

REVISTA BRASILEIRA DE ^{Dupl.} ciências criminais

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 3 - n. 9 - janeiro-março - 1995

9

REVISTA
DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS



REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Composição no biênio 95/96 — **Presidente:** Alberto Zacharias Toron; **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 Noguez Moyano; **1.º Vice-Presidente:** Luiz Carlos Betanho; **2.º Vice-Presidente:** Sérgio Salomão Shecaira

Trimestral — ANO 3, número 9, JAN-MAR/95

Diretor: Carlos Vico Mañas.

Conselho diretivo: Adauto Alonso Silvinho 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; Luciana Ferreira Leite Pinto; Márcio Bártoli; Maurício Zanoide de Moraes; Maurides de Melo Ribeiro; Messias José Lourenço; Ranulfo de Melo Freire; Roberto Delmanto Júnior; Roberto Maurício Genofre; Rui Stoco; Sérgio Mazina Martins; Sérgio Salomão Shecaira; Tatiana Viggiani Bicudo.

Secretário Geral: Messias José Lourenço.

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

Diretoria Adjunta: Alvaro Busana, Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria de Mello de Almeida, Ana Lúcia Sabatel, Berenice Maria Gianella, Carlos Mário Veloso Filho, David Teixeira de Azevedo, Dirceu Aguiar Dias Cintra Jr., Edson Torihara, Eliana Passarelli, Helena Rosa Rodrigues Costa, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Reynaldo de Almeida, José Silva Junior, Laís Helena Domingues de Castro Pachy, Luciana Ferreira Leite Pinto, Lúfza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Fernando de Barros Vidal, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Márcio Orlando Bartoli, Marcos Alexander, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Filho, Messias José Lourenço, Odone Sanguiné, Oswaldo Henrique Duek Marques, Pedro Ricardo Gagliardi, Ranulfo Melo Freire, Roberto Barioni, Roberto Delmanto Junior, Roberto Maurício Genofre, Rodrigo Cesar Rebello Pinho, Sergio de Oliveira Medici, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto.

Colaboradores permanentes

Nacionais — Ada Pellegrini Grinover, Adauto Alonso Silvinho Suannes, Adriano Marrey, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Arelas Buihães, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Damasio Evangelista de Jesus, Dante Busana, Dirceu de Mello, Dirceu Rocha Lima, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio Cruz Sampaio, Ester Kosowsky, Evandro Lins e Silva, Evaristo de Moraes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco 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 Fabbri Mirabete, Leonardo Isaac Yarochevsky, Licinio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luis Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Mauricio Kuehne, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, Paulo José da Costa Junior, 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 Gímez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramírez, Luiz Fernando Niño, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, Ma. Paz Arenas Rodríguez, Milton Cairoli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli.

Entidade Colaboradora: Instituto Manoel Pedro Pimentel.

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

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 — **Impressão:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 070220-20 — Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

O nono volume da publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais é entregue ao público tendo como ponto de partida instigante entrevista concedida por Eugenio Raúl Zaffaroni onde estão abordadas, com a eloquência e profundidade características do mestre argentino, problemas do contemporâneo direito penal e os dilemas que vêm colocando em xeque as bases tradicionais da dogmática penal.

No campo internacional as contribuições da eminente professora polonesa Barbara Kunicka-Michalska, sobre os aspectos penais da dívida externa latino-americana, fruto de palestra proferida por iniciativa do IBCCrim durante o XV Congresso Internacional de Direito Penal (Rio de Janeiro, setembro, 1995), terá certamente o condão de instigar o leitor a se aventurar em uma nova face da delicada questão da dívida do terceiro mundo, numa abordagem praticamente inédita.

O direito espanhol foi particularmente privilegiado neste número com as participações de Joan J. Queralt e Marino Barbero Santos, o primeiro tratando o tema do delito ecológico em seu tratamento atual e as perspectivas de reforma, e o segundo abordando o sempre tormentoso tema das medidas de segurança.

A doutrina nacional apresenta a participação da consagrada Prof.^a Ada Pellegrini Grinover que adianta ao cenário jurídico pátrio o relatório mundial sobre o tema que lhe coube nos trabalhos do Congresso Internacional de Direito Processual, a ser realizado em Taormina, Itália, setembro de 1995.

O momentoso tema da imunidade dos advogados em face do novo Estatuto da OAB foi enfrentado por Aduino Suannes e Fábio Medina Osório, abrindo espaço a Revista para as intervenções de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior (execução penal jurisdicionalizada), João Marcello de Araújo Junior (disciplina penal da empresa no projeto da nova parte especial do Código Penal), Maria Lúcia Karam (sistema penal e direitos da mulher) e do Min. Marco Aurélio (STF) sobre a competência da Corte Suprema em casos de *habeas corpus*. Texto de Evaristo de Moraes Filho acerca da missão do advogado criminal merece atenção diferenciada pelo estilo literário desenvolvido pelo autor.

As compilações e sistematizações de jurisprudência foram fruto das contribuições de Roberto Delmanto Junior, Fábio Delmanto e Rui Stoco, e as resenhas de Tatiana Bicudo e Sérgio Shecaira ocuparam-se das obras de Guaracy Mingardi e Luiz Flávio Gomes.

Assim a revista cumpre mais uma etapa de sua existência e corrobora o compromisso de levar ao leitor uma obra engajada com as modernas e democratizantes tendências das ciências criminais, ofertando material de qualidade diferenciada no mercado interno e internacional.

SUMÁRIO

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

1. ENTREVISTA

— EUGENIO RAÚL ZAFFARONI	7
--------------------------------	---

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

Aspectos penales de la deuda externa latinoamericana — BARBARA KUNICKA-MICHALSKA	12
El delito ecológico en España: Situación actual y perspectivas de reforma — JOAN J. QUERALT	19
As medidas de segurança na legislação espanhola — MARINO BARBERO SANTOS	33

3. DOUTRINA NACIONAL

Processo penal transnacional: Linhas evolutivas e garantias processuais — ADA PELLEGRINI GRINOVER	40
Os limites da imunidade penal dos advogados — ADAUTO SUANNES ..	84
A imunidade penal do advogado na Lei 8.906, de 4.7.94 — Estatuto da OAB — FÁBIO MEDINA OSÓRIO	93
Advogado Criminal, esse desconhecido — ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO	104
A jurisdicionalização do processo de execução penal — O contraditório e a ampla defesa — DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JR.	115
Controle e reação social em relação à empresa no novo projeto de nova parte especial do Código Penal brasileiro — JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JUNIOR	133
O <i>Habeas Corpus</i> e a competência originária do STF — MARCO AURÉLIO DE MELLO	140
Sistema penal e direitos da mulher — MARIA LÚCIA KARAM	147

4. PARECERES

Interpretação da Norma e a Segurança Jurídica — Lei 7.496, de 16.6.86 — RENÉ ARIEL DOTTI	164
--	-----

5. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

A perturbação dos sentidos e da inteligência — RENÉ ARIEL DOTTI	180
--	-----

6. JURISPRUDÊNCIA

6.1 Jurisprudência Comentada

Prisão temporária — DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR	186
A garantia da dignidade e da liberdade — MARIA LÚCIA KARAM	188

6.2 Jurisprudência Recente

ACÓRDÃOS RECENTES

Apelação em liberdade e fiança — TACrimSP — HC 265.372/2 — 10. ^a C. — J. 19.10.94 — Rel. Sérgio Pitombo	193
Apelação em liberdade e Lei dos crimes hediondos — STJ — RHC 3.356-8- PA — 6. ^a T. — J. 11.4.94 — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro ..	196
Falso testemunho e extinção do processo principal — STJ — REsp. 20.822-5 — 6. ^a T. — J. 8.6.93 — Rel. Min. Adhemar Maciel	197
Crime instantâneo de efeitos permanentes e prescrição — TJSP — Ap. 135.269- 3/8 — 5. ^a T. — j. 10.11.94 — Rel. Des. Dante Busana	200

6.3 Ementário de jurisprudência — ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO	201
--	-----

6.4 Jurisprudência Organizada

Estatuto da Criança e do Adolescente — Atualização — ALBERTO SILVA FRANCO e SEBASTIÃO OSCAR FELTRIN	224
--	-----

7. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES

Infrações praticadas pelos vereadores e a imunidade parlamentar — RUI STOCO	276
--	-----

8. LEGISLAÇÃO

— Projeto de criação dos Juizados Especiais Criminais — LUIZ FLÁVIO GOMES	279
— Reforma do Código de Processo Penal — Exposição de motivos	290

9. RESENHAS

“Tiras, gansos e trutas — Cotidiano e reforma na polícia civil”, <i>Guracy Mingardi</i> — TATIANA VIGGIANI BICUDO	291
Direito de Apelar em Liberdade, <i>Luiz Flávio Gomes</i> — SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA	292

10. RESUMOS	294
-------------------	-----

MFN-0225

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Ele passou a vida estudando crimes e castigos e garante: os códigos penais na América Latina não passam de uma grande hipocrisia. O desembargador argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, 52, anos que presidiu nos últimos dois o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção ao Crime, na Costa Rica, simplesmente não acredita nos sistemas penais em vigor no continente. Acha-os falidos e propõe a redução imediata do número de penas e das leis que tratam do crime. Além disso, prega que criminosos de pequeno porte sejam postos na rua e desanca sobre os juízes, os políticos e as polícias. Essas idéias lhe valeram inimigos mortais entre os burocratas ligados à área de segurança pública, mas também conquistaram admiradores de peso. Zaffaroni alista entre seus fãs advogados brasileiros do porte do ex-presidente da OAB Márcio Thomaz Bastos, e do jurista Miguel Reale Júnior. Como eles comprovam, esse autor de dez livros, a maioria polêmica, de fala mansa e vocabulário afiado, vem encontrando ouvidos atentos em todo o continente. Nos dias 30 de setembro e 1.º de outubro de 1994, ele veio a São Paulo a convite do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCrim, palestrar para juízes e desembargadores, quando chamou de fantasiosas penas para crimes que considera sem solução, como o aborto, e destacou a desatenção dos sistemas penais com outros crimes que reputa muito mais graves, como as infrações no trânsito. Na sede do IBCCrim, fumando cigarro *light Capri*, Zaffaroni deu a seguinte entrevista ao Jornalista Fábio Sanchez, da Revista Veja.

