou sequer de termo de comparação, aos seguintes elementos constantes do art. 169.º do novo Código e decisivos para a sua interpretação e aplicação: por um lado, o desprendimento desta incrimina-

ção relativamente aos crimes-base ou tipos fundamentais da difamação e das injúrias, o que vem acentuar a sua autonomia ou independência (é confrontar o n. 1 do art. 169.º com o antigo art. 417.º: trata-se agora de punir a ofensa à “memória de pessoa falecida”, por oposição à punição do crime de difamação ou de injúria “cometido contra uma pessoa já falecida”); e por outro lado, evidentemente, o n. 12 do novo art. 169.º.

Esta insuficiência exigiu que a nossa análise, para conseguir a reconstrução doutrinária que garanta a aplicação segura do tipo incriminador aqui em causa, tivesse tido que se alargar a outros elementos que seriam ou teriam sido suas fontes materiais. Ora, se esses elementos não se encontram na nossa própria história legislativa, o caminho dessa busca não podia ser outro, antes de afirmar a eventual originalidade da legislação entre nós vigente, se não o recurso ao Direito comparado.

Tal recurso ou exame veio efectivamente a revelar-se decisivo, ainda que curioso: quatro eram, à partida, as vias necessárias dessa pesquisa — em primeiro lugar, a do ordenamento jurídico espanhol, por ter estado, historicamente, e como já foi destacado, na origem da nossa anterior regulamentação legal sobre esta matéria; em segundo lugar, a consulta do Direito alemão, por constituir o modelo técnico primordialmente seguido na feitura do Código português de 1982, ainda que a zona do Código onde tal seguidismo se revele com maior intensidade seja a Parte Geral, essa sim, também recentemente remodelada, de modo global, na Alemanha;²⁹ em terceiro lugar, a do Direito italiano, pela razão

28. Sobre o assunto, além do trabalho citado na nota anterior, *vd. tb.* a “Revista de Legislação e da Jurisprudência”, Ano 61.º, 1928-1929, p. 254 (na resposta a consulta formulada nas pp. 249 e 250), L. da Silva Araújo, *Crimes contra a Honra*, Coimbra: Coimbra Ed., 1957, pp. 124-125, e a breve anotação de Maia Gonçalves, *Código Penal português na doutrina e na jurisprudência*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 1980, p. 698.

29. *Vd. referência*, a propósito da revisão da Parte Especial, no nosso *Sobre a tutela penal da informação nas sociedades anónimas: problemas da reforma legislativa*, in “O Direito”, Anos 106.º-119.º, 1974/1987, pp. 304-305 e nota 100.

muito simples de o Código Rocco ser exemplo paradigmático da formulação e da utilização do critério distintivo entre os crimes de difamação e injúrias (tipos fundamentais na matéria dos crimes contra a honra) que o nosso novo Código adoptou, preferindo-o ao modo anterior de estabelecer essa contraposição que tem função classificativa básica neste ponto da nossa legislação (como é sabido, esse critério deixou de ser o da determinação ou indeterminação das imputações, para passar a residir, tal como sucede em Itália, na presença ou ausência do ofendido e no estabelecimento ou não de relação directa com ele);³⁰ em quarto lugar e finalmente, havia sempre que atender ao Código Penal suíço, comumente apontado como modelo comparativo de referência da nossa nova Parte Especial, a começar logo pela própria ordenação sistemática genericamente seguida.³¹

Os resultados obtidos não deixam margem para grandes dúvidas: a influência espanhola passou à História — o art. 466 do Código Penal vigente, texto refundido de 1973, limita-se a reproduzir a doutrina do velho art. 378, o tal preceito em que se havia baseado o nosso legislador de 1852; quanto ao Direito alemão, aquilo que a leitura dos §§ 185 e seguintes, e especialmente do § 189, do *Strafgesetzbuch* demonstra é que a sua influência, como se verá na alínea seguinte desta nossa análise, só pode ser de teor ou cariz

30. Como é entre nós já salientado, e criticamente, por Beleza dos Santos, *Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúria*, na "Revista de Legislação e de Jurisprudência", Ano 92.º, 1959-1960, pp. 164 e ss., nota 2 de p. 181.

31. M. A. Lopes Rocha, *A Parte Especial do novo Código Penal — Alguns aspectos inovadores*, in *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e Legislação Complementar*, ed. do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa — 1983, Fase I, pp. 337 e ss., p. 348.

dogmático e não de redacção ou de fonte material do nosso art. 169.º, desde logo porque não possui qualquer disposição paralela à do decisivo n. 2 deste artigo; o Código Penal italiano, apesar de poder ser considerado o paradigma da arrumação dos crimes contra a honra agora adoptada pelo nosso Código (logo o contrapondo aos Códigos suíço e alemão o facto de a sua distinção básica ser uma bipartição, como entre nós sucede — entre difamação e injúria —, e não uma tripartição — entre injúria, difamação e calúnia), também não serve de explicação material do nosso art. 169.º — com efeito, a terceira parte do art. 597 do *Codice* só em relação ao n. 3 do nosso art. 169.º encontra ponto de semelhança, sendo passível de uma interpretação que a encare como norma complementar de carácter processual, bastante longe, portanto, da autonomia deliberadamente atribuída à nossa própria norma incriminadora pelo legislador de 1982;³² chegamos, pois, ao Código Penal suíço — e este, que é uma das mais frequentes fontes da Parte Especial do nosso novo Código Penal, também aqui o foi: é no seu art. 175 que, sem prejuízo de se revelar menos autónomo em relação às incriminações básicas em matéria de crimes contra a honra do que o nosso art. 169.º, se encontra a relação lógica que os vários números deste artigo reproduzem — a primeira parte desse art. 175 a definir a incriminação e a indicar os titulares do direito de queixa (estando, assim, aí sintetizados aquilo que são os ns. 1 e 3 do nosso art. 169.º), e a segunda parte a delimitar ou condicionar cronologicamente a incriminação, para conseguir uma separação formal entre a ofensa à memória de pessoa falecida e os de-

32. Sobre o debate em Itália da questão da ofensa à honra ou dignidade de um morto, e apesar de os dados legais que cita já não estarem evidentemente actualizados, vd. A. Borciani, *op. cit.*, pp. 50 a 54.

nominados direitos da história (a fonte directa, portanto, do n. 2 do art. 169.º do novo Código Penal português).³³

Lugar, enfim, para uma ligeira correcção ao que foi afirmado nas Actas da 1.ª Comissão chamada a debruçar-se sobre a preparação do nosso novo Código Penal: não se trata, no que diz respeito ao art. 169.º deste diploma, de apenas continuar a nossa tradição legislativa, mas em vez disso de tomar como ponto de partida a afirmação da necessidade da incriminação da ofensa à memória de pessoa falecida, ínsita nessa tradição (bem como o aspecto técnico da indicação da legitimidade processual ou da titularidade do direito de queixa), para desenvolver e potenciar a maior aplicabilidade dessa incriminação, através do recurso a um modelo estrangeiro (o do art. 175, 2.ª parte, do Código Penal suíço) que permite precisar formalmente os limites dessa aplicabilidade. Limites que, ainda por cima, o legislador português entendeu ser de alargar em relação ao exemplo de Direito comparado: os “direitos da história”, ou os direitos de fazer História à custa de um respeito menor pela memória de alguém, não começam apenas a poder exercer-se quando decorridos estejam 30 anos sobre a morte da pessoa visada — é preciso que decorram 50 anos, o que acentua decisivamente a gravidade da incriminação e exige do aplicador do sistema, sob pena de violação da lei, o entendimento formal e rigoroso, mas estrito e seguro, do preceito e da sua intervenção na ordenação da vida social. Tal entendimento foi, como

agora parecerá evidente, pura e simplesmente ignorado pelo despacho recorrido.

b) Segundo aspecto referido nas Actas acerca da caracterização do crime de ofensa à memória de pessoa falecida foi o de que, em face da redacção e da estrutura da disposição hoje consignada no art. 169.º do Código Penal, estaria o intérprete perante um tipo de crime autónomo.

São realmente muito fortes os argumentos que apontam nesse sentido: antes de mais, o confronto, já atrás estabelecido, entre o art. 169.º do novo Código e o art. 417.º do anterior Código Penal; mas em segundo lugar, surge outra referência preciosa a dever ser buscada no Direito comparado: se é verdade que, como se explicou, é no Direito suíço que se encontra a mais próxima fonte material desta disposição do novo Código Penal português, certo é também que, como logo se indiciou, importa dogmaticamente distinguir, para efeitos da sua correcta interpretação, os planos da redacção material e da estrutura do tipo. Só relativamente ao primeiro desses planos a referência ao Direito suíço se afigura suficiente.

Quanto à estrutura e à natureza jurídica do crime previsto e punível pelo art. 169.º do novo Código Penal, a influência a destacar é de diversa proveniência. O que está desta feita em causa, e parece decisivo para este propósito, é o exemplo da doutrina alemã.

Efectivamente, se não pode deixar de ser assinalada, como pano de fundo comum, a semelhança entre o bem jurídico protegido pelo § 189 do *StGB* e os bens a que é conferida tutela pela divisão iniciada no § 185³⁴ — aspecto

33. É a seguinte a redacção (numa das suas versões linguísticas oficiais) do art. 175 do Código Penal suíço: (1) “Si la diffamation ou la calomnie vise une personne décédée ou déclarée absente, le droit de porter plainte appartient aux proches du défunt ou de l'absent”; (2) “Toutefois, aucune peine ne sera encourue s'il s'est écoulé plus de trente ans depuis le décès ou la déclaration d'absence”.

34. Paul Bockelmann, *Strafrecht. Besonderer Teil / 2 (Delikte gegen die Person)*, München: Beck, 1977, p. 194 (ao apontar com rigor a síntese que no tipo de crime do § 189 do Código alemão se realiza entre a protecção da honra do falecido e da família).

que, aliás, não deixa de mergulhar raízes no facto de as injúrias, não como tipo já tecnicamente delimitado, mas como género de crime ou crimes, constituírem, em palavras certeiras e formativas de Merkel, “a espécie de delitos que, em certo sentido, é a mais simples e básica de todas, pois aquilo em que a sua essência consiste, ou seja, a expressão desrespeitosa ou ofensiva contra a pessoa e contra o direito do próximo, é um elemento indivisível de todos os delitos contra os particulares, ainda quando muitas vezes ofereça distinta aparência”³⁵ —, o que também tem de ser dito e é consensualmente assumido, perante uma incriminação que, ao contrário do exemplo suíço (cf. o cit. art. 175 do respectivo Código Penal), não é formalmente colocada na dependência de um outro tipo de crime que através dela apenas se especializaria (e era também o que sucedia, manifestamente, com o já transcrito art. 417.º do nosso anterior Código Penal), é a afirmação da especificidade do bem jurídico (o sentimento de piedade — *das Pietätsgefühl* — como especificação do género honra e dignidade) e da própria tipicidade objetiva,³⁶ a justificar claramente a asserção de que “o § 189 é um *aliud* em relação aos §§ 185 e seguintes”.³⁷

35. A. Merkel, *Derecho Penal*, trad. s.i.d. de P. Dorado, tomo II, *Parte Especial*, p. 2, que assim explica a própria sistematização adoptada nesse seu compêndio sobre a Parte Especial do Direito Penal, por isso mesmo começado, em razão da maior generalidade desses crimes relativamente a todos os outros, pela elaboração doutrinária das *injúrias*: pp. 5 a 17, §§ 109 a 113.

36. Por todos, cf. Schönke / Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Beck, 22.ª d. (com Lenckner, Cramer, Eser e Stree), 1985, p. 1225.

37. Gerd Dähn, *Problem — und Repetitionskommentar zum StGB*, Bielefeld: Giesecking, 2.ª ed. — 1982, p. 164, que ilustra essa autonomia com a indicação da consequência prática de que o autor que esteja em

Não podemos, aqui e agora, levar mais longe esta observação acerca do carácter autónomo do tipo de crime que o art. 169.º do nosso Código Penal descreve. Ao contrário do que se passa com a reconstrução histórica do preceito, em que a nunca por demais mencionada falta de elaboração científica da Parte Especial do Direito Penal português nos obrigou a alguns desenvolvimentos explicativos, a matéria agora em causa encontra relevância em pelo menos quatro locais da dogmática geral deste ramo do Direito, o que é motivo para que nos possamos bastar com as competentes remissões.

Fala-se, com efeito, em tipos autónomos por oposição à relação de especificação, que é rigorosamente de especialização, entre tipos fundamentais e tipos qualificados ou privilegiados, ou por confronto com o desenvolvimento sistemático operado entre alguns tipos principais e tipos secundários ou derivados, pelo menos, na construção da “tipicidade” como elemento de análise do crime,³⁸ na teorização

erro sobre o falecimento do ofendido (isto é, que tenha desrespeitado o seu bom nome julgando estar ainda a referir-se a uma pessoa viva) deve ser isento de pena — pelo menos da pena, claro, a que se reporta esta incriminação.

38. Da doutrina alemã importa desde logo citar, em razão da influência directa que as edições em causa, porque traduzidas e apesar de não corresponderem já às suas mais recentes versões originais, têm tido na própria jurisprudência penal portuguesa (o que é sempre de enaltecer, no caminho, que a racionalidade argumentativa e a conquista da legitimação segura das decisões obriga a percorrer, no caminho, dizíamos, que é o do encurtamento da distância, ainda demasiado grande, entre a teoria e a prática do Direito Penal português), o tratamento da matéria em H.-H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad., por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde — que tb. acrescentam aponts. de Dir. esp. —, da 3.ª ed., 1978, do *Lehrbuch des Strafrechts*, de que se conhece já a 4.ª

geral da “formas do crime” como fenómenos de tipicização indirecta,³⁹ no limite a uma das espécies dessas formas, constituído pelo concurso de normas⁴⁰ e

ed. alem., 1988), Barcelona: Bosch, 1981, pp. 364-365 e, para a resp. delimitação negativa, pp. 366-368, e em J. Wessels, *Direito Penal. Parte geral (Aspectos fundamentais)* (trad. bras., anot., por Juarez Tavares, da 5.ª ed., 1975 — a primeira posterior à entrada em vigor na R. F. A. da 2.ª fase da Reforma que veio entre nós a ser seguida, e em muitos pontos copiada, pelo novo Código —, de *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, na Alemanha já em 17.ª ed., 1987), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1976, a pp. 25-28. Em síntese, vd. J. Baumann, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5.ª ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer, 1979, pp. 68-69. Entre nós, cfr. Eduardo Correia, *Direito Criminal* (com a colab. de Figueiredo Dias), vol. I, Coimbra: Almedina, 1963 (há reimp. 1971), pp. 307 e ss., e Figueiredo Dias, *Direito Penal*, Coimbra: eds. policops. (Sumários, 1975, com os Aditamentos, 1977), pp. 139 e ss..

39. Em vez de citações inúmeras, a dependerem de outras tantas remissões para muitas das obras gerais da disciplina, é aqui suficientemente ilustrativa a pioneira recepção directa, e crítica, de Beling, por Cavaleiro de Ferreira, *A Tipicidade na Técnica do Direito Penal*, Lisboa: Imp. Lucas & C., 1935, p. 16.

40. Entre nós, citação indispensável é a de Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, na sua publ. conj. *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra: Almedina, reimp. 1983, p. 121. No plano da exposição geral da disciplina, tal matéria pode ser autonomizada para efeitos de teoria da lei ou ser tratada em conjunto com o concurso efectivo de crimes: exemplos do primeiro sistema são Cavaleiro de Ferreira, *Direito Penal Português. Parte Geral*, Lisboa/São Paulo: ed. Verbo com a Soc. Cient. da Univ. Cat. Port., Tomo I, 1981, pp. 159 e ss., J. A. Veloso, *Fragmentos de um Curso de Direito Penal*, Lisboa: ed. policop. U.C.P. e F.D.L., 1985-1986, II — *Concurso de normas*, e nós próprios, no cit. *Caderno de apoio*, pp. 33-34 e 77 e ss. por confronto com 225 e ss.; do segundo sistema, Eduardo Correia (com a

na construção, para quem a entenda necessária (porque logo o deve, ou devia, ser a própria Parte Geral), de uma “teoria geral da parte especial”.⁴¹

Para o que aqui nos importa, o que vai dito é suficiente e, assim o esperamos, suficientemente esclarecedor: a demarcação da norma incriminadora contida no art. 169.º do Código Penal relativamente aos demais crimes contra a honra é de tal forma nítida que até se pode defender a sua autonomia estrutural. No caso dos autos, portanto, há muito ficou destruída a mera suposição da suficiência da relação entre preceitos constitucionais fundantes das normas chamadas a tutelar a honra das pessoas no Código Penal português — que é o exercício a que se reduz o despacho recorrido, e que importa revogar e substituir por um despacho que trate de aplicar a lei penal vigente.

c) Só um aspecto falta considerar dentre os que, logo destacados nas Actas, assumem carácter essencial para a definição, para a interpretação e para a correcta aplicação do art. 169.º do Código Penal. Trata-se agora da questão da admissibilidade da prova da verdade das imputações feitas através de uma ofensa objectiva à memória de pessoa falecida.

Questão que apenas justifica uma breve referência, porque é, no contexto, de

colab. de Figueiredo Dias), *Direito Criminal* cit., vol. II, 1965 (tb. com reimps. posts.), pp. 203 e ss., e Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I — *A Lei Penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, Lisboa/São Paulo: Verbo, 3.ª ed. — 1988, pp. 383 e ss.

41. Por todos, mas paradigmaticamente, J. Ortego Costales, *Teoría de la parte especial del Derecho Penal*, Salamanca: Dykinson, 1988 (na sequência, justamente assinalada em prólogo de A. Torio Lopez e G. Landrove Diaz, do seu provocador *Ensayo sobre la parte especial del Derecho Penal*, 1959), v.g. a pp. 97 e ss.

solução muito fácil:⁴² é clara e indiscutível a negação da possibilidade dessa prova, no crime que ora nos ocupa.⁴³

É este aliás o ponto em que, finalmente, se reúnem e como que se sintetizam a autonomia do tipo (relativamente aos demais crimes contra a honra) e a própria história legislativa e político-criminal em que essa autonomia se funda. Lembraremos apenas, pelo seu valor paradigmático, a construção a este respeito proposta no célebre Projecto de 1864, que teve como principal responsável Levy Maria Jordão:⁴⁴ o acusado

42. Sobre essa questão, em geral, *vd.* as cit. *Actas (Parte Especial)*, p. 94, A. Borciani, *op. cit.*, pp. 99 e ss. (e ainda com uma curiosa referência histórica na p. 224) e Silva Araújo, *op. cit.*, pp. 152 e ss.. Questão que, não se deve esquecer, era no âmbito do anterior Código de Processo Penal submetida a um enquadramento legal algo distinto, em razão da existência, então, de um *processo especial* para o efeito: referimo-nos naturalmente aos arts. 587.º e ss. do Código de Processo Penal de 1929, cuja última redacção havia sido dada pelo Decreto-Lei n. 402/82, de 23 de Setembro. Aspecto este que tem de muito interessante para o nosso caso o facto de as ofensas à memória de pessoa falecida não deverem precisar deste processo especial, e poderem antes seguir a forma de processo comum, por isso que tal processo especial “só devia ter lugar nos casos em que fosse admissível a prova da verdade dos factos imputados” (Luís Osório, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, 6.º vol., Coimbra: Coimbra Ed., 1934, p. 117), sendo estes casos, no novo Código Penal (que foi necessário, entre 1982 e 1988, coordenar ou aplicar de modo coordenado com o anterior Código de Processo Penal), “os do art. 164.º, ns. 2, al. b, e 4” (Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 6.ª ed. rev. e actual. — 1984, p. 628, numa referência que, a nosso ver, devia ter sido completada com a indicação do n. 2 do art. 165.º).

43. *Actas (Parte Especial)* cit., p. 99, e Lopes Rocha, *A Parte Especial...*, loc. cit., p. 363.

44. *Código Penal Portuguez* cit., Tomo II — *Projecto*, p. 87.

dos crimes de difamação e de injúria seria aí isento de pena se provasse a verdade dos factos imputados — era o que dizia a 1.ª parte do respectivo art. 244.º; mas havia uma 2.ª parte:

“Não é porém admissível essa prova:

“1.º Quando esses factos forem de natureza que não possa a respeito deles haver procedimento sem queixa da parte;

“2.º Quando forem relativos à vida privada ou familiar;

“3.º Quando forem imputados a mortos”.

Norma e história que, assentando na máxima *mors omnia solvit*, significam, na sua aplicação ao caso dos autos, que não seria sequer relevante que as afirmações de M. acerca do falecido Prof. Eduardo Coelho fossem verdadeiras. Dizer, de uma pessoa falecida há menos de 50 anos (cf. n. 2 do art. 169.º do Código Penal), que ela era mentirosa, incompetente, desonesta, rixosa, é, em Portugal, crime: crime de ofensa à memória de pessoa falecida, previsto e punível pelo art. 169.º do Código Penal.

Agrava-o, evidentemente, a circunstância (que, insista-se, não é elemento do tipo, ou seja, não é elemento necessário para que se preencha o tipo), de essas ofensas nem tampouco à verdade corresponderem. Mas é necessário que a questão jurídica, e jurídico-criminal, se coloque devidamente: temos, de um lado, como prova aceite e assente, um artigo de imprensa em que o seu autor diz, em 1988, que um médico falecido em 1974 havia sido mentiroso, incompetente, aproveitador de benesses, responsável por um hipotético homicídio negligente na pessoa de um paciente seu, incumpridor dos seus deveres de médico assistente e brigão — que tudo isto, a uns olhos imparciais, resulta evidente do texto cuja possibilidade de julgamento está aqui em causa; e temos, de outro lado, uma das grandes figuras da Medicina portuguesa deste século — o Autor

de *Os Novos Rumos da Medicina*,⁴⁵ da *Filosofia da Medicina*⁴⁶ e de uma vastíssima obra que dele fazia e faz citação obrigatória no estudo da Cardiologia em todo o Mundo (por isso que colaborou, durante toda a sua vida, com todas as revistas internacionais da especialidade).⁴⁷ A decisão justa, se fosse apenas eticamente fundada, seria logo, e só por si, evidente e necessária: um País que se orgulhe dos seus melhores espíritos, daqueles que fazem com que do próprio País se fale por toda a parte e com a honra inerente ao respeito pelo trabalho científico de alto mérito, não poderia resignar-se à impunidade e à passividade quando essa honra e esse respeito fossem ultrajados. Tempos e lugares houve e há em que logo aí residiria, sem mais, razão para punição especial e exemplarmente grave. Mas o que se não pode admitir, no âmbito de um Estado de Direito democraticamente constituído, é que deixe de se aplicar a lei a casos que, fora desse âmbito, só justificariam uma sanção ainda maior. Pode o Estado e o seu Direito Penal corresponder a um mínimo ético; mas essa afirmação fica esvaziada de sentido quando os Tribunais do mesmo Estado se escusam à aplicação de uma lei que não só é, de maneira directa, eticamente baseada, mas que, formalmente, tem contornos fixos e precisos dentro dos

quais o caso cabe. O que poderia significar a confirmação, em instância judicial superior, do despacho de não-pronúncia aqui em causa? Que o art. 169.º do Código Penal não é uma norma jurídica vigente?

A análise feita, necessariamente larga para permitir conclusões seguras em matéria desta delicadeza, não precisou sequer de atender ao problema da tipicidade subjectiva. Esta, que, por via de regra (cf. art. 13.º do Código Penal), se traduz na exigência da verificação do dolo,⁴⁸ não parece levantar dúvidas no caso de apreço. Apenas importará acentuar que os crimes contra a honra não estão, na legislação portuguesa, entre aqueles que se subordinam a um determinado tipo de agente.⁴⁹ E lembrar que, porque está em causa um crime cometido através da imprensa, se pode assistir até mesmo a um alargamento da tipicidade subjectiva, operado nos termos do art. 28.º, n. 9, da Lei de Imprensa.

Tudo o que permite concluir com segurança, aplicando o conhecido esquema didáctico⁵⁰ e operacional⁵¹ tipicidade-ilicitude-culpabilidade e acrescentando-lhe a não verificação, na espécie, de condições que obstem à punibilidade e à procedibilidade: o tipo de crime do art. 169.º do Código Penal está integralmente preenchido pelos factos descritos e não há causas de justificação nem de exculpação que infirmem o juízo de ilicitude e de culpabilidade assim indicia-

45. Prof. Eduardo Coelho, *Os novos rumos da Medicina*, sep. do "Jornal do Médico", 1959.

46. Prof. Eduardo Coelho, *Da Filosofia da Medicina e Outros Ensaios*, Lisboa/Barcelona/Rio de Janeiro: Liv. Luso-Espanhola, 1960.

47. Cfr. o *Livro Jubilar* do Prof. Doutor Eduardo Coelho, Lisboa-1966, designadamente a pp. 711 e ss., e, muito recentemente, a Homenagem que à sua memória e à sua obra foi prestada pela Sociedade das Ciências Médicas, in *Jornal das Ciências Médicas*, Tomo CLII, n. 2, Fevereiro de 1988, com indicações da sua bibliografia científica a pp. 91 e ss.

48. Fonte doutrinal que entre nós se pode considerar já clássica a este respeito é Beleza dos Santos, *Algumas considerações jurídicas...*, loc. cit., pp. 183 e ss.

49. Vd., a este propósito, a intervenção de Figueiredo Dias nas *Actas (Parte Especial)* cit., pp. 94 e 95.

50. Por ex., nosso *Caderno de apoio* cit., p. 34.

51. Por todos, E. Bacigalupo, *La Técnica de Resolución de Casos Penales*, Madrid: Ed. Colex, 1988, pp. 21 e ss.

do. O mínimo que, neste processo, se pode fazer, é permitir o julgamento desses factos e do seu autor.

4. Concurso de circunstâncias modificativas agravantes

O crime cometido, como consta das acusações particulares oportunamente acompanhadas pela do Ministério Público, não surge apenas na sua forma simples, mas na forma qualificada dada pela realização, *in casu*, também do art. 167.º do Código Penal. Diz, com efeito, o n. 2 deste artigo que “se o crime for cometido através dos meios de comunicação social, a prisão poderá elevar-se a 2 anos e a multa até 240 dias”.

Por outro lado, e porque, metodicamente, começámos o nosso estudo jurídico deste caso pela detecção da legislação que lhe é especialmente aplicável, em virtude da sua perpetração através da imprensa, pudemos já atrás chamar a atenção para a incidência, sobre a medida legal de pena que constitui o preceito secundário da norma incriminadora contida no art. 169.º do Código Penal, do art. 25.º, n. 2, alínea b, da Lei de Imprensa.

O que por isso está em causa, e deve aqui ser assinalado, é a possibilidade de o tipo fundamental sobre cujo preenchimento já foram indicados todos os elementos essenciais poder vir a ser objecto de uma dupla qualificação ou agravação legal em sentido modificativo.

Trata-se agora de uma matéria relativamente à qual a doutrina jurídica portuguesa se encontra numa fase de grande flutuação,⁵² e desde logo ao nível terminológico. Surgiram, em data recente, dois bons conjuntos de lições universi-

tárias sobre as penas e a sua aplicação⁵³ e, verdadeiramente, muito pouco há entre elas de comum a respeito da técnica utilizada no tratamento das agravações legais de carácter modificativo.

Entendamo-nos, por isso, antes de mais, quanto à definição do que de principal está em jogo: ao falar em circunstâncias de carácter modificativo (e não, por hipótese, em circunstâncias de carácter ou eficácia geral, sobre as quais a disposição central do actual sistema penal português é a cláusula geral ou, *rectius*, o conjunto de cláusulas gerais em que se desdobra o art. 72.º do Código Penal) pensa-se em elementos que têm como efeito jurídico a substituição de uma primitiva, ou básica, medida legal de pena (ou penalidade, ou “moldura penal”) por uma diferente medida legal de pena, isto é, por uma nova indicação abstracta dos limites mínimo e máximo da pena aplicável. Só que depois deste problema-padrão ou desta questão comum, surgem as dificuldades: a alteração pode verificar-se tanto no limite mínimo como no limite máximo, ou só num ou noutro; além de que esses elementos podem ter valor predeterminado pela própria lei de modo especial — como acontece com o art. 167.º que aqui nos interessa considerar —, ou resultar de uma apreciação genérica, a poder valer em comum para todos ou quase todos os crimes — “grupo” vasto em que surgem situações como as da atenuação especial, nos termos do art. 73.º, ou como a reincidência, nos termos do art. 77.º, ambos do Código Penal; à preocupação facilitadora dada pela necessidade de separar as situações de agravamento das de atenuação, adita-se a problematização, que apenas um estudo

52. Pretendemos contribuir para o seu esclarecimento, através do estudo em cuja apresentação geral consistiu a nossa dissertação de mestrado: *Circunstâncias das infracções e sistema do Direito penal português* (Ensaio de introdução geral), Lisboa: sep. do B.M.J., 1989.

53. Do Prof. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal. Parte geral*, vol. II — *Penas e Medidas de Segurança*, Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989, e do Prof. Figueiredo Dias, *Direito Penal 2 — Parte Geral. As consequências jurídicas do crime*, Coimbra: ed. policop., 1988/89.

muito completo da Parte Especial do Código Penal pode habilitar a resolver com alguma segurança, do confronto entre agravações e/ou atenuações que não afectem a tipicidade, e apenas relevem para efeitos de punibilidade, e as agravações e atenuações que, relevando ou fazendo sentir os seus efeitos logo ao nível da tipicidade, origemem, respectivamente, os tipos qualificados e os tipos privilegiados. Tudo, como a vastidão da matéria permitirá supor, a criar uma prolixidade terminológica imprecisa e confusa, que a referência comparatística a mais do que um modelo, nesta matéria (e assumem, nela, carácter paradigmático, as doutrinas alemã e italiana, mas não são despididos muitos contributos oriundos das doutrinas, entre si de modo algum coincidentes, austríaca, francesa e espanhola, ao que é hoje forçoso acrescentar, em face de sucessivas internacionalizações de Direitos, sistemas de medição penal anglosaxónicos e escandinavos), tem feito aumentar, em dificuldades a curto prazo não resolúveis.

Se a isso acrescentarmos o próprio facto de a situação legislativa portuguesa não ser, no momento que passa, tão suficientemente estável que convide à sistematização e à classificação formal dos casos que *hic et nunc* prevê — milita decisivamente contra tal expectativa doutrinária e juscientífica o facto de atravessarmos, de novo, uma fase de reforma da lei penal⁵⁴ —, facilmente se compreenderá que não possamos, aqui, propor mais do que uma abordagem genérica e superficial do problema. Mas em todo o caso propô-la, porque o exigem, como vimos, as prescrições legais em vigor.

54. Está efectivamente em curso uma revisão quer da Parte Geral, quer da Parte Especial, do novo Código Penal, cronologicamente "oficializada" através de um Despacho não publ. de Dez. de 1988 do Ministro da Justiça, que nomeia para o efeito uma Comissão presidida pelo Prof. Figueiredo Dias.

Sem grandes preocupações, portanto, de rigorosíssimas classificações formais, o que se dirá é que cada um dos preceitos assinalados — o art. 167.º, n. 2, do Código Penal e o art. 25.º, n. 2, al. b) da Lei de Imprensa — faz incidir, sobre a medida legal de pena indicada no art. 169.º do Código Penal, uma agravação de carácter modificativo. Na relação de concorrência ou concurso entre as duas agravações, e visando a definição do competente efeito jurídico sobre a penalidade básica, duas são as soluções doutrinariamente avançadas; e dizemos doutrinariamente porque o nosso novo Código Penal não contém qualquer norma tendente à resolução directa do problema, ao invés do que sucedia com o § único do art. 96.º do anterior Código, e que nele fora introduzido por redacção do Decreto-Lei n. 39.688, de 5 de Junho de 1954, a integrar no Código a disposição resultante de Assento de 6 de Fevereiro de 1945. Soluções ou propostas de solução que são as seguintes:

— para o Prof. Cavaleiro de Ferreira, a solução certa é a que tinha anteriormente assento legal directamente resultante do trabalho jurisprudencial de aplicação e de correcção do antigo Código Penal: o sistema de absorção agravada, de cujos termos resulta que, em caso de concurso de circunstâncias qualificativas ou de agravações legais (que para este Autor são conceitos equivalentes), só se aplicará a medida legal extraordinária mais grave, e que esta será a que tenha limite máximo mais elevado;⁵⁵

— Para o Prof. Figueiredo Dias, que intenta restringir o concurso de que ora nos ocupamos aos elementos a que, segundo a sua classificação (assente na consideração de que é necessário distinguir formalmente a qualificação — que é ainda problema de tipicidade — da modificação agravante ou atenuante — que,

55. Prof. Cavaleiro de Ferreira, *Lições* II, pp. 85-94.

esta sim, é já problema de punibilidade, a este domínio reservando a utilização do termo circunstâncias), possam ou devam considerar-se circunstâncias (o que tornará sempre, em última análise, a resolução deste ponto dependente da interpretação do tipo de que se parta), a solução é de um cúmulo material, com a adição de uma hipótese de correcção: em palavras suas, a forma de resolver o concurso de tais circunstâncias é "somá-las", salvo "se outra for a intenção da lei".⁵⁶

No nosso caso, portanto, e considerando todas as normas relevantes para o efeito [os arts. 169.º e 167.º, n. 2, do Código Penal, e o art. 25.º, n. 2, alínea b, da Lei de Imprensa], se se seguisse o critério proposto pelo Prof. Cavaleiro de Ferreira, a medida legal de pena para o crime cuja comissão os autos documentam passaria a ser a de prisão até 2 anos e multa até 240 dias; e, se se seguisse o critério proposto pelo Prof. Figueiredo Dias, a nova medida legal de pena poderia ascender a 2 anos e 8 meses de prisão e multa até 320 dias, se bem que nos pareça que este caso seria um dos que caberiam na ressalva preventiva ou cautelosamente avançada, em razão (dizemos nós, porque o Prof. Figueiredo Dias não chega a indicar qualquer critério interpretativo para o efeito) da proximidade material dos motivos que determinam as agravações.

Na tomada de posição sobre uma questão que a letra da lei não permite iludir, há um aspecto importante a que, salvo o devido respeito, os anotadores do novo Código Penal, na interpretação dadas ao seu art. 167.º, talvez não tenham ainda atribuído o significado devido.⁵⁷ O n. 2 deste artigo está, pelo menos aparente-

mente, em concurso de normas (isto é, concurso a resolver pela prevalência a dar à aplicabilidade de uma das normas sobre a aplicabilidade da outra e que, portanto, nada tem a ver com o tipo de concurso a que nos temos vindo a referir, em que há efectivo aproveitamento da aplicabilidade de ambas as normas) com a alínea b) do n. 2 do art. 25.º da Lei de Imprensa. À resposta fácil de que a detecção desse concurso é prejudicada pela mesma relação de especialidade entre a Lei de Imprensa e o Código Penal que este nosso estudo começou por estabelecer, teremos nós próprios de replicar com a consideração óbvia de que o concurso não tem forçosamente de se verificar em relação a todas as situações, na justa medida em que essa especialidade se poderá ter como mantida no que diz respeito aos próprios agentes especial e especializadamente definidos pela Lei de Imprensa (os directores das publicações ou, em geral, todos aqueles agentes relativamente aos quais se fale em tipicização de casos de responsabilidade sucessiva), mas de modo algum pode deixar de ser afectada, no que diga respeito aos autores dos escritos, pela formulação clara, e a revelar decisivamente a

assinalado (*supra*, nota 8), vão ao ponto, porventura exagerado, de considerar que a relação de concurso de normas sucessivas ou de aplicação da lei no tempo, entre a Lei de Imprensa e o novo Código Penal, teria determinado a revogação dos preceitos que a primeira contém sobre o regime da prova da verdade das imputações; ocupar-se desse assunto, em que realmente os âmbitos de cada um desses diplomas legais não são coincidentes, e não se ocupar do ponto agora mencionado em texto, em que o âmbito da lei nova é mais largo e "abrangente" do que o da lei antiga, parece-nos de facto uma contradição. Mas, enfim, pelo menos colocam, ainda que lateral e paradoxalmente, a questão, coisa que não acontece de modo expresso nas restantes edições anotadas no novo Código.

56. Prof. Figueiredo Dias, *Direito Penal* 2, pp. 241-246.

57. Estranhámos principalmente a omissão de Leal-Henriques/Simas Santos acerca do assunto (*op. cit.*, *ibidem*), na medida em que se trata de Autores que, como atrás ficou

nova vontade legislativa a este propósito, do n. 2 do art. 167.º do Código Penal.

Por qualquer uma das três vias indicadas — adopção do critério proposto pelo Prof. Cavaleiro de Ferreira para o concurso efectivo de agravações, adopção do cúmulo proposto pelo Prof. Figueiredo Dias, com a correcção que o mesmo consente e, finalmente, consideração não de um concurso efectivo, mas de um concurso aparente de qualificações, isto é, em sentido próprio, de um concurso de normas — poderá portanto chegar-se, e isto é o decisivo para efeitos de conclusão, à incidência exclusiva, sobre a medida legal de pena indicada pelo art. 169.º do Código Penal, do n. 2 do art. 167.º do mesmo diploma legal. O limite máximo da penalidade aqui em causa será, assim, de 2 anos de prisão e de 240 dias de multa.

5. Aspectos da punição

Dissemos, introdutoriamente, que o M.º Juiz que venha a ser chamado a determinar a pena a aplicar ao arguido, se nesse sentido apontar o julgamento cuja possibilidade de realização não pode aqui ser negada, não deve temer por uma severidade — que é apenas aparente — do sistema instituído.

De facto, há que saber vencer o preconceito, que apenas a circunstância histórica de se viver em fase de reforma legal permite compreender, de que os crimes menos graves, quando cometidos por pessoas sem antecedentes criminais, devem pura e simplesmente ficar impunes. Inviabiliza-o o princípio da igualdade na aplicação da lei.

Mas, por outro lado, sabe-se bem, e sabem-no principalmente os julgadores, que o princípio da igualdade se não pode bastar com o seu enunciado formal e que a sua interpretação e aplicação não consente reduções a critérios aritméticos

de avaliação,⁵⁸ pelo que a preocupação maior, do ponto de vista jurídico — e, no caso, jurisdicional —, é encontrar as vias de legitimação do tratamento diferenciado. Porque é diferenciadamente que a realidade se oferece à observação e à ordenação do Direito.

No caso *sub judice*, essa diferenciação é dada pelo hipotético confronto entre a comissão de um crime qualificado de ofensa à memória de pessoa falecida, previsto e punível pelas disposições combinadas dos arts. 169.º e 167.º, n. 2, do Código Penal, por um agente que não tenha antecedentes criminais e a mesma comissão por um outro cujo cadastro merecesse uma maior desconfiança do sistema. Mas não é necessário violar a lei, deixando de a aplicar, para conseguir exprimir essa diferenciação. O sistema penal contém outras vias para o efeito. Não é o seu menor aproveitamento estatístico que obnubila essa realidade.

58. Entre nós, recentemente e com indicações, M.ª da Glória Ferreira Pinto, *Princípio da Igualdade. Fórmula vazia ou fórmula "carregada" de sentido?*, Lisboa: sep. do B.M.J., 1987. Em geral, cfr. o tratamento dos temas, ou mesmo só a referência aos temas, da igualdade, da proporcionalidade ou da justiça e seus critérios ou princípios materiais fundantes (tratar de modo igual o que é igual e diferente o que é diferente, de acordo com a medida da diferença), nas excelentes obras de metodologia jurídica cuja edição portuguesa tem sido promovida pela Fund. Gulbenkian: de Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico* (em trad. de Baptista Machado, e já na 6.ª ed. port., correspondente à 8.ª ed. alem., 1983, sendo que até à 5.ª ed. port., corresp. à 3.ª ed. alem., 1964, se incluía um desenvolvido prefácio do tradutor), Lisboa-1988; de Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* (agora em 2.ª ed. port., corresp. à 5.ª ed. alem., 1983, com trad. de J. Lamego), Lisboa-1989; de Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. de Menezes Cordeiro, que tb. assina uma valiosa Introdução, da 2.ª ed. alem., 1983), Lisboa-1989.

Ainda que apenas a título de breve referência, é sempre conveniente relembrar que o sistema das penas não está somente dividido (como se “dividido” pudesse estar, visto que se trata de sanções de aplicação cumulativa) em penas principais (arts. 40.º e seguintes do Código Penal) e penas acessórias (arts. 65.º e seguintes do Código Penal). O que há que explorar e saber aproveitar, ainda mesmo quando — ou principalmente quando — a Parte Especial do Código Penal não o soube directamente fazer, é o funcionamento interno que, para as penas principais, é prescrito pelas normas, algumas delas inovadoras, contidas nos arts. 40.º e seguintes do Código Penal: referimo-nos, está bem de ver, às penas substitutivas, para as quais, neste seu novo regime, começa agora a existir entre nós uma doutrina científica de apoio,⁵⁹ que não pode ser ignorada.⁶⁰

59. Cavaleiro de Ferreira, *Lições II*, pp. 65 e ss., Figueiredo Dias, *Direito Penal 2*, pp. 69 e ss., A. Miranda Rodrigues, *Crítério de escolha das penas de substituição no Código Penal português*, nos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”, vol. I, Coimbra-1984 (mas 1989), pp. 21 e ss..

60. Penas substitutivas que, por sua vez, e de um prisma doutrinário não já estático e institucional, mas dinâmico ou de aplicação, são também o resultado de um seccionamento dentro da larga panóplia de casos de *substituição* tanto na condenação como na execução das penas. E casos que, ainda para mais, constam quer do Código Penal, quer de legislação penal extravagante e complementar, como é o caso da Lei de Imprensa [cfr., de novo, a atrás transcrita al. a do n. 2 do art. 26.º desta lei — de qualquer maneira, a valer apenas para a *pena de prisão*, e não já para a *pena de multa*, que uma e outra, cumulativamente, constituem o preceito secundário ou pena aplicável da norma incriminadora do art. 169.º do Código Penal e da sua agravação modificativa nos termos do art. 167.º, n. 2, do mesmo diploma legal].

6. Conclusões

O estudo realizado, cujo equilíbrio necessariamente se ressentiu da falta de elaboração doutrinária sobre a Parte Especial do Direito Penal português, tendo havido necessidade de reconstruir dogmaticamente uma incriminação qualificada, para permitir a sua aplicação segura ao caso dos autos, concede-nos a possibilidade de em conclusão, formular as seguintes respostas directas à consulta que nos foi feita:

1.ª — A prova constante da acusação, e que o despacho de não-pronúncia não considerou insuficiente, fornece todos os elementos necessários à consolidação do juízo de suspeita de que o arguido praticou um crime qualificado de ofensa à memória de pessoa falecida, previsto e punível pelas disposições combinadas dos arts. 169.º e 167.º, n. 2, do Código Penal.

2.ª — Nada há nos autos que infirme esse juízo, uma vez que a prova da verdade das imputações feitas, mesmo que fosse possível, seria e é irrelevante em termos de exclusão da tipicidade da incriminação indicada, por não ser admissível em relação a ela.

3.ª — O despacho recorrido erra por incompletude, ao não ter realizado a qualificação dos factos submetidos à sua apreciação.

4.ª — O despacho recorrido erra por violação de lei, ao não ter considerado a legislação penal vigente, entre o plano das normas e princípios constitucionais e o da sua aplicação concreta.

5.ª — O despacho de não-pronúncia, de que se recorre, deve ser substituído por outro que receba a acusação e permita o julgamento dos factos e do seu autor.

Tal é, s.m.j., o nosso parecer.

Miguel Pedrosa Machado

Lisboa, 17 de Outubro de 1990.

O CRIME ORGANIZADO NO SISTEMA ITALIANO

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

1. Advertência prévia — 2. As principais vertentes da legislação italiana contra o crime organizado — 3. A legislação anti-terrorismo — 4. A legislação anti-sequestros — 5. Normas de proteção aos colaboradores da justiça; 6 — A legislação anti-máfia — 7. Instituição do Fundo de apoio às vítimas de extorsão — 8. Modificações ao Código de Processo Penal de 1988 — 9. Considerações conclusivas.

1. É sempre arriscado e difícil para o estudioso descrever um sistema jurídico estrangeiro, em virtude das diferenças endógenas existentes entre os diversos ordenamentos e dos naturais obstáculos para captar com fidelidade o sentido e alcance de normas jurídicas que espelham outra cultura e promanam de valores sociais, econômicos e políticos distintos. Mas essa dificuldade, de ordem geral, é ainda acrescida quando se trata de examinar a resposta desordenada do legislador estrangeiro a instâncias urgentes da sociedade, levando à emanação de leis esparsas, às vezes contraditórias, que buscam dar solução, mediante um emaranhado de normas, a problemas contingentes ligados ao crime organizado.

É o que ocorre, nesse campo, com o sistema italiano, anterior e posterior ao Código de Processo Penal de 1988, que começou tendo características de legislação extravagante, mas acabou incidindo no próprio código, alterando sua recente normação.

Por outro lado, a rápida sucessão de novas leis torna mais difícil o acompanhamento e atualização do sistema pelo estudioso estrangeiro. No caso específico da legislação italiana sobre o crime

organizado, esse estudo abrange informações que chegam até o decreto-lei n. 306, de 8 de junho de 1992, sem incluir a lei de conversão.¹

Também faltam, a esse estudo, referências sobre o recente projeto de lei, recentemente aprovado pelo Senado italiano, sobre as restrições à prisão cautelar e à sua substituição pela prisão domiciliar, representando um claro sinal de recepção, pelo legislador, das críticas levantadas contra os métodos da denominada *operazione mani pulite* detonada contra a criminalidade mafiosa.

Por isso, pode-se dizer que esse estudo representa apenas um começo de análise da legislação italiana sobre o crime organizado, atualizado até o ano de 1992, com todas as dificuldades e possibilidades de erros que decorrem da interpretação de normas esparsas e fragmentárias.

Ainda assim, parece oportuna a apresentação dessa análise, mesmo incom-

1. O decreto-lei, na Itália, corresponde à nossa medida provisória, devendo ser necessariamente convertido em lei no prazo de 60 dias, sob pena de caducidade, sem possibilidade de renovação.

pleta, da legislação italiana ao leitor brasileiro, freqüentemente mal informado e, por vezes, deslumbrado pelos modelos alienígenas, o que tem ocasionado, entre nós, movimentos confusos e contraditórios, a pretexto de inspirar-se no sistema italiano.

O último exemplo de atuação desastrosa do nosso legislador, nesse campo, foi a promulgação da Lei n. 9.034/95, cujo art. 3.º cria a figura do juiz-inquisidor, cometendo-lhe a realização de diligências que visam à colheita das provas. E, a pretexto de resguardar a intimidade, reveste seu resultado da característica do segredo, tão caro ao sistema inquisitório, deixando, ainda, expresso que o contraditório sobre a diligência não integrará os autos, embora a referida diligência possa servir para a formação do convencimento do juiz.

E isso tudo, em um sistema monocrático, em que o mesmo juiz das diligências vai julgar o mérito da questão!

Já escrevi sobre a flagrante inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.034, que fere a mais importante garantia do “devido processo legal”, que é a imparcialidade do juiz e vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, a qual considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extra-processual.²

Assim, numa penada, o legislador brasileiro, certamente impressionado pela eficiência dos “juízes” (na verdade, membros do Ministério Público) da *operazione mani pulite*,³ destrói o dogma mais caro

ao processo penal acusatório e transforma o juiz brasileiro — verdadeiro juiz — num inquisidor, voltando a confundir, na melhor tradição dos juizados de instrução clássicos, as funções de investigar, acusar e julgar.

Páginas de fogo foram escritas pela doutrina italiana da época contra a figura bifronte do inquisidor-julgador, perante a qual o acusado se torna mero objeto da acusação. Até que o sistema peninsular passou a separar cuidadosamente essas funções, atribuindo a órgãos distintos, ainda que integrantes da mesma carreira (o MP e o juiz das investigações preliminares), as funções de inquirir-acusar e de julgar, respectivamente.

2. A análise da legislação italiana contra o crime organizado — atualizada, repita-se, até 1992 — mostra que operou ela em quatro vertentes principais: a legislação anti-terrorismo; a legislação anti-sequestros; as medidas de proteção aos denominados “colaboradores da justiça”; e a legislação anti-máfia.

Mas, finalmente, as próprias normas do Código foram alteradas, não só com relação ao crime organizado mas também quanto ao processo dos crimes comuns, numa resposta no mínimo preocupante aos reclamos de inadequação dos instrumentos oferecidos ao Ministério Público, à polícia e à magistratura pelo novo código.

São esses os diversos aspectos da legislação italiana que tentaremos sistematizar.

3. A legislação anti-terrorismo, representada principalmente pelo decreto-lei n. 625 de 15.12.1979 (convertido, com alterações, na lei n. 15, de 6.2.1980) e pela Lei n. 304, de 29.5.1982, ditou medidas para a tutela da ordem democrática e da segurança pública, agravando as penas previstas no Código Penal para esses crimes, prevendo expressamente a figura de organizações destinadas a co-

2. Ada Pellegrini Grinover, “Que juiz inquisidor é esse?”, in Boletim do IBCCrim, junho de 1995, n. 30, p. 1.

3. Ada Pellegrini Grinover, “Que juízes são esses?”, in Boletim do IBCCrim, janeiro de 1995, n. 2, pp. 1/2.

meter atos de violência para fins de terrorismo ou de subversão da ordem democrática (depois, subversão do ordenamento constitucional), tipificando o crime de atentado à vida ou incolumidade das pessoas, bem como o crime de seqüestro, quando cometidos para os mesmos fins (arts. 270-bis, 280 e 289-bis do Código Penal).

Além disso, referidas leis cuidaram da figura do "dissociado", do "arrependido" e do "colaborador", restrita aos crimes cometidos para fins de terrorismo ou de subversão do ordenamento constitucional, da seguinte maneira:

a) regime jurídico do "arrependido", ou seja do concorrente que, antes da sentença condenatória, dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa; se retira da organização, se entrega sem opor resistência ou abandona as armas, fornecendo, em qualquer caso, todas as informações sobre a estrutura e organização da *societas celeris*; impede a execução dos crimes para os quais a organização se formou; comete o crime de favorecimento com relação a membro da organização, mas fornece completa informação sobre o favorecimento: extinção da punibilidade. Ainda, para o "arrependido" que se apresentar às autoridades policiais ou judiciárias, antes da emissão de ordem ou mandado de prisão, a mencionada legislação prevê que esta seja substituída por outras obrigações ou impedimentos.

b) regime jurídico do "dissociado", ou seja do concorrente que, antes da sentença condenatória, se empenha com eficácia para elidir ou diminuir as consequências danosas ou perigosas do crime ou para impedir a prática de crimes conexos e confessa todos os crimes cometidos: diminuição especial da pena de um terço (não podendo superar os quinze anos) e substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de quinze a vinte e um anos.

c) regime jurídico do "colaborador", ou

seja do concorrente que, antes da sentença condenatória, além dos comportamentos acima previstos, ajuda as autoridades policiais e judiciárias na colheita de provas decisivas para a individuação e captura de um ou mais autores dos crimes ou fornece elementos de prova relevantes para a exata reconstituição dos fatos e a descoberta dos autores: redução da pena até a metade (ou até um terço se a colaboração é de excepcional relevância) — não podendo superar os dez anos — ou substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de dez a doze anos.

Para o "dissociado" e o "colaborador" é também permitida a liberdade provisória, benefício não contemplado para os crimes de terrorismo e de subversão punidos com pena superior a quatro anos. Independentemente da pena, para tais crimes é sempre obrigatória a captura. A suspensão condicional da pena e o livramento condicional são facilitados para o dissociado e o colaborador.

Mencionada legislação, modificada, nesse ponto, pela Lei n. 398, de 28.7.94, ainda prevê, para os crimes cometidos para os fins de terrorismo e de subversão do ordenamento constitucional o prolongamento do tempo da prisão preventiva previsto pelo Código de Processo Penal.

Também posteriormente à legislação supra mencionada, a Lei n. 34, de 18.2.1987, veio estabelecer outras normas para os "dissociados", melhor especificando as condutas de dissociação, modificando o regime da comutação e redução da pena e cuidando da revogação destas em caso de prática de novo crime de terrorismo ou de subversão e em caso de comportamento incompatível com a dissociação, além de redesenhar o regime da liberdade provisória para o dissociado.

4. Em tema de extorsão mediante seqüestro, as maiores novidades foram introduzidas pela lei n. 894, de 30.12.1980 e, posteriormente, pelo decreto-lei n. 8,

de 15.1.1991, convertido na lei n. 82, de 15.3.1991.

O primeiro diploma legal, dando nova redação ao art. 630 do Código Penal, a respeito do crime de seqüestro de pessoa para efeito de extorsão, aumenta as penas, introduzindo também para essa infração a figura do "dissociado" como sendo o concorrente que se empenha para que o sujeito passivo seja libertado, sem pagamento do preço do resgate, ou para que a atividade delitiva não seja levada a consequências ulteriores, ou ajuda concretamente a autoridade policial ou judiciária na colheita de provas decisivas para a individuação ou captura dos concorrentes. Para o dissociado, a pena de prisão perpétua é substituída pela de reclusão de doze a vinte anos e as demais penas são diminuídas de um terço a dois terços.

Por sua vez, a lei n. 82/91 determina que, no procedimento atinente ao crime de seqüestro para fim de extorsão, o Ministério Público deve requerer ao juiz a ordem de arresto dos bens pertencentes à pessoa seqüestrada, ao cônjuge e aos parentes e afins que com ele convivem. O juiz também pode determinar o arresto de bens de outras pessoas, quando haja fundados motivos para reputar que tais bens possam ser utilizados, direta ou indiretamente, para o pagamento do resgate.

O arresto tem duração máxima de um ano, podendo ser renovado, mas em qualquer caso é revogado quando cessar a permanência do crime.

A medida não implica limitações ao poder de administração e gestão e aos direitos de gozo dos bens arrestados, nem incide sobre relações jurídicas preexistentes. Em caso de necessidade ou por motivos familiares, o juiz, ouvido o Ministério Público, pode autorizar atos de disposição sobre os bens arrestados.

A lei considera crime de favorecimento real a conduta de quem, com qualquer

meio, atua para fazer chegar o preço do resgate aos autores do seqüestro, excluindo-se a punibilidade de quem assim proceder em favor do parente próximo.

São nulos os negócios jurídicos praticados com o objetivo de fazer chegar o preço do resgate aos autores do seqüestro, assim como os contratos de seguro, mesmo se estipulados no estrangeiro, para a cobertura do pagamento do resgate, sendo tipificada como crime a conduta de quem os firmar.

É também tipificada como crime de omissão de notícia de delito a conduta de quem, tendo conhecimento de atos ou fatos concernentes ao seqüestro, mesmo tentado, ou do pagamento do resgate, bem como de outras circunstâncias úteis à individuação ou captura dos responsáveis, omite ou retarda a informação à autoridade competente.

No caso de seqüestro para fins de terrorismo ou de subversão (art. 289-bis CP, introduzido, como visto no n. 4, pelo decreto-lei n. 59/78, convertido, na lei 191/78) ou de seqüestro para fins de extorsão (art. 630 CP, substituído pela lei n. 894, de 30.12.1980), é reforçada a figura do "dissociado", com possibilidade de ulterior diminuição da pena até um terço quando sua contribuição for de excepcional relevância.

Para os mesmos casos, a referida lei n. 82/91 prevê a possibilidade de operações controladas quanto ao pagamento do resgate, com necessária indicação de suas modalidades ao juiz, que motivadamente as autoriza. O Ministério Público pode também, motivadamente, retardar a execução ou dispor que seja retardada a execução de medidas cautelares como a prisão, podendo em caso de urgência tal retardamento ser ordenado verbalmente, com sucessiva formalização da ordem.

Prevê-se, ainda, a coordenação das ações policiais relativas às atividades investigativas para a extorsão mediante seqüestro, nos mesmos moldes existentes para o crime organizado.

5. Além de dispor a respeito do crime de seqüestro, o decreto-lei n. 8/91 — convertido na lei n. 82/91 —, estabelece importantes normas para a proteção dos colaboradores da justiça, determinando a adoção de medidas aptas a assegurar a incolumidade e, se necessário, a assistência das pessoas presas, expostas a perigo grave e atual, em consequência de sua colaboração.

Tais medidas também podem ser dispostas em favor dos parentes próximos, dos conviventes e de quem esteja exposto a perigo grave e iminente, por força das relações mantidas com o preso.

Outros programas de proteção especial e de assistência são dispostos pela mencionada lei, que constitui uma comissão central ministerial para a definição e aplicação do programa de proteção especial.

As pessoas em cujo favor tiver sido proposto o programa de proteção especial devem fornecer à autoridade proponente dados documentais inerentes à sua qualificação, às obrigações derivadas da lei civil, aos antecedentes e aos processos penais, civis e administrativos pendentes, aos títulos de estudo ou profissionais, às autorizações, concessões, licenças e habilitações de que sejam titulares, constituindo um representante geral ou representantes especiais para os atos a serem efetuados.

O programa especial de proteção pode compreender a transferência de pessoas para locais diversos do domicílio ou para lugares protegidos, bem como as medidas necessárias a tutelar sua privacidade, inclusive mediante derrogação das normas penitenciárias vigentes. Pode, também, ser autorizada a utilização temporânea de documento de identidade “de cobertura”, que não pode ser usado, sob pena de configuração de crime pelo Código Penal, fora dos casos autorizados.

Na hipótese de excepcionais motivos de segurança, o domicílio de eleição, por autorização do juiz ou do Ministério Público, pode ser fixado junto a pessoa

de confiança ou a estabelecimento policial, mesmo para efeito de citações, notificações e intimações.

A lei também prevê a possibilidade excepcional de o Ministério Público autorizar a polícia a manter as pessoas presas em lugares diversos do cárcere, pelo tempo estritamente necessário à definição do programa especial de proteção.

No prazo de um ano a partir da vigência da lei, o Presidente da República, mediante decreto, baixará as normas destinadas a dar atuação ao programa especial de proteção, segundo os seguintes princípios: a) segredo e celeridade do procedimento para a mudança dos dados pessoais de identidade; b) inscrição dos novos dados em registro especial do Ministério da Segurança; c) nova inscrição no registro civil, com emissão de cédula de identidade; d) conservação dos dados de identidade anteriores junto aos novos; e) reconhecimento do direito dos pais, ou, em caso de discordância, de qualquer deles, de requerer ao juiz a mudança de identidade dos filhos menores; f) previsão de a mudança de identidade não ter efeitos sobre as relações de natureza civil, penal e administrativa, substanciais e processuais, em curso no momento da modificação; g) instituição de garantias para proteção dos terceiros de boa fé com determinação dos casos em que os terceiros têm direito a conhecer a ligação entre a velha e a nova identidade; h) adoção de instrumentos adequados para as citações, as notificações e as intimações; i) possibilidade de as pessoas protegidas atuarem mediante procuradores para as relações substanciais e processuais, de natureza civil e administrativa, anteriores à mudança, bem como de utilizarem a anterior identidade relativamente às relações jurídicas em curso; j) previsão de modalidades especiais de registro de antecedentes penais.

Finalmente, a lei contém previsão orçamentária para a execução do programa.

6. A legislação anti-máfia, anterior ao Código de Processo Penal de 1988 (Leis n. 57/62, 575/65, 354/75 e 646/82), foi reformulada após a vigência deste, pela Lei n. 55, de 19 de março de 1990, que também modificou dispositivos do Código Penal, deixando, porém, inalterado o estatuto processual.

Diga-se, de antemão, que se entende por organização de tipo mafioso, no sistema italiano, a formada por três ou mais pessoas, em que os que a integram se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e silêncio que dela deriva para cometer crimes, para adquirir de modo direto ou indireto a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões, autorizações, empreitadas e serviços públicos, ou para auferir proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem.

A só participação na organização mafiosa é punida com a pena de reclusão de três a seis anos, aumentada de quatro a dez anos se a organização é armada e com o aumento das penas de um terço até a metade se as atividades econômicas de que os associados pretendem manter o controle são financiadas, no todo ou em parte, pelo preço, produto ou proveito dos crimes.

É sempre obrigatório o confisco dos instrumentos do crime e de seu produto, decaindo os direitos de licenças e concessões, bem como as inscrições nos cadastros de empreiteiros de obras e serviços públicos.⁴

Para a ordem judiciária de seqüestro dos bens, bastam suficientes indícios — como a notável desproporção entre o nível de vida e a entidade dos rendimentos aparentes ou declarados — de que sejam fruto de atividades ilícitas ou constituam sua aplicação. Para o confis-

co, vige o princípio da inversão do ônus da prova, cabendo ao indiciado ou acusado a prova da legítima procedência dos bens.⁵

A lei n. 55, de 19.3.90, contempla, a título cautelar, a imposição de várias inabilitações ligadas à atividade empresarial ou a contratos com o Estado, outros entes públicos ou as Comunidades européias (incluindo financiamentos e mútuos), prevendo a declaração de decadência, a título preventivo, dos direitos já existentes. Penas acessórias são igualmente adotadas pela lei.

A referida lei também introduziu modificações ao Código Penal, tipificando novos crimes econômicos.

Por outro lado, a lei ampliou os poderes da polícia judiciária com relação às operações para a prevenção e repressão em matéria de organizações mafiosas e de substituição de dinheiro ou bens provenientes de roubo, extorsão e extorsão mediante seqüestro, produção e tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, de emprego de dinheiro, bens ou utilidades de procedência ilícita, possibilitando aos agentes as buscas nos meios de transporte, na bagagem e nos bens pessoais, bem como as apreensões, sem ordem judiciária prévia, com convalidação pelo Ministério Público.

Finalmente, uma série de diplomas legislativos estabeleceram medidas administrativas relativas à luta antimáfia, criando o Alto Comissariado para a coordenação da luta contra a criminalidade mafiosa, a qual envolve órgãos policiais e diversos entes públicos e privados de natureza econômica, sem prejuízo da atuação do Ministério Público e da autoridade judiciária competente (decreto-lei n. 629/1982, convertido na lei n. 281/1982 e modificado pela lei n. 486, de 15.11.1988).

4. Art. 416-bis do Código Penal, introduzido pela lei n. 646, de 13 de setembro de 1982.

5. Art. 2-ter da lei n. 575, de 31.5.1965, introduzido pelo art. 14 da lei n. 646, de 13.9.1982.

Por sua vez, o decreto-lei n. 345/91, convertido na lei n. 410, de 30.12.1991, baixou disposições urgentes para a coordenação das atividades informativas e investigativas na luta contra o crime organizado, criando o Conselho geral para a luta ao crime organizado.

E o decreto-lei n. 367/1991, convertido na lei n. 8, de 20.1.1992, instituiu, no seio do Ministério Público, a "Superprocuradoria" para a coordenação das investigações em processos relativos ao crime organizado, ampliando os casos de conexão do CPP (nova redação do art. 12, alíneas "b" e "c"), regulando os conflitos positivos de atribuições entre órgãos do Ministério Público (art. 54-bis e 54-ter CPP), criando um Ministério Público distrital e alterando normas sobre a avocação de processos (modificações do art. 51 e ao art. 372 CPP), inserindo normas sobre o procurador nacional antimáfia" (art. 371-bis CPP), redesenhado o exercício de funções pelo juiz das investigações preliminares (art. 328, alínea 1-bis CPP).

7. O decreto-lei n. 419, de 31.12.1991, convertido na lei n. 172, de 18.2.1992, instituiu um fundo de apoio às vítimas de extorsão, também alterando dispositivos do Código Penal e ditando regras processuais.

O Fundo, instituído junto ao Instituto Nacional de Seguros com contribuições derivadas de percentagens sobre prêmios de seguro e de dotações estatais, destina-se aos que, exercendo atividade econômica, arte ou profissão, não se sujeitam a pedidos de natureza extorsiva, vindo por isso a sofrer prejuízos materiais a bens móveis e imóveis.

A lei também modifica o Código Penal (arts. 111, 112, 114 e 629) para elevar, em determinadas circunstâncias, as agravantes atinentes à indução de inimputáveis ao crime, para estipular novas agravantes genéricas e para aumentar as agravantes específicas no crime de extorsão.

Nas disposições processuais da lei, autoriza-se o retardamento, pelo Ministério Público e pela polícia judiciária, de medidas cautelares de sua competência, nos casos de extorsão, de "reciclagem" e de emprego de dinheiro, bens e utilidades de procedência ilícita (arts. 629, 648-bis e 648-ter CP), ampliam-se as funções do Ministério Público junto à Pretura; reestrutura-se a medida cautelar de domicílio coacto.

8. Até 1991, a legislação de emergência contra o crime organizado deixara intacto o Código de Processo Penal de 1988.

Mas, como visto, a partir do referido ano o estatuto processual começou a ser alterado por medidas legislativas, até que o decreto-lei n. 306, de 8.6.1992, veio introduzir modificações substanciais no processo penal, a ponto de alguns falarem em uma verdadeira "demolição do rito acusatório" e da "instauração de um processo policialesco".⁶

Observe-se, inicialmente, que o texto do decreto-lei pode ter sido objeto de alterações na conversão da medida provisória em lei, que este trabalho não contempla.

Por outro lado, saliente-se que o decreto-lei não se limitou a operar mudanças no Código de Processo mas, destinando-se a diversas providências contra a criminalidade mafiosa, procedeu a numerosas modificações em outros diplomas legislativos. Assim, por exemplo, foram alterados dispositivos do Código Penal no tocante aos crimes contra a administração da justiça, tipificando-se a conduta consistente em fornecer falsas informações ao Ministério Público ou à polícia judiciária (art. 371-bis) ou perante a autoridade judiciária (art. 374-bis), no curso de um processo, com a previsão

6. É o que relata Nicola Cipriani, Novità legislative, apêndice à 6.ª edição do "Codice penale e di procedura penale e leggi complementari", I Codici Maggiori, Rimini.

de circunstâncias agravantes se da informação resultar condenação, mas com extinção da punibilidade em caso de retratação antes do encerramento da instrução (modificações ao art. 375), se quem cometeu o fato foi compelido pela necessidade de salvar a si ou a parentes próximos por grave e inevitável dano à liberdade ou à honra e se o fato for cometido por quem legalmente tinha o direito de calar-se (alteração do art. 384).

O decreto-lei também baixou disposições a respeito de armas e entorpecentes, ditando, ainda, novas regras sobre as medidas de proteção dos colaboradores da justiça — estas, mediante modificações do decreto-lei n. 8/91, convertido na lei n. 82, de 15.3.1991. Além disso, dispôs sobre matéria penitenciária, vedando benefícios para os pertencentes à criminalidade organizada e regulando entrevistas, para fins investigatórios, de presos com o pessoal da Direção investigativa anti-máfia e com os oficiais da polícia judiciária dos serviços centrais e interprovinciais, bem como com o procurador nacional anti-máfia,⁷ com o objetivo de obter informações no âmbito de suas funções institucionais de investigação, segurança e prevenção, ficando cometidas ao “Superprocurador” as funções de impulso e coordenação previstas no art. 371-bis CPP.⁸

Referido decreto-lei também modificou normas de organização judiciária, baixando novas regras concernentes às medidas de prevenção previstas na lei n. 575, de 31.6.1965⁹ e regulamentando as atividades de prevenção, com atribuição

de poderes mais amplos ao Ministério Público e à polícia judiciária.

Tudo isso, porém, ainda a título de luta contra a criminalidade mafiosa, no âmbito da legislação extravagante ou de introdução de novos tipos no Código Penal.

Mas o decreto-lei n. 306/92 foi mais longe: atuando diretamente sobre o Código de Processo Penal, reduziu suas garantias não apenas com relação ao crime organizado, mas de maneira genérica, contaminando as regras de um modelo acusatório exemplar com normas que mal lhe se adaptam.

Vejam-se as principais alterações introduzidas no CPP de 1988:

a) Com relação às provas

— Art. 195 CPP: a testemunha referida, residente no exterior, só é chamada a depor se o juiz considerar o depoimento absolutamente necessário;

— Art. 207 CPP: suprimido o inciso 2, atinente ao falso testemunho, com o que se exime o juiz de encaminhar ao Ministério os autos relativos à suspeita do crime praticado por testemunha;

— Art. 238 CPP: substituição dos incisos 1, 3 e 4, permitindo mais amplamente a produção da prova emprestada de outro processo penal;

— Art. 238-bis: acrescentado o artigo, para permitir a juntada de sentenças passadas em julgado, a serem livremente valoradas pelo juiz;

— Art. 190-bis: acrescentado o artigo, para permitir que o depoimento de pessoa acusada de crime conexo, em outro processo, seja no incidente probatório (jurisdicional), seja a título de prova emprestada, possa ser aproveitado, repetindo-se o depoimento só em caso de o juiz o considerar absolutamente necessário.

b) Quanto ao potenciamento das atividades investigatórias

— Art. 347 CPP: substituído o inciso 1, introduzido o inciso 2-bis e modificado o inciso 3, visando acelerar a

7. Tais órgãos e tais funções foram examinados no n. 6 supra, com a referência ao decreto-lei n. 345/91, convertido na lei n. 410/91 e ao decreto-lei n. 152/1991, convertido na lei n. 203/1991.