— *Por que o senhor quer reduzir o número de leis que regulam os crimes?*

Zaffaroni — Eu não acredito no efeito dos códigos penais. Eles têm capacidade limitada e utilidade duvidosa. O poder político, quando tem problemas sociais graves que não consegue resolver, como o tráfico de entorpecentes, a miséria, a violência urbana, a Aids, faz o mais barato, que é criar um sonho de que isso vai ser resolvido por meio de uma lei penal. Infelizmente, a lei penal jamais resolveu nada.

— *Mas alguém ou alguma coisa tem que dizer o que é crime e o que não é?*

Zaffaroni — Sim, mas o poder punitivo é algo muito diferente do que o código penal fala. Não são os juízes que vão para a rua e determinam quem vai ser penalizado. O poder punitivo é exercido por meio das agências executivas. São as polícias que escolhem os infelizes que vão para a cadeia e essa escolha, no mundo inteiro, é limitada a um pequeno número de pessoas, que estão mais perto e são vulneráveis. São policiais pobres e mal pagos prendendo cidadãos pobres e mal pagos. Só excepcionalmente veremos um hóspede de luxo atrás das grades. Se pensar bem, todos nós cometemos rotineiramente infrações penais, mas só vai para cadeia quem pertence a um certo estereótipo. Isso é fruto dos preconceitos racistas e classistas da nossa cultura. Nós às vezes não vemos pela rua alguém que tem cara de prontuário, de quem vai para a cadeia cedo ou tarde? Pois é. Mas é um erro criminalizar

peessoas pela aparência. Corruptos, seqüestradores e terrorista bonitos fazem coisas muito piores que assaltantes feios e não vão presos.

— *Não é bem assim. No Brasil um presidente perdeu o mandato por causa da lei, e seu tesoureiro está sendo procurado pela polícia.*

Zaffaroni — A eficácia da lei nesse caso foi muito relativa. É como julgamento dos militares na Argentina. Foi bom que eles fossem julgados, mas ninguém vai deixar de cometer outro genocídio na Argentina por causa daquela punição que eles tiveram. Eles mereciam muito mais.

— *Mas na Itália, com a Operação Mãos Limpas, a lei funcionou. Mais de mil empresários e políticos foram para a cadeia.*

Zaffaroni — O que aconteceu na Itália foi um caso excepcional. Alguém poderoso se tornou vulnerável, vitimado pela luta pelo poder. A Itália tem mais de quarenta anos de corrupção, sempre com o mesmo partido no poder. Mas agora uma nova geração quis tomar conta. Acontece a ilusão de que uma elite foi enclausurada. Na verdade, ela só foi substituída por uma outra elite, que se tornou mais hegemônica na sociedade e na qual também há estelionatários. E agora é essa nova elite que está jogando a velha aos leões do código penal.

— *Quer dizer que não há solução?*

Zaffaroni — É preciso que haja uma redução imediata do código, para evitar pelo menos que se tente solucionar os problemas do mundo com as leis penais. Essas são soluções falsas. Por exemplo, esse discurso penalista ridículo que prega penas de 50 ou 60 anos de cadeia para certo tipo de crime, ou até mesmo a

pena de morte para que todos fiquem apavorados e não façam mais besteiras. Ora, a pena de morte é uma brincadeira dos políticos. Se ela for implantada no Brasil vai pegar uma, duas pessoas no máximo por ano. Mas quem faz política sabe que se propuser a pena de morte e disser que isso vai diminuir o número de assaltos, vai ter mais votos. Onde no mundo há um zoológico humano onde levamos um menino na mão e dizemos: olha, aquele velhinho que está comendo banana lá em cima da palmeira é quem matou o seu tio-bisavô na época do Washington Luís. Ora, isso é uma bobagem. Prisão perpétua e pena de morte só podem ser, repito, uma grande brincadeira de políticos.

— *Mas com essas penas o Estado isola os marginais e dá uma satisfação à sociedade.*

Zaffaroni — É um engano. Com esse tipo de pena o Estado dá uma ilusão, porque ele simplesmente tira a vítima do conflito. Quem cometeu o crime vai preso por vários anos e a vítima tem que se virar para reparar o erro que foi cometido. Isso é dar uma solução falsa para o conflito. Quando o criminoso volta à liberdade, a vítima pode já ter morrido e todo mundo já se esqueceu do que aconteceu.

— *O senhor é contra a pena privativa de liberdade?*

Zaffaroni — Acho que deve haver um limite para ela. Na prática ninguém fica na prisão mais de onze ou doze anos. Na frente de tudo há o código penal, que é severo e coisa e tal. Mas depois vem a lei de execução penal, que determina que um dia de trabalho vale três dias de prisão, que um dia de estudo vale dois dias de prisão e coisas do gênero, e aí vai reduzindo tudo. De cabeça só me lembro de uma pessoa que

está na cadeia há mais de onze anos, que é o Molina Tejero, aquele fascista folclórico que tentou dar um golpe no parlamento espanhol em 1981. De resto, são raríssimos os que chegam a vinte anos, pois o sistema penal não aguenta isso. Antes dos vinte anos há outra geração, outros juízes, todo o sistema penal fica inchado e não aguenta dar manutenção. O sistema penal brasileiro, por exemplo, tem 120 mil presos. Se analisarmos bem, no máximo uns 15.000 devem ser tarados ou psicopatas, seres em processo de deterioração avançada. Então deixemos só estes na cadeia e coloquemos os outros para produzir. O que mudaria na nossa rotina?

— *E o que deixaria uma vítima satisfeita?*

Zaffaroni — Acho que a solução efetiva para o conflito é fazer o homem trabalhar e passar o salário dele para a família da vítima. Até porque 90% dos que estão na cadeia, a grande maioria improdutivo, são ladrõezinhos, não são homicidas ou estupradores. Se alguém na rua quebra o vidro do meu carro, não adianta o Estado recolher o cara que fez isso com a promessa de um dia vai reintegrá-lo à sociedade, pois isso não vai resolver o meu problema. Eu vou querer ser ressarcido por comprar um vidro novo, ou pelo tempo que perdi indo até o seguro. Foi assim nos séculos doze e treze. Um germano quebrava a cabeça de outro e fugia correndo para a Igreja, para evitar vingança. Aí um germano mais velho batia na porta e dizia: eu tenho um parente com a cabeça rachada que ficou meio bobo e não pode mais trabalhar. Aí eles passavam alguns animais para o outro clã para compensar e evitar uma guerra, e a vida prosseguia. Eu acho que isso pode voltar a ser assim. Não digo que o código penal deva ser abolido imediatamente, mas deveríamos pensar numa maneira de fazê-lo aos poucos.

— *Onde estão os excessos?*

Zaffaroni — Quando escrevi uma coletânea de códigos penais latino-americanos verifiquei que há um número altíssimo de tipos penais. Geralmente mais de duzentos em cada país. Acho que esse número poderia ser reduzido a setenta. Vivemos hoje na América Latina um processo de desqualificação dos códigos penais, com a criação de leis especiais. Cada vez que surge uma nova lei sobre aluguéis, sobre zoneamento urbano, seja o que for, é incluído nessa lei três ou quatro tipos de pena. Isso é multiplicado infinitamente. Nem nós, que somos professores, entendemos todos os tipos de penas, porque há uma inflação penal incrível. Mas o pior vem depois, que é o descrédito da Justiça, já que ela é tão prolixa e não resolve “patavina”.

— *Onde o senhor passaria a faca?*

Zaffaroni — Eu tiraria de cara todos os problemas que podem ser resolvidos no âmbito da reparação e dos tratamentos terapêuticos, com soluções mais harmônicas.

— *Drogas, por exemplo?*

Zaffaroni — Drogas eu tiraria totalmente. O resultado da criminalização das drogas é arrasador. A toda hora se multiplicam os que são mortos em decorrência do tráfico. O que os Estados Unidos conseguem fazer com a DEA (Drug Enforcements Agency) é aumentar o valor da droga, e com isso privilegiar os que matam pelo tráfico. A cocaína tem um preço superartificial, inchado pela redução da sua oferta. Se a proibição cair, o preço despenca e o negócio também. É como aconteceu com o álcool nos anos vinte nos Estados Unidos. Proibiram o pessoal de beber e o resultado foi Máfia. Acho que todos os controles podem ser feitos, mas sem preconceitos e sem que isso resulte em assassinatos.

— *Então a lei promove o que deveria combater?*

Zaffaroni — Todo o sistema penal depende de quem o aplica. Nos Estados Unidos, por exemplo, há mais negros na cadeia que na África do Sul. Porque aquele é um país racista. Os governantes tentam controlar a sociedade como podem. Primeiro dizem que tudo o que é mau está atrás das grades, e que se houver um monte de cadeias todos podem passar a se sentir seguros andando pelas ruas, o que já é uma mentira. Depois dizem que, para aumentar essa segurança nas ruas, irão vigiar os próprios cidadãos, proibindo as pessoas de pisar na grama ali, de namorar acolá, e com isso vão mantendo um controle meio difuso sobre tudo e todos, para que nada deturpe a ideologia oficial.

— *O senhor está descrevendo uma situação típica das ditaduras. Hoje a situação já não é a mesma.*

Zaffaroni — Numa ditadura você não poderia publicar o que estou dizendo, isso é verdade. Mas o que acontece hoje é que a ideologia de segurança nacional das forças armadas está sendo transferida para as forças policiais, o que é muito problemático, porque as polícias têm uma capacidade de capilarização social muito maior. Elas chegam aos cantinhos dos bairros, onde os exércitos não chegavam, então podem manter um controle muito maior da sociedade do que mantinham os militares.

— *Mas não é o que se vê, por exemplo, no Rio de Janeiro. Lá, pelo contrário, estão pedindo a intervenção do Exército.*

Zaffaroni — Isso acontece por lá, sim. Acontece que a formação da realidade é diferente da época da ditadura. Hoje, por exemplo, os grandes noticiários da televisão mostram cadáveres e

os telespectadores ficam felizes porque sai sangue dos aparelhos de televisão. Isso não aconteceria antes porque numa ditadura o que vale é a aparência de ordem. O que eu digo com relação à transferência de ideologia dos exércitos para as polícias é que estas, para defender seus âmbitos de corrupção e seus salários, criam uma sensação de guerra, exatamente como acontecia quando a doutrina de segurança nacional inventava guerras entre o ocidente e o oriente. Só que hoje o suposto inimigo está dentro do país. A polícia mata os marginais, que são exibidos em programas de televisão como troféus de guerra, inimigos vencidos. Repare bem que a polícia nunca mata um marginal que não seja mostrado, a menos que tenha algum outro tipo de interesse obscuro. É algo muito parecido com a encenação que o Alberto Fujimori fez quando prendeu o Abimael Guzmán. Vestiu-o de listrado e mostrou-o numa gaiola. É um jogo de cena, como se ele dissesse: eu, um ditador, fiz o que o governo anterior não fez. É assim que as polícias encenam sua guerra. É só uma maneira de proteger seus redutos.