8. Introduzido pelo decreto-lei n. 12/91, convertido na lei n. 8, de 20.1.92.

9. Referida entre a legislação anti-máfia, no n. 6 supra.

transmissão da notícia da infração penal e da relativa documentação pela polícia ao Ministério Público;

— Art. 348 CPP: substituição do inciso 1 e modificação do inciso 3, deixando claro que, mesmo após a comunicação da notícia da infração penal, a polícia continua obrigada a desenvolver suas funções, e não mais apenas no âmbito da orientação dada pelo Ministério Público.

— Art. 350 CPP: substituição do inciso 7, permitindo à polícia receber declarações espontâneas do indagado, que não podem, porém, ser utilizadas na fase de debate, salvo quando necessário às partes contrariar o que o mesmo afirmou em juízo (art. 503, inc. 3 CPP).

— Arts. 351 e 357 CPP: alterados os dispositivos para dar mais força à polícia judiciária na colheita de informações sumárias úteis à investigação;

— Art. 380 CPP: modificado tendo em vista a ampliação do rol dos crimes de prisão em flagrante obrigatória;

— Art. 117 CPP: acrescentado o inciso 2-bis, para permitir ao Procurador nacional anti-máfia¹⁰ o acesso ao registro das notícias de infração penal e aos bancos de dados instituídos para interligações recíprocas;

— Art. 118 CPP: ampliado para melhorar a operatividade dos pedidos de cópias e de informações por parte do Ministério da Segurança Pública;

— Arts. 360, 362, 370 e 373 CPP: modificados para potenciar as atividades investigatórias do Ministério Público;

— Arts. 405 e 406 CPP: ampliados os prazos de seis meses, para o oferecimento de denúncia, e de seis meses para o pedido de prorrogação ao juiz (renovável), com relação a crimes determinados.

10. Como visto, o art. 371-bis CPP foi introduzido pelo decreto-lei n. 367/91, convertido na lei n. 8/92, para criar e disciplinar as atividades de coordenação do "Superprocurador": v. retro, n. 6.

c) Relativamente à fase do juízo

— Art. 468, inc. 4-bis: acrescentado para permitir às partes o requerimento de juntada de prova emprestada de outro processo penal, podendo requerer a intimação para comparecimento das pessoas que nele depuseram, desde que indiquem ao juiz a absoluta necessidade do novo depoimento;

— Art. 147-bis CPP: introduzido para disciplinar o interrogatório ou depoimento dos colaboradores da justiça, submetidos a programas ou medidas de proteção, a ser prestado com as cautelas necessárias, permitindo-se o depoimento à distância, mediante a utilização dos meios técnicos adequados e a presença no local do depoimento de um auxiliar do juiz, que atestará a identidade do depoente e a autenticidade do depoimento;

— Art. 512 CPP: modificada a redação, para permitir que a leitura dos autos, justificada pela impossibilidade superveniente de repetição, antes restrita aos atos praticados na audiência preliminar, também inclua outros atos incluídos no fascículo do Ministério Público;

d) Quanto às medidas cautelares

— Art. 281 CPP: acrescentado o inciso 2-bis, para tornar obrigatória, junto com a aplicação de outras medidas coercitivas, a proibição de deixar o território nacional;

— Art. 722 CPP: substituído para detrair da pena o tempo de prisão cautelar cumprida no exterior em virtude de pedido de extradição, somente até o limite da duração máxima da prisão cautelar (art. 303, inc. 4, c/c art. 304, inc. 4).

9. Difícil é a análise crítica das medidas adotadas pelo sistema italiano, por parte do observador estrangeiro.

Mas, a partir dos comentários dos especialistas peninsulares e da imprensa daquele país, refletindo a opinião pública, é possível ao menos tecer algumas considerações.

a) Quando à luta contra o terrorismo, certamente o estabelecimento de um direito premial, favorecendo os “arrepentidos”, os “dissociados” e os “colaboradores”, foi extremamente útil para debelar o gravíssimo fenômeno da atividade terrorista e subversiva, que tantas vítimas fez na Itália.

Houve, é certo, muitas críticas ao sistema que instituiu a delação premiada. Mas acabou estabelecendo-se o consenso em torno da necessidade de medidas extremas, que representavam a resposta a um estado de verdadeira guerra contra as instituições democráticas e a segurança dos cidadãos.

Não faltaram problemas em torno dos “colaboradores da justiça” (em sentido amplo), que muitas vezes delatavam injustamente no único intuito de beneficiar-se do direito premial. Nem foi fácil cuidar de sua segurança.

Em resposta, novos tipos penais foram introduzidos no ordenamento, visando coibir as falsas informações pela previsão de penas extremamente rigorosas. E um sistema de proteção especial foi estabelecido em favor dos colaboradores e das pessoas a eles ligadas.

Assim mesmo, houve episódios graves, seja para os delatados, às vezes injustamente processados, seja para os delatores. Mas a opinião pública entendeu ser esse o preço a ser pago para debelar um verdadeiro estado de guerra civil que assolou a Itália durante vinte anos.

b) A extensão do direito premial à luta anti-sequestros — outro fenômeno gravíssimo na Itália — foi um passo considerado natural.

Mas muitas polêmicas suscitaram as medidas de indisponibilidade dos bens da vítima e de sua família, tão combatidas a ponto de segurar durante anos a intervenção do legislador.

As opiniões a seu respeito ainda estão divididas: segundo alguns, teriam levado a uma diminuição do número de seques-

tros de pessoas; segundo outros, essa estatística somente indicaria que as famílias deixaram de noticiá-los, a fim de poderem livremente pagar o preço do resgate.

c) A luta anti-máfia está em pleno desenvolvimento na Itália.

Resultados extremamente positivos derivaram da adequada reestruturação do Ministério Público e da polícia judiciária — que o auxilia e é por ele supervisionada —, constituindo uma eficiente rede de colheita de informações e de investigações.

A *operazione mani pulite*, encabeçada pelo Ministério Público, foi, de início, incondicionalmente aplaudida pela população italiana, ansiosa por ver presos e punidos os corruptos.

Com o tempo, porém, o entusiasmo da sociedade foi abrindo espaço para as críticas aos métodos do Ministério Público e dos juízes das *indagini preliminari*, sobretudo pelos exageros apontados nos encarceramentos preventivos, tanto que a operação passou a ser apelidada pela imprensa de “operação algemas fáceis”, sobretudo após a ocorrência de diversos suicídios de pessoas objeto de investigação, na prisão ou fora dela.

Os operadores do direito dividiram-se: de um lado, promotores e juízes, favoráveis aos métodos utilizados — os únicos, em sua opinião, capazes de debelar o crime econômico organizado; do outro lado, os advogados e muitos juristas, ciosos do respeito às garantias fundamentais.

A polêmica acabou provocando o pedido de demissão do “juiz” (leia-se promotor) Antonio Di Pietro, a mais relevante figura da operação. A população, que o tomou como símbolo e como herói, entendeu ter sido ele obrigado a afastar-se pelas forças subterrâneas da corrupção. A magistratura, composta na Itália de juízes e promotores, sentiu-se profundamente atingida. Muitos advogados respiraram aliviados. Mas os juristas

comprometidos com a imparcialidade entenderam, predominantemente, que a operação, embora necessária, havia se excedido.

Recentemente, projeto de lei foi aprovado no Senado, reconduzindo a prisão preventiva a seu leito original e possibilitando sua transformação em prisão domiciliar. Outro projeto polêmico, no clima contraditório que os italianos vivem.

Finalmente, à guisa de conclusão, pode-se dizer que medidas rigorosas, como as tomadas na Itália, só podem ser entendidas, apoiadas ou rejeitadas à luz das circunstâncias que o país vive, levando em consideração a realidade sócio-política e cultural em que são editadas.

Muito cuidado há de tomar-se com o transplante dessas medidas para sistemas diversos, destinados a regular a vida de outros grupos sociais, com suas peculiaridades e idiossincrasias.

Sob o ângulo do processo, isso significa, em última análise, que o ideal de um "processo de resultados", almejado pela linha metodológica de sua instrumentalidade, só pode concretizar-se desde que aderente à realidade social, política e econômica subjacente.

Mas uma coisa é certa e pode extrair-se do conjunto de medidas adotadas na Itália: criou-se com elas um sistema completo contra o crime organizado, cuidando-se de aspectos penais, processuais e administrativos, passando pelo ordenamento penitenciário e chegando-se à proteção dos "colaboradores da justiça" e das vítimas. O sistema italiano não se limitou à reforma das leis penais e processuais (estas, por vezes, criticáveis), mas se preocupou em dotar os órgãos de investigação e de persecução dos instrumentos necessários a enfrentar a criminalidade organizada, reequipando-os, modernizando-os e coordenando as atividades conjuntas do Ministério Público e da polícia.

Isso representa, para nós, uma lição a ser devidamente assimilada: qualquer reforma, neste campo, será inútil se as instituições não forem reestruturadas.

A luta contra o crime organizado não poderá, no Brasil, ter êxito sem uma forte vontade política e sem o abandono da deletéria postura corporativa tão enraizada em nossas instituições. Este, mais do que novas leis freqüentemente desajeitadas, é sem dúvida o primeiro passo no caminho da defesa da sociedade contra as novas formas de criminalidade.

3 — DOCTRINA NACIONAL

REFLEXÕES A PARTIR DA SUÁSTICA

ADAUTO SUANNES

A Lei 8.882/94 vem de introduzir alteração no art. 20 da Lei 7.716/89, definidora dos crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, assim dispondo: "incorre nas mesmas penas quem fabricar, comercializar ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo".

A primeira estranheza que o novo dispositivo traz é que não se cuida aí da proibição de divulgação do nazismo, mas da utilização da cruz suástica com tal finalidade.

Pode o legislador, com fundamento no contido no art. 5.º, XLII, da Constituição Federal, que fala em prática do racismo, proibir a fabricação de um mero símbolo, quando o inciso IV do mesmo art. 5.º assegura a liberdade de pensamento? Usar um mero símbolo será praticar algum ato de racismo?

Nossa indagação, porém, não pretende seguir essa trilha. O que nos interessa é levar o leitor a uma viagem pelo campo dos símbolos.

Que é, porém, um símbolo?

Na linguagem dos dicionários, é um sinal que substitui ou representa outra coisa. Assim, dizem eles, a pomba é o símbolo universal da paz, da mesma forma como a cruz é o símbolo do Cristianismo. Aliás, a expressão Nazi, enquanto abreviatura de Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei, é, em si mesmo, um sinal gráfico, que, em lugar de ser elaborado com desenho, é composto por letras.

Pode-se dizer que a palavra símbolo, de origem grega, tem como correspondente na língua latina o termo *signum*, que nos deu tantas palavras em português, como a óbvia sino, cujas badaladas indicavam (ou representavam outrora) o momento da oração. Ao ouvir o som do sino, o crente lembrava-se do seu dever de orar. Os sinais (que nem sempre necessitam de ser visuais, bastando que sejam recolhidos pelos sentidos, como se dá com o alfabeto Braile) contêm em si tudo o que exigiria muitas palavras para ser expresso, sendo a semiologia exatamente a ciência dos signos, sem os quais não haveria a linguagem. O fato de os ideogramas de línguas orientais conterem em si esse referencial simbólico de modo mais óbvio do que o alfabeto ocidental não exclui o caráter simbólico das letras que utilizamos em nossa comunicação escrita.

Carl Jung e colaboradores publicaram interessante estudo, onde dissecam o sentido profundo e a importância dos símbolos na vida dos seres humanos (cf. "O Homem e seus Símbolos", ed. Nova Fronteira). No campo da psiquiatria, reconhece ela a importância de Freud e Breuer na demonstração de que muitos sintomas neuróticos "tem, na verdade, uma significação simbólica", cabendo ao psicoterapeuta ler a mensagem cifrada que o paciente tenta expressar, simbolicamente, seja por intermédio das imagens oníricas, seja por intermédio de somatizações (manifestações físicas de distúrbios psíquicos).

"Um paciente, por exemplo, que enfrenta uma situação intolerável pode ter

espasmos cada vez tenta engolir: ele não pode engolir aquela situação. Em condições psicológicas análogas, outro paciente terá acesso de asma: ele não pode respirar a atmosfera de sua casa. Um terceiro sofre de estranha paralisia nas pernas: não pode andar, isto é, não pode continuar assim. Um quarto paciente, que vomita o que come, não pode digerir um determinado fato" ("Chegando ao Inconsciente", p. 26 da obra citada).

Já ousamos publicar uma despretensiosa crônica, onde abordávamos, jocosa-mente, alguns corriqueiros símbolos fálicos, que tomamos a liberdade de reproduzir:

"Você está dormindo e sonha. Um bispo, sentado em seu trono, mitra na cabeça, exhibe o báculo, ostensivamente. As senhoras presentes genufletam, respeitosa-mente diante dele. Ao fundo, sobre a nave, o maestro empunha a batuta, e, a um sinal do báculo, agita o instrumento, para êxtase dos presentes. É o casamento de um cadete. No corredor principal, colegas do noivo, frente a frente, descumprem a ordem latina dada por Cristo a Pedro (*mitte gladio in vagina*). Ao reverso, tiram da bacia o espadim e cruzam-nos, dois a dois, formando um arco, sob o qual passarão os noivos. Que, certamente, terão muitos filhos. Fora, um canhão dispara salvas de tiro. As donzelas aplaudem, excitadíssimas. O povo, entretanto, munindo-se de pedaços de paus e cacetes, tenta penetrar no templo, que tem a porta ovalada. A guarda, vestida de branco, posta-se diante da porta, para impedir a violação do templo do amor. Com os fuzis na mão, os guardas calam neles as baionetas, em posição de combate. Frente a frente os grupos contendores, aparece o juiz da comarca, exibindo a vara, símbolo de sua jurisdição. O prefeito dirige-se ao microfone, que tem a cabeça como uma glândula coberta de uma malha de aço. De microfone na mão, ele agita o dedo indicador. Dedo em riste, como se diz, ele ameaça os presentes. Você acorda com

um barulho. Um livro do velho Freud caíra da prateleira com estardalhaço. Apalermado, meio sonolento, você vê o homem de barba branca e olhar maroto sair das páginas do alfarrábio. Soltando bafaradas de fumo, ele lhe repete a lição que dera aos jovens na saída do teatro, em Viena: meu filho, por vezes, um charuto simboliza apenas um charuto. Você começa a lembrar-se de que estivera lendo algo sobre a simbologia freudiana. Báculo, batuta, espadim, pau, cacete, vara, dedo em riste, microfone, canhão, fuzil, baioneta. Uma chuva de símbolos fálicos invade seu sonho. Assustado, você vê sobre a mesa de trabalho a estátua de Têmis. Na mão direita ela traz o ainda presente falo da autoridade (vista sob o ponto de vista masculino). Como que envergonhada de sua bissexualidade (na mão esquerda ela traz duas conchas suspensas por correntes, óbvio símbolo da genitália feminina), ela cobre os olhos com uma venda, temerosa de que a balança que traz na mão esquerda (também chamada sinistra) lhe mostre se o *animus* prevalece sobre a *anima*, ou vice-versa. Uma figura andrógina, que não tem coragem de encarar-se, conclui você" (Revista Decisão, n. 2, abril de 1986).

Retornando ao renomado mestre suíço, porém, recordemos sua advertência no sentido de que os símbolos devem ser encarados *cum grano salis*, na medida em que a história pessoal do analisando e a cultura onde ele está imerso podem levar a erro quem se ponha a tirar interpretações dogmáticas (como jocosamente fizemos acima), pois "nenhum símbolo onírico pode ser separado da pessoa que o sonhou, assim como não existem interpretações definitivas e específicas para qualquer sonho" (ob. cit., p. 53).

Campbell, ao tratar superiormente da importância dos mitos, não poderia deixar de abordar o tema de que nos ocupamos, destacando, por exemplo, um símbolo onipresente ao longo das diversas culturas, o círculo, geralmente associado à

psique (cf. Joseph Campbell, "O Poder do Mito", ed. Palas Atenas, n. 121).

René Guénon, estudioso dos movimentos ocultistas, aludindo ao círculo e ao ponto, via nessas duas figuras dois símbolos de importância fundamental: o ponto, inserido no interior do círculo, seria o emblema do Princípio, ao passo que o círculo seria o emblema do Mundo, informando-nos que "é impossível determinar qualquer origem no tempo para o emprego dessa representação, pois ela é encontrada com frequência em objetos pré-históricos" (cf. "Os Símbolos da Ciência Sagrada", ed. Pensamento, p. 52).

E prossegue: "a relação que existe entre o centro e a circunferência, ou entre o que representam respectivamente, já está claramente indicada pelo fato de que a circunferência não poderia existir sem o seu centro, enquanto que esse é absolutamente independente daquela. Tal relação pode ser indicada de modo ainda mais claro e explícito através de raios provenientes do centro e que terminam na circunferência. Esses raios, é evidente, podem ser representados em número variável, pois sua quantidade é indefinida, do mesmo modo que os pontos da circunferência que lhe assinalam as extremidades. Mas, na realidade, escolheu-se sempre, para as representações dessa espécie, números que têm em si próprios um valor simbólico particular. Nesse caso, a forma mais simples é a que apresenta apenas quatro raios dividindo a circunferência em partes iguais, ou seja, dois diâmetros retangulares formando uma cruz no interior dessa circunferência" (ob. e loc. cit.).

Cuidando do simbolismo nas artes plásticas, a junguiana Aniela Jaffé alude também à ancestralidade do símbolo do círculo (e sua representação, a roda, que, sob a forma de "roda solar", aparece em inscrições feitas antes mesmo da invenção da roda!), relacionado com o *self*, com "a totalidade da psique em todos os seus aspectos, incluindo o relacionamen-

to entre o homem e a natureza" (cf. "O Homem e seus Símbolos" citado, p. 240), dando-nos conta de que, segundo uma conceituada autoridade religiosa, "na seita zen, o círculo representa o esclarecimento, a iluminação. Simboliza a perfeição humana" (id., p. 241).

Esse círculo dividido em quatro partes iguais por uma cruz, cujos braços se encontram no ponto central do círculo, era precisamente a figura utilizada por Jung para indicar o que lhe pareciam os quatro tipos funcionais, caracterizadores do modo de ser da consciência, em face dos fatos que lhe são trazidos pela experiência: o pensamento, o sentimento, a sensação e a intuição, termos que, na linguagem junguiana, têm sentido preciso (cf. ob. cit., p. 60) e que aqui estão sendo citados apenas para indicar a força desse símbolo numérico.

Recordemos, a propósito, que quatro são os pontos cardeais, quatro os elementos primários (ar, água, terra e fogo), quatro as estações do ano e quatro são os Evangelistas, que, à sua vez, são indicados simbolicamente por animais em inúmeras obras de arte religiosa: Marcos é representado pelo leão, Lucas identificado com o boi, João com a águia e Mateus simbolizado pelo animal homem.

Onde a tradição cristã foi buscar esses símbolos, que estavam escondidos nos arcanos da Humanidade? Se considerarmos que as cidadelas assírias tinham no portal, lado a lado, a figura de um animal híbrido (rosto de homem, corpo de leão, asas de águia e patas típicas dos taurinos), construídas muito antes do advento do Cristianismo (cf. H.W.Janson, "História da Arte", ed. Martins Fontes, p. 78) e que o profeta Ezequiel, cerca de 600 anos antes da Vida do Messias, já aludia não só a esses quatro seres que "iam e vinham como relâmpagos" (cf. Ez., 1,10 e 14) como afirmava que, na sua visão, trazia cada qual ao lado de si uma roda, que o acompanhava, "pois o espírito dos seres viventes estava nelas" (cf. Ez.,

1.20), veremos que a cruz (o cruzamento das traves interna da roda) é um símbolo muito mais antigo do que se imagina ao associá-la apenas ao sacrifício de Jesus.

É sabido que o próprio Cristianismo é marcado por fatos surpreendentes, onde a inexatidão, por vezes, colide com o dogmatismo que parece ser a característica maior de toda religião, como depositária da verdade.

Em primeiro lugar, Jesus de Nazaré não nasceu no Ano I da Era Cristã como se supunha, mas antes. "Um erro de cálculo de Dionísio, o Jovem (que, no século VI, introduziu a contagem atual), fez coincidir o nascimento de Jesus com o ano 754 de Roma, enquanto que estudos mais profundos posteriores afirmam que Jesus nasceu no ano 747-748 de Roma, isto é, 6 a 7 anos antes da data estabelecida por Dionísio. Resultou disso um fato interessante: o calendário cristão que nós usamos atualmente, ao invés de ter início no nascimento de Jesus, começa 6 a 7 anos depois que Jesus havia nascido" (cf. "O Evangelho de Jesus", ed. Mimep, publicada com o Imprimatur oficial).

Por outro lado, o simbolismo cristão nada tem de original, apresentando-se como apropriação de ritos tradicionais, cuja origem nem sempre é perceptível. Sabe-se que a Páscoa (que etimologicamente significa passagem), como festa cristã, nada mais é do que a recordação da passagem dos judeus desde o cativeiro para a Terra Prometida. Sabe-se hoje que a data de 25 de dezembro, que marca o nascimento de Jesus, era apenas a data da festa do deus Sol, ao qual foi ele assimilado.

Carl Jung relata que teve a oportunidade de presenciar curioso rito praticado por uma tribo primitiva da África: pela manhã, assim que saem de suas cabanas, os nativos sopram ou cospem na palma das mãos, voltando-a, ao depois, em direção ao sol nascente. Indagados porque assim agiam, nenhum deles soube

explicar a origem e a finalidade daquele rito (ob. cit., p. 81).

Pois o Cristianismo usa a palavra espírito para significar o sopro vivificante, que, saindo da boca de Deus, deu ao homem o dom da Vida, na descrição veterotestamentária (cf. Gen., 2, 7). Pregando em parábolas (já em si descrições simbólicas, pois o que importa não é o que é dito mas o que está subentendido), Jesus, segundo Mateus, teria a certa altura curado dois cegos (cf. Mt, 9,27/31), notando-se que esse evangelista se limita a anotar o fato. João, porém, descreve o ritual da cura: "Dito isto, cuspiu no chão, fez com a saliva um pouco de lama, untou com ela os olhos do cego (de nascença) e ordenou-lhe — vai e lava-te na piscina de Siloé (que quer dizer Enviado). Foi, lavou-se e voltou com vista" (Jo 9, 6-7).

Enquanto no Velho Testamento se afirma que Deus simplesmente soprou para dar vida, na narrativa neotestamentária sai da boca do Deus/Homem algo mais do que simplesmente o ar (espírito). O líquido mistura-se com a terra (o *humus* de que foi feito Adão, donde ser ele o protótipo do ser humano) e essa mistura formada do elemento divino (a saliva) e o elemento humano (a terra, de que se fez o Homem) dá visão a quem não enxergava.

Parece evidente que não se trata de um milagre, mas de uma narrativa simbólica, alegórica que o Cristo fez a respeito de si mesmo: saído de Deus, ele desde à Terra, mistura-se aos homens, e se entrega a eles para dar-lhes a visão de uma vida sobrenatural. Siloé (o próprio evangelista nos esclarece que tal palavra significa Enviado, título que cabe perfeitamente a Jesus) dará visão a quem se lavar (tal como lhe fizera João Batista), donde o rito do batismo, como limpeza do pecado natural.

Trata-se, pois, dos mesmos elementos entrevistados por Jung no ritual africano: o sol, o sopro, a saliva, que se interligam (não nos esqueçamos de que religião

vem de *religere*, para significar precisamente esse retorno do homem à sua origem, da qual se afastou quando adquiriu a consciência de si).

Outro símbolo comum ao Cristianismo e às tradições que o antecederam é, como não padece dúvida, a cruz.

“O símbolo central da arte cristã não é a *mandala* (isto é, o círculo), mas a cruz ou o crucifixo. Até a época carolíngia a forma usual era a cruz grega ou equilátera, e, portanto, a *mandala* estava indiretamente envolvida naquele desenho. Mas com o correr do tempo o centro deslocou-se para o alto até que a cruz tomou sua forma latina, com a estaca e o travessão, como se usa até agora”. (Aniela Jaffé, ob. cit., p. 243). É sabido, como lembra a mesma autora, que a elevação do travessão “simboliza a tendência para deslocar da terra o centro do homem e sua fé e elevá-lo a uma esfera espiritual” (ob. e loc. cit.).

“Certas escolas de esoterismo muçulmano”, informa-nos Guénon, “que atribuem à cruz um valor simbólico da maior importância, dão o nome de estação divina (*el-maqâmul-ilâhi*) ao centro da cruz, que designam como o lugar em que se unificam todos os contrários e se resolvem todas as oposições. A idéia que se exprime aqui de modo mais particular é a de equilíbrio, que se identifica à de harmonia; não são duas idéias diferentes, mas apenas dois aspectos de uma mesma idéia” (ob. cit., p. 55).

O mesmo autor assinala que “a própria idéia de roda (rota) evoca de imediato a idéia de rotação, e essa rotação é a representação da mudança contínua a que estão submetidas todas as coisas manifestadas. Nesse movimento, só há um ponto que permanece fixo e imutável: o Centro” (id.).

Se o círculo tem no ponto o centro imutável, já a esfera (seja a terrestre, seja a celeste, pois temos todos a idéia primitiva de que o céu é côncavo), quando em rotação, tem os pontos polares que

permanecem fixos. Assim, o polo está relacionado ao centro, como ponto imutável. Destarte, chega esse autor à conclusão de que a cruz suástica é o símbolo dessa imutabilidade polar, o “signo do Polo”. “Se compararmos a suástica com a figura da cruz inscrita na circunferência, poderemos nos dar conta de que são, no fundo, dois símbolos equivalentes, com a única diferença de que a rotação, ao invés de ser representada pelo traçado da circunferência, é apenas indicada na suástica por linhas acrescentadas às extremidades dos braços da cruz em ângulos retos; essas linhas são tangentes à circunferência, marcando a direção do movimento nos pontos correspondentes. Como a circunferência representa o Mundo, o fato de se encontrar subentendida indica muito claramente que a suástica não é uma representação do Mundo, mas sim da ação do Princípio em relação ao Mundo” (ob. cit., p. 57).

E conclui: “a suástica, longe de ser exclusivamente oriental, como se acreditou algumas vezes, é, na realidade, um daqueles símbolos muito difundidos, sendo encontrado em quase toda parte, do Extremo Oriente ao Extremo Ocidente, pois existe até em certos povos indígenas da América do Norte. Na época atual (note-se que o artigo foi escrito em 1926), conservou-se em particular na Índia e na Ásia Central e Oriental e é provável que apenas nessas regiões exista quem saiba ainda o que ela significa. Do mesmo modo que o centro do círculo e a roda, a suástica remonta incontestavelmente aos tempos pré-históricos, e, de nossa parte, vemos esse signo ainda, sem qualquer hesitação, como um dos vestígios da tradição primordial” (pp. 58 e 59).

Curioso registrar uma observação do mesmo autor: “existem diversas variantes da suástica, como por exemplo uma forma com braços curvos (com aparência de dois S cruzados), que vimos numa moeda gaulesa. Além disso, certas

figuras que só guardam um mero caráter decorativo, como a cercadura grega, são originalmente derivadas da suástica" (p. 58, nota, 11).

Esta última observação diz muito com a Magistratura de São Paulo, pois, como pode ser confirmado por quem quer que lá vá, o salão nobre do Palácio da Justiça de nosso Estado, além de trazer nas paredes o *fascies* (plural de *fascis*: grupo de lanças envolvendo um machado, símbolo da autoridade do Magistrado romano) e que veio a ser adotado pelo regime imposto por Benito Mussolini aos italianos, apresenta no alto das paredes nada menos do que a tal cercadura grega (o destaque está no original), que mais não é do que uma série de suásticas (com a dobra do braço para a esquerda) ligadas umas às outras.

Concluindo, resta anotar que, ao definir o símbolo que nos levou a estas considerações, o dicionário de Webster afirma que a palavra *swastica*, em

sânscrito, significa nada menos do que bênção, boa sorte. Segundo o mesmo dicionário, enquanto símbolo religioso, os braços estão dobrados, em ângulo reto, no sentido anti-horário, ao contrário do que ocorre com o símbolo do nazismo, quando o sentido era aquele horário. O Larouse atribui à palavra o mesmo sentido, informando, porém, que a destrógira se identificaria com a evolução e a felicidade, ao passo que a sinistrógira se referiria à involução, símbolo considerado "nefasto e destrutivo".

Guénon discorda disso, afirmando que originalmente encontram-se ambas as formas: "não nos referimos aqui ao uso inteiramente artificial da suástica, em especial por certos grupos políticos alemães, que fizeram dela, com total arbitrariedade, um signo de anti-semitismo, a pretexto de que esse seria o emblema conveniente para a pretensa *raça ariana*, o que não passa de pura fantasia" (ob. cit., p. 58, nota 8).

OBSERVAÇÕES SOBRE A LEI DE REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO*

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Ministro do STJ

Antes de abordar o tema que me foi proposto — observações sobre a Lei n. 9.034, de 3.5.95 — não poderei deixar de tecer rápidas considerações sobre a Constituição brasileira em vigor e o papel político-social do juiz em sua interpretação e defesa, diante da legislação infraconstitucional, sobretudo a de natureza penal.

A primeira consideração a ser feita é quanto ao nosso constitucionalismo, que tem, pode-se dizer, “base” norte-americana.¹ Com a Proclamação de nossa República, em 1889, os constituintes de 1890² e 1891 procuraram “imitar”³ a matriz estadunidense, que serviu de

“espelho” para outros Estados latino-americanos, para a Suíça⁴ e, no pós-Segunda Guerra Mundial, para o Japão (“Constituição McArthur”)⁵ e outros Estados asiáticos. Já nossa legislação infraconstitucional, pelo menos até há alguns anos tinha fincas exclusivamente no direito continental europeu — o denominado genericamente de *civil law* pelos autores anglo-americanos.⁶ Com o passar do tempo, nosso constitucionalismo foi recebendo influências marcantes do constitucionalismo europeu continental. A Constituição de 1988, embora tenha mantido o “federalismo”, a “república” e “controle judicial” (já sem seu cariz original), todos de matriz americana, trouxe para seu seio muitos institutos e dispositivos de Estatutos constitucionais europeus, sobretudo da Constituição da República Portuguesa e da Lei Fundamental de Bonn.

* Palestra proferida a convite do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, na sede da Apamagis, S. Paulo, em 31.5.95.

1. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, 3.^a ed., tomo I, p. 210, observa, é certo, que “o constitucionalismo nasceu em Portugal e no Brasil ao mesmo tempo. Nasceu com a revolução de 1820, em consequência da qual se reuniram Cortes Constituintes, em que participaram Deputados eleitos pelas províncias brasileiras”.

2. O Decreto 510, de 22.6.1890, fazendo coro com o Decreto 1, de 15.11.89, outorgou nossa primeira Carta política republicana, publicando a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”.

3. Jorge Miranda, ob. cit., p. 142 e seg. Adhemar F. Maciel, Nossa primeira Constituição republicana à luz do direito comparado, Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, 1/93, p. 192.

4. Adhemar F. Maciel, ob. cit., p. 192.

5. Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1970, p. 224.

6. René David, Tratado de Derecho Civil Comparado, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, ao comparar o direito inglês e o norte-americano, ambos da mesma família, ressalta: “Estas diferencias presentan para nosotros un particular interés, porque nos muestran que el Derecho norteamericano evoluciona y que partiendo de las concepciones inglesas se aproxima poco a poco a las concepciones de la familia del Derecho francés”.

A segunda consideração diz respeito à interpretação e aplicação das normas infra-constitucionais. No Brasil, há uma tendência de alguns juízes, em parte por formação universitária deficiente e em parte pela lei de menor esforço, de não se preocuparem muito com os preceitos, normas, princípios e primados constitucionais. Interpretam as leis ou atos normativos como se não existisse uma Constituição que lhes é normativa e materialmente superior. O direito continental, que se calca sobretudo no dogma da “separação dos poderes”, seja na vertente de Montesquieu ou na vertente kantiana, não se preocupa com a “limitação do poder”, como acontece com o direito anglo-americano.⁷ Efetivamente, na época do surgimento e afirmação do Estado Liberal de Direito tocava sobretudo ao Parlamento defender o cidadão do arbítrio do executivo. Hoje esse papel é mais diminuto e a defesa (controle) tende a se deslocar para o judiciário.⁸

Outra observação a ser ressaltada é quanto à Constituição de 1988, que mais do que todas as Cartas e Constituições brasileiras anteriores, é “dirigente” (*dirigierende Verfassung*)⁹ e “programá-

tica” (*programmatische Verfassung*). Ela almeja “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3.º, I),¹⁰ erradicando “a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (id., III). Em outras palavras, um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa é oferecer “diretivas modeladoras” para a própria Sociedade, acenando com a intervenção do poder público na “ordem econômica”, “financeira”, “cultural” e “ambiental”. A nossa Constituição, deliberadamente, se afastou do “modelo clássico”, que se limitava a estruturar e a dar competência aos órgãos do poder e sobretudo a garantir os direitos fundamentais.¹¹ Com isso, é fato, a Constituição não deixa de perder parte de sua força normativa e trazer insegurança.¹² Ainda que se corram tais riscos,

“Aqui, ela é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática” (p. 224).

10. Nítida foi a influência do art. 1.º da Constituição da República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e popular e empenhada na construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*”.

11. J. J. Gomes Canotilho, e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, Editora Coimbra, 1991, p. 43, observam que “...está em crise a concepção clássica de Constituição que restringe a sua função à limitação do poder e à garantia das liberdades políticas. O texto constitucional não pode nem deve ser considerado simples estatuto jurídico de repartição do poder do Estado e de garantia dos direitos e liberdades. A força normativa da Constituição expande-se até aos terrenos da ordem econômica e social”.

12. Ressalta Celso R. Bastos: “.. há uma — como que — resistência à obediência da Constituição, por disciplinar ela principalmente o fenômeno político, difícil de ser enquadrado dentro de parâmetros jurídicos. Suas sanções nem sempre são passíveis de serem aplicadas

7. Cf. Nicola Matteucci, Dicionário de Política, Ed. Universidade de Brasília, p. 256. A observação embora feita diretamente quanto ao direito italiano, vale universalmente.

8. Famoso se tornou o “Paper” n. 78 do “Federalista”, onde Hamilton diz que o judiciário é o mais fraco dos três poderes da República, pois não tem a espada do executivo ou a bolsa do legislativo. Hoje, como mostra Harry H. Wellington, há uma preocupação de evitar-se que o judiciário, que não é escolhido ou controlado pelo povo, se torne *the most dangerous* através do exercício de seu *judicial review* (Interpreting the Constitution — the Supreme Court and the process of adjudication, Yale University Press. 1990, p. 49).

9. J. J. Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra Editora, 1982, se afasta do conceito de “constituição dirigente” de Lerche, ampliando-o:

não se admite mais a “indiferença constitucional”, voltada quase só para o Estado e divorciada da Sociedade para a qual ela é feita e procura aprimorar, diminuindo os gritantes desníveis sociais e econômicos.¹³ Hoje, se há preceitos impositivos na Constituição, vinculando materialmente o próprio legislador ordinário, também o judiciário deve cumprir seu papel na “atualização constitucional” (*Verfassungsaktualisierung*), interpretando as leis ordinárias tal qual preceituado na própria Constituição.¹⁴ Quem ler atentamente a Constituição brasileira verificará que o constituinte de 1988, além de ter ampliado os direitos fundamentais em relação aos Estatutos constitucionais anteriores, trouxe também muita inovação no tocante aos denominados “direitos sociais” (art. 6.º e s.).

Os Códigos Penal e Processual Penal brasileiros, que foram promulgados sob o pálio de outra ordem político-jurídica, não podem, à evidência, ser mais interpretados tal como há cinquenta, vinte ou dez anos atrás. Na área penal, a Cons-

tituição, hoje, tem suas vistas voltadas também para a macrocriminalidade, para o crime organizado, para os delitos praticados contra a ordem econômica, social, financeira, popular e contra o meio ambiente. Hoje, para a estranheza dos ortodoxos, a Constituição fala até em “responsabilidade penal de pessoa jurídica” (art. 173, § 5.º, e art. 225, § 3.º). Como se sabe, a eventual punição penal de um *straw man*, de um testa-de-ferro de uma empresa, sempre deixa de fora a direção colegiada da pessoa jurídica.¹⁵ De acordo com o inciso IX do art. 93 da Constituição, uma das garantias fundamentais do cidadão está na exigência da fundamentação de “todas as decisões” do judiciário.¹⁶ Com isso, a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem, de modo reiterado, anulado prisões preventivas ou mesmo prisões decretadas no bojo da sentença condenatória sem a necessária justificação formal e material. Não basta, em nosso entender, a invocação puramente vaga, sem ressonância fática, de um ou mais requisitos do art. 312 do CPP. É preciso mais. É preciso que se demonstre a necessidade de se ficar preso, seja pelo flagrante feito, seja pela preventiva ou pela sentença de pronúncia ou mesmo pela condenatória. Hoje, pela conjugação dos princípios da “dignidade humana” (CF, art. 1.º, I),¹⁷ da

por envolverem, muitas vezes, os próprios poderes do Estado” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso R. Bastos e Ives G. Martins, Saraiva 1988, 1.º vol., p. 389 e s.).

13. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 4.ª ed., p. 81, observa, com propriedade e acerto: “Não restam dúvidas que a estrutura programática de uma constituição, onde por vezes avultam pedaços de utopia concreta, implica sérios riscos, o principal dos quais é o do esvaziamento da sua força normativa perante a dinâmica social e política. Todavia, o processo e a forma só têm sentido, num Estado Democrático, quando relacionados com um certo conteúdo. Daí que uma lei fundamental não possa ser completamente asséptica sob o ponto de vista substantivo”.

14. Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 318: “A tarefa de actualização das imposições não é uma tarefa apenas legislativa, mas uma tarefa que incumbe a todos os órgãos constitucionalmente responsáveis pela aplicação da lei fundamental”.

15. Márcia Dometila Lima de Carvalho, *Fundamentação constitucional do direito penal*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p. 129.

16. Nossa Constituição foi mais radical do que a Constituição lusa, sua fonte inspiradora, que dispõe no art. 208.º, 1: “As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei”.

17. Este dispositivo foi inspirado no art. 1.º da Constituição da República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...”, que, por seu turno, partiu do art. 1.º da Lei Fundamental de Bonn: “1) A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obriga-

“presunção de inocência” (ibid., art. 5.º, LVII),¹⁸ da “liberdade provisória” (ibid., art. 5.º, LXVI) e da “fundamentação das decisões judiciais” (ibid., art. 93, IX)¹⁹ — todos inscritos no pórtico dos direitos fundamentais pela Constituição e tratados internacionais²⁰ — firmou-se o en-

ção de todo o poder público”. Como mostram Hans D. Jarass, e Bodo Pieroth, a “proteção da dignidade humana” figura logo no primeiro artigo da Lei Fundamental de Bonn para ressaltar que, em importância, “primeiro vem o homem e depois, então, o Estado” (*...zuerst der Mensch kommt und dann erst der Staat...*). Tal cláusula constitucional, por outro lado, foi inserta em razão dos crimes praticados na época do Estado nacional-socialista (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland — Kommentar*, München C. H. Beck, 1992, 2. Auflage, p. 27). Manuel García-Pelayo, observa que *tuvo que venir el nazismo para que una constitución europea, la de Bonn, tenga que afirmar, em su artículo 2.º, el derecho de toda persona a la integridad corporal* (*Derecho Constitucional Comparado*, Rev. de Occidente, Madrid, 2.ª ed., p. 140).

18. A base desta cláusula está no art. 32.º, 2, da Constituição portuguesa: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. A Constituição italiana diz sinteticamente em seu art. 27 que “o imputado não é considerado réu até a condenação definitiva”.

19. Ver a nota n. 16.

20. O § 2.º do art. 5.º de nossa Constituição ressalva expressamente os direitos e garantias trazidos para a ordem interna através de “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Dentre outros direitos fundamentais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como “Pacto S. José da Costa Rica”, aprovada pelo Decreto Legislativo 27/92, e o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo 226/91 e com obrigação internacional a contar de 24.4.92, também tratam do “princípio da presunção de inocência”. Tal princípio, como se vê, seja pela via direta da Constituição, seja pela via da legislação ordinária, já se acha incorporado em nossa ordem jurídica.

tendimento de que “ficar solto” é a regra geral e “ficar preso antes da condenação irrecorrível”, a regra excepcional.

II — O Diário Oficial do 4 do corrente mês publicou a Lei 9.034, de 3 de maio, que tem como rubrica “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

Em 1989, o Deputado Miro Teixeira, do PDT-RJ, após pesquisa na legislação de alguns países da América Latina, dos Estados Unidos, Itália e França, pediu fosse constituída uma subcomissão para “produzir normas de combate ao crime organizado”, que “submete populações ao medo, produz irrecuperáveis prejuízos às instituições e à economia do País”. O relator, Deputado Micher Temer, também havia apresentado um projeto sobre o crime organizado. O projeto foi enviado pela Câmara ao Senado Federal. Fez-se um substitutivo na Câmara Alta, quando se introduziu a modificação do art. 288 do CP. Essa modificação foi recusada pela Câmara Baixa, que tinha exatamente procurado evitar alterações no Código Penal. O relator para a redação final (PL 3516-D/1989) foi o Dep. Nilson Gibson. A sanção presidencial se fez com veto. Foi vetado o inciso I do art. 2.º, que previa a “infiltração policial” como meio de prevenção e repressão do crime organizado.

III — Quero começar minhas despreten-siosas considerações sobre a Lei do Crime Organizado com um lembrete de Pontes de Miranda, no sentido de que a primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. “Com a antipatia não se interpreta, ataca-se”.²¹

Pela rubrica da lei, somos levados a pensar que ela lida só com normas processuais. Tal não se dá. Há normas nitidamente substantivas, como a do art. 6.º, que fala em redução de um terço a

21. Prólogo aos Comentários à Constituição de 1946, 4.ª ed., Borsoi, 1963.

dois terços da pena para o agente que colaborar espontaneamente para o “esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Nos Estados Unidos não é infrequente a utilização dos institutos do *plea bargaining* e do *plea guilty*, quando o indiciado ou réu confessa o crime com o fim de pegar pena menor. Também o art. 7.º abriga matéria penal substantiva, pois proíbe a concessão de “liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham, tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”. O mesmo se pode dizer do art. 10, que dispõe sobre o regime prisional (neste caso poder-se-ia falar em “norma processual de efeito material”).

A Lei 9.034/95 não define, no que faz bem, o que seja uma “organização criminosa”, afinal não se trata de figura típica. O conceito de “organização criminosa” deve ficar, assim, por conta da doutrina e jurisprudência. Essa “organização criminosa” seria só aquela do art. 288 do CPP, formada por três ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para cometer crimes, perturbando a paz pública? Alcança também a associação de “duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13” da Lei de Tóxicos?

Embora a lei não esclareça, seu objetivo é a grande criminalidade, e não as “quadrilhas de bagatela”. O número de associados me parece indiferente, não obstante o próprio artigo 1.º falar em “ações de quadrilha ou bando”. Mas, na prática é impensável um “crime organizado” com pouca gente. O fato é que toda a exegese legal deve ser feita no combate das grandes organizações criminosas, evidentemente sem ofensas aos direitos fundamentais. Para o combate às pequenas, a denominada “criminalidade tradicional ou clássica”, a legislação anteriormente existente já é bastante. A Polícia, o Ministério Público e o próprio Judiciário podem não estar aparelhados,

o que é outra coisa. Mas os Códigos e a legislação extravagante já nos oferecem instrumentos suficientes para seu combate. A própria Constituição já nos dá elementos para tratar diferentemente os agentes da microcriminalidade daqueles da macrocriminalidade. Ela mesma oferece ao juiz meios para a “atualização” de seus preceitos ao interpretar a lei infraconstitucional. No art. 5.º, inc. XLIII, por exemplo, a Constituição estabelece “imposições” para os três poderes políticos. Diz que a “prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” terão tratamento mais severo, não admitindo fiança, graça e anistia. Tudo isso nos autoriza a dizer que a Lei 9.034/95 não foi feita para os pequenos crimes, mesmo que eles abriguem quadrilheiros. Foi feita para os grandes crimes, ainda que seus agentes possam eventualmente não formar uma quadrilha na acepção do art. 288 do CP.²²

O inciso II do art. 2.º (o inciso I, como se disse, foi vetado) cuida da denominada “ação controlada”. O legislador conceitua o que seja a “ação controlada” por parte da polícia: “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado”. Trata-se de uma exceção à regra geral do art. 301 do CPP, que faculta a “qualquer do povo” e obriga “as autoridades policiais e seus agentes” a prenderem quem “seja encontrado em flagrante delito”. Tal expediente cai no campo da conveniência e da oportunidade da autoridade que investiga. É expediente usado, há muito, pela polícia.

22. Geraldo Prado e William Douglas, observam que “outro ponto a ser focado refere-se a que a lei não limita seu alcance à investigação das quadrilhas ou bandos, prescrevendo, como não poderia deixar de ser, o mesmo tratamento para os crimes que resultarem das ações associadas” (Comentários à Lei contra o Crime Organizado, Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 45).

Há pouco tempo, fui relator de um *habeas-corpus* do Estado do Pará. A Polícia Federal já estava seguindo os passos de sócios de uma empresa que exportava pimenta para a França. No meio das sacas, enfiavam-se pacotes com cocaína. A polícia seguiu todas as operações do infratores, desde o acondicionamento da carga. Só quando a mercadoria já estava no porto, é que os policiais resolveram abrir o contêiner e examinar a carga. Prenderam, fora do local e em lugares diversos, um por um dos sócios da empresa. A 6.^a Turma entendeu que nesse caso a prisão se fez em flagrante. Tratava-se de um “crime permanente”. À evidência, numa exegese fria de “crime clássico”, o “flagrante” seria, como salta aos olhos, de duvidosa legalidade.

O inciso III do art. 2.^o cura do “acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”. Este dispositivo está atado ao art. 3.^o, que rompe com toda nossa sistemática atual, com reflexos de inconstitucionalidade, pois permite ao juiz colher provas e, mais tarde, se for o caso, julgar. Essa atividade coletora de provas do juiz, creio, viola a cláusula do *due process of law*. Viola, porque compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade. E a imparcialidade, como sabemos, é virtude exigida de todo e qualquer magistrado. Todo juiz, como *homo judicans*, tem, certamente, de tomar partido para poder decidir.²³ É da natureza do juízo lógico. Mas, o que o juiz não pode ter idéias preconcebidas contra os sujeitos da relação jurídico-processual, pois isso desequilibraria fatalmente a balança da justiça. E coletando provas, não paira dúvida, ele será fatalmente influenciado. Talvez valesse para um

“juiz preparador”, nunca para um “juiz julgador”. Ademais, o “princípio da ação”, do *ne procedat iudex ex officio*, impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício.²⁴ Esse não é o papel institucional e constitucional reservado ao magistrado.²⁵ Como se sabe, no Brasil não existe, como na França, o “processo penal misto” com três fases nítidas: a) investigação preliminar perante a polícia judiciária; b) a instrução preparatória e c) o julgamento.²⁶ Nosso sistema, muito mais aperfeiçoado e democrático, afasta o juiz de qualquer campo que possa comprometê-lo na imparcialidade do julgamento.

Se não bastasse o papel de policial dado ao juiz, ele e o sobrejuiz, no caso de recurso, ainda se tornam “guardiães particulares de documentos sigilosos” (art. 3.^o, §§ 3.^o e 5.^o).

24. “Tanto para o processo penal como para o civil, a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba se ligando psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. E assim, a idéia de que *tout juge est procureur général* acabou por desacreditar-se, dando margem hoje ao processo de ação que, no processo penal, corresponde ao processo acusatório” (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, Teoria Geral do Processo, RT, S. Paulo, 1975, p. 27 e s.).

25. Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr., juiz da 2.^a Vara Criminal da Comarca de S. Paulo, em artigo publicado na Tribuna da Magistratura n. 61, frisa que “Constitui um grande equívoco envolver o juiz e o Judiciário na atividade repressiva...” “A verdadeira função da justiça criminal é tornar efetivo o princípio do devido processo legal, nada mais que isto”.

26. Antônio Carlos de Araújo Cintra, *et al*, ob. cit., p. 28.

23. Sobre o tema, consulte Francesco Carnelutti, *Derecho y proceso*, Ed. Jur. Europa-América, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, p. 84.

O art. 2.º, inciso III, como se falou, permite, em qualquer fase da persecução criminal, “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”.

A grande dificuldade desse dispositivo está em se saber se ele afeta ou não o inciso XII do art. 5.º da Constituição, que ampliou o princípio do “segredo das cartas”, que em nosso direito positivo constitucional vem desde o Estatuto político de 1824 (art. 179,27).

O art. 5.º diz:

“XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Se se entender que a expressão “dados” abarca o “sigilo bancário”, então não se terá dúvida que o dispositivo legal padece de inconstitucionalidade.²⁸

A cláusula constitucional, supratranscrita, não resiste a uma análise crítica. Ontologicamente, não faz sentido permitir escuta telefônica e não permitir violação de correspondência, comunicações telegráficas (incluindo aí via *telex*, *fax* e o que mais for surgindo). No fundo o que se quer proteger, como já ensinava Pontes de Miranda em seus “Comentários à Constituição de 1946”, é a “liberdade de não emitir pensamento”. O cidadão tem direito ao segredo de suas comunicações seja por que meio for. Todavia, numa

interpretação mais ampla, consentânea com o “princípio da proporcionalidade” (equilíbrio entre o individual e o social), poder-se-ia chegar ao entendimento de que o termo “dados” se refere a anotações pessoais, como, por exemplo, diário, gravações de pensamentos e idéias, imagens etc. Celso Ribeiro Bastos, a propósito, anota: “Uma inovação da Constituição foi estender a inviolabilidade aos dados. De logo faz-se mister tecer críticas à impropriedade desta linguagem. A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações seriam invioláveis, uma vez que versam sempre sobre dados. Mas pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para comunicação de dados contábeis”.²⁹

O art. 4.º, penso, só pode ser entendido como “regra-programa” para a estruturação e equipamento de órgãos da Polícia Federal. O legislador utiliza-se da expressão “polícia judiciária”, repetindo o linguajar do art. 4.º do CPP. Se se entender que esse dispositivo também se destina às unidades federadas, poder-se-ia tachar a lei de estar-se intrometendo em seara reservada ao Estado-Membro. Cada Estado é que vai, dentro de suas possibilidades e à sua maneira, organizar sua polícia civil para melhor combater o crime organizado.

O art. 5.º permite a identificação mesmo de quem já é civilmente identificado. Tenho para mim que tal dispositivo não briga com o inciso LVIII do art. 5.º da Constituição, que ressalva as “hipóteses previstas em lei”.³⁰ A Constituição tem, como já se ressaltou bem mais acima, grande preocupação com a macrocrimi-

27. No fundo esta garantia é desmembramento da velha parêmia inglesa *Every man's house is his castle* que, na versão de Madison, gerou a Emenda IV da Constituição dos Estados Unidos (Cf. *The Constitution of the United States of America — Analysis and Interpretation*, Johnny H. Killian, editor, Washington, 1987, p. 1.155 e s.).

28. Ver posição doutrinária de Ives Gandra Martins em entrevista dada à “Tribuna da Magistratura”, Ano VII, n. 61, p. 11.

29. Ob. cit., p. 73.

30. Em sentido contrário, Geraldo Prado e William Douglas, ob. cit., p. 75.

nalidade. Daí, penso, a possibilidade dessa interpretação harmônica.

O art. 6.º, como se falou acima, lembra institutos do direito anglo-americano do *plea bargaining* e *plea guilty*. Seu alcance é bem maior do que “arrependimento posterior” do art. 16 do CP. Desde que o agente criminoso ajude a esclarecer, de modo espontâneo, a organização criminosa, tem direito subjetivo de ver sua pena reduzida.

O art. 7.º, creio, contraria os princípios constitucionais bem mais acima considerados, pois impede o juiz de examinar, no caso concreto, da conveniência ou não da liberdade provisória. O mesmo se pode dizer quanto ao art. 9.º, que fala que “o réu não poderá apelar em liberdade, nos casos previstos nesta Lei”. A 6.ª Turma do STJ tem entendido, de modo reiterado, que mesmo no caso de crime de tráfico de drogas (art. 35) ou de crime hediondo, o juiz, para manter custodiado o indiciado ou réu, terá que fundamentar sua decisão em qualquer hipótese.³¹ Não basta invocar secamente o artigo de lei.

O art. 8.º diz que “o prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta Lei, será de cento e oitenta dias”. O prazo, ainda que máximo, pode encorajar muito juiz a largar o indiciado mofando na cadeia por meio ano. Tal autorização legal não deixa, no fundo, de contrariar as regras do processo penal rápido, já incorporadas ao nosso direito positivo através de tratados internacionais.

No relativo ao início do regime prisional, que é o fechado, entendo que, embora possa parecer ilogismo, no nosso sistema, também cabe ao legislador estabelecer lindes para a individualização da pena, podendo, em consequência, fixar o regime prisional inicial. O inciso XLVI do art. 5.º da Constituição, ademais, diz que “a lei regulará a individualização da pena...” Esse tem sido o entendimento do STJ³² e do STF.³³ Alguns doutrinadores, dentre eles Luiz Vicente Cernicchiaro³⁴ e Alberto Silva Franco,³⁵ têm entendimento diferente, com excelentes argumentos.

31. Alberto da Silva Franco, Crimes Hediondos, RT, 3.ª ed., p. 187 e s.

32. REsp n. 45.973, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 30.5.94, p. 13.502; REsp n. 10.678, rel. Min. Édson Vidigal, DJU de 30.3.92, p. 10.678; REsp n. 48.860, relator Min. Adhemar Maciel; REsp n. 52.168, rel. Min. Anselmo Santiago; REsp n. 38.862, rel. José Cândido de Carvalho Filho.

33. HC n. 69.603-SP, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 23.4.93, p. 6.922; HC n. 69.657-SP (decisão plenária), rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 18.6.93, p. 12.111; HC n. 70.296-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 24.9.93, p. 19.576.

34. Direito Penal na Constituição, RT, 2.ª ed., p. 134 (livro escrito em parceria com Paulo José da Costa Jr.).

35. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 4.ª ed., p. 239 (livro escrito em parceria com José Silva Jr., Luiz Carlos Betanho, Rui Stoco, Sebastião Oscar Feltrin, Vicente Celso da Rocha Guastini, Wilson Ninno).

REFORMA PENAL E NOVA CRIMINALIDADE*

CARLOS ALBERTO DE SALLES

Promotor de Justiça em São Paulo, Mestre
e doutorando pela USP em Direito Processual

Existe hoje um sentimento generalizado apontando para a ineficácia do sistema penal brasileiro.¹ Para além do recorrente tema impunidade, está colocada a percepção de grande parte da população de que o sistema só funciona para alguns. A sanção criminal, destituída de seu atributo de generalidade, passa à condição de instrumento de opressão, destinado a proteger apenas alguns interesses socialmente localizados em detrimento outros. O direito penal, afastado do princípio de equidade que o deveria orientar, inviabiliza-se enquanto instrumento de justiça e perde assim toda sua condição de efetividade.²

* O presente trabalho é versão adaptada e atualizada de estudo preliminar que foi apresentado pelo autor, em julho de 1993, como preâmbulo das propostas que encaminhou, na condição de integrante ao Grupo de Trabalho instituído pela Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, sob a presidência do Dr. Damásio Evangelista de Jesus, para elaboração de propostas para a reforma da parte especial do Código Penal no tocante a crimes contra as relações de consumo. Referido Grupo foi criado pela Resolução SJDJ-10, de 3.3.93, da Secretaria de Estado mencionada.

1. A referência a Sistema Penal quer indicar não apenas o direito penal enquanto ordem sancionatória, mas também a investigação criminal, o processo penal e execução das penas, compreendendo todo o arco de atividades que compõem a persecução criminal. Sobre a metodologia do estudo e a crítica das abordagens tradicionais, vide Giorgio Rebuffa, "La Crisis de los Modelos Descriptivos del Derecho

A solução desta ordem de problemas está a exigir uma ampla revisão em todo nosso sistema penal, de forma a atender reclamos sempre presentes por parte, não só dos operadores do direito, mas, principalmente, da população, que vive um cotidiano sobressaltado pela violência. Esta Reforma Penal³ cuja necessidade se coloca como consensual, deve, entretanto, estar voltada ao objetivo de recuperar a eficácia das normas de direito penal.

Primeiramente, para que qualquer norma obtenha um mínimo de eficácia, é preciso que tenha como referencial a realidade sócio-econômica para a qual se dirige. A normatização ou a revisão normativa, neste sentido deve ter em vista as dificuldades e problemas estruturais

Publico", in *El Derecho e sus Realidades*, Roberto Bergalli (org.), Barcelona: PPU, 1988, pp. 319-334.

2. Sobre a retomada da justiça como temática central ao direito vide Alvaro de Vita, *Justiça Liberal: Argumentos Liberais contra o Neoliberalismo*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993; também Rolf Kuntz, *A Redescoberta da Igualdade como Condição de Justiça*, in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, José Eduardo de Faria (org.), S. Paulo, Malheiros, 1994, pp. 144-155.

3. Reforma Penal aqui é utilizada em sentido amplo, de maneira a indicar as cogitadas mudanças do Código Penal e, também, todas aquelas mudanças necessárias nos instrumentos processuais e no sistema de execução de penas. Pretende-se apontar para a necessidade de alterações profundas em toda a sistemática de responsabilização penal.

relativos à sua aplicação. A regulamentação legal dos fenômenos humanos deve ter em vista a implementação da lei, ou seja, como se dará, concretamente, sua aplicação,⁴ circunstância que não tem sido objeto de preocupação freqüente de nossos legisladores.

Dai porque, qualquer proposta de reforma legal, deve responder à questão de como será obtida sua eficácia face ao contexto político, social e econômico no qual se insere. "A implementação está para a regulamentação como as mãos e os pés estão para o corpo",⁵ sendo essencial que não se proponham novas leis fadadas a não pegar, como tantas já existentes em nosso ordenamento.

Sendo assim, qualquer alteração das leis penais e processuais penais devem enfrentar, inicialmente, questões de fundo de nosso sistema penal, tendo como ponto de partida um diagnóstico o mais completo possível da situação atual e das causas de sua ineficiência. Mais do que uma sistematização, dando cara nova a velhos problemas legislativos, fundamental que se proponham soluções. Estas, de sua feita, só podem ser encontradas nos problemas que estão na base dos mecanismos jurídicos de repressão criminal.

A impunidade, colocada de forma emblemática pela opinião pública, dá a exata medida da crise enfrentada por nosso sistema penal.⁶ A impunidade tra-

duz, em outras palavras, a crise de eficácia do sistema penal. Esta crise tem raízes profundas em nosso sistema. O aparelho repressivo do Estado está assentado sobre bases equivocadas e vive hoje uma inteira disfuncionalidade.⁷

A repressão criminal só atinge determinados extratos sociais. A sanção penal é aplicada apenas àqueles que não têm recurso para operar com a disfuncionalidade do aparelho estatal. Sob determinadas condições, relativas à manipulação dos mecanismos processuais e dos próprios órgãos de investigação, é possível adiar ou inviabilizar a ação do aparelho judiciário do Estado.

Desta forma, não apenas os segmentos mais abastados da sociedade, mas a criminalidade organizada consegue com facilidade neutralizar os mecanismos de repressão criminal; seja pela macrocriminalidade econômica, que opera com poderosos instrumentos de dissimulação e de pulverização de responsabilidades, seja pelo chamado crime organizado, que opera com a falência do monopólio da violência pelo Estado, estabelecendo áreas de influência pela força e pela "cooptação" de autoridades. Por estes meios conseguem obter liberdade de atuação em determinados setores ou regiões, como no tráfico de entorpecentes, no jogo ilegal, na venda cartelizada de produtos ou serviços, nas fraudes contra o patrimônio público, entre outros.

A consequência desta neutralização é, de um lado, a rapina sistemática do erário público e a intangibilidade dos crimes praticados a partir de organizações empresariais. De outro, a consequência é

4. Vide Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *A Implementação da Legislação Ambiental: O Papel de Ministério Público*, in Anais do 9.º Encontro Nacional do Ministério Público, Salvador, 1992, pp. 369-388.

5. Idem, ibidem, p. 371.

6. Cabe a advertência de que o termo crise há de ser entendido como constatação dos aspectos disfuncionais do sistema penal, distanciado de qualquer carga emocional ou retórica com a qual usualmente vem sendo usado na discussão da matéria. Útil a advertência de Claus Offe, "A Ingovernabilidade": Sobre o Renascimento das Teorias Conservadoras da Crise, in *Problemas Estruturais do*

Estado Capitalista, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984, pp. 236-260, sobre a apropriação ideológica do conceito de crise, utilizado de forma conservadora.

7. Sobre análise funcional do direito vide Manuel Atienza, *Las Funciones del Derecho*, in *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova, 1985, pp. 53-61.

a submissão dos órgãos de repressão aos grupos organizados, permitindo, por exemplo, o controle de áreas urbanas pelo tráfico de drogas ou as fugas “inexplicadas” do sistema carcerário.

Decorrem de fatos como esses o inteiro descrédito de nosso sistema repressivo. O político cujo patrimônio pessoal não se justifica por suas rendas legais e o traficante que dita ordens em uma favela, são duas faces de uma mesma moeda: a falência de nosso sistema criminal.

Aquilo que, de maneira geral, hoje se chama por impunidade não é apenas um estímulo à delinquência, mas, como as práticas mais organizadas conseguem escapar mais facilmente dos órgãos de repressão, servem para motivar o crime organizado, a macrocriminalidade, para impulsionar a sofisticação da violência. A criminalidade deixa de ser um conjunto de condutas isoladas, para ganhar características de prática rotineira, permanente. O crime ganha feições de verdadeira empresa.

Na verdade, a par das inúmeras mudanças sofridas pela sociedade em tempos recentes e como decorrências diretas dessas mudanças, verifica-se o aparecimento de uma nova criminalidade, caracterizada pela utilização de métodos de ação e organização inteiramente diversos daqueles que foram objeto da preocupação dos legisladores dos diplomas legais que versam sobre a matéria.⁸ Este tipo de criminalidade se instrumentaliza a partir de novas modalidades de atuação, valendo-se de ações pautadas, ao mesmo tempo, em estratégias de dissimulação e de pulverização. Por outro lado, essa criminalidade não convencional é significativa de uma violência diferenciada, que passa a afetar a um número muito maior de pessoas ou a interesses nitidamente coletivos ou de ordem geral.

8. Vale lembrar, o Código Penal é de 7.12.1940, o de Processo Penal é de 3.10.1941.

A principal consequência do embate do sistema criminal com esta nova criminalidade, está na perda do caráter preventivo da repressão estatal. Visto que o sistema não pode se impor exclusivamente pela força, uma vez que inalcançável universalidade da sanção penal, não podendo o Estado atingir a totalidade das condutas contrárias ao ordenamento, impõe-se a necessidade da pena ter um caráter exemplar, ou seja, de servir como desestímulo para a prática do crime.⁹

Cabe ao sistema penal transmitir em nível do real a mensagem de que “o crime não compensa”, da mesma forma os heróis daquele velho seriado policial da televisão. Mais do que no imaginário infantil, esta mensagem deve estar presente no senso comum da população. Da ineficácia do sistema criminal, resulta o enfraquecimento do desestímulo à prática de condutas contrárias ao sistema. A quebra desta função simbólica do sistema repressivo,¹⁰ notadamente em um quadro social degradado pela miséria e pelas desigualdades sociais, acaba por alimentar a própria criminalidade em um círculo vicioso.

Neste quadro, sob a pressão de uma violência crescente, a reação instintiva de parcela da população é se exigir um recrudescimento das sanções penais, com o aumento das condutas sancionadas e com o agravamento das penas, como se estas medidas fossem capazes de recupe-

9. Assim, aliás, desde Beccaria: “Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime”: Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, S. Paulo, Hemus, 1983, p. 43. Vide, também, o § XLI, pp. 92-97.

10. Sobre violência simbólica e efetividade do sistema vide José Eduardo de Faria, “Técnicas de Encorajamento e Praxis Política, in *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 114-126.

rar o caráter preventivo do sistema.¹¹ Pensa-se que, aumentando a severidade da lei penal, inclusive com a introdução da pena de morte, aumenta-se o poder intimidatório do sistema e, com isso, recupera-se sua eficiência.

Ocorre que a ineficácia do sistema não se situa na dosagem das penas, mas na incapacidade de aplicá-las, sejam elas quais forem. De nada adianta aumentar a gravidade das penas se não for recuperada a capacidade de executá-las adequadamente. Não se percebe que o problema está situado na incapacidade do aparato repressivo do Estado dar uma resposta eficiente ao problema da criminalidade, notadamente pela inoperância dos instrumentos legais em face à uma realidade complexa e distante daquela que foi objeto das regulamentações legais do início do século.

Tome-se por exemplo a disciplina legal das relações de consumo. Esta surge da necessidade do ordenamento jurídico dar respostas à sociedade de massa. Na já paradigmática exposição de Mauro Cappelletti, "a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais".¹²

11. Também conforme Beccaria, op. cit., "quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes para fugir à pena que mereceu pelo primeiro" (p. 43). Ainda: "Se são proibidos aos cidadãos muitos atos indiferentes, não tendo esses atos nada de prejudicial, não se previnem os delitos. (...) Desejais prevenir crimes? Fazei leis simples e evidentes" (pp. 92-93).

12. Mauro Cappelletti, *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, in Revista de Processo, n. 5, jan./mar./1977, p. 130.

Tratando-se de matéria relativa a consumo esta massificação das relações é constatação elementar. A sociedade de consumo (mass consumption society ou Konsumgesellschaft) é marcada exatamente pela impessoalidade das relações, pela pulverização das responsabilidades e pela vulnerabilidade do consumidor.¹³

Antigamente, a relação entre fornecedor e consumidor era direta, baseada em um conhecimento pessoal mútuo e em razoável poder de barganha de parte a parte. Neste sentido, a relação possuía um perfil mais estável e equilibrado, permitindo, por assim dizer, mecanismos de autotutela mais eficientes, dispensando a intervenção estatal.¹⁴

Em matéria cível o ordenamento jurídico conseguiu, notadamente pelas leis 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dar respostas bastante concretas aos problemas decorrentes deste processo de massificação das relações. Mecanismos legais de ordem material e processual, integrados de forma razoavelmente harmônica, permitem um equacionamento bastante eficaz dos problemas emergentes da sociedade de consumo.

Em matéria criminal, talvez pela própria falência geral do sistema, não se conseguiu dar uma resposta efetiva aos problemas característicos de uma sociedade de massa.

Os instrumentos jurídicos prosseguem os mesmos que serviam a uma ordem

13. Neste sentido vide José Reinaldo de Lima Lopes, *A Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, S. Paulo, RT, 1992, em especial Capítulo 2, no qual o autor salienta: "O consumidor perdeu — enquanto indivíduo isolado — todas as chances de impor também suas condições" (p. 44).

14. A este propósito vide a introdução de Ada Pellegrini Grinover e de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense, em especial pp. 7-8.

social e jurídica profundamente diversa. Isto gera, sem dúvida, um descompasso entre os mecanismos jurídicos e a realidade sobre a qual atuam. Enquanto estes seguem fundados em critérios estritos de pessoalidade, em tipos penais fechados e em sanções corporais, as relações sociais são crescentemente impessoais e complexas.

Da mesma forma, fatos lesivos ao interesse geral da sociedade, que são tipificados como crime ou que, de alguma forma, fere a este interesse, não podem mais ser equacionados apenas pela aferição da lesão a interesses individuais. Fatos desta natureza configuram verdadeiros delitos de massa, afetando interesses e valores que transcendem à esfera individual. O sistema penal precisa proteger valores que são essencialmente transindividuais. Assim, por exemplo, a livre concorrência e o equilíbrio das relações de consumo, são valores que não dizem respeito ao empresário ou ao consumidor lesado individualmente, mas ao próprio funcionamento do mercado e à preservação de seus mecanismos fundamentais.

Os instrumentos legais, não conseguindo equacionar os problemas que são próprios das relações sociais e econômicas da atualidade, acentuam a crise de funcionalidade da qual já se falou. Daí porque as demandas sociais de atuação dos mecanismos repressivos do Estado e de um serviço jurisdicional eficiente, permaneçam sem respostas. Recoloca-se, então, a questão da impunidade, que surge como topos indicativos de um sistema que não está conseguindo cumprir suas funções de maneira adequada.

Torna-se bastante difícil, por um lado, a definição da responsabilidade criminal, em uma realidade em que as relações de consumo e econômicas em geral são impessoais e que as condutas são decididas a partir de mecanismos empresariais de grande complexidade. Por outro, a sanção penal perde inteiramente

sua eficácia, uma vez que dificilmente atinge a quem efetivamente deu causa ao fato lesivo, ou seja, quem detém a última instância do poder decisório em uma organização de moldes empresariais.

Decorre daí que, quando alguma responsabilidade consegue ser definida, ela acaba recaindo sobre os elos mais fracos das cadeias de responsabilidades de um determinado sistema organizacional. Assim, por exemplo, a exposição à venda de produto deteriorado (art. 7.º, inc. IX, da Lei 8.137, combinado com o art. 18, § 6.º, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor), termina por ser imputada ao encarregado de loja da rede de supermercado. A sanção penal não atinge o responsável pela causa primeira do fato reputado como crime, ou seja, quem definiu as políticas de produção, a rotina de trabalho, o padrão das mercadorias comercializadas, o sistema de controle de qualidade, etc. Aquele que efetivamente detém o poder decisório em uma empresa acaba por se colocar a salvo de uma imputação penal, sem qualquer responsabilização.

Desta forma, a reprimenda não atinge o efetivo causador do dano, o responsável pela causa eficiente ao fato tipificado como crime. O detentor do poder decisório de uma grande empresa, por exemplo, se preserva, escondido atrás de uma rede burocrática de atribuição de responsabilidades funcionais. Nesta mesma medida, a sanção penal acaba por não produzir nenhum efeito sobre o detentor das decisões fundamentais, nas quais se encontram as origens das condutas criminalizadas pelo sistema.

Sob este enfoque, observa-se um novo aspecto da disfuncionalidade do sistema criminal. Não conseguindo abarcar toda a realidade ao qual se dirige, de sua aplicação parcial e pontualizada resulta sua própria desconfirmação: o sistema demonstra concretamente a possibilidade de se passar ao largo dele, de se con-

quistar uma imunidade prática, obtida através do exercício de determinadas funções que, embora constituam uma instância máxima de decisão, escapam dos mecanismos de responsabilização criminal.

Em grande parte esta disfuncionalidade ocorre porque o sistema penal está voltado para atos contrários ao ordenamento, considerando as condutas separada e isoladamente. Como a economia contemporânea prima por se estruturar a partir do conceito de atividade,¹⁵ assim considerado o conjunto de atos ordenados para um determinado fim, para consecução de resultados pré-estabelecidos, o ordenamento criminal não consegue combater a chamada criminalidade econômica, que atua confortavelmente instalada no seio de complexos aparelhos empresariais.

É preciso que o ordenamento jurídico se capacite para aplicar sanções que tenham efetiva repercussão sobre a atividade contrária aos interesses da sociedade, agindo não apenas sobre agentes isolados e considerando condutas separadamente.

15. Sobre o desenvolvimento da noção de atividade na teoria do direito, vide Paulo Luiz Neto Lobo, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: Pressupostos Gerais*, in *Revista Justitia*, S. Paulo, PGJ, n. 160, out./dez. de 1992, pp. 129-130.

Pode-se afirmar, então, que qualquer reforma efetiva de nosso sistema criminal, deve estar voltada à solução de problemas que não mais são equacionados pelos instrumentos tradicionais.

Há de se observar, principalmente, que, por trás da conduta diretamente lesiva a um interesse social, existe, muitas vezes, um sistema organizacional que a impulsiona e lhe propicia os meios de execução. Também se deve constatar que, a par de atos isolados, o ilícito penal passa a se caracterizar como atividade, mostrando-se, assim, a necessidade de modificar o próprio modo de responsabilização criminal. Neste sentido, importante que se passe a criminalizar de forma autônoma a gestão de determinada organização ou atividade criminosa.

Para que mudanças desta ordem alcancem eficácia, é preciso que qualquer reforma no direito material, seja consentânea com uma revisão da sistemática processual, de forma a propiciar instrumentos mais ágeis de persecução criminal, de maneira que se possa atingir toda a cadeia de responsabilidades de uma organização criminosa ou se detectar toda a extensão de determinada atividade ilícita. Por fim o sistema de penas deveria ser revisto, tornando mais adequada a sanção à modalidade de delito (notadamente naqueles de natureza econômica) e aproximando a reprimenda penal da reparação do dano.

DIAGNÓSTICO DE LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: CRÍTICA E SUGESTÕES*

DAMÁSIO E. DE JESUS

Membro do Conselho Nacional
de Política Criminal e Penitenciária

1. O atual sistema criminal brasileiro — 2. O que pode ser feito a longo prazo
— 3. Medidas de aplicação imediata.

1. O atual sistema criminal brasileiro

O Direito Penal, no Brasil, sempre apresentou uma feição clássica: tutelar, fragmentária e de intervenção mínima. De acordo com os conceitos tradicionais, a norma penal incriminadora visa a proteger os bens jurídicos fundamentais da sociedade. Não, porém, de forma absoluta. Tem a seu cuidado somente os bens considerados os mais relevantes. Assim, nem todos são penalmente resguardados. E em relação aos interesses mais importantes, não os ampara de todas as condutas ofensivas, incriminando exclusivamente as de maior gravidade. Esse caráter fragmentário do Direito Penal o conduz à intervenção mínima e subsidiária, cedendo às outras disciplinas legais a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana e atuando somente em último caso (*ultima ratio*). Com efeito, só deve agir quando os demais ramos do direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer esta tutela (Nilo Batista, *Introdução crítica*

ao Direito Penal brasileiro, Rio de Janeiro, Editora Revan, 1990, p. 84). Esta é a visão clássica do Direito Penal que tínhamos: garantista, fragmentário e subsidiário, onde se concedia relevo ao denominado “controle social formal”.

Nos últimos anos, entretanto, passou a surgir, em aparições constantes, um novo Direito Penal brasileiro, já atuante em outros países: simbólico, promocional, excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranquilidade social (sobre o tema geral: Wilfried Hassemer, *Perspectivas de uma moderna Política Criminal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, S. Paulo, Ed. RT, 8/41).

A difusão incontrolada de fatos aterradoros, como latrocínios, estupros, homicídios, chacinas, etc. produzem na população uma sensação de total insegurança. Valem-se disso os partidários dos Movimentos de Lei e Ordem, advogando medidas repressivas de extrema severidade.

Preventivo, o Direito Penal de hoje descreve normas incriminadoras relacionadas a um sem número de setores da atividade humana, pouco importando a natureza do fato, seja eleitoral, ambiental, referente ao consumo, Informática,

* Algumas das idéias aqui lançadas resultam de palestras e discussões que assistimos e mantivemos com Alberto Silva Franco e Luiz Flávio Gomes, as quais assumimos e passamos a defender.

etc. (exs.: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e normas penais tributárias, como a Lei n. 8.137/90). Atribui-se-lhe a tarefa de disciplinar os conflitos antes mesmo que sejam regulamentados pelas disciplinas próprias dessas áreas (Wilfried Assemer, *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, S. Paulo, trad. de Carlos Eduardo Vaconcelos, Ed. RT, 1994, 6/63, n. 4.2.2). Com isso, perde o caráter de intervenção mínima e última, de ser um direito fragmentário e subsidiário, adquirindo natureza de um conjunto de normas de atuação primária e imediata. Não é mais a última razão. É a primeira. A sanção penal, por força disso, passa a ser considerada pelo legislador como indispensável para a solução de todos os conflitos sociais (Alberto Silva Franco, *Crimes hediondos*, S. Paulo, Ed. RT, 3.^a ed., 1994, p. 36 e nota 4) É o “remédio para todos os males” (René Ariel Dotti, *Penas e medidas de segurança no Anteprojeto de Código Penal*, Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981, 32/52).

Essa nova fisionomia da legislação penal brasileira produz efeitos negativos. A natureza simbólica e promocional das normas penais incriminadoras, num primeiro plano, causa a funcionalização do Direito Penal, transformando-o na mão avançada de correntes extremistas de Política Criminal. É o que está ocorrendo no Brasil, onde correntes de opinião partidária do princípio da lei e ordem pressionam os congressistas à elaboração de leis penais cada vez mais severas e iníquas. Sob outro aspecto, esse movimento faz com que o Direito Penal o Direito Processual Penal percam a forma. Quanto ao estatuto penal, os tipos incriminadores passam a ser descritos com a inclusão de normas elásticas e genéricas, enfraquecendo o princípio da legalidade e da tipicidade. No afã de

“combater” e “extinguir” o delito, filosofia penal vencida e ultrapassada, novas leis são incessantemente editadas, o que Juarez C. Silva denomina “inflação legislativa” (A macrocriminalidade, S. Paulo, Ed. RT, 1980, p. 259) e Alberto Zacharias Toron, “esquisofrenia legislativa”. Entram em vigor, “na mesma data de sua publicação”, leis a granel, umas sobre outras, malfeitas, sem técnica, formando um emaranhado confuso e contraditório. No campo do processo penal, encurta-se a distância entre a investigação e o procedimento instrutório, desaparecendo o limite entre as fases investigatória e judicial. É o que acontece na vigência da Lei n. 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), que, no art. 2.^o, regula meio de prova e procedimentos investigatórios “em qualquer fase de persecução criminal” (grifo nosso). Na área penitenciária, amontoam-se detentos na mais miserável promiscuidade.

É o império do “Movimento de Lei e Ordem”, responsável pela funcionalização do Direito Penal da perda da forma deste e do Direito Processual Penal. João Marcello de Araújo Júnior, abordando o assunto, elenca as principais características desse pensamento:

1. “a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que, hoje, denominamos retribuição jurídica”;

Exemplo desse caráter retributivo da pena se encontra no art. 59 do Código Penal, que, disciplinando a individualização judiciária, determina sua dosagem de acordo com o que seja “necessário” para a “reprovação do crime”. Mantém-se como castigo e expiação.

2. “os chamados crimes atrozes devem ser punidos com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade longa)”;

Foi o que ocorreu com a Lei dos Crimes Hediondos, que agravou as penas dos crimes de estupro, atentados violento

ao pudor, latrocínio, etc. (art. 6.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990). Para dar um exemplo, o estupro e o atentado violento ao pudor, em suas formas típicas simples, passaram a ter a pena mínima de 6 anos de reclusão, a mesma do homicídio doloso simples: o latrocínio contra menor, a pena máxima de 45 anos de reclusão.

3. “as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, devendo ser o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados”;

A Lei dos Crimes Hediondos, atendendo a esse discurso, determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos crimes que considerou, em estabelecimentos penais de segurança máxima (art. 3.º), proibindo a progressão nos regimes (art. 2.º, § 1.º). Da mesma forma, a Lei 9.034/95, a denominada Lei do Crime Organizado, determinou no art. 10 o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade em regime fechado, impedindo a individualização judicial na sentença condenatória e no começo de sua execução.

4. “a prisão provisória deve ter o seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime”;

Nesse campo, a Lei dos Crimes Hediondos proibiu a fiança e a liberdade provisória (art. 2.º, II), tendo ampliado o prazo da prisão temporária (art. 2.º, § 3.º). E a Lei do Crime Organizado, além de também impedir a liberdade provisória (art. 7.º), fixou o seu termo máximo em cento e oitenta dias (art. 8.º). Na fase recursal, a Lei do Crime Organizado proibiu a apelação em liberdade (art. 9.º), princípio que certamente será mitigado pela jurisprudência como o foi em relação à Lei dos Crimes Hediondos (Luiz Flávio Gomes, *Direito de apelar em liberdade*, S. Paulo, Ed. RT, 1994).

5. “deve haver uma diminuição dos poderes de individualização do juiz a um

menor controle judicial da execução, que, na hipótese, deverá ficar a cargo, quase que exclusivamente, das autoridades penitenciárias” (João Marcello de Araújo Júnior, Os grandes movimentos da Política Criminal de nossos tempos — aspectos, in Sistema penal para o terceiro milênio, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1991, p. 72).

Nesse plano, a Lei dos Crimes Hediondos impediu a individualização judicial na fase de cumprimento da pena, proibindo a progressão executória para regime menos rígido (art. 2.º, § 1.º), o mesmo ocorrendo com a Lei do Crime Organizado (art. 9.º da Lei 9.034/95).

O “Movimento de Lei e Ordem” separa a sociedade em dois grupos: o primeiro, composto de homens de bem, merecedores de proteção legal: o segundo, de homens maus, os criminosos, aos quais se endereça toda a rudeza e severidade da lei penal (Hassemer & Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, 1989, p. 37; Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, *Pena e Constituição*, S. Paulo, Ed. RT, 1995, p. 105). É o que está acontecendo no Brasil. Cristalizou-se a idéia de que o Direito Penal pode resolver todos os males que afligem os homens bons, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos, tendo como destinatários os homens maus (delinquentes). Para chegarmos a esse ponto, os meios de comunicação tiveram grande influência (Raúl Cervini, *Incidença de las “mass media” en la expansión del control penal en Latinoamérica*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, S. Paulo, Ed. RT, 1994, 5/36). Como a violência atrai público, vendendo jornais e audiência, deu-se enorme publicidade aos delitos de maior gravidade, como assaltos, latrocínios, seqüestros, homicídios, estupro, etc. A insistência do noticiário desses crimes criou a síndrome da vitimização. A população passou a crer que a qualquer momento o cidadão poderia ser vítima de um ataque crimino-

so, gerando a idéia da urgente necessidade da agravação das penas e da definição de novos tipos penais, garantindo-lhe a tranquilidade (*vide* desenvolvimento do tema in Alberto Silva Franco, *Crimes hediondos*, S. Paulo, Ed. RT, 3.^a ed., 1994, p. 32 e nota 2). E essa pressão chegou aos legisladores.

Da adoção pela legislação penal brasileira dos princípios do "Movimento de Lei e Ordem" temos como exemplos recentes a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei do Crime Organizado, respectivamente, Lei 8.072/90 e Lei 9.034/95.

A Lei dos Crimes Hediondos, com base no Direito Penal simbólico, ao tempo do crescimento entre nós da prática do crime de extorsão mediante seqüestro, resultou na pressão social sobre o fenômeno, derivando o agravamento da pena e o tratamento severo dos delinquentes, como a proibição da prisão provisória, graça e anistia, cumprimento integral da pena em regime fechado, restrição temporal ao livramento condicional, etc. Isso causou um descompasso entre os delitos por ela tratados e os outros crimes, regidos ainda pelo Direito Penal clássico. É o caso da delação premiada, forma pífida de suavização da reprimenda, que permite a diminuição da pena, às vezes até de dois terços, na hipótese de o membro da quadrilha, trair os demais, possibilitar o sucesso da investigação criminal (exs.: crime de extorsão mediante seqüestro, Código Penal, art. 159, §4.º; Lei do Crime Organizado, art. 6.º).

Diante do homicídio de uma artista de televisão e da chacina de menores delinquentes e criminosos por grupos extremistas o legislador brasileiro editou a Lei 8.930, de 7 de setembro de 1994, incluindo no rol dos crimes hediondos o homicídio simples cometido em ação típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado. De péssima redação, o texto apresenta enorme dificuldade de interpretação.

A Lei do Crime Organizado constitui nosso mais recente exemplo de normas simbólicas e promocionais. A Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que na verdade não trata do fenômeno do crime organizado e sim disciplina a produção de provas e procedimentos investigatórios, permite o "flagrante esperado retardado" em face de mera "suposição" da autoridade policial da existência de atividades criminosas de quadrilha ou bando (art. 2.º, II). Não se exige nem indícios de autoria e materialidade do crime para o início das investigações. E havendo prisão, impede a liberdade provisória aos que "tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa" (art. 7.º). Além disso, desconhecendo nosso processo penal acusatório, atribui ao juiz a missão de pessoalmente colher provas, atuação absurda e inconstitucional, estreitando os limites entre as fases de investigação criminal e de instrução judicial. A inovação é tão contrária ao bom senso que se tem conclamado a sua não-aplicação pelos juízes, promotores e delegados de polícia (*vide* Ada Pellegrini Grinover). Que juiz inquisitor é esse? in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, S. Paulo, junho de 1995, n.30, p. 1).

E esse pensamento tem chegado à jurisprudência, que tem admitido, nos delitos societários, o recebimento da denúncia, carente da descrição da conduta dos acusados, bastando a narração genérica do fato (Supremo Tribunal Federal, Revista Trimestral de Jurisprudência, 101/563 e 114/228; Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 3.335, 5.ª Turma, DJU 7.8.95, p. 23.050). No *Habeas Corpus* 3.295, a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entendeu que a "nova ordem constitucional, preocupada com a grande criminalidade, fornece ao juiz elementos exegéticos para uma melhor inteligência do art. 41 do Código de Processo Penal" (que prevê os requisitos da denúncia),

“não sendo inepta a denúncia que, nos crimes de autoria coletiva, descreve” genericamente “a atividade dos infratores” (DJU 7.8.95, p. 23.093; grifo do original). Permite-se que a individualização dos vários comportamentos resulte na prova colhida na instrução criminal (Supremo Tribunal Federal, Recurso de Habeas Corpus 65.491, 2.^a Turma, DJU 20.11.87, p. 26.010). Transforma-se a instrução criminal em procedimento de coleta de dados, tornando tênue o limite entre a fase investigatória e a judicial instrutória, orientação muito nos moldes da “lei e ordem”.

Existe hoje no Brasil a falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas, a supressão de garantias do réu durante o processo e a acentuação da severidade da execução das sanções, posição mundialmente generalizada, como expõe Hassemer (*Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, p. 94). Na palavra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, “duas vêm sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil: a) incremento de penas (penalização); b) restrição ou supressão de garantias do acusado” (*Crime organizado*, S. Paulo, Ed. RT, 1995, p. 28). A sanção detentiva é cominada para delitos de grande e de pequeno poder ofensivo, sendo de pouca aplicação as penas alternativas. De modo que encontramos cumprindo pena privativa de liberdade, muitas vezes sem separação celular, infratores de intensa periculosidade e condenados que poderiam estar submetidos a medidas sancionatórias não-detentivas. Não se faz distinção entre a criminalidade de alta reprovação e a criminalidade pequena ou média (Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Crime organizado*, cit., p. 31). Tomando um exemplo entre milhares, a *Folha de S. Paulo*, na edição de 7 de agosto de 1995, publicou a notícia do servente de pedreiro Emir Camilo de Léles, de 22

anos de idade, que, em Belo Horizonte, está cumprindo pena de 1 ano e meio de reclusão, em regime fechado, por ter, em 1992, furtado três canários belgas.

Está desacreditada a idéia de que o delito é um a atitude anormal do homem e, por isso, deve ser combatido com princípios rígidos da lei e da ordem. Hoje, considera-se o crime como um comportamento “normal”, atingindo a humanidade de forma integral no tempo e no espaço, no plano horizontal e vertical. O delito sempre existiu e sempre existirá. Ocorre em todos os países, em todas as civilizações, sejam quais forem os seus costumes, alargando-se no campo horizontal. Tem o dom da ubiquidade. Na vertical, atinge todas as camadas sociais, do mais humilde agrupamento humano ao mais socialmente desenvolvido. É impossível extingui-lo. Pode-se, entretanto, reduzi-lo a níveis razoáveis e toleráveis (Antonio Garcia-Pablos de Molina, La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho, in *Estudios penales y criminológicos*, 15/183 e ss.).

O Direito Penal brasileiro se mostra em fase de concordata. Incurtionando no rumo da “Corrente de Lei e Ordem” (Francisco de Assis Toledo, *Crimes hediondos*, in Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, Antônio Fabris Editor, 5/59, n. 2), está colhendo o fracasso de seus princípios. Além de não conseguir baixar a criminalidade a índices razoáveis, gerou a sensação popular da impunidade, a morosidade da justiça criminal e o grave problema penitenciário (sobre o tema: Alberto Zacharias Toron, *Prevenção, retribuição e criminalidade violenta*, RT 694/275).

A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida (César e Roberto Bitencourt, *Falência da pena de prisão*, S. Paulo, Ed. RT, 1993). Não readapta o delinquente. No testemunho de Evandro Lins e Silva, “ela perverte, corrompe, defor-

ma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável" (De Beccaria a Filippo Gramatica, in *Sistema penal para o terceiro milênio*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1991, pp. 33 e 34). Manoel Pedro Pimentel, em 1977, já dizia que nesse campo "nosso insucesso é total" (*O Estado de S. Paulo*, edição de 1.º de julho de 1977, declaração recordada e mencionada por Virgílio Donnici, *A criminalidade no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, p. 98). Urge que a prisão seja imposta somente em relação aos crimes graves e delinquentes de intensa periculosidade. Nos outros casos, deve ser substituída pelas medidas e penas alternativas e restritivas de direitos, como multa, prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana, interdições de direitos, *sursis*, etc. (René Ariel Dotti. *A reforma penal e penitenciária*, Curitiba, Livraria Ghignone Editora, 1980; *Bases e alternativas pra o sistema de penas*, Curitiba, Ed. Littero-Técnica, 1980; Jason Albergaria, *Das penas e da execução penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 38, 5.3). A aplicação irrestrita da pena de prisão e seu agravamento, com vem acontecendo no Brasil, não reduzem a criminalidade. Prova disso é que não conseguimos diminuí-la após o advento da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei 8.930/94, que incluiu algumas formas de homicídio no rol da Lei 8.072/90. Ao contrário, na Grande São Paulo, só no primeiro semestre de 1995 os crimes de homicídio cresceram 21% em relação ao anterior (*O Estado de S. Paulo*, edição de 14.8.95, Cidades, p. C1). Em outro plano, a imposição da pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado gera a superpopulação carcerária, de gravíssimas consequências, como temos visto nas sucessivas rebeliões de

presos, fenômeno que vem ocorrendo em todos os países.

Essa é a posição das Nações Unidas. No 9.º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado no Cairo (abril-maio de 1995), como nos congressos anteriores (Havana, 1990; Milão, 1985; Caracas, 1980; Gênova, 1975; Kyoto, 1970; Estocolmo, 1975; Londres, 1960 e Gênova, 1955), recomendou-se a utilização da pena detentiva em último caso, somente nas hipóteses de crimes graves e de condenados de intensa periculosidade; para outros delitos e criminosos de menor intensidade delinqüencial, medidas e penas alternativas. As Resoluções 8 e 10 do 6.º Congresso da ONU (Caracas, 1980), em caráter prioritário, encareceram a urgência dessas medidas. E a Resolução 1/83 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomendou a aplicação daquelas duas Resoluções. Com isso, desafoga-se a justiça e o sistema penitenciário, podendo aquela tratar com mais cuidado dos delitos mais graves. Desta forma, restaura-se o valor preventivo da justiça penal e da sanção criminal. Nesse congresso, ao qual comparecemos como representantes brasileiros, tomamos conhecimento durante quase duas semanas dezenas de depoimentos de 1.600 delegados de 160 países a respeito do fracasso da pena de prisão. E os documentos que nos foram distribuídos são no mesmo sentido: a cadeia fracassou, devendo ser reservada para casos especiais. Dado importante está nas estatísticas que nos apresentaram: a reincidência é maior em relação aos condenados que cumpriram pena privativa de liberdade; menor, no tocante aos submetidos a medidas alternativas, como o *sursis* e a *probation*, ou a penas substitutivas ou alternativas, como a prestação de serviço à comunidade, que tem a preferência da comunidade mundial. E essas informações não são novas. Há duas décadas que nos Estados Unidos

a reincidência do egresso prisional varia de 40 a 80%; na Espanha, chega a 60% (César Roberto Bitencourt, op. cit., p. 149). No tocante a quem cumpriu pena ou medida alternativa, como o *sursis*, a reincidência não supera 25%.

É, pois, crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal (João Marcello de Araújo Júnior, op. cit., p. 78). A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, o que Michel Foucault chamaria de “punição generalizada” (*Vigiar e punir*, Petrópolis, Ed. Vozes, tradução de Lúgia M. Pondé Vassallo, 1977, p. 69), só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Com uma agravante: a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, como observa José Ferreira, “propicia o convívio indistinto de pessoas de periculosidade diversas, constituindo-se numa autêntica universidade do crime organizado, onde os detentos assimilam as sofisticadas condições e técnicas voltadas para a prática criminosa” (A crise de recursos no sistema penitenciário nacional, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1994, v. I, n. 3, p. 39). Por isso, como diz Raúl Eugenio Zaffaroni, “devemos estar convencidos de que a pena privativa de liberdade é o recurso extremo com que conta o Estado para defender seus habitantes das condutas antijurídicas de outros” (*Política Criminal Latinoamericana*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1982, p. 29, d).

2. O que pode ser feito a longo prazo

Reduz-se a criminalidade e a população carcerária somente com a implantação de um movimento global, que inclua medidas sociais, econômicas e legais. No âmbito do Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário, é conveniente que se

façam alterações paulatinamente, evitando choques.

Três pontos devem ser centralizados:

- 1.º — redução da criminalidade;
- 2.º — agilização da Justiça; e
- 3.º — diminuição da população carcerária.

Essas temas se encontram interligados.

A justiça brasileira, como demonstra relatório do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, atua em 70% de processos envolvendo infrações penais de gravidade mínima (contravenções de direção de veículo sem habilitação, vias de fato, crimes de lesões corporais dolosas sem expressão, insignificantes lesões culposas no trânsito, brigas de bar, etc.). É preciso, pois, descriminar as contravenções, instituir juizados criminais especiais, etc. Com isso, os juízos criminais ficariam desafogados, com tempo para tratar com mais cuidado dos delitos de maior gravidade. Isso reduziria o prazo da instrução criminal, permitiria condenações em tempo abreviado, contribuindo para a certeza da punição o que realmente reduz a criminalidade.

Verificamos no 9.º Congresso da ONU (1995) que muitos institutos, idéias e inovações penais estão sendo postos em prática com sucesso por inúmeros países. Dentre outros, podem ser citados a descriminação das contravenções, *probation*, *plea bargaining*, possibilidade de o Ministério Público desistir da ação penal, transformação da espécie de ação penal de pública para privada, sistema de penas alternativas, sistema unitário de penas (entre nós, unificação das penas de reclusão e detenção), possibilidade maior de aplicação do *sursis* e do livramento condicional, extinção da conversão da multa em detenção, juizados especiais de pequenas causas criminais, informatização da Justiça, especialização e formação de juizes, promotores, delegados de polícia e peritos na área de Informática, independência do Ministério Público e do Judiciário em face do Poder Execu-

tivo, inexistência de controle externos do Judiciário, etc. Muitos temas que ainda estamos estudando e discutindo já estão sendo utilizados por inúmeros países com grande sucesso. Recomenda-se a introdução dessas medidas em nosso sistema judiciário e criminal a curto e longo prazo. Nessa linha, a delegação brasileira presente na Quarta Sessão da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal, realizada em Viena, de 30 de maio a 9 de junho de 1995, chefiada pela Dra. Sandra Valle, Secretária de Justiça do Ministério da Justiça, em sua manifestação oficial, deixou clara a intenção de o Brasil introduzir e fazer aplicar em nossa legislação os institutos da *probation*, *plea bargaining* e penas alternativas.

Algumas das medidas e penas alternativas já estão previstas em nosso Código Penal. Não são, entretanto, aplicadas. Sua imposição reduziria a população carcerária, como tem ocorrido em outros países.

Sugestões para providências a longo prazo:

1. Informatização da Justiça (Polícia, Ministério Público e Judiciário);

2. Transformação da ação penal pública e incondicionada em condicionada ou privativa em alguns delitos de pequena gravidade (Luiz Flávio Gomes, *Direito Penal mínimo — lineamentos de suas metas*, in Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, Imprensa Oficial, 1995, 5/81, n. 24).

3. Instituição da *plea bargaining*, possibilitando o encerramento do processo em qualquer fase;

4. Instituição da *probation*;

5. Possibilidade de desistência da ação penal pelo Ministério Público nos casos de inviabilidade da pretensão punitiva;

6. Ampliação do benefício da reparação do dano, que entre nós só é admissível antes do recebimento da denúncia ou queixa (Código Penal, art. 16);

7. Instituição de um Programa Preventivo de Reincidência Criminal (Alvino

Augusto de Sá, *Reincidência criminal*, S. Paulo, Ed. Universitária, 1987, p. 107, n. 6.3);

8. Formação profissional de funcionários penitenciários (criação de escolas penitenciárias);

9. Informação da população a respeito das questões criminais, com entrevistas de autoridades, debates, seminários, etc.

No 9.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, alguns países, como o Japão, informaram que nos primeiros anos escolares as crianças já recebem noções básicas a respeito das consequências da prática de crimes. E no *workshop* sobre “Os meios de informação e prevenção do crime” reconheceu-se que “o acesso à informação é um fator decisivo para que os meios de difusão desempenhem funções alternativas na prevenção da delinqüência”, recomendando “fazer com que os meios de difusão informem sobre todos os tipos de delitos e métodos de prevenção da delinqüência”.

3. Medidas de aplicação imediata

1. *Sursis*: sua admissibilidade nas condenações a pena privativa de liberdade não superior a três anos;

O *sursis*, em muitos países, vem sendo aplicado nas hipóteses em que a pena detentiva não é superior a três anos (entre nós, dois anos). A partir desse limite é admissível o livramento condicional. Com isso, o juiz tem mais uma alternativa na sentença. Segundo depoimentos de alguns delegados presentes no 9.º Congresso da ONU (Cairo, 1995), em 65% das condenações é possível a aplicação da suspensão condicional da execução da pena, evitando o encarceramento do réu. Essa recomendação já havia sido feita em 1980 por João de Deus Menna Barreto de Araújo (*Violência e criminalidade, propostas de solução*, Damásio E. de Jesus *et alii*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980, p. 93).

2. Incrementação da aplicação do *sursis* com efetiva fiscalização durante o período de prova;

A aplicação do *sursis* entre nós, hoje, equivale a absolvição, uma vez que inexistente fiscalização durante o período de prova. A medida poderia funcionar sob a atuação do juiz da execução e do Ministério Público, com o apoio da comunidade (clubes de serviços, entidades comerciais e de assistência social, etc.), instituindo-se patronatos e conselhos de comunidade (*vide* sobre a atuação global dos órgãos da Justiça na prevenção da criminalidade: Francisco de Assis Toledo, *A lei, o crime, a pena*, in Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel, S. Paulo, Ed. RT, 1992, p. 128).

3. Livramento condicional: possibilidade de sua aplicação quando a condenação a pena privativa de liberdade não ultrapasse três anos;

4. Efetiva aplicação do sistema das penas alternativas (multa e penas restritivas de direitos) nas hipóteses de imposição de sanção privativa de liberdade que não ultrapasse três anos;

No 9.º Congresso das Organizações das Nações Unidas (Cairo) o representante da Alemanha informou que, levando-se em conta o número de condenações penais somente 17% dos réus são encarcerados, submetendo-se os outros 83% penas restritivas de direitos e multa (penas alternativas), o que vem surtindo bons resultados (*vide* sobre o sistema de penas alemão: Osvaldo H. Duek Marques, *Sistema penal para o terceiro milênio*, RT 663/390; sobre o tema geral: Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, Reflexões em torno do Projeto de Política Criminal e Penitenciária da OAB/SP — apreciação crítica e propostas, Revista Brasileira de Ciências Criminais, S. Paulo, Ed. RT 3/108, n. 4.2).

5. Instituição de juizados especiais criminais nas hipóteses de infrações penais de pequeno poder ofensivo;

6. Descriminação da maioria das contravenções penais e delitos de pequena

gravidade objetiva (*vide* sobre o tema: Raúl Cervini, *Los procesos de decriminalización*, Montevideo, Editorial Universidad, 1991):

7. Transformação em crimes de algumas contravenções de maior poder ofensivo, como o fabrico e o porte ilegal de arma e a direção perigosa de veículo, como, p. ex., dirigir em estado de embriaguez (Violência e criminalidade, Ministério da Justiça, Imprensa Oficial, 1980, 1/104, "G"). As contravenções de menor gravidade seriam transformadas em ilícitos administrativos. Como observa Luiz Régis Prado, "a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas administrativamente", uma vez que "a lei penal atua não como limite da liberdade pessoal, mas sim como seu garante (*Direito Penal Ambiental*, S. Paulo, Ed. RT, 1992, p. 64).

8. Submissão dos delitos de menor gravidade ao sistema da ação penal privada, desafogando o Ministério Público.

No 9.º Congresso da ONU sobre Combate ao Crime de Tratamento do Delinquente (Egito, 1995), o representante da China informou que em seu país os crimes de menor gravidade são submetidos ao regime da ação penal privada, reservando-se a iniciativa do Ministério Público para infrações de maior poder ofensivo, o que vem desafogando a justiça pública.

9. Fixação de prazo para a permanência de presos em xadrezes de delegacias (João de Deus Menna Barreto de Araújo, op. cit., p. 80).

A par da alteração da legislação penal poder-se-ia sugerir a intensificação da aplicação do *sursis* e das penas alternativas já previstas em nossa legislação. Para isso, tornar-se-á imprescindível a atuação dos juizes da execução e do Ministério Público.

A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) prevê,

em seu art. 66, as funções do juiz da execução, competindo-lhe:

“V — determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

VI — zelar pelo correto cumprimento de pena;

VII — inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento;

IX — compor e instalar o Conselho da Comunidade”.

Por sua vez, cumpre ao Ministério Público “fiscalizar a execução da pena”, “oficiando no processo executivo (art. 67 da Lei de Execução Penal) e requerendo “todas as providências necessárias ao desenvolvimento “da execução da pena” (art. 68, II, *a*), incumbindo-lhe a tarefa “de visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio” (parágrafo único).

O Conselho da Comunidade, nos termos do art. 80 da Lei de Execução Penal, compõe-se de um representante de associação comercial, um advogado e um assistente social. Na falta de um representante de associação comercial, um advogado e um assistente social. Na falta de um representante indicado pela lei, o juiz da execução pode elaborar a sua composição de acordo com as peculiaridades da Comarca (parágrafo único). Incumbe aos seus membros. “I — visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na Comarca;

II — entrevistar presos; III — apresentar relatórios mensais ao juiz da execução; IV — diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado” (art. 81).

Ocorre, entretanto, que por falta de meios e recursos os juizes da execução e o Ministério Público não têm desempenhado todas as funções que lhe são atribuídas pela Lei de Execução Penal, como são as de instalação dos patronatos

e Conselhos da Comunidade e fazer visitas aos detentos. Como anota José Ferreira, “a Lei de Execução Penal, aprovada pelo Congresso Nacional em 1984, é avançada e louvável. Acabou, entretanto, por transformar-se em letra morta pelo descumprimento dos poderes constituídos na alocação de recursos financeiros, humanos e materiais necessários à sua implementação. A falta de instalação e funcionamento dos patronatos e conselhos da comunidade, a não-aplicação das penas alternativas e a crônica falta de recursos para o sistema penitenciário estão inviabilizando a aplicação correta da Lei de Execução Penal” (A crise de recursos no sistema penitenciário nacional, in Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1994, v. I, n. 3, p. 37). Não nos esqueçamos de que o juiz é a “peça-chave” da execução penal, desempenhando um relevante papel no cumprimento das penas (Alberto Silva Franco, Temas de Direito Penal, S. Paulo, Editora Saraiva, 1986, p. 104). É preciso que se faça algo para não deixá-lo ao desamparo, sem meios para decidir e agir. Por sua vez, o Ministério Público, fiscal da lei, deve ter à sua disposição meios e recursos materiais e humanos para realmente fiscalizar a execução das penas. Os dois, juiz e Promotor de Justiça, carentes de recursos, subsistem órfãos na tarefa de zelar pelos direitos subjetivos dos condenados. Nesse campo, o juiz e o Ministério Público não se têm valido da participação da comunidade na fase de execução das penas alternativas. Em muitos países, a contribuição do corpo social é decisiva (D. Vanzyl Smit, Legal standard and the limits of community sanctions, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Deventer, Holanda, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1993, v. I, tomo 4/309; entre nós: Jason Albergaria, op. cit., p. 159).

Sugerimos um movimento nacional no sentido de que seja efetivamente aplicada a Lei de Execução Penal, iniciando-se pela promoção, pelo Sr. Ministro da Justiça, de um encontro com todos os Presidentes dos Tribunais de Justiça e Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, contando com a presença e participação dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nesse encontro solicitar-se-á:

1.º — o esforço de todos no sentido da implantação nas comarcas dos patronatos e Conselhos da Comunidade (Lei de Execução Penal, arts. 78 e 80, respectivamente), com o que poderiam ser aplicadas com maior extensão as penas alternativas consistentes em restrição de direitos previstas no Código Penal (art. 43), princi-

palmente a prestação de serviços à comunidade (art. 46) e o *sursis*.

2.º — que os Presidentes dos Tribunais de Justiça e os Procuradores-Gerais de Justiça, com o mesmo propósito, promovam encontros com os juízes e membros do Ministério Público das Comarcas. Nestas, realizariam encontros com os clubes de serviços, entidades comerciais, etc., no sentido da instalação de patronatos e conselhos da comunidade.

A par disso, prosseguir-se-á com a alteração da legislação criminal. Para tanto, seriam convidados para participar do encontro representantes do Congresso Nacional, que, cientes do esforço geral, poderiam contribuir para a celeridade da reforma penal.

São Paulo, 16 de agosto de 1995.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: EXPERIÊNCIA QUE DEU CERTO

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO

Promotor de Justiça. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Dourados/SOCIGRAN. Membro do IBCCRIM

1. Introdução — 2. Competência do Juizado Criminal — 3. Procedimento — 4. Da transação: espécies e condições — 5. Da reincidência — 6. Duplo grau de jurisdição — 7. Cestas básicas: breves comentários — 8. Juizado Criminal: recepção social — 9. Juizado Criminal: caráter sócio-educativo — 10. Da reparação do dano direto decorrente da infração como condição da transação: medida salutar — 11. Estatísticas e reflexos forenses — 12. Juizado de Plantão: breves considerações e sugestões *de lege ferenda* — 13. Considerações finais.

1. Introdução

Dentre as inovações louváveis da Constituição Federal de 1988, está sem dúvida a criação dos Juizados Especiais Criminais, prevista no artigo 98, inciso I, dando assim um importantíssimo passo no sentido de despenalizar o Direito Penal e inseri-lo no contexto de uma concepção moderna e evoluída de Justiça Criminal.

A possibilidade da transação nas chamadas “infrações de menor potencial ofensivo”, além de imprimir maior celeridade na apuração das condutas infracionais, aproxima o Direito Penal da sociedade, evita a pena de prisão e, enfim, aposenta seu caráter burocrático, autoritário, formalista e irreal. A extinção do inquérito policial foi um grande passo neste sentido.

O Estado do Mato Grosso do Sul, numa iniciativa pioneira e até mesmo “ousada no bom sentido” — no dizer do Prof. Luiz Flávio Gomes —, através da Lei (Estadual) 1.071, de 11 de julho de 1990, em obediência à norma constitucional, criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Idêntica iniciativa teve o

Estado do Mato Grosso (Lei n. 6.176, de 18 de janeiro de 1993).

Tais iniciativas, aliás, tiveram a honrosa alusão de Luiz Flávio Gomes, no sentido de que “mudou por completo o assim chamado epicentro da modernidade, do avanço e do progresso. Para quem está em São Paulo, por exemplo, já não é preciso cruzar o Atlântico para conhecer o que há de mais avançado e mais atual em termos de justiça criminal: basta atravessar o rio Paraná.¹

2. Competência do Juizado Criminal

A lei instituidora do juizado criminal do Mato Grosso do Sul, modificada pela Lei 1.510, de 30 de junho de 1994, no seu artigo 69, estabelece que os Juizados Especiais Criminais têm competência para processar e julgar, sob procedimento oral e sumaríssimo: a) os crimes dolosos punidos com pena de reclusão até um ano, ou de detenção até dois anos; b) os crimes culposos; e c) as contravenções. Excluem-

1. In Juizados especiais: a revolução que tarda, *Folha de São Paulo*, 02.10.94

se, todavia, da competência dos juizados criminais, "os crimes desclassificados por decisão do Tribunal do Júri" (art. 69, parágrafo único).

3. Procedimento

Os artigos 70 e seguintes estabelecem o procedimento de forma concentrada, tanto para o Juizado de Plantão quanto para o local onde este não estiver funcionando. Um ponto importante que merece destaque foi a supressão do inquérito policial, bastando o boletim de ocorrências (BO) circunstanciado, lavrado pela autoridade policial, onde deverá constar os dados essenciais, ainda que resumidamente (art. 79).

A denúncia oral foi outro ponto importantíssimo na celeridade do procedimento (art. 79, § 2.º). A instrução — se necessária — e a decisão, são concentradas, também observada a oralidade (art. 76).

Em síntese, o procedimento é o seguinte: uma vez recebida a denúncia, o réu é citado para audiência de instrução e julgamento, cuja realização se dá na seguinte ordem (art. 76): "(...); I — interrogatório do réu; II — defesa oral, em dez minutos, pelo advogado constituído ou dativo; III — inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público; IV — inquirição das testemunhas arroladas pela defesa; V — debate oral, com dez minutos para cada parte; VI — sentença oral."

Até o início dos debates, poderão ser juntados laudos ou qualquer elemento de prova (art. 76, § 1.º). Antes, porém, do interrogatório, é proposta ao réu a transação que, uma vez aceita, suspende o processo, cuja extinção fica condicionada ao cumprimento das condições impostas e aceitas (art. 88).

4. Da transação: espécies e condições

Através da transação, o Estado abdica do direito de punir em função do com-

prometimento, por parte do réu, de cumprir determinadas condições.

Há duas espécies de transação, a saber: a) para réu primário (art. 88) e b) para réu reincidente (art. 89).

Em se tratando de réu primário, a transação poderá ser realizada, desde que o acusado se comprometa ao cumprimento das condições, que podem ser, dentre outras: a) reparação do dano direto decorrente da infração; b) prestação de serviço à comunidade; c) interdição temporária de direitos.

Uma vez realizada a transação e homologada pelo juiz (art. 88), passa-se à fase imediata, da execução, vez que da decisão homologatória não cabe recurso (art. 81). Em havendo "descumprimento das condições aceitas, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinará o reinício da tramitação do processo. Essa decisão interromperá a prescrição." (art. 88, § 2.º).

É possível, igualmente, a transação para o réu reincidente, desde que o mesmo admita a responsabilidade pela conduta e aceite a punição, sendo desde logo condenado a uma pena restritiva de direitos e/ou multa, como previsto no Código Penal ou na Lei das Contravenções Penais (art. 89). Nesta hipótese, o Estado abre mão do poder-dever de punir, mas, tão-somente, da aplicação da pena privativa de liberdade, ainda que cabível, isto em homenagem ao comportamento do réu em reconhecer seu erro.

Em ambas as espécies, é possível a transação mesmo após a instrução, enquanto não prolatada a sentença (art. 90).

5. Da reincidência

A Lei 1.510, de 30 de junho de 1994, estabeleceu uma espécie de reincidência, pois condicionou a possibilidade de nova transação, a um intervalo de dois anos entre a data da extinção da punibilidade e a data da nova infração (art. 88, § 5.º).

6. Duplo grau de jurisdição

Quanto ao duplo grau de jurisdição, ao contrário de entendimentos isolados, foi respeitado! A lei criou o que se denominou de "Turma Recursal", integrada por três juizes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição (art. 95), com competência para julgar os recursos de apelação, agravo retido e embargos de declaração de acórdãos (art. 97).

Aliás, sua supressão nem seria possível em face do que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

7. Cestas básicas: breves comentários

A lei sul-matogrossense estabeleceu, inicialmente, de forma explícita, três condições para a transação, que são: a reparação do dano, direito decorrente da infração, prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos.

Não obstante, num dos Juizados Criminais da comarca de Campo Grande, capital do Estado, a prestação de serviço à comunidade, quando possível, passou a ser substituída por cestas básicas de alimentos, de remédios, de produtos de limpeza, colchões, cadeiras de roda, combustível, colchões, cobertores etc. Entendeu-se que tal era possível, por se tratar, também, de uma forma de prestação de serviço à comunidade, de grande relevância social e de fácil exequibilidade.

Esse procedimento, ainda que não previsto de forma explícita na lei e conquanto a objeção de muitos, foi estendido às demais comarcas do Estado, sendo certo que atualmente é praticado em todas. Obviamente que resistências dos setores mais conservadores, embora isoladas, ainda há.

A resistência quanto à adoção das cestas básicas, tinha como argumento principal, dentre outros, a falta de pre-

visão legal, a incompatibilidade de tal medida com o ordenamento penal etc.

Com a modificação da lei original, levada a efeito pela Lei 1.510/94, a polêmica sobre a possibilidade de se estabelecer as chamadas "cestas básicas", como condição da transação, foi superada. A expressão "dentre outras" (art. 88) deu ao intérprete uma elasticidade enorme, permitindo assim, a aplicação de qualquer condição desde que compatível com o ordenamento jurídico.

8. Juizado criminal: recepção social

A verdade é que a aplicação de quaisquer das condições acima apontadas vem sendo muito bem recepcionadas pela sociedade: a vítima, na medida que tem seus prejuízos reparados; a própria sociedade, na medida que recebe bens ou valores e na medida que percebe que o infrator da Lei Penal, direta ou indiretamente, está pagando pelo erro, praticamente sem ônus para o Estado. Com isso, sem dúvida, aproxima-se o Direito Penal do povo, dando-lhe maior legitimidade, criando com efeito uma convicção de justiça e, conseqüentemente, resgata-se a credibilidade do próprio ordenamento penal.

Atualmente, no Estado do Mato Grosso do Sul, várias entidades assistenciais, tais como creches, asilos, Apaes, escolas, hortas comunitárias, casas de menores etc, vêm sendo mantidas, em grande parte, graças às transações realizadas nos Juizados Criminais.

De ser anotado, que o volume de alimentos e outros gêneros arrecadados por força das transações, é tão grande e significativo, que algumas entidades de Campo Grande têm solicitado ao Juizados Criminais que suspendam as remessas, temporariamente, por falta de espaço para o estoque.

As entidades assistenciais e outras, são cadastradas e, a partir daí, passam a receber as doações e, também, receber as pessoas que irão prestar serviços.

9. Juizado Criminal: caráter sócio-educativo

A prestação de serviços à comunidade, quer na forma direta, quer em cestas básicas, tem indubitavelmente um marcante caráter sócio-educativo. A nossa experiência revela vários exemplos de pessoas que após cumprirem as condições, consultam o Juizado sobre a possibilidade de continuarem a prestar tais serviços, como ocorreu com um soldado da polícia militar que após, cumprir o tempo de prestação de serviço junto a uma horta comunitária, manifestou o desejo de continuar ali trabalhando, para que o serviço por ele desempenhado não sofresse solução de continuidade. Há um outro que, à guisa de exemplo, igualmente, merece destaque. É sobre uma senhora, que, após fornecer as cestas básicas à Sociedade Pestalozzi, continuou a visitá-la e auxiliá-la. Idêntico comportamento ocorre com pessoas que prestam serviços às creches, aos asilos, às Apaes etc.

10. Da reparação do dano direto decorrente da infração, como condição da transação: medida salutar

A reparação do dano direto como condição para a transação é, inegavelmente, outra medida salutar, em especial para a vítima e até mesmo para o Estado, de um lado, porque presta a atividade jurisdicional com mais rapidez e, de outro, porque a presta de forma mais econômica.

Somente para demonstrar a relevância de tal medida é importante mencionar um acidente de trânsito com um ônibus, ocorrido na zona urbana da cidade de Dourados (MS), que redundou na morte de um senhor, pai de uma criança, à época com dez meses de idade. Por ocasião da audiência de instrução e julgamento, o motorista do coletivo, acom-

panhado de um representante da empresa proprietária do ônibus, aceitou a transação e dentre outras condições, prontificou-se a reparar os danos diretos com o hospital, funeral etc. e a empresa se comprometeu a depositar, mensalmente, o valor correspondente a um salário mínimo em favor do órfão, vinculada ao Juízo, até completar a maioridade, ou seja, vinte e um anos.

Um outro exemplo relevante foi a reposição de três mil alevinos nas águas do Rio Cuiabá, por força da transação ocorrida recentemente no Estado de Mato Grosso.

Ora, questão dessa natureza, se discutida na esfera civil, certamente se arrastaria por alguns anos, com resultado incerto. No Juizado Especial Criminal, os efeitos são imediatos! O trânsito em julgado se dá no ato, pois a decisão homologatória da transação é insuscetível de recurso (art. 81).

11. Estatísticas e reflexos forenses

Os resultados estatísticos revelam a eficácia dos Juizados Especiais Criminais, não só a nível policial, como também, à nível forense. Na cidade de Dourados (comarca com cerca de 160.000 habitantes), das ocorrências registradas nos seus cinco distritos policiais, **70%** foram encaminhadas aos Juizados Criminais, por se tratarem de “infrações de menor potencial ofensivo” e, apenas **30%** é que foram transformadas em inquéritos policiais e encaminhados à Justiça comum ordinária.

Com isso, a Justiça comum ordinária tornou-se bem mais célere. As varas criminais foram desafogadas e, como consequência imediata, uma maior rapidez no andamento dos processos. Com aproximadamente três meses para findar o ano de 1995, mais de **60%** dos feitos iniciados neste ano já estão concluídos, isto é, com sentenças definitivas; a pauta,

em média, está para vinte dias; descongestionou sensivelmente as varas das execuções penais; prescrição dificilmente se vê ou se ouve falar; *habeas corpus* em razão de atraso na instrução é letra morta no Estado. Este mesmo quadro se estende a todas as Comarcas, exceto a Campo Grande, onde a pauta está em média para as varas comuns em seis meses.

Isso tudo, sem considerar o custo-benefício. Relativamente ao Estado, porque deixa de gastar com material, com pessoal etc, além de lucrar porque transfere a tarefa que é sua, e aliás, a desempenha mal, à sociedade que a executa bem. A sociedade igualmente se beneficia, de um lado, porque é destinatária da prestação de serviço ou das "cestas básicas"; de outro, porque se desincumbe dos custos que o condenado lhe acarreta e, por fim, dá oportunidade de o infrator ressocializar-se, fiscalizando e colaborando para tal.

A lei estadual que criou os Juizados, conquanto tenha entrado em vigor em julho de 1990, somente em dezembro desse mesmo ano é que foi colocada em prática nas comarcas de Campo Grande e Dourados (ambas de entrância especial/final) e estendidas às demais comarcas (Juizados Especiais Adjuntos — art. 91), no final de 1993. Porém, não obstante o curto prazo de funcionamento, os reflexos forenses são excelentes. Na comarca de Campo Grande, cidade brasileira com um dos maiores índices de crescimento demográfico, em 1994 duas varas criminais foram extintas, ou melhor, foram transformadas em varas cíveis, dado à queda de feitos criminais. Tal ocorreu não porque o índice de criminalidade diminuiu, por certo.

As conseqüências disso tudo são visualizadas não só na rapidez e andamento dos feitos (inquéritos e processos), como também, na qualidade. A polícia, na medida em que não se envolve com

a chamada "burocracia do papel", ganha mais tempo para investigar e apurar com mais eficiência e rapidez os delitos maiores, tais como homicídios, seqüestro, roubo, tráfico de drogas etc. O mesmo quadro se dá no âmbito forense. Na medida em que há desafogo, os processos fluem com maior dinamismo e melhor qualidade.

Outro ponto importante a destacar quanto à estatística, refere-se ao alto percentual de transação. Mais de 75% dos feitos (processos) redundam em acordo, com índice de cumprimento superior a 85%, sendo tais percentuais, em algumas comarcas, ainda maior.

A exequibilidade das condições, talvez pelo fato de decorrerem de um ato de aceitação, ou por reconhecimento do erro ou, até mesmo por questão de ordem humanitária, tornou-se bem mais fácil.

Por outro lado, o descumprimento da(s) condição(ões) é realmente mínimo. Isso deve-se, é claro, em grande parte, de um lado, por não ser uma medida impositiva e, de outro, graças à colaboração da sociedade. A participação da sociedade nos Juizados Especiais Criminais, em especial nas execuções, é fundamental.

12. Juizado de plantão: breves considerações e sugestões de *lege ferenda*

O Juizado de Plantão, conquanto previsto na Lei 1.071, de 1990, no seu artigo 70 e seguintes, até o momento não foi instalado. O motivo é de ordem material e humana. Exige-se um número maior de juízes, de promotores, de funcionários, de peritos etc. Ora, essa estrutura implica em ônus elevadíssimo para o Estado.

Temos que, considerando os altos custos operacionais do Juizado de Plantão e por outro lado, levando em consideração que o Juizado, como vem funcionando, está atendendo de forma satisfatória seus propósitos, o funcionamento de mais uma estrutura é desnecessária.

Pensamos, de outra parte, que ao invés de se criar uma outra estrutura para o funcionamento do Juizado de Plantão, seria bem mais produtora alterar a lei no sentido de dar legitimidade ao Ministério Público, na condição de titular da ação para, preliminarmente, em se tratando de indiciado primário, antes da denúncia, transacionar com o mesmo e, a seguir, submetê-la à homologação do juiz, nos moldes dos artigos 180 e 181 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com este procedimento, seguramente, a celeridade da justiça seria ainda maior e com custos bem menores. Somente se proporia a ação penal, nas hipóteses onde a transação não fosse possível ou não homologada.

Isto, sem dúvida, representa um grande avanço. As vantagens são inúmeras. Além das acima apontadas, há várias outras, v.g., a resposta imediata ao infrator da lei, à vítima etc.

13. Considerações finais

Em suma, a experiência do Estado de Mato Grosso do Sul, demonstrou que com a implantação e funcionamento dos Juizados Cíveis e Criminais:

a) a prestação jurisdicional, quer na primeira, quer na segunda instância, se tomou bem mais célere;

b) descongestionou-se as varas criminais e inclusive, as delegacias de polícia, em especial, com a supressão do inquérito policial;

c) o índice de descumprimento das condições da transação é bem inferior à aquele verificado na execução comum;

d) há uma maior aproximação do Direito Penal à sociedade;

e) a justiça se tomou bem mais efetiva e democrática;

f) enfim, podemos não ter a melhor justiça do país, mas temos com certeza, a mais rápida.

DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE PENAL

JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA

Juiz de Direito em São Paulo e Professor
de Processo Penal da USP

O tema em exposição encontra abrigo em lições de Romeu Pires de Campos Barros, particularmente em idéias expostas no "Interrogatório do Acusado e o Princípio da Verdade Real" (*Estudos de Direito e Processo Penal em Memória à Nelson Hungria*, p. 315) e na *Correlação entre Acusação e Sentença* (Revista de Direito Processual Civil, V. II, p. 136).

A solução abreviada da lide penal, assentada em juízo de convencimento do Magistrado, ao colher no interrogatório a confissão, não encontra, quer nos princípios processuais constitucionais, quer no ordenamento processual ordinário, impedimento à sua adoção.

Em seu "Interrogatório", o homenageado mestre afirma: "A verdade constitui o objetivo máximo do próprio processo" (ob. cit., p. 315).

E páginas adiante anota o mestre que no interrogatório "se tem em vista conhecer a verdade de um fato que ele cometeu"; "daquele que conhece toda a verdade e ainda, se quiser, poderá representar ao julgador, de forma completa e exata, a existência ou inexistência e a modalidade de toda a situação de fato que com o processo se quer descobrir" (ob. cit., p. 326).

Não se põe aqui sob questão as posições identificáveis do acusado na relação processual, quais sejam, a "situação jurídica material de parte", a de "participação no ofício de defesa" e a "instrumental de fonte de prova". Da mesma

forma, não se toma posição sobre a função predominante do interrogatório, se unicamente "ato de defesa" (Bento de Faria, *Código de Processo Penal*; Edgar Costa, Jorge Alberto Romeiro in *Considerações sobre o Interrogatório*), se "serve como fonte de prova" (Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, v. 4, p. 10), ou se representa, "meio de prova e ato de defesa" (Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, p. 321; Lincoln Prates, in Revista Forense 114/218; Nelson Hungria, in Revista Forense 88/561; Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 104; Ary Franco, *Código de Processo Penal*, v. I, p. 276; Florian, *Elementos Derecho Procesal Penal*, p. 335).

Todavia, dentro das controvertidas posições doutrinárias em torno do interrogatório, não esquecendo ser ele ato do processo, cujo "objetivo máximo é a pesquisa da verdade", não se lhe pode recusar função instrutória, sobre a qual se projeta interesse da parte jurídica material.

A lei processual constitucional, em linha de garantia desse litigante, assegurou a "ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5.º, LV, Constituição Federal).

Em outros termos, a defesa presente ao interrogatório não é só a que decorre da qualificação doutrinária do instituto, identificada pela fala do leigo acusado. Mas, ainda a defesa técnica, adequada à

complexidade formal e científica do ato em que se manifesta, a que exige a lei maior.

A não assistência de Advogado às declarações do acusado afeta o núcleo essencial das garantias de defesa, se não se lhe negar, como não se pode, a qualidade de "sujeito processual" (Eduardo Correia, *Processo Criminal Português*, p. 169; Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Direito Processual Português*, v. I, p. 142).

Três notas compõem o direito à ampla defesa. O de assistir e intervir em todos os atos processuais, que impliquem com as garantias da liberdade individual; o de ser ouvido, por isso ter conhecimento da imputação para o exercício do contraditório; o de ter assistência judiciária (Castanheira Neves, in *Sumários*, p. 167).

Mesmo confiando na serenidade, preparação jurídica e objetividade da inquirição procedida pelo Magistrado, a assistência de defensor aos interrogatórios é inafastável como exigência necessária à garantia de defesa. A ausência de ciência técnica, a respeito do ato de que participa, pode conduzir o leigo a contribuir para o erro judiciário.

Nossa atual lei maior, na construção do sistema jurídico de proteção ao indivíduo, nivelou-se ao progresso alcançado por legislações atentas à dignidade dos cidadãos.

No direito inglês a assistência do defensor às declarações do arguido tornou-se indiscutível após reformulação das célebres *Judge's Rules*, em 1964: "every person at any stage of an investigation should be able to communicate and consult privately with a solicitor".

Idêntica é a posição nos USA, após a Emenda Constitucional n. 6, que consagrou o direito de todo arguido à *assistance of counsel*, em sequência à célebre decisão do caso Escobedo x Illinois, em 1964 (J. Thompson, *The Supreme Court*).

No direito francês, diversa não é a regulamentação da matéria, onde se

dispõe que o defensor deve estar presente a qualquer interrogatório, a menos que o arguido tenha expressamente renunciado à sua assistência (art. 118, 1).

No direito italiano, o Código de Processo Penal de 1930, não continha preceito assegurando ao arguido direito a ser assistido no interrogatório. A chamada *piccola reforma* de 1955 manteve esta orientação no art. 304-bis, "per permettere che l'imputato si regoli nel rispondere con la maggiore franchezza possibile contestazioni che gli o vengono mosse, al di fuori di ogni preoccupazione e sugestione derivante dalla presenza di Terzi".

Combatida como artificiosa e farisaica esta justificação, acabou colhendo da Corte Costituzionale reprovação: "é constitucionalmente ilegítimo l'art 304-bis nella parte nella quale esclude il diritto dell'imputato di farsi assistere dal difensore nell'interrogatorio" (S. Ranieri, *Assistenza del difensore all'interrogatorio*, 1971, p. 93).

O novo Código de Processo Penal Italiano, de 1988, adotando uma linha menos inquisitiva que a então vigente no direito processual penal peninsular, impõe que se faculte a assistência por advogado até mesmo a quem não é acusado, ou indiciado, conquanto proceda a declaração que possa acarretar-lhe persecução penal (art. 63).

A breve incursão no direito alienígena, que tem influenciado a nossa ordem constitucional e processual, revela afinda sensibilidade com o direito de defesa do arguido com exigência de assistência de Advogado no interrogatório.

Revestida pela garantia de defesa a palavra do réu no interrogatório, não se pode afastar o valor de convicção resultante da confissão, se compatível e concorde com outros elementos dos autos (art. 197 CPP).

A auto-acusação falsa, ante a assistência de defensor, fica para o plano cerebrino.

Convencido o Magistrado sobre a verdade pesquisada pelo processo, garantida a presença da defesa no ato instrutório, sem boa harmonia com o princípio da economia processual se põe o formalismo de observar procedimento de investigação da verdade já encontrada.

No escrever sobre *Correlação entre Acusação e Sentença*, Romeu Pires de Campos Barros ensina "que o objeto do processo é um fato concreto" e "que esse fato concreto é atribuído a uma pessoa, e cuja verdade forma o objeto da declaração processual" (p. 42).

Reflete-se nesta passagem o pensamento de Giuseppe Bettiol, de que "o escopo de todo o processo é a verdade" (*Instituições de Direito e Processo Penal*, p. 281, ed. Coimbra, 1974).

A verdade investigada no processo é sobre o ato nele afirmado.

Daf o acerto de Romeu Pires de Campos Barros em ter o processo como instrumento de pesquisa sobre fato proposto como verdadeiro, configurador de ilícito criminal.

No campo civil, convencido o juiz a respeito do fato pesquisa, o princípio da economia processual e a lógica sã apontam para o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC).

Em razão da diversidade das lides, em cursos de processos penal e civil, não se pode desejar desdobramentos diferenciados ante a mesma situação de espírito do julgador. Em outras palavras, impor-se o formalismo de esgotar o procedimento na hipótese penal, para validar a manifestação do convencimento do juiz e, não assim cuidando-se da lide civil, equivale a tratar diferenciadamente o mesmo fenômeno do convencimento sobre a verdade penal e civil, para o julgamento.

Essa posição, todavia, não merece prevalecer.

O juiz é chamado a solucionar a lide. Diante do conflito de interesses entregasse ao juiz a função de intérprete do

direito e historiador na pesquisa dos fatos. A sentença expressa juízo de postura intermediária sobre o direito interpretado, sobre a verdade do fato alcançada.

Assim, a função do julgador, seja civil ou penal, no processo "é a de superar a incerteza, o que se resolve em procurar a certeza" (Carnelutti, *Nuevas Reflexiones*, Rev. Derecho Procesal, n. 1, p. 29, ed. 1957).

A natureza jurídica do fato investigado não interfere com o "objetivo máximo do processo" que é a pesquisa da verdade.

O julgamento, por procedimento abreviado, é reflexo do cumprimento do fim do processo, imposto por boa lógica, não por critério legislativo, quando se revela vazio de finalidade.

O instituto do julgamento antecipado da lide, não se apóia no princípio da autonomia da vontade, como equivocadamente pode parecer.

Quando a lide se instaura em contraposição de interesses privados, por serem eles disponíveis, o objeto mediato do processo submete-se, aparentemente, ao comando da vontade da parte. Ou seja, se o réu quiser dispor do bem que no processo se apresenta sob conflito, poderia fazê-lo através da confissão. O resultado da investigação, estaria, assim dominado pela vontade da parte, a moldar a solução da lide.

Dentro deste raciocínio se emprestaria eficácia à vontade do litigante no processo civil, não assim no penal.

O direito de punir, porque indisponível, estaria infenso à vontade da parte, a ser influenciada pela confissão.

Não a vontade do acusado, mas a prova trazida aos autos, por via da confissão, é que, ao convencer o Magistrado, empresta direção ao julgamento.

Melhor não é confundir o aspecto probatório do processo, com o comando, pela parte, em seu fundamento. Quer seja civil ou penal, seu "objetivo máximo" é a pesquisa da verdade.

A antecipação do julgamento da lide há que ser compreendida em função da formação do convencimento do juiz, cumprindo o processo seu objetivo, pelo encontro da verdade do fato investigado, não por se moldar à vontade da parte.

A circunstância de o processo civil prever o julgamento antecipado da lide (art. 330), não assim o estatuto processual penal, não constitui impedimento para a aplicação daquele instituto em lide criminal. A regra da aplicação analógica (art. 3.º do CPP) abre porta para o ingresso da disposição processual civil, no âmbito penal.

O processo é instrumento a serviço do direito material. Como regra de sua teoria geral, ensina o Professor Cândido Rangel Dinamarco (*A Instrumentalidade*, p. 416), “o procedimento há de se afeiçoar às peculiaridades de cada litígio, mediante aplicação do princípio da adaptabilidade”.

Quanto ao juízo declaratório emergente do convencimento do Magistrado a respeito do fato investigado, base da relação jurídica em conflito, o julgamento antecipado reveste-se de procedimento adequado.

Imprimir seqüência a atos processuais, porque não prevista a abreviação do procedimento criminal, vale por esquecer o princípio da adaptabilidade e olvidar o da economia, em nome do formalismo vazio: “As mesmas regras procedimentais que constituem penhor da efetividade do contraditório poderiam tornar-se empecilhos a ele, se enrijecidas; e também constituíram fatos de distanciamento entre o juiz e a causa, além de propiciar delongas desnecessárias.” (Prof. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade*, p. 416).

Conduzir o procedimento atento às peculiaridades do caso, não vale por optar por procedimento livre, mas por atender com simplicidade e economia o processo na consideração de seus fins.

Para bem cumprir sua função, o processo não deve perder o sentido de sua

missão instrumental, mas afastar-se de preocupações que se esgotam em si mesmas.

Como advertência desta função, têm os Códigos mantido expressa disposição de dispensa de formalismo inútil, o que ocorre na ausência de prejuízo, frente a procedimento que se desvia do modelo preestabelecido. É o sobre direito, acolhido em nossa legislação (art. 244, CPP e art. 563 do CPP), que tem por válido o proceder desconforme ao figurino legal, se permitiu o cumprimento dos fins perseguidos pelo processo.

Não se podendo recusar, à confissão, força de convencimento, por não se subverter o princípio da persuasão racional (art. 157 do CPP), se ausente pretensão por prova pela defesa, oportuna se torna a decisão antecipada.

O art. 197 do CPP orientou o julgador no trato com a confissão. Não diminui seu valor de convicção, como reminiscência ao sistema da prova tarifada, para impedir o julgamento quando nela se assenta o convencimento do juiz. Não se lhe impôs procura por outro dado instrutório, como se a confissão fosse “meia prova” e o procedimento subseqüente de procura da outra metade.

Melhor não é objetar sobre o emprego do instituto do processo civil (art. 330) no campo penal, pelo argumento de distinguir intensidades de convencimento.

A recomendação por maior, ou menor atividade do juiz em razão do interesse em lide (privado ou público) não desborda em consequência de que a confissão civil é hábil para convencer, não assim a penal.

O art. 330, I, do CPC é regra de procedimento, não regra de valoração de prova.

O julgamento da lide tem por base o convencimento do Magistrado, que resulta formado pela confissão, não pelo tratado da vontade dos litigantes.

Assim, ante igual fenômeno psicológico do julgador, não há porque recusar

idêntico proceder, o julgamento antecipado.

As lições sobre verdade formal, que seria própria do processo civil, e a real, pertencente ao penal, não constituem fundamento procedente para diferenciar efeitos para um mesmo estado de espírito, o convencimento.

O processo civil não se acomoda mais com a idéia do “juiz inerte”, substituída atualmente pela do “juiz ativo”, a quem se confere atuação, não para sanar inércia da parte, mas para formar seu convencimento. O “ônus objetivo” da prova é encargo, também, do juiz civil.

A verdade formal seria o desenho da posição do juiz quieto, satisfeito com a aparência das coisas, mero árbitro de fatos controvertidos como apresentados pelas partes. A verdade real seria aquela que, em razão do interesse público, levasse o juiz além da atuação das partes, dos limites artificiais, para formar seu convencimento.

As distintas verdades, formal e real, não expressam estados ou graus de convicções, descrevem postura do juiz na condução do processo.

A verdade não tem duas faces, constitui adequação entre o pensamento e a realidade.

Os qualificativos, formal ou real, não apresentam duas verdades, não retratam relações diversas entre o intelecto e a coisa, são sim retratos de atividades instrutórias do Magistrado.

Sendo o juiz livre para formar seu convencimento, pode declará-lo antecipadamente, sendo este o seu estado de espírito, não afrontando pretensão por prova proposta pela defesa.

Da mesma forma como se busca para o processo, de ampla atividade instrutória, o julgamento antecipado da lide, é ele mantido no cível hoje dominado pelo sentido de publicização.

Em harmonia com as idéias antes apontadas, Romeu Pires de Campos Barros anota que o interrogatório, tal

como foi modelado pelo nosso Direito, tem como principal finalidade contribuir para a descoberta da verdade: “o interrogatório se apresenta com a mais importante das fontes de convencimento de que o juiz se poderá servir para alcançá-la” (*Estudos de Direito*, p. 327).

Sendo o processo instrumento de investigação, o que nele se pede é uma decisão que responda sobre a verdade, consoante escreve Leone (*Tratado*, v. I, p. 129, Trad. Santis Nelendo, ed. 1963): “La acción se traduce así en un poder provisto de aptitud para excitar la actividad jurisdiccional encaminada hacia la comprobación de un factum de apariencia delictiva”.

A revelação de fatos na confissão, convencendo o julgador, não pode ser interpretada como ato de transação, de disponibilidade de direito.

A verdade, como ato alcançado em determinado trecho do procedimento, quando não sofre controvérsia, desautoriza o prosseguimento do processo.