— *Que redutos são esses?*

Zaffaroni — As polícias, na maioria dos países latino-americanos, agem sem controle e no meio da corrupção. Se um policial ganha cem dólares por mês, ele não vai viver só disso. E o Estado sabe disso. Eu diria até que o Estado participa da exploração da prostituição em toda a América Latina, porque toda prostituta latino-americana paga comissões à polícia. É um absurdo. Os policiais teriam que ser bem pagos pelo Estado, e não pelas prostitutas. É aí em que corrupção se torna um problema sindical. A polícia estabelece vínculos com a atividade econômica marginal até por uma questão de sobrevivência.

— *Devemos ter medo das polícias?*

Zaffaroni — Essa situação toda seguramente leva a uma inversão de valores, e começa-se de fato a temer os policiais, o que causa um problema muito sério. Os países latino-americanos não percebem muito bem a revolução tecnológica pela qual o mundo está passando, e nós não vamos nos modernizar enquanto as instituições não adotarem um limite ético de respeito ao cidadão, sem essa diferença brutal que vivemos entre as classes. Não acredito que haja um cérebro maligno maquinando isso tudo, que um chefe de polícia pense consigo mesmo que está trabalhando para a classe dominante na luta contra o proletariado. Mas é inegável o fato de que a polícia é utilizada como um componente do jogo de poder que ajuda a manter esse sistema e que passa ao largo de tudo o que determinam as leis.

— *O judiciário colabora com isso?*

Zaffaroni — Em toda a América Latina, salvo o Brasil, predominam magistraturas empírico-primitivas, com nomeações políticas, que respondem ao jogo de poder. São magistraturas bonapartianas, verticalizadas como no modelo do Exército, com uma cúpula que governa e pronto.

— *E no Brasil?*

Zaffaroni — Aqui há o único modelo de judiciário latino-americano mais técnico e burocrático, com boas escolas de formação e concursos públicos. Apesar disso, internamente ainda não há a independência do juiz. Um juiz de primeiro grau tem que respeitar o que diz o Tribunal de Alçada, porque de outro jeito ele não será promovido. Isso é muito pernicioso, pois assim não vai se discutir a jurisprudência, não vai se inovar nem se debater nada. Até que um dia aquele pacato juiz de primeira instância chega à cúpula, mas aí já é tarde demais, já está muito domesticado.

— *Qual judiciário funciona bem?*

Zaffaroni — Acho que o modelo italiano é bom, com uma estrutura horizontalizada, em que cada juiz tem um voto nas decisões internas e não são nomeados por políticos. Lá, aliás, não há esse cinismo de juiz sem ideologia. Os juízes assumem sua simpatia por um ou outro partido, e são vigiados pelos próprios companheiros. Afinal, um cidadão sem ideologia é um oligofrênico, um débil mental. O que acontece entre nós latino-americanos é um excesso de escrúpulos nessa área. Os magistrados fazem questão de se dizerem imparciais e destituídos de ideologia. É uma bobagem.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ASPECTOS PENALES DE LA DEUDA EXTERNA LATINOAMERICANA

BARBARA KUNICKA-MICHALSKA

Professora e Doutora do Instituto de Ciencias Jurídicas
de la Academia de Ciencias de Polonia

1. Observaciones generales — 2. La deuda externa y el delito de usura.

1. Observaciones generales

El fenómeno de la crisis de la deuda, que se inició en América Latina a principios de los años ochenta, tuvo causas en su mayor parte independientes de los países deudores.

Como resulta de las investigaciones y datos estadísticos de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina de las NU), así como de estudios de numerosos autores, la deuda externa latinoamericana provoca efectos muy negativos para la situación económica y social de las poblaciones de los países deudores. Hubo un aumento de miseria, aumento en la escala de la desnutrición, del desempleo, efectos negativos en la esfera de la asistencia médica, así como falta de posibilidades de desarrollo económico, social, cultural y ambiental.¹

La crisis del endeudamiento externo y las subsiguientes medidas de ajuste, así como el enorme esfuerzo para servir la deuda externa, se han traducido en un alarmante agravamiento de la deuda

social, ya que la última constituye la otra cara de la deuda externa.²

Según los cálculos de la Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, un 40% de los hogares no consume el mínimo de calorías necesarias, de 12 millones de niños nacidos anualmente, más de 700.000 mueren antes de los doce meses, la tasa de deserción en la escuela primaria es del 15%, el 68% de las viviendas pueden clarificarse como inadecuadas y el desempleo así como el subempleo afectan al 44% de la fuerza laboral. En la década de los 80 los pobres de la

2. José Manuel Peláez Marón, "La deuda social de los países en desarrollo y la percepción europea de los países en desarrollo, Nuevo Mundo", *Revista de Estudios Latinoamericanos* 2-4/366 y ss., 1991. V. tb. Enrique V. Iglesias, *Ética, sociedad y desarrollo. Una visión iberoamericana* (en el libro: *Tribuna Iberoamericana: Democracia, Estabilidad y Desarrollo*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1994, p. 128), que escribe: "Las políticas de ajuste que estos países tuvieron que aplicar inevitablemente después de 1982, como consecuencia del exagerado peso del servicio de la deuda externa, significaron un marcado retroceso en la inversión económica y social, de tal manera que a fines de los años 80 el ingreso promedio por habitante en la región había regresado al que prevalecía en ella 13 años antes".

1. V. Barbara Kunicka-Michalska, *La deuda externa latinoamericana, Problemas escogidos*, Ed. Universidad de Varsovia, Centro de Estudios Latinoamericanos, Varsovia 1994 (Serie: Documento de Trabajo 13), pp. 3 y ss. así como la bibliografía y datos estadísticos alla citados.

Región (163 millones) representaban no menos del 40% de la población. Entre esos pobres 61 millones de personas estarían en el nivel de pobreza extrema.³ La deuda externa constituye también uno de los principales factores de la crisis ambiental de la Región. La década de los años 80, considerada por los economistas como una década pérdida para América Latina, se cerró con una deuda externa de más de 400 mil millones de dólares, una baja en el ingreso por habitante, que ascendió a un 8,3% (en el lapso de 1981 a 1989), así como una inflación, que en el año 1989 llegó a un 994,2%.⁴

La década de los años 90 comienza con fenómenos que permiten cierto optimismo. Como indican los datos estadísticos de la CEPAL y del Banco Interamericano del Desarrollo, en el año 1991 se notó en América Latina un crecimiento económico, lo que indicaba el comienzo de la salida de la regresión profunda. Si se trata del nivel de ese crecimiento era el cerca de un 3%. Se han eliminado también la hiperinflación y se ha comenzado un proceso de la transformación económica.

Pero a pesar del crecimiento indicado, la deuda externa de la Región prácticamente no cambió. En 1991 se mantuvo en torno a 426 mil millones de dólares (según los datos de la CEPAL),⁵ y en

torno a 456 mil millones de dólares (según otros datos).⁶ De acuerdo con las estimaciones de algunos economistas latinoamericanos, desde el año 1991 el peso de la deuda crece, despacio pero sin freno, a un ritmo de unos 20 mil millones de dólares por año, y a la fin de 1994 superará los 500 mil millones de dólares.⁷

La deuda externa constituye un obstáculo de desarrollo sustentable de la Región.

No caben dudas las consecuencias de la deuda externa lesionan a los derechos humanos, los de la primera generación (como el derecho a la vida), los de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales), así como los llamados de la tercera generación, basados en la idea de la solidaridad humana, y entre los últimos el derecho al desarrollo y al medio ambiente.⁸

Entonces, la deuda externa se presenta no sólo como un gran problema económico, político y social, sino también como un importante problema ético y jurídico. El tema provoca interés de los economistas, políticos, sociólogos, moralistas, juristas y la iglesia, sobre todo la católica.

6. *La deuda crece*, Economía, Clarín, B. Aires, lunes 6.6.94, p. 18.

7. *La deuda crece*, op. cit., pp. 18-19 y Néstor Restivo, *Menor ingreso de capitales y financiamiento más caro*, Incertidumbre para el mediano plazo. El caso argentino, Economía, Clarín, lunes 6.6.94, p. 19.

8. V. Barbara Kunicka-Michalska: "La deuda externa latinoamericana y los derechos del hombre de la tercera generación", en *Debito Internazionale, Principi Generali del Diritto*; Corte Internazionale di Giustizia, Atti del Seminario Giuridico Internazionale (5-7.3.92). A cura di D.J. Andrés e S. Schipani, *Utrumque Ius*, Collectio Pontificiae Universitatis Laterranensis, Libreria Editrice Vaticana, Libreria Editrice Lateranense, 1993, 23 pp. 275-290, y la bibliografía allí citada; João Luiz Duboc Pinaud, *Dívida Contra o Direito*, CEDI, S. Paulo, 1992.

3. Nuestra Propia Agenda. *Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, PNUMA, 1992, p. 13, y la bibliografía allí citada.

4. V. Gerard Drekonja-Kornat y Othmar Huber, "Worwort in Wege aus der Krise", *Zeitschrift für Lateinamerika* 37/3, 1989; para más detalles sobre la crisis de la deuda externa en América Latina v. *The Debt Crisis in Latin America*. Institute of Latin American Studies, Monographs 13, Stockholm 1986, con nota introductiva de Weine Karlsson.

5. CEPAL, *notas sobre la economía y el desarrollo* 519-520/57.

Los problemas jurídicos de la deuda externa provocan interés de los profesores brasileños. Vale la pena indicar el libro de João Luiz Duboc Pinaud, *Dívida Contra o Direito*, editado en 1992, CEDI, São Paulo.

Los juristas brasileños organizaron unos encuentros científicos durante los cuales fueron planteados unos aspectos jurídicos de la deuda. Se trata, por ejemplo, del Seminario "Ley ambiental internacional", organizado por el Orden de Abogados de Brasil (Consejo Federal), la Sección de Río de Janeiro del Orden de Abogados de Brasil y la Sociedad Brasileña de Derecho Ambiental junto con el Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente (Francia), en el marco del Foro Global de 1992, que se celebró en Río de Janeiro con la ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, así como los postulados del Instituto de Abogados de Brasil, relacionados por ejemplo con las prácticas de los acreedores desde el punto de vista de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de la venta internacional de mercaderías.⁹

De los llamados "Tratados de las Organizaciones Gubernamentales y Movimientos Sociales", elaborados en el Foro Global en Río de Janeiro, especialmente dos están exactamente relacionados con la problemática de la deuda externa. Se trata del "Tratado sobre la deuda. Consideraciones y compromisos sobre desarrollo y medio ambiente de los movimientos sociales y las ONGs", y del "Tratado de los Pueblos de América".¹⁰

El problema de los aspectos jurídicos de la deuda externa, lo elabora y desarrolla desde hace unos años el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL, coordinado por el Prof. Pierangelo Catalano y la ASSLA con cooperación del Centro di Studi Latino-Americani II Università di Roma, dirigido por el Prof. Sandro Schipani. De sus numerosos trabajos vale la pena prestar atención sobre todo a los siguientes encuentros internacionales: el VII Seminario Roma-Brasilia "Aspectos jurídicos da dívida externa dos Países Latino-Americanos" (de 22 a 24.8.90), el Foro Científico "La deuda externa de los países latinoamericanos: perfiles jurídicos, económicos y sociales" (en el marco de la XV Asamblea General del CEISAL, de 17 al 18.10.91, en Viena), organizado por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL, el Seminario Jurídico Internacional "Profili Giuridici del Debito Internazionale, con Particolare Riferimento all'America Latina", organizado por la ASSLA, Pontificia Università Lateranense y II Università Degli Studi de Roma (Roma, de 5 al 7.3.92), el Seminario "Meio Ambiente e Direito dos Povos Latino-Americanos", organizado por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL en el marco del Foro Global 1992 (Río de Janeiro de 2 a 3.6.92 y continuado en Viena en 1992, el Simposio sobre derecho de los pueblos latinoamericanos, deuda externa y medio ambiente, organizado por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL en el marco del 48.º Congreso de Americanistas (Estocolmo, 4-9.7.94).¹¹

9. V. Julio Cesar do Prado Leite, "A Dívida Externa", *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros* 69-70/31 y ss., 1988.

10. Para más detalles v. Barbara Kunicka-Michalska, "La deuda externa latinoamericana", *Problemas escogidos*, op. cit., pp. 9-10.

11. V. "Principi Generali del Diritto e Iniquita nei Rapporti Obbligatori", *Aspetti Giuridici del debito Internazionale dei Paesi Latinoamericani*, II Università di Roma, Centro di Studi Latino-Americani. Consiglio Nazionale delle Ricerche, Progetto Italia-America Latina. Ricerche Giuridiche e Politiche.

Entre varias cuestiones, desarrolladas durante los encuentros indicados, la de importancia primordial es la propuesta de solicitar un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia, que clarifique y estudie el marco ético y jurídico, que debe regular los términos de los préstamos internacionales. Esta propuesta se basa en la tesis del Prof. Miguel Angel Espeche Gil. Fue apoyada por el XV Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) y también reconocida por la XI Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea-América Latina, que se realizó en Brasil, en la sede del Parlamento Latinoamericano, los días del 3 al 7.5.93.¹²

Materiali VIII/1, coord. ASSLA, Pierangelo Catalano y otros; "Principi Generali del Diritto e Iniquita nei Rapporti Obbligatorii", *La Deuda Externa de los Países Latinoamericanos: Perfiles Jurídicos, Económicos, Sociales*. II Università di Roma, Centro Studi Latino-Americani. Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia-America Latina. Ricerche Giuridiche e Politiche. Materiali VII/2, coord. ASSLA, Pierangelo Catalano y otros; *La deuda externa de los países latinoamericanos: Perfiles Jurídicos, Económicos, Sociales*, Grupo de Trabajo de Jurisprudencia, CEISAL, Ensayo II/1991, coord. Pierangelo Catalano; *La Pace in America Latina*. Comunità Europea e Nuovi Sviluppi Latinoamericani, II, Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia-America Latina, Ricerche Giuridiche e Politiche. Rendiconti III/2, coord. ASSLA, Pierangelo Catalano y otros; *Debito Internazionale, Principi Generali del Diritto*, Corte Internazionale di Giustizia. Atti del Seminario Giuridico Internazionale (5-7.3.92). A cura di D. J. Andrés e S. Schipani, op. cit.; *Forum clobal'92, Meio Ambiente y Derecho de los Pueblos Latinoamericanos*, v. I, Grupo de Trabajo de Jurisprudencia, CEISAL, Ensayos III-1/1992, Sassari y v. II, Ensayos III-2/92.

12. V. "La deuda externa", *Sollicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia de la Haya*, Parlamento Latinoamericano, Sede Permanente, S. Paulo, Brasil.

2. La deuda externa y el delito de usura

Los aspectos penales de la deuda externa se concentran en el delito de usura, ya que es un delito relacionado de manera directa con los préstamos.

La reacción penal frente a la usura surgió de las normas éticas de carácter religioso. En la doctrina cristiana de la usura su fuente es la Sagrada Escritura y la enseñanza de los Padres de Iglesia Católica.¹³

La usura la condena también muy fuertemente la religión eslámica. La condenan al mismo tiempo los destacados filósofos, moralistas y juristas. De punto de vista del derecho, se distingue la usura pecuniaria, relacionada con los créditos (préstamos) y con el interés cobrado, y la usura económica llamada también la real, la que tiene un contenido más amplio.

La noción jurídica-penal de la usura sufrió una evolución bastante complicada. Su definición exacta provoca dificultades, ya que los elementos constitutivos del delito de usura no son iguales en todos los Códigos penales, que condenan este delito. Pero tratando de definirla de modo general, podríamos decir, que la usura consiste en la explotación ilícita de una parte sobre la otra, a partir de la existencia de las obligaciones bilaterales del derecho privado; desde este punto de vista, el reo (el acreedor) trataría de lograr un provecho injusto.

En las legislaciones penales internas contemporáneas hay diferentes soluciones jurídicas. En la gran parte de ellas, la actividad usuraria abarca no solamente

13. Para más detalles v. Barbara Kunicka-Michalska, *La condena religiosa y jurídica a la usura*, Comunicación presentada en el Seminario sobre la criminología y las religiones, organizado por Antonio Beristain en el marco del XI Congreso Internacional de Criminología, Budapest, 22 al 27.8.93.

el préstamo pecuniario con interés injusto, sino además los otros aspectos. Por ejemplo, en el Código Penal alemán, el delito de usura (Wucher) está definido de manera bastante amplia. Según el § 302 a existen dos tipos delictivos de la usura, es decir el tipo básico y el agravado. La usura en su tipo básico consiste en el aprovechamiento de la situación de necesidad de otra persona, así como de su falta de experiencia, su imposibilidad de opinión o su muy débil voluntad, para conseguir un provecho material excesivo (para sí mismo o para un tercero). El Código denomina también varias conductas usurarias como: alquilar a la víctima una vivienda o concederle otros beneficios vinculados, conceder a la víctima un crédito, concederle otro beneficio o asegurarle su mediación para adquirir ese beneficio. Como provechos excesivos se entienden los provechos que están en abierta contradicción con las ofertas mencionadas. Como los sujetos activos del delito pueden ser varias personas. No importa que la situación de necesidad de la víctima sea aprovechada por uno o por todos los acreedores para obtener el provecho material excesivo, para sí o para los terceros. La pena prevista para el tipo básico de la usura es la pena privativa de libertad hasta tres años o la de multa. El tipo agravado de usura, según el Código Penal alemán, consiste, en situaciones especialmente graves, que por lo general se dan en los siguientes casos: a) cuando el acreedor usurario provoca una grave situación patrimonial en la víctima; b) cuando el acreedor usurario actúa de manera profesional; c) cuando el acreedor usurario toma la letra de cambio que le permitirá obtener el provecho material usurario.¹⁴

14. V. *Strafgesetzbuch (StGB) und OWiG*, Auflage mit einer Einführung von Prof. Dr. Otto Triffterer, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1980, p. 171.

En el Código español vigente, el Cap. VI del Tít. XIII, que se refiere a la usura y a las casas de préstamos sobre prendas, tipifica tres formas de usura, las siguientes: la usura habitual, la encubierta y la usura con abuso de la impericia o pasiones de menor. Según el art. 542 "será castigada con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas el que habitualmente se dedicare a préstamos usurarios". Como señala la jurisprudencia, "el concepto de préstamo usurario a los efectos del Código Penal ha de ajustarse a la realidad (...) Lo esencial es el beneficio desproporcionado por la entrega de una cantidad que ha de devolverse en su momento. Ahí jugarán diversas circunstancias, entre ellos el riesgo y la devaluación de la moneda".¹⁵ Por usura habitual se entiende, por lo general, al menos, tres préstamos usurarios anteriores.¹⁶ La usura encubierta está descrita en el art. 543 del CP español de la siguiente manera: "el que encubriere con otra forma contractual cualquiera la realidad de un préstamo usurario, aunque no exista habitualidad". Las penas previstas son las mismas que las aplicables a la usura habitual. La usura en perjuicio de menores, la define el art. 544 del CP español. Según este artículo: "Será castigado con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones en un menor, hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por

15. José Luis Manzanares Samaniego, José Luis Albácar López: *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada 1990, Ed. Camares, p. 1.464.

16. Para más detalles v. José Luis Manzanares Samaniego, José Luis Albácar López, op. cit., 1.465 y ss. V. tb. *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, por Mariano Gómez de Liaño Cabaleta y otros, Madrid 1994, Ed. COLEZ, pp. 642 y ss.

razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma”.

En el Código Penal polaco vigente, la usura se tipifica sintéticamente en el art. 207 de la siguiente forma: “el que aprovechándose de la situación de necesidad de otra persona, celebre con ella un contrato, imponiéndole la obligación de una prestación manifiestamente desproporcionada con respecto a la prestación recíproca”.¹⁷

En Latino-América, los Códigos Penales reprimen la actividad usuraria, tanto en los países capitalistas, como en Cuba.