Por outro lado, completado o círculo instrutório do procedimento sem convencimento do juiz, há justificativa para ampliação de atos cognitivos.

O art. 330 do CPC inspirou-se no Código Português, que se refere ao julgamento abreviado, se o processo “contiver todos os elementos para uma decisão conscienciosa”. Em outros termos, sem relevo a natureza penal ou civil da lide, desde que amadurecida a causa está apta a receber o julgamento.

O tema sobre julgamento antecipado da lide penal já buscou expressa declaração no estatuto processual, através do art. 291 do projeto de Lei 1.268, de 1979, o que se repetiu no anteprojeto do Ministério da Justiça, publicado pela Portaria 320, de 26.5.51, do Ministério da Justiça, art. 264.

A circunstância de não estar consignado no atual estatuto processual penal o ensejo de julgamento em curso abreviado, não leva ao entendimento de ser

ele vedado: "Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para seus fins." (Dinamarco, *A Instrumentalidade*, p. 180).

Sem boa lógica apresenta-se o prosseguir de processo quando se alcançou seus fins, como instrumento de investigação da verdade, revelada pelo convencimento formado do juiz.

A seqüência de atos processuais, sem prova proposta pela defesa a excluir-lhe a configuração de prejuízo, vale por emprestar homenagem à forma inútil. Ou, como diria a Professora Ada Pellegrini Grinover: "predomina hoje em dia o sistema da instrumentalidade das formas, em que se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico" (*As Nulidades no Processo Penal*, p. 22).

Inexistindo, como não há, vedação expressa no estatuto processual penal ao julgamento antecipado da lide, ante o convencimento do juiz sobre o conflito de interesses, a sentença só encontra óbice a ser lançada se tipificar, em concreto, afronta ao princípio da ampla defesa.

O prosseguir do procedimento, cumprido o fim investigatório do processo, agrada só ao formalismo inútil, se ausente interesse probatório do acusado, a eliminar a idéia de prejuízo à defesa.

A garantia constitucional da plena defesa há que ser compreendida em função de proposição probatória da defesa.

Ante o novo texto constitucional (art. 5.º, LV), não mais se deve distinguir os processos, civil e penal, como ensina a Professora Ada Pellegrini Grinover, em *Princípios Constitucionais*, p. 18: "O princípio da proteção judiciária substitui

no processo civil, as garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório, explicitado somente para o processo penal".

Hoje, a ampla defesa e o contraditório constituem garantias aos litigantes de "processo judicial", sem discriminação se penal ou civil.

Se o art. 330, I, do CPC não ofende a Constituição, por isso vem sendo aplicado na vigência do art. 5.º, LV, da CF, a hipótese comporta reprodução no processo penal.

Em resumo, cumprindo o "objetivo máximo do processo", o encontro da verdade investigada, o convencimento do juiz, se direito à ampla defesa não exigir que se complete o procedimento com proposta de prova, pode ser lançado o julgamento antecipado da lide penal.

O presumido prejuízo que se poderia supor subsistente, pelo encurtar do procedimento, fica afastado ante o pronunciamento do acusado, em interrogatório, assistido pela defesa técnica.

Essa é a posição favorecida pela teoria geral do processo, a impedir trato diferenciado ante o mesmo fenômeno impulsionador da sentença, como dispensa dos seguintes atos processuais, marcados como inúteis: "O processo é uma atividade estatal voltada à obtenção de resultados práticos, não se prestando, assim, a discussões meramente acadêmicas, das quais não seja possível extrair qualquer consequência útil". (Professora Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., p. 26).

Em conclusão, afastado o prejuízo à ampla defesa, por haver sido emprestada assistência ao argüido na confissão, amparada pelos demais elementos dos autos, oportuno se torna o julgamento antecipado, em atenção ao princípio da economia e a congruência entre atos processuais.

REFORMA PENAL — 10 ANOS

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Professor da Universidade de Brasília
e Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A reforma penal brasileira completa dez anos. Compreende a Parte Geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal, respectivamente, Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 e a Lei 7.210, da mesma data.

O Ministro da Justiça de então, Deputado Ibrahim Abi Ackel, constituiu depois Comissão para elaborar o anteprojeto da reforma da Parte Especial e da Lei das Contravenções Penais. Esse trabalho também fora concluído, todavia, sucessão da Presidência da República imprimiu outra orientação. Apesar de encerrada a revisão, não saiu do Ministério da Justiça.

A crítica da reforma penal reclama, ainda que ligeira, referência a seus antecedentes.

Nada acontece por acaso. Tudo resulta de sucessão de fatos.

O sistema penitenciário mostrava-se insuficiente. As críticas eram veementes. A superpopulação carcerária alcançava cifras inquietantes. O número de mandados de prisão que não eram cumpridos também preocupava as autoridades.

O relatório da CPI do Sistema Penitenciário assinalou o momento mais significativo. Publicado no Diário do Congresso Nacional, no dia 4 de junho de 1976 (Suplemento ao n. 61), trouxe ao conhecimento da Nação o angustiante problema. Registrou-se que se tornava necessária.

“A elaboração de um novo sistema de penas, com substitutivos à pena de pri-

ção, nos casos adequados, tais como: ampliação do instituto da suspensão condicional da pena, de forma a ensejar sua aplicação com maior largueza; prescrição da reincidência dentro do prazo de cinco anos, uma vez cumprida a pena; repetição da suspensão condicional da pena, confiado ao juiz o arbítrio para concedê-la nos casos em que se convença da inexistência de periculosidade; ampliação do elenco de casos de substituição da pena de reclusão pela de detenção ou multa; adoção da pena domiciliar, restritiva de direitos de locomoção do imputado; adoção da prisão albergue domiciliar, como semente do *probation* (fiscalização); interdição de direitos, dentre os quais, a suspensão ou a cassação do direito ao exercício da profissão; suspensão ou cassação da carteira de habilitação para dirigir veículo”.

No tocante à execução penal, concluiu: “As penas de reclusão e de detenção, bem como as imposições penais prévias não se distinguem para a grande maioria dos presos, cumpridas que são em cárceres promíscuos; a individualização da pena é obstaculada pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos; grande parte da população carcerária vive em ociosidade, sob a influência corruptora da subcultura criminal; esse tipo de prisão acentua o caráter criminógeno do cárcere e antes serve à difusão e ao aperfeiçoamento do crime do que à

defesa da sociedade... Preconiza-se novo sistema de penas, dotado de substitutivos à pena de prisão, revestidos de eficácia pedagógica, de forma a restringir a privação da liberdade a crimes graves e delinquentes perigosos. A busca de outras sanções para criminosos sem periculosidade diminuirá a ação criminógena do cárcere e atuará como fator de despovoação das prisões — O exame da personalidade do sentenciado, tendo em vista a natureza do crime, é que determinará sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena”.

Com os olhos voltados para essa realidade, a Comissão embora sem preocupação de filiar-se ortodoxamente a uma Escola, elabora o anteprojeto filiando-se às modernas orientações doutrinárias. Atende, ainda, à contribuição da jurisprudência brasileira.

O projeto ajustou-se às conclusões do 6.º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent (Caracas, Venezuela, de 25 de agosto aos 5 de setembro de 1980).

Voltou-se, fundamentalmente, para a realidade brasileira. Atento também às recomendações do Congresso de Kyoto, no Japão, em 1970, cuja política fora adotada, entre nós, pela Lei 6.416/77.

Depois de publicado o texto da Comissão, receberam-se as sugestões da sociedade brasileira. Promoveu-se a revisão. Ao depois, encaminhado o texto ao Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados, foi Relator o Deputado Nilson Gibson. No Senado Federal, o Senador Odacyr Soares.

O trâmite legislativo não foi fácil. Confirmara-se a observação do Ministro da Justiça. O envio conjunto de reforma da Parte Geral e da Parte Especial corria o risco de o projeto não ser aprovado. Com efeito, enquanto a Parte Geral reúne as normas gerais da teoria geral do delito, a Parte Especial compreende temas polêmicos, políticos do Código.

Debater erro de fato, erro de direito, erro de tipo, erro de proibição é assunto restrito aos técnicos e a quem domine a teoria geral do delito. Ao contrário, discutir aborto, eutanásia, sedução, adultério, por exemplo, dado, preponderantemente, o sentido político, o debate fica ao alcance de maior número de pessoas e, sem dúvida, posições radicais se entrechocam, dificultando elaborar texto de consenso.

Apesar disso, o Ministério da Justiça teve que transigir com o Congresso. Sacrificaram-se pormenores para ensejar o trânsito do projeto. Ilustrativamente, recorde, o ilustre Deputado Egydio Ferreira Lima apresentara, por solicitação da Ordem dos Advogados, Seccional de Pernambuco, várias emendas. Mais de dez. Houve, então, acordo para a aceitação de algumas. Não obstante a resistência, permaneceu a que confere, hoje, a redação do art. 13 — Relação de Causalidade. Com isso, o texto final encerra evidente conflito técnico. O *caput* adota o critério naturalístico. O parágrafo, contudo, específico da omissão, segue critério normativo.

A reforma reelaborou profunda alteração do Sistema de penas. Afasta-se da idéia — crime/cadeia. Busca conferir sentido dinâmico ao sistema do cumprimento da pena. Daí a necessidade, como foi feito, da Lei de Execução da Pena (Exame pormenorizado dos institutos consta de nosso trabalho *Código Penal de 1984 — Antecedentes. Ideologia. Princípio. Orientação. Finalidade* in Revista de Informação Legislativa (a. 22 n. 86 abr./jun. 1985).

Hoje, são passados 10 anos de vigência. Colocam-se algumas interrogações. A reforma se justificou? Compensou o trabalho? Foi eficiente? Não seria melhor o texto anterior?

Evidente, as respostas não serão unânimes. Em parte, porque estamos no âmbito de ciência normativa. De outra, tantas vezes, a crítica não considera o

fenômeno — crime — em todos seus aspectos.

Infração penal, quando examinada em função também das manchetes sangrentas dos jornais, não é fenômeno que se desenvolve apenas no plano normativo. Ao contrário, projeta-se no mundo da experiência jurídica.

O *O Estado de S. Paulo*, edição de domingo (23 de abril de 1995) estampa em manchete — “Cresce violência na Grande São Paulo”. A notícia informa que a violência cresce na Grande São Paulo e supera os números de Nova York e de Los Angeles. Todos os dias de 12 a 15 pessoas são mortas na Capital. O homicídio foi o crime que mais aumentou. Evoluiu 47%, nos últimos quatro anos, período em que a população cresceu cerca de 8%. Em 1992 (1.246), 1993 (1.311), 1994 (1.658) e 1995 (1.827). Esses números referem-se ao 1.º trimestre de cada ano.

Coloca-se, então, mais uma vez, a pergunta. O Código Penal foi ineficaz? A reforma evidenciou fracasso? Precisa-se pensar em reforma da reforma?

Os especialistas, acredito, têm posição firmada.

O tempo desta palestra não ensejará análise ampla, exaustiva. Prefiro eleger, por isso, como ponto central, o sistema de penas e a execução da mesma.

Aliás, a reforma, insista-se, foi elaborada por causa do sistema penitenciário. O Brasil, seja normativamente, quanto no campo prático, está em mora com as últimas recomendações.

O Código Penal de 1940 inspirara-se no Código Rocco, da Itália. O sistema de penas, não obstante a influência da Escola Positiva, mostrava-se inflexível. Em 1975, naquele país, foi editada a lei do sistema penitenciário, conferindo nova filosofia à matéria.

No Brasil, ainda não fora reelaborado o sistema de modo completo.

A Lei 7.209/84 estatui no art. 3.º: “Dentro de um ano, a contar da vigência

desta lei, a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomarão as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos, sem prejuízo da imediata aplicação e do cumprimento dessas penas onde seja isso possível.

A substituição das penas privativas do exercício do direito de liberdade foi a maior contribuição da reforma. Não só do ponto de vista prático. Resultado também da moderna teoria geral do delito. A culpabilidade (sentido moderno do termo, qual seja, reprovabilidade ao agente do fato) ganhou significativa importância. Estabelece, do ponto de vista axiológico, distinção de agentes. Mais do que isso. Recomenda tratamento diferenciado. Realiza-se o parâmetro da verdadeira justiça. Não tem significado jurídico, porque atenta contra o princípio da isonomia, tratar igualmente situações desiguais.

Não faz sentido, agente de culpabilidade mínima ser colocado no mesmo parâmetro de agente de culpabilidade acentuada. Daí a necessidade de ser possível a substituição da pena que suprime o exercício do direito de liberdade.

Evidente, a substituição não pode ser reduzida a uma farsa para o não cumprimento da pena.

Prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (CP, art. 43 c/ c art. 46, 47 e 48) para serem eficazes, necessitam do devido acompanhamento.

A substituição precisa ser incentivada. Infelizmente, ao lado da insuficiência material, a reforma encontrou resistência da sociedade, acostumada a raciocinar com o mencionado binômio — crime/cadeia. Ainda não se habituou com a idéia de soluções alternativas.

Menciono fato ocorrido em Brasília. O motorista de um automóvel, dirigindo com excesso de velocidade, em determinado momento, perde a direção do carro,

ultrapassa o meio-fio e alcança, na parada de ônibus, três pessoas da mesma família. Atropela-as, provocando a morte de todas.

A sentença reconheceu o homicídio culposo, configurando o concurso formal. Individualizou a pena. Substituiu-a pela prestação de serviços à comunidade. Considerou que o réu, advogado, deveria dar assistência jurídica aos presos da Papuda (presídio do Distrito Federal).

Do ponto de vista social, a sentença foi sensível ao significado moderno da pena, ou seja, só se justifica se necessária e deve ser aplicada para atender ao interesse público.

Entre deixar o condenado, na ociosidade do presídio e exigir atividade socialmente útil, sem dúvida, impõe-se a segunda hipótese. Na espécie mencionada, o conteúdo compensou (juridicamente) o dano causado com o trabalho a quem não dispõe de advogado para acompanhar o processo penal.

A sociedade, porém, nem sempre é compreensiva.

Publicada a mencionada sentença, um jornal de Brasília lançou veemente protesto, afirmando que o autor de três mortes continuaria em liberdade!

Não teve, evidente, a sensibilidade de compreender que o Estado, através da pena, visa a extrair utilidade social.

A reforma, nesse passo, seguiu a trilha correta. Precisa ser incentivada.

Neste ponto, reconheça-se, há descompasso entre a vigência e a eficácia da norma. Tanto assim, quando o juiz promove a substituição, há como que espanto geral, a ponto dos jornais noticiarem o fato como algo inusitado.

O sistema de penas, assim, não encontrou a plenitude de sua realização. Aliás, o legislador brasileiro parece não aprovar o dispositivo da Constituição da República (inciso XLVI) que recomenda adotar, entre outras, como sanção principal a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social

alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

A reforma penal, assim, antecipou-se a Carta Política. Teve visão e iniciativa de ampliar as sanções penais, sacudindo as tradicionais reclusão, detenção, prisão simples e multa.

Não faz sentido, na visão moderna do crime, limitar o juiz a extensão tão restrita. Não há dois delinquentes iguais. Como a pena é resposta político-social ao agente, deve ser ampla, de modo a ensejar o magistrado ajustá-la ao caso concreto. Evidente, ajustá-la do ponto de vista material, para a sentença condenatória não ser mera aplicação formal de normas jurídicas.

A reforma penal, insista-se, tem esse grande mérito. Mudou a sistemática de aplicação da pena. Conferiu ao juiz amplitude de ação até então inexistente. Provocou, ademais, o constituinte a recomendar a ampliação do leque repressivo.

No caso da reforma penal, dir-se-á, a omissão não é do legislador. Ao contrário, do Estado (sentido amplo) que não implementou os requisitos para cumprimento da lei.

A criminalidade, todos sabem, existe em qualquer comunidade. Aumenta, todavia, chegando, muitas vezes, a níveis inquietantes, nos grandes centros urbanos. Aqui, as chamadas normas primárias de controle perdem eficácia e a pessoa encontra ambiente propício para as condutas delituosas.

Nas comarcas de população menor, é possível a substituição da pena privativa do exercício do direito de liberdade. Af, o condenado é constantemente vigiado. Na cidade grande, entretanto, o controle, muitas vezes, é nenhum. O juiz não tem condições para promover o acompanhamento. Faz-se imprescindível, por isso, organização administrativa específica, dotada de profissionais especialistas na área. Caso contrário, ter-se-á, mais uma vez, de contemplar a ineficácia da lei.

O sistema do Código enseja distinguir delinquentes, conferindo, a cada um, o devido tratamento penal.

Necessário, porém, voltar a atenção para a Parte Especial. No tocante ao sistema de penas, promover a atuação da Constituição da República. A criatividade do legislador precisa ser colocada em movimento. Urge substituir, quanto possível, as penas privativas do exercício do direito de liberdade. Reservá-las apenas aos casos de gravidade manifesta, notadamente nos casos de violência, ou grave ameaça à pessoa e desde que outra não se faça recomendável.

Nenhuma reforma, outrossim, será eficaz se não houver confiança no Poder Judiciário, no sentido de conferir ao juiz amplo poder discricionário. Além disso, o magistrado deve imbuir-se da idéia de a sanção penal (compreendendo-se também, a sanção cautelar e a sanção processual) ter, como pressuposto, a necessidade. Caso contrário, vulgarizar-se-á a pena privativa do exercício do direito de liberdade, aumentando o número, não havendo, em contrapartida, estabelecimento adequado, gerando a superlotação, que, por sua vez, incentiva a indisciplina, a imoralidade e a corrupção.

Não é momento oportuno para aprofundada investigação de ordem criminológica. Todavia, a sociedade, muitas vezes, atua como fator concorrente. De qualquer modo, o delinquente é membro da sociedade; como tal, precisa ser absorvido por ela. A execução da pena é modo dessa conciliação.

Pessoas menos avisadas imaginam que a finalidade do Código Penal é acabar com a criminalidade.

Nada mais errado do que isso!

O crime (qualificação valorativo-negativa da conduta) sempre existiu e sempre existirá, pelo menos no quadro histórico em que vivemos.

O Direito existe onde há sociedade. Em havendo sociedade, haverá valora-

ção da conduta. A resposta manifesta-se através da sanção. Quando se torna insuportável, ganha a severidade penal.

A esse conceito material, razões históricas e políticas conduziram à uma exigência formal, consubstanciada na anterioridade da lei penal — *nullum crimen, nulla poena sine legem*.

O Código Penal, por isso, seleciona condutas negativas e disciplina o tratamento jurídico ao seu autor.

Em outras palavras, na atual quadra histórica, de moral civilizado, disciplina a resposta jurídica.

Essa resposta deve enquadrar-se nos parâmetros dos Direitos Humanos para ganhar legitimidade.

Assim, o Código Penal não tem por objetivo eliminar a criminalidade. Ao contrário, conferir-lhe o devido tratamento jurídico.

Esta colocação afasta a procedência dos juízos precipitados que atribuem à reforma penal a causa, se não do incremento, pelo menos, por não haver diminuído a criminalidade.

Nota-se, há, aí, evidente erro de colocação.

Sociedade como a nossa, com inquietante aumento demográfico, profunda e prolongada crise econômica, passando por revisão de valores, sem dúvida, projeta criminalidade crescente, evidenciando aparecimento de meios sofisticados de execução. O mundo, de outro lado, dia-a-dia fica menor. A criminalidade internacional, por isso, é constantemente incrementada.

De outro lado, por concepção de valores ou de aparelhamento mais eficaz, manifesta-se, hoje, criminalidade que não vinha à apreciação do Judiciário.

A "cifra negra", no sentido criminológico, e a "cifra dourada", referente aos crimes do colarinho branco, começam a ser afetadas.

Em nosso Tribunal, há algum tempo, em todas as sessões há *Habeas Corpus*, ou Recursos de *Habeas Corpus* visando

a atacar denúncia, ou processos que tratam do chamado crime tributário.

A sonegação fiscal, entre nós, sempre existiu. Todavia, a repressão nunca se manifestara.

O tempo mudou. O Direito Penal teve sua clientela ampliada, alcançando faixa de pessoas até então social e economicamente protegidas.

O sistema de penas, introduzido na atual Parte Geral, confere razoável amplitude ao poder discricionário do Juiz. A pena deixou de ser mero esquema formal. A execução atribui especial significado ao comportamento do condenado. Antes, bastava aguardar o passar dos anos para receber a autorização de saída. Do condenado, exigia-se muito pouco; praticamente apenas o bom comportamento para obter o benefício dos chamados incidentes da execução.

Agora, ao contrário, a lei estimula a colaboração do condenado.

De um lado, acentue-se, o sistema progressivo da execução da pena dá alento para a disciplina.

Do regime fechado, poderá, segundo o mérito do condenado, passar para o regime semi-aberto e, deste, para o aberto. Ademais, tenha-se presente a remição; pelo trabalho, compensará o tempo da execução da pena à razão de um dia de pena por três de trabalho.

Merece referência especial também as autorizações de saída, compreendendo a permissão de saída e a saída temporária.

Se a sanção penal deve ser, a teor do disposto no art. 59 do Código Penal, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, impõe-se à execução manter o condenado, quanto possível, em contato com a sociedade. A esta, cumpre retornar. Outra finalidade, com certeza, será a negação do próprio sistema.

O sistema de penas, sem dúvida, é ponto relevante. Graças a ele (tenho convicção de não ser de eficácia plena) apesar das observações, honestamente

registradas, inúmeros condenados deixaram de ser jogados nas masmorras, onde, inevitavelmente, seriam agredidos física e moralmente.

Não resultaria nenhum benefício.

A reforma penal, contudo, não se restringe somente a modificações de ordem formal. Encerra oportunidade para aplicar o Direito justo.

Não concebo o Direito senão como momento e trânsito para realizar valores. Dentre estes, ressalta-se, a Justiça.

A vigente Parte Geral banuiu (prefiro enfatizar — de modo absoluto) a responsabilidade objetiva e o que é pior, a responsabilidade por fato de outrem.

O art. 19 — agravação pelo resultado — colocou o Direito Penal brasileiro consoante os princípios modernos.

Se o crime (também, evidente, a pena, consequência lógica) encerram reprovação ao agente, se o delito, fundamentalmente, é conduta qualificada, não faz sentido punir alguém, a esse título, senão quando o comportamento for juridicamente censurado.

Interpretação lógico-sistemática repele análise precipitada (vinculada à redação anterior) de persistência da responsabilidade objetiva, por exemplo, quando o art. 28 estatui que não excluam a imputabilidade penal: I — a emoção ou a paixão; II — a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo “álcool ou substância de efeitos análogos”.

Cumprir distinguir — presunção de imputabilidade — e elemento subjetivo.

Apesar da presunção (melhor seria se não houvesse), é restrita à imputabilidade, ou seja, o agente, não obstante as referidas circunstâncias, continua em condições de raciocínio e de autodomínio.

Não basta, porém, para a existência da infração penal, a imputabilidade. Exige-se ainda — ação, ou omissão. A conduta (comissiva, ou omissiva) não prescinde da vontade. Daí, a exigência de comportamento doloso, ou culposos.

Será contraditório Direito Penal da culpa prescindir da culpa (sentido amplo). Só assim, conjugar-se-ão o art. 28 e o art. 18, dispondo este, categoricamente, que o crime é doloso, ou culposo. Não há terceira espécie.

E mais. Se, pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente, não faz sentido dar relevo à vontade "para agravar a pena", dela prescindindo como elemento essencial do delito.

O conceito de infração penal resultante do sistema da Parte Geral confere ao intérprete dar solução aos casos concretos, nos parâmetros do Direito Penal moderno.

Neste ponto, a magistratura tem importante papel que desenvolve para a interpretação dos institutos deixar de expressar o sentido formal e ganhar a dignidade de análise material.

Arriscaria dar um exemplo. Haverá polêmica, não tenho dúvida. Prefiro arrostá-la a ficar restrito a fórmulas repetidas.

A individualização da pena é princípio registrado na Constituição Federal (art. 5.º, XLVI). Compreende três etapas: cominação, aplicação e execução.

A cominação é trabalho do legislador, define a pena através de lei formal. Conquista histórico-política indispensável no Direito Penal moderno.

Dada a harmonia dos Poderes, o Judiciário promove a aplicação, definindo "as penas aplicáveis dentre as cominadas" (CF, art. 59, I) e "a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos" (CP, art. 59, II).

Não se olvide, contudo, esses dispositivos integram o sistema das penas.

A pena, ficou registrado, encerra ideologia. Além disso, só faz sentido se necessária.

As penas cominadas representam situações em que a sanção se faz necessária. Correspondem a hipóteses normativas socialmente relevantes.

O delito evidencia exigência histórica. A conduta, evidente é desvaliosa. O passar do tempo pode repercutir no tipo. Os usos e costumes, os valores, enfim, a história porque projeta cultura, variam no tempo e no espaço. O crime de hoje, amanhã pode ser conduta irrelevante (materialmente considerado), não obstante a manutenção do tipo. Substancialmente, pode esvaziar-se. Situação excepcional, contudo, admissível.

O mesmo raciocínio é válido quanto ao agente do crime. Porque autor da infração penal, é censurado. A culpabilidade (reprovabilidade) enseja gradação. Mais intensa. Menos intensa.

O sistema penal, não obstante o esquema sancionatório, contempla casos de extinção da punibilidade; casos em que, formalmente, a sanção se faz desnecessária (Política Criminal).

Coloca-se, então, esta hipótese.

Ao juiz é facultado aplicar a pena, abaixo do mínimo legal?

No quadrante atrás delineado, encontra-se a resposta.

A cominação mínima pensa reprovabilidade atenuada. Há, evidente, espaço entre esse grau de censurabilidade e a ausência de reprovabilidade. Neste caso, inexistirá a própria infração penal.

Coloca-se então a pergunta: se apesar de aplicada no mínimo, a pena, dada excepcional circunstância (não é excludente de ilicitude, nem excludente de culpabilidade) recomendar sanção ainda mais mitigada, pode o juiz fixá-la em patamar favorável ao réu?

Impõe-se resposta positiva.

O Juiz promove a adequação do normativo com a experiência jurídica. A lei, insista-se, não esgota o Direito. Inexiste, por isso, qualquer afronta ao princípio da individualização. Ao contrário, consagra a eficácia do próprio princípio. Ademais, deixa patente, os Poderes são independentes, contudo, harmônicos.

O legislador trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-

se-á o Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível ser descrita em todos os pormenores por quem elabora a lei.

Não se trata de mero preguismo. Ao contrário, realização de justiça material.

Agora, a observação final.

Alguns críticos da reforma, com acentuada dose de ironia, costumam dizer que a revisão da Parte Geral do Código e a Lei de Execução Penal foram elaboradas para a Suíça. Com isso, querem dizer, a reforma delirou da realidade brasileira.

Ledo engano! Vai, aí, insensibilidade ao significado da legislação!

O Direito preocupa-se com o dever-ser. O princípio da igualdade dos homens está inscrito na Carta Política. Aliás, tradição iniciada antes da Constituição Imperial de 1824, precisamente com as Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1821.

A isonomia, no entanto, não se realizou de modo completo. Distinções étnicas, sociais, culturais, econômicas, na prática, distinguem os homens. A lei, sabe-se, não atua, com o mesmo vigor, relativamente a alguém; por uma dessas razões, tem condições de enfrentar o chamado controle formal da criminalidade.

Não obstante, cumpre manter o princípio, como programa. É o dever-ser que se faz presente, solenemente proclamado. No dia em que todos (efetivamente) forem iguais, o comando constitucional far-se-á ocioso. Restará apenas como registro histórico!

O mesmo acontece com a legislação penal. Porque, exemplo, o sistema penitenciário de execução da pena não obedece o padrão mínimo recomendado, impõe-se formalizar normas tendentes a mudar esse quadro.

A lei, insista-se, só se justifica para manter, ou mudar a realidade, segundo tábua de valores. Se, entre nós, o sistema penitenciário e a execução da pena fossem, pelo menos, razoáveis, dispensar-se-ia qualquer lei para mudar a realidade. Enquanto isso não acontece, a norma (dever-ser) é imprescindível.

Assim, a comparação correta é esta: porque o Brasil não é a Suíça, fazem-se necessários Código Penal e Lei de Execução Penal, nos termos postos. Encerram programa. Quando a realidade a ele se ajustar, estará na hora de nova reforma penal.

Bom será se o tempo for breve!

SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA

MÁRCIO BÁRTOLI

Membro fundador do IBCCrim

1. Ineficácia das penas privativas de liberdade de curta duração e opção pela multa — 2. Critério da suficiência para a sua determinação — 3. Multa substitutiva — 4. Princípio da “pena justa” e impossibilidade de sua cumulação com outra sanção da mesma natureza — 5. Multa substitutiva e legislação especial — 6. Abolição da multa cumulada com penas privativas de liberdade de longa duração.

1. O direito penal moderno tem procurado restringir a aplicação das penas privativas de liberdade às hipóteses de necessidade extrema, principalmente, as de curta duração, previstas como reprovação à condutas descritas em tipos legais de crimes de pouca ou nenhuma repercussão penal, que margeiam a insignificância, imposta a infratores ocasionais, de nenhuma ou escassa periculosidade, servindo apenas para reprovar a chamada criminalidade branda.

Esse tipo de resposta penal encontra-se em franca decadência porque pouco representa em termos de reação social; porque não tem nenhuma eficácia educativa; porque, se cumprida, poderá propiciar a denominada dessocialização do condenado, decorrente da contaminação carcerária, cuja consequência é a produção de efeitos contrários aos da almejada reeducação para reinserção social, e porque muitos infratores não necessitam de qualquer tratamento penitenciário para continuar a conviver em sociedade.

De difícil execução, essas penas são sempre substituídas pelo *sursis*.

Como decorrência, vem a impossibilidade de velar pelo correto cumprimento das suas condições, pelo mais completo

desinteresse estatal na instalação dos equipamentos e serviços previstos na Lei de Execução Penal, ficando essa fiscalização na dependência do maior ou menor empenho e do maior ou menor interesse do juiz da execução.

O pensamento penalista, desde fins do século passado, tem tomado em atenção esses problemas. Alguns clássicos intransigentes, aferrados ao rigor do princípio retributivo, insistem na punição merecida, mas a tendência é para a admissão de medidas que possam ser empregadas sem os inconvenientes das penas desse gênero,¹ decorrentes das carências dos

1. Aníbal Bruno, *Direito Penal, Parte Geral*, III, p. 66; Segundo Heleno Fragoso: “A pena de multa evolui notavelmente no direito penal moderno, em consequência da luta contra as penas curtas de privação da liberdade, na qual se destacou *Von Liszt*. Na época em que ainda não se acreditava na prisão, assinalavam-se os efeitos nocivos das curtas penas privativas de liberdade, que serviam apenas para desmoralizar e degradar o condenado perante a família e a sociedade, fazendo-o perder o emprego e assim operando um sentido negativo ao de sua pretendida ressocialização. No direito moderno, pensa-se na pena de multa para afastar o delinquente da prisão, sempre que possível. Muitos afir-

sistemas penitenciários, do afastamento do condenado por pequeno lapso de tempo do meio familiar e social, das dificuldades de sua reinserção na comunidade e das distorções sofridas na curta passagem carcerária, fatores que impeliram a um sério reexame do problema e fizeram com que a pena de multa saísse do seu papel de “pena de segunda classe”, para readquirir uma posição de real importância nos sistemas penais modernos.²

Na Alemanha, por exemplo, a pena de multa é aplicada de forma freqüente, imposta a cerca de 85% dos casos, enquanto que a aplicação das penas privativas de curta duração só é autorizada excepcionalmente, em oportunidades especiais com exigência de uma singular prevenção geral e com o fim de ser uma lembrança ao autor do crime que necessita recordar-se de seus efeitos.³

mam o efeito benéfico de uma prisão curta, em certas situações, como prevê o direito inglês (*short sharp shock*)” (*Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Ed. Forense, 1991, p. 314); confira-se também Francesca Molinari, La pena pecuniária e la sua problemática in uma prospectiva di riforma, in *Problemi generali di diritto penale*, Giuffrè, Milano; Hans-Henrich Jescheck, Enfoque juscomparativo de la multa como instrumento de la política criminal moderna, *Ciencias Penales*, 1980, v. 8. Agustín Fernández Aalborg, La ejecución de las penas privativas de libertad en la reciente legislación española, *Estudios Penales y criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, 1979.

2. Luiz Regis Prado, *Multa Penal*, Ed. RT, 1993, p. 90.

3. Claus Roxin, *Introducción Al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel Derecho Barcelona, 1989, p. 70. O autor menciona também que houve recente reformulação da aplicação da pena pecuniária que aboliu a multa tarifada e adotou o sistema do dia-multa: “El legislador de la reforma penal ha pretendido superar dicho defecto mediante la introducción de un sistema originado em Escandinavia y conocido como “sistema de dias-multa” (§§ 40 y ss.). En este sistema,

Estatística mencionada por Luiz Regis Prado⁴ registra que na Europa a sanção pecuniária tem sido bastante privilegiada e sua aplicação se mantém no índice de 85%. Na Áustria, em 1967, de todas as penas impostas, 57% foram de multa. No Japão, mais de 90%. Nos Estados Unidos da América do Norte, 75% de todas as penas são multas, e na Inglaterra, mais de 80%. Na Espanha, durante o ano de 1969, de um total de 149.137 condenações, 106.379 corresponderam a multa.

No Brasil, por ocasião da reforma da Parte Geral do Código Penal, ocorrida em 1984, seguiu-se essa tendência, creditando-se importância maior a esse tipo de reação penal, e inovou-se com a criação do sistema do dia-multa, com base no valor do salário-mínimo vigente ao tempo do crime; com a possibilidade de seu aumento até o triplo se o valor for considerado insuficiente, em razão da

la pena de multa se organiza en cuotas diarias, cada una de las cuales se compone, en atención a las circunstancias personales y económicas del autor, de un mínimo de dos y un máximo de diez mil marcos. Tales cuotas representan la suma de lo que se detrae de los ingresos diarios del condenado. La pena de multa comporta, por lo común, un mínimo de cinco y un máximo de trescientas sesenta cuotas-día. Y así, por ejemplo, si dos personas causan culpable y conjuntamente un accidente de tráfico y son condenados por igual a una multa de diez cuotas diarias, uno podrá llegar a pagar sólo veinte marcos e es extremadamente pobre y el otro hasta cien mil marcos si es extraordinariamente rico. Con esta dosificación de la pena en atención a los ingresos del sujeto resulta posible hoy día imponer multas de igual eficacia para todos y cada uno de los reos. Ello es importante no sólo porque facilita la renuncia a la pena corta privativa de libertad, sino, también, porque de este modo se financia el Tesoro Público con medios necesarios para la lucha contra la delincuencia y para adoptar medidas orientadas a la reinserción”.

4. Luiz Regis Prado, ob. cit., p. 90.

situação econômica do réu, e, com a multa substitutiva, como suficiente à reprovação dos delitos punidos com penas privativas de liberdade de até seis meses, nos termos do art. 60 § 2.º do CP.

Segundo o legislador penal: "O Projeto revaloriza a pena de multa, cuja força retributiva se tornou ineficaz no Brasil, dada a desvalorização das quantias estabelecidas na legislação em vigor, adotando-se, por essa razão, o critério do dia-multa, nos parâmetros estabelecidos, sujeito a correção monetária no ato da execução... As condenações inferiores a 6 (seis) meses poderão ser substituídas por penas de multa, se o condenado não for reincidente e se a substituição constituir medida eficiente (art. 60, § 2.º)".

René Ariel Dotti assevera que "o critério do dia-multa, que já existe nos costumes legislativos brasileiros desde os tempos imperiais, conservando-se no Código Penal da Primeira República e na Consolidação das Leis Penais, procura corrigir as graves distorções acarretadas pela inflação e que não foram superadas com o advento da Lei 6.416/77, principalmente porque a atualização por ali instituída não alcançou a legislação extravagante" (Reforma Penal, Ed. Saraiva, 1985, p. 114).

Mas essa modificação não surtiu efeitos, tanto por falta de uma real pesquisa sobre a capacidade econômica do imputado, como pelo desinteresse do operador jurídico em se afastar das margens penais mínimas,

2. Se o *quantum* punitivo da pena privativa de liberdade for inferior ou igual a seis meses e se estiverem presentes as condições previstas nos incisos II e III do art. 44 do CP (não-reincidência e se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente), o juiz deve proceder à sua substituição por multa,

em cumprimento às normas dos arts. 59, IV e 60, § 2.º da Lei Penal.

O princípio reitor da substituição da pena privativa de liberdade por multa, diante do enunciado do art. 44, III, do CP, é o da suficiência, que também norteia a determinação das demais respostas penais (CP art. 59), e, suficiente, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é o que "Satisfaz; aquilo que basta; o bastante".

Então, quando a pena pecuniária for considerada eficaz e adequada para reprovocar e prevenir o ilícito penal, sua determinação deve ser graduada nos termos estabelecidos no art. 49 do CP, observadas as margens e valores ali mencionados e analisada principalmente a situação econômica do réu (CP, art. 60).

Nessa operação, num primeiro estágio, o juiz deverá, dentro de limites quantitativos genericamente cominados pelo legislador, determinar, atendendo à culpabilidade do agente, à gravidade da ação criminosa posta em prática e às demais circunstâncias legais e judiciais, o número de dias-multa a ser aplicado. Num segundo estágio, deverá verificar o importe de cada dia-multa, tomando em consideração as circunstâncias pessoais e, em especial, a situação econômica do agente... Destarte, o número de dias-multa exprime o conteúdo de injusto e de culpabilidade da ação enquanto a estipulação do montante (valor) de cada dia-multa serve exclusivamente para ajustar a pena à respectiva capacidade de relação econômica do sentenciado,⁵ ele-

5. Alberto Silva Franco, *Temas de Direito Penal*, Saraiva, 1986, p. 169-170. Sobre a apuração do valor justo do dia-multa, alerta Heleno Fragoso que: "Deve-se ter presentes todas as rendas que o acusado tenha, como fruto de seu trabalho e de seu capital, fazendo-se uma média diária, apurada na data do crime. É razoável que se considere também o patrimônio do agente, pois a lei manda ter presente, na fixação da pena, 'a situação

mento que nunca é objeto de pesquisa minuciosa.

3. De acordo com a regra inócua do § 2.º do art. 58 do CP, a substituição é cabível mesmo quando o preceito sancionatório do tipo legal de crime infringido comine sanção pecuniária alternativa ou cumulativa com privativa de liberdade.

A apontada desnecessidade desse preceito decorre do fato de que a substituição já é prevista nos § 2.º do art. 60, sem qualquer referência à sua impossibilidade se houver cumulatividade com pena privativa de liberdade. Então, se esta, de até seis meses, pode ser substituída, não seria a sua cumulação cominada com multa que a impediria.

Há trinta e oito crimes aos quais a lei impõe, como sanção, uma pena privativa

econômica” do réu. Cumpre ao juiz realizar uma apreciação valorativa do conjunto da situação econômica do acusado, considerando seus encargos e responsabilidades, e fixando prudencialmente o valor do dia-multa. Esse valor será aplicado sobre a quantidade de dias-multa imposta, cumprindo ao juiz realizar cuidadosa justificação. Passa ser importante, para os efeitos da aplicação da pena de multa, interrogar o acusado sobre sua situação econômica” (ob. cit., p. 316). Alberto Silva Franco, depois de analisar a posição da doutrina estrangeira, também aponta desvantagens à aplicação da multa, principalmente “a desigualdade de sua incidência, por atingir pessoas que não dispõem de patrimônios equivalentes, o que pode torná-la socialmente injusta; a extensão dos efeitos de sua imposição, por alcançar os familiares do condenado ou até mesmo terceiros que se prestem a pagá-la; a variabilidade de sua carga aflictiva: ténue em relação às pessoas dotadas de elevado patrimônio e extremamente grave em face de eventual conversão em pena privativa de liberdade no que tange às pessoas desprovidas de recursos econômicos; a possibilidade de representar um incitamento à prática de novos delitos para que o condenado obtenha as condições necessárias ao seu pagamento, *Temas*, p. 162-163.

de liberdade mínima não superior a seis meses, mas cumulada com uma pena de multa, já originariamente prevista. Além deles, pelo menos teoricamente, há outros crimes que, se forem só tentados e não consumados, poderão enquadrar-se na mesma situação, pela incidência da causa de diminuição que reduz a pena de um a dois terços (CP, art. 14, parágrafo único).⁶

4. Se se verificar a cumulatividade prevista no artigo 58, § 2.º do CP, deve o juiz aplicar duas multas?

Para resolver essa hipótese, segundo Celso Delmanto existem duas soluções: a aplicação cumulada ou a absorção da multa cominada, *verbis*: a. cumuladas as duas multas (a substitutiva e a originária); b. há absorção, com a substitutiva consumindo a originária. Embora sejam válidos os argumentos dessas duas posições, cremos que a cumulação é a melhor. O que o art. 60, § 2.º, manda substituir é a “pena privativa de liberdade” e não a eventual multa. Além disso, não é estranha à sistemática do CP a cumulação de duas penas da mesma espécie. Expressamente, ela é determinada no art. 44, parágrafo único, com relação a penas restritivas de Direito.⁷

Os precedentes jurisprudenciais encaminham-se nessa direção, de que é impossível unificar as sanções pecuniárias em uma só porque o que se substitui é apenas a privativa de liberdade, prevalecendo a multa cominada no tipo legal de crime (conf. Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 1993, p. 373, Ed. RT).

Mas se a multa foi considerada suficiente para punir a conduta ilícita, parece que restaria sem qualquer sentido e absolutamente despropositada a sua du-

6. Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, atualizado por Roberto Delmanto, Ed. Renovar, 1991, p. 94.

7. Celso Demanto, ob. cit., p. 94.

pla incidência até mesmo pela falta de previsão legal.

Essa cumulação de multas pode significar uma evidente contradição com a própria idéia de suficiência estampada no enunciado do inciso III do art. 44 do CP, como, também, um exagero punitivo desnecessário.

Ao optar pela aplicação da sanção pecuniária substitutiva, reconhecendo ser ela adequada à culpabilidade do réu e eficaz à prevenção do crime, o juiz fixou "a pena justa (grifei) para o caso concreto e deve ser imposta, executada e eventualmente convertida, segundo os critérios que lhes são próprios; salvo quando a lei expressamente o determinar, não haverá equivalência quantitativa necessária entre a pena substitutiva e a pena substituída... No preciso magistério de René Ariel Dotti, "não se trata de um simples processo de substituição, assim como se mudasse o curso do sistema, abolindo algumas penas e introduzindo outras sem uma orientação filosófica ou política subjacente. Daí por que alternar não é somente a escolha como também um processo racional de escolha" (*O Novo Sistema de Penas*, p. 74, ed. Saraiva, 1985) (RT 606/335, TACrim/SP, Apelação 403.163-5, Rel. Juiz Dante Busana).

Nítido, portanto, que apesar da denominação "pena substitutiva", cuida-se da imposição de outra sanção cuja definição é regida por critérios próprios, os quais, evidentemente, englobam a prevista no preceito sancionatório do tipo legal de crime, porque, repita-se, o princípio a ser obedecido é o da suficiência da multa para a reprovação e prevenção do fato penal.

Acórdão também relatado pelo mesmo eminente Juiz Dante Busana, assentou, com precisão, que não deve haver cumulatividade entre as sanções pecuniárias e muito menos sua equivalência quantitativa com a privativa de liberdade substituída: "A soma necessária das duas

penas poderá obstar a aplicação da pena justa. De feito, o juiz tem o poder discricionário de fixar a quantidade de dias-multa, entre o mínimo de dez e o máximo de trezentos e sessenta, atendendo aos mais amplos critérios do art. 59 do CP, por que obrigá-lo a uma soma que poderá mostrar-se, no caso concreto, excessiva à reprovação e prevenção do delito? É preciso não olvidar que, quando a lei comina duas penas (a corporal e a de multa) a uma mesma infração visa criar contra-estímulos diversos à sua prática e punir aquele que despreza a ameaça penal atingindo-o em bens jurídicos também diversos (a liberdade, o patrimônio). Se, atendendo às peculiaridades da hipótese (primariedade, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos do réu) permite o juiz substituir a pena carcerária pela multa, é porque reputa esta suficiente e razão não há para impor duas penas incidentes sobre o mesmo bem jurídico do condenado, ou uma só, que seja sempre o resultado da soma, eis que a reprovação e a prevenção da prática ilícita pode ser alcançada com uma única multa, individualizada sem essa limitação ao *arbitrium regulatum* do julgador" (RT 611/359).

Alberto Silva Franco também repudia a possibilidade de cumulação de penas de multa, afirmando que a dúvida, existente a esse respeito, deve-se à omissão do legislador penal de 1984: "Numa abordagem inicial, não parece razoável o cancelamento da pena pecuniária primitivamente imposta, e o equacionamento que se mostra à primeira vista mais adequado, será, sem dúvida, o de aplicar uma só multa que equivalerá à soma da multa diretamente aplicada e da que resultar da substituição da pena privativa de liberdade. O Código Penal português é explícito nessa matéria (art. 43, n. 2). Mas o silêncio da lei e os próprios termos do § 2.º do art. 60 recomendam solução diversa. A ausência de previsão

legal não permite, como é óbvio, a acolhida de uma posição mais gravosa para o condenado. Além disso, se, na realidade, a multa substitutiva só poderá ter aplicação, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 da reforma penal de 1984, e se o inc. III do referido dispositivo autoriza a substituição quando ela se mostre suficiente para a reprovação e prevenção do crime, força é convir que a multa substitutiva da pena privativa de liberdade já basta, só por si, para atender às finalidades da punição, absorvendo, assim, a multa originariamente imposta".⁸

5. Aplicação de pena pecuniária substitutiva única deve ocorrer também aos tipos legais de crimes previstos na legislação especial, como, por exemplo, a Lei Antitóxicos, a Lei de Imprensa, etc. quando a pena privativa de liberdade for igual a seis meses e também cumulada com multa, porque, em primeiro lugar nada impede a substituição e, em segundo lugar, porque, as regras gerais da Parte Geral do Código Penal aplicam-se aos fatos incriminados por essas leis especiais, se estas não dispuserem de modo diverso, segundo a regra do seu art. 12.

O legislador penal mostrou, de forma inequívoca, na redação desse dispositivo, que o Direito Penal fora da codificação não representa um corpo estranho em relação ao próprio estatuto penal; um compartimento estanque. Entre as leis penais especiais e as normas da Parte Geral existe um permanente entrelaçamento, baseado em dois princípios, o da *primazia* do preceito da lei penal espe-

cial, quando colide com as regras da Parte Geral, porque contém elementos da lei geral e outros específicos que lhe dão justificativa, e o da supletividade das normas gerais do CP, quando as da lei especial nada dispuserem a respeito. A combinação desses princípios permite a possibilidade de relacionamento entre as regras da Parte Geral e a legislação especial, e, portanto, se suficiente, deve ocorrer a absorção da sanção prevista na lei especial.

6. Nos crimes patrimoniais realizados com ofensa à liberdade individual ou à integridade corporal (roubo, extorsão, etc.), invariavelmente, ocorre cumulação entre penas privativa de liberdade de longa duração e multa, porque tais ações indicariam também que o agente demonstrou cupidez, apego ao dinheiro, etc.

Mas essa cumulatividade, tanto porque se propõe a multa como resposta apenas à criminalidade tênue e, considerando, a aplicação de sanções reclusivas graves previstas para esses tipos de ilícitos, tornou-se absolutamente inócua, pela carência de eficácia preventiva em relação à criminalidade violenta, e, atualmente, ficou sem qualquer sentido e, nessas hipóteses deveria ser abolida, porque mostra-se como ponto pacífico o reconhecimento de que ela apresenta um déficit sancionatório já que não tem condições de ser cominada, com eficácia, no tocante a fatos criminosos graves. Nesse caso, entre o valor do bem jurídico lesionado e a espécie de sanção punível predisposta, haveria uma gritante e inadmissível desproporção".⁹

8. Alberto Silva Franco, ob. cit., p. 188 e 163.

9. Idem, Ibidem.

REQUISITOS TÍPICOS DO DELITO DE PREVARICAÇÃO E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO

MÁRIO SÉRGIO LEITE

Especialista em Direito Penal pela USP
e Juiz de Direito em São Paulo

1. Introdução — 2. Do delito de prevaricação. 2.1 Esboço histórico. 2.2 Conceito e objetividade jurídica. 2.3 Sujeitos do delito. 2.4 Tipo objetivo. 2.5 Tipo subjetivo — 3. Da denúncia — 4. O princípio do livre convencimento dos profissionais da área jurídica — 5. Conclusões — 6. Bibliografia.

1. Introdução

O delito de prevaricação, previsto no art. 319 do CP, no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, não obstante ser tema pacífico na doutrina, ainda causa aos profissionais do direito, perplexidade e, porque não, temor. Com efeito, não são raros pedidos de instauração de inquéritos policiais, com base no delito em tela, contra delegados de polícia, promotores de justiça e juízes de direito de primeira instância. O fundamento dos pedidos de providências são sempre os mesmos, desídia e não observância da lei. Impende salientar, desde já, que os pedidos de apuração das condutas partem sempre de outros profissionais da área jurídica, que se situam em um patamar dito hierarquicamente superior, não obstante o erro em tal qualificação, pois hierarquia é um conceito próprio e que não pode ser aplicado quando se faz necessário o exercício do livre convencimento, ainda mais quando jurisdicional. Ocorrem, v.g., em casos de não autuação em flagrante, por parte da autoridade policial, ou em aplicação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, quando não se obedece aos estritos limites fixados em determinada norma. Na verdade, quando

o profissional toma um posicionamento mais liberal em relação a determinado fato criminoso. O motivo, sem dúvida, é decorrente dos atuais movimentos de defesa social, os quais, procurando difundir o medo como veículo de lucro e propaganda, acabam exercendo pressões sobre todos aqueles que aplicam a lei. Por isso, o momento é de reflexão, devendo, desde já, afirmar-se que as decisões, por mais não convencionais que possam ser, não rendem ensejo a punições, principalmente através do delito de prevaricação, que segue contornos próprios e delimitados, diga-se, do próprio ordenamento jurídico. É esse o objetivo desse estudo, que partirá da própria análise do crime de prevaricação, para depois tecer comentários a respeito da atividade dos profissionais da área jurídica, quando agem através do que se convencionou chamar, livre convencimento.

2. Do delito de prevaricação

2.1 Esboço histórico

Prevaricação vem do latim *praevaricatio*, significando aquele que anda obliquamente ou desviado do caminho direto. No sentido figurado, definia-se a conduta de

quem, tomando a defesa de uma causa, favorecia a parte contrária. Segundo Cícero: “*Praevaricator significat eum qui in contrariis causis quasi variae esse positus videbitur*”. Em sentido jurídico, ganhou duas conotações, uma em sentido lato, outra estrito. Nesta, significava a conduta do advogado ou patrono da parte que, traindo seu mister, pactuava fraudulentamente com a parte contrária, levado, em regra, pela ambição ou interesse próprio. Em sentido genérico, traduzia simplesmente o desvio de função, a conduta do funcionário que trai seus deveres, o *actor* que, *judicio publico*, traía a própria causa, conluindo-se com o *reus*.

Os romanos mantiveram o conceito restrito, entendendo *praevaricator* a conduta do patrocínio infiel. Todavia, o conceito se ampliou, passando a denominar todo aquele que se torna infiel ao próprio cargo. Frise-se, porém, que o sentido restrito não desapareceu. Carrara, citado por Magalhães Noronha, definia a *prevaricazione*, dizendo praticá-la “aquele que, no exercício da profissão de advogado de uma parte, se acorda com o adversário, com o objetivo de lucro, em prejuízo do cliente”.

Com o advento dos códigos penais, alguns se mantiveram ao estrito conceito romano, enquanto outros aderiram ao sentido extensivo. No Código Francês de 1810, sob o *nomem juris* de *forfaiture*, prevaricação é qualquer ato de um funcionário público que trai os deveres do próprio cargo ou dele se serve para fins ilícitos. O Código Sardo (1859) declarava *prevaricazione* o que a lei francesa chamava *forfaiture*. O Código gregoriano identificava o crime no ato de “qualunque magistrato o impiegato che prevarica nell'esercizio delle sua attribuzioni per denaro, o altra causa turpe”. O nosso Código de 1830 entendeu de inserir no delito de prevaricação um sinal específico, qual seja, a necessidade do descumprimento ou violação do dever funcional ter por movens, na linguagem de Hungria,

a afeição, o ódio, a contemplação ou interesse pessoal (*amor, odium, obsequium, cupiditas*).

Em igual sentido foi o Código de 1890, que procurou acrescentar às modalidades da prevaricação a infidelidade ou tergiversação do advogado ou procurador judicial (de que não cuidava o Código do Império).

O atual Código, na trilha dos anteriores, embora empregando fórmula resumida, fugindo de casuísmos, continua exigindo um intuito específico por parte do funcionário público, classificando-o como crime próprio do funcionário público. Verifica-se, assim, que o legislador pátrio optou por caminhos particulares, baseado na origem histórica da figura penal.

2.2 Conceito e objetividade jurídica

Dispõe o art. 319 do Código Penal:

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Prevaricação é, na lição de Magalhães Noronha, infidelidade ao dever de ofício, à função exercida. É a não realização de conduta obrigatória, através de não cumprimento, retardamento ou concretização contra a lei, com a destinação específica de atender a sentimento ou interesse próprio.

O objeto jurídico tutelado é o bom funcionamento da atividade pública, a qual não pode compactuar com o proceder do funcionário que deixa de lado seus deveres, para satisfazer seu próprio interesse. Tutela-se o interesse da administração pública.

2.3 Sujeitos do delito

Crime próprio, só pode ser praticado por funcionário público (*lato sensu*), não havendo distinção quanto a hierarquia ou

grau. A participação de terceiro não é excluída, tendo em vista as regras dos arts. 29 e 30 do CP. Realmente, a condição pessoal funcionário público é elementar subjetiva (pessoal) do crime, comunicando-se ao partícipe, desde que ele tenha conhecimento daquela condição especial do autor. Caso desconheça tal condição, dependendo das circunstâncias do caso concreto, o particular poderá responder por outro crime, v.g., desobediência.

Sujeito passivo é o Estado, titular da regularidade da administração pública. Pode surgir, eventualmente, como sujeito passivo secundário, o particular atingido pela prática do ato, sofrendo dano ou perigo de dano em face da realização, omissão ou retardamento da prática do ato de ofício.

2.4 Tipo objetivo

O crime pode se apresentar sob três formas: retardar indevidamente ato de ofício, deixar indevidamente de praticá-lo, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei. Nas duas primeiras modalidades, o crime é omissivo; na última, é comissivo.

Retardar é protrair, atrasar, adiar, protelar, procrastinar, delongar. Segundo Bento de Faria, "se verifica quando o funcionário não realiza o ato que tem o dever de praticar no prazo prescrito, ou, em sua falta, em tempo útil para que produza seus efeitos normais, ainda quando a demora não determine a invalidade do ato sucessivamente realizado". Não importa se o ato continua a ser praticável após a expiração do prazo, pois o crime é formal e já se consumou pela prática da conduta, independentemente do resultado.

Deixa de praticar o ato o funcionário que o omite, definitivamente, não realizando o ato devido. O *animus* é definitivo a respeito da não realização. Veja, na conduta anterior a intenção é apenas de protelar, enquanto nesta o sujeito não tem a intenção de praticar o ato.

A terceira forma de prevaricação é comissiva: consiste na prática do ato de ofício contra disposição expressa de lei. Nesta última modalidade exige-se que o ato praticado envolva a violação de mandamento legal, expresso. Exige-se, então, que a regra seja evidente, taxativa. Nesse lance, o funcionário pratica o ato, embora expresso mandamento legal em contrário.

Nas duas primeiras hipóteses, retardamento e omissão da realização do ato de ofício, deve ficar demonstrado serem indevidos os atos, constituindo assim elemento normativo do tipo. Ato indevido é o ato reprovável, não aceito pelo ordenamento jurídico, contrário ao bom desempenho do serviço público. Nessas hipóteses não se admite a tentativa, pois são crimes omissivos próprios, não obstante a posição de Zaffaroni e Pierangeli em sentido contrário, quando se referem à tentativa idônea. Trazendo à colação exemplo em relação à omissão de socorro, os renomados autores entendem que a tentativa se perfaz com o simples dolo de omitir o auxílio, desde que o agente realize uma ação diferente a da consumação do crime. Todavia, na linha dominante da doutrina, como observou Alberto da Silva Franco, citando Euclides Custódio da Silveira e Magalhães Noronha, acredito não ser possível fracionar o processo executivo do crime. Com isso, como o crime omissivo não exige a superveniência de resultado, o seu momento consumativo é o da simples abstenção. Nesse sentido, em relação ao crime de prevaricação, ou o agente atua, deixando de existir o crime, ou se omite ou retarda na prática do ato de ofício, de forma relevante para o Direito Penal, estando consumada a infração penal.

Na última conduta, comissiva, que tem como núcleo o verbo praticar, exige-se que o ato praticado envolva a violação de mandamento legal expresso, ou seja, demonstrável *prima facie*, taxativo. Ne-

cessário que a norma violada obedeça o conceito formal de lei, que segundo Michel Temer é o “ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional”, não constituindo o crime a infringência de qualquer outro ato, tais como, medida provisória, portaria ou provimento. Aliás, como tem decidido a jurisprudência, o não-cumprimento de norma flagrantemente inconstitucional também não caracteriza o crime (RT 378/310 e RT 482/326). Nessa última hipótese é admissível a tentativa.

Ato de ofício é aquele que se compreende nas atribuições próprias do cargo ou função, ou em sua competência, correspondendo assim a ato administrativo ou judicial.

Frise-se que não pode haver prevaricação se o ato praticado, omitido ou retardado refoge ao âmbito da atribuição ou competência funcional do servidor, já que o crime se caracteriza pela infidelidade na obrigação funcional e pela parcialidade no seu desempenho.

2.5 Tipo subjetivo

O primeiro é o dolo, expressado na vontade de retardar, omitir ou praticar ilegalmente o ato de ofício. É imprescindível, segundo Damásio de Jesus, que abranja o conhecimento da ilegalidade da conduta, ou seja, é preciso que o sujeito saiba que está retardando ou deixando de realizar o ato de forma indevida ou que o esteja praticando contra a lei. É-nos dado ver, com clareza, que a vontade deve abranger todos os elementos objetivos do tipo, ou seja, retardando ato de ofício, deixando de realizá-lo ou realizando-o contra a forma preconizada expressamente na lei. Como afirmou Welzel, dolo é saber e querer a realização do tipo. Vem a lume sua lição:

“En tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal (como dolo de

tipo), su objeto es la realización del tipo objetivo de um delito. Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. De esto se desprende que también hay acciones no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana”.

É exigível também a presença do segundo elemento subjetivo do tipo, para a caracterização do delito, que é o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Então, não basta a existência do dolo, vontade livre e consciente de praticar as ações indicadas, sendo necessária a presença do elemento subjetivo do tipo expresso, segundo as palavras do eterno Celso Dalmanto, pela finalidade especial de agir, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Em verdade, a indispensabilidade do especial fim de agir faz com que ocorra ampliação do aspecto subjetivo do tipo. Contudo, o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal não pertence ao dolo nem o integra, já que este se esgota na vontade e consciência de realizar a ação dirigida ao resultado. Mais uma vez, preciso é o ensinamento de Welzel: “Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tienen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción, determina frecuentemente en gran medida el significado ético-social específico de la acción. Así, por ejemplo, la sustracción de una cosa ajena es una actividad final, regida por el dolo. Sin embargo, su sentido ético-social será diferente, según si se ha realizado con el propósito de un uso transitorio o con intención de apropiación.

En la primera hipótesis es, en principio, impune, y sólo se castiga en relación con determinados objetos (bicicletas, automóviles) como hurto de uso. Solamente en el segundo caso se da el desvalor ético-social específico del hurto”.

Heleno Cláudio Fragozo é didático a respeito: “O especial fim ou motivo de agir que aparece em certas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato. Trata-se, portanto, de elemento subjetivo do tipo de ilícito, que se apresenta de forma autônoma, junto ao dolo.

“Assim, por exemplo, no crime de prevaricação (art. 319, CP), o tipo configura-se objetivamente quando o agente retarda ou deixa de praticar indevidamente ato de ofício, ou o pratica contra disposição expressa de lei”. Todavia o tipo subjetivo não se esgota com a vontade conscientemente dirigida à prática de tais ações ou omissões: só haverá crime se, além disso, atuar o agente “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Interessante se verificar que em certos crimes, como disse Mirabete, a carga subjetiva da conduta é denominada de tipo subjetivo e se esgota apenas no dolo quando o tipo penal contém apenas elementos objetivos e normativos, mas, naqueles em que existem elementos subjetivos estes devem ser abrangidos. Ora, no delito de prevaricação, sem a verificação dos elementos subjetivos do tipo, não existe o crime. Qualquer entendimento em sentido contrário desrespeita o que se convencionou chamar *nullum crimen, sine lege*, ferindo diretamente a Constituição Federal, que em seu art. 5.º, XXXIX, estabelece: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tendo em vista os requisitos típicos elencados, o que tenho observado é a utilização do crime de prevaricação para repreender atos praticados por profissionais do direito que não se amoldam ao

status quo, em ofensa direta ao princípio da reserva legal, previsto como direito e garantia individual na *Lex Major*, sem esquecer o art. 1.º do CP. Com efeito, a caracterização do crime não se perfaz sem os elementos subjetivos supra mencionados e não se coaduna com a aplicação do princípio do livre convencimento, onde os profissionais decidem após sopesar as circunstâncias do caso concreto. Mas, antes de pormenorizar esse tópico, vem à baila a análise do significado das expressões interesse ou sentimento pessoal.

Interesse pessoal é um estado anímico no qual se coloca a pessoa visando suprir determinada necessidade, seja de natureza material, patrimonial ou moral. Como afirmou Magalhães Noronha, interesse “exprime uma relação psicológica entre a pessoa e um ato ou um objeto”.

Sentimento é o estado afetivo ou emocional, decorrente de afeição, simpatia, dedicação, benevolência, caridade, ódio, parcialidade, despeito, vingança, paixão política, cupidez, subserviência, covardia, prepotência, etc. Identifica-se assim como um estado no qual se coloca a pessoa, de forma que deixa de cumprir sua obrigação, deixando-se levar pelo aspecto emocional. Embora, pela própria natureza humana, torne-se difícil afastar a relação de sentimento existente em qualquer decisão, mormente proveniente de um profissional do direito, que lida diretamente com a busca da justiça, o que a lei visa reprimir é o fato de o funcionário deixar de lado seu ato de ofício, objetivando exclusivamente satisfazer seu sentimento. Lembre-se que nem mesmo o sentimento mais nobre elide a conduta do prevaricador, já que a atividade administrativa tem como característica essencial a impessoalidade, não podendo estar sujeita a sentimento de ordem pessoal. Fernando Henrique Mendes de Almeida, citado por Magalhães Noronha afirma: “Não aproveita ao prevaricador dizer

que seu procedimento atendeu a sentimento pessoal dos mais nobres e respeitáveis, tais como o religioso, o da amizade, o da apreciabilidade política, ou da solidariedade humana. Sentimentos pessoais do funcionário somente ele os deve exercitar à custa de seu patrimônio e nas coisas que disserem respeito à sua vida de cidadão, na esfera doméstica”.

3. Da denúncia

Nos termos do art. 41 do CPP a denúncia deve conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”. O art. 43, I, por sua vez, estabelece: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I — o fato narrado evidentemente não constituir crime”.

No caso de crime de prevaricação, caso a denúncia não descreva qual o sentimento ou interesse pessoal, ela deve ser rejeitada, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal. É de se ressaltar que simples menção a sentimento ou interesse não preenche os requisitos legais, sendo necessário descrever no que consistiram. Veja a jurisprudência.

“Para a configuração do crime de prevaricação, é indispensável o elemento moral, isto é, ter sido o ato praticado para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. O simples retardamento de ato de ofício, por erro ou negligência, sem propósito deliberado, sem intenção direta, poderia constituir falta de exação no cumprimento do dever funcional, acarretando responsabilidade civil ou sanção de outra natureza... No caso, a Promotoria Pública não aludiu a esse elemento integrante, essencial, da infração...” (RT 233/311).

Nessa trajetória, verificando o juiz que a denúncia não traz em seu bojo o elemento subjetivo do tipo, ela deve ser rejeitada. Com efeito, inepta é a denúncia que não menciona a descrição do elemento subjetivo, pois imprescindível a

menção dos fatos representativos do sentimento ou interesse pessoal. Geraldo Batista de Siqueira já ensinou a respeito do delito de prevaricação que: “Não é rara a inépcia, aqui. Contenta-se com a descrição, a narração dos aspectos normativos do fato típico, olvidando-se, entretanto, de que a tipicidade só se perfaz se integrado o elemento subjetivo. Porém, a satisfação desse interesse ou sentimento pessoal, integrante do tipo, não é para ficar na repetição do texto legal, mas deverá ser traduzida através de menção a fatos constantes das peças informativas”.

4. O princípio do livre convencimento dos profissionais da área jurídica

Fixados os prismas doutrinários do delito de prevaricação, vem à baila a apreciação do foco central do presente estudo: livre convencimento dos profissionais do direito.

O delito de prevaricação, como observado acima (2.4), tem três elementos objetivos do tipo. Destaca-se, em face do presente estudo, o deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei. Realmente, imagine a hipótese de a autoridade policial, incumbida constitucionalmente da apuração das infrações penais (art. 144, 4.º), deixar de elaborar auto de prisão em flagrante, ou, o promotor de justiça, *dominus litis* da ação penal (art. 129, I, CF), requerendo seu arquivamento, com o juiz, determinando. Todos esses atos, decisões *lato sensu*, podem gerar inconformismo e, porque não, serem errôneos, sujeitos a modificação. Contudo, ao deixar de praticar o ato de ofício, inerente à função, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, o profissional só estará cometendo o crime em hipóteses mui excepcionais, quando estará traindo o seu próprio cargo e vilipendiando sua consciência jurídica, pois ao agir munido por sentimento ou

interesse pessoal, elementos subjetivos do tipo imprescindíveis para a caracterização do crime, estará abandonando a posição de autoridade pública. Mas só existirá o delito se presentes seus contornos legais, devendo ser respeitada a decisão proferida pelo profissional, em face do seu livre convencimento para agir.

O atuar do profissional do direito, tais como o delegado de polícia, o promotor de justiça e o juiz de direito, autoridades *lato sensu* diante da sistemática da persecução penal, pressupõe decisões, que têm como mandamento a lei. Sem dúvida, perante o Estado Democrático do Direito, a lei é o primado geral, o guia de conduta.

O agir em face do Direito Penal, a partir de um caso concreto, não se resume num mero juízo de tipicidade. Estabelece-se, na verdade, uma gama de decisões, desde a instauração do inquérito policial e o indiciamento, passando pela denúncia e seu recebimento, até a decisão final. Mas fugindo dessas decisões mais comuns, outras existem, onde o poder-dever de decidir precisa ser aplicado. Veja, v.g., a fixação da pena, com seu consectário regime inicial de cumprimento. Diante das decisões calçadas no livre convencimento, sempre com lastro na lei, não há falar no crime de prevaricação. O crime em tela pressupõe, sempre, existência de interesse ou sentimento pessoal, como elementos subjetivos do tipo (supra, 2.5). Ora, por isso, não se pode considerar *praevaricator* aquele profissional que busca a solução do caso concreto, guiado pela lei, sempre com mira na realização da justiça. Mesmo ocorrendo o descumprimento da lei, quando não se faz presente o elemento subjetivo do tipo, não existe o crime de prevaricação. Obviamente, é de ressaltar que pode ficar demonstrado o elemento subjetivo do tipo diante do mero capricho em não se atender determinada ordem, como exemplo, requerimento

visando instauração de inquérito policial, pois aí ficaria configurada a presença do sentimento pessoal. Todavia, a simples desídia, caso verificada, pode caracterizar ilícito administrativo, mas não ilícito penal.

Lembre-se que o decidir é um juízo lógico, fundado em regras de experiência, sempre de acordo com o caso *sub examine*. Exigir-se do profissional um comportamento apriorístico, matemático, é inaceitável diante do direito. O magistrado, por exemplo, ao fixar determinado regime de cumprimento da pena, o faz diante das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, observando a personalidade e outras características do acusado, bem como as conseqüências e dados do crime, pois foi ele quem vivenciou a persecução penal.

Pelo acima exposto, a conclusão possível é que o magistrado, exercendo sua função jurisdicional, não pratica o delito de prevaricação, salvo em hipóteses excepcionais, quando, em realidade, não estará sendo juiz, pois estará abandonando uma condição funcional objetiva, qual seja, a imparcialidade. O juiz tem por função dizer o direito no caso concreto, direito esse que não se esgota em meros enunciados objetivos, previstos em determinada lei ordinária. O ordenamento jurídico é um todo, tendo em seu cume, em uma linguagem kelseniana, a Constituição Federal. Todavia, tem se exigido do juiz, muita vez, aplicação *a priori* de determinado dispositivo legal e, quando não realizada, tem surgido a figura assustadora da prevaricação, verificada por profissionais que detêm uma posição hierarquicamente superior à do profissional sujeito do crime. Mesmo ocorrendo insatisfação com a decisão, que pode, aliás, não ser a melhor, não existe o delito ventilado. Porém, o mero pedido de apuração da conduta, na forma do art. 40 do Código de Processo Penal, mesmo tendo características administrativas, já viola o princípio da reserva legal (art. 5.º, XXXIX, CF) e fulmina a coragem ne-

cessária para o juiz, pois “o dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo” (Couture). Mas não é só.

Convém lembrar que o atual posicionamento de alguns setores da justiça criminal, *lato sensu*, e, conseqüentemente, de seus profissionais, vem sofrendo nefastas influências através do que se convencionou chamar Direito Penal do Terror. O enfoque alarmante e sensacionalista dos meios de comunicação tem provocado censura ao livre convencimento e postura retraída dos profissionais do direito, que sentindo a pressão social, acabam por se deixar influenciar pela opinião dominante. Conceder liberdade provisória no caso de um homicídio, ou regime inicial aberto no cumprimento da pena, no caso de crime patrimonial, “é ato que induz a impunidade, favorecendo a prática de crimes”. Se não bastasse o engano nessa premissa, ela é tão ideológica como os novos movimentos de defesa social, tal como o movimento pela lei e pela ordem, mencionado por Alberto Silva Franco. Como enfatizou Garcia-Pablos, citado pelo eminente autor acima, “concita-se a atenção geral e a orienta deliberadamente até a alguns objetivos atraentes; distrai e desvia aquela de outros problemas sociais, sem dúvida, prioritários, que passam a um segundo plano, projeta a agressividade e emoções coletivas sobre minorias e marginais coletivos (bodes expiatórios) com o conseqüente reforço da coesão e solidariedade social (função integradora do delito) e, sobretudo, propicia reações hostis e passionais, que darão impulso a uma política criminal rigorosa. A experiência demonstra, ademais, que a espiral do temor infundado prejudica sempre os mesmos: as classes sociais deprimidas”.

Não é outra a colocação de Hassemer: “A manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios

e instrumentos de combate à criminalidade violenta mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de Política criminal populista, que não traz respostas aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massas”.

Nessa trajetória, vale a pena mencionar que os profissionais do direito não podem se influenciar por pressões locais ou por movimentos que buscam unicamente no Direito Penal solução para os problemas de criminalidade de massa. A coragem e a vocação para o direito devem ser enfatizadas, pois não são com respostas rigorosas que resolveremos os problemas de criminalidade, muito menos exigindo uns dos outros determinadas posturas apriorísticas. Jamais é de se aplicar o crime de prevaricação como uma forma de repressão a decisões indesejáveis, mesmo que contrárias àquela determinada lei. O delito previsto no art. 319 do CP tem seus pressupostos, que não podem ser esquecidos (item 2). Opinião diversa representa ofensa à CF que sustenta, entre seus princípios, o da legalidade. Aliás, tal princípio funda-se em uma garantia em face do Estado, já que o Direito Penal, na lição de Bustos Ramirez, tem o caráter de *ultima ratio* de intervenção social, sob pena de estar acima do ordenamento jurídico. No mesmo sentido se manifestou o Desembargador Marcelo Fortes Barbosa, trazendo a lição que o princípio da mínima intervenção é uma garantia constitucional implícita, decorrente do caráter fragmentário do Direito Penal e de sua natureza subsidiária. Assim, embora não elencado no rol do art. 5.º, o princípio da mínima intervenção foi acolhido pela *Lex Major*, princípio esse decorrente dos outros enunciados constitucionais. Realmente, o Estado Democrático de Direito garante a liberdade de expressão e de manifestação, elencando como premissa fundamental a garantia da dignidade humana. Nesse passo, vejamos Antonio

Luís Chaves Camargo que, após estudar sobre o moderno conceito de culpabilidade, afirmou: "É o reflexo da função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito que, em respeito à dignidade da pessoa humana, se transforma na *ultima ratio* da interferência do Estado na vida privada das pessoas."

Voltando ao aspecto da livre convicção, verifico que o juiz, cumprindo o mandamento constitucional da motivação de suas decisões (art. 93, IX, CF), encontra respaldo para julgar na própria independência do Poder Judiciário, tão defendida, desde Montesquieu. Não é possível exigir-se do magistrado qualquer conduta predeterminada, sob pena de abandonar a independência do julgador, violando até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10). Lembre-se que o juiz exerce seu poder independentemente, até mesmo do Judiciário, pois em seu exercício jurisdicional não está sujeito a hierarquia.

O mesmo ocorre, v.g., se a autoridade policial, ao lhe ser apresentado um caso concreto, decide pela não elaboração do auto de prisão em flagrante, entendendo e justificando sua decisão, acolhendo versão oposta àquela trazida inicialmente. Ou do promotor de justiça, apreciando duas narrativas contraditórias nos autos de inquérito policial, decide pela não elaboração da denúncia, propondo o arquivamento do inquérito policial.

Vem a tálho que o Direito Penal não pode se esgotar em uma interpretação literal da lei, sem vínculo com a Constituição, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico como um todo. Assim, voltando à posição do juiz, ele deve se valer de todo ordenamento jurídico, sem aprisionar-se à expressa disposição literal de certo enunciado, diga-se, oportunamente, sem utilizar-se de outros mecanismos, tais como o dito "Direito Alternativo", pois se é direito, não é alternativo. Nesse lanço, ao deixar de

aplicar aquela lei, de acordo com sua interpretação e convencimento, o juiz não pratica crime de prevaricação.

Claro, pois, que o juiz não é um inovador, pois ser guardião do ordenamento jurídico e aplicar a lei no caso concreto é sua função. O que não se admite, isto sim, é que a partir de uma posição que não se adapte ao *status quo*, venha ele a ser punido. Frise-se, não se está pugnando pelo desprezo à jurisprudência, fonte do direito e, sempre, um braço de apoio para o juiz. Como enfatizou o Desembargador Antonio Cezar Peluso, dirigindo uma palavra aos novos juízes empossados no 164.º Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo: "Reverenciais as tradições, os costumes e a jurisprudência. É possível que muitos dos precedentes judiciais já não sirvam de orientação à sociedade de vossos dias. Mas não enjeiteis *a priori*, pelo gosto da novidade, pelo prazer fútil da divergência, ou pela necessidade de auto-afirmação. Sede críticos, repensai as interpretações, experimentai a consistência dos raciocínios e a adequação às circunstâncias de cada caso, enfim não decidais nunca pelo método breve de amontoar julgados nas sentenças; fazem melhor e com mais rapidez os computadores. Não amortalheis o Direito nos sarcófagos das súmulas inconciliáveis com regras ou fatos sociais supervenientes, para que não aconteça de aprisionardes os homens no passado".

Sucede, porém, que já se ventilou pela prática do crime de prevaricação por parte do magistrado quando, mesmo fundamentadamente, fixa regime aberto no caso de crime de roubo. Contudo, a própria jurisprudência, de forma praticamente unânime, tem imposto o regime fechado inicial para o delito de roubo. O art. 33, 2.º, *b*, do CP, prescreve que o regime inicial seja o semi-aberto, pois se o réu preenche os requisitos, tem direito subjetivo público, no conceito de

Celso Delmanto, ao regime menos rigoroso. É de se perguntar assim: ao interpretar o dispositivo muitos julgados têm fixado o regime inicial fechado, sem nunca os prolatores dos acórdãos cometerem o crime de prevaricação? A resposta é simples: fundamentando suas decisões, não incidem na figura típica prevista no art. 319 do CP, pois não existe interesse ou sentimento pessoal, a não ser a busca da justiça, nem mesmo ofensa a expressa disposição de lei. Na mesma linha, se for fixado o regime aberto, para o mesmo caso, também não ocorrerá o crime de prevaricação, pois calcado no livre convencimento, fundamentando sua decisão e, dando sua interpretação aos dispositivos referentes a individualização da pena, o juiz está em típica atividade jurisdicional.

Consigne-se, além disso, que a individualização da pena é direito instrumentalizado em garantia fundamental na Magna Carta, em seu art. 5.º. Na verdade, o art. 33 do CP, não pode ser interpretado isoladamente, pois o art. 59, III, dispõe que o juiz observará as circunstâncias judiciais previstas no *caput* no momento de fixação do regime inicial no cumprimento da pena privativa de liberdade. Ora, a fixação do regime inicial aberto, embora defendida de forma minoritária, não rende ensejo a prática criminosa.

Como verificado acima, a conclusão possível é que cada juiz é livre para dar a mais adequada e justa interpretação à lei, de acordo com seu livre convencimento, numa atividade tipicamente jurisdicional, estando sua conduta amparada no próprio exercício de sua profissão. Logo, entendimento contrário, é concluir que a busca da justiça frente ao caso concreto não existe, sendo o juiz um robô na aplicação cega da lei. Aliás, se assim o for, todos os magistrados, acredito, já praticaram o crime previsto no art. 319 do CP.

5. Conclusões

1. O delito de prevaricação tem contornos devidamente estabelecidos, realçando como elementos subjetivos do tipo o sentimento ou o interesse pessoal. Ausentes, não ficará configurada a infração penal.

2. Os profissionais do direito, agindo motivadamente e decidindo diante de um caso concreto, dando sua interpretação aos fatos e à lei, não praticam o citado crime, já que suas decisões encontram fundamento na CF e em todo o ordenamento jurídico, a não ser em hipóteses excepcionais (desde que presentes os elementos subjetivos do tipo), quando estarão abandonando o próprio cargo, agindo por interesses particulares e traindo a função pública.

3. Os profissionais do direito não devem se deixar influenciar pelos atuais movimentos de defesa social, calcados em elementos ideológicos, sob pena de passarem a exigir uns dos outros determinadas posturas apriorísticas baseadas na aplicação rigorosa de sanções penais, sustentadas ficticiamente como única forma de se resolver problemas de criminalidade de massa.

4. Finalmente, o presente estudo não é dedicado à defesa de qualquer classe de profissionais, mas visa tão somente transmitir uma mensagem no sentido de se garantir a independência de todos aqueles que lidam com o direito, na qualidade de autoridades públicas, pois a função de decidir é um juízo lógico, amoldada a um caso concreto, e, quando calcada no ordenamento jurídico, não pode render ensejo a punição através do crime de prevaricação. O profissional, mesmo que não decidindo corretamente, o faz buscando o correto, o mais justo, com lastro no ordenamento jurídico. A livre convicção é pressuposto de toda carreira jurídica e, sem ela, o próprio Estado Democrático de Direito, único regime capaz de garantir a dignidade e

o respeito à pessoa humana, sofre abalos, lembrando-se que autoridade pública pressupõe a existência do Estado. Defender o princípio da legalidade é tarefa dessas autoridades, que não podem, nunca, agir sob o manto de determinados valores políticos, pois o ordenamento jurídico é a sua fonte, e, aliás, a razão de seus cargos. Agindo com base em estrita convicção jurídica e fundamentando suas decisões, as autoridades encontraram lastro para agir, na ordem jurídica vigente. Para encerrar, tenho certeza que, assim agindo, as autoridades encontrarão no Judiciário a preservação de suas condutas, pois nas palavras, agora eternas do Desembargador Cesar Peluso, citando Kant: "A razão de ser do Judiciário é a crença absoluta na supremacia da legalidade democrática, como única experiência histórica capaz de, a despeito de sua imperfeição, assegurar, no aprendizado contínuo do respeito mútuo, a dignidade e a promoção da pessoa na sua autonomia ética, isto é, considerada como fim em si mesma e, por isso, sujeito da história, que não pode ser instrumentalizado".

6. Bibliografia

- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal*, Malheiros, 1993, p. 105.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal*, Sugestões Literárias, 1994, p. 137.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, Renovar, 3.^a ed., 1991, p. 483.
- FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*, Récord Editora, 1959, v. VII, p. 110.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*, Forense, 7.^a ed., 1985, p. 179.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, RT, 4.^a ed., 1993, p. 921.
- . *Crimes Hediondos*, RT, 3.^a ed., 1994, pp. 34 e ss., 76.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, Saraiva, 1988, 4.^o v., p. 144.
- HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, RT, v. 5, p. 55.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, 1958, v. IX, p. 376.
- MAGALHÃES NORONHA. *Direito Penal*, Saraiva, 4.^o v., 8.^a ed., p. 274, 275, 277, 278.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Atlas, v. I, 7.^a ed., 1993, p. 135.
- PELUSO, Antonio Cesar. Discurso proferido na posse dos juízes do 164.^o Concurso de Ingresso na Carreira da Magistratura do Estado de São Paulo.
- RAMÍREZ, Juan Bustos e LARRAURI, Elena. *La imputación objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, Colômbia, p. 25.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Prevaricação, Estrutura típica e aspectos processuais*, artigos publicados na RT 618, p. 266.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, Malheiros, 9.^a ed., 1992, p. 125.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 2.^a ed. castelhana, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 95.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Da Tentativa*, RT, 3.^a ed., 1992, p. 126.

ALGUMAS LINHAS SOBRE O DIREITO À RESISTÊNCIA

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

"No processo das gerações, sempre cresce a Verdade."

1. A população paulista começa a acostumar-se com a ocorrência de motins nos estabelecimentos penitenciários do Estado. No primeiro trimestre deste ano, nada menos do que catorze rebeliões abalaram o sistema prisional, trazendo ao conhecimento do cidadão comum a existência de um problema sério e delicado, já não mais confinado aos muros de um presídio. Na penúltima insurreição, em Tremembé, os amotinados exigiram, entre outros requerimentos, que se desativasse o Anexo da Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, lugar, segundo eles, de prática de maus tratos e torturas contra as pessoas ali aprisionadas. Ou seja, os sublevados, para cessar o movimento e libertar os reféns, puseram como cláusula a desativação de uma unidade penitenciária em que não se encontravam. Sugeriu-se que a insólita condição estava ligada à tentativa de transferir um preso importante e carismático para uma outra prisão, que não possuísse a segurança daquele Anexo e assim ensinasse a fuga do líder, oportunamente. Seja como for, as autoridades ordenaram rigorosa investigação acerca das denúncias de desrespeito à integridade física e moral de quem cumpria pena no "Piranhão", nome vulgar dado ao instituto referido. De

tudo, o indivíduo perspicaz, aguçado pela frequência das amotinacões e pelo teor dos pedidos formulados pelos insurrectos, infere que o problema prisional é árduo e complexo, desembocando numa pergunta dramática, afeta a todo componente da sociedade humana, capaz ele também de vir a ser um dia preso: "É lícito amotinar-se contra o Sistema?" Busquemos, adiante, ajudá-lo na resposta.

2. Em primeiro lugar, a conselho dos filósofos, precisemos bem as noções em jogo. O motim de presos é uma espécie de resistência à ordem legal e às regras que vigem no interior de um estabelecimento carcerário. Ele não é uma simples contestação ao sistema penitenciário, pois ela não ultrapassa a fase de uma crítica verbal, enquanto o motim sempre se traduz por uma ação ou uma série de ações (detenção de guardas, assenhoreamento de pontos estratégicos e de segurança do presídio, destruição de dependências do edifício etc).

Aparentemente, só a constestação seria entre nós admissível, uma vez que sua natureza teórica e ideológica, apesar de pôr em questão todo o ordenamento criticado, pode muito bem ser absorvida pela livre manifestação do pensamento, uma de nossas garantias constitucionais (art. 5.º, IV). Mas, a prática de atos que colocam em crise o sistema penitenciário parece, à primeira vista, não encontrar

1. "In processu generationis semper crevit Veritas". *Ordinatio* IV, d. 1, q. 3, n. 8 (ed. Vivès XVI, 136). Duns Escoto.

respaldo em nenhuma lei do país. Tanto isto é verdade, que o CP, em seu art. 354, contempla a figura do motim de presos, cominando a seus autores, além da pena correspondente à violência, o gravame de seis meses a dois anos de detenção.

No entanto, seguindo outra máxima dos pensadores, indaguemos da História a origem do conceito de resistência, o qual é o gênero do conceito de motim. Assim, vendo essas noções nascerem e desenvolverem-se no curso dos fatos humanos, poderemos entendê-las adequadamente. Com a Revolução Francesa de 1789, a humanidade, por assim dizer, inverteu de modo total a ordem das coisas: antes, na relação de poder, olhava-se do rei para os súditos (de cima para baixo), ao passo que, agora, findos os privilégios dos nobres, olha-se dos súditos para o rei, melhor aclarando, dos cidadãos para o Estado (de baixo para cima). Em suma, a Revolução consistiu em dar prioridade à parte em função do todo, vindo em primeiro lugar o cidadão e seus direitos, e só depois o poder do governo, constituído e fiscalizado pelos cidadãos.

Nessa linha revolucionária, aprovou-se em 26 de agosto de 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo artigo segundo enuncia os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão. Por que, entre os "princípios de 1789" se elencou a "resistência à opressão"? A resistência é um direito singular, algo contraditório, já que aparece em defesa dos outros direitos fundamentais (liberdade, propriedade e segurança), quando estes são desrespeitados pelo poder público. Algo contraditório, dissermos, porque, esgotados todos os meios previstos para fazer valer o direito à liberdade, por exemplo, restaria o cidadão opor-se ao Estado, resistir-lhe, sem contar com o auxílio desse mesmo Estado para a efetivação desse "direito" à resistência. Porém, numa situação-limite — e os revolucionários

franceses acabavam de livrar-se dos horrores do Antigo Regime, temendo ainda que o poder aristocrático retornasse com mais impeto —, é compreensível, exauridos os instrumentos destinados à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, que se coloque na Carta de Princípios de um povo senão o direito à resistência à opressão, ao menos a referência a esse expediente extremo de alguém que se vê compelido a sair da ordem jurídica para combatê-la e preservar aqueles direitos nucleares.

3. Portanto, a origem do conceito de resistência radica-se na Revolução Francesa de 1789, criado para ser a última trincheira da nova ordem, sua metatrincheira, ao modo de um guardião externo, conquanto paradoxalmente pudesse ir contra essa mesma ordem. Daí assoma a ambigüidade da resistência: se é um direito reconhecido e protegido, então o Estado admite dentro de si algo que o destrói, o que é um contra-senso; se, de outra banda, nunca puder ser invocada como remédio heróico, então o Estado democrático se contradirá a propósito de sua absoluta intenção de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança,... como valores supremos de uma sociedade..." (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil).

Sensível a tal ambivalência conceitual, o grupo de nações, entre as quais o Brasil, que assinou, após a segunda grande guerra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, preferiu não mencionar em seus artigos o direito à resistência. Todavia, adverte o preâmbulo que os direitos do homem reclamam proteção, "se se quer evitar que o homem seja obrigado, como última instância, à rebelião contra a tirania e a opressão". Em 1789, falava-se em direito à resistência à opressão; em nosso século, fala-se em obrigação, dever de resistir ao poder despótico e opressor! A passagem

de nível, aqui, é muito significativa, justificando nosso ponto de exclamação. Não se diz, nas constituições democráticas, dever de ser livre, dever de viver, dever de livremente pensar, ainda que a liberdade e a vida, tanto quanto os demais atributos da essência do homem, sejam indisponíveis. Diz-se, simplesmente, direito à vida, à liberdade, à livre expressão do pensamento etc. Entretanto, o consórcio das nações signatárias da Declaração dos Direitos Humanos, para nossa surpresa, fala em dever de resistir à opressão. A resistência, de faculdade que era sob a ótica do rebelde francês, transmuta-se em dever/poder para o legislador cosmopolita. O que houve? Qual a causa da transmutação?

4. Comparemos as molduras circunstanciais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Há uma semelhança inarredável entre o entorno de ambas. Vêm à luz após a indignação do homem perante o que fizeram de cada homem (súdito, trabalhador) os dominadores (reis, governadores). Lá como aqui, a frase pessimista de Hobbes — “O homem é o logo do homem” — é encarada de frente, como se os autores das Declarações se obrigassem a rever o campo de extermínio (Bastilha, Auschwitz), não tanto para confirmá-la ante a crueza do holocausto senão com o fim de inocularem em si mesmos a compulsão de erigir um regime de convívio humano em que semelhante sentença jamais se verificasse na prática. Este homem singular, este judeu, este preto, este lacaios, este analfabeto, este preso constitui o ponto primordial da sociedade política. O conjunto organizado dos homens, com suas instituições e leis, terá sentido se e somente se este preso, este analfabeto, este lacaios, este preto, este judeu for respeitado em sua singularidade e em seus direitos. A pessoa humana esmagada

é a causa e o fim das Declarações de 1789 e 1948.

Ora, entre direito de ser pessoa e dever de ser pessoa medeia grande diferença. Aquele, não obstante sua indisponibilidade, pode deixar de ser exercido em virtude da fraqueza de seu portador, este, ao contrário, é cogente, inescapável, confrangendo seu detentor a assumir sua personalidade como uma tarefa própria, a ser sujeito insubstituível de um que fazer contínuo em direção à autonomia e liberdade. No primeiro, a possibilidade de ser ou não ser pessoa; no segundo, a necessidade de vir a ser pessoa. O direito de resistir à opressão, em um momento inicial (1789), passa ao dever de resistir à opressão (1948), no século XX, porque a necessidade de prezar pela sua própria pessoa é a culminância da inversão histórica de pôr como centro da relação de poder, não mais o governo ou o Estado, e, sim, o cidadão. Em outros termos, um regime cujo fundamento é uma possibilidade (o direito à resistência) só se aperfeiçoa na evolução dessa possibilidade em “algo que não pode deixar de ser assim” (o deve de resistir à opressão). Hoje, a resistência à opressão é um dever porque é necessário que a pessoa, segundo a consciência histórica da humanidade, seja o núcleo de qualquer regime político democrático.

5. Retomemos o fio de nossa argumentação, com o objetivo de clarificar a mente do pensador que, perplexo, se perguntava sobre a licitude de amotinar-se um preso contra o Sistema. Mostrou-nos a História que a resistência, gênero do conceito de motim, sempre é uma desobediência efetiva, traduzida em atos de revolta contra uma determinada ordem de regras. E, a despeito de sua índole ambivalente, essa noção evoluiu no tempo, indo de simples faculdade (direito) ao estágio de necessidade (dever), com o intuito de assegurar à pessoa singular, contra os desmandos do poder

constituído, o ponto primordial da relação governados-governantes. Mas, notemos, não se trata de uma resistência qualquer, de qualquer resistência ao império da lei, porém de uma resistência extrema à opressão, cabível (direito) e exigível (dever) do cidadão naquele estado e coisas agônicas, mortos os moribundos os direitos fundamentais da pessoa humana, dessorados e neutralizados os mecanismos previstos pela ordem jurídica para reavivá-los. Trata-se, nessa conformidade, de uma resistência-limite, de uma resistência especialíssima, de um projetar-se fora dos limites da ordem por não permitirem ao desobediente ter a que se ater neles para ser pessoa.

A perplexidade do interrogador, todavia, parece recrudesce. Então, diz-nos, verdadeiro o raciocínio, o presidiário deve rebelar-se contra o Sistema, deve contradizer, por atos, a ordem legal. Se assim for, continua com pasmo e lógica, o todo social deverá vergar-se à imposição do amotinado. E, agora, nos questiona: a segurança e a paz do conjunto não são, porventura, superiores ao reclamo de uma das partes que o compõem?

6. Andamos sobre fio de navalha acerada. Um só deslize ou desatenção bastam para cortar nossos passos a caminho do cerne do problema da licitude do motim. Acautelemo-nos, pois, perquirindo com rigor os meandros da questão, sem receio das contradições deparadas, motor de nosso avanço se as superarmos através de imprescindíveis distinções.

Presídio e preso, sociedade e cidadão. O paralelo é inevitável. Analogamente à sociedade, o presídio ostenta a relação de poder entre dirigentes e dirigidos. Nela, como vimos, a matriz é a pessoa, e o Estado seu instrumento de realização; isto não significa que a pessoa não tenha deveres para com o todo social organizado (pode ser legitimamente obrigada, como parte do conjunto, a dar sua vida

em caso de guerra, para a preservação de seu Estado nacional), mas significa que, por tudo o que ela é, pela sua dignidade e valor, supera o Estado, embora se atribua a este uma personalidade ficta, jurídica. E, mesmo naquele exemplo dramático de sacrifício da vida pelo bem estatal, o todo da pessoa não se aniquila com a morte biológica, justamente porque sua dignidade e valor não se ajustam perfeitamente à circunstância, ao tempo e espaço em que se expressam ou são abafados. O valor da pessoa transcende as razões de Estado.

E o presídio? A comparação entre ele e a sociedade permite-nos retirar consequências instigantes. Se a pessoa é o centro da sociedade, então o recluso é o núcleo do presídio, ou, se quisermos aperfeiçoar a formulação, o presídio existe para o prisioneiro e não o prisioneiro existe para o presídio. Por que tal inferência? Porque o preso é pessoa, e a perda da liberdade ambulatoria, por força de alguns de seus atos, não compromete tudo o que ele é como pessoa. Assim, o valor pessoal do preso supera as razões de segurança e disciplina do presídio. Segue-se, também, que a tarefa primeira (mas não a única) do instituto penal é o tratamento do preso, visando sua ressocialização; a segurança e a disciplina representam uma tarefa secundária, subordinada e orientada pelo bem da pessoa do preso, sua ressocialização. Todo nosso raciocínio ruiria acaso a ablação da liberdade, pelo cumprimento da pena corporal, extraísse do preso o seu valor de pessoa. Porém, este valor pessoal é inexpugnável, resiste à morte quanto ao soldado abatido na batalha, permanece virgem e intocado quanto ao homem metido a ferros. O preso, pois, é pessoa, e nenhuma alegação de segurança ou disciplina ou de execução penal poderá prevalecer contra essa realidade. Nossa Carta de direitos consignava belamente "a pessoa do condenado" (art. 5.º, XLV), "a prisão de qualquer pessoa" (art. 5.º, LXII), como se preten-

desse destacar que a condenação e o encarceramento respeitam a personalidade do convicto e do presidiário.

A primazia do preso, entretanto, confere-lhe a faculdade de fazer, no presídio, o que bem entender, desatendendo as normas de convivência e inaugurando um individualismo anárquico?

7. Faz-se necessária uma distinção revelante neste processo dialético, através do qual vamos pouco a pouco nos aproximando do íntimo do problema proposto, a fim de surpreendê-lo e nos apossarmos dele. O preso, e semelhantemente o cidadão livre no que concerne às leis da cidade, como parte de um conjunto, tem o dever de "submeter-se às normas de execução da pena" (Lei de Execução Penal, art. 38). É um dever racional, ditado pela própria natureza das relações que se travam entre as partes e o todo que integram. Todavia, esta legítima subordinação ao todo social, seja ele uma cidade ou um instituto penal, endereçada à harmonia e ao bem comum próprio de cada conjunto, não possui o dom de emoldurar o homem livre ou o cidadão preso na condição de parte, e apenas parte. Um e outro rompem a moldura e a camisa de força, de vez que na qualidade de pessoas não estão ordenados à cidade ou à prisão segundo tudo o que eles são e segundo tudo o que neles existe.² Se não fora assim, o Estado disporia totalmente de seus cidadãos, presos ou em liberdade, e retornaríamos ao absolutismo totalitário, de que precisamente conseguimos, com luta ingente, nos imunizar em 1789 e 1948, operando a referida inversão histórica. Sintetizemos o argumento. A pessoa singular, este homem, este preso, é o centro do sistema social a que pertence (cidade, presídio). Enquanto

parte individual, numérica, limitada, deve obediência ao sistema e ao bem comum, porque tal conduta, inclusive, redonda em seu próprio benefício de coexistência pacífica com os demais indivíduos do grupo (esta ótica não é aceita pelo individualismo anárquico). Enquanto todo autônomo é irrepetível, ela escapa a qualquer poder temporal, que lhe deve servir de instrumento de realização (esta perspectiva é inaceitável perante o totalitarismo de Estado). Não há nenhum dualismo no ser humano, deduzido, talvez, da leitura apressada das últimas proposições. Em verdade, o homem, enquanto parte, não deixa de ser pessoa, e, enquanto pessoa, não deixa de ser parte. No entanto, é por ser pessoa que ele consente em ser parte, e é parte para ser pessoa. São dois pontos de vista de um mesmo ser. Ambos, todavia, de valor desigual, pois assim como o Estado existe para a pessoa, e não o contrário, da mesma forma a parte individual existe para o todo pessoal, e não vice-versa. O ser pessoal sobreleva ao seu individual.³

Se, portanto, o Estado e o próprio aspecto individual do homem estão em função da pessoa como um todo, eles ganham inteligibilidade e coerência à medida que funcionam para esse fim, e revestem-se de características negativas e frustradoras à medida que se desviam de tal finalidade.

A rigor, as nossas linhas sobre o direito à resistência terminariam aqui. Estão explanadas as chaves dos inúmeros questionamentos sugeridos pelo tema e aparecidos no curso da dissertação. É suficiente certa maestria para, manipulando-as, abrir os problemas à luz da razão e dissolvê-los. O cidadão a quem buscávamos auxiliar na resposta à pergunta vestibular, porém, alega uma outra curiosida-

2. "Homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum, et secundum omnia sua". *Suma Teológica*, 1-2, q. 21, art. 4, ad. 3. Tomás de Aquino.

3. Confronte Maritain, J., *A Pessoa e o Bem Comum*, Lisboa, Morais Editora, 1962, p. 34 e seguintes.

de, quase compulsiva, a de cotejar seus resultados com os nossos. Por ele a isso instados, debrucemo-nos, enfim, sobre as conclusões, sem dispensar o atento leitor de elaborá-las antecipadamente, para confronto e posterior debate.

8. Em primeiro lugar, o respeito à ordem, porque há a suposição de que esteja fundada na justiça e a espelhe. Ninguém, pois, está autorizado a fazer o que quiser no grupo, invocando erradamente sua primazia de pessoa. A contestação e a desobediência à ordem pressupõe um já-ter-permanecido nela, respeitando-a. Nenhum sistema social deve vergar-se às imposições arbitrárias de um ou de vários de seus componentes.

Em segundo, há uma situação-limite na qual a ordem não reflete a justiça, divorcia-se de seu fundamento. É o caso da entropia ou exaustão da ordem jurídica, quando seus mecanismos não asseguram os fundamentos (os direitos primaciais da pessoa) do sistema, ou o fazem de modo aleatório e esporadicamente. Inócuos os meios para a dinamização de suas potências básicas, a ordem em tela deixa de auto-sustentar-se.

Em terceiro, tal extinção da ordem jurídica confere e não confere à pessoa, seu centro, o direito/dever de resistir-lhe e rebelar-se. Soluciona-se a contradição, pressentida nas duas grandes Cartas de Direitos do Homem (1789 e 1948), pelo destaque de dois ângulos inconfundíveis. Em jogo o fundamento da ordem, a pessoa e seus direitos primordiais, o Estado a ela confere o poder/dever de revoltar-se contra a opressão, mas não lhe assegura essa faculdade/obrigação, a ser exercida com todo o risco, nem a coage a empreendê-la, porque ele não pode explicitamente voltar-se contra si mesmo. Em jogo a ordem visível e aparente, o Estado exige, em nome do bem e da segurança das partes, que elas respeitem e obedeçam as regras estabelecidas, porque a insubordinação afetaria a tranquilidade do sistema. Aquele

ângulo é o da Justiça (o ideal e o centro da ordem enraizam-se na pessoa singular), este derradeiro é o do Direito Positivo (a tranquilidade da ordem visível, da ordem numérica dos indivíduos).

Em quarto, para que se contemple melhor a dialética dos opostos, estampada na terceira conclusão, emprega-se o símile do enfermo acometido de grave moléstia, ainda sem denotar sintomas e efeitos aparentes. Em jogo sua vida, o doente quer o restabelecimento da saúde. Porém, o corpo, na superfície, com uma cinestesia razoável, rejeita, pela dor do tratamento, a terapia preconizada. Enquanto corpo aparentemente saudável, não se toma a iniciativa de anuir ao conselho médico; ao contrário, repele-se, por instinto de conservação, todo ensaio conducente à ingestão da droga ou à submissão ao evento operatório. Enquanto pessoa capaz de compreender a gravidade da situação, todavia, consente-se na extirpação do tumor. Há uma diferença apenas entre o Estado democrático e o doente, nesta comparação. O Estado democrático quer a restauração do fundamento da ordem, mas, fascinado pela visibilidade e harmonia das leis, nunca toma a iniciativa de operar contra elas; o doente, entretanto, se não for uma criança, poderá e deverá submeter-se ao doloroso tratamento. Portanto, esse Estado, à maneira de infante, postula a saúde mas repele o remédio, e delega, por fé, ao seu fundamento (a pessoa), o ônus de restaurar-lhe a saúde e impor-lhe a medicação conveniente.

Em quinto, o atrito entre a pessoa rebelada e o Estado que defende a ordem visível, com a suposição de ocorrência da situação-limite aventada, pode gerar inúmeras consequências: a. a rebelião propaga-se para diversos setores insatisfeitos, a ordem é abalada e o movimento revolucionário alcança o Poder; b. o Estado sufoca a sublevação, através da força, como no dramático episódio da

morte violenta de 111 presidiários, em outubro de 1992, na Casa de Detenção "Prof. Flamínio Fávero"; c. as partes dialogam, mostram suas pretensões, cedem aos apelos racionais, controlam suas emoções e perduram no comportamento dialógico; o respeito à pessoa, seja ela qual for, amotinada ou refém, torna-se a medida de toda a negociação. Cessado e resolvido o conflito, o Estado retifica sua ordem em relação aos direitos fundamentais pleiteados na resistência; os contestadores submetem-se à ordem enquanto ela volta a apontar para o valor de Justiça.

Em sexto, o direito de ser tratado como pessoa é absoluto; este direito é impar, jamais tomado relativo no equilíbrio das faculdades e obrigações fundamentais (a liberdade pode ser relativizada pelo encarceramento, a vida pode ser extinta na hipótese de legítima defesa), e, sob o prisma do presidiário, desdobra-se em dois momentos: a. garantia de respeito à integridade física e moral (Constituição da República, art. 5.º, XLIX) e correspondente dever do Estado de não torturar nem degradar o encarcerado (Constituição da República, art. 5.º, III); b. garantia de reintegrar-se à sociedade (Constituição da República, art. 5.º, § 2.º, princípio implícito, e Lei de Execução Penal, art. 1.º, segunda parte) e correspondente dever do Estado-Sociedade de acolher o encarcerado (Constituição da República, art. 3.º, III, "erradicar a marginalização"). Em a., vislumbra-se a obrigação estatal de não fazer algo contra o preso; em b., a de fazer algo em benefício dele.

Em sétimo, a instituição fechada (o campo de concentração, o presídio de segurança máxima) é uma pequena sociedade de domínio total, que "prefigura

a transformação de toda a nação numa sociedade de domínio total".⁴ Nossas prisões, porventura vencedora a tese da prevalência da segurança e disciplina, inserem-se nesse vetor de totalitarismo (a mera existência do Anexo da Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté é discutível, porquanto a política de contínuo isolamento de seus ocupantes é uma forma de tortura psicológica, apta a desagregar-lhes a personalidade). Por conseguinte, a insurreição do preso é o clamor contra a tirania, e prefigura o grito e a revolta do cidadão livre contra a opressão e o totalitarismo. O preso rebelado, na situação-limite, é fator da cidadania ativa!

Afinal, em oitavo, a derradeira resposta: é lícito, porque é um dever inerente e irrenunciável do ser humano, também reconhecido pelo Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento último "a dignidade da pessoa humana" (Constituição da República, art. 1.º, III), amotinar-se um preso contra o Sistema, na situação-limite de estar sendo desrespeitado o seu direito absoluto de ser tratado como pessoa.

Bibliografia

1. BOBBIO, N., *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
2. ARENDT, H., *A Dignidade da Política*, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1993.
3. Confronte Maritain, J., "A Pessoa e o Bem Comum", Lisboa, Moraes Editora, 1962, p. 34 e seguintes.

4. Conforme citação de Richard Rubinstein, da Universidade da Flórida, in *As idéias de Hannah Arendt*, Suplemento Cultura, *O Estado de S. Paulo*, 22.11.81, p. 4.

A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL — UM ESTUDO COMPARATIVO DAS POSIÇÕES BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA*

RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO

Juiz Auxiliar da Capital

1. Introdução — 2. A prova ilícita no Brasil — Legislação e Doutrina: 2.1 Enfoque constitucional; 2.2 Enfoque legal; 2.3 Enfoque doutrinário — 3. A prova ilícita no Brasil — Jurisprudência: 3.1 Princípio do livre convencimento; 3.2 Princípio da fé pública; 3.3 Princípios da veracidade da prova — 4. A prova ilícita nos Estados Unidos da América — 5. Análise da jurisprudência e doutrina brasileiras: 5.1 Visão geral do tema; 5.2 O racionalismo legal; 5.3 As diferenças sociais e a ilusão de eficiência; 5.4 O primado da lei e a visão “de resultado” — 6. A exclusão da prova ilícita — problemas teóricos e operacionais: 6.1 Problemas teóricos; 6.2 Problemas operacionais — 7. A exclusão da prova ilícita — problemas práticos: 7.1 Casos práticos; 7.2 Comentários e solução dos casos práticos — 8. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inciso LVI, diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Tal dispositivo, que se aplica a todo e qualquer tipo de processo (penal, civil e administrativo), deixa o intérprete em posição de dubiedade. É preciso definir o que caracteriza a ilicitude da prova, qual o alcance e a finalidade de tal norma, e como refletirá ela no dia-a-dia do processo penal (o nosso principal objetivo). É preciso ainda tentar intuir como reagirão o cidadão brasileiro e o Juiz, a tal ditame.

Este estudo vem como pequena contribuição à meditação sobre o tema e não

esgota a matéria; esta necessariamente incluiria não apenas o traçado das diretrizes gerais, mas também a análise das inúmeras hipóteses concretas que surgem na rotina da vida.

Dificuldades de conciliar as necessidades de pesquisa (que se ia aprofundando, conforme cada tópico era enfrentado) com o trabalho diário (que não é pouco) levaram-me a limitar a abrangência do estudo. Utilizei alguns artigos de doutrina e jurisprudência mencionados no *CPC Anotado* de Theotonio Negrão, 20.ª Ed., RT, notas aos arts. 332 e 383 e no *CPP Anotado* de Damasio de Jesus, 7.ª Ed., Saraiva 1989, notas ao art. 155; e pesquisei quase duas centenas de acórdãos na RT, a partir do n. 147. O enfoque prático, jurisprudencial, que eu pretendia dar ao estudo ficou um pouco prejudicado por dois fatores: um, a dificuldade de localizar os acórdãos de interesse dada a diversidade de redação das ementas e mesmo falhas nos índices

* Trabalho apresentado na Escola Paulista da Magistratura em abril de 1990, no curso “O Processo Penal na Nova Constituição”, coordenado pelo Juiz Sidnei Agostinho Beneti.

(ausências de acórdãos); outro, a extrema dificuldade que senti em sistematizar uma jurisprudência esparsa e a-sistemática. As falhas a respeito devem ser debitadas a este autor.

Encontrei poucos estudos a respeito, apesar da relevância do tema, aos quais referir-me-ei a seguir; neles encontrei anotações sobre doutrina e jurisprudência de outros países. Aqui pretendo, após analisar determinadas posições da doutrina e jurisprudência brasileiras, analisar e comparar também a jurisprudência norte-americana, aquela que mais de perto, com mais detalhes e com mais rigor enfrentou o problema da prova ilícita, dando-lhe sempre uma roupagem constitucional como interessa ao nosso estudo.

As referências à doutrina e jurisprudência norte-americanas foram quase integralmente tiradas, às vezes em tradução literal, do livro *Criminal Procedure*, por Wayne R. Lafave e Jerold H. Israel, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985.

O autor, antecipadamente, se desculpa pela singeleza com que tema dessa magnitude foi enfocado.

2. A prova ilícita no Brasil — Legislação e Doutrina

2.1 Enfoque constitucional

A Constituição Imperial de 1824 não enfocou diretamente o aspecto; mas garantiu em seu art. 179, em meio aos direitos individuais, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos “que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade”; resguardou (inciso VII) a inviolabilidade do domicílio, nela permitida a entrada de noite apenas com o consentimento do ocupante ou para o defender de incêndio ou inundação, e de dia nos casos em que a lei o determinasse; proibiu a prisão (inciso VIII) salvo em flagrante delito (com imediata apre-

sentação à autoridade judicial) ou por ordem da autoridade legítima (inciso X). A Constituição Republicana de 1891, no art. 72, assegurou aos cidadãos os mesmos direitos (*caput*, §§ 11.º, 13.º, 14.º) acrescentando a garantia de ampla defesa (§ 16.º), a inviolabilidade do sigilo da correspondência (§ 18.º), e o uso do *habeas corpus* em caso de violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, atual ou iminente (§ 22.º). A CF de 1934, no art. 113, manteve os mesmos direitos. A CF de 1937, no art. 122, assegurou a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, “salvas as exceções previstas em lei” (inciso n. 6), a proibição da prisão salvo em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente e a instrução criminal contraditória (inciso n. 11); disse ainda, no art. 123, que “a especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

A CF de 1946, no art. 141 (*caput*) assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade; e manteve o sigilo da correspondência (sem limitações) (§ 6.º), a inviolabilidade do domicílio (§ 15.º), a necessidade do estado de flagrância ou ordem escrita da autoridade competente para a prisão (§ 20.º), a possibilidade da liberdade sob fiança (§ 21.º), a obrigatoriedade de comunicação da prisão ao juiz competente e o instituto do *habeas corpus* (§ 22.º e 23.º), a garantia de plena defesa ao acusado e da instrução criminal contraditória (§ 25.º); tais direitos e

garantias individuais foram seriamente comprometidos, após 31.3.64, pelos diversos Atos Institucionais baixados pelo denominado "Comando Supremo da Revolução" que possibilitaram ao Presidente da República decretar ou prorrogar pelo máximo de 30 dias o estado de sítio (AI n. 1, de 9.4.64, art. 6.º), subtraíram da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal com base no AI n. 1, neste Ato Institucional e nos atos complementares deste (AI n. 2, de 27.10.65).

A CF de 1967, em seu art. 150, assegurou igualmente a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (*caput*), especificando serem invioláveis a correspondência, o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas e o domicílio (§§ 9.º e 10.º), a prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente (§ 12.º), o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário (§ 14.º), ampla defesa aos e instrução criminal contraditória (§§ 15.º e 16.º), a instituição do *habeas corpus* (§ 20.º). Tal Constituição, e tais direitos, foram mortalmente golpeados pelo AI n. 5, de 13.12.68, que permitiu ao Presidente da República baixar os Atos Complementares necessários, decretar o estado de sítio, suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, bem como excluiu da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com tal Ato Institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos (arts. 9.º, 10.º e 11.º). A EC n. 1, de 17.10.69 (que pode, na verdade, ser considerada uma outra Constituição) assegurou, no art. 153, os mesmos direitos.

A CF de 1988, em vigor, foi mais explícita e a única a enfatizar especifica-

mente o aspecto. Assegurou a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5.º, *caput*) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (mencionada pela primeira vez), à segurança e à propriedade; e assegurou a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante (inciso III), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), do domicílio (inciso XI) (exigindo, para nela entrar sem o consentimento do morador e durante o dia, autorização judicial), do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, de dados e das comunicações telegráficas (inciso XII) (salvo, no caso das comunicações telefônicas, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal), a punição pela lei de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI), o respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX), a privação da liberdade ou bens somente após o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI), a prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente (inciso LXI), a comunicação à família do preso, a pessoa por ele indicada e ao Juiz competente (inciso LXII), a obrigatoriedade de ser o preso informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado (inciso LXIII), a proibição de manutenção da prisão quando possível for a liberdade provisória (inciso LXVI). Tal Constituição, como se vê, expressamente proibiu a introdução de provas ilícitas no processo (qualquer tipo de processo, seja civil, penal ou administrativo) e elencou apreciável quantidade de direitos, "invioláveis", de cada cidadão.

2.2 Enfoque legal

Requisitos para admissibilidade da prova foram indicados no CPP (arts. 155 e 157, admissibilidade em geral das provas e sua livre apreciação pelo Juiz; arts. 185 e 198, obrigatoriedade do interrogatório e permissão ao Juiz para utilizar o silêncio do réu em seu convencimento; art. 233, expressa inadmissibilidade de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos, bem como possibilidade de sua apresentação em Juízo pelo destinatário, para defesa de seu direito, mesmo sem consentimento do signatário) e no CPC (art. 332, dizendo que os meios legais e os “moralmente legítimos” são hábeis à prova da verdade dos fatos, incluindo (art. 383) a reprodução mecânica, fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie.

Encontra-se ainda proteções esparsas, como no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal n. 4.117/62, art. 57).

2.3 Enfoque doutrinário

Analisando a CF de 1946 afirma Francisco Campos (citado em artigo de Cláudio Pacheco, *Tratado das Constituições Brasileiras*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965, v. IX, p. 270-288, estudo esse parcialmente transcrito em *Liberdades Públicas — Parte Geral*, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e outros, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1978, p. 155) que “o ponto de vista das liberdades individuais controla o sentido da Constituição de 1946 ... na sua interpretação sistemática — e toda interpretação constitucional, por ser a Constituição um sistema, há de ser, necessariamente, sistemática — se deve partir das liberdades individuais para determinar a extensão do poder, ou dos poderes, e não tomar o pulso do poder, ou dos poderes, para pela escala de seu compasso medir ou graduar a escala das liberdades ou dos direitos

individuais”. Acredito que a Constituição de 1988, com seu evidente retorno ao liberalismo e reação às inúmeras agressões aos direitos individuais cometidos pelo Governo Militar (de 1964 a 1985), pretendeu do mesmo modo limitar a atuação do Estado e fazer renascer a proteção ao indivíduo contra esse mesmo Estado.

No mesmo sentido, José Celso de Mello Filho (*Constituição Federal Anotada*, 2.^a ed. Saraiva, S. Paulo, 1986, p. 424 e ss.), em comentário ao artigo 153 da Constituição de 1969 afirma que “as liberdades públicas constituem *limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal*” e que seu rol não é exaustivo. Reafirma a ilicitude da interceptação telefônica e da correspondência, válido o uso apenas desta, como prova judicial, pelo destinatário (a quem a carta passa a pertencer, quando entregue).

Adherbal de Barros, Promotor de Justiça em São Paulo, em artigo denominado “A Investigação Criminosa da Prova”, in *RT* 504/288 (1977) discorre sobre o tema; conclui que é livre a investigação judicial e a apreciação das provas, só encontrando limites nos direitos e garantias individuais; entretanto, a jurisprudência vem decidindo pela “sua plena admissibilidade, livre valoração e irresponsabilidade do órgão do Estado que a produziu”. Após discorrer sobre tal prova, em outros países, e comentar a posição de Franco Cordero (na Itália), reconhece haver “um salto lógico” nas noções de inconstitucionalidade e inadmissibilidade da prova no processo, pois esta questão processual dever ser solucionada pelas regras do próprio processo. Prega, por isso, que a solução se encontra em uma interpretação analógica do art. 233 do CPP para, não sendo menores os valores da vida, liberdade etc. que a correspondência, estender tal inadmissibilidade aos demais caos de ilicitude na colheita da prova. Diz ainda que provas criminosas são incompatíveis com a

própria noção de processo (que tende à realização do Direito, não apenas à descoberta da verdade), para concluir que o combate à criminalidade “só pode ser feito de uma posição eminentemente ética. O Estado que, por seus órgãos, comete crimes e se apropria processualmente de seus resultados, isto é, a prova criminosa obtida, e recepta o produto do crime, nunca levará a bom termo a diminuição da criminalidade (...) Não há senão um remédio: a inadmissibilidade da prova criminosamente obtida”.

Luis Alberto Thompson Flores Lenz (*Os Meios Moralmente Legítimos de Prova*, RT 621/273), afirma que o debate se polariza entre os direitos fundamentais do homem e os princípios básicos que norteiam o processo e a necessidade da descoberta da verdade material, tanto para a proteção da sociedade quanto para efetivação do ideal de justiça. Distingue a prova ilegítima (aquela proibida pela lei processual, tanto em sua formação quanto em sua introdução no processo) da prova ilícita (aquela que contraria o Direito Material quanto ao meio ou quanto à forma de sua obtenção). Quanto a estas, lembra que o Código Penal apenas restringe a invasão física do domicílio e tutela o sigilo da correspondência (art. 150 e 151). Após citar a posição contrária de Ada Pellegrini Grinover e duas decisões do STF proibindo a introdução nos autos de prova ilicitamente obtida, conclui pela necessidade de muita cautela no aspecto; o uso de gravadores, máquinas fotográficas, transmissores de som estão tão difundidos que quando seu emprego se fizer “sem dolo, mas de forma natural e em resguardo de um direito, seu resultado poderá ser aproveitado pelo julgador. Inadmissíveis são o dolo, a malícia, a torpeza na captação da prova. É, aliás, o que está proibido no art. 332 do CPC”. Prega, ainda, que em determinados ramos do Direito (como o Direito de Família) em que a prova é mais difícil,

o Juiz deve ser mais flexível, “sem prejuízo das garantias constitucionais do indivíduo”.

Ada Pellegrini Grinover (*Liberdades Públicas e o Processo Penal*, 2.^a ed., S. Paulo, RT, 1982, citada no artigo de Thompson Flores supramencionado) defende serem inadmissíveis em Juízo as provas proibidas. Todavia, em virtude da lacuna existente tanto em nosso ordenamento material como no processual, compete à CF coibir tais práticas, visto que sempre será infringido um princípio constitucional na aquisição dessa prova: “Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido, afastada, como fizemos, a simples visão unitária, que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual, em um posicionamento que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do Direito Constitucional”.

Celso Bastos, (*Comentários à Constituição do Brasil de 1988*, ed. Saraiva, S. Paulo, 1989, 2.^o v., p. 272 e ss.) em comentário ao art. 5.^o, inciso LVI, afirma que o inciso constitucional se refere tanto aos vícios intrínsecos (provas inadmitidas pela lei processual) como extrínsecos (que ele denomina “ilicitude”, provas em tese admissíveis mas cuja forma de obtenção infringe a lei); e que o comando constitucional, que pretende defender certos direitos fundamentais, “deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado”. Dá exemplos: uma correspondência furtada que pode servir de prova absolutória, pois atribuir-se-á maior relevância à tutela da liberdade. Assim, tentando encontrar um ponto de equilíbrio entre os

interesses em jogo, propõe “algumas regras de imposição obrigatória em função das premissas já lançadas: a primeira, de que a prova a ser feita valer seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu. Em segundo lugar é necessário que a produção desta prova se faça em defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal. E finalmente a prova deve ser acolhida quando aquele que a exhibe não teve nenhuma participação, direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou”. Segundo o autor, estas regras permitirão a obediência à Constituição e o banimento das provas ilícitas, permitindo no entanto a eficácia de outros direitos constitucionalmente garantidos como o da ampla defesa.

3. A prova ilícita no Brasil — Jurisprudência

Não encontrei, na pesquisa que fiz, uma análise mais sistemática do problema em tela, e em praticamente nenhum dos acórdãos pesquisados encontrei menção a eventual ilicitude na obtenção da prova, nem maior enfoque constitucional. Encontrei os seguintes parâmetros, dispersos, aqui reunidos para maior facilidade de compreensão; sob tais parâmetros as questões concretas acabam sendo resolvidas. Noto que a divisão é de minha autoria, e que os acórdãos são todos anteriores à atual Constituição.

3.1 Princípio do livre convencimento

Segundo ele o Juiz atribuirá a cada prova o valor que possa merecer, analisando-a no conjunto mostrado pelo processo. Não encontrei uma divisão hierárquica muito nítida entre “provas” e “indícios”, falando-se sempre no “conjunto da prova”, e não encontrei qualquer análise mais profunda sobre a certeza

necessária à condenação (ou sobre a dúvida suficiente para absolver), entre a certeza (ou dúvida) subjetiva, sentida pelo Magistrado (mesmo quando a prova, objetivamente analisada, contém elementos suficientes à condenação ou à absolvição) e a certeza (ou dúvida) objetiva (isto é, a prova é objetivamente suficiente para a condenação (ou absolvição) mas o Magistrado, em sua experiência, sente haver algo errado que o inclina à direção contrária).

Assim, já em 1943 (RT 148/154) se afirmou que o juiz aprecia livremente as provas, não importando se a autoridade que fez a fiscalização não era quem devia fazê-la, nem se possuía o auto lavrado os requisitos legais, nem se o fiscal possuía a necessária habilitação técnica (no caso, tratava-se de adulteração do leite por adição de água). Em RT 175/523 (TJSP, 1948) atribuiu-se à confissão extra-judicial o mesmo valor probante da judicial, desde que concorde com o resto da prova, afirmando ainda que sem a prova (pelo réu) da coação não subsistia a retratação em Juízo. No mesmo sentido RT 161/51 (1945), 180/110 (1949), 164/488 (1946), 177/97 (1948) (onde se afirmou que a confissão prestada perante a autoridade policial, “desde que clara, concisa e coincidente com outros elementos do processo constitui prova plena, suficiente para a condenação”), 177/119 (1948), 292/441 (1959), 395/309 (1968), 435/365 (1971), 560/324 (1982).

3.2 Princípio da fé pública

Segundo o princípio da fé pública, inerente aos agentes públicos, compete ao réu provar que a confissão, ou a busca e apreensão etc. feitas na fase policial não são corretas, ou de ter ele réu sido submetido a violência ou grave ameaça.

Assim, em RT 175/523 (1948) foi dito que a confissão espontânea, na Polícia, sem prova de coação, prevalece sobre a

retratação em Juízo. Em *RT* 180/110 (1949) mencionou-se expressamente que a prova da violência ou grave ameaça utilizadas para obtenção da prova competia aos réus. Em *RT* 193/139 (1951) a confissão extra-judicial prevaleceu sobre a retratação judicial. Em *RT* 167/539 (1946) afirmou-se que o inquérito policial é instrução provisória “à qual se deve emprestar presunção de veracidade. Cumpre ao réu elidi-la mediante outras provas”. Em *RT* 212/99 (1953) afirmou-se que a confissão policial, feita em ambiente alheio a qualquer violência ou constrangimento, atestada por testemunhas que a assistiram, pode servir de base à condenação. Em *RT* 394/822 (1968) mencionou-se ter o réu dito que confessara após espancamento por investigadores de polícia na porta da fábrica, não havendo prova do espancamento no momento em que foi ouvido, gozando a autoridade policial de presunção de correção em suas atitudes.

3.3 Princípio da veracidade da prova

Segundo ele a prova é analisada pela carga de convencimento que contém, abstraída a forma de sua obtenção; eventual irregularidade é matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada na órbita própria, que não interfere com sua admissibilidade como prova enquanto tal. Nos casos em que demonstrada grave irregularidade na sua obtenção nem sempre os acórdãos mencionam especificamente o aspecto de sua licitude ou ilicitude enquanto prova, nem o aspecto constitucional, nem determinam sua exclusão do processo; apenas deixam de lhe atribuir valor probante, desconsiderando-a na formação do convencimento. Igualmente não encontrei, nos quase 170 acórdãos que pesquisei (iniciando-se em 1940) qualquer referência à prova licitamente obtida a partir de outra prova (esta ilícita) (os denominados “frutos da árvore venenosa”).

Assim, em *RT* 241/89 (1955) admitiu-se como válida confissão de ré analfabeta, na Polícia (sem que as testemunhas da confissão tivessem sido ouvidas em Juízo) por não ter ela alegado qualquer violência policial. Em *RT* 311/104 (1961) consta: “Como acentuou o V. acórdão embargado o réu não fez a mínima prova de que sua confissão foi obtida mediante violência. Essa história de emprego de violência está muito sovada. Já não impressiona ninguém. Mas, como dizia o Min. Costa Manso, o que importa não é saber o modo como foi obtida a confissão”. Em *RT* 356/293 (1964) sobre afirmação de ter a confissão policial sido obtida mediante coação: “eventuais maus tratos impostos ao réu não infirmam o valor probante de confissão que os demais elementos de convicção demonstram ter sido veraz”. Em *RT* 394/282 (1968), sobre afirmação de ter o réu sido espancado na porta da fábrica, antes de ser levado para a Delegacia onde confessou, admitiu-se a confissão como válida pois concorde com o restante da prova. Em *RT* 412/300 (1969), caso em que o réu, por medo do “Esquadrão da Morte”, requirera a própria prisão preventiva, admitiu-se a confissão como autêntica, não interessando o que a motivou. Em *RT* 468/347 (1974), delito de tráfico de entorpecente, sobre violação de domicílio e busca sem mandado judicial, além de confissão mediante sevícias, assentou-se que “as falhas do inquérito não maculam o processo nem a decisão, considerando superada jurisprudência anterior (citada abaixo, oriunda do Tribunal de Justiça — tal delito passara à competência do recém-criado Tribunal de Alçada Criminal) que começava a exigir maior correção na conduta policial. Em *RT* 456/416 (1973) admitiu-se como prova apreensão feita após busca domiciliar sem autorização judicial (invasão de domicílio), por ter-se demonstrado “a veracidade dos fatos” (o voto vencido considerava ilegal a diligência,

comprometendo a prova). Em *RT 424/337* (1970), diligência noturna sem mandado, foi dito que as irregularidades da entrada na residência e na apreensão poderiam acarretar a responsabilidade administrativa dos agentes, mas não a desconsideração da prova; no mesmo sentido *RT 468/347* (1974) dando como ultrapassada jurisprudência contrária que se ia (antes) firmando.

Esta jurisprudência, que com algum temperamento vige até hoje, quase mudou no final da década de 1960. O Tribunal de Justiça, com base nos votos (entre outros) dos Des. Adriano Marrey e Acácio Rebouças, insurgiu-se contra as irregularidades cometidas pela Polícia, principalmente em casos de buscas e apreensões em delitos ligados a entorpecentes, e passou a considerar que tais irregularidades contaminavam todo o processo. Assim, em *RT 440/368* (Câmaras Conjuntas, 1971) considerou-se que a apreensão de maconha em residência, à noite, por guardas-noturnos, continha ilegalidade que contaminava todo o processo (revisão criminal deferida). Em *RT 440/343* (1972) havia prova de ter o réu sido submetido a sevícias brutais, inclusive choque elétrico nos órgãos genitais; considerou-se suspeita a prova da acusação, sem entrar na análise de eventual veracidade. Em *RT 447/337* (1972), prova colhida apenas no inquérito policial por militares, com temporária restrição à liberdade de alguns dos envolvidos, considerou-se haver ofensa ao princípio do contraditório e sem valia a prova; mencionou o ambiente e as circunstâncias em que a prova foi obtida. Em *RT 426/363* (1971) decidiu-se pela desvalia (e absolvição) de apreensão de maconha em busca domiciliar sem a lavratura de auto e sem a observância dos princípios legais. Em *RT 426/354* (1971) considerou-se que busca domiciliar, noturna, sem consentimento do morador infringia direitos constitucionalmente assegurados e não tinha valor a prova assim obtida. Em

RT 463/428 (1973, STF, 1.^a Turma, Rel. Aliomar Baleeiro) considerou-se que confissão policial de acusado preso, sob tortura, tornava-a suspeita, mencionando o desvio na conduta policial e a 5.^a Emenda norte-americana (no caso manteve a condenação com atenuação por haver outras provas que lhe davam suporte). Em *RT 482/384* (1975) mencionou-se que a invasão de domicílio, sem mandado, no final da madrugada, era indevida por ter-se baseado em mera suspeita. Em *RT 454/400* (TACrimSP, 1972) condenou-se o réu sem analisar a regularidade da diligência policial; em voto vencido o Juiz Toledo de Assunção afirmou que busca e apreensão domiciliar, ao arrepio da lei, sem a presença da autoridade, infringia garantias constitucionais, não suprimindo as irregularidades eventual consentimento da mulher do réu. Em *RT 452/402* (TACrimSP) o réu foi condenado; em voto vencido o Juiz Rezende Junqueira afirmou que a apreensão ocorreu quando o indiciado estava preso e incomunicável, extravasou o permitido pelo artigo sexto do CPP, sendo necessário na espécie o mandado judicial. Em *RT 579/348* (TACrimSP, 1983) foi dito que a busca e apreensão (jogo do bicho) for irregular e sua irregularidade, por si só prejudicava irreparavelmente a ação penal, independentemente da veracidade da acusação; mencionou ainda que ao Estado não é dado violar a lei.

Mais recentemente o E. Supremo Tribunal Federal, em dois acórdãos envolvendo a admissibilidade de prova (gravação) obtida e produzida sem consentimento das partes declarou (1984, RE n. 100.094-PR, 1.^a Turma, Rel. Rafael Mayer, *RTJ* 110/798) que captação de prova, mediante interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, infringia garantia constitucional do direito da personalidade e era moralmente ilegítima, sendo portanto inadmissível viesse a ser divulgada em audiência de processo judicial em que o requerente (da exclu-

são) sequer era parte; por lesivo a direito individual acolheu mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e desentranhamento dos autos da gravação respectiva; no caso, a prova fora obtida em clara infringência ao § 9.º do art. 153 da CF. Em *RTJ* 84/609 (RE n. 85.439, Rel. Xavier de Albuquerque) indeferiu-se a produção de prova consistente em gravação magnética (em processo civil) feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher com terceiros, mencionando o Relator tratar-se de “meio que também não pode ser considerado moralmente legítimo, por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possam utilizar”.

4. A prova ilícita nos Estados Unidos da América

A exclusão da prova ilícita do Direito Norte-americano decorre da aplicação de diversas disposições das 14 Emendas, principalmente da 4.ª (“Não será infringido o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões irrazoáveis e não se expedirá mandado a não ser mediante indícios de culpabilidade, confirmados por juramento ou declaração, e nele se descreverão particularmente o lugar da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”), da 5.ª (“Nenhuma pessoa será obrigada... a depor contra si próprio em processo criminal ou ser(á) privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular *due process of law*...”) e da 14.ª Emenda (“Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular (*due process of law*); nem negará a qualquer pessoa dentro em sua jurisdição a igual proteção das leis.”) (Tradução constante de *A Corte Supre-*

ma e o Direito Constitucional Americano, por Lêda Boechat Rodrigues, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 333 e ss.). Não há regra constitucional explícita proibindo a introdução de prova assim obtida (embora a redação da 5.ª Emenda mais facilmente conduza a isso); na verdade a “common law” expressamente dizia que os Tribunais não inquirirão sobre a forma pela qual prova normalmente admissível foi obtida.

O preceito da 4.ª Emenda foi pouco explorado até 1886 quando, em “*Boyd v. United States*”, a Suprema Corte afirmou que o exame forçado de papéis relacionados com a prática de crime violava a 4.ª Emenda e que tais papéis não podiam ser admitidos como prova contra Boyd. Embora a 4.ª Emenda, diversamente da 5.ª Emenda, não contenha regra de exclusão, a Corte a isso chegou unindo os dois comandos, notando que “[a Corte] não tinha percebido que diferença substancial poderia haver entre utilizar como prova contra alguém livros e papéis particulares e obrigá-los a depor contra si mesmo”. Em 1914 a Corte decidiu “*Weeks v. United States*”, onde o réu impugnou o uso em julgamento federal de prova apreendida em sua casa pela polícia local (àquele tempo a Suprema Corte vinha decidindo que as garantias da Constituição Federal, dirigidas contra o Governo Federal, não podiam ser opostas aos Estados) e mais tarde por policiais federais. A Corte afirmou que admitir prova ilegalmente obtida por agentes federais implicaria, de fato, em aprovar sua conduta inconstitucional: “Permitir [invasão ilícita da santidade de sua casa por agentes da lei] seria corroborar por decisão judicial uma manifesta negligência, se não aberta contestação, das proibições da Constituição, nela constantes para a proteção do povo contra estas atitudes não-autorizadas.”

Após diversos outros julgados de relevo, muitos enfrentando a questão de serem tais proibições constitucionais

(dirigidas ao Governo Federal) também aplicáveis às polícias estaduais, em "Mapp v. Ohio" (1961) a Suprema Corte afirmou que toda e qualquer prova ilícita, obtida que fosse por agentes federais ou estaduais, era igualmente inadmissível. Afirmou ainda que "Desde que o direito à privacidade da 4.^a Emenda foi considerado obrigatório para os Estados através da cláusula do devido processo legal da 14.^a Emenda, é compulsório contra eles pela mesma regra de exclusão usada contra o Governo Federal. Se fosse diferente então assim como sem a regra de "Weeks" a segurança contra buscas e apreensões federais injustificadas seria uma "fórmula de palavras", sem valor e desmerecedora de menção em uma carta perpétua de inestimáveis liberdades humanas, assim também, sem aquela regra a liberdade contra invasões estaduais da privacidade seria tão efêmera e tão claramente separada de seu nexó conceitual com a liberdade contra qualquer meio brutal de obter provas de modo a não merecer a grande preocupação desta Corte com uma liberdade 'implícita no conceito de liberdade organizada'.

Evitar buscas e apreensões injustificadas ou desarrazoadas é a maior finalidade da regra de exclusão. Isto foi dito pela Corte em "Wolf" (1949) ("a exclusão da prova pode ser uma eficiente maneira de evitar buscas injustificadas"), "Elkins" (1960) ("sua finalidade é evitar — obrigar ao respeito à garantia constitucional na única maneira efetiva disponível — removendo o incentivo ao desrespeito"), e "Mapp" (1961) (mencionou-se "se não insistirmos nesta garantia [para evitar condutas ilícitas] a 4.^a Emenda seria reduzida a uma 'fórmula de palavras'"). Mais tarde, em "Linkletter v. Walker" (1965) a regra foi caracterizada como um "eficiente meio de se evitar ações policiais ilegais", e em "Terry v. Ohio" (1968) a Corte ressaltou que "a maior finalidade da regra é evitar [condutas

ilegais]". A regra serve também para outras finalidades. Há, também o que a Corte mencionou em "Elkins" como "um imperativo da integridade judicial", especificamente que os Tribunais não podem tornar-se "cúmplices da deliberada desobediência de uma Constituição que eles juraram defender". Uma terceira finalidade da regra de exclusão, como recentemente alguns membros da Corte disseram mais claramente, é o de "assegurar o povo todas as vítimas potenciais de condutas ilícitas de agentes policiais que o Governo não obterá benefícios de seu comportamento ilegal, assim diminuindo o risco de seriamente minar a confiança do povo no governo" (United States v. Calandra", 1974).

Das três finalidades nota-se que a primeira delas (evitar condutas ilícitas dos agentes da lei) tem sido considerada a mais importante e aquela que efetivamente baliza a análise de cada caso concreto; assim, em determinados casos a Corte manteve a prova ilicitamente obtida dizendo que, naquele caso específico, a exclusão da prova não traria nenhum efeito benéfico para o ordenamento do trabalho policial (os votos divergentes deram maior peso às duas outras finalidades, considerando-as mais importantes que a primeira) ("Calandra", 1974). Esta decisão ("Calandra") é importante ainda por outro aspecto. Enquanto em "Mapp" (1961) a Corte disse ser a regra de exclusão "parte da limitação da 4.^a Emenda à ação governamental contra a privacidade do indivíduo", a maioria em "Calandra" caracterizou a regra como "um remédio criado em Juízo para garantir os direitos assegurados pela 4.^a Emenda genericamente através de seu efeito preventivo, mais que um direito constitucional pessoal da parte agravada". Esta linguagem tem sido vista com preocupação como um sinal de que a Corte poderá "abrir a porta ainda mais e abandonar de uma vez por todas a regra de exclusão [da prova ilícita]".

Deve-se dizer que esta exclusão de provas tem sofrido freqüentes ataques. Diz-se que sua aplicação impede (ou "algema") a ação policial, o que não faz sentido uma vez que a proibição vem da própria Constituição, e não deste remédio judicial. Diz-se que as indicações de quais condutas são ou não admissíveis não são claras; a preocupação é legítima, mas abandonar-se simplesmente a regra transformaria as garantias da 4.^a Emenda em não mais que "uma fórmula de palavras" [isto é, uma fórmula vazia]. Diz-se que a regra vem em auxílio dos culpados é uma grande distorção; a regra, como dito em "Elkins" (1960) "é feita para prevenir [isto é, evitar condutas futuras] e não para reparar [condutas passadas]"; a supressão da prova em um caso particular se faz para influenciar a conduta policial futura, e assim os inocentes e a sociedade são os principais beneficiários.