El Código Penal de la República Argentina coloca a la usura dentro de los delitos contra la propiedad. Según el art. 175 bis de este Código, cometerá la usura “el que aprovechando la necesidad, la ligereza o la inesperienza de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo”. La pena prevista es la de prisión de tres a seis años. El Código argentino reconoce también la figura del prestamista o comisionista usurario profesional o habitual (que será reprimido también con la pena de multa).¹⁸

En el Código Penal de la República de Chile, la usura está tipificada en el art. 472 que dispone lo siguiente: “El que suministrarle valores, de cualquier manera que sea, a un interés que exceda del máximo que la ley permita estipular, será castigado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

Condenado por usura un extranjero, será expulsado del país; y condenado como reincidente en el delito de usura un nacionalizado, se le cancelará su nacionalización y se le expulsará del país. En ambos casos la expulsión se hará después de cumplida la pena. En la substanciación y fallo de los procesos instruidos para la investigación de estos delitos, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia”.¹⁹

En Colombia la usura es un delito contra el orden económico social, al igual que el acaparamiento, la especulación y otros delitos semejantes. La letra del art. 235 del CP colombiano estatuye lo siguiente: “El que reciba o cobre, directa o indirectamente, de una o varias personas, en el término de un año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años y en multa de 1 mil a 50 mil pesos. El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de 8 meses a 4 años y en multa de 1 mil a 50 mil pesos”.²⁰

El Código Penal panameño reprime la usura en el art. 192, que reza del siguiente modo: “El que preste dinero a un interés mensual mayor del que establezca la Comisión Bancaria Nacional será sancionado con 50 a 360 días

17. Kodeks Karny, *Código Penal*, Wydawnictwo Prawnicze, Ed. Jurídica, Warszawa (Varsovia), 1991, p. 44.

18. *Código Penal*, República Argentina, Ed. Zavalia, B. Aires, 1991, p. 54.

19. *Código Penal*, ed. oficial, Ed. Jurídica de Chile, 10.ª ed. Santiago, 1988, p. 154.

20. Luis César Pereira Monslave: *Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Suplemento Legislativo*, Medellín, 1989, p. 60.

multa". La norma citada está situada en el capítulo titulado: "De la estafa y otros fraudes", entre los delitos contra el patrimonio.²¹

En el Código Penal Cubano, el concepto del delito de usura es diverso al que existe en los otros Códigos, antes mencionados. En Cuba, la acción delictiva consiste en prestar dinero con interés, cualquiera sea el interés pactado, por un particular (el art. 229 del CP cubano). La pena prevista es la de privación de libertad de 6 meses a 2 años o multa de 200 a 500 cuotas o ambas. En el Código anterior (de 1979) se conocía también el tipo agravado de usura, que consistía en cometer el hecho con habitualidad.²²

El problema del delito de usura provoca interés de los estudiosos en el derecho penal de los países latinoamericanos. Bastante amplia bibliografía sobre la usura en el derecho penal interno, se la pueden observar por ejemplo en Uruguay.

Las relaciones económicas y monetarias internacionales, al lado de lo bueno, crean también varias posibilidades de abusos si se trata de los principios generales de derecho (como por ejemplo el de la buena fe) y de la ética. No obstante, la comunidad internacional no ha creado todavía normas adecuadas para condenarlos. Uno de los problemas más actuales es el de la usura en el campo internacional, relacionado con la deuda externa. En el derecho internacional no hay norma que condenaría a la usura. La usura no aparece en el catálogo de los delitos internacionales, lo que

constituye, sin duda, un defecto del derecho penal internacional.²³

No ha encontrado todavía un rechazo adecuado el aumento de los intereses decidido unilateralmente por los acreedores, muy por encima a sus niveles vigentes en la época en que las deudas fueron contraídas.

Es difícil de comprender la falta de condena jurídica de la usura en el campo internacional, si se tienen en cuenta los esfuerzos de la comunidad internacional en la elaboración de las normas relacionadas con la protección de los derechos humanos.

Entonces parece que sea conveniente llevar a cabo los esfuerzos para introducir el delito de usura al catálogo de delitos internacionales. Esta propuesta la presentamos como una idea que exige la colaboración de especialistas de varias ramas de derecho para buscar la manera de su realización, en vista de prevenir las prácticas usurarias transnacionales e internacionales, relacionadas sobre todo con la deuda externa.

Esta propuesta no es nueva. Ya fue planteada en los años 80 por otros autores.²⁴ Pero todavía no ha obtenido tanto eco como lo merece. Entonces procede recordarla y reconocerla.

A todos nos afecta el problema de la deuda externa si queremos establecer el orden mundial económico justo, basándonos en los principios de la solidaridad y dignidad humana.

21. *Código Penal*, ed. preparada por Carlos E. Muñoz Pope, Panamá, 1987, p. 52.

22. *Ley 62, Código Penal*, divulgación Ministerio de Justicia, La Habana, 1988, p. 112 y *Código Penal*, divulgación Ministerio de Justicia, La Habana, 1987, p. 154.

23. V. Barbara Kunicka-Michalska: "La deuda externa latinoamericana y el delito de usura", en: *La deuda externa de los países latinoamericanos. Perfiles Jurídicos, Económicos y Sociales*. Grupo de Trabajo de Jurisprudencia, CEISAL, Ensayo II/1991, pp. 129 y ss.

24. La presentó en el año 1987 Juan Vega Vega, *La deuda externa delito de usura internacional*, Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 1987, p. 191.

info-0227

EL DELITO ECOLÓGICO EN ESPAÑA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE REFORMA*

JOAN J. QUERALT

Catedrático de Derecho penal Universidad
de Las Palmas de Gran Canaria

1. Introducción — 2. El bien jurídico-penalmente protegido — 3. Los delitos ecológicos más comunes: 3.1 Delito de incendio forestal; 3.2. Los delitos de estragos: 3.2.1 Riesgo de estragos por manipulación indebida de sustancias o realización impropia de obras; 3.2.2 Delito de estragos; 3.3 El llamado delito ecológico — 4. Valoración político-criminal — 5 Líneas del posible futuro Código Penal.

1. Introducción

En primer lugar, deseo, sin ánimo de cumplir el ritual, porque en este caso es profundamente sentido, agradecer a la Universidad de Verano de Maspalomas el que me haya invitado a estar hoy con Vds. y disfrutar de estos Cursos de Verano, sobre todo en la segunda parte de mi intervención donde tendrá lugar, espero, un intenso debate. Por si ello fuera poco, en segundo lugar, debo manifestar que es para mi más que un honor, una deuda casi, el poder participar no en cualquier Aula, sino el Aula Fernando Sagaseta. No hace falta que les recuerde a Vds. quién era Fernando Sagaseta, quién es, mejor dicho, Fernando Sagaseta; por lo tanto, para mí participar en las Universidad de Maspalomas a través del Aula Fenando Sagaseta es algo que me llena de honor y de placer.

Bien, el tema que me ha tocado en suerte, es el tema del delito ecológico.

Yo supongo que el Prof. Rafael Fernández Valverde les habrá centrado las bases, las líneas maestras de la legislación española, incluso internacional, en materia de protección del medio ambiente. A mí entonces me toca un aspecto de esa legislación en la que seguramente no habrá entrado, es decir, en la legislación punitiva.

No tengo que recordarles como primer punto de reflexión que el Derecho Penal es aquel sector del ordenamiento jurídico que entra en juego, cuando los otros aparatos jurídicos no sirven o se demuestran inútiles. Los que entre Vds. sean estudiantes de Derecho recordará que decimos que el Derecho Penal tiene, para lo que aquí interesa, dos características que son la *ultima ratio* y el carácter fragmentario. Traducido esto a un lenguaje más llano, quiere decirse que el Derecho Penal no sanciona cualquier infracción del ordenamiento jurídico y que, cuando se producen infracciones, solamente castiga aquellas más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Es lo que llamamos un Derecho Penal de mínimos, o principio de intervención mínima, que es una

* Conferencia pronunciada en la Universidad de Verano de Maspalomas (Gran Canaria) el 21.7.94.

característica del Estado social y democrático de Derecho.

Recurrir a la coacción estatal que supone el Derecho Penal lo menos posible, no quiere decir que estemos ante un Derecho penal insuficiente; al contrario, un Derecho Penal bien legislado supondrá encontrar un punto de equilibrio en el nivel de protección jurídico-penalmente necesaria y la libertad de los ciudadanos. O lo que es lo mismo: aquella protección jurídica que pueda brindarse a los bienes relevantes socialmente por otros medios diferentes al recurso al Derecho penal, deberán ser prioritarios. Por eso no hay que extrañarse que el Derecho Penal sea el último sector del ordenamiento jurídico que acuda en nuestro auxilio; lo que quiere decir para que se produzca este equilibrio y que el Derecho Penal sea la última reserva de nuestro ordenamiento en entrar en juego, o sea, prevenir la producción de males jurídico-penalmente relevantes, la primera condición es que el resto del ordenamiento jurídico esté bien conectado entre sí. Así, los diferentes sectores del ordenamiento jurídico estén conectados entre sí, el Derecho Civil, el Derecho Administrativo en sus diferentes vertientes, Derecho Autonómico, Derecho Urbanístico, Derecho de Protección de Medio Ambiente, de la flora y fauna etc. deberán ofrecer un entramado coherente de modo que aseguren la indemnidad razonablemente posible de los diversos bienes jurídicos. Así, en materia ecológica, sería un contrasentido, permitir al incendiario de sus propios bienes que obtuvieren una recalificación del suelo de rústico en urbanizable. No tendría sentido imponer una pena a quien ha destruido su bien de interés social y permitirle, amparándonos en el derecho de propiedad, que obtenga beneficios de su criminal comportamiento.

2. El bien jurídico-penalmente protegido

La protección del medio ambiente, especialmente desde el momento en que se va tomando conciencia colectiva de que es un bien escaso y difícilmente reponible, es una constante teórica y una afirmación recurrente, cuando no tópica.

Por lo que respecta a la protección del medio ambiente desde la óptica del Derecho penal, esta es una tarea que ya viene de lejos. Fuera del texto penal básico, el Código Penal, la ley de 1896, de la protección de pájaros insectívoros, inicia una senda a la que habrá que añadir posteriores leyes de caza, de pesca, de seguridad nuclear, convenciones del mar,... Muchas de estas normas tienen aspectos, no sólo penales, sino también sancionador-administrativos e, incluso, procedimentales. Todo ello dejar de tener en cuenta los delitos de incendiexisteo y de estragos, dado que, especialmente los primeros, constituyen una de las manifestaciones más graves del deterioro criminal del medio ambiente.