Tentativas e propostas da própria Suprema Corte para tornar menos rígida esta regra não lograram êxito. Propôs-se que as vítimas de tais ilicitudes pudessem comparecer perante Varas especializadas e receber uma indenização do Governo ("Bivens v. United States", 1971, pelo Presidente da Corte); que a regra deveria ser abrandada quando se demonstrasse que o agente policial estivesse agindo com boa-fé e na crença da licitude de sua conduta (Ministro White, "Stone v. Powell", 1976) ou na posse de um mandado judicial. Várias razões, tanto referentes à dificuldade de cidadãos normais ajuizarem o pleito indenizatório, como admitir-se um sistema tipo "viola agora, paga depois", como referente à dificuldade de aferir-se a boa ou má-fé do policial com ou sem mandado judicial, tem aconselhado a maioria da Corte a manter, ainda que com algum temperamento em determinados casos, a regra de exclusão como única forma de garantir o respeito a direitos individuais consti-

tucionalmente assegurados, de evitar que os Tribunais se tornem "cúmplices da ilegalidade", e de assegurar ao povo que o Governo ou agirá dentro da lei, ou não terá benefícios quando agir fora dela.

A regra de exclusão tem sido utilizada também em procedimentos não-criminais e administrativos, a partir de 1965 ("One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania"), sob o argumento de que não faria sentido excluir-se determinada prova em um procedimento criminal e mantê-la em um procedimento civil ou administrativo cujo efeito para o réu é às vezes mais grave ou mais oneroso. A regra não tem sido aplicada, no entanto, quando relacionada com buscas e apreensões privadas, realizadas sem qualquer participação direta ou indireta de agentes do Governo, porque "origem e história da 4.^a Emenda claramente mostram ter ela sido dirigida para restringir as atividades da autoridade, não para limitar outras condutas que as dos agentes públicos" ("Burdeau v. McDowell", 1921).

Tal regra tem sido aplicada com muito cuidado, caso a caso, após detida análise dos detalhes envolvidos. O estudo de cada uma dessas hipóteses exigiria trabalho imensamente maior que este; um pouco dessa jurisprudência será mencionada mais à frente.

5. Análise da Jurisprudência e Doutrina brasileiras

A análise que ora se faz não segue maior método científico e diversas de suas proposições dependem de maior verificação e embasamento teórico, impossível de obter dada as dimensões do estudo e as dificuldades já mencionadas para complementação da pesquisa. Deve ser tomada, portanto, sempre como afirmação condicional e como ponto de partida para futura e mais profunda discussão; e refletem, de forma honesta, as observações informais do autor.

5.1 Visão geral do tema

Observa-se que, pelo menos desde a Constituição Imperial de 1824 (aqui tomado como primeiro documento legal de importância, em condições de suportar o desenvolvimento de uma doutrina judiciária), são invioláveis os direitos civis e políticos que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179); e tal inviolabilidade foi mantida em todas as Constituições posteriores, agregando-se a tais direitos ainda o direito à vida e à igualdade. Pode-se afirmar, sem medo de erro, que a mentalidade política e jurídica do País, pelo menos desde 1824, atribui relevo especial aos direitos à vida, à segurança individual, à propriedade e à liberdade. Infrações a tais direitos constam como crime no CP e em leis especiais, a última delas (de maior importância) a Lei 4.898/65 que disciplinou os denominados crimes de abuso de autoridade. Pode-se afirmar também, na esteira dos constitucionalistas, que por "Constituição" se entende, em sentido jurídico, "o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma de Governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 5.^a ed. Saraiva, S. Paulo, 1975, p. 20); e que, na esteira de José Celso de Mello Filho já citado, "as liberdades públicas constituem limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal. Em outras palavras, faz pelo menos 167 anos que a lei proíbe condutas abusivas no Estado na investigação de crimes (além de outras). A experiência comum indica, e os repositórios de jurisprudência confirmam, que tais arbitriedades nunca deixaram de existir.

No entanto, apesar de sua relevância e apesar das boas intenções jurídicas, doutrina e jurisprudência indicam que o tema nunca foi tratado com maior ênfase

neste País; há diversos acórdãos que fazem críticas severas às condutas policiais, há artigos de doutrina que enfocam o tema; mas poucos, a-sistemáticos, que se perdem em considerações meramente jurídicas quando estas considerações deveriam ser o ponto de partida para uma afirmação mais eficiente do Poder Judiciário como guarda da lei. Como se viu da pesquisa realizada, aqui mencionada, os primeiros acórdãos que enfrentaram especificamente o problema da ilicitude na obtenção da prova criminal, e reagiram a essa conduta por não atribuir nenhum valor à prova assim obtida, datam do final da década de 1960, mais especificamente dos anos de 1971 a 1972 quando as forças policiais, fortalecidas pela impunidade assegurada pelo regime militar, passaram a exorbitar de tal modo que a adormecida consciência jurídica viu-se (não em sua totalidade, entretanto) obrigada a reagir.

Tal tema, que se entrosa com diversos outros de importância ímpar (a extensão dos poderes do Estado, o confronto dos interesses individuais com o interesse na apuração dos crimes, o necessário freio a ser colocado à atividade policial, a guarda da Constituição como lei fundamental etc), não mereceu neste século e meio maior atenção nem da doutrina, nem da jurisprudência. Este desinteresse, anômalo, deve ter por base determinadas condicionantes extra-jurídicas que a seguir se tentam indicar. Percebe-se que a arbitriedade policial na colheita das provas nunca se constituiu em um "problema" para o mundo jurídico; e por não ser um "problema" não se procurou, para isso, solução. A mudança constitucional impõe alguma alteração nessa atitude.

5.2 O racionalismo legal

Nossa cultura, de origem européia e fortemente influenciada em sua origem pelo racionalismo e pelo idealismo, pouco mudou do final do século passado até

hoje. Distinguem-se assim as “verdades de fato”, contingentes e particulares, implicando sempre na possibilidade de correção e válidas apenas dentro de limites determinados, com resultados provisórios e sujeitos a retificações e verificações sucessivas, das “verdades de razão”, dotadas de universidade e certeza, que se originam não do fato mas constituem condições do pensamento; tende o racionalismo a reduzir as investigações sobre o real a noções cada vez mais simples e que, além de sua simplicidade e evidência, sejam comuns a todo espírito pensante. A distinção de Leibniz é esclarecedora: “Quando uma verdade é necessária pode encontrar-se a sua razão mediante a análise, resolvendo-a em idéias e verdades mais simples, até se chegar às primitivas” (as noções filosóficas foram tiradas de *Filosofia do Direito*, v. I, por Miguel Reale, 6.^a ed., Saraiva, S. Paulo, 1972, p. 85-86). Ou, no dizer de William James em sua primeira conferência sobre o pragmatismo em Harvard, Estados Unidos da América, em 1906, racionalistas são os “devotos dos princípios abstratos e eternos” (“Pragmatismo and other essays”, Washington Square Press, Pocket Books, Nova Iorque, 6.^a ed., 1975, p. 8).

Ao invés da crua variedade e dificuldade dos fatos, ao invés de resolver a tensão existente entre o sonho e a realidade partindo da realidade exterior e de como os fatos concretamente se apresentam, nosso racionalismo se contenta com a análise das idéias. Nosso esquema lógico, compartimentado, impede grandes “saltos” ou união de coisas aparentemente desligadas (essa visão racionalista, dogmática, é a causa da dificuldade sentida por Adherbal de Barros, no artigo retro, citado, em unir uma realidade sentida — a violência policial na obtenção das provas — a um sistema legal que diretamente não repelia tal conduta); e a visão idealista exige que as estruturas do pensamento lógico sejam preservadas.

O pensamento racional se contenta com a aplicação da lei, na forma como vem escrita. Acredita que sua afirmação na sentença ou no acórdão é suficiente. Acredita que a efetivação das garantias, no plano da concretude, não é algo que lhes concerne, mas sim a outros planos lógicos ou a outras estruturas fora de seu poder (como exemplo, a afirmação de que, veraz a prova, nada podia fazer a respeito do Judiciário, cabendo aos órgãos próprios a punição criminal ou administrativa dos agentes faltosos — mesmo sabendo que tais punições nunca se efetivariam). Acredita que a lei, como entidade ideal que é, fica satisfeita com a afirmação ideal e com o resultado moral decorrente (assim, condena-se criminosos a penas concretamente ridículas pois, com a condenação — isto é, a afirmação no plano das idéias da repulsa legal àquela conduta — o mundo legal está pacificado). Evita descer a análises concretas dos efeitos da condenação, evita tratar das tensões entre princípios em bases fáticas.

Assim, o pensamento racional, sempre que se defrontou com tais tensões (uso de provas comprovadamente obtidas ilegalmente, mas aparentemente verazes), encontrou uma saída racional: o Direito se satisfaz ou com o reconhecimento (moral, ideal) de que aquela conduta não é correta, ou com a remessa do ilícito à correção “pelos órgãos próprios”. “Limpouse” da categoria lógica mais importante (o Direito no caso concreto) sua parte problemática; atendeu-se assim tanto à necessidade de condenar no caso concreto, como se aplacou a consciência quanto à parte incongruente. O uso da prova ilícita no processo, portanto, nunca se constituiu em um “problema” a ser resolvido; tal ilicitude, que não maculava a prova (as irregularidades do inquérito não contaminam o processo, a prova vale pela sua carga de convencimento e não pela forma como obtida etc), não era problema do Judiciário nem do sistema legal.

5.3 As diferenças sociais e a ilusão de eficiência

É sabido que, no Brasil, as mais freqüentes vítimas da arbitrariedade policial são os desprotegidos; é também sabido que a maior parte dos crimes violentos (os que mais impressionam a população) são cometidos pelas pessoas humildes; assim, ou por pertencerem a um estrato social mais elevado, de certa maneira quase imune a esse tipo de arbítrio e violência, os integrantes do mundo jurídico não tem experiência pessoal de tais arbitrariedades, nem se colocam seriamente como provável vítima delas.

A Polícia leva ao Judiciário, na forma de inquéritos policiais, os casos em que as diligências tiveram sucesso; os demais ou não são transformados sequer em inquérito policial, ou são arquivados por falta de elementos, perdendo-se portanto qualquer traço da ilicitude praticada. O Judiciário acostuma-se a ver, em consequência, uma proporção elevada de diligências que-tais em que a Polícia, ainda que com algum exagero, chegou ao criminoso e adquire-se a sensação subjetiva, subconsciente, de que tais métodos mais truculentos são usados com alguma eficiência e contra as pessoas certas, uma vez que o conjunto da prova convence de ser o réu o culpado da infração.

Quando se soma a falta de experiência pessoal do mundo judiciário, a visão subconsciente de que tais condutas “dão certo” com o preconceito de que criminosos não merecem a mesma proteção da lei, tem-se mais um indício do porque nunca terem tais arbitrariedades se constituído em um “problema” a ser resolvido. Lembro apenas que desconhece-se o número de diligências arbitrárias que não deram certo, nem o número de pessoas injustamente molestadas por elas, nem o trauma físico e psíquico sofrido por tais vítimas, nem a proporção do

abalo de sua crença no Poder Público. Na verdade, o uso de tais métodos deixa a Polícia preguiçosa e sem incentivo para a utilização de investigação mais científica; é sempre mais fácil ameaçar, invadir, coagir até que alguém lhe entregue as provas, do que efetuar o cuidadoso trabalho de busca dos indícios que a seriedade da Justiça exige.

5.4 O primado da lei e a visão “de resultado”

Nossa cultura jurídica, positivista, vê o Juiz como mero cumpridor e aplicador da lei; a discussão sobre os grandes rumos da sociedade cabe ao Legislativo, enquanto ao Judiciário cabe unicamente, com os olhos voltados para o passado, examinar os fatos da causa (isto é, examinar o passado) à luz da lei aplicável, encontrando uma solução ou um resultado. Cabe ao Juiz, portanto, realizar a vontade concreta da lei, e não mais que isso. Tal doutrina, quase pacificamente aceita, coloca o Judiciário em uma posição subalterna e inaceitável; não lhe cabe decidir nada mais do que aquilo contido na lei, nem lhe cabe impedir condutas se não expressamente autorizado pela lei. O Judiciário, em tal posicionamento, não é um interlocutor ativo da sociedade; é um interlocutor passivo, que apenas reage a impulsos (os casos concretos) aplicando receitas que já lhe vem prontas. Tal alheamento da discussão dos grandes problemas nacionais (que compete ao Executivo e ao Legislativo, nessa visão), aliado à visão técnico-jurídica (mero cumpridor da lei) tem levado a jurisprudência pátria ou a não discutir os grandes temas constitucionais (note-se que a quase totalidade das decisões de primeiro e segundo graus, inclusive em temas como este, são baseadas na lei ordinária e quase nunca em direitos garantidos na Constituição), ou a discuti-los de maneira exclusivamente técnica, em uma leitura do texto

constitucional dirigida e sem grandes confrontos.

Esse primado da lei, que escraviza às vezes o Juiz, é-lhe incutido também como uma forma de procurar a sua realização imediata. Cabe ao Juiz assegurar o resultado querido pela lei: condenar o réu, se culpado, abstraido outras questões salvo aquelas tecnicamente ligadas à materialidade e autoria do crime. Não teria sentido, nesta visão, recusar no processo uma prova (cuja forma de obtenção é um fato extra-processual) que possa auxiliar no convencimento daquele caso, na realização da vontade concreta da lei naquele caso, que possa permitir alcançar-se o resultado concreto naquele caso.

Essa visão legalista, técnico-jurídica e desvinculada muitas vezes do que realmente ocorre no mundo exterior, tem levado o Judiciário a passivamente aplicar a lei, sem preocupação com outros princípios maiores. A aplicação da lei, exercício técnico-jurídico, exige que na busca da verdade todos os elementos existentes sejam analisados, independente de fatos extra-processuais que devem merecer solução "na órbita própria" (se são, ou não, solucionados, é problema que foge à preocupação do Juiz). Estes são os terceiro e quarto motivos pelos quais considero que a prova ilícita nunca se constituiu em um "problema" para o Judiciário, e portanto nunca mereceu análise mais profunda.

A doutrina e jurisprudência atuais, em regra, de pouca valia serão para eventual aplicação do preceito constitucional em tela. Exige ele sensível mudança de visão do mundo jurídico e do papel do Judiciário, e trará (até pela amplitude de tal inciso) dificuldades não pressentidas. Sem essa mudança de visão, temo, a garantia constitucional transformar-se-á em "uma mera fórmula de palavras", uma garantia formal sem qualquer resultado prático, sem qualquer reflexos na vida quer do Estado, quer das pessoas.

6. A exclusão da prova ilícita — Problemas teóricos e operacionais

6.1 Problemas teóricos

A efetivação da garantia constitucional pressupõe o seguinte: (a) consciência de que as garantias constitucionais são limites à ação do Estado (principalmente) e, no caso em tela, também à ação dos particulares; sendo limites, demarcam zonas que não podem ser transpostas; (b) consciência de que a finalidade de tal exclusão não é resolver o caso passado, mas prevenir e evitar os abusos futuros; é não realizar a vontade concreta da lei em um determinado caso (por exemplo, absolver o homicida) para realizar um comando maior que visa evitar condutas abusivas futuras; (c) consciência de que tal exclusão não resolve nenhum problema lógico-jurídico, ao contrário coloca o julgador em posição de incongruência, ou de conflito, entre a busca da verdade real e outros princípios aos quais a sociedade resolveu atribuir maior relevo; (d) consciência de que o descumprimento da lei e da Constituição, ainda mais quando realizado pelos próprios órgãos que deveriam cumprir a lei, abalam a confiança do povo nas instituições e torna sem sentido qualquer garantia maior, e transforma os Tribunais em "cúmplices do desprezo à Constituição que juraram fazer cumprir"; (e) consciência de que a exclusão da prova ilícita, quando decisiva para o caso, poderá significar a absolvição de um culpado e colocará considerável parcela da população e da imprensa contra o Judiciário, ao menos até que uma atuação firme comece a produzir frutos.

Ultrapassada essa visão, cabe ver no que consiste a ilicitude na obtenção da prova. Pode-se dizer que prova ilícita é aquela obtida mediante infração a outros preceitos constitucionais e legais; aquela que foi obtida mediante infração a qualquer outra garantia individual (violação

da intimidade, da casa, da correspondência e das comunicações de dados, telefônicas e telefônicas, desrespeito à integridade física e moral, prática da tortura, ameaça, coação, indução, captação de vontade) ou legal (infração a dispositivos do CP, do Código de Telecomunicações etc.)

Não menciona a lei se a ilicitude anterior contamina a conduta posterior, aquilo que os norte-americanos chamam de "frutos da árvore envenenada". Sabendo-se que tal dispositivo se erige em limitação à ação estatal e que permitir que a Polícia possa, ainda que indiretamente, lucrar com sua atividade ilícita é o mesmo que incentivá-la a permanecer nessa prática, a jurisprudência fatalmente deverá excluir do processo também esta prova, delimitando os casos em que tal ocorrerá.

6.2 Problemas operacionais

O problema operacional é simples por um lado, e complexo por outro. Nos Estados Unidos as provas permanecem em poder das partes até o momento do julgamento, sempre concentrado em uma audiência que se prolongará pelo tempo necessário à instrução e julgamento do processo; e cada parte tem conhecimento, com antecedência, das provas em poder da outra. Assim, quando determinada prova é considerada ilícita e excluída do processo, na verdade sequer é ela juntada aos autos, sequer chega a integrá-lo; e se o foi é desentranhada e devolvida à parte que a produziu. Assim fazendo, impede-se o impacto psicológico que sua presença produz e os efeitos subconscientes que possa ter; mesmo formalmente excluída, a consciência de sua existência pode servir de elo a outras provas que, isoladamente, não teriam maior carga de convencimento.

No processo brasileiro as provas são produzidas ou na Polícia, ou em Juízo, e são encartadas aos autos conforme

sejam produzidas ou conforme o interesse das partes, sem o conhecimento (da juntada) da outra parte. O Juiz as lê e quando a outra parte, intimada, pedir e obtiver sua exclusão, seus resultados maléficos já se terão produzido: o Juiz a leu e seu conteúdo poderá ser a "ponte" entre diversas provas por si desconexas, servindo como base (não declarada) da condenação. Admitindo-se que a prova ilícita é inadmissível (nos exatos termos do comando constitucional), o Juiz terá dois caminhos: (a) mantém a prova no processo, desconsiderando-a no momento da decisão e (b) exclui a prova do processo, o que implicaria em retirá-la dos autos, fisicamente. No primeiro caso o comando constitucional transformar-se-ia nas "palavras sem conteúdo" já mencionadas, uma vez que seu impacto psicológico poderia ser arrasador e determinante na formação da convicção do magistrado; na segunda hipótese (totalmente contrária à nossa praxe cartorial e à nossa cultura jurídica) o que fazer com a prova excluída? Desentranha-se o laudo, a confissão policial, o auto de apreensão e devolve-se-o à Polícia? Desentranha-se a prova ilícita e determina-se sua destruição em Cartório? Devolver-se-á ao Promotor de Justiça? Conservar-se-á apensada para permitir melhor apreciação da exclusão pelo Tribunal? De qualquer modo, como o Juiz que julga o processo é o mesmo que determinou o desentranhamento, ainda teríamos resquícios desse impacto psicológico já mencionado. E, finalmente, a análise da licitude da obtenção da prova, que confunde-se com o juízo de admissibilidade da prova no processo, dependerá a maior parte das vezes de aprofundada análise da forma de sua obtenção, com oitiva de testemunhas, análise de documentos ou correspondências etc. trazendo um "plus" na formação do processo a que nosso sistema não está acostumado; e este incidente de admissibilidade, com ampla atividade probatória, será feito nos autos

(com o perigo do convencimento psicológico, ainda que não declarado na sentença)? Será feito em autos apartados, que serão ou não apensados aos autos principais? Ficarão o processo suspenso até que o Tribunal aprecie eventual recurso da acusação ou da defesa? Se a prova excluída for a única que ligue o réu ao delito, ou for aquela que comprove a materialidade, poderá o Promotor desistir do processo, ou deverá tocá-lo até o final, obrigando o Juízo a essa atividade inútil?

A solução desse problema operacional poderá ser a seguinte: (a) a ilicitude de uma ou mais prova do processo deverá ser fundamentadamente alegada pela defesa em apartado, no prazo da defesa prévia (se tal não foi feito antes, ainda na fase inquisitorial); (b) nos autos apartados deverá o Juiz promover a instrução que se fizer necessária, inclusive com oitiva de testemunhas especificamente sobre o aspecto em foco; (c) tal incidente deverá estar terminado e decidido antes do início da instrução do processo principal; dessa decisão caberá recurso sem efeito suspensivo, podendo utilizar-se para tal o próprio recurso em sentido estrito, ou a correição parcial, ou algum tipo de agravo de instrumento; (d) o incidente, após julgado, não poderá permanecer apensado aos autos principais, nem deverá ser compulsado pelo Juiz antes da sentença; (e) o recurso não impedirá a prolação da sentença; (f) se antes da sentença o Tribunal determinar a inclusão ou exclusão da prova o Juízo poderá refazer no todo ou em parte a instrução, na medida em que tenha sido influenciada pela decisão *ad quem*; (g) se a decisão de segundo grau for proferida após a prolação da sentença caberá ao Tribunal, havendo recurso, ou reapreciar integralmente a causa, decidindo-a à luz da nova prova (posição que mais me atrai, pela economia processual), ou anular a sentença determinando que outra seja prolatada às luzes da

prova agora incluída ou excluída; (h) como a exclusão da prova não se faz de ofício, mas sempre por provocação do interessado (usualmente a defesa) a prova excluída será encartada nos autos do incidente de exclusão e arquivada com este; se constituir-se de depoimentos dos quais parte seja válido, permanecerá nos autos principais cópia do mesmo, com as partes excluídas devidamente riscadas para que não sejam lidas.

É igualmente delicado definir-se a competência para a apreciação do incidente; e são dois os caminhos possíveis, cada um com suas vantagens e desvantagens. A primeira possibilidade seria atribuir a solução do incidente ao Juiz do processo (ao DIPO, na Capital, em caso de inquéritos; ao Juiz a quem o inquérito tiver sido distribuído, nas demais Comarcas); esta solução é mais consentânea com nossa praxe judiciária e evita ficar uma Vara na dependência do bom ou mau funcionamento da outra. Traz como inconveniente o aprofundado estudo da prova pelo Juiz que julgará o processo (com o impacto psicológico já citado) e maior dificuldade em fixar-se quais condutas são admissíveis ou inadmissíveis no trabalho policial (lembro, como mencionado nos acordos norte-americanos, que policiais não são técnicos em direito e não tem nem o conhecimento, nem o tempo, necessários a dirimir intrincadas questões legais quando no curso de uma diligência, ou quando surpreendidos na presença ou em meio de uma ação delituosa). A segunda posição seria atribuir-se tal análise a um Juiz específico, provavelmente o Juiz Corregedor dos Presídios; a vantagem seria a melhor definição das condutas permitidas para a Polícia, maior facilidade sua de influenciar (conhecendo pelos incidentes os detalhes da ação policial) mudanças na rotina policial, e a não-interferência da prova excluída no convencimento do Magistrado que julgar o caso, já que não terá a ela acesso. As

desvantagens seriam a dependência do Juiz do processo do bom ou mau funcionamento de outra Vara e a concentração de tal decisão em um único Juiz, nem sempre seguidor da melhor posição. Embora o rigoroso cumprimento de tal inciso constitucional aconselhe a segunda posição, acredito (e talvez seja o melhor, dentro de nossa realidade) que a primeira delas acabe por prevalecer.

7. A exclusão da prova ilícita — Problemas práticos

Pareceu-me melhor, até para melhor percepção das dificuldades que os casos concretos apresentam, indicar algumas hipóteses concretas que tem sido enfrentadas pelos Tribunais norte-americanos, e como foram decididas. Na primeira parte colocarei unicamente os casos concretos; na segunda parte indicarei a solução dada, com eventual transcrição dos acórdãos, e farei sempre que pertinente algum comentário sobre o problema. A diversidade de hipóteses, enorme, impede estudo mais exaustivo delas; enfocarei algumas que me pareceram mais interessantes, sem preocupação de hierarquia, sistema, ou esgotamento da matéria. Este, lembro, é um trabalho para meditação e para perguntas, não necessariamente para respostas.

7.1 Casos práticos

a) Katz, suspeito de um crime, conversava sobre o mesmo em uma cabine de telefone público. Agentes policiais, por intermédio de um aparelho eletrônico preso ao exterior dessa cabine, ouviram e gravaram parte da conversa em que Katz admitia sua participação no delito. A defesa impugnou a apresentação dessa gravação como prova judicial, alegando violação de seu direito à privacidade.

b) Dois traficantes de maconha se encontram em uma praça, de madrugada, em local isolado e sem qualquer pessoa por perto. Um policial, desconfiado,

consegue aproximar-se o suficiente para ouvir o que dizem e perceber o que fazem e os prende. A defesa alega que a aproximação do policial, sem motivo anterior, e sua oitiva da conversa que tinham os dois réus violavam a privacidade de ambos e pede a exclusão da prova assim obtida.

c) O policial, sem invadir propriedade, com o uso de um binóculo observa o que se passa dentro de uma casa e vê, no quintal e dentro de um quarto, objetos que presumivelmente são frutos de uma atividade criminosa. De posse de um mandado judicial apreende os objetos encontrados nos dois lugares. A defesa pede a exclusão dessas provas por constituir-se a observação por binóculo uma invasão de sua privacidade.

d) O policial aproxima-se de um veículo estacionado e começa a observá-lo. Retira com um instrumento algum material aderido à pintura, material esse que análises posteriores demonstram ter ligação com um crime antes cometido. Vê sobre o banco uma maleta fechada e outro objeto, igualmente de obtenção criminosa. Tão logo se aproxima o dono do carro o policial faz a apreensão do objeto visto e da maleta, dentro da qual (após abertura no local) encontra ele uma porção de drogas. A defesa pede exclusão das três provas (a análise laboratorial feita no material retirado da pintura externa, do objeto encontrado sobre o banco e das drogas encontradas dentro da maleta) alegando violação de sua privacidade.

e) Um policial, disfarçado, faz-se amigo de um suspeito e quando, no curso dessa amizade, vem este a indicar-lhe participação em crimes, é preso e pretende a acusação ouvir o agente em Juízo. A defesa pede a exclusão desse depoimento (que ele não seja prestado) alegando que seu depoimento violaria a privacidade do réu, privacidade que ele esperava quando fez a confidência.

f) o policial comparece perante o Magistrado e solicita um mandado de

busca e apreensão afirmando que, segundo suas observações, acredita ele que em determinada residência poderão ser encontrados os objetos furtados, descritos em inquérito.

g) o policial pede ao Juiz um mandado de busca e apreensão dizendo que, segundo um informante policial cujo nome não indica, narcóticos eram guardados em uma determinada casa.

h) Um cidadão é preso por dirigir sem habilitação e, no ato da prisão, é revisado; em um de seus bolsos, dentro de um maço de cigarros, é encontrada uma porção de heroína. A defesa pede a exclusão desta prova dizendo que a busca pessoal a que submetido o réu foi ilegal, e que somente com anterior autorização judicial poderia ter sido ela feita.

i) A polícia, de posse de um mandado de prisão, força a entrada a prende o réu em sua casa; a defesa alega ter havido invasão de domicílio e pede a desconstituição da prisão (mesmo caso: a prisão é feita não na casa do réu, mas de terceira pessoa).

j) Polícia monta vigia perto da casa de um réu, para prendê-lo, com mandado de prisão expedido após ter sido elevado o montante de sua fiança. Trata-se de um acusado de tráfico de entorpecentes e, durante a vigia, vêem-no sair logo após a parada de um carro, entregar algo ao motorista que se afasta rapidamente, dando a impressão de venda de narcóticos. A Polícia imediatamente se aproxima e o prende (com base no mandado de prisão) e, como o réu se preparava para reentrar em casa, entra com ele; efetiva uma busca e acaba encontrando certa quantidade de drogas. A defesa pede a exclusão dessa prova, por ter sido realizada sem mandado com invasão de domicílio e violação da intimidade.

l) Um policial, suspeitando da preparação de um furto, detém três homens que olhavam para dentro de uma loja e, não obtendo resposta satisfatória para

suas perguntas, revista-os encontrando armas com dois deles. A defesa pediu a exclusão das provas dizendo não haver justa causa para prisão no momento em que os réus foram parados, e que uma busca em suas pessoas dependeria de um mandado.

m) A polícia, judicialmente autorizada a interceptar toda comunicação oral em determinado escritório, nele entrou clandestinamente para instalar e, depois, para remover um equipamento eletrônico de escuta. A defesa impugnou a prova, dizendo que a ordem judicial não expressamente autorizava entrada clandestina no local.

n) o réu, preso e na delegacia de polícia, confessa participação em um crime. A defesa pede a exclusão da confissão alegando o privilégio contra auto-incriminação (5.^a Emenda).

o) Um cidadão foi ilegalmente preso e conduzido à Delegacia de Polícia; lá, depois de advertido de seu direito de ficar calado, confessou participação em um crime. A defesa pediu a exclusão da prova por decorrer de uma prisão ilegal; a acusação pediu sua manutenção por ter ela, mesmo sucedendo uma prisão indevida, sido feita voluntariamente após terem os direitos do acusado sido garantidos (as "advertências de Miranda").

p) Polícia invade uma residência, prende seus ocupantes e permanece no local por várias horas até que um mandado de busca e apreensão é obtido, após o qual efetuam a busca e apreendem objetos incriminadores. A defesa pede a exclusão da prova, "manchada" pela invasão de domicílio anterior.

q) O réu, em seu interrogatório judicial, afirmou que nunca comprara, vendera ou possuía qualquer tipo de drogas. A acusação obteve então permissão para apresentar, como prova de estar o réu mentindo, heroína ilegalmente apreendida em sua casa dois anos antes. A defesa pediu, em recurso, a exclusão desta prova.

7.2 Comentários e solução dos casos práticos

a) Por alguns anos a Suprema Corte considerou que uma busca e apreensão infringiria os direitos constitucionais assegurados pela 4.^a Emenda se houvesse uma ação física em “uma área constitucionalmente protegida”; e estas áreas seriam aquelas enumeradas na própria 4.^a Emenda: “pessoas” incluindo seus corpos (“Schmerber v. U.S.”, 1961) e roupas que estivessem utilizando (“Beck v. Ohio”, 1964); “casas”, incluindo apartamentos (“Clinton v. Virginia”, 1964), quartos de hotel (“Stoner v. California”, 1964), garagens (“Taylor v. U.S.”, 192), escritórios profissionais ou comerciais (“U.S. v. Lefkowitz”, 1932); “papéis”, tais como cartas (“Ex part Jackson”, 1877); e “posses”, tais como automóveis (“Preston v. U.S.”, 1964). No caso em tela (“Katz v. U.S.”, 1967) a Corte recusou-se a caracterizar o ponto em discussão no saber se uma cabine de telefone público é uma área constitucionalmente protegida na qual a pessoa tem direito de privacidade. Embora a 4.^a Emenda “proteja a privacidade individual contra certos tipos de intromissão governamental, (...) sua proteção vai mais além, e freqüentemente nada tem a haver com qualquer tipo de privacidade”, enquanto outros aspectos da privacidade são protegidos por outras provisões da Constituição ou deixadas para a lei estadual. No entender da Corte, tentar verificar se um determinado local é ou não protegido “desvia a atenção” do problema: “Porque a 4.^a Emenda protege pessoas, não lugares. O que alguém conscientemente expõe ao público, ainda que em sua própria casa ou escritório, não é objeto da proteção da 4.^a Emenda (...) Mas o que ela tenta preservar como privado, mesmo em uma área acessível ao público, pode ser constitucionalmente protegido.” Considerou-se então “claro que o alcance da Emenda não pode ser

visto sob o ângulo da presença ou ausência de uma intromissão física em um determinado lugar”, e que ao contrário o ponto crítico, justificativo de que esta atividade (escuta eletrônica) equivalia a uma busca, era que “uma pessoa em uma cabine telefônica ... quando a ocupa, fecha a porta atrás de si e paga a tarifa que lhe permite fazer uma chamada está certamente autorizado a pressupor que as palavras que disser no bocal do aparelho não serão irradiadas para o mundo.”

O Ministro Harlan, nesse caso e em voto vencedor elaborou este ponto na linguagem freqüentemente utilizada pelas Varas e Tribunais inferiores na interpretação e aplicação de “Katz” “Como diz a Corte, ‘a 4.^a Emenda protege pessoas, não lugares’. A questão, entretanto, é qual proteção ela confere a estas pessoas. Geralmente, como aqui, a resposta incluirá referência a um ‘lugar’. Meu entendimento desta regra que decorre de decisões anteriores é termos aqui um duplo requisito, primeiro que a pessoa tenha exibido uma expectativa real (subjetiva) de privacidade e, segundo, que tal expectativa seja uma que a sociedade possa reconhecer como “razoável”. Assim, a casa de um homem é, para a maioria dos casos, um lugar onde ele espera privacidade, mas objetos, atividades ou coisas que ele exponha à vista (*plain view*) de estranhos não são protegidas porque não demonstrou ele qualquer intenção de conservá-los para si mesmo. Por outro lado, conversações em local aberto (*in the open*) não estão protegidas se forem ouvidas porque a expectativa de privacidade, nas circunstâncias, seria desarrazoada.”

“Katz” é uma decisão extremamente importante porque marca uma tentativa de redefinição da abrangência da 4.^a Emenda, embora os dois requisitos mencionados por Harlan deixem, em determinados casos concretos, alguma perplexidade. Propõe que determinadas expectativas de privacidade sejam con-

trapostas à conduta policial como técnica de repressão ao crime. Assim, a questão mais importante em "Katz" é uma questão de valor, pois, se uma determinada forma de conduta policial for admitida sem qualquer regulamentação ou sem qualquer restrição constitucional, a privacidade e a liberdade remanescentes para as pessoas poderão diminuir para uma extensão inconsistente com os anseios de uma sociedade livre e aberta.

No Brasil a gravação, provavelmente, seria admitida como prova com base no princípio da veracidade da prova (item 3.3, retro), somada à jurisprudência de que as nulidades do inquérito não contaminam o processo. Agora, frente a dois dispositivos constitucionais expressos (a proteção à privacidade e a inadmissibilidade da prova ilícita), a discussão precisará ser feita em outros termos, e sob novas luzes. Lembro que, seguindo a posição de que tais dispositivos se voltam principalmente contra condutas policiais ilícitas, deverão os Tribunais sopesar não apenas a privacidade em si, mas também se, naquelas circunstâncias, seria possível à Polícia ter obtido a necessária autorização judicial.

b) Trata-se de um desdobramento de "Katz", mencionado no voto do Ministro Harlan para explicar o segundo requisito por ele indicado (que a expectativa de privacidade seja justificada); não se trata de saber-se, estatisticamente, se em determinado momento e lugar havia mais ou menos probabilidade de uma conversa ser ouvida. No exemplo dado, concluiu o Ministro que o testemunho do policial não poderia nunca ser excluído por alegada violação a seus direitos [dos réus] segundo a 4.^a Emenda.

Assim, para uma expectativa ser considerada "justificada" não é suficiente ser ela apenas razoável; é preciso algo mais. Este "algo mais", disse o mesmo Ministro em outro caso ("U.S. v. White", 1971, em voto vencido), deve ser encontrado no balanço entre a natureza da

prática em questão e seu provável impacto na sensação de segurança do indivíduo. Trata-se, como já dito neste estudo, de uma questão de valor; não se pode permitir que determinadas condutas policiais sejam aceitas sem questionamento e sem exame dos requisitos constitucionais, para que a liberdade e privacidade restante para os cidadãos não sejam diminuídas até um limite inadmissível.

c) Mais de 50 anos atrás ("U.S. v. Lee", 1927) a Suprema Corte decidiu que o uso de um farol por um barco da Guarda Costeira para examinar o que estava no convés de uma escuna não constituía uma "busca", nem implicava violação de qualquer garantia da 4.^a Emenda. Este julgado ("Lee") foi mencionado com aprovação em "Katz" e fez uma aproximação entre o uso do farol ao uso de binóculos; após "Katz" vem a Corte concluindo que o uso de binóculos, por si só, não constitui uma busca e não significa uma intromissão em qualquer justa expectativa de privacidade; a prova (caso sob análise) não seria excluída. Tal posição comporta temperamento; ilustrativo seria o uso de um telescópio super-potente para observar de considerável distância as ocorrências dentro de um prédio (incluindo o conteúdo de documentos lá sendo lidos) quando a localização do prédio impediria a visão interna de qualquer outro ponto mais próximo. Do mesmo modo, tem a Corte considerado que o uso de cães especialmente treinados para detecção de drogas dentro de maletas não constitui uma "busca" no sentido da 4.^a Emenda, nem invade a privacidade do seu detentor, pois a especial habilidade destes animais não expõe nem ao público, nem à polícia, nada além dos narcóticos.

Não há casos na jurisprudência brasileira.

d) Quanto à primeira parte (retirada e posterior análise de pintura aderida à lataria exterior do veículo) concluiu-se

não haver qualquer expectativa de privacidade violada ("Cardwell v. Lewis", 1974). A apreensão do objeto à vista é igualmente legal, uma vez não poder alguém alegar justificada expectativa de privacidade em relação a um objeto exposto (*plain view*, "Coolidge v. New Hampshire", 1971). Já o exame do conteúdo da maleta acarreta análise mais complexa; há jurisprudência autorizando a busca em pertences pessoais quando decorrente (a busca) de uma prisão, em relação aos objetos ao alcance do suspeito ("Chimel v. California", 1969); após discussão em diversos casos sobre os efeitos desta regra quanto aos objetos contidos em recipientes fechados, parece a Corte inclinar-se ("New York v. Belton", 1981) por uma mais ampla regra autorizadora da busca que sucede à prisão, incluindo recipientes fechados, mesmo sem prévios indícios de que o réu poderia dele lançar mão, ou que o mesmo contivesse provas ou armas.

e) Trata-se dos denominados "falsos amigos", como decidido nos casos "U.S. v. White" (1971), "Hoffa v. U.S." (1966) e "Lopez v. U.S." (1963). Afirmou a Corte que a 4.^a Emenda não protege quem voluntariamente confia seus erros e condutas a outrem.

Há um caso no Brasil, mas em sentido oposto (item 3.3, retro). O STF (RTJ 110/798, 1984, Rel. Rafael Mayer, RE 100.094-PR, 1.^a Turma) considerou inadmissível em processo civil gravação em fita "cassete" de conversa telefônica atribuída ao impetrante (tratava-se de mandado de segurança) com o advogado dos embargados, por infringir direito da personalidade e ser moralmente ilegítima, citando caso anterior in RTJ 84/609. No meu entender a questão não foi bem examinada e o precedente não se ajustava à nova hipótese, ficando sem explicação os seguintes pontos: (a) assim como a carta enviada passa a pertencer ao destinatário, também a conversa ouvida passa a integrar o conhecimento próprio do

interlocutor não havendo princípio legal que impeça este de depor "sobre o que sabe"; (b) aquele que voluntariamente expõe seus segredos a outrem abre mão de sua privacidade em relação a eles, não podendo interferir com o uso que o outro deles fizer salvo expressa combinação em contrário; (c) o precedente citado referia-se não a uma gravação feita pelo próprio interlocutor, mas a uma interceptação feita pelo marido de conversa telefônica entre sua esposa e terceira pessoa; no caso analisado não houve "interceptação", mas simples gravação pelo interlocutor e se este podia, validamente, depor sobre o que ouviu não se vê porque a mesma conversa não poderia ser apresentada em fita gravada. Não vejo, assim, nem melhor discussão, nem melhor análise, de tema de tal magnitude.

f) Trata-se da aferição da justa causa para expedição de mandados de busca e apreensão; embora não possa ela basear-se exclusivamente na possível boa-fé do policial que faz a solicitação e apresenta declaração assinada descrevendo as investigações e inferências feitas ("Beck v. Ohio", 1964), ao lado de alguma comprovação objetiva a Corte tem afirmado ("U.S. v. Ortiz", 1975) admitir-se que policiais, validamente, extraíam inferências razoáveis dos fatos à luz de seu conhecimento da área e de sua experiência anterior com contrabandistas e estrangeiros.

Não há casos, na nossa jurisprudência, tratando especificamente do tipo e quantidade de prova necessários à prova da justa causa para mandados deste tipo. Pode-se dizer, no entanto, com base na experiência com tal tipo de problema, que a tendência será exigir uma prova de algum modo objetiva, que extravase a simples convicção do policial; em outra hipótese, o Juiz poderia estar substituindo sua livre apreciação dos fatos pelas inferências e análises que deles faz o policial.

g) Trata-se da mesma aferição retro, mas agora com base não apenas no

conhecimento pessoal do policial (que pode, como visto, em certos casos servir de base ao mandado) mas sim em informações de terceiros. Como dito em "Aguilar v. Texas" (1964) a declaração apresentada não preenchia os requisitos; fixou-se então que os elementos apresentados deveriam ser submetidos a um duplo teste: (a) o magistrado deve ser informado das circunstâncias a partir das quais o informante concluiu que o narcótico estava onde disse estar; e (b) o policial deve indicar de onde conclui que tal informante (cuja identidade não precisa ser indicada) é digno de crédito, e que sua informação é confiável.

A Corte mais tarde ("Illinois v. Gates", 1983) abrandou a rigidez desse duplo requisito de "Aguilar"; embora lembrando sua correção, preferiu abandonar a jurisprudência em questão em favor de uma análise das circunstâncias totais; como dito então, os dois requisitos não devem ter análise separada (como previsto em "Aguilar") mas sim em conjunto, pois o que falta em um pode sobrar no outro. Esta mudança de orientação tem sido criticada e não há ainda informações seguras sobre as consequências jurisprudenciais, e para o trabalho policial, das afirmações em "Gates".

h) Em "Chimel v. California" (1969) afirmou a Corte que quando se faz uma prisão "é razoável que o policial reviste o preso para remover qualquer arma que possa trazer e usar para resistir ou fugir" e também "para procurar e apreender qualquer prova (relacionada com atividade criminosa) existente com o preso para evitar seja ela escondida ou destruída". Mais tarde, em "U.S. v. Robinson" e "Gustafson v. Florida" (ambos de 1973) deixou certo que esta busca incidente à prisão decorre automaticamente da prisão legal e não depende de, no caso concreto, haver indícios de que o acusado porte armas, ou traga provas úteis em apuração criminal. Como dito em "Robinson" (após modificar entendi-

mento do Tribunal de Apelação que considerou inconstitucional a busca em questão):

"A decisão tomada pelo policial sobre como e onde revistar um suspeito que prendeu é necessariamente um julgamento rápido, feito no local, que a 4.^a Emenda não exige seja analisada em cada uma de suas partes. A autoridade para revistar após a prisão legal, embora baseada na necessidade de desarmar e descobrir provas, não depende de prever-se (no local) a futura apreciação de um Juiz sobre o grau de probabilidade de serem as armas e as provas, em determinado caso, possivelmente encontradas com o suspeito. Uma prisão, mesmo sem mandado, baseada em justa causa é uma intrusão razoável sob a 4.^a Emenda; esta intrusão sendo legal, a busca não exige justificação adicional (...)."

Os votos vencidos mencionaram riscos nesta permissão incondicionada; assim, impossível por falta de justa causa obter-se um mandado de busca e apreensão, poderiam os policiais valer-se de uma detenção por alguma infração de trânsito para efetuar uma busca na pessoa e no veículo de outro modo inadmissível. Torna-se necessário (o que a maioria em "Robinson" disse deixar "para outro caso") definir melhor determinadas situações, incluindo a exclusão de provas quando se provar que a detenção ou prisão foram meros pretextos para a busca procedida.

i) No sistema norte-americano a prisão pode ser feita tanto em flagrante, como a qualquer momento quando o policial justificadamente definir a materialidade e autoria de um crime, mesmo sem mandado judicial. A Suprema Corte ("Payton v. New York", 1980) concluiu que tal prisão sem mandado, se pode ser feita em locais abertos, não permite ao policial entrar sem consentimento na casa de alguém, ainda que do próprio suspeito. O mandado necessário para a entrada forçada pode ser apenas o

mandado de prisão, não sendo exigível um mandado de busca, ou de arrombamento; como dito então ("Payton"):

"É verdade que um mandado de prisão (no aspecto) traz menor proteção que um mandado de busca, mas é suficiente interpor a apreciação do Magistrado sobre a existência de justa causa para prisão entre o zeloso policial e o cidadão. Se há indícios suficientes da participação de um cidadão em uma *felony* (crimes mais graves) para persuadirem o Juiz que sua prisão é justificável, é constitucionalmente razoável que o mesmo abra sua casa para os agentes da lei. Assim, nos limites da 4.^a Emenda, um mandado de prisão fundado em justa causa implicitamente acarreta limitada permissão para entrar em uma habitação ou prédio no qual o suspeito mora sempre que houver motivo para crer esteja o suspeito dentro."

A dedução sobre estar o réu, ou não, em sua casa, pode ser feita pelo próprio policial, independente de demonstrar especificamente as bases para tal dedução (é sempre uma presunção de que a própria residência pode servir de esconderijo). Para entrar compulsoriamente em residência de terceiros, no entanto, deve o interessado demonstrar ao Juiz porque assim conclui, e o mandado de prisão deve especificar tal circunstância (como dito em "Steagald v. U.S.", 1981).

Admite-se a entrada forçada, mesmo sem mandado, se presentes determinadas circunstâncias ("Dorman v. U.S.", 1970, Tribunal Federal para o Distrito de Columbia): (a) se se trata de um crime grave; (b) se há razoável suspeita de estar o suspeito armado; (c) se há uma clara justa causa de ser o suspeito o autor do crime; (d) se há fortes razões para crer que o suspeito está no prédio; (e) se há fortes indícios de que o suspeito poderá fugir se não for rapidamente preso; (f) se a entrada do policial é feita de modo pacífico e (g) se é feita à noite (apesar de ser mais intrusiva, é período em que um mandado dificilmente seria obtido).

A Suprema Corte, embora recusando-se a expressamente aprovar "todos os fatores" delineados em "Dorman", deu grande relevo ("Welsh v. Wisconsin", 1984) ao primeiro deles.

Não encontrei jurisprudência brasileira específica sobre o tema. Se, por um lado, salvo o flagrante toda prisão depende de mandado judicial (ao contrário dos Estados Unidos), não se discutiu se tal mandado implica ou não na autorização para entrada compulsória em caso do réu ou de terceiros. A "visão de resultado", mencionada no item 5.4 retro, já seria suficiente para afirmar que sim; mas a seu favor existe ainda a obrigação legal de ninguém se opor às diligências legais.

j) A hipótese foi apreciada em "Vale v. Louisiana" (1970) tendo a Corte concluído que, não havendo *exigent circumstances*, não havendo perigo de destruição da droga (a casa estaria vazia), e sendo possível a obtenção de um mandado de busca, a apreensão foi ilegal. Tal posição, no entanto, sofreu severas críticas e não vem sendo aceita pelos Tribunais inferiores, que tem formulado tais restrições em termos mais amplos, admitindo maior autonomia à Polícia na apreciação dos perigos (destruição ou desaparecimento daquilo procurado) que a demora na obtenção do mandado acarretaria. Tal posição, mais larga, foi de certo modo disciplinada em "United States v. Rubin" (Tribunal Federal do 3.^o Circuito, 1973), que formulou os seguintes requisitos para uma busca deste tipo: (1) o grau de urgência na busca e o tempo necessário para obter-se o mandado; (2) crença razoável de que os objetos poderão ser removidos; (3) o possível perigo para os policiais que permanecerem guardando o local enquanto se solicita o mandado de busca; (4) provas ou indícios de que os possuidores ou donos dos objetos sabem estar a polícia em seu encalço; e (5) a destrutibilidade dos objetos e o conhecimento de que "tentativas para destruir

ou remover narcóticos, e para fugir, são comportamentos característicos de pessoas envolvidas no narcotráfico (a hipótese era de tráfico de entorpecentes)".

No Brasil a apreensão seria, ao que tudo indica, considerada legal sob a afirmação de que a posse de entorpecente, sendo crime permanente, acarreta sempre o estado de flagrância e permite a intromissão policial. Cabe, ao meu ver, uma distinção que não vi feita: quando a Constituição afirma a inviolabilidade do domicílio (afirmação primária) "salvo em caso de incêndio, desastre, ocorrência de crime" (exceções) só pode estar permitindo a entrada compulsória e desautorizada pelo morador se tais fatos estiverem ocorrendo no momento, e não houver tempo hábil para as providências normais. Ninguém discutiria a validade da entrada forçada para evitar um crime que se está por cometer (um homicídio, interromper um seqüestro etc), mas não se pode estender tal dispositivo a situações passivas que possam caracterizar delito, em que a demora na obtenção do mandado não trará prejuízo nem perigo; assim são os casos de apreensão de objetos furtados, de tóxicos etc. em que os mesmos ficam guardados na casa, e em que a conduta do possuidor o mais das vezes é normal, não estando necessariamente na prática de conduta criminosa além da simples posse do material.

1) Vinha-se entendendo, na esteira da *common law*, que infrações à liberdade de alguém configuraria (se legal) uma prisão, e somente com justa causa poderiam os agentes policiais deter pessoas, ainda que por breves períodos (uma parada na rua poderia ser considerada uma prisão). Desde "Terry v. Ohio" (1968), no entanto, estabeleceu-se que (a) uma parada pode não ser considerada uma prisão ou detenção, não estando assim sujeita às restrições da 4.^a Emenda (mandado, justa causa etc); e (b) a ação policial que seja limitada em sua intro-

missão sobre o indivíduo ou suas coisas pode ser admitida sob os termos da 4.^a Emenda, mesmo na ausência de justa causa tradicionalmente exigida para a prisão. A distinção de tratar-se de uma simples parada para revista ou de uma efetiva detenção é às vezes difícil; e às vezes as duas se sucedem, como ocorreu em "Terry": suspeitando dos indivíduos o policial os parou e revistou-os; encontrando armas, e havendo suspeito da futura prática de um roubo à loja, prendeu-os.

A Suprema Corte deixou certo que cada caso deverá ser analisado em seus fatos. Como disso nessa decisão:

"Cada caso deste tipo será, naturalmente, decidido nos termos de seus fatos. Nós apenas consideramos hoje que quando um policial observa conduta anormal a qual razoavelmente o faz concluir à luz de sua experiência que uma atividade criminosa pode estar em andamento e que as pessoas com quem está tratando podem estar armadas e serem perigosas, quando investigando esse comportamento ele se identifica como policial e faz perguntas razoáveis, e nada nesse encontro inicial dissipa sua preocupação pela própria segurança e pela segurança de outros, está ele autorizado para sua própria proteção e para proteção de outras pessoas na área a realizar uma busca cuidadosamente limitada nas vestimentas exteriores dessa pessoa na tentativa de descobrir armas que possam feri-lo.

"Esta busca é razoável sob a 4.^a Emenda e quaisquer armas apreendidas podem ser apresentadas como prova contra a pessoa de quem foram tiradas."

Tal conclusão foi depois estendida a casos de revistas após informação de terceiros (a suspeita, aqui, não provem de observação direta do policial, mas de informação de terceiros) ("Adams v. Williams", 1972). Três são as contribuições de "Terry" ao entendimento da 4.^a Emenda: (1) a Corte definiu que tal conduta implica em busca e apreensão,

como definido na 4.^a Emenda, eliminando outras denominações e definições que a Polícia lhe atribuíra; (2) deu alguma direção na análise de práticas governamentais mais raras, qual seja o confronto entre o grau de intromissão da conduta e a possível violação da privacidade; e (3) garantiu, sob a Constituição, a ação policial dentro de determinadas linhas, contra a opinião de grupos sociais que forçavam a completa abolição dessa prática sob argumento de que tem sido usada para humilhar minorias sociais e raciais.

m) Decidiu a Suprema Corte que a autorização para interceptação de comunicação telefônica ou oral pode incluir, implicitamente, autorização para a entrada clandestina no local onde o equipamento eletrônico de interceptação vai ser instalado ("Dalia v. U.S.", 1979), até porque a maioria dos casos desse tipo envolvem tais movimentos clandestinos. A autorização para tais entradas não precisava vir expressa no mandado, pois não cabe ao Juiz indicar precisamente a forma como o mesmo vai ser cumprido. Os quatro votos vencidos afirmaram que tais entradas "implicavam em uma busca por si mesmas, uma invasão de privacidade de significado constitucional distinto daquela que implica em vigilância não-invasiva".

n) A questão envolve o privilégio contra a auto-incriminação da 5.^a Emenda e sua redação sugere que se aplica somente a declarações sob compromisso, normalmente em procedimentos judiciais; não alcançaria, assim, declarações prestadas de outra forma. No entanto, após alguns anos nessa linha, a Suprema Corte ("Braun v. U.S.", 1897) afirmou que o privilégio da 5.^a Emenda abrange toda e qualquer confissão não-voluntária, ainda que feita extrajudicialmente. Tal entendimento foi estendido aos Estados em 1964 ("Malloy v. Hogan") e maior sustentáculo ao privilégio foi dado em "Escobedo v. Illinois" (1964). A questão foi definitivamente aclarada no famoso caso

"Miranda v. Arizona" (1966), quando se afirmou que o privilégio tem integral aplicação na fase policial. Nesta decisão, tomada por maioria de 5-4, foram examinadas as práticas policiais correntes e concluiu a Corte, a partir dos diversos jogos psicológicos e estratégias verificados, que mesmo sem recorrer-se à brutalidade "o simples fato do interrogatório quando em custódia extrai um pesado tributo da liberdade individual e vive da fraqueza dos indivíduos"; e após examinar os fatos do processo, mesmo não havendo prova de ter a confissão sido feita involuntariamente (ou compulsoriamente) na definição tradicional, tais declarações foram obtidas sob circunstâncias nas quais "a potencialidade da coerção é por demais aparente". Nesse caso o réu foi interrogado por policiais que não o avisaram de que podia permanecer calado, nem de qualquer modo lhe asseguraram a opção de declarar apenas como um resultado de sua livre vontade. Concluiu a Corte que "se adequados instrumentos de proteção não forem empregados para dissipar a coerção inerente ao ambiente onde pessoas são mantidas sob custódia, nenhuma declaração obtida do réu pode verdadeiramente ser o produto de sua livre vontade".

A Suprema Corte fixou então regras que poderiam garantir tal livre vontade e a garantia constitucional da 5.^a Emenda, e podem elas ser assim resumidas: (1) tais regras são necessárias para garantir o privilégio contra a auto-incriminação e devem ser seguidas na ausência de outros procedimentos mais eficientes em assegurar aos acusados seu direito a ficar em silêncio e em assegurar uma permanente oportunidade para isso; (2) as regras se aplicam quando o indivíduo é primeiramente submetido a interrogatório policial "enquanto sob custódia ou de qualquer forma privado de sua liberdade de ir-e-vir em qualquer forma significativa", e não para perguntas em

outros locais sobre os fatos relacionados com um crime, ou qualquer outro questionamento de cidadãos no trabalho investigativo, nem se aplica para declarações voluntárias, de qualquer tipo; (3) independente de prévia e pessoal ciência de seus direitos, se uma pessoa sob custódia deve ser interrogada "deve ela primeiro ser informada em termos claros e inequívocos de seu direito de permanecer calada" de modo que o ignorante saiba de seu direito e de modo a diminuir a pressão do ambiente em que o interrogatório é feito; (4) Tal aviso deve ser acompanhado "da explicação de que tudo que for dito poderá ser e será usado contra o indivíduo no processo", de modo a deixar certo ao acusado as consequências de sua renúncia ao privilégio; (5) por ser também indispensável, o indivíduo "deve ser claramente informado que tem o direito de consultar um advogado e tê-lo presente durante o interrogatório", ainda que o suspeito aparente já ter conhecimento de tal direito; (6) o indivíduo deve ser avisado que, se não puder contratar um advogado, um será indicado para assisti-lo, assim evitando o entendimento de que o direito à defesa só se consumará para os que podem pagar; (7) o indivíduo tem sempre o direito de invocar o privilégio e se o mesmo indica por qualquer maneira, a qualquer tempo, que deseja permanecer calado, o interrogatório deve cessar; do mesmo modo se a qualquer tempo ele indicar que deseja um advogado; (8) se a declaração é obtida sem a assistência de um advogado, cabe à acusação demonstrar que o réu conscientemente renunciou ao privilégio contra a auto-incriminação e ao seu direito a advogado; e esta renúncia não pode ser presumida nem do silêncio do réu, nem de ter a confissão sido eventualmente feita; (9) declarações obtidas com desrespeito a estas regras são inadmissíveis em Juízo, independente de serem confissões,

admissões parciais, inculpadoras ou exculpadoras; e (10) o exercício do privilégio não pode implicar em penalidade, e assim o Promotor não pode "usar em Juízo o fato de ter o réu permanecido em silêncio ou afirmado tal privilégio ante a acusação".

A jurisprudência brasileira tem exigido que as confissões extra-judiciais, se retratadas, sejam suportadas por outras provas; mas raramente tem analisado a forma de sua obtenção. Quando o faz, freqüentemente afirma que a prova vale pela carga de veracidade que contém e que as nulidades do inquérito não contaminam o processo (vide *RT* 468/347, *TACrimSP*, 1974, *Rel. Azevedo Franceschini*, onde o processo foi considerado válido mesmo havendo menção no acórdão a ter a confissão sido obtida mediante sevícias); há no entanto acórdãos em que apreciação diferente se fez (*RT* 563/334, *TACrimSP*, 1982, *Rel. Adauto Suannes*, onde se afirmou que interrogatório sem a presença de defensor não é meio de prova; *RT* 597/309, *TACrimSP*, 1985, mesmo Relator, reafirmando o entendimento anterior; *RT* 614/369, *STF*, 1986, 1.ª Turma, *Rel. Min. Rafael Mayer*, dizendo que a jurisprudência do *STF* rejeita, de modo geral, a valia do inquérito policial para por si só justificar a condenação e tem admitido com reservas, quando admite, a confissão extra-judicial como meio de prova se retratada em Juízo).

o) Na análise dos pedidos de exclusão baseados em ilegalidade anterior (os "frutos da árvore venenosa") a Suprema Corte tem tentado contrabalançar a necessidade da prova com os direitos fundamentais; e tem tentado estabelecer critérios que levam em conta a maior ou menor vinculação entre o ato ilegal e a prova posterior, o fato de ter a Polícia outros elementos (sem "mancha") que por si só permitissem o acesso à prova em questão, as circunstâncias de tempo,

espaço e lugar entre os dois fatos. Um desses casos foi “Brown v. Illinois” (1975) em que, depois de ilegalmente detido e conduzido à Delegacia de Polícia o réu foi advertido nos termos de “Miranda”, e duas horas após a prisão prestou ele declarações incriminadoras. A Suprema Corte inicialmente rejeitou a regra do Tribunal de Illinois segundo a qual o cumprimento das regras de “Miranda” (os “Miranda warnings”) quebrava a conexão causal entre a detenção e a confissão. A Corte explicou que o fato de uma declaração ser voluntária sob as regras de “Miranda” não a limpavam da “mancha”, pois se: “as advertências de “Miranda”, por si só, fossem consideradas atenuadoras das manchas de uma detenção ilegal, sem levar em conta o dolo e a voluntariedade na violação da 4.^a Emenda (pela Polícia), o efeito da regra de exclusão seria substancialmente diluído. (...) Todo incentivo para evitar as violações da 4.^a Emenda seria perdido em troca de se fazer as advertências, em efeito, um “remédio para tudo”, e as garantias constitucionais contra buscas e apreensões ilegais poderiam ser reduzidas a uma mera “fórmula de palavras”.

A Corte em “Brown” então recusou-se a adotar uma regra na outra direção, concluindo ao invés que essas questões ‘da mancha’ (a contaminação de uma prova pelo “veneno” de uma ilegalidade anterior) devem ser analisados segundo os fatos de cada caso”. Após ressaltar a importância de analisar-se se a confissão foi ou não voluntária, disse que em caso positivo vários outros fatores deveriam ser considerados: (1) se as advertências de “Miranda” foram feitas (se não, a confissão seria suprimida sem analisar-se a questão da “mancha”); (2) a proximidade temporal entre prisão e confissão; (3) a presença de “circunstâncias incidentais”; e (4) a finalidade e evidência da ilegalidade na conduta policial. Tal

significou que a confissão, em “Brown”, era um fruto envenenado por ter sido obtida apenas duas horas após a prisão sem a presença de qualquer circunstância interveniente (libertação do réu, consulta a um advogado etc), e a prisão fora obviamente ilegal e feita “na esperança de que algo poderia aparecer”.

Não encontrei, na jurisprudência brasileira, nenhuma menção à validade de prova *per se* lícita, mas obtida após e em decorrência de ilegalidade anterior.

p) A hipótese foi analisada em “Segura v. United States” (1984); a alegada “árvore venenosa” teria sido a entrada ilegal no domicílio e ocupação de suas dependências; e a Corte considerou que tal ilegalidade não implicava em supressão da prova obtida com base em mandado de busca. Isto porque o mandado fora concedido com base apenas em provas e indícios obtidos antes da invasão do domicílio, e porque a possibilidade de que não fora a violação a prova teria sido destruída ou ocultada “era mera especulação”. “Ainda mais importante”, a maioria afirmou, “nós recusamos estender a regra de exclusão, que já exige um enorme preço da sociedade e de nosso sistema de justiça, para ainda mais ‘proteger’ a atividade criminal, como os votos vencidos querem que façamos.” Os quatro votos vencidos arguíram que tal conclusão “incentiva afirmativamente intromissões desnecessárias, desarrazoadas e sem mandado anterior em residências” porque a polícia agora sabe que se ilegalmente ocupar prédios com a única finalidade de facilitar a execução futura de um mandado, tal ilegalidade não terá reflexos sobre a prova obtida no cumprimento desse mandado.

q) Há algumas exceções à regra de que provas ilegalmente obtidas não podem ser apresentadas em Juízo. Em “Agnello v. United States” (1925) o réu afirmou, quando inquirido em Juízo, que desconhecia o conteúdo de alguns pacotes que

recebera (tratava-se de acusação de narcóticos) e que nunca havia visto qualquer entorpecente; o Juiz permitiu então que a acusação apresentasse em Juízo uma lata com cocaína ilegalmente apreendida, e excluída do processo. A Suprema Corte modificou tal decisão, dizendo (mencionando "Silverthorne Lumber Co. v. United States", 1920) que a exclusão implicava em que a prova ilegal não seria utilizada para nenhum fim. Aproximadamente trinta anos se passaram até que caso similar, "Walder v. United States" (1954) foi apreciado (o caso de onde tirada a questão sob análise); a Corte admitiu a prova, dizendo que não podia o réu valer-se da regra de exclusão "para prover-se de um escudo contra as contradições de suas mentiras" e, no caso, estava ele apto a negar as acusações sem fazer a importante afirmação de que nunca vira ou possuía qualquer entorpecente. Esta posição, de que provas já excluídas por ilegalidade podem ser apresentadas com a finalidade de contraditar afirmações do réu, ou quando a defesa adota tática que se prevalece disso e "abre a porta" para a introdução da prova, foi reafirmada (com outros detalhes) nos julgamentos de "Harris v. New York" (1971) (5-4), "United States v. Havens" (1980), "Oregon v. Hass" (1975), e outros.

Não há precedentes na jurisprudência brasileira.

8. Conclusões

O presente estudo visa apresentar um quadro comparativo das posições brasileira e norte-americana sobre o tema. Percebe-se que agora, ante a nova realidade constitucional em que a prova ilícita tornou-se expressamente proibida no processo, parte da jurisprudência citada tornou-se desatualizada, e parte precisará ser adaptada aos novos tempos.

Minhas preocupações a respeito foram sendo mencionadas no curso do estudo

e agora, ao seu final, não há muitas respostas a oferecer; apenas perguntas. Será preciso um inteligente e cuidadoso trabalho jurisprudencial para fixar os limites da ação policial e para efetivar esta delicadíssima análise entre a necessidade social (que muitas vezes aconselha a permanência da prova, se veraz, para melhor efetivação do direito no caso concreto) e a necessidade individual (a preservação dos espaços constitucionalmente reservados ao indivíduo). Não são suficientes as noções meramente legais, nem o problema poderá ser enfrentado de modo excessivamente técnico; há o Juiz de abrir-se para o mundo exterior e examinar o que de fato ocorre, adotando posições que garantam a efetividade constitucional sem o que tornar-se-á ela "uma mera fórmula de palavras", sem efetividade prática, e sem a proteção do cidadão que expressamente outorgou.

Este balanço, este contraponto, transpõe em todos os acórdãos da Suprema Corte norte-americana; já em 1897 (!) o tema era objeto de preocupação. Somente consciência e coragem permitem o desenvolvimento de tais garantias individuais ao ponto em que lá chegaram; determinadas posições acarretaram críticas do aparelho estatal e de parte da sociedade. Ainda hoje, quando boa parte dos cidadãos norte-americanos (se não todos) tem consciência dos benefícios que os julgamentos passados lhes trouxeram, surgem inconformismos com o formalismo da proteção ao indivíduo da Suprema Corte; e sensível a isso algumas proteções são alargadas, outras diminuídas, refletindo o estado da sociedade em cada momento. Essa permanente e firme proteção do espírito da Constituição e das liberdades individuais ajudaram a transformar a Suprema Corte dos Estados Unidos em um dos mais poderosos Tribunais do mundo atual.

Dois problemas deverão ser enfrentados, pela jurisprudência, de imediato, tão logo surjam os primeiros casos: (1) os detalhes operacionais para apreciação dos incidentes de exclusão da prova ilícita e (2) a ilicitude decorrente de conduta anterior, aquilo que os norte-americanos tão expressivamente chamam de “frutos da árvore venenosa” (sendo a “árvore venenosa” a conduta ilícita primacial, cujo veneno contamina e mancha todos os seus galhos).

Como dizem os norte-americanos, a excessiva benevolência do sistema jurídico para com as ilegalidades deixa a polícia preguiçosa; é sempre mais fácil invadir, coagir, ameaçar, e torcer para que alguma prova assim lhe caia nas mãos, do que realizar um trabalho investigativo sério. A história jurídica brasileira está cheia desses exemplos: é sempre pelo suspeito que a investigação começa, e somente depois de desancá-lo com métodos pouco ortodoxos, e às vezes obter alguma indicação, é que a investigação e coleta de provas realmente começa. O suspeito, ao invés de investigado, torna-se sócio da polícia e, sabe-se a que custo, fornece-lhe os meios de sua perdição (no dizer daquele brocardo jurídico). Um maior rigor será, creio eu, de benéficos resultados; obrigará a Polícia a rever e aperfeiçoar seus métodos caso perceba a absoluta inutilidade de agir como vem fazendo.

As respostas para as diversas questões serão encontradas com o passar dos tempos; esta Escola, e os Tribunais de São Paulo, poderão e deverão tomar posição de vanguarda no tema. Noto que, como dito no corpo do trabalho, a ilicitude da conduta policial e da prova ainda não constitui “um problema” para a consciência jurídica nacional; não se sabe de casos práticos sob apreciação, nenhum estudo de mais fôlego foi publicado após a edição da CF (e já se vão mais de dois anos). É, ainda, uma disposição adormecida. Tentamos, com este trabalho, acordá-la.

Anexo I — Jurisprudência pesquisada

Os acórdãos abaixo, salvo indicação específica, foram todos publicados na *Revista dos Tribunais*.

001. RT 148/504 — TJSP, 1943, Rel. Amorim Lima — livre apreciação das provas pelo Juiz. Não importa se a autoridade que fez a fiscalização não era a própria, nem se o auto possuía os requisitos legais, nem se o fiscal possuía a necessária habilitação técnica; o conjunto das provas é suficiente para indicar a adulteração (acréscimo de água) do leite.

002. RT 151/540 — TJSP, 1942, Rel. Diogenes do Valle — Caso do Restaurante Chinês — confissão extrajudicial, obtida por métodos psicanalíticos, não corroborada por outras provas, não tem valor probante. Sucessivos interrogatórios. No caso, o acusado foi absolvido do homicídio quádruplo em dois julgamentos pelo Tribunal do Juri. No voto vencido, o Des. Amorim Lima comenta amplamente as provas, e pelo princípio da livre apreciação, propugna pela condenação.

003. RT 159/599 — TJSP, 1945, Rel. Joaquim Sylos Cintra — confissão obtida mediante coação, após ilegalmente preso o réu por oito dias, liberdade logo após confessar o crime. Absolvição. Mandaram apurar as circunstâncias da detenção ilegal.

004. RT 175/523 — TJSP, 1948, Rel. Nelson de Noronha Gustavo — (a) confissão extrajudicial tem o mesmo valor probante da confissão judicial, desde que concorde com o restante da prova; (b) não provada a coação e sendo ela espontânea, prevalece sobre a retratação.

005. RT 175/528 — TJSP, 1948, Rel. Manuel Carlos — confissão policial, ainda que confirmada, precisa ser contraposta às demais provas. Ausência de elementos confirmatórios. Absolvição.

006. RT 161/51 — TJSP, 1945, Rel. Bernardes Jr. — confissão extrajudicial afimada com a prova dos autos prevalece sobre a negativa judicial.

007. RT 180/110 — TJSP, 1949, Rel. Sylos Cintra — réus não demonstraram violência nem grave ameaça. Confissões testemunhadas. Desvalia da retratação judicial.

008. RT 164/488 — TJSP, 1946, Rel. desig. Sylos Cintra — confissão policial apoiada no resto da prova. Validade. Retratação pura e simples, sem indicar elementos de convicção (acusação reincidente), (receptador não encontrado para depor em Juízo).

009. RT 177/97 — TJSP, 1948, Rel. Olavo Lima Guimarães — confissão prestada perante a autoridade policial, desde que clara, precisa e coincidente com outros elementos do processo constitui prova plena, suficiente para a condenação. Nenhuma prova tem em tese maior valor que as outras. Livre convencimento.

010. RT 177/119 — TJSP, 1948, Rel. Smith de Vasconcelos — validade da confissão extrajudicial, se amparada por outras provas.

011. RT 162/71 — TJSP, 1945, Rel. Manuel Carlos — confissão policial com especial efeito probatório em virtude dos fatos e circunstâncias que relata, da própria lógica interna que a estrutura. Objetos encontrados com a pessoa indicada. Condenação.

012. RT 193/139 — TJSP, 1951, Rel. Cantidiano de Almeida — retratação em Juízo não destrói confissões coerentes e de todo adaptáveis à ocorrência. Menciona o mau hábito de depoimentos serem tomados pelo escrivão, sem a presença do delegado.

013. RT 162/64 — TJSP, 1945, Rel. Sylos Cintra — Prevalece confissão feita pelo réu na Polícia quando não se demonstrou ter sido obtida por meios ilegais e quando a retratação feita em Juízo está desacompanhada de explicação satisfatória a respeito dos motivos de sua falsidade.

014. RT 167/531 — TJSP, 1946, Rel. Sylos Cintra — abolido o chamado sistema da "certeza legal". Todos os elementos probatórios tem o mesmo valor, firmando-se o Juiz segundo seu livre convencimento. Prova concludente.

015. RT 151/35 — TJSP, 1944, Seção Criminal, Rel. Ferreira França. O sistema da livre convicção não permite ao Juiz basear-se apenas em hipóteses.

016. RT 164/115 — TJSP, 1945, Rel. Renato Gonçalves. O livre convencimento do art. 157 do CPP deve ser entendido com restrições; deve derivar dos fatos examinados e não somente dos elementos psicológicos oriundos de hipóteses formuladas contra a atuação dos réus. Absolvção.

017. RT 163/578 — TJSP, 1946, Rel. Vasconcelos Leme. Prova dúbia. Absolvção. Comentários sobre a importância do convencimento do Juiz que viu e ouviu a prova, inclusive quanto aos aspectos psicológicos.

018. RT 176/107 — TJSP, 1948, Rel. J. C. de Azevedo Marques. Indícios veementes fazem prova. Condenação.

019. RT 163/530 — TJSP, 1946, Rel. Manoel Carlos. Não é possível estabelecer provas legais ou regras certas para a pronúncia. Não obstante os defeitos que apresentam, os indícios acima apontados apóiam-se reciprocamente; desde que sejam considerados em conjunto indigam o recorrente como criminoso. A cadeia das conclusões por eles formada não se fecha num elo necessário; mas a mente é levada, mesmo assim, a formar juízo desfavorável ao recorrente.

020. RT 169/76 — TJSP, 1947, Rel. Manoel Carlos. Médico acusado do estupro de uma paciente, quando a mesma estava anestesiada por éter. Absolvção. Para que os indícios possam autorizar a condenação é indispensável o concurso de: (a) que os elementos materiais do crime estejam plenamente provados; (b) que, em recíproco apoio, por forma inequívoca e concludente, incriminem o acusado, importando na exclusão de qualquer hipótese favorável a este.

021. RT 165/598 — TJSP, 1946, Rel. Vasconcelos Leme. Reconhecimento do réu pela vítima. Prescrições do Código não observadas. Crítica ao trabalho policial: nada se aproveita (mas diz que, algo mais se fizera, ainda poder-se-ia aproveitar com indício).

022. RT 176/149 — TJSP, 1948, Seção Criminal, Rel. Nelson Noronha Gustavo. Se é certo que o auto de reconhecimento de fls. dos autos não obedeceu rigorosamente as regras do art. 226 do CPP, nem por isso deixa de constituir precioso elemento probante, corroborando a prova testemunhal e sua própria confissão.

023. RT 165/574 — TJSP, 1946, Rel. Vasconcelos Leme. Retratação em Juízo. Obrigação do Juiz de ouvir as duas testemunhas que assistiram suas declarações. Juiz não é expectador inerte, mas árbitro ativo e enérgico. Falhas comprometem a prova.

024. RT 167/539 — TJSP, 1946, Rel. Sylos Cintra. O inquérito policial é instrução provisória à qual se deve emprestar presunção de veracidade. Cumpre ao réu elidi-la mediante outras provas. Assim uma testemunha que se retrata em Juízo não deve ser crida se não der os motivos da retratação; e motivos aceitáveis, devidamente comprovados.

025. RT 226/92 — TJSP, 1954, Rel. Ferraz Sampaio — confissão policial, se concorde com as outras provas, é válida.

026. RT 224/385 — TJSP, 1954, Rel. Adriano Marrey. Busca e apreensão sem mandado. Validade. Casa de apostas do jogo do bicho, franqueada ao público; não há "casa" a proteger. Formalidades dispensadas.

027. RT 262/415 — TJSP, Câmaras Criminais Conjuntas, 1956, Rel. Itagiba Porto. Busca e apreensão sem mandado em estabelecimento comercial. Diligência permitida. Menciona dispositivo constitucional. Se o conjunto da prova é coerente, não importa que o auto esteja ou não revestido de seus requisitos formais (menciona jurisprudência).

028. RT 241/89 — TJSP, 1955, Rel. Jonas Vilhena. Confissão de ré analfabeta, na Polícia, não tendo as testemunhas da confissão sido ouvidas em Juízo. Ré não alegou violência policial. Validade. Voto vencido: confissão de analfabeta, sem maior comprovação, não pode ser aceita.

029. RT 262/205 — TJSP, 1957, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Thrasybulo de

Albuquerque. Confissão de réu menor, sem curador, na Polícia, assinada por testemunhas (obs: testemunhas da confissão não foram ouvidas em Juízo). Validade. Vide voto vencido.

030. RT 212/99 — TJSP, 1953, Rel. Vasconcelos Leme. Confissão policial, feita em ambiente alheio a qualquer violência ou constrangimento, atestada por testemunhas que a assistiram pode servir de base à condenação, máxime se desavorada no processo a negativa feita em Juízo.

031. RT 290/99 — TJSP, 1959, Rel. Arruda Sampaio. Confissão extrajudicial, feita por empregado para empregadores. Validade. Alto valor probante, se não invalidada por outras provas.

032. RT 233/458 — TJCeará, 1952, Rel. Olívio Câmara. Juiz pode valorar como entender a confissão policial.

033. RT 242/67 — TJSP, 1955, Rel. Itagiba Porto. Confissão policial pode constituir meio de prova desde que se ajuste a outras provas até então desconhecidas e que, posteriormente, venham a ser por ela confirmadas. Inexistindo essas provas, destituida de valor é aquela, máxime quando retratada em Juízo. (indícios de coação, ao menos psicológica).

034. RT 257/142 — TJSP, 1956, Rel. Fabio de Souza Queiroz. Não se pode condenar com base apenas no inquérito, sem confirmação direta ou indireta em Juízo. No inquérito não puderam as rés se defender. Absolvição.

035. RT 252/376 — TASP, 1956, Rel. Tácito M. Góes Nobre. Contravenção de embriaguez. Entre laudo pericial pró-embriaguez (dosagem alcoólica) e testemunhas (não-embriaguez) prevalecem estas. Absolvição.

036. RT 218/78 — TJSP, 1953, Rel. Paulo Costa. Declaração de co-réu tem valor quando, admitindo sua participação, menciona especificadamente os demais autores.

037. RT 232/451 — TJCE, 1952, Rel. Olívio Câmara. Confissão policial obtida em ambiente de coação, sem outro suporte, retratada em Juízo. Absolvição.

038. RT 277/167 — TJSP, 1958, Rel. Octávio Lacorte. Confissão gravada em disco fonográfico. Validade como prova.

039. RT 280/125 — TJSP, 1958, Rel. Costa Manso. Condenação baseada em prontuário antigo, sem qualquer outro elemento de prova. Absolvição.

040. RT 242/63 — TJSP, 1955, Rel. Itagiba Porto. Omissão de descrição prévia do suspeito, pelo reconhecente, torna inválido o auto de reconhecimento. Absolvição.

041. RT 273/458 — TJSP, 1957, Rel. Adriano Marrey. Irregularidade de, ao invés de reinquirir a testemunha, apenas constar sua ratificação ao que fora declarado na Polícia.

042. RT 311/104 — TJSP, 1961, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. J. B. Arruda Sampaio. "Como acentuou o V. Acórdão embargado o réu não fez a mínima prova de que sua confissão foi criada mediante violência. Essa história de emprego de violência para obter confissão está muito soçada. Já não impressiona ninguém. Mas, como dizia o Min. Costa Manso, o que importa não é saber o modo como foi obtida a confissão. O que importa é saber se a confissão corresponde à realidade."

043. RT 291/631 — TASP, 1959, Rel. Valentim Silva. Confissão extrajudicial aceita no que desfavorece o réu deve ser aceita também naquilo que o favorece.

044. RT 314/75 — TJSP, 1961, Rel. desig. Hoepfner Dutra. Confissão extrajudicial eivada de vícios (acusado menor e Curador não esteve efetivamente presente à confissão, clima de balbúrdia na sala que dificultava até a oitiva do que se lia). Ausência de suporte probatório. Livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas (análise da certeza psicológica e dúvida processual). Voto vencido condenava (estupro).

045. RT 310/357 — TJSP, 1960, Rel. Mendes França. Prova constante do inquérito não pode ser desprezada, mormente nos delitos de furto (clandestino). Confissões extrajudiciais obtidas regularmente e ajustada aos demais elementos dos autos podem ser aceitas (citou jurisprudência). Condenação.

046. RT 311/110 — TJSP, 1960, Rel. Martins Ferreira. Não há qualquer extravagância em admitir-se a prova sonora, gravada.

047. RT 292/441 — TJSP, 1959, Rel. Mendes França. Cita jurisprudência sobre o livre convencimento do Juiz ante elementos contraditórios. Atribui valor probante ao inquérito policial: RT 114/544, 121/73, 36/299, 204/400.

048. RT 300/105 — TJSP, 1960, Rel. S. Queiroz. Reconhecimento policial inválido e malfeito. Autoria não provada. Absolvição.

049. RT 204/400 — TASP, 1952, Rel. Olavo Guimarães. Homicídio culposo. Condenação. Da sentença de Atugasmin Médiçi Filho: inquérito é elemento probatório importante quando o Juiz conhece o Delegado de Polícia que o orientou e sabe qual sua maneira de agir. Ao acusado é que cabe afastar a presunção, decorrente do inquérito, trazendo elementos de convicção suficientes para se crer na sua inocência.

050. RT 338/469 — TJPR, 1963, Rel. Alceste Macedo (ementário). Confissão feita perante a autoridade policial na presença de duas testemunhas que atestem ter sido espontânea e sem coação prevalece sobre isolada retratação em Juízo.

051. RT 356/293 — TASP, 1964, Rel. Azevedo Franceschini. Afirmção de ter a confissão policial sido extorquida. Confissão coerente com as demais provas. "Eventuais maus tratos impostos ao réu não infirmam valor probante da confissão que os demais elementos de convicção demonstram ter sido veraz".

052. RT 357/123 — TJSP, 1965, Rel. Humberto da Nova, Câmaras Criminais Conjuntas. A realização de vários interrogatórios pela Polícia não constitui constrangimento ilegal. Uso de detector de mentiras não constitui violência, nem ameaça de coação.

053. RT 381/201 — TASP, 1966, Rel. Castro Garms. Furto. Prisão em flagrante. Retratação da confissão não produz efeito por si mesma; deve ser demonstrada, explicando o réu, satisfatoriamente, os seus motivos e a prova destes (citou jurisprudência).

054. RT 392/113 — TJSP, 1967, Rel. Humberto da Nova. Prova não pode ser desprezada apenas porque os depoimentos partiram de policiais. Voto vencido: Retratação judicial. Investigadores de polícia não constituem a melhor prova para comprometer quem nega a acusação. São freqüentes as queixas de coação na Polícia e acusações forjadas.

055. RT 384/255 — TASP, 1967, Rel. Azevedo Jr. Jogo do bicho. Flagrante. Indícios de espancamento não invalidam a confissão, podem apenas ensejar a responsabilização administrativa dos policiais (ver a longa sustentação).

056. RT 390/208 — TJSP, 1968, Rel. Cardoso Filho. Não pode prevalecer prova baseada em depoimentos de policiais, pessoas naturalmente suspeitas de parcialidade (ementário).

057. RT 397/89 — TJSP, 1968, Rel. Maércio Sampaio. Admite-se a validade de depoimento de policiais para embasar condenação, ainda que único. No caso, absolvição.

058. RT 386/84 — TJSP, 1967, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Francis Davis. Distinção entre indícios e presunção.

059. RT 394/282 — TACrimSP, Pleno, 1968, Rel. Azevedo Franceschini. Afirmção do réu de ter confessado após espancado por dois investigadores na porta da fábrica. Confissão coerente com o resto da prova. Não há evidências do espancamento, no momento de sua oitiva. Revisão permite o exame "dos autos", inclusive os de inquérito policial. Presunção de correção de que goza a autoridade pública.

060. RT 388/314 — TACrimSP, 1967, Pleno, Rel. Azevedo Franceschini. Nos processos penais, inclusive nos de natureza judicialiforme, restrição alguma pode *a priori* ser feita aos testemunhos de agentes de autoridade.

061. RT 394/271 — TACrimSP, 1968, Rel. Castro Garms. Depoimentos de policiais. Não há impedimento legal; são às vezes quem mais sabem sobre o crime. Condenação pode neles basear-se.

062. RT 396/309 — TACrimSP, 1968, Rel. Mattos Faria. Negar validade ao depoimento de policiais implicaria em subtrair o mais das vezes a salutar campanha de repressão ao jogo do bicho (citou jurisprudência).

063. RT 392/325 — TACrimSP, 1968, Rel. Mattos Faria. Depoimentos de militares da Força Pública não invalidam o flagrante nem a prova, mas devem ser tomados com reservas. Validade do depoimento de policiais (citou jurisprudência).

064. RT 412/300 — TACrimSP, 1969, Rel. Azevedo Franceschini. Sendo a confissão autêntica, não interessa o que a motivou (no caso, por medo do "Esquadrão da Morte", o próprio réu requirera sua prisão preventiva).

065. RT 418/261 — TACrimSP, 1970, Rel. Toledo de Assunção. Alegação pelo réu de violência policial. Condenação calçada apenas no inquérito afronta garantia constitucional do contraditório (citou jurisprudência).

066. RT 412/278 — TACrimSP, 1969, Rel. Ferreira Prado. Confissão policial. Réus revêis em Juízo, não ouvidos. Na ausência de outros elementos de prova, com reconhecimento dos objetos malfeitos, absolvição. Voto vencido: confissão policial não precisa ser confirmada em Juízo, precisa apenas não ser desmentida.

067. RT 440/368 — TJSP, 1971, Rel. Acácio Rebouças. Diligência (apreensão de maconha) em residência, à noite, por guardas noturnos. Ilegalidade que contamina todo o processo. Revisão criminal deferida (citou jurisprudência). Ver fundamentação.

068. RT 435/365 — TACrimSP, 1971, Rel. Gonçalves Sobrinho. Confissão policial com detalhes e apreensão da *res* em sua casa. Maior liberalidade na apreciação da prova inquisitorial, mormente no furto (citou jurisprudência). Retratação deve ser verossímil, apoiada em outros elementos.

069. RT 440/343 — TJSP, 1972, Rel. Hoepfner Dutra. Prova de ter o réu sido submetido a sevícias brutais, inclusive choque elétrico nos órgãos genitais. Prova da incriminação conseqüentemente suspeita. Absolvição.

070. RT 447/337 — TJSP, 1972, Rel. Milton Cocco. Prova colhida apenas no inquérito policial, feito por militares, com temporária restrição à liberdade de alguns dos envolvidos. Ofensa ao contraditório. Desvalia dessa prova. Absolvção. Mencionou o ambiente e circunstâncias em que colhida prova.

071. RT 426/363 — TJSP, 1971, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Acácio Rebouças. Apreensão de dois "pacaus" de maconha. Busca domiciliar sem observância de qualquer formalidade, e sem testemunhas. Testemunha detida na viatura. Ato processual, desconforme a lei, sem valor.

072. RT 426/354 — TJSP, 1971, Rel. Adriano Marrey. Apreensão de maconha. Busca e apreensão não formalizada. Invasão de domicílio, à noite, sem consentimento do morador. Menção a direitos constitucionais. Desvalia da prova assim obtida. Absolvção.

073. RT 468/347 — TACrimSP, 1974, Rel. Azevedo Franceschini. Tráfico de entorpecentes. Violação de domicílio sem mandado de busca. Confissão mediante servícias. Falhas do inquérito não maculam o processo nem a decisão. Considerou ultrapassada jurisprudência in RT 456/416.

074. RT 456/416 — TACrimSP, 1973, Rel. Fernando Prado. Busca e apreensão irregular, sem mandado, em residência. Confissão na polícia e em Juízo. Condenação mantida. Voto vencido, Juiz Onei Raphael: diligência violou domicílio, sem mandado, infringindo garantia fundamental; prova em Juízo dúbia, somente um dos policiais mencionando o encontro da erva; citou jurisprudência.

075. RT 463/428 — STF, 1.ª Turma, 1973, Rel. Aliomar Baleeiro. Réu acusado de crime contra a segurança nacional. Confissão policial quando preso, sob tortura. Menciona desvios da conduta policial e a 5.ª Emenda norte-americana. Suspeição. Acolheu princípio de que "ninguém é o fundamento da própria perdição". Excluída a confissão, manteve a condenação, com atenuante, com base no material apreendido (Acórdão republicado in RT 463/428).

076. RT 466/369 — TACrimSP, 1974, Rel. Silva Leme. Maconha. Condenação baseada somente em depoimentos de policiais. Absolvção. Vide longa fundamentação e jurisprudência.

077. RT 471/350 — TACrimSP, 1974, Rel. Melo Freire. Porte de entorpecente. Flagrante lavrado dois dias após a prisão do réu. Comentários sobre a atividade policial. Suspeição da prova fundada apenas no depoimento de policiais e suas atividades.

078. RT 482/384 — TACrimSP, 1975, Rel. Melo Freire. Apreensão de maconha. Confissão policial retratada em Juízo. Invasão do domicílio às 5h da manhã, sem mandado, indevida por basear-se em mera suspeita. Polícia deve colher a prova, não ser ela mesma a prova. Prova viciada. Absolvção. Voto vencido condenava.

079. RT 471/323 — TJSP, 1974, Rel. Acácio Rebouças. Inobservância dos requisitos formais do reconhecimento (artigo 226 do CPP). Invalidez do reconhecimento feito pela vítima. Absolvção (roubo e estupro).

080. RT 499/409 — STF, 2.ª Turma, 1976, Rel. Cordeiro Guerra. Crime contra a segurança nacional. Confissões extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas. Em Juízo, retratação simples, sem indicar coação ou violência. Vide votos de Xavier de Albuquerque e Leitão de Abreu: retratação não implica em inversão do ônus da prova, mas exige corroboração, pela acusação, dos fatos contidos na confissão extrajudicial.

081. RT 495/349 — TACrimSP, 1976, 3.º Grupo de Câmaras, Rel. Olavo Zampol. Palavras de policiais não podem justificar condenação: ele coonesto com o ato praticado, a solução que deu ao caso. Confissão retratada em Juízo, sem outras provas. Absolvção.

082. RT 432/315 — TJSP, 1971, Rel. Hoepfner Dutra. Invasão de domicílio às 3h da manhã. Apreensão de maconha. Confissão policial retratada em Juízo. Prova viciada. Absolvção.

083. RT 402/337 — TJES, 1968, Rel. José Morcef Filho. Retratação em Juízo, sem outros detalhes, não invalida a confissão extrajudicial. Condenação mantida, se aquela está apoiada em outras provas.

084. RT 407/97 — TJSP, 1969, Rel. Octávio Stucchi. Reconhecimento policial malfeito (acusado japonês, não havia qualquer japonês ao seu lado). Reconhecimento não é meio de prova e outros elementos levam à certeza da autoria. Condenação.

085. RT 403/328 — TACrimSP, 1969, Rel. Bonfim Pontes. Curador de réu menor, no interrogatório policial, não pode ser arrolado como testemunha de acusação.

086. RT 488/425 — STF, 1.ª Turma, 1976, Rel. Cunha Peixoto. Simples ratificação, em Juízo, de depoimentos prestados no inquérito ofende o princípio do contraditório. Anulação do processo.

087. RT 530/372 — TACrimSP, 1977, Rel. Silva Franco (ementário). Depoimento de policial deve ser avaliado no conjunto das provas; não está ele impedido de depor.

088. RT 519/384 — TACrimSP, 1978, Rel. Roberto Martins. Réu apresentado à vítima como autor do delito e só depois foi feito o reconhecimento do art. 226 do CPP. Dúvida. Absolvição.

089. RT 535/354 — TAMG, 1979, Rel. Salvio Teixeira. Presume-se a lisura do comportamento policial, salvo prova em contrário do interessado.

090. RT 540/412 — STF, 1.ª Turma, 1980, Rel. Soares Muñoz. Condenação não pode basear-se apenas na prova produzida no inquérito, ainda mais quando controversa. Art. 197 obriga o Juiz a confrontá-la com outras provas.

091. RT 563/342 — TACrimSP, 1982, 3.º Grupo de Câmaras, Rel. Adauto Suannes. Confissão judicial ou extra-judicial só é admissível se o réu tiver previamente conversado com seu defensor.

092. RT 577/388 — TACrimSP, 1983, Rel. Adauto Suannes. Incriminação de co-réu deve sujeitar-se ao princípio do contraditório, com participação dos advogados daqueles. Condenação insubsistente.

093. RT 560/324 — TJSP, 1982, Rel. Prestes Barra. A prova do inquérito que não encontre formal contrariedade em Juízo ou em outros elementos probatórios autoriza a condenação.

094. RT 567/343 — TACrimSP, 1982, Rel. Adauto Suannes. Se a prova judicial não repete aquela colhida inquisitorialmente não pode prevalecer a condenação, em face ao art. 153, § 16.º, da Constituição.

095. RT 563/334 — TACrimSP, 1982, Rel. Adauto Suannes. Interrogatório sem a presença de defensor não é válido como meio de prova.

096. RT 597/309 — TACrimSP, 1985, Rel. Adauto Suannes. Interrogatório judicial não pode ser realizado sem a presença de advogado. Ausentes outras provas, absolvição.

097. RT 609/393 — TAPR, 1985, Rel. Luiz Viel. Se os depoimentos colhidos na instrução corroboram a confissão extrajudicial, insubsistente a retratação em Juízo calçada em alegação não comprovada de sevícias.

098. RT 614/369 — STF, 1.ª Turma, 1986, Rel. Rafael Mayer. A jurisprudência do STF rejeitando, de modo geral, a valia de inquérito policial para justificar, por si só, a condenação sem o resguardo do contraditório tem admitido, com reservas, o valor da confissão extrajudicial, se retratada em Juízo.

099. RT 582/390 — TJRS, 1983, Rel. Ladislau Fernandes Rohnelt (ementário). México. Confissão sem valor se oferecida mediante tortura. Não merece fé o depoimento de policial suspeito de ser o torturador do réu.

100. RT 593/350 — TACrimSP, 1984, Rel. Adauto Suannes. Condenação não pode basear-se em prova anulada. Depoimento de réu, incriminando outro, deve ser colhido em audiência com reperguntas do defensor daquele. Absolvição mantida.

101. *RT* 659/76 — TJSP, 1990, Rel. Toledo Cesar. Ação de indenização civil contra o Estado. Em diligência noturna, a vítima se recusou a sair de casa ou dialogar com os policiais. Iniciou-se tiroteio, no qual morreu a vítima, um investigador de polícia, um policial militar e várias pessoas ficaram feridas. Acórdão considerou lícita a conduta policial (a diligência era sem mandado). Ação de indenização improcedente (no caso, considerou-se ser a vítima suspeita de homicídio e, após terem os policiais se identificado (entre 24h e 2h à noite), em diligência sem mandado, de modo pacífico, teria sido ele quem deu início ao tiroteio).

Jurisprudência específica sobre busca e apreensão

102. *RT* 363/188 — TASP, 1964, Rel. Aniceto Aliende. Busca e apreensão domiciliar no momento do flagrante pode e deve ser levada a efeito sem mandado "que a lei exige em oportunidades outras, nas diligências de rotina ou nos varejos de menor urgência".

103. *RT* 405/289 — TACrimSP, 1969, Rel. Azevedo Jr. Apreensão de material do jogo do bicho em residência. Busca e apreensão considerada regular pela maioria, e irregular pelo voto vencido (diligência sem testemunhas).

104. *RT* 405/315 — TACrimSP, 1969, Rel. Francis Davis. Em voto vencido, afirmou que a busca domiciliar sem presença de testemunhas estranhas ao quadro policial não tem validade (esta preliminar não foi acolhida pela maioria).

105. *RT* 441/344 — TJSP, 1972, Rel. Carvalho Filho. Busca domiciliar ilegal. "O vício da origem contamina a prova, sacrifica a acusação..."

106. *RT* 454/400 — TACrimSP, 1972, Rel. Ferreira Leite. Tóxico. Condenação mantida, sem apreciar a regularidade da diligência. Voto vencido, Toledo de Assunção: busca e apreensão ao arrepio da lei, infringindo garantia constitucional. Busca domiciliar, se desacompanhada da autoridade, exige mandado e atendimento às formalidades do art. 241 do CPP. Consentimento da mulher do réu não supre a falta do mandado (citou jurisprudência).

107. *RT* 453/421 — TACrimSP, 1973, Rel. Azevedo Franceschini. Tóxicos. Diligência policial de madrugada, sem mandado e sem a presença da autoridade. Desnecessidade de mandado para penetrar em casa e prender quem está praticando crime permanente (vide ementas).

108. *RT* 454/368 — TJSP, 1973, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Alves Braga. Tóxico. Busca e apreensão sem violação do domicílio, sem lavratura de auto, sem qualquer formalidade. Ofensa à Constituição.

109. *RT* 452/402 — TACrimSP, 1972, Rel. Azevedo Jr. Delegado pode apreender objetos adquiridos, frutos do crime. Não se demonstrou coação policial. Bens oferecidos para apreensão pelo indiciado. Voto vencido, Juiz Rezende Junqueira: apreensão ocorreu quando indiciado estava preso e incomunicável, extravasa o permitido pelo art. 6.º do CPP; era necessário mandado assinado pela autoridade competente (citou *RT* 442/386).

110. *RT* 459/303 — TJSP, 1973, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Tomaz Rodrigues. Prisão não foi efetuada "logo depois" e é ilegal. Cheque foi apreendido em busca noturna, sem mandado e sem prévio consentimento do morador. Já estava praticada a coação ao entrarem no domicílio. Voto vencido, Denser de Sá: era estado de quase-flagrância; policiais não invadiram o apartamento, ficaram na porta. Voto vencido, Alves Braga: quase-flagrância; não houve busca domiciliar, apenas diligência policial.

111. *RT* 472/364 — TACrimSP, 1975, Rel. Xavier Homrich. Entorpecente. Busca domiciliar. Estando os policiais acompanhados da autoridade policial era desnecessária a expedição de mandado. De qualquer modo, em delito de entorpecente a entrada em residência em qualquer hora é legal (citou *RT* 424/337 e 453/421). Irregularidade da diligência não contamina a prova.

112. *RT* 512/243 — TJMG, 1977, Rel. Monteiro de Barros. Jogo do bicho. Busca e apreensão determinada pela autoridade policial em casa de comércio. Validade. Ausência de mandado. Proteção é da residência, não do

estabelecimento comercial. Abuso na apreensão de outros objetos. Citou *RTJ* 74/882 e *RT* 474/330.

113. *RT* 538/379 — TACrimSP, 1978, Rel. Gentil Leite. Busca e apreensão realizada pessoalmente pela autoridade dispensa a prévia expedição de mandado.

114. *RT* 552/313 — TJSP, 1981, Rel. Geraldo Gomes. Tóxico (art. 12). Busca com mandado, sem a presença da autoridade policial. Admite-se, nos crimes permanentes, a busca sem mandado; ademais, se na casa se faz tráfico desviou-se esta de sua finalidade (citou *RT* 532/365).

115. *RT* 570/314 — TJSP, 1982, Rel. Geraldo Gomes (ementário). Tráfico de entorpecente. Busca sem mandado. Havendo desvirtuamento da morada do réu para a prática de crime, não usufrui da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio; torna-se local de acesso praticamente público.

116. *RT* 567/326 — TACrimSP, 1982, Rel. Silva Franco. Jogo do bicho. Busca e apreensão irregular. Delegado não assinou qualquer auto nem papel. Não se fez relatório da diligência. Infração ao art. 247 do CPP. A não lavratura do auto circunstanciado contamina a prova. Absolvição.

117. *RT* 565/341 — TACrimSP, 1981, Rel. Fernandes Rama. Excesso desnecessário na busca e apreensão constitui ilegalidade.

118. *RT* 579/348 — TACrimSP, 1983, Rel. Albano Nogueira. Jogo do bicho. A ilegalidade da busca e apreensão domiciliar, por si só, prejudica, irreparavelmente, a ação penal, independente da veracidade da acusação. O Estado não pode violar a lei.

119. *RT* 586/333 — TACrimSP, 1984, Rel. Adauto Suannes. Não basta que a autoridade policial expeça mandado de busca e apreensão domiciliar para que a diligência se tenha por legal. É necessário que aquela autoridade justifique, com elementos objetivos, a existência de suspeita a respeito dos moradores da casa a ser vistoriada. Resistência ao mandado não configurada. Justa causa não provada nem antes, nem depois, da diligência.

120. *RT* 424/337 — TJSP, 1970, Rel. Hoepfner Dutra. Tráfico de entorpecente. Diligência noturna e sem mandado. Delito de natureza permanente a permitir a entrada e apreensão a qualquer hora do dia ou da noite. Irregularidades na entrada e na apreensão acarretam responsabilidade administrativa, não a desconsideração da prova. No caso, houve permissão da esposa do réu.

121. *RT* 441/377 — TJSP, 1972, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Silva Leme. Tráfico de maconha. Apreensão em cômodo de hospedaria, quando o réu estava preso. Não pode ser aceita como prova apreensão em diligência ao arrepio da lei e da Constituição. Citou jurisprudência. As irregularidades foram praticadas a mando de Sérgio Fleury e "Fininho"; prova viciosa e suspeita.

122. *RT* 468/347 — TACrimSP, 1974, Rel. Azevedo Franceschini. Tráfico de entorpecentes. Eventual desrespeito à forma, quando da apreensão, acarreta responsabilidade administrativa dos agentes mas não a desconsideração da prova obtida. Deu como ultrapassada jurisprudência contrária.

123. *RT* 442/386 — TJSP, 1972, Rel. Acácio Rebouças. Posse de entorpecente. Diligência contra estabelecimento comercial. A autoridade policial não tem o direito de vilipendiar o cidadão, tem de respeitar-lhe os direitos e as garantias individuais. Não pode fazer diligências ao arrepio das formalidades processuais. Por maiores que fossem os resultados obtidos, a ilegalidade do procedimento os aniquila *ab ovo*. Diligência ilegal não fornece prova que a Justiça aceite. O apelado estava absolvido mesmo antes de ser acusado.

124. *RT* 532/365 — TACrimSP, 1978, Rel. Goulart Sobrinho. A casa goza de proteção enquanto não desfigurada sua condição de lar ou recesso. Transformada em cassino (...) e outros fins ilícitos é irretorquível a perda da garantia constitucional (citou jurisprudência).

125. *RT* 620/151 — 2.º TACSP, 1987, Rel. Batista Lopes. Gravação em fita de conversa telefônica da própria parte. Agravo visando excluí-la do processo. Não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas

partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em Juízo, a teor do art. 383 do CPC, dependendo a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte.

Anexo II — Bibliografia

- BARROS, Adherbal de. *A Investigação Criminosa da Prova*, RT 504/288 (1977).
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (de 1988)*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1989, 2.º vol.
- CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, 5.ª ed., Atlas, S. Paulo, 1981.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 2.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1973.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 5.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1975.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades Públicas — Parte Geral*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1978.
- FLORES LENZ, Luis Alberto Thompson. *Os Meios Moralmente Legítimos de Prova*, RT 621/273, 1987.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e o Processo Penal*, 2.ª ed., RT, S. Paulo, 1982.
- JAMES, Philip S. *Introduction to English Law*, 10.ª ed. Butterworths, Londres, 1979.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*, 7.ª ed. (atualizada e aumentada), Saraiva, S. Paulo, 1989.
- LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal Procedure*, Hornbook Series, Student Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985. Deste livro é a quase totalidade dos comentários e casos sobre a jurisprudência norte-americana, muitas vezes em transcrição literal.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*, 2.ª ed. Saraiva, S. Paulo, 1986.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 20.ª ed. (atualizada até 8.1.90), RT, S. Paulo, 1990.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 1.º vol., 6.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1972.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte e o Direito Constitucional Americano*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6.ª ed. (revista e ampliada), RT, S. Paulo, 1990.

INOVAÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL: UMA DELICADA SOLUÇÃO NO COMBATE AO DELITO

WILLIAN DE OLIVEIRA TERRA

Promotor de Justiça de São Paulo. Doutorando
da Universidade Complutense de Madrid

As mudanças sociais ocorridas ao final deste século colocam em destaque a questão de qual deve ser o papel do Direito Penal e das instituições destinadas à aplicação da justiça criminal ante comportamentos humanos inéditos para a normativa tradicional. A “especialização do delito” é um fenômeno hodierno e mundial, e a maioria dos países se depara com uma criminalidade cada vez mais aprimorada em técnica e composição. Alguns acontecimentos legislativos ocorridos recentemente na Europa e no Brasil evidenciam que o Estado (leia-se o Direito Penal) ocupa uma posição fundamental e delicada nessa problemática própria da sociedade moderna.

A Espanha, por exemplo, acaba de aprovar duas leis que são fruto de uma pressão social em relação ao Estado no sentido de oferecer respostas alternativas ao combate da criminalidade: a primeira é a “Lei de Proteção a Testemunhas e Peritos em Causas Criminais”, a segunda é a nova Lei que institui o Tribunal do Juri e que traz consigo disposições sobre a Prisão Preventiva. Com “Lei de Proteção” a Espanha segue a orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹ no sentido de oferecer meios legais de proteção àqueles que colaboram com a justiça no esclarecimento de crimes.

1. Resolução 827/93 de 25.5.93, do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

No Brasil, surgiu a Lei 9.034 de 3.5.95, que dispõe sobre “a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

Analisando em conjunto a lei brasileira referente ao “crime organizado” e a espanhola relacionada aos mecanismos de defesa daqueles que atuam como agentes de justiça e colaboradores da instrução penal, observamos alguns aspectos relevantes e de necessária reflexão.

É necessário mencionar que o nascimento da “Lei de Proteção” está relacionada a fatores especiais próprios da sociedade espanhola atual. A Espanha passa por um período conturbado muito parecido com a situação vivida pela Itália nos últimos anos. Uma escalada da corrupção política e econômica imprime um maior destaque na intervenção da justiça através do Poder Judiciário e do Ministério Público. Promotores e Juízes tomam a frente no combate à criminalidade que cada vez mais se mostra elaborada e aperfeiçoada; e constatam que a situação atual favorece a intensificação da violência em seus diferentes níveis, desde a violência político-econômica até fenômenos como o terrorismo (nos últimos sessenta dias ocorreram três grandes atentados à bomba em Madrid contra autoridades políticas e policiais que fomentaram a discussão de quais seriam os meios mais adequados para combater as formas organizadas de criminalidade e suas

ramificações, bem como proteger as pessoas envolvidas em processos políticos ou investigatórios contra tais grupos).

O caso brasileiro, é bem verdade, apresenta uma problemática de características distintas mas de mesmo fundo: a definição do papel do Estado no combate a esse novo tipo de criminalidade que hoje apresenta uma face mais complexa e organizada, e o estabelecimento de qual deve ser sua resposta em termos de garantias gerais (proteção daqueles que colaboram com a justiça/respeito à liberdade individual). A exposição de motivos da "Lei de Proteção" espanhola invoca a necessidade de oferecer meios de produção probatória sem riscos pessoais para testemunhas e funcionários da justiça, colocando também em destaque a preocupação de que tal proteção não vulnere os princípios básicos do processo penal. Menciona especificamente o cuidado na elaboração de uma lei que não rompa com o equilíbrio entre o direito a um processo com todas as garantias e a tutela estatal de direitos fundamentais inerentes às testemunhas, funcionários e seus familiares.

De uma maneira subliminar as inovações legislativas referidas favorecem a reedição de uma antiga questão debatida pela doutrina: Qual o sentido e o limite da intervenção estatal nos âmbitos de liberdade social dos homens?² E propõe uma indagação conseqüente superior: Qual é a responsabilidade do Estado e o papel da doutrina na definição das concepções jurídicas plasmadas em lei?

A pergunta sobre a legitimação do poder estatal e seus limites segue ainda viva, perdurando mesmo com toda a evolução do Direito Penal e do Direito Constitucional, desde o absolutismo até

hoje, revelando que existe sobre o tema uma debilidade teórica e um perigo de reflexos práticos sensíveis como o surgimento de leis imprecisas.

A sociedade moderna vive um constante paradoxo na proteção de seus bens jurídicos fundamentais. Se nos é permitido dar um nome a tal concepção, trata-se de um verdadeiro "dilema instrumental": O Direito Penal tem a característica de servir — simultaneamente — para combater o delito e para limitar o poder de intervenção estatal. Protege, ao indivíduo de uma repressão ilimitada do Estado, mas igualmente protege a sociedade e seus membros dos abusos individuais. Estes dois componentes — o correspondente ao Estado de Direito protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social preservador do interesse comum inclusive com o sacrifício das liberdades individuais — se levados ao nível de uma abstração conceitual apresenta uma natureza antinômica, que produz uma série de conseqüências importantes.

E quem queira fundir estes dois polos, como requer a harmonia de todas as coisas, para a criação de uma "política criminal" satisfatória, representada em última instância por leis penais, deve possuir a força de integração de tendências opostas e renunciar à execução linear de um único princípio conceitual. O legislador, em especial, deve renunciar à tentação de unilateralidade, e cuidar em emitir preceitos que prestigiem essas duas faces de uma só realidade (homem e sociedade). Isso se materializa também, em um Estado de Direito, num máximo esmero em explicitar seus comandos legais.

É certo que os preceitos penais em geral tocam o indivíduo em três pontos distintos: ameaçando, impondo e executando penas. As clássicas teorias justificadoras do *ius puniendi* demonstram isso. Ao cominar as penas o Estado cumpre um papel de prevenção geral

2. Tal questão é objeto de análise pela moderna doutrina alemã, destacando-se os estudos de Claus Roxin (dentre eles: "*Strafrechtliche Grundlagenprobleme*" — *Problemas Básicos de Direito Penal, Alemanha*).

representado pela ameaça impessoal da norma. A sentença restabelece o Direito lesionado pelo reconhecimento da culpabilidade do autor, compensada pela retribuição de um mal jurídico denominado pena. E a execução cumpre um objetivo preventivo especial, propugnado pela correção e ressocialização daquele que se desviou da norma.

A Lei 9.034/95, com a devida venia, parece pretensiosa quando justifica sua existência na “prevenção geral” de ações praticadas por organizações criminosas. Tampouco (ousamos pressagiar) não alcançará os fins de prevenção especial que pretende. A prevenção geral, tal e qual a imaginou Anselm v. Feuerbach em princípios do século XIX, tem fundamento na idéia da criação de efeitos intimidatórios sobre o coletivo. Costuma ser invocada com maior insistência justamente em momentos de ascensão da curva delitiva.

Porém, para a criação de um temor reverencial à norma é premissa a existência de um componente psíquico indeclinável: a consciência em cada homem do que pode ou não fazer o Estado, de até onde poderá chegar o Poder Público. Sem isso, o sentido preventivo geral se esvazia porque não contém uma mensagem clara de advertência. A simples leitura da lei em tela revela sua precariedade indutiva. O homem sabe que de certa forma é um objeto nas mãos do Estado e que é castigado não somente em consideração a si mesmo, mas em consideração a outros, que devem se omitir em cometer faltas. Tal instrumentalização do homem, tantas vezes criticada por Kant,³ é hoje uma realidade. “Leis para a prevenção de crimes” são um ineludível exemplo disso. E se sua existência é tida por muitos como uma incontornável necessidade hodierna, outro caminho não resta a não

ser dotá-las de um mínimo de coerência e fundamentação teórica. Isso é uma tarefa a ser cumprida pela doutrina e acatada pelo Estado.

O primeiro passo nessa trajetória intimidatória geral e especial costuma ser a elevação e agravação de penas e seu cumprimento.

Todavia, existe um outro aspecto importante: o campo de atuação do Estado não se esgota aí, pois ele normatiza também os “meios instrumentais de identificação” do delito e de seu autor. O centro de gravidade da questão se desloca, então, para um campo visual mais amplo que parece estar ganhando uma importância estelar no final deste século: a “universalização do delito e do delinqüente”, e a criação de mecanismos gerais de combate ao crime e de uma dogmática penal de caráter internacional e global.

Fatores como as novas formas de criminalidade (principalmente a econômica e organizada) potencializam a tomada de decisões legislativas generalizantes e altamente vulnerantes tanto para o delinqüente quanto para aqueles que atuam na persecução criminal. A Lei 9.034/95 é prova disso. Não é necessário dizer o quanto necessitamos de meios mais eficientes para combater o delito. A finalidade higiênica de tal lei representa um clamor coletivo ante uma criminalidade cada vez mais aprimorada. Mas, como dissemos acima, para que na seara penal uma lei cumpra sua bifrontal função (proteção da coletividade/garantia individual), deve pelo menos ser clara e cuidadosa.

Uma lei vaga de conceitos, imprecisa em seus limites, equivocada na escolha de seus instrumentos de consecução põe de manifesto que a *potestad* legislativa não é um cheque em branco nas mãos do Estado. Qualquer lei desta natureza deve cumprir alguns fins especiais:

a) Partir da idéia de que (como paradoxalmente afirmava Franz von Lizst) a

3. Kant, in *Metaphysik der Sitten*, § 49 E 1, *Studienausgabe*, p. 453.

lei penal é “a Carta Magna do delinquente”, protegendo não somente a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se volta. Esta é a parte fundamental do edifício de qualquer lei de combate ao crime.

b) Seguindo esse caminhar seguro, todos aqueles dispositivos limitadores de direitos fundamentais (justificados pela indiscutível conveniência de “adequação das liberdades públicas”) devem contar com uma clara descrição, e não atribuir de maneira resumida meios probatórios aos agentes de justiça que muitas vezes não são tomados em conta nas fases ulteriores dos procedimentos penais, em geral por argumentos (algumas vezes falsos) de que não são legítimos.

c) A introdução de novas “concepções jurídicas” deve possuir uma mínima definição legal. A Lei 9.034/95 não oferece meios para definir minimamente o que devemos entender por “organização criminosa” (expressão que decerto não se funde nem se esgota no restrito conceito de “quadrilha ou bando”), não explica o que é uma “ação controlada” (art. 1.º, II), sequer explicita os procedimentos de limitação dos direitos e garantias constitucionais (art. 1.º, III, e todo o Capítulo II) etc... O legislador parece ignorar que o chamado “crime organizado” comporta um sério e amplo tratamento doutrinário que não se encaixa no limitado espectro traçado pelos sintéticos treze artigos de dita Lei.⁴

4. A criminalidade organizada envolve, v.g., um comportamento doloso específico, com uma estrutura própria (chamada pela doutrina alemã de “*Organisationsbewusstsein*”) representada pela consciência de atuação coletiva, e com organização mínima (Nesse sentido: G. Stogel, *Strafgesetzbuch*, 8.ª ed., p. 386; K. Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 10.ª ed., München, p. 398). Assim a Lei deveria ao menos descrever o elemento subjetivo daqueles a quem endereça seus preceitos. Sobre o tema: Manzini, *Tratatto P.*, T.VI, p. 183; Maggiore, *Diritto Penale*, II, p. 363;

Por fim, e não menos grave, entendemos imperdoável a desatenção do legislador para com as instituições envolvidas no tema legal. É de mediana compreensão que o Direito brasileiro adota uma estrutura jurisdicional, em sentido amplo, distinta de países como Espanha e Itália. Neste último, por exemplo, a carreira da magistratura é única, abarcando tanto Juízes como Promotores de Justiça. Tais profissionais podem transitar de uma função para outra, e embora sob a denominação de magistrados ocupam e desempenham funções distintas. Uns investigam e produzem as provas que sustentarão a acusação, outros exercem a verdadeira jurisdição, admitindo a acusação e pronunciando sentença. Tal sistema corporativo, por seu caráter híbrido em funções mas único em organismo, é criticado inclusive naquele país peninsular, pois favorece o transbordamento de fins e o comprometimento pessoal.

A própria Espanha padece do mal de possuir certos resquícios inquisitivos na atuação do magistrado. Alguns juízes chegam a influenciar a instrução, ainda que não proclamem decisões. Juristas espanhóis de renome manifestam seu inconformismo, e defendem a necessidade da existência de um Ministério Público mais forte e autêntico. É sabido que nos chegam notícias que no sistema italiano os “magistrados” cumprem com brilhantismo uma tarefa de investigação contra o crime organizado. Mas não se pode deixar de advertir: são Promotores de Justiça atuando corajosamente em seu especial mister acusatório, exercido com competência e independência suficientes. Esquecer tal definição é incorrer em erros gravíssimos como o publicado pela Lei 9.034/95, que notoriamente atribui ao “juiz” poderes de diligência

Monteleone, *Natura e limite dell'associazione a delinquere*; Boscarelli, in *L'associazione per delinquere*, p. 1034; Palatano, *L'associazione per delinquere*, Itália, p. 79 e ss.

investigatória, além de organização técnica dos atos de polícia (art. 3.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º). É inconcebível a mistura de funções provocada pela lei em questão, atribuindo ao Poder Judiciário atividades constitucionalmente afetas e reservadas a membros do Ministério Público. Insistimos: tal esquizofrenia não favorece em absoluto à consecução dos fins perseguidos pela lei.

Finalmente, resta aguardar que os reclamos e o trabalho da doutrina propiciem uma atuação mais prudente por parte do legislador, ainda que esta seja bastante severa. É evidente que uma lei penal de tal estirpe necessita possuir uma dureza diamantina, mas que nunca se esqueça: essa nobre e indeclinável natureza deve ser esmeradamente lapidada para que obtenha seu valor máximo.

CONSÓRCIO. COBRANÇA INDEVIDA DE TAXA
DE EXPEDIENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

ALBERTO ZACHARIAS TORON e EDSON JUNJI TORIHARA

Advogados

CONSULTA

1. Antonio Mario Mazanti Ambrogi foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos previstos nos arts. 5.º e 8.º c/c art. 25, da Lei 7.492/86 e art. 72, da Lei 8.078/90, em concurso material, com a incidência do arrependimento posterior (art. 16, do CP).

2. Segundo se depreende da inicial acusatória, o denunciado, na condição de sócio-gerente da Conprof — Adm. de Consórcios S.C. Ltda., orientou os funcionários a formularem (no período de abril de 1991) exigência indevida de aproximadamente Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros) de Benedito Clóvis dos Santos a título de taxas de expediente e outras para proceder à transferência para o seu nome de quota já contemplada com o bem já entregue.

2.1 Ainda de acordo com a denúncia, a “vítima” Benedito teria pago a importância que lhe fora cobrada, sendo certo que “aprovada sua ficha cadastral ficaria dispensado da prestação de fiança, recebendo nessa ocasião em sua residência agentes da empresa Nova-Era Organização de Informações Ltda., aos quais exibiu escrituras e comprovantes de rendimentos, que supostamente seriam apresentados à Conprof” (cf. fls. 2 da denúncia).

2.1 Em seguida, o Sr. Benedito foi notificado de que sua ficha cadastral não havia sido aprovada e, conseqüentemente a pretendida transferência *cancelada*, não se lhe permitindo conhecer os

motivos da recusa, e, também, não se lhe devolvendo a importância paga. O douto subscritor da denúncia ainda fez consignar: “indevidamente apropriada pelo Consórcio a *mando* do denunciado” (cf. fls. 2 da denúncia — grifos nossos).

2.3 Posteriormente, já no curso do inquérito policial instaurado perante o Decon, houve o ressarcimento dos prejuízos à “vítima” e também foi efetuada a transferência da quota para o seu nome.

3. Em resumo, o sócio-gerente está sendo processado pela cobrança indevida de taxas de expediente e outras efetuadas pelos funcionários da Conprof, já que, no entender do representante ministerial, os custos da investigação realizada para verificação da idoneidade financeira do Sr. Benedito deveriam ser suportados pelo fundo de administração de consórcio, revelando-se esta cobrança “em desacordo com a legislação”.

4. Pese embora o ressarcimento dos prejuízos suportados pelo Sr. Benedito, e, também a expressa menção de que a situação já estava regularizada com a efetiva transferência da quota à sedizente vítima, o digno representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia pela prática dos delitos já mencionados.

5. O ilustre advogado Luiz Eduardo de Moura indaga se os fatos narrados constituem crime e qual a solução adequada para a questão.

PARECER

ASPECTOS A SEREM CONSIDERADOS:

I — Quanto à falta de justa causa para a ação penal, do cabimento de “habeas corpus” e a inexistência de indícios da autoria

6. Nada obstante a certeza de que toda nossa jurisprudência é no sentido de que o *habeas corpus* não comporta o exame aprofundado das provas, não é menos correto que essa mesma jurisprudência entenda possível esse exame, embora perfunctório, quando o objetivo seja o reconhecimento da inépcia da denúncia ou o trancamento do inquérito ou da própria ação penal diante da ausência de justa causa.

A propósito: “O exame das provas, em determinados e especialíssimos casos, é admissível no âmbito do *habeas corpus*, principalmente quando destinado a apurar a existência de justa causa para a submissão de alguém à instância penal. O *habeas corpus* ultimamente, tem adquirido uma nova dimensão e a dogmática alegação de que a matéria de prova não se aprecia em seus angustos limites vai progressivamente perdendo prestígio” (RT 416/240).

Ou ainda: “Dizer-se que nos *habeas corpus* não se examinam provas não constitui um princípio absoluto. Não é possível o exame da justa causa para o processo penal sem examinar as provas, pois não há outro processo lógico para a ela se chegar” — grifamos — (RT 513/397).

Na mesma conformidade: “O exame das provas é indispensável sempre que se trata da indagação da inépcia da denúncia, por permitir-se alegar contra o réu fatos contrários à realidade, e para verificação da justa causa, cuja inexistência justificaria a concessão da ordem. Assim, se resolveu neste mesmo E.

Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do douto Des. Márcio Munhoz, observando-se que, se em regra o *habeas corpus*, por sua natureza, não comporta o exame da prova, também é certo que esse princípio não tem caráter absoluto. Prevalece, quando o fundamento do pedido se refere à injustiça da decisão e invoca a nulidade da sentença *ex causa formalis*. O mesmo não se dá quando se tem de cogitar de causa material, resultante da inexistência de justa causa para a condenação, hipótese em que se torna necessário examinar através da prova as condições do fato, para se saber se realmente constitui delito em tese (RT 191/54)” — grifamos — (TJSP — HC — Rel. Adriano Marrey — RT 412/72).

6.1 Baseando-se também no capítulo “Jurisprudência Organizada” do número Especial de Lançamento da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, colacionada pelo eminente Des. Alberto Silva Franco (ed. RT, 1992, p. 139, item *Habeas Corpus*), que traz uma série de julgados neste sentido, torna-se imperativa uma análise, rápida que seja, das provas contidas no referido inquérito em contraposição com a inicial acusatória, para demonstrar, sem sombra de dúvida, a ausência de justa causa para a *persecutio criminis*.

7. A denúncia é expressa e categórica ao afirmar que o sócio-gerente “orientou os seus funcionários subordinados a formularem em meados de abril de 1991 exigência indevida de aproximadamente Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros) de Benedito Clóvis dos Santos à título de taxas de expediente e outras para proceder a transferência para o seu nome (de Benedito) da quota 011 do grupo 436 de consórcio, contemplada e com o bem já entregue a Triarco Estruturas Metálicas Ltda.” (cf. fls. 2 da denúncia).

8. Imputa também o fato de o denunciado não ter permitido à vítima conhecer as razões da não aprovação de sua ficha cadastral, bem como a não devo-

lução da importância paga, “indevidamente apropriada pelo Consórcio a *mando do denunciado*” (cf. fls. 2 da denúncia — grifos nossos).

9. Ocorre, porém, que nos autos não há elementos para a comprovação destes acertos. Em outras palavras: Não há provas — aliás, não há indícios sequer — de que o acusado orientava os funcionários para efetuar este tipo de cobrança, bem como não se vislumbra a intervenção do imputado no sentido de impedir ou dificultar o acesso às informações referentes à pessoa do Sr. Benedito (até porque tratava-se de outra empresa que realizou o levantamento financeiro da sedizente vítima). Tampouco se nota algum dado concreto que comprove a ordem (*mando*) do denunciado no sentido de não devolver a quantia paga.

10. Esta inexistência de indícios a supedanejar a denúncia aparece de forma inequívoca, que nem mesmo a palavra isolada e nada esclarecedora da sedizente vítima foi capaz de afastar.

11. Com efeito, no Boletim de Ocorrência elaborado pela 1.^a Delegacia de Polícia da DISICEP/DECON ficou consignado: “... desejando transferir para o seu nome uma cota de consórcio já contemplada, da empresa retrocitada como Averiguada, foi-lhe exigido o pagamento da quantia de Cr\$ 40.000,00 aproximadamente à título de taxa de expediente e outras, sendo observado na Ficha de Transferência com o bem, de que se a mesma fosse aprovada depois de analisada dispensaria o fiador. Após tal pagamento, a referida empresa utilizando-se da firma Nova Era — Organização de Informações Ltda., essa última esteve inclusive na residência do queixoso colhendo informações e foram também exibidas várias escrituras de propriedades, e outros comprovantes de renda, porém apesar de todas as alegações e comprovações, inclusive também foi apresentada uma Cessão de Transferência de Quota do Grupo, aprovada pela

Autolatina, mas mesmo assim posteriormente foi a vítima notificada em 9.5.91 de que sua ficha não havia sido aprovada, sendo a transferência objetivada cancelada, sem porém permitir ao interessado, o queixoso, qualquer acesso às informações conclusivas de sua ficha cadastral, negando-se também em devolver a quantia paga a título dessas informações” (cf. fls. 3 da cópia do inquérito).

12. Pois bem. Em nenhum momento a “vítima” mencionou o nome de quem quer que fosse, seja funcionário, gerente ou mesmo administrador. Nem mesmo citou o nome de Patrícia, a atendente que elaborou o documento de transferência, onde foram-lhe exigidos os Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros) — (cf. fls. 6 da cópia do inquérito).

13. Quando foi efetivamente ouvido, o Sr. Benedito, de forma semelhante ao histórico apresentado no Boletim de Ocorrência, teve o ensejo de esclarecer: “... na oportunidade esteve junto a reclamada para efetuar uma transferência de Cota de Consórcio, na oportunidade a reclamada cobrou-lhe, indevidamente, taxa de expediente e outras para confecção de fichas de informações do reclamante; que não obstante o reclamante ter apresentado inúmeros documentos comprobatórios de sua idoneidade financeira, tendo apresentado escrituras de propriedade e outras informações; não logrou aprovação junto a reclamada para que a referida transferência fosse efetuada, além disso, uma firma denominada Nova Era — Organização de Informações Ltda., forneceu a reclamada levantamentos econômicos e financeiros do reclamante; mesmo assim e, sem apresentar qualquer justificativa, a reclamada negou-se a proceder a aludida transferência; que em razão destes fatos serem tidos como ilegais o reclamante informa ainda, de que foi procurado pela reclamada a qual reconheceu as falhas cometidas, e ressarciu o reclamante das importâncias pagas e procedeu a transferência da Cota de Consórcio que havia

adquirido de outro consorciado" (cf. fls. 45 da cópia do inquérito)

14. Aqui também a vítima não mencionou nenhum nome ou mesmo atos do denunciado que pudessem influir no deslinde da controvérsia.

15. De outra parte, a encarregada do Departamento de Atendimento, Sra. Analucia Bittencourt Ambrogi, deixou evidenciado o motivo da não aprovação da proposta do Sr. Benedito Clóvis dos Santos: "... tendo Benedito Clóvis dos Santos transferido para o seu nome a referida cota já contemplada; que esclarece a depoente que na época dos fatos não foi possível atender o Sr. Benedito, em virtude de exigência de fiador, pelo percentual elevado da dívida; que o Benedito na época dos fatos não apresentou fiador; mas agora foi possível atendê-lo face a redução do montante da dívida, tendo o problema sido inteiramente resolvido" (cf. fls. 12 da cópia do inquérito)

16. Como se percebe, há duas versões contraditórias: a vítima informando que a recusa foi dada não se sabe a que título (mesmo comprovando a sua "idoneidade financeira") e a representante da "Conprof" informando que a razão da recusa foi a não-apresentação de fiador.

17. Neste aspecto é de extrema relevância a ficha de "Transferência Contemplada com o bem" acostada à fl. 6 da cópia do inquérito. Desde aquele momento ficou consignado: "O consorciado solicita que sua ficha seja analisada para dispensar um possível fiador". Logo, a recusa de sua ficha decorreu da não-apresentação de fiador e não por motivos que foram omitidos ou sonegados ao Sr. Benedito.

18. A testemunha Jeronimo Mario Carlotti, por seu turno, confirmou a lisura do procedimento adotado e esclareceu que "os valores cobrados de Benedito, eram referentes a efetivação de todos os papéis relacionados com transferência, como por exemplo, registros de

contrato, despesa que não gera nenhum lucro para a administradora, pois são ressarcimento de despesas efetuadas pela Administradora" (cf. fls. 84 — numeração da Justiça Federal).

18.1 No tocante à não transferência do bem contemplado, a testemunha Jeronimo foi categórica ao dizer: "... que, esclarece que a transferência só não se efetivou com uma maior brevidade, posto que, o interessado se recusava em oferecer as garantias exigidas por lei-fiador..." (cf. fls. 84v.º — numeração da Justiça Federal)

19. Paulo José A. S. de Carvalho Borges, sócio da Forgransp, limitou-se a dizer que "... à primeira vista, a operação de cobrança do consorciado reveste-se de normalidade e não foi indevidamente cobrada, posto que trata-se de um consorciado novo e ainda a transferência de um bem já entregue, tudo, para a maior segurança de todo o grupo de consorciados" (cf. fls. 85 — numeração da Justiça Federal).

20.O denunciado Antonio Mario Mazanti Ambrogi salientou o bom nome da Administradora perante os órgãos fiscalizadores, explicou que "a política e as diretrizes das empresas eram elaboradas em diretoria constituída pelo declarante e os diretores da Forgransp" e informou que somente veio a tomar conhecimento em 30 de setembro de 1993, ou seja, 1 ano e 9 meses depois de sua saída da empresa.

20.1 O acusado ainda teve ocasião de dizer: "... que o Sr. Carlotti disse ao declarante que os valores cobrados do consorciado Benedito visavam atender os atos e fatos burocráticos relativos aos custos das transferências sendo aquele valor entrado no caixa da empresa; que continuou a narrativa dizendo que Benedito fez reclamação contra a política de procedimento de crédito da empresa, pelo zelo em relação ao grupo, a que Benedito considerava em excesso; que tal fato ocorre pura e simplesmente pelo zelo da administradora com relação ao grupo, pelo

fato de se exigir avalista para o cliente com saldo devedor alto..." (cf. fls. 85v.^o — numeração da Justiça Federal)

21. Mesmo que se pretenda responsabilizar criminalmente o denunciado, uma vez que, segundo ele próprio "a política e as diretrizes das empresas eram elaboradas em diretoria constituída pelo declarante e os diretores da Forgransp", ainda assim não se pode considerar como embasamento fático essa mera alegação se não há, em nenhum lugar do inquérito, indícios mínimos de que o Sr. Antonio Mario Mozanti Ambrogi tenha praticado quaisquer dos atos imputados, autorizando, assim, o desencadeamento do processo penal nos moldes em que vem vazada a denúncia.

22. É lição corrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a ação penal deve assentar-se num mínimo de provas ou indícios de modo que se apresente como um processo viável. Mesmo porque, para que tenha contornos de razoabilidade, deve estar presente aquilo que se convencionou chamar de fumaça do bom direito.

22.1 Sobre o tema, o eminente Prof. Tourinho Filho adverte: "Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal e indícios, mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento-informativo ou nos elementos de convicção" (grifei In *Processo Penal*, SP, ed. Saraiva, 6.^a ed., 1982, v. I, p. 439).

22.2 Mais à frente, na mesma obra, salienta o mestre: "... no campo penal, quando se propõe uma ação, não basta fazer-se referência ao caso concreto. É preciso que no limiar do processo a ser instaurado se mostre ao Juiz a seriedade do pedido, exibindo-lhe os elementos em que se esteia a acusação" (grifei — Ob. cit., v. I, p. 444).

22.3 Sim, porque como lembra a insigne Profa. Ada Pellegrini Grinover: "(...) é a própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito invocado, para evitar a lide temerária. O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana; exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade da mesma. Por isso, é que um mínimo de "fumo de bom direito" há de exigir-se, para que se leve adiante o processo, até a solução da lide" (In *As condições da ação penal*, SP, ed. Bushatsky, 1977, pp. 127-128).

22.4 Na esteira dessas lições, pacíficas e irrefutáveis, ergueu-se sólida jurisprudência segundo a qual: "A denúncia deve reportar-se a um fato delituoso, corroborado *quantum satis* por elementos probatórios idôneos. Não pode a denúncia amparar-se em suposições, visto não existir vestígios que ligue o paciente aos fatos denunciados. O ato acusatório deve basear-se pelo menos em indícios, no que concerne à autoria" (RTJ 90/1.014; rel. Min. Leitão de Abreu).

22.5 Ou, ainda, como decidiu o E. TRF da 1.^a Região: "A denúncia para instrumentalizar-se com justiça e seriedade haverá de firmar-se em indícios de autoria e em prova plena e cabal da ocorrência do fato delituoso. Sem isso, a denúncia padece de justa causa para a persecução penal" (In DJ 23.4.90, sec. II, p. 7.541, 4.^a T., v.u.).

Até porque: "A denúncia tem de calcar-se em fatos previamente averiguados: não pode ela ficar na dependência do maior ou menor poder de imaginação do Promotor de Justiça (TJSP, RT 387/68, rel. Des. Adriano Marrey).

23. Pois bem. Se assim é, no presente caso, basta um perfunctório exame dos autos, sem qualquer discussão aprofundada de prova, para se perceber que a denúncia não se baseia em fatos previa-

mente apurados no procedimento inquisitivo.

24. Sem qualquer discussão dos elementos informativos, mas apenas com a unívoca apreciação dos mesmos, pode-se concluir: “Justifica-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa, se o exame do *habeas corpus* demonstra que a denúncia é mera construção intelectual do Ministério Público” (STJ, RHC 536-PR, rel. Min. Cosa Lima, no DJ de 9.4.90, p. 2.749, v.u., j. em 28.3.90).

25. Remarque-se: a denúncia imputa a prática de condutas comissivas (orientou, indevidamente apropriada a mando, apropriou-se indevidamente, negou o conhecimento sobre), porém em nenhum momento menciona em que lugar dos autos encontra respaldo para tais afirmações.

26. Pode ser que alguém tenha orientado os funcionários. Pode ser também que alguém tenha negado o acesso às informações. Porém, não há nada, absolutamente nada nos autos que ligue tais fatos à pessoa do Sr. Antonio Mario Mazanti Ambrogi.

27. Tudo a indicar a ocorrência da malsinada e tão veementemente repudiada responsabilidade objetiva em termos de direito penal, na exata medida em que se pretende responsabilizar o sócio-gerente por eventuais falhas de terceiros, apenas e tão-somente pelo fato de ser ele “investido de amplos e gerais poderes de administração para a consecução dos objetivos sociais” (§ 1.º, da cláusula 7.º, do contrato social).

28. Quanto à necessidade de um mínimo de prova para embasar a proposição da ação penal, afastando, assim a responsabilidade penal objetiva, calha bem à espécie o abalizado ensinamento do saudoso Manoel Pedro Pimentel, segundo o qual: “Mera presunção de culpa, decorrente unicamente do fato de ser o agente diretor de uma empresa, não pode alicerçar uma denúncia criminal. A submissão de um cidadão aos rigores de um processo penal exige um mínimo de

prova de que tenha praticado o ato ilícito, ou concorrido para a sua prática. Se isto não existir, haverá o que se denomina o abuso do poder de denúncia” (*Crimes contra o sistema financeiro nacional*, SP, ed. RT, 1987, p. 174).

29. E nem se perquiria quanto à omissão penalmente relevante (art. 13, § 2.º do Código Penal) por parte do acusado.

29.1 A uma porque a obrigação de “cuidado, proteção e vigilância” (alínea *a*) não tem a extensão nem o alcance semelhante à onisciência e onipresença. Vale dizer: antes de mais nada, o “devia e podia” agir para evitar o resultado necessariamente vem ligado ao fato de que o agente conhecia a obrigatoriedade da proteção, cuidado ou vigilância, o que, com o simples passar de olhos pelos autos, vê-se que não ocorreu (o denunciado só veio a tomar conhecimento dos fatos 1 ano e 9 meses depois de sua saída da empresa!).

29.2 A duas porque de nenhuma forma o acusado assumiu o risco de impedir o resultado (alínea *b*), ou seja, não funcionou como “garantidor” da não ocorrência do resultado. Aliás, nem mesmo se vislumbra tal situação nos autos.

29.3 A três porque o denunciado não teve nenhum comportamento anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado (alínea *c*). Se desencontros houveram, estes não podem ser penalmente atribuídos ao acusado.

30. Seja como for, “além do especial dever jurídico de impedir o dano ou o perigo, é também indispensável que haja a vontade de omitir a ação devida” (RT 643/276 — Apud: Celso Delmanto, *Código penal comentado*, RJ, ed. Renovar, 3.ª ed., 1991, p. 21).

31. Desta forma, por não haver um mínimo de embasamento para a proposição e o processamento de uma ação penal, a única solução plausível — em sendo recebida a inicial acusatória — é a impetração de ordem de *habeas corpus* para trancamento da ação penal por falta

de justa causa para a sua instauração.

32. Some-se a tudo isto o significativo fato de que, embora em tese o tipo legal tenha sido completado, ou seja, haja teoricamente subsunção formal aos tipos de que tratam os artigos definidos na denúncia, não se afetou o bem jurídico tutelado pela lei. Sim, porque a Lei 7.492/86 visa proteger o sistema financeiro nacional.

33. Não basta, entretanto, um mero incidente individual, sem maior repercussão para se vislumbrar tipicidade penal. Há necessidade premente de que o bem jurídico tutelado tenha sido afetado, ou, ao menos, colocado em risco.

33.1 Na verdade, o bem jurídico apresenta-se como "o critério limitador, fundamental, na formação do ilícito penal". (Min. Assis Toledo em *Princípios básicos do Direito Penal*, S. Paulo, ed. Saraiva, 3.^a ed., 1987, p. 24). Ou, como prefere o eminente Prof. Juan Bustos Ramirez, aqui está "a importância do bem jurídico como princípio garantidor, já que permite a toda sociedade e a todos os indivíduos determinar o que se está protegendo..." ("Política criminal e injusto", em: *Bases críticas de um nuevo Derecho Penal*, Bogotá, ed. Temis, 1982, p. 73).

33.2 Nessa linha, é sempre importante lembrar a lição do maior penalista vivo da América Latina, Raúl Zaffaroni, quando destaca que a análise do tipo penal não se esgota na descrição da tipicidade legal, pois, comprovada esta em seus aspectos objetivo e subjetivo, "nos restará averiguar si está afectado el bien jurídico tutelado...", cabendo perguntar se "la prohibición, en ciertos límites de afectación, tiene sentido para el objetivo general del orden jurídico, es decir, para conservar la paz social evitando la 'guerra civil', concluyendo cuando no lo tiene, por su nimiedad lesiva, em la atipicidad penal de la conducta" (*Tratado de Derecho Penal*, México, Cardenas ed., 1988, v. III, p. 235).