Así pues, este bien jurídico no es ajeno al Derecho penal ni, con justicia, se puede decir, que el interés del derecho penal por él sea de última hora, provocado por las nuevas corrientes sociales de opinión. Más bien diría lo contrario: la protección penal del medio ambiente es tan antigua como el mismo derecho penal moderno. Otra cosa será — mejor dicho — es el nivel de optimización de dicho protección.

A introducimos en este terreno dedicaremos los minutos que siguen. Para ello, centraré mi intervención en dos grandes órdenes de cuestiones. Por un lado, pasaremos revista a los tipos penales más comunes; por otro, una vez analizados éstos, pasaremos revista a algunos de los problemas jurídicos que puede encontrarse el derecho penales la hora de realizarse debidamente en este

terreno. En efecto, no hay que olvidar que para el delito ecológico más frecuente y devastador en nuestro entorno, el delito de incendio, prácticamente no existen en España causas abiertas por dicho delito, pese a que cada año suelen arder más de 200.000 H. de bosque y matorral.

Así pues, nadie duda de que la protección jurídico-penal del medio ambiente en todas sus manifestaciones es una tarea en la que, de acuerdo con sus posibilidades, el Derecho penal debe estar presente. Pero a nadie se le oculta, que la realización de esta tarea deja bastante que desear. Por ello, habrá que ver, pues, en donde le apierta el zapato al sistema penal para mostrarse tan inoperante.

De una parte, el medio ambiente es el objeto de protección penal jurídico. De otro lado, lo es también la persona humana, individual o colectivamente, en cuanto algunas conductas pueden afectar directamente al ser humano; pensemos, por ejemplo en el vertido de sustancias tóxicas en un cauce de agua potable, p. j. Por ello, el legislador ha tenido especial cuidado en prever esta posibilidad, extremo sobre el que volveremos en el estudio de cada una de las infracciones, atendiendo al concreto modo de previsión legal. Sin embargo, tenemos que tener en cuenta ya desde ahora, que, pese a la incidencia directa que pueda tener en los seres humanos un determinado atentado contra el medio ambiente, la legislación administrativa, nacional e internacional, así como la intervención jurídica penal, dispone de un doble frente.

Así es. Por un lado, en materia penal, al igual que en el resto del sistema jurídico, no es necesario, según la modalidad delictiva, que el daño se produzca. Como ya dijo una temprana STS 2.11.68, "no estamos tanto en presencia de unos delitos de corte individual, sino colectivo", por lo que pasa a primer término el concepto de peligro

más que el de resultado. El Derecho penal, en atención al bien colectivo en juego, adelanta las barreras de la punición y no espera a que el daño se produzca. Considera típicas, como veremos, algunas conductas, por lo general, las potencialmente más gravemente productoras de resultados lesivo por el mero hecho de ser puestas en marcha. O lo que es lo mismo: no es necesario para que entre en juego el Derecho penal el que se haya producido la lesión del medio ambiente que la acción desencadenada encierra en sí mismo. Ello es lógico si se piensa en el gran potencial destructor de algunos comportamientos: esperar a la verificación de daño, además de inútil en cuanto a la reparación por ser ésta imposible, tendría un efecto político-criminal indeseado: aumentaría exponencialmente el riesgo actual de deterioro del medio ambiente, pues sólo la producción del resultado sería punible.

El esperar a la producción del evento se retrasaría la entrada en función del Derecho penal, perdiendo su fuerza de motivación negativa. En efecto, dado que una multiplicidad de conductas, legítimas unas e ilegítimas otras, cabrían en lo que, si estuviéramos ante un delito de resultado, se podría castigar formalmente como tentativa, la prueba del resultado efectivo haría aun más inútil la protección jurídica penal. En cambio, "concebir los delitos ecológicos como delitos de peligro, permite, verificado este, proceder al castigo sin esperar a que se verifique el resultado".

Por otro lado, hay que destacar que, dado el origen de la protección que brinda el CP al medio ambiente, ésta no es ni uniforme en su gestación ni sistemáticamente correcta en muchas de sus ubicaciones, puesto que, en no poca medida, los delitos contra el medio ambiente están aun incluidos entre los delitos contra la propiedad y ésta se castiga por el daño concreto infligido al propietario del bien cuyo peligro o

lesión se tipifica. Este residuo histórico desaparece en el derecho comparado y tiende a desaparecer en los sucesivos proyectos de CP. No obstante, dicha referencia a la propiedad, cuando exista, hay que tomarla como lo que es, un mero residuo histórico.

Ahora lo que nos interesa es acotar el término medio ambiente como objeto de protección jurídico-penal. El medio ambiente es un lugar común en nuestra realidad, que podría definirse como el conjunto de medios naturales que en su cantidad y combinación configuran el habitat actual para el hombre, para la fauna y la flora, y cuya alteración por medios nocivos para la naturaleza y desarrollo biológico propio de dichos seres y objetos es contraria al equilibrio natural de la vida humana, animal y vegetal en la tierra. Este planteamiento del medio ambiente, ciertamente homocéntrico, no excluye, sin embargo, el equilibrio que es propio a la flora y a la fauna, aun sin tener una incidencia directa en el desarrollo humano, tanto en su aspecto biológico como social.

3. Los delitos ecológicos más comunes

3.1 Delito de incendio forestal

A fin de dotar de mayores instrumentos a la lucha, hasta ahora poco menos que vana, contra los incendios forestales — lucha que se intentó desarrollar penalmente ya en 1975 — y, al parecer, movidos algunos legisladores por la simbología de las catástrofes del verano de 1987 — montserrat resultó trágicamente arrasada, pero ni más ni menos que otro parajes españoles —, se ha modificado la estructura formal del Cap. VIII del Tít. XIII del Libro II del CP y se han introducido específicamente los incendios forestales: arts. 553, bis. Las especialidades en juego, al menos sobre el papel, son más severas que cuando, en abstracto, pueden estar vidas huma-

nas en juego. Este desequilibrio político-criminal pone de relieve que la lucha por la salvaguarda del medio forestal del fuego y contra, eventualmente, los incendiarios interesados, tiene otras vías que la penal o, como mínimo, que ésta no es el único medio. La reforma del CP operada por la LO 7/87 parece ser una muestra más de la característica huida hacia el derecho penal.

Estas renovadas infracciones se encuentran a medio camino entre el delito de peligro abstracto (para las personas) de incendio estudiado hasta ahora y el delito ecológico.

En atención a diversos elementos, el legislador ha configurado varios tipos legales de incendios forestales. La formulación básica se encuentra en el art. 553, bis: a) II que es la primera manifestación que pasamos a analizar.

Los sujetos activo y pasivo de este delito son toda persona y la colectividad, respectivamente. El tipo objetivo positivo viene definido por la acción de incendiar, es decir, prender fuego a un objeto, sea cual sea el procedimiento que se utilice. El objeto, que aquí constituye el elemento básico diferenciador con las demás figuras de incendio, y en el que el legislador pone su énfasis, son los bosques y los montes; la expresión masa forestal, quizás técnica, suena a barbarismo en el CP.

Lógicamente, se trata de un delito eminentemente doloso. En efecto, al prever la dicción del precepto la exclusión de todo peligro para las personas, queda sobreentendida la intencionalidad del sujeto; de lo contrario, dicha alusión carecería de sentido. El incendio imprudente se rige por el delito de daños imprudentes. Con todo, no pueden descartarse eventos dañosos para las personas; en tal caso, de producirse lesiones para la vida o integridad física de las personas, se daría un concurso ideal de delitos, si éstas son imputables por imprudencia.

Si este peligro no se descarte, como quiere la Ley, manifiestamente, aparece un tipo agravado, previsto en el art. 553, bis: a) I — la redacción legal complica la comprensión y practicidad del texto, pues incluye una forma de castigo, a saber, una de superimprudencia, que, para el resto de delitos, la Ley desconoce. En todo caso, las deferencias penales son sensibles. En afecto, la deferencia de pena radica en que la pena privativa de libertad pasa de ser prisión menor — susceptible en su tramo inferior de ser remitida condicionalmente — a ser prisión mayor.

En todo caso, el menoscabo de la integridad física de las personas que contempla la Ley ha de ser solamente previsto como peligro, no como posibilidad de realización. En este supuesto pasaría a primer término, según los casos el asesinato — dolo directo, homicidio — dolo eventual — o lesiones. Por lo tanto, se trata de una estructura compleja en la que se da dolo para el incendio y dolo para la puesta en peligro remota (peligro abstracto) de la integridad física de las personas; con este peligro la Ley parece conformarse para dar vida al tipo penal.

Además de estas dos formulaciones ya expuestas, el CP prevé que esas dos modalidades puedan ser agravadas, imponiendo las penas en su grado máximo, si el incendio alcanza una gravedad especial, gravedad especial que es definida en el art. 553, bis: b). Así, alternativamente: 1) que resulte afectada una zona significativamente amplia; 2) que se deriven consecuencias para la erosión del suelo; 3) que resulten alteradas las condiciones de vida animal o vegetal; 4) por último, que se produzcan un grave deterioro o destrucción de los recursos afectados, lo cual viene a ser un redundancia.

La tercera de las variantes es la modalidad más claramente ecológica del

incendio. Pero, sin embargo, introduce un margen de discrecionalidad al ser los referentes imprecisos y se deja la determinación de la agravación exclusivamente al albur de los informes periciales y de la apreciación que de ellos hagan los Tribunales; y curiosamente, no se hace referencia alguna al efecto que pueda generar sobre el entorno poblacional.

Finaliza el legislador con la introducción una conducta atenuada y, como consecuencia de ella, introduce la figura del incendiario arrepentido.

En efecto, para la conducta atenuada el art. 553, bis: c) en su primer apartado hace referencia al castigo de un tipo de imperfecta ejecución. Puede tratarse tanto de una frustración (desde una perspectiva objetiva) como de una tentativa inacabada (desde una perspectiva subjetiva); queda excluida la tentativa inidónea, puesto que en ella no habría ni siquiera incendio, sino la pretensión de incendiar por medios inadecuados (simplemente, p. ej. rociando con alcohol o gasolina, sin prender fuego — acción típica —, a la espera de que el sol calentara lo suficiente).