34. Atentando-se para o fato de que, a Administradora de Consórcios prontamente devolveu a importância paga pelo sr. Benedito e ainda efetuou a transferência da quota de consórcio em seu nome, vê-se que o bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86 não foi afetado.

35. É que de, como já dito, na espécie, o que se tutela é a "proteção do sistema financeiro nacional" (Manoel Pedro Pimentel, ob. cit., p. 23), considerando-o como bem, serviço e interesse da União.

36. Não se trata de dizer que a devolução da importância ao Sr. Benedito tenha elidido o crime, mas sim de que não é possível divisá-lo onde não se vulnerou o bem jurídico tutelado pela norma porque, além de não haver risco algum para o mercado e para o sistema financeiro nacional, tudo não passou de um descumprimento temporário ante a não-apresentação de garantia legal de caução (fiador) por parte do novo consorciado, sendo certo que ninguém concretamente se viu beneficiado ou prejudicado.

37. Por essas razões, verifica-se que a impetração de ordem de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal eventualmente instaurada é a melhor solução para o caso em tela.

II — Quanto à indivisibilidade da ação penal

38. O acusado, em suas declarações, deixou expresso que "a política e as diretrizes das empresas eram elaboradas em diretoria constituída pelo *declarante e os diretores da Forgransp*" (cf. fls. 86 — numeração da Justiça Federal — grifos nossos).

39. Se se considerar verdadeira a afirmação de que as ordens (mando) do acusado foram as responsáveis por todo o problema envolvendo o Sr. Benedito, imperativo é saber como elas se originaram, máxime numa sociedade onde as

políticas e diretrizes são elaboradas pelo denunciado e mais os diretores da Forgransp.

40. Ocorre, entretanto, que não há nos autos sequer notícia de quem sejam os outros membros da diretoria.

40.1 Assim, por uma questão de equidade e Justiça, os outros diretores das Forgransp deveriam ser também denunciados. Ou no mínimo, ouvidos!

41. Nem se diga que a cláusula 7.^a do contrato social seja óbice para impedir o reconhecimento da responsabilidade penal de quem quer que seja, uma vez que o denunciado era, à época dos fatos, o sócio-gerente que respondia pela empresa.

42. Se assim fosse, isto seria equivalente a dizer que, numa construção de um prédio ou uma obra qualquer, se ocorresse um acidente a culpa recairia única e exclusivamente no engenheiro responsável, mesmo que a ordem tivesse partido de um mestre de obras ou mesmo por ato voluntário de um servente de pedreiro, o que seria um absurdo.

43. Por que se aceitar que uns sejam submetidos ao processo penal e outros não?

44. A exclusão de outros diretores na denúncia é indicativa de ser o acusado objeto de uma discricionariedade, ou de um capricho, que configura abuso do direito de denunciar. Como assinala o eminente Prof. Rogério Tucci, reproduzindo acórdão, é inaceitável um “processo criminal por simples capricho de um promotor de justiça que arbitrariamente entende de denunciar” (parecer inserto na RT 555/302, trecho destacado: p. 307; apud: Miguel Reale Jr., no *Direito Penal aplicado*, n. 2.^o, S. Paulo, ed. RT, 1992, p. 10).

45. De acordo com o prestigioso escólio do renomado Prof. Miguel Reale Júnior, na obra supramencionada: “O Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia contra todos os co-autores de um delito em razão do princípio da indivi-

sibilidade da ação penal.

A unicidade é decorrência lógica do caráter obrigatório da ação penal, pois uma vez desrespeitada estar-se-á, *ipso juris*, admitindo o princípio da oportunidade.

Havendo elemento indicativo da ocorrência do concurso de agentes, *imprescindível que contra todos seja apresentada a denúncia*, pois, do contrário, estabelece-se a injustiça de responsabilizar uns, eximindo outros. *É intuitiva a evidência de que o Estado não pode escolher, dentre os que infringiram a norma penal, aqueles que lhe convém punir* (grifei).

Se desrespeitado o princípio da indivisibilidade, escolhendo-se livremente quem acusar, o Ministério Público torna-se, de antemão, julgador da inocência ou da culpabilidade dos co-agentes, sobrepondo-se ao Poder Judiciário.

Dentre nós, Espínola Filho, em seus Comentários, expõe: “A denúncia ou a queixa tem de abranger todos os participantes do crime, não podendo abstrair nenhum, tanto preocupa evitar a divisibilidade do processo e a abstenção do procedimento contra um dos responsáveis, que, nos termos expressos do art. 48 do Código de Processo Penal, a queixa, dada contra um deles só, alcançará todos os outros, impondo-se ao órgão do Ministério Público, como precípua dever, velar para que não seja, na prática, iludida observância desse princípio fundamental da indivisibilidade da ação penal” — grifei (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 1943, v. I/386).

Igualmente, no Direito Italiano, é Bellavista quem assevera: “Definita l'azione penale, esaminiamone i peculiari caratteri, che sono quelli della pubblicità, ufficialità, obbligatorietà, irretrattabilità, indivisibilità.”

“La indivisibilità dell'azione penale postula la necessità che essa si eserciti egualmente nei confronti di tutti coloro che sono consorsi nel reato” (G.

Bellavista, Lezioni di diritto processuale penale, terza edizione, Giuffrè, p. 38 e ss. e p. 66).

A Jurisprudência não tem orientação diversa, conforme acórdão do Supremo Tribunal Federal (recurso criminal 1.060 GB): "O princípio do *simultaneus processus* torna a ação penal obrigatória e indivisível em relação a todos os participantes de um mesmo fato criminoso. Esse princípio está consagrado na lei, incumbindo ao Ministério Público velar por ele. A opinião da doutrina, a respeito, é incontroversa, como o demonstrou ilustre autor da decisão recorrida. A fonte mais próxima de nossa legislação adjetiva penal, que é o Código de Processo Penal Italiano também o adota, e, como ensina o hoje clássico Eugênio Florian, "tal caráter está justificado por uma razão de justiça abstrata e por uma exigência prática de utilidade social de quem ninguém escape à repressão penal" (*Derecho Procesal Penal*, trad. esp., 1943, p. 179). (*Direito penal aplicado*, n. 2.º, ob. cit., p. 10-11.)

46. Dessa maneira, se há notícias de que "a política e as diretrizes das empresas eram elaboradas pela diretoria constituídas pelo declarante e os diretores da Forgransp", a escolha aleatória do acusado e a exclusão dos outros diretores significa arbítrio que fere princípio fundamental do processo penal que é o da indivisibilidade da ação penal.

47. Não é só, todavia, do ponto de vista das leis do processo que a denúncia em questão se revela afrontosa e injusta.

48. O art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, na tradição das Cartas anteriores, quando reafirma a igualdade de todos perante a lei, impõe a rejeição de tratamento diferenciado para situações semelhantes.

48.1 Sobre o ditame constitucional, debruçando-se ainda sobre o texto da anterior Constituição, o insigne Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, leciona que o princípio da isonomia jurídica:

"É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégio de espécie alguma" (*Curso de direito constitucional*, SP, ed. Saraiva, 7.ª ed., 1978, p. 268).

48.2 Bem por isso, o eminente Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, citando Kelsen, afirma: "Colocar (o problema) da igualdade perante a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar" (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, SP, ed. RT, 1978, p. 14 em nota de rodapé, n. 2).

48.3 Discorrendo sobre o "sentido da cláusula de igualdade", ressalva o eminente Ministro Celso de Mello o seguinte: "O tratamento discriminatório só se legitima juridicamente: a) em função de expressa disposição constitucional; ou b) em virtude de pressupostos lógicos e objetivos, que justifiquem, racionalmente, a desequiparação operada" (*Constituição Federal Anotada*, SP, ed. Saraiva, 1984, p. 324).

49. Na espécie, por mais que se procure um critério lógico, não se consegue compreender porque diretores que decidiram uma questão de forma idêntica, não sofreram qualquer perseguição penal e nem mesmo foram ouvidos.

50. Parece forçoso concluir que a presente ação penal representa um gritante exercício discriminatório do poder de denunciar. Ofensivo, como antes se demonstrou, não só ao princípio da indivisibilidade da ação penal como, também, ao da isonomia jurídica, porque, frise-se, em situações no mínimo iguais apenas o aqui acusado foi alvo da denúncia.

III — Quanto à incompetência da Justiça Federal

51. Levando em consideração o art. 1.º, inc. I, da Lei 7.492/86, que equipara a

empresa administradora de consórcio à instituição financeira, o ilustre representante do Ministério Público Estadual requereu a remessa dos autos à Justiça Federal por entendê-la competente para processar e julgar o feito.

52. O digno magistrado oficiante no Departamento de Inquéritos Policiais da Capital, na esteira da manifestação ministerial, deferiu o pedido e determinou a redistribuição do inquérito à Justiça Federal.

53. No tocante a este aspecto, é imperativo observar o seguinte:

Os dois últimos motivos no presente caso a ensejar o reconhecimento da competência da Justiça Federal são: a) o fato de se tratar de empresa Administradora de Consórcios e b) a qualificação jurídica dada aos fatos (a denúncia imputa os arts. 5.º e 8.º da Lei 7.492/86). Afora isto, não há nada nos autos a indicar a competência da Justiça Federal.

53.1 Quanto ao fato de se tratar de uma empresa Administradora de Consórcios, temos que este fator, por si só, não desloca a competência para a Justiça Federal.

53.2 Isto, pelo significativo fato de que não houve nenhum prejuízo em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, ou mesmo de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, seja direto ou reflexo.

53.3 Se eventual prejuízo houve, o que se admite para argumentar, este foi somente em detrimento do Sr. Benedito Clóvis dos Santos e nunca em relação à União.

53.4 Todavia, poder-se-ia argumentar que o interesse da União reside justamente na manutenção de um Sistema Financeiro que esteja de acordo com as normas e regulamentações pertinentes e, por tal razão, a competência seria da Justiça Federal.

53.5 Neste ponto, o colendo Supremo Tribunal Federal, em aresto da lavra do eminente Célio Borja, referindo-se a um

conflito de competência relatado pelo insigne Sydney Sanches, já teve oportunidade de pontificar:

“... o interesse da União em manter a higidez do Sistema Financeiro não é, por si só, bastante para determinar a competência da Justiça Federal. Trata-se de um interesse genérico, enquanto que o interesse de que fala o art. 125, IV da CF (atual art. 109, IV) deve ser particular, específico e direto (CJ 6.646, rel. Min. Sydney Sanches, in *Lex* 107-291) — Apud: RHC 66.492-0-SP; Rel. Min. Célio Borja, v.u., in RT 644/332; obs.: ementa à p. 328).

53.6 No seu lapidar voto, o preclaro relator, Ministro Célio Borja, fez questão de salientar que o interesse da União deve ser atingido diretamente e não apenas de forma reflexa (RT 644/334).

53.7 Ora, se assim é, não é suficiente para o reconhecimento da competência da Justiça Federal o simples fato de a empresa ser uma Administradora de Consórcios, uma vez que não restou demonstrada nenhuma ofensa direta a qualquer tipo de bem ou interesse da União, sendo a melhor alternativa, neste aspecto, o deslocamento para a Justiça Estadual.

54. De outra parte, em relação à qualificação jurídica dada aos fatos — que, por sua natureza (leia-se arts. 5.º e 8.º da Lei 7.492/86) desloca a competência para a Justiça Federal, a teor do disposto no art. 26 do mesmo codex — é de se observar que ela é provisória e deve ser questionada também à luz de eventual prejuízo à União.

54.1 Neste ponto, no tocante à provisoriedade, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em sua 1.ª Câmara Criminal de Férias, teve ocasião de assentar:

“Não é qualificação conferida pelo Delegado de Polícia à conduta ilícita, nem aquela provisória e hipotética imputação resultante da denúncia, que prevalecerá. É no curso da instrução, é no sopesar sereno de toda a prova, que

a livre convicção do Magistrado se formará e propiciará a adoção da mais adequada solução à espécie" (Rec. Crim. 107.635-3 — SP — 1.^a Câmara Criminal de Férias — Rel. Des. Renato Nalini — TJSP — j. 2.7.91 — Vídeo Texto do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo).

54.2 Em tese, o delito a ser perseguido penalmente pode muito bem ser a apropriação indébita (art. 168 do CP), uma vez que o montante do dinheiro chegou de forma lícita à Administradora — se se considerar a legalidade da cobrança da taxa de expediente — ou mesmo o estelionato (art. 171 do CP), uma vez que o consorciado foi induzido em erro ao pagar uma taxa indevida e ilegal — desde que se considere ilícita a sua cobrança.

54.3 Desta forma, ao se confrontar a provisoriedade da capitulação jurídica dada aos fatos com a necessidade da ocorrência de prejuízo à União é que se verifica a incompetência da Justiça Federal para processamento e julgamento da presente demanda.

IV — Alguns aspectos do artigo 8.^o da Lei 7.492/86

55. O legislador penal, ao dispor sobre algum dispositivo de caráter punitivo, tem como obrigação respeitar alguns mandamentos constitucionais, dentre os quais o princípio da legalidade e seus desdobramentos.

55.1 Assim, quando se analisa um tipo penal, a sua interpretação deve ser feita de maneira restritiva, sem ampliações.

55.2 Como já bem advertia o eminente Adauto Suannes, à época em que exercia sua elevada judicatura no E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Em Direito Penal, o princípio da reserva legal exige que os textos legais sejam interpretados sem aplicações ou equiparações por analogias, salvo quando *in bonam partem*. Ainda vige o aforismo

poenalia sunt restringenda, ou seja, interpretam-se restritivamente as disposições cominadoras de pena" (RT 594/355).

55.3 E nem poderia ser diferente, pois se assim fosse, abrir-se-ia margem para interpretações elásticas e extensivas, que tendem à aplicação da analogia em termos penais, o que é, como dito acima, vedado, salvo se para melhorar a situação do imputado.

55.4 Desta forma, em que pese a denúncia ter imputado o verbo "exigir" para poder se adequar no tipo previsto no art. 8.^o da Lei 7.492/86, é de se notar que, longe de ser uma exigência, o ato revelou-se uma simples cobrança.

55.5 Neste sentido, não tem a denúncia, pura e simplesmente, ao utilizar um emaranhado de frases bem arrançadas, o poder de comprovar um fato que — a olhos vistos e confirmados por todas as testemunhas — não existiu.

55.6 Mesmo porque, a exigência a que se refere o arquétipo penal é aquela fundada em temor da vítima, revestindo-se de constrangimento e lastreada em ameaça. Trata-se, pois, de uma forma de constrangimento ilegal, uma vez que impõe ao exigido a obrigação de se comportar de modo que não lhe é imposta por lei.

55.7 A corroborar este entendimento, basta se levar em consideração o simples fato de que o Sr. Benedito em nenhum momento se viu constrangido a tal ponto de não ter outra alternativa exceto o pagamento. Poderia muito bem discordar, negar-se a pagar e, enfim, poderia até se dirigir às autoridades competentes (fato, aliás, que se consumou posteriormente).

56. Com a devida licença, a denúncia parece confundir exigência com cobrança, tentando colocá-las sob o mesmo grau de igualdade.

57. Porém, tendo em vista o já mencionado princípio da legalidade (estrita), não se pode, sob pena de ocorrer

inomináveis abusos no poder de denunciar, pura e simplesmente “esquecer” as diferenças gramaticais e legais.

Mesmo porque, uma cobrança pode se dar sem que se caracterize uma exigência!

58. Em matéria semelhante, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, distinguindo os verbos “exigir” e “solicitar”, em termos de concussão e corrupção passiva, já teve oportunidade de pontificar:

“É regra de hermenêutica que a lei não pode repetir-se. Entre os arts. 316 e 317 do CP há de existir uma diferença ontológica expressa no sentido diverso dos verbos-núcleos “exigir” e “solicitar”. “Exigir” implica obrigar a alguma coisa, com pena. “Solicitar” é simples pedido. *Enquanto no primeiro caso a vítima é levada pelo medo a atender a exigência*, no segundo satisfaz o pedido livremente, recebendo ou não, em contrapartida, alguma vantagem”. (RT 564/327, rel. Des. Jeferson Perroni — grifos nossos).

59. Indaga-se: Onde, em que lugar dos autos, está comprovado o “medo” do Sr. Benedito em atender a “exigência”? Apenas — em tese — na própria denúncia. Em nenhum outro lugar se vislumbra, sequer remotamente, que a sedizente vítima não teve outra alternativa, sendo compelida a pagar a taxa cobrada.

59.1 Facilmente perceptível o excesso acusatório: Pretende-se imputar uma conduta mais grave (exigir) levando em consideração atos não penalmente puníveis (cobrar). E mais. Pretende-se imputar ao denunciado a responsabilidade pela exigência, embora não tenha sido nem ele o autor da cobrança e muito menos se tenha aferido de onde proviera a ordem de assim cobrar!

60. Porém, não foi só neste aspecto que a inicial acusatória desrespeitou o princípio da legalidade.

61. Ao entender que taxa de expediente se amolde às expressões do artigo: juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito

ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários, a denúncia extrapolou os limites legais e avançou no arbítrio, tendo como “fundamento” a tão repudiada interpretação elástica em termos de direito penal.

61.1 Não se trata de juro, pois este, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em seu novo dicionário, é “lucro, calculado sobre determinada taxa, de dinheiro emprestado; rendimento, interesse”.

61.2 Nem tampouco se trata de remuneração, uma vez que esta, segundo o mesmo compêndio, é “ato ou efeito de remunerar; Recompensa, prêmio; Gratificação em pagamento por serviço prestado; Salário, honorários, soldada, soldo, ordenado.

62. É que na espécie, como a própria testemunha Jeronimo Carlotti deixou bem evidenciado que o pagamento da taxa de expediente não gera nenhum lucro para a empresa, pois são ressarcimentos das despesas efetuadas (cf. fls. 84v.º — numeração da Justiça Federal).

63. Neste aspecto, em termos de depoimentos prestados, é imperativo observar que no tocante à finalidade da taxa de expediente, a narrativa do Sr. Antonio Mario Mazanti Ambrogi é genérica e não define muito bem o motivo da existência da taxa de expediente, limitando-se a dizer que “visava atender os atos e fatos burocráticos relativos aos custos da transferência sendo aquele valor entrado no caixa da empresa” (cf. fls. 86v.º — numeração da Justiça Federal).

63.1 Vale observar ainda que, posteriormente, os valores pagos pelo sr. Benedito foram ressarcidos (cf. depoimento do próprio sr. Jerônimo Carlotti — cf. 84v — numeração da Justiça Federal), o que poderia, até certo ponto, ser interpretado de forma desfavorável, pois se se tratava de despesas, sem gerar lucro, por qual razão teve de ser devol-

vido? Isto é matéria que deve ser melhor analisada posteriormente, com alguns esclarecimentos da parte da empresa.

63.2 De outro lado, nem se diga que é possível se reconhecer a “taxa de expediente” cobrada como “qualquer tipo de remuneração”, pois estar-se-á desrespeitando as regras de hermenêutica, já que, o legislador ao utilizar uma cláusula genérica (qualquer tipo de remuneração), já mencionou anteriormente cláusulas que restringem a aplicação analógica (juro, comissão).

64. Desta maneira, somente se pode analisar a expressão remuneração levando em conta o que está anteriormente consignado, isto é, juro ou comissão, sob pena de se aplicar indevidamente a analogia, em prejuízo do acusado.

65. Com base neste entendimento, imperioso reconhecer o excesso acusatório, a partir do momento em que deixa de interpretar restritivamente a expressão “qualquer tipo de remuneração” e passa a se utilizar da “taxa de expediente” sem relacioná-la às expressões juro ou comissão.

V — Quanto à absorção do artigo 5.º pelo artigo 8.º da Lei 7.492/86 em decorrência de exaurimento

66. A denúncia atribui ao imputado a responsabilidade de ter, na condição de sócio-gerente da Conprof, orientado seus funcionários a formularem exigência indevida de Cr\$ 40.000,00 do Sr. Benedito a título de taxa de expediente e outras.

67. Em decorrência desta “exigência”, o digno Procurador da República entendeu infringido o art. 8.º, da Lei 7.492/86, assim redigido: “Art. 8.º — Exigir, em desacordo com a legislação juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários.

68. Paralelamente a isso, entendeu ainda o ilustre representante do Parquet que a quantia paga foi indevidamente apropriada pelo Consórcio, a mando do denunciado e, por isso, estaria configurado também o delito previsto no art. 5.º da mesma Lei: “Art. 5.º — Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio”.

69. Ao reverso do que consta da denúncia se atos penalmente puníveis houve, estes redundam apenas e tão-somente em uma das imputações e nunca em ambas.

70. A se admitir o contrário, consagrando-se a tese acusatória, teríamos, se a hipótese fosse de concussão, o seguinte: havendo a exigência, o delito está consumado e, por outro lado, se ocorrer a entrega do bem, isto significará a prática de outro delito, nos moldes da apropriação indébita.

70.1 Daí já se percebe o disparate que é a imputação dos dois delitos (arts. 5.º e 8.º) em concurso material.

71. Se ilícito penal há, este é tão-somente o previsto no art. 8.º, uma vez que, nos mesmos moldes da concussão, o que basta para a consumação é a exigência, sendo certo que se o pagamento foi efetivamente realizado, tal fato se considera exaurimento.

71.1 Como bem doutrina o saudoso Manoel Pedro Pimentel, o art. 8.º “coloca uma figura delituosa assemelhada à extorsão, prevista no CP em seu art. 158, e também à concussão, descrita no art. 316 do mesmo Codex” (ob. cit., p. 72).

71.1 Ora, se assim é, ainda que se considere a ocorrência deste delito, o efetivo pagamento da quantia “exigida” nada mais é do que o exaurimento da infração prevista no art. 8.º da Lei 7.492/86. Mais uma vez socorre-nos o inolvidável Manoel Pedro Pimentel, comentando o mencionado artigo: “...

Consuma-se o crime, que é de mera conduta, com a simples exigência. Esta figura não comporta o *iter criminis*. O resultado — atendimento da exigência com a obtenção da vantagem — é estranho ao tipo pertencendo à idéia de crime exaurido” (ob. cit., p. 77).

71.2 Além do que, nunca se poderia autonomamente considerar como “apropriação” (art. 5.º), já que o ato da “exigência” e do pagamento foram simultâneos, sendo certo que apenas a ciência da não-aprovação da proposta é que foi posterior.

72. Remarque-se: o pagamento das taxas cobradas foi realizado no mesmo dia da “exigência”, isto é, 8.4.91 (cf. cópia dos depósitos bancários — fls. 7 do inquérito policial). Logo, o simples fato de o Sr. Benedito ter tomado conhecimento posteriormente (9.5.91 — cf. fls. 6v.º da cópia do inquérito) de que sua proposta havia sido recusada não tem o condão de configurar outro delito.

73. Tudo, como se vê, a indicar, quando muito, a ocorrência somente do delito previsto no art. 8.º da chamada “Lei do Colarinho Branco”.

Mas não é só.

74. Se prevalecer a tese da denúncia, impõe-se reconhecer a impossibilidade do concurso material entre os crimes descritos nos arts. 5.º e 8.º, da Lei 7.492/86, porque haveria um intolerável *bis in idem*, na exata medida em que se está tentando punir duplamente um cidadão pela prática de um só ato, qual seja, a cobrança “indevida” de taxa de expediente etc.

74.1 Sobre o assunto, calha bem à espécie o ensinamento do eminente José Frederico Marques, ao abordar o princípio da especialidade, em sua festejada obra, *Tratado de Direito Penal*: “Diz-se que há um *typus specialis* em relação ao *typus generalis*, quando o fato enquadrável em ambos apresenta circunstâncias e particularidades que o tornam adequado ao primeiro. Se a norma onde vem definido o

tipo especial tem aplicação sobre o fato, exclui-se a aplicação daquela onde se encontra descrito o tipo geral. Afasta-se, assim, o *bis in idem*, pois a conduta do agente só será incriminada em função de uma das figuras legais, muito embora também se enquadre na de caráter geral.” (Ed. Saraiva, S. Paulo, v. II/337).

No mesmo sentido da doutrina, é a jurisprudência: “No conflito aparente de normas penais, a especial abrange aspectos amplos contidos na geral, mas especifica elementos que forma um tipo *sui generis* com maior ou menor gravidade” (TRF — Rec. — Rel. Carlos Madeira, EJTFR 56/19).

75. Nessa perspectiva, mostra-se absurdo imputar ao denunciado, concomitantemente, a infringência aos arts. 5.º e 8.º, ambos da Lei 7.492/86.

Porém, caso se entenda que o delito de “apropriação” (art. 5.º) deva prevalecer, por se tratar de crime de dano — em contrapartida com o crime de perigo, que está no art. 8.º — ainda assim não pode subsistir a dupla imputação. Se não vejamos.

VI — Quanto à eventual prevalência do artigo 5.º sobre o artigo 8.º — Crime-melo/Crime-fim

76. Em tese, pode-se admitir a ocorrência do delito previsto no art. 5.º, da Lei 7.492/86, isto é, apropriação da quantia paga a título de taxa de expediente e outras, desde que na condição de crime-fim, para o meio que foi a exigência indevida.

76.1 Sim, pois da forma como vem assacada a inicial acusatória, e da forma como os fatos supostamente se deram, há apenas uma exigência com um correspondente pagamento das taxas. Desta forma, não se pode negar que a apropriação somente foi possível em decorrência da “exigência” anterior.

76.2 Assim, tendo em vista a impossibilidade de a “apropriação” ter ocorrido

sem a presença da anterior “exigência”, resulta inegável que se reconheça a relação delito-fim/delito-meio entre as duas imputações, prevalecendo-se tão-somente a última que foi “desejada” pelo agente.

76.3 Seja como for, prevalecendo-se o art. 8.º ou então o art. 5.º, é imperioso observar a impossibilidade de co-existência dos dois delitos concomitantemente, pelas razões já expostas.

VII — Quanto ao art. 72 do Código do Consumidor

77. No tocante a este delito, há nos autos única e exclusivamente a palavra do Sr. Benedito Clóvis dos Santos no sentido de que lhe fora negado o direito de saber o motivo da não-aprovação de sua proposta.

78. Entretanto, de outro lado, o próprio documento de fls. 6 da cópia dos autos de inquérito, já deixa bem patente que, desde aquela oportunidade, a “vítima” havia solicitado a dispensa de possível fiador.

79. Cumpre notar, neste passo, que as pessoas ouvidas deixaram bem claro que o motivo da demora na transferência foi elevado valor do saldo devedor, bem como a não-apresentação de fiador. (Neste sentido: depoimento de Analucia Bittencourt Ambrogi — fls. 12; Jeronimo Mario Carlotti — fls. 84 e Antonio Mario Mazanti Ambrogi — fls. 86.)

80. Mesmo que assim não fosse, as eventuais informações financeiras do Sr. Benedito foram obtidas — segundo ele mesmo explica — por meio da empresa Nova Era — Organização de Informações Ltda. e deveriam ser repassadas à “Conprof”.

80.1 Se alguma dúvida tivesse, o Sr. Benedito poderia muito bem solicitar diretamente da Nova-Era os esclarecimentos necessários, embora esteja claro nos autos que o motivo da não-transferência imediata tenha sido a não-apresentação de fiador.

80.2 Afora o mais, frise-se que não foi o imputado quem negou a informação e, tampouco, afirma-se que era seu dever prestá-la.

VIII — Quanto ao artigo 16 do CP e a prescrição em concreto

81. Levando-se em consideração o reconhecimento, na própria denúncia, da ocorrência do chamado arrependimento posterior, vislumbra-se, desde já, caso eventualmente haja uma condenação e, levando-se em consideração tratar-se o denunciado de primário e sem antecedentes, o possível reconhecimento da prescrição pela pena a ser teoricamente aplicada.

81.1 Explica-se: Em se tratando de acusado primário, que não ostenta antecedentes e, também, levando-se em consideração o pequeno valor da quantia “exigida”, é bem provável que a condenação — caso ocorra — venha baseada no mínimo legal, por não haver maior censurabilidade na conduta do denunciado.

82. Logo, se se tomar a pior das hipóteses (ou seja, a condenação do denunciado por todos os crimes que lhe são imputados) a eventual condenação já estaria prescrita.

82.1 Com efeito, o art. 5.º, da Lei 7.492/86 prevê o mínimo de 2 anos de reclusão, o passo que o art. 8.º, 1º ano e por fim o art. 72 do Código do Consumidor, 6 meses.

82.2 Reduzindo-se, em decorrência do art. 16 do CP, 1/3 da pena aplicada (redução mínima), teríamos o seguinte: o art. 5.º resultaria numa apenação de 1 ano e 4 meses de reclusão; o art. 8.º daria 8 meses de reclusão e, por fim, o art. 72 do Código do Consumidor resultaria em 4 meses de detenção.

82.3 Entre a data dos fatos (8.4.91) até a presente data (3.3.94), transcorreram mais de 2 anos 11 meses sem que a denúncia tenha sido sequer recebida.

82.4 Assim, se eventual condenação sobreviesse, os delitos previstos nos arts.

8.º da Lei 7.492/86 e 72 do Código do Consumidor já estariam alcançados pela prescrição, sempre se considerando a expectativa da aplicação da pena no mínimo legal e também na redução de 1/3, decorrente do arrependimento posterior.

82.5 Se a redução fosse maior (isto é, 2/3), então todos os delitos estariam prescritos.

82.6 Desta forma, na pior das hipóteses, com a condenação do acusado em todos os delitos inicialmente imputados, a prescrição da pretensão punitiva antecipada (com base na expectativa da pena a ser aplicada) seria medida imperativa e, com isso, estaria extinta a punibilidade do agente, não subsistindo nenhum dos efeitos da condenação.

Em conclusão

1) Tendo em vista todo o acima exposto, a solução mais plausível para a questão em tela, caso a denúncia seja recebida, é a impetração de ordem de *habeas corpus* visando o trancamento da ação penal, por falta de justa causa;

2) Não é aconselhável a discussão pelo menos na via estreita do *habeas corpus*, sobre a competência ou não da Justiça Federal para processar e julgar os delitos e, bem assim, não se revela adequado o debate sobre o concurso material entre os arts. 5.º e 8.º da Lei 7.492/86.

Nosso entendimento é esse, salvo melhor juízo.

São Paulo, 7 de março de 1994.

5 — ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA (Períodos Republicanos)

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal Membro
da Academia Paranaense de Letras

INTRODUÇÃO

Em artigo anterior publicado nesta mesma coluna, indiquei alguns elementos sobre a formação histórica do Direito Penal brasileiro, a partir da descoberta - quando passaram a vigorar as *Ordenações Afonsinas* - até o advento do Código Criminal do Império (16.12.1830). Sob o título "*Um pouco da História luso-brasileira*", o texto aborda o itinerário do sistema criminal tendo como referências básicas os diplomas impostos pela dominação portuguesa e a legislação que sucedeu a Independência.

A contribuição oferecida neste número da *Revista* analisa a evolução do sistema positivo desde o Código da Primeira República (Dec.847, de 11.10.1890), o chamado *Código Republicano*¹ e prossegue até o elenco das sanções penais do Código Penal de 1940 (Dec.-lei 2.848, de 7.12.1940).

Um outro artigo completará essa trilogia. Ele irá indicar as tendências internacionais do pós-guerra, os movimentos e projetos de reforma do Código Penal de 1940, com destaque para a

revisão das sanções, a legislação especial, e se completará com a reforma introduzida pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

O critério orientador da restauração histórica fixou-se na perspectiva das reações penais, diante da natureza e dos limites estabelecidos para a presente investigação.

A PRIMEIRA REPÚBLICA (1889-1930)

1. O Código Penal de 1890

Com o Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, o Governo Provisório, chefiado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, proclamou a República Federativa do Brasil e estabeleceu as normas pelas quais se deveriam reger os Estados-membros. O ato contou também com as assinaturas de Aristides da Silveira Lôbo, Ruy Barbosa, Quintino Bocaiúva, Benjamin Constant e Wandenkolk Correia. E desde o dia seguinte já se falava da futura Carta Política.²

A abolição da escravidura, em consequência da lei de 13 de maio de 1888, acarretou sensíveis modificações no

1. A expressão "*Código Republicano*" tem sido empregada com muita frequência para indicar o diploma de 1890, quando é óbvio que os demais também foram sancionados sob essa forma de Governo.

2. Edgard Carone, *A República Velha*, vol. I, *Instituições e Classes Sociais*, Rio de Janeiro, 1978, p. 287.

Código, como a supressão de algumas figuras delituosas.

Em razão daquele fato e da natural transformação pela qual estava passando o Brasil, em fase de transição política e institucional de profundas repercussões humanas e sociais, Joaquim Nabuco - o grande líder do abolicionismo - apresentou na Câmara dos Deputados um projeto autorizando o ministro da Justiça a mandar publicar uma nova edição do Código Criminal, eliminadas as disposições referentes à escravidão, constantes em leis especiais.

O Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, incumbiu o Conselheiro Baptista Pereira de organizar o projeto de um novo Código Penal, recomendando urgência na elaboração do trabalho. E antes mesmo de tal evento, o Governo baixou o Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, abolindo a pena de galés,³ reduzindo a trinta anos as penas perpétuas, computando no tempo de prisão o período da prisão preventiva e instituindo a prescrição das penas.

O projeto Baptista Pereira foi apresentado em pouco mais de três meses e uma Comissão (da qual fazia parte o autor) introduziu pequenas alterações e algumas emendas de simples redação.

Em 11 de outubro de 1890 foi assinado o Decreto 847 que mandava observar o novo Código Penal.⁴

2. O elenco geral das penas

O Código de 1890 não continha a previsão das medidas de segurança que

3. A pena de galés sujeitava os réus a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos públicos da província onde ocorrera o delito, e ficando à disposição do Governo (art. 44).

4. Para uma sumária visão histórica dos trabalhos de elaboração do Código e das críticas que ensejou, ver Galdino Siqueira, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, Rio de Janeiro, 1947, t. I, p. 74 e s.

foram introduzidas no Código de 1940, como uma *inovação capital* e por influência do projeto de Código Penal suíço de 1894, elaborado por Carlos Stoops. A propósito, o art. 68 daquele diploma estabelecia: "O condenado que achar-se em estado de loucura, só entrará o cumprimento da pena, quando recuperar as suas faculdades intellectuaes. Parapho unico. Si a enfermidade manifestar-se depois que o condenado estiver cumprindo a pena, ficará suspensa a execução, não se computando o tempo de suspensão no da condemnação".⁵

Relativamente às penas, o Código de 1890 previa as seguintes espécies privativas de liberdade: a) *prisão celular*, aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida "em estabelecimento especial" (art. 45); b) *reclusão*, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (art. 47); c) *prisão com trabalho obrigatório*, cominadas para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas para tal fim destinadas ou aos presídios militares (art. 48); d) *prisão disciplinar*, destinadas aos menores até a idade de 21 anos, para ser executada em estabelecimentos industriais especiais (art. 49). O elenco das sanções abrangia também o *banimento*,⁶ a *interdição*, a *suspensão e perda de emprego público*, com ou sem inabilita-

5. Segundo doutrinador da época, deveria ser suspenso o processo contra o autor que, após o fato, ficasse louco. (Cf. Manoel Clementino de Oliveira Escorel, *Código Penal Brasileiro*, ed. Duprat & Comp., SP, 1905). Mas havia julgados em sentido contrário: "A loucura do réo não é dificuldade insuperável á conclusão do summario de culpa". (Acc. do Tribunal de Relação de Minas Geraes, em 13.10.1900, em *Direito*, vol. 84, p. 480.)

6. Abolida pela Constituição de 1891, art. 72, § 20.

ção para o exercício de outro, e a multa (art. 43, *b, f, g, e h* combinados com os arts. 46, 56, 57 e 58).

A sanção pecuniária consistia no pagamento ao Tesouro Federal ou dos Estados, segundo a competência respectiva, de uma soma pecuniária que seria regulada pelo que o condenado pudesse ganhar em cada dia por seus bens, emprego, indústria ou trabalho (art. 58). O Código manteve, portanto, o critério já adotado pelo Código Imperial, com a multa fixada em dias (art. 55).

Expressamente se declarava que “não há penas infamantes” e que a privação de liberdade individual não poderia exceder de trinta anos (art. 44).

Penalistas de grande prestígio censuraram o caráter temporário das sanções privativas de liberdade. Entendiam que a eliminação da pena de morte pelo sistema anticriminal reclamava um sucedâneo adequado para proteger os interesses sociais lesionados pelos “grandes assassinos, os delinquentes de índole ou estado, cuja incorrigibilidade e temibilidade se patenteassem.”⁷

A preocupação em se individualizar a execução da pena de prisão era demonstrada na regra do art. 53, segundo a qual os condenados deveriam ter, nos estabelecimentos onde cumpriam a medida, trabalho adequado às suas habilitações ou ocupações anteriores.

3. A influência da Escola Positiva

Os estudos e as conquistas da Escola Positiva se manifestaram em nosso país com bastante intensidade. Tobias Barreto, considerado por Viveiros de Castro como “o homem mais eminente que o Brasil tem produzido nesta segunda metade do sécu-

lo”,⁸ foi um dos mais prestigiados escritores que receberam as contribuições dos positivistas, objetivando a reformulação do ordenamento legal insuficiente para conter os avanços da criminalidade.

As investigações criminológicas contribuíram decisivamente para uma abertura de perspectivas em torno dos grandes problemas do delito, do delinquente e da pena. Em tal sentido, os esforços de Tobias de Barreto foram merecidamente reconhecidos, ligando o seu nome ao advento da criminologia no Brasil.⁹

Dentro daquele quadro, quando a Primeira República desenvolvia uma nova marcha de progresso, a obra de Ferri serviu de modelo obrigatório para as pesquisas entre nós. Adotava-se como linha de princípio que a criminalidade não poderia ser esbatida através de medidas penais de extrema severidade. Analisando os *substitutivos penais* expostos num plano geral envolvendo diversas ordens (econômica, política, científica, legislativa, administrativa, religiosa, familiar e educativa), o criminalista Viveiros de Castro concorda com o grande sociólogo e jurista italiano. E reconhece a ineficácia da pena que perdia a força de intimidação apregoada pela Escola Clássica: “a penalidade torna-se mais forte e a criminalidade cresce em proporção ainda maior”, dizia ele, admitindo ser “tempo de mudar de rumo”.¹⁰

A Antropologia, a Psicologia, a Psiquiatria, a Endocrinologia e outras disciplinas destinadas ao conhecimento integral do Homem e sua circunstância, entusiasmaram os penalistas brasileiros. Exem-

7. Entre os nossos escritores favoráveis à prisão perpétua, estavam Galdino Siqueira e A. J. da Costa e Silva, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, SP, 1938, vol. II, p. 85 e s.

8. Viveiros de Castro, *A Nova Escola Penal*, RJ, 1913, p. 7. O clássico trabalho de Tobias Barreto, *Menores e Loucos*, foi editado em 1884, no Rio de Janeiro, mas desde 1882 aparecia em publicações do *Diário de Pernambuco*.

9. Assim o proclamou Clóvis Beviláqua em *Criminologia e Direito*, BA, 1896, p. 19.

10. Ob. cit., p. 82.

plos dessa corrente de idéias que floresceram das investigações das ciências naturais, políticas e sociais, foi a fundação da Sociedade de Antropologia Criminal, Psiquiatria e Medicina Legal (1895) integrada por Machado de Oliveira, Cândido Motta, Alcântara Machado e outros professores catedráticos da Faculdade de Direito de São Paulo.¹¹

4. Os projetos de reforma

A ampla discussão acadêmica e doutrinária em torno dos postulados e do confronto das Escolas Clássica e Positiva estimulava os movimentos de reforma precoce do diploma. Assim, já a partir de 1893 foi apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de autoria de João Vieira de Araújo, professor da Faculdade de Direito do Recife. Em 1913, Galdino de Siqueira elaborou também um projeto, mas que não alcançou repercussão no âmbito parlamentar.

No ano de 1927 foi divulgado (incompleto) o projeto de Código Penal de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira. As penas eram divididas em duas classes: *principais* e *acessórias*. As primeiras eram constituídas pela multa, o exílio local, a detenção, a prisão e a relegação; as outras seriam: a interdição de direitos, a publicação de sentença, o confisco de certos objetos e a expulsão de estrangeiro.

A SEGUNDA REPÚBLICA (1930-1937)

5. A Consolidação das Leis Penais

A natural profusão de leis durante o período republicano e as tendências muito vivas no sentido de se rever o Código

de 1890 levaram o Governo a promover uma consolidação das leis existentes. Havia dificuldades não somente de aplicação das leis extravagantes como também de seu próprio conhecimento.

Na Exposição de Motivos ao Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, o Chefe do Governo Provisório admitia o malogro das várias tentativas de reforma do Código Penal brasileiro "que ora se empreende e ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competência da respectiva Subcomissão Legislativa".

O trabalho de consolidação foi realizado pelo Desembargador Vicente Piragibe e continha 410 artigos. Nos termos do decreto de promulgação, o diploma aprovado não revogava dispositivo da lei em vigor no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos (art. 1.º, parágrafo único).

6. A Constituição de 1934

Vitorioso o movimento militar revolucionário de 1930, foi editado o primeiro decreto visando à organização da futura Assembléia Nacional Constituinte. Era datado de 10 de fevereiro de 1931 e se destinava a rever a legislação em vigor e a "apresentar novas codificações e projetos de lei que o Governo Provisório adotaria ou mandaria mais tarde ao Poder Legislativo".¹² Formaram-se subcomissões sob a direção de Levi Carneiro para a revisão dos códigos.

Os trabalhos da constituinte foram morosos e interrompidos por acontecimentos de grande repercussão política, como a Revolução de São Paulo (1932). Houve a necessidade de convocação de eleitores em todos os Estados brasileiros, que se realizaram em 3 de maio 1933. Em 15 de novembro daquele ano foi promovida a sessão solene da Assembléia Nacional Constituinte.

11. A propósito de tais tendências e de seus principais representantes, consultar Manoel Pedro Pimentel, "Breves Notas para a História da Criminologia no Brasil", em *Ciência Penal*, n.º 2, de 1979, ed. Forense, RJ, p. 38 e seg.

12. Lemos Brito, *A Nova Constituição Brasileira*, RJ, 1934, p. 64.

A nova Carta Política seria promulgada em 16 de julho de 1934. A colheita das assinaturas dos constituintes foi procedida em atmosfera de visível emoção dos parlamentares e da assistência. Às aclamações no recinto, nas tribunas e galerias se seguiu o Hino Nacional e um dos últimos oradores da Constituinte, Fernando Magalhães - daqueles homens estranhos à política mas convocados para a grande obra - proferiu em plenário a frase que era o sentimento geral do povo: "Que nunca mais a liberdade desapareça do Brasil."¹³

Reafirmando a necessidade de se garantirem princípios fundamentais de segurança individual e coletiva (proibição da retroatividade da *lex gravior*, personalidade da pena etc.), a Constituição vedava as penas de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo. Quanto à pena de morte, ficavam ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro (art. 113, §§ 27, 28 e 29).

Outros textos de garantia e aplicáveis ao processo penal (instituição do juiz natural, proibição de detenção ou prisão arbitrárias, de foro privilegiado e tribunais de exceção; a concessão generosa da fiança; a garantia da plenitude da defesa e os mecanismos de proteção de direitos como o *habeas corpus* e o direito de petição) integravam-se numa relação de textos de garantia (art. 113 e §§) que caracterizavam o sentido nitidamente liberal da Carta de 1934.

7. O Projeto de 1935

O projeto de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira¹⁴ foi bastante

debatido. Diversos juristas se manifestaram em memoráveis discussões, especialmente as estimuladas pela Sociedade Brasileira de Criminologia durante o ano de 1936, sob a presidência do Desembargador Magarinos Torres.

A influência exercida pela Escola Positiva ficou bem delineada através da orientação adotada em importantes setores como a classificação dos delinquentes, a periculosidade criminal e social, a individualização e indeterminação da pena, o emprego das medidas de segurança, etc.

Um estudo comparativo contendo uma resenha do projeto já fora feito por Tancredo Gatti, enaltecendo o trabalho como notável manifestação do movimento reformador das leis penais e uma nova afirmação das doutrinas da Escola Positiva.¹⁵

No exame procedido por Jimenez de Asúa, os defeitos eram reduzidos e as virtudes anotadas com entusiasmo. O projeto foi por ele considerado como uma das melhores leis penais do futuro.¹⁶

A Faculdade de Direito do Recife designou uma Comissão para apresentar sugestões e formular emendas ao projeto que tomou o número 118-A de 1935 (Código Criminal dos Estados Unidos do Brasil), conforme a solicitação da Câmara dos Deputados.

Os estudos e as sugestões apresentados pelo relator daquela Comissão foram editados na capital pernambucana, em 1937, e desde logo enaltecem o "notável

III, parte 4.^a, p. 56 e seg. Em 23 de dezembro de 1928 foi editado pelo *Diário Oficial* o projeto completo.

15. A nota é redigida por A. J. da Costa e Silva, ob. cit., vol. I, p. IV.

16. O artigo de Asúa foi publicado na *Monatschrift fuer Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1927, p. 277 e reproduzido no livro *El nuevo Derecho Penal*, Madri, 1929, p. 213 (cf. Costa e Silva, ob. e loc., cits.).

13. Hélio Silva, "A Apoteose Final", em 1934 - A Constituinte, ed. Civilização Brasileira, RJ, 1969, p. 564.

14. O texto foi publicado pela primeira vez, com a respectiva Exposição de Motivos, nas *Pandectas Brasileiras*, de Espínola, 1927, vol.

trabalho, fruto de acurados estudos de técnicos do direito e das ciências penais".¹⁷

Afastando-se do critério tradicional adotado pela Escola Clássica, o projeto examina a ofensa causada à sociedade não somente em função da gravidade do crime, mas também pela temibilidade do agente segundo suas condições físico-psíquicas. A classificação dos delinquentes acompanhou algumas indicações do projeto Ferri (1921) e do *Codice Rocco* (1930).

Adotando o sistema dualista (penas e medidas de segurança), o projeto se louvou em modelos contemporâneos como os códigos suíço, italiano e austríaco, que consideram a pena como reação à culpa do agente e a medida de segurança como providência destinada a prevenir ilícitos futuros, no interesse da ordem e da segurança social.

Relativamente à parte das penas, o projeto as dividiu em principais e acessórias. As sanções privativas de liberdade consistiam na *prisão* (mínimo de um ano e máximo de trinta anos) e na *detenção* (mínimo de oito dias e máximo de três anos). A *multa* era a sanção pecuniária enquanto o *exílio local* e a *relegação*¹⁸ seriam as providências que

visavam afastar o delinquentes do meio social onde a infração produzia seus efeitos nocivos.

As penas acessórias constituíam na interdição de direitos, na publicação da sentença, no confisco dos instrumentos do crime e de seus proventos e na expulsão de estrangeiros.

Além da humanização no processo de execução, o projeto indicava medidas alternativas, visando reduzir as hipóteses de penas curtas de prisão. A multa, o perdão judicial, o *sursis* e a *custódia doméstica* (chamada prisão domiciliar) eram as principais medidas de substituição. O projeto insistiu em manter categorias das penas curtas, apoiando-se em parte da doutrina internacional que entendia desaconselhável a absoluta eliminação.

O projeto Sá Pereira, em forma de substitutivo apresentado pela Comissão Revisora, foi aprovado pela Câmara dos Deputados logo em primeira discussão, reservadas as emendas modificativas para oportunidade posterior. E assim ele chegou ao Senado, em 1937.

O ESTADO NOVO (1937-1945)

8. O golpe de Estado

Em carta dirigida ao Presidente Getúlio Vargas em 22 de julho de 1936, o chanceler Osvaldo Aranha manifestava as preocupações com a repercussão, no

para os primários, e em qualquer quantidade para os reincidentes ou habituais. Se da natureza do crime, das condições em que foi cometido e da personalidade do agente o juiz se convencesse de ser o réu perigoso, imporia, além da privação de liberdade, a relegação condicional. Se o infrator se revelasse refratário à influência da pena, a relegação se aplicaria. Se demonstrasse readaptabilidade ao meio social, seria reintegrado sob a proteção de algum patronato.

17. Os professores do Recife examinaram o Projeto já revisto pela Comissão integrada pelo autor Sá Pereira e pelos criminalistas Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira. O relator da comissão de estudos do Recife foi o professor J. Aureliano Correia de Araújo (*O projecto do Código Criminal do Brasil*, Recife, 1937).

18. A *relegação* foi proposta como espécie de pena indeterminada para substituir as penas de morte e de prisão perpétua. Segundo a Exposição de Motivos de Sá Pereira, a medida, de caráter relativamente indeterminado, não se aplicava aos delitos políticos (*Projecto de Código Penal Brasileiro*, RJ, 1930, p. 105). A natureza condicional da relegação dependia do comportamento do delinquentes após cumprida a pena de prisão por mais de cinco anos,

estrangeiro, da repressão que se fazia no Brasil às atividades políticas e ideológicas como resposta à intentona comunista de 1935.

Com pessimismo, Aranha reconheceu que “o mundo caminha para os extremos, seja o da esquerda, seja o da direita. Não há mais lugar para o meio-termo. A alavanca universal apóia-se, hoje, na Rússia e deslocará o mundo para a esquerda ou nos atirárá num abismo de guerra e lutas sociais”.¹⁹ Na histórica correspondência, o autor da carta, com uma grande autoridade perante o Governo, denuncia a intolerância ideológica quando o Exército e a Marinha interferiam no debate de idéias entre civis. E verberou o disparate consistente em possíveis e futuras revoluções *religiosas* ou *científicas* nas Forças Armadas atirando-se a responsabilidade sempre aos civis, aos sábios, aos padres, às freiras, aos pintores e até aos poetas. O obscurantismo chegara ao seu clímax quando o Ministro de Guerra teria escrito ao Presidente da República pondo em pé de igualdade, em matéria política, um deputado, um cidadão e um soldado!

Enfaticamente, advertiu Osvaldo Aranha: “O nosso problema é pôr ordem nas classes armadas e deixar ao livre jogo das idéias a evolução política de nosso país.”²⁰

Porém, os acontecimentos políticos, econômicos e sociais se encaminhavam para um confronto de forças com predomínio absoluto para a extrema direita. Em 10 de novembro de 1937 é instituído o Estado Novo e outorgada uma Constituição. O Parlamento é dissolvido e fechado o Congresso Nacional.

19. *Arquivo de Getúlio Vargas*, vol. XXIII, doc. 31, cit. por Hélio Silva, 1937 - *Todos os Golpes se parecem*, ed. Civilização Brasileira, RJ, 1970, ps. 188-189.

20. Em Hélio Silva, ob. cit., p. 189.

No preâmbulo da Carta Política de 1937 se declarou a existência de um “estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente”. Afirmou-se que sob as instituições anteriores não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo.

Relativamente aos textos penais, a nova lei fundamental instituiu a pena de morte para além das hipóteses previstas na legislação militar para o tempo de guerra, a fim de alcançar as infrações políticas e também o homicídio de natureza comum quando praticado por motivo fútil e com extremos de perversidade (art. 122, § 13, f). Não se declarou a garantia da personalidade da pena e se estabeleceu que o uso dos direitos e garantias previstas na Constituição era limitado ao bem público, às necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como às exigências da segurança da nação e do Estado (art. 123). Criou-se um tribunal especial para julgamento dos crimes políticos e contra a economia popular.

As profundas alterações introduzidas na vida nacional coincidiam com o progresso da doutrina totalitária do nazifacismo que se irradiava da Alemanha e da Itália para o continente latino-americano e mais particularmente para a América do Sul.

A pureza do método adotado pela escola Clássica no estudo do crime, do criminoso e das reações penais foi enaltecida pelos neoclássicos desde as primeiras décadas deste século. Para combater o afluxo de doutrinas e os “males” que acarretariam ao sistema, surgiu da Itália a grande reação marcada historicamente pela conferência de Arturo Rocco na Real Universidade de Sassari

em 15 de janeiro de 1910.²¹ Como foi reconhecido com muita propriedade por penalistas brasileiros,²² a mensagem de Rocco se tornou “a cartilha dos neoclássicos em geral e sob a sua bandeira se arremimentou a referida escola”.

A posição defendida por Rocco implicava admitir a origem privatística do *método jurídico* e concluir que o âmbito de conhecimento do direito penal se limita a três ordens de procedimentos: a) uma indagação exegética; b) uma indagação dogmático-sistemática; c) uma indagação crítica.

Frente a tais premissas, o trabalho intelectual do penalista se reduz a interpretar o texto, a ordenar a matéria numa forma sistêmica, a extrair os dogmas e a propor as reformas se a lei for deficiente. Mas todas estas atividades deveriam efetuar-se no quadro próprio do direito penal vigente e sobre a base de seus princípios e do seu sistema e não, subjetivamente, por influxo da filosofia e da política criminal.

No mesmo sentido, Manzini revelou-se um tecnicista radical proclamando a “inutilità giuridica delle indagini filosofiche”.²³

Dramatizando com tintas lúgubres o panorama do direito penal de seu tempo, Rocco insurgia-se também contra o direito natural diante da premissa de que

o direito positivo era a única fonte do direito penal. Igualmente a antropologia era considerada como disciplina de ilícita intrusão, ou, conforme suas palavras, “come una distruttrice del diritto penale”.²⁴

9. O Anteprojeto Alcântara Machado

Com a deflagração do golpe de Estado de 1937, o novo ministro da Justiça, Francisco Campos, designou o professor Alcântara Machado para estudar a mudança da legislação penal.

Em 15 de maio de 1938 estava pronto um anteprojeto do Código Criminal Brasileiro, contendo 132 artigos. No dia 11 de agosto daquele mesmo ano foi dado à estampa o trabalho que se completou com a Parte Especial. O anteprojeto continha, nas duas partes, um total de 390 artigos.

Embora manifestando sua opinião pessoal desfavorável à pena de morte, “contra a qual se levantavam objeções da maior gravidade e transcendência”,²⁵ Alcântara Machado deixou a solução do problema ao critério do Governo se este quisesse executar o dispositivo constitucional permitindo a aplicação da sanção capital em relação aos crimes políticos e de homicídio qualificado. E, assim, acompanhou o exemplo dos penalistas Jorge Cohl e Eusebio Gomez, autores do projeto argentino, redigindo somente na Parte Geral alguns artigos correspondentes (casos de não aplicação ou de não execução da pena de morte; a instituição do recurso *ex officio* da decisão que a aplicasse e a forma de execução - arts. 27 a 29).

As demais penas previstas eram: a) *reclusão*, de um ano no grau mínimo e

21. A primeira conferência sobre o tema foi pronunciada em 6 de dezembro de 1902 na Universidade de Ferrara, sob o título: *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, divulgada em *Opere giuridiche*, Roma, 1933, vol. III, p. 111. Posteriormente e com o mesmo título foi feita a preleção na Real Universidade de Sassari. Entre as versões em espanhol, pode-se mencionar a procedida por Rodrigo Vallejo, *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Bogotá, 1978.

22. Entre outros, Oscar Stevenson, *O Método Jurídico na Ciência de Direito Penal*, RJ, 1943, p. 8.

23. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, ed. UTET, Turim, 1961, vol. I, p. 7 e s.

24. Altavilla, “Arturo Rocco Scrittore e Legislatore nel Giudizio di un Positivista”, artigo divulgado na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, p. 6.

25. Exposição de Motivos, n.º 7, *Projeto do Código Criminal Brasileiro*, E.G. RT, SP, 1938, p. 25.

trinta anos no máximo; b) *detenção*, de seis dias no mínimo e três anos no máximo; c) *segregação*,²⁶ por igual tempo, das penas privativas de liberdade; d) *multa* (arts. 30 a 42).

Relativamente às penas privativas de liberdade, o anteprojeto se desviou do projeto Sá Pereira, que, ao discipliná-las, estabelecia regras de execução, "o que se nos afigura matéria do código penitenciário. Indicam-se atributos que caracterizam a reclusão e a detenção, e nada mais".²⁷

Também neste passo o anteprojeto acompanhou o *Codice Rocco* - que lhe serviu de permanente fonte - e a tendência geral dos novos códigos surgidos com as reformas das primeiras décadas do século XX. Sustentava-se a existência de uma *autonomia* entre os momentos de aplicação e de execução da pena.²⁸

A suposição de que os problemas inerentes à correta execução das penas privativas de liberdade poderiam ser atendidos por um *direito administrativo de execução* gerou a tese da "autonomia" desse ramo jurídico.²⁹

26. A *segregação* era uma medida substitutiva aplicável aos maiores e 18 e menores de 21 anos, aos silvícolas "incompletamente adaptados", aos portadores de grave anomalia psíquica e aos surdos-mudos "incompletamente educados". A *segregação* se executava em seções especiais de instituto de trabalho obrigatório e da casa de custódia e tratamento (art. 32).

27. Cf. a Exposição de Motivos, n.º 7, ob. cit., p. 25.

28. Saltelli e Di Falco: "Il codice se occupa del problema dell'esecuzione amministrativa delle pene, mediante alcune norme fondamentali che devono in un codice essere prevedute per dare delle sicure direttive dell'organizzazione del diritto penitenziario e dell'amministrazione carceraria" (*Commento Teorico Prático del Nuovo Codice Penale*, Turim, 1931, vol. I, t. II, p. 658).

29. Novelli, "L'Autonomia del Diritto Penitenziario", em *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1933, p. 7.

Seguindo outros modelos legislativos além do Código italiano de 1930, o anteprojeto adotou o sistema dualista (penas e medidas de segurança) frente ao entendimento segundo o qual a pena é uma reação contra fatos singulares, avaliados sob o aspecto ético-jurídico segundo a expressão da culpa, enquanto a medida de segurança "consiste numa decisão administrativa, que serve tão-somente para defender a sociedade contra o perigo representado por certas pessoas, em razão de suas condições subjetivas".³⁰

Como efeitos da condenação se previam o registro da sentença, o confisco, a publicação da sentença e a inabilitação (arts. 54 a 65).

No mês de abril de 1940 surgiu uma terceira edição do projeto Alcântara Machado. Uma nova redação foi adotada e reformas foram introduzidas em consequência de opiniões de penalistas, entre eles da Costa e Silva.

10. O Código Penal de 1940

O exame do anteprojeto Alcântara Machado foi deferido a uma Comissão integrada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Nacelino de Queiroz e Roberto Lyra, tendo as colaborações de da Costa e Silva e Abgar Renault, este na redação final do projeto.

Os trabalhos de revisão tiveram a duração de dois anos mas não contaram com a intervenção de Alcântara Machado, justamente o autor do projeto, que em artigo sob o título "*Para a História da Reforma Penal Brasileira*" afirmou que só teve conhecimento do projeto da Comissão depois de concluído, por cópia datilografada que lhe enviara o Ministro da Justiça, "desde que efetuara ela suas reuniões a portas e janelas cerradas,

30. Exposição de Motivos, n.º 7, ob. cit., p. 24.

como se o trabalho tendesse, não à repressão, mas à prática de crime".³¹

Na contundente crítica ao trabalho da Comissão Revisora, Alcântara Machado analisa as incorreções de linguagem, a linha política da revisão em face do novo regime, a desumanização do texto primitivo, etc.

Em conferência pronunciada no ano de 1954, Nélson Hungria procurou negar a denúncia, afirmando que "a cada passo, no texto do Projeto convertido no Código, depara-se a marca, o *signal de unha* do emérito e saudoso professor paulista (...). Já disse e repito que é de toda verdadeira a comparação no sentido de que o Projeto Alcântara Machado está para o atual Código Penal como o Projeto Clóvis Beviláqua está para o Código Civil".³²

O Código Penal foi publicado em 31 de dezembro de 1940 (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940) quando o Congresso Nacional ainda continuava fechado.

A propósito da ideologia do novo diploma, é notória a adesão aos postulados do movimento técnico-jurídico. Manoel Pedro Pimentel, também professor da Faculdade de Direito de São Paulo, salienta que os anteprojetos que modelariam o Código Penal de 1940 foram marcados pelas linhas do tecnicismo jurídico ou pelos postulados do neo-positivismo jurídico, o qual não guardava mais qualquer semelhança com o positivismo naturalista.³³

O desprestígio da criminologia decorreria do antagonismo que lhe passaram a dedicar ilustres penalistas da geração

dos anos 30. O fenômeno, porém, estaria ocorrendo também fora do Brasil, conforme a observação de Roque de Brito Alves: "No mencionado período, a criminologia, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, voltou-se, decisivamente, para os laboratórios, penitenciárias, centros médicos psiquiátricos, afastando-se das elocubrações dos gabinetes ou das polêmicas dos congressos".³⁴

Aludindo também à *oposição funesta* que se mantinha entre a criminologia e o direito penal, Maurach analisou a reformulação do sistema penal da Alemanha (projeto de 1960) destacando a importância e a necessidade das investigações criminológicas.³⁵

Com a autoridade de ter sido o principal redator do Código Penal de 1940, Nélson Hungria declarou em várias oportunidades a marginalização da criminologia "em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas ciências criminológicas".³⁶

Em vários trechos do Código Penal se percebe o hermetismo em que se radica, opondo-se fortemente às contribuições da criminologia e da vitimologia e outras disciplinas. No tratamento das causas de exclusão de culpabilidade existem marcantes exemplos desta orientação que conduz à responsabilidade objetiva (doença mental, distúrbio de consciência, embriaguez, paixão, emoção, erro etc.).

Durante todo o tempo de fastígio das idéias fundantes do diploma brasileiro de

34. *Estudos de Criminologia*, Recife, 1956, p. 20.

35. "Os Caminhos do Direito Penal Alemão ao Projeto de 1960", artigo publicado nos *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria*, ed. Forense, RJ, 1962, ps. 97-98, trad. de Heleno Fragoso.

36. "Introdução à Ciência Penal", em *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio de Janeiro, 1945, p. 15. No mesmo rumo a conferência "O Código Penal e as Novas Teorias Criminológicas", em *Novas Questões*, cit., p. 49 e s.

31. O artigo foi divulgado na revista *Di-reito*, Rio de Janeiro, vol. VIII, p. 9 e seg., e parcialmente reproduzido por Galdino Siqueira, ob. cit., ps. 81-82, nota n.º 53.

32. "A autoria intelectual do Código Penal de 1940", em *Comentários ao Código Penal*, ed. Forense, RJ, 1958, vol. I, t. I, ps. 209-210.

33. Ob. cit., p. 41.

1940, a criminologia “caiu em desgraça” na órbita jurídica. Como foi muito bem lembrado, a referida matéria “homiziu-se nas Faculdades de Medicina, nos laboratórios, nos manicômios, nas penitenciárias, usando muito raramente e com muita cautela o seu nome de batismo como ciência, preferindo aparecer de quando em quando, discretamente, nas aulas de medicina legal ou nos pretórios, para auxiliar no esclarecimento de alguns casos de homicídio”.³⁷

O radicalismo do legislador de 1940 não encontrou nem mesmo aquela “possibilità di un punto d'incontro” a que alude Nuvolone quando se refere às “direttrici convergenti: da un lato, impostare criticamente, e quindi senza preconcetti, il problema delle ‘costanti’ criminologiche; dall’altro riconoscere che la scienza del diritto penale non è, se non subordinatamente, esegesi e dogmatica della legge positiva, ma è anzitutto scienza di costruzione delle norme e, como tale, deve fare necessario riferimento al mondo della natura”.³⁸

Até o final dos anos 70, as ciências auxiliares do direito penal sofreram a marginalização total que as afastou dos *currículos* dos cursos jurídicos. Criminologia, vitimologia, política criminal, antropologia, sociologia, psicologia, penologia, e demais ciências do Homem, não tiveram ingresso nas especulações abstratas de um método asfixiado pelo dogmatismo dos *conceitos puros* e pela alienação da realidade humana e social que é, ao mesmo tempo, a vida e a arte das ciências penais.

11. O elenco geral das penas

A reclusão (cominada no máximo em trinta anos) e a detenção (cominada no

máximo em três anos) constituíam as espécies da pena privativa de liberdade instituídas pelo Código Penal de 1940, reservada a prisão simples para a Lei das Contravenções Penais (Decretos-leis 2.848, de 7.12.1940, e 3.688, de 3.10.1941). A multa completava o elenco das sanções *principais* (arts. 28 e 6.º). As penas *accessórias* previstas no Código Penal eram: a) perda de função pública; b) interdições de direitos; c) publicação da sentença, enquanto que para as contravenções as penas *accessórias* são: a) publicação da sentença; b) interdições de direitos (arts. 67 e 12).

O exame dos textos legislativos de natureza complementar revelava que a perda da liberdade física era a sanção *par excellence*, um verdadeiro monocórdio a interpretar a sinfonia do bem e do mal. Mais de 170 hipóteses de ilícitos descritos no Código Penal eram punidas com a detenção, enquanto que em mais de 130 casos se aplicava a reclusão. Não havia alternativas dentro ou fora da pena de prisão e apenas em casos raros a multa poderia substituir a privação da liberdade.

Muito embora no texto do Código se procurasse estabelecer diferença no processo de execução entre a reclusão e a detenção (arts. 29 a 31), na verdade não se cumpriam as regras para um tratamento diferenciado. Em consequência de tal fenômeno, cresceram as adesões à chamada *pena unitária* sob a denominação exclusiva de *prisão*.

A importante matéria referente ao cumprimento das penas de prisão, especialmente quanto à legalidade, humanidade, personalidade e outros princípios relevantes, foi descurada pelo legislador de 1940, com sacrifício da perspectiva de ressocialização do delinquente e do processo de integração que ele deve manter com a sociedade.

Com muita propriedade, Calviess demonstra que tanto o direito penal quanto o direito positivo em geral constituem

37. Manoel Pedro Pimentel, ob. cit., p. 42.

38. “Diritto Penale e Criminologia”, em *Trent'anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, 1969, vol. I, ps. 240-241.

a estrutura dialogal de sistemas sociais e, por via de consequência, a pena deve ser concebida como um *processo de diálogo*.³⁹

12. O elenco geral das medidas de segurança

Na abertura de seus iluminados *Comentários* ao Título reservado às medidas de segurança (Tit. VI, Caps. I e II), Néelson Hungria salienta: "Ajustando-se à moderna política criminal, o nosso Código coloca ao lado da *pena*, como seu substitutivo ou complemento, a *medida de segurança*. Se a pena é essencialmente *repressiva* (devendo ser aplicada e sentida, primacialmente, como *castigo* ou *expição*), a medida de segurança é essencialmente *preventiva* (segregação hospitalar, assistência, tratamento, custódia, reeducação e vigilância). A pena continua tendo como fundamento a *culpabilidade* (que pressupõe a responsabilidade psíquica ou capacidade de direito penal), enquanto a medida de segurança assenta, exclusivamente, na *periculosidade* (estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de anti-sociabilidade), que, em princípio, nada tem a ver com a culpabilidade (ou com a sua pré-condição de capacidade jurídico-penal).⁴⁰

Segundo o art. 88 do Código Penal de 1940, em sua redação original, as medidas de segurança dividiam-se em *patrimoniais* e *pessoais*. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco eram medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividiam-se em detentivas e não detentivas (art. 88). As medidas detentivas eram: *a*) internação em manicômio judiciário; *b*) internação em casa de custódia

e tratamento; *c*) a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. As medidas não detentivas eram: *a*) a liberdade vigiada; *b*) a proibição de frequentar determinados lugares; *c*) o exílio local (art. 88, §§ 1.º e 2.º).

A distribuição legal dos *tipos de autor* e das medidas correspondentes, era complicada, como se poderá verificar. Assim: *a*) o inimputável, nos termos do art. 22 (atual art. 26), deveria ser internado em *manicômio judiciário*; *b*) o semi-imputável (parág. ún. do art. 22, que corresponde hoje ao parág. ún. do art. 26) deveria ser internado em *casa de custódia e tratamento*, obedecidos alguns requisitos, como a quantidade da pena e o estado de embriaguez na prática do fato, se habitual a embriaguez; *c*) o condenado por crime doloso, se fosse reincidente; o condenado à reclusão por mais de cinco anos e o condenado à pena privativa de liberdade, se o crime se relacionasse com a ociosidade, a vadiagem e a prostituição, deveriam ser confinados em *colônia agrícola* ou *instituto de trabalho*, de *reeducação* ou de *ensino profissional*, por períodos mínimos de dois anos, quanto ao primeiro, e um ano, os demais (arts. 91 a 93).

O sistema legal vigente adotava o critério chamado *duplo binário*, consistente na imposição sucessiva de pena e mais a medida de segurança para o condenado presumidamente perigoso.

Em outra oportunidade salientei que a classificação das medidas de segurança, adotada pelo Código Penal de 1940, em sua versão primitiva, jamais foi comprovadamente apropriada e não revelou, ao longo da vigência do diploma, bons resultados práticos, apesar da minuciosa especificação legal.⁴¹

41. "Penas e medidas de segurança no anteprojeto de Código Penal", em *Revista Forense*, vol. 280, p. 60.

39. Cit. por Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1975, p. 86.

40. *Comentários*, cit., 1959, vol. III, ps. 9 e 10 (Grifos do original).