La letra de la Ley no se decanta por ninguna de las dos posibilidades teóricamente posible y, por tanto, las dos resultan típicas. Debe, en todo caso, existir un inicio de incendio, aunque no debe llagarse a la propagación.

Junto a estas modalidades, se encadena un excusa absolutoria. Así es; se crea, como ya se ha anunciado, la figura del incendiario arrepentido. La imposición de la pena reside en el hecho de que no se llega a producir propagación; la evitación ha de caberse a la actuación directa (y eficaz) del incendiario. Si se inicia la propagación, procederá la imposición de la pena correspondiente al tipo ejecutado, si bien podrá tenerse en cuenta el arrepentimiento espontáneo (art. 9, 9.ª).

3.2 Los delitos de estragos

Junto a los tradicionales delitos de estragos previsto en el art. 554, la reforma de 1989 introdujo un nuevo precepto, de peligro concreto en palabras del reformador (art. 348, bis: *b*). La inseguridad en que se mueve gran parte de la manipulación del riesgo en nuestro país, con frecuentes accidentes y pequeñas catástrofes y no pocas pérdidas en vidas humanas, lleva, una vez más a huir hacia el Derecho penal. No consta, y por eso es una huida, que los poderes públicos, junto — o, mejor, previamente — a legislar, desplieguen las medidas de fomento, información, inspección y sanción que cabe esperar de unas administraciones públicas tan numéricamente dotadas. Empecemos, pues, el análisis por esta modalidad más reciente.

3.2.1 Riesgo de estragos por manipulación indebida de sustancias o realización impropia de obras

El sujeto activo puede ser cualquiera que tenga relación con las actividades típicas. La responsabilidad en atención al art. 15, bis será frecuente aquí, puesto que los directivos de las empresas responderán en no pocas de las puestas en peligro aquí descritas. El sujeto pasivo lo constituye la comunidad y la persona o personas afectadas por el peligro concreto.

La acción típica este delito viene determinada por la manipulación indebida de sustancias peligrosas, acción que se manifiesta mediante dos modalidades no plenamente simétricas. En primer lugar, se describe, de forma enunciativa, es decir, sin *numerus clausus*, una serie de actuaciones — fabricación, manipulación (que sería el supraconcepto), transporte o tenencia — sobre un listado, igualmente no cerrado, de sustancias peligrosas, ya sea por su

inflamabilidad, corrosividad, radioactividad, toxicidad, etc.; podemos hablar, pues, de manipulaciones peligrosas.

Siguiendo esta enumeración abierta, el tipo hace referencia no sólo a sustancias, sino también a aparatos e instrumentos de similar potencial lesivo. En suma, con relativa poca fortuna se ha querido hacer referencia a la manipulación del peligro artificial o industrial.

Sin embargo, el peligro típico es limitado. Por un lado, debe tratarse de actividades humanas relacionadas con productos que sean susceptibles de causar estragos, es decir, catástrofes, y no meros daños. Pero, además, y esto resulta fundamental, dichos estragos en el supuesto de autos ha de poner en concreto peligro la vida, integridad física o salud de las personas. Si el peligro no es concreto y/o se refiere a la integridad personal, este precepto no entre en juego; así, por ejemplo, el peligro concreto para animales o plantas no resulta típica desde esta perspectiva, sino, quizás, desde el delito ecológico.

Por último, y para estrechar aun más el ámbito de lo punible, se requiere que se hayan vulnerado las reglas de seguridad establecidas. Ello requiere, en primer término, la existencia de reglas específicas aplicables a la materia que se manipula; y, en segundo término, que la regla contravenida esté en relación con el peligro que se ha generado: no basta la infracción de cualquier regla de seguridad.

La segunda modalidad delictiva consiste en la realización impropia de obras. Se troca aquí la acción de manipulación de sustancias o productos por la de realización de determinadas obras, que no quedan debidamente especificadas, máxime a la vista de que el objeto del delito se debe complementar de modo analógico.

Esta analogía es aquí, en la medida en que crea materia penal, *in malam*

partem y, por tanto, ilegítima, es decir, inconstitucional. La impericia lingüística del legislador le lleva a cercenar un precepto de por sí, como hemos visto, de pocos vuelos, y a incluirlo dentro de la legislación simbólica. Por otro lado, los elementos vistos en el apartado anterior son aquí igualmente de aplicación.

En cuanto al tipo subjetivo, nos hallamos antes una combinación dolo-imprudencia, similar a la descrita en los delitos de lesiones. Para que el delito sea doloso, basta con que sea dolosa la manipulación antinormativa de las sustancias o la realización de las obras, siendo necesaria únicamente la referencia imprudente al peligro concreto; de ser ésta dolosa también, estaríamos antes una tentativa o frustración de asesinato masivo.

El delito será imprudente si la actuación que contraviene las normas de seguridad se hace no intencionalmente, lo cual será lo ordinario, con la consiguiente rebaja en la imposición de la pena.

3.2.2 Delito de estragos

Como decía antes, el tradicional delito de estragos presenta dos vertientes: una de peligro abstracto y otra de peligro concreto (art. 554, *in fine*), según se haya llegado a producir una situación de riesgo grave para la vida o integridad corporal de las personas.

La acción que requiere el tipo legal es la producción de un peligro abstracto para las personas. Los medios comisivos (STS 8.11.84), atropelladamente expuestos por el legislador tras la reforma de este precepto en 1978, con fines antiterroristas, y los resultados, son de lo más variado (STS 7.2.75). Con todo, queda excluido como medio comisivo el incendio, aunque la explosión que lo provoca pueda ser constitutiva de este delito o de uno de incendio común; ello ocurrirá si medio de ignición elegido es una explosión. Por tanto, la explosión en

sí como incendio subsiguiente a una explosión no preordenada a él constituyen el delito de estragos (STS 15.6.81).

Según la gravedad del resultado podrá atenuarse sensiblemente la pena. Pero si se ha puesto en peligro grave la integridad de las personas, cambia la calificación del delito, que pasa a ser un peligro concreto, y la pena puede incrementarse e, incluso, rebasar el marco típico básico.

Lógicamente, en cuanto al tipo subjetivo, estamos en presencia e un delito claramente doloso, impuesta esta característica por la letra de la ley.

Sobre la penalidad hay que señalar que, con independencia de que este delito puede concurrir con otros delitos, no necesariamente ecológicos, como son, por ejemplo, los desórdenes públicos, de no ser el daño muy grave, la pena puede disminuirse en uno o dos grados. Pero si el daño no es muy grave, no estamos en presencia de estragos, sino de un delito de daños. En puridad, esta atenuación lo que demuestra es que el delito de estragos viene condicionado, no por el resultado sino, por el peligro de la acción; entenderlo de otro modo, llevaría a considerar que se produce un concurso entre el estrago degradado y otros delitos de daños o incendio.

La modalidad agravada (art. 554, *in fine*) de este delito se determina por que la Lei ha querido aquí "la producción, además, de un peligro concreto para la integridad de las personas". O lo que es lo mismo: los estragos llegan a su máxima potencialidad. De verificarse el peligro, es decir, de producirse una lesión, estaríamos ante un delito doloso de estragos y una serie de delitos imprudentes de homicidio y/o lesiones.

3.3 El llamado delito ecológico

El delito previsto en el art. 347, bis fue introducido en el CP por reforma de 1983 como consecuencia, entre otras

cosas, del art. 45.3 CE. Obedece a la creciente demanda de sectores sociales que consideran que ha de protegerse por todos los medios posible el mundo físico en el vivimos, dado que es nuestro soporte natural y no tenemos otro. El planteamiento que parece abrirse camino es el del uso racional del medio ambiente, quedando proscrita su explotación sin límite (STC 64/82). Esta pretensión de protección integral culmina con la protección también en sede penal de los ataques más clamorosos al medio ambiente.

Con todo, ha reiterarse que nuestra legislación no es especialmente parca en protección de la naturaleza; en afecto, una larga, muy larga, lista de disposiciones de todo rango, desde leyes orgánicas a resoluciones de órganos administrativos directivos. No obstante, como en otros muchos sectores, "la legislación protectora y sancionadora, si bien es necesaria, no es suficiente: es imprescindible una cierta sensibilidad medioambiental para que el entorno físico y natural del hombre quede razonablemente garantizado". A ello, pese a avances constatables, no deja de ser ajeno una cierta idea tradicional de lo que es delito y delincuente; idea que comparten por lo que se ve amplios sectores sociales, judiciales y administrativos. Aunque ello no es propio ni exclusivo de esta concepción — sucede algo parecido con los delitos contra el sistema socio-económico, p. ej. —, no se acaba de tener por delito el compartimiento antiecológico y por criminal a quien lo practica. Amplias capas sociales y de operadores jurídicos continúan apegados a tradicional y siempre insuficiente concepción del delito, concepciones que contemplan con asombro y sin entenderlas las nuevas demandas sociales de garantías. En este ambiente, pues, se introduce, practica y puede quedar de facto impune el delito ecológico.

Como viene siendo habitual en esta clase de tipificaciones, la dicción legal abarca una modalidad básica y otras agravadas. Pasemos a analizar en primer lugar, claro está, la básica.

En cuanto al sujeto activo, es este delito, como en pocos, se da la problemática — sobre la que volveremos después — de que quien responda criminalmente esté inserto dentro de la organización de una persona jurídica. En efecto, si se trata de una persona jurídica, los problemas de responsabilidad quedan obviados por el complicado art. 15, bis. De todos modos, la no existencia del art. 15, bis hasta 1983 no había impedido a los tribunales manejar un concepto claramente material de autoría y relegar la noción de persona jurídica al terreno que le es propio: el de la ficción jurídica.

En cuanto a la acción típica, podemos afirmar que se trata de un delito de peligro concreto, puesto que se requiere la existencia de uno grave para una serie de bienes jurídicos: la salud de las personas y el ecosistema, es decir, las condiciones de la vida animal y vegetal, tanto la de los espacios naturales como la de los campos de cultivo.

Materialmente, la puesta en peligro se realiza mediante emisiones directas o indirectas a la atmósfera, al suelo o a las aguas terrestres (ríos, lagos, corrientes subterráneos) o marítimas; así, humos de fábricas, limpieza de tanques o vaciado de los mismos son conductas frecuentes. Estas emisiones deben ser de materias nocivas para los bienes referenciados; puede suceder que una materia desaconocida, dentro de una actuación lícita, cause el peligro o llegue a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos. Hasta tanto no se determine el agente causante, la emisión, salvo quebrantamiento de la eventual prohibición cautelar, es atípica.

Con todo y con eso, no basta con la emisión; es necesario, además, que tal

ocurra por haberse quebrantado una prohibición legal o reglamentaria (STS 30.11.90). Nos hallamos ante una ley penal en blanco: razones de técnica legislativa obligan a asumir nuevos conceptos técnicos y/o científicos por las más diversas vías legislativas: tratados internacionales, leyes formales o una pléade de reglamentos que se complementa, suplen y, en no poca medida, pueden contradecirse. Con todo, dado que se trata de normativas sectoriales (energía nuclear, protección atmosférica, actividades molestas, ruidosas o insalubres, residuos, sólidos protección de aguas marinas y costas...) y dado que fundamentalmente se trata de actividades industriales, "el potencial grupo de sujetos activos peligrosos por una actividad concreta conoce dicha normativa por conformar su *lex artis*"; es más, la licencia administrativa de apertura, e incluso las fases anteriores de planeamiento, están supeditadas, de hecho, a demostrar ciertos conocimientos técnicos imprescindibles. El problema del error de prohibición es, entiendo, inexistente.

Puede darse la cuestión suscitada más arriba: la sospecha de que una actividad no sometida a reglamentación produce, en alguna fase de la misma, el peligro típico. En tal caso, la Administración pública competente, puede dictar una suspensión o moderación cautelar de la actividad en cuestión. Si bien, la prohibición cautelar no es ni una ley ni un reglamento, dicha prohibición sí está amparada, con independencia de la legislación sectorial aplicable, como mínimo en la LO 3/1986, sobre medidas especiales en materia de salud pública. Es más, la vulneración de la prohibición de emisión, siquiera cautelar, integra una de las modalidades del tipo agravado".

A diferencia de las actuaciones criminales antimedioambientales ya descritas, se trata de un delito doloso e

imprudente, según los casos. Las reglas que hacen una conducta dolosa o imprudente, sobre lo que no podemos entrar aquí, son plenamente de aplicación.

La materia concursal adquiere una importancia del mayor interés. Por un lado, es perfectamente aplicable la cualificación prevista en el art. 348 para los delitos comprendidos en la sección segunda (delitos contra la salud pública y el medio ambiente) del Cap. II del Tít. V del texto punitivo básico. Esta cualificación se refiere a la que si se produce un muerte, ahora por imprudencia**, la pena a imponer, además de la pecuniaria correspondiente, es la de reclusión menor.

Por otro lado, en caso de fugas nucleares o de exposición de personal a radiaciones de esa índole, en ambos supuestos intencionalmente, las penas, aun sin mediar lesión, son prácticamente las del asesinato y homicidio (arts. 84 y 85, L 25/64, de energía nuclear); su acompañamiento a las figuras del CP, tanto de corte colectivo como individual es necesario, dado que el realismo es fundamental en materia ecológica y de seguridad medio ambiental.

Curiosamente, la pena para el tipo básico no es muy significativa: ni la pena para privativa de libertad (arresto mayor) ni la multa parecen de suficiente entidad comparado con otros delitos igualmente reprobables como el delito fiscal, donde el peligro físico es mucho menor. Además, se añade una dificultad práctica, que aquí sólo puede ser enunciada, cual es la de la protección internacional del medio ambiente. Si bien existen convenciones internacionales sobre contaminación transfronteriza o la protección de los mares, tanto en su vertiente de conservación de especies como de mantenimiento de la salubridad

** Si la muerte o muertes se producen dolosamente, se produce un concurso entre el delito ecológico y el homicidio o asesinato.

de las aguas, la persecución de los hechos resulta problemática.

Excepcionalmente, el texto penal es establece una específica medida de seguridad. Así es: acuerdo al art. 347 bis IV el Tribunal podrá acordar el cierre temporal o definitivo del establecimiento emisor; por establecimiento puede entenderse una sección de una industria, no necesariamente una empresa entera. A diferencia de otras medidas similares (arts. 344 IV, c, o 344, bis II) no se establece los límites superior e inferior de la suspensión lo cual la convierte en inaplicable. En todo caso, para salvaguardar los derechos de los trabajadores podrá proponer el tribunal a la Administración la intervención de la empresa.

Pasemos, hora, a echar una ojeada a los tipos agravados, contenidos en el art. 347, bis II. En primer lugar, el legislador parte aquí, para agravar la pena y pasar a la superior en grado, de que la industria sea clandestina (operar sin autorización), desobediencia a las órdenes de cierre o modificación de instalaciones o que la autorización se base en documentación falsa aportada por la empresa solicitante de aquella o, por último, que se obstaculice la función inspectora de la Administración.

La concesión de autorizaciones, la impartición de órdenes de rectificación, suspensión o cierre y la inspección suelen estar reguladas por cada rama de actividad, por lo que, al no poder alegar desconocimiento, la mala fe o la contumacia incrementan el injusto. La oposición u obstrucción de los controles denota igual rebeldía. Aquí, en contra del tipo básico, las conductas son claramente dolosas.

En segundo lugar, nos encontramos con otra modalidad agravada de delito ecológico, que se contempla en al art. 347, bis III. Este tipo nace cuando, concurriendo o no alguna modalidad delictiva anterior, se incrementa también el injusto si se produce un riesgo que

ocasiona un deterioro irreversible o catastrófico. La pena es aquí a todas luces insuficiente, puesto que pueden producirse hechos subsumibles en otros delitos de peligro (incendios, estragos) que por ser más específicos y más graves consumirán el des valor del delito ecológico. Estos desajustes, por entrecruzamiento, deben ser eliminados; pero hasta entonces, se obliga al operador a un complejo procedimiento de elección entre varias soluciones, que no siempre llevarán a la aplicación del llamado delito ecológico.

4. Valoración político-criminal

Para preparar esta charla hoy con Vds., se hace lo que se hace normalmente: repasar la documentación y fichas acumuladas, verificar la jurisprudencia y repasar la bibliografía. Además, para un tema como el presente, hace falta estudiar otras disposiciones legales o reglamentarias a las que el CP hace especial referencia. Ello obliga a repasar, por ejemplo, la Ley de Seguridad Nuclear, la Ley de Pesca, la Ley de Protección de Pájaros insectívoros, la Ley del Suelo, la Ley de Protección de las Emisiones Atmosféricas, Tratados internacionales sobre, por ejemplo, protección de las plataformas continentales, de los fondos marinos, de alta mar, de vertidos, etc.. El número de materias y de disposiciones es tan ingente que se acude a las codificaciones privadas. La que he manejado en este caso tiene 1.030 ps., de letra, además, muy chica. Y, por razones evidentes, no es exhaustiva ni completa, porque, por ejemplo, no recoge las disposiciones de al Unión Europea en materia de contaminación transnacional.

No obstante, ese "maremagnum normativo contempla en lo esencial una regulación y la sanción por su contravención". Ahora bien, siendo el aspecto punitivo, penal o administrativo,

del mayor interés, existe otro más importante que la sanción, a saber el de la reparación del desaguisado. ¿Que pasa con las masas desforestadas?; ¿qué pasa con el mar podrido?; ¿qué pasa con las aguas, por ejemplo, fecales, que por la permeabilidad de las capas freáticas se comunican, lo cual no es infrecuente lamentablemente, con las aguas destinadas al caudal humano?

Pero no sólo el problema de la reparación o reposición al estado anterior es importante y la legislación pasa bastante por algo esta capital cuestión. Otro tema no menos lacerante es el de la conciencia social de la infracción. Dicho de un modo más rotundo: imponer una multa, muchas veces ridícula, de 50.000 ptas., por ejemplo, por parte de un Alcalde, cuando, para mayor inri, las por sí decirlo, aguas del propio Alcalde van al mar sin depurar. Ayer — 20.7.94 — sin ir más lejos, leímos en la prensa grancanaria que la depuradora capitalina no funciona, pese a haber constado 5 mil millones de pesetas. Si ello es cierto, entonces con qué fuerza moral esa otra autoridad va a imponer una sanción de la cuantía de la referida cuantía u otra multimillonaria. Este es un poco el panorama en el que nos encontramos, o sea: dispersión, desorganización y falta de conciencia social y política.

Sin embargo, este panorama fáctico, choca con el panorama legal, como ya se ha visto a lo largo de las exposiciones habidas en la presente Aula. Panorama legal que no viene de ayer por la tarde sino que, en España, desde hace más de un siglo, existen Leyes formales al respecto. Y ello sin remontarnos a legislaciones anteriores, que tenido el punto de mira en los siempre devastadores incendios. Es decir, que la preocupación por el medio ambiente o por la sensibilidad que en cada momento se tiene sobre el medio ambiente manifiesta el legislador español, es bastante aceptable. Otra cosa es la

implementación y la virtualidad de esta protección.

Para muestra un botón. La búsqueda de jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia no da resoluciones sobre incendios forestales. Sobre el llamado delito ecológico, que data de 1983, sólo tres han sido emitidas. El panorama resulta, a mi modo de ver, desolador. Pero sólo la primera de estas sentencias, la de 30.11.90 tiene un interés jurídico y político relevante; las otras dos, tiene mucho menor alcance y no son en absoluto representativas del daño al medio ambiente que se está produciendo en España.

Y tiene especial interés dicha primera sentencia ecológica, por así decirlo, puesto que el desaguisado, la lluvia ácida (resultado de la conversión del dióxido de azufre al contacto con el aire el ácido sulfúrico) sobre más de 30.000 ha de bosque pirenaico, tenían su foco en las emisiones de dióxido de azufre de la central térmica de Cercs (Lérida), propiedad de Fuerzas Eléctricas de Cataluña (FECSA). Para producirse esta condena, condena cuyo camino no fue allanado precisamente ni por el Ministerio Fiscal ni por el Juez de Instrucción, debió contarse con el apoyo inestimable de los vecinos afectados en sus propiedades. Y, además, mayor sensibilidad que la Audiencia Provincial que condenó, mostró la Sala Segunda del Tribunal Supremo que elevó sensiblemente las penas — e incluyó en la condena las costas producidas a los acusadores particulares, extremo éste al que se había negado el tribunal provincial —.

Aunque después volveremos sobre esta resolución, hay que señalar que las otras dos (SSTS 11.3.92 y 5.10.93) son, como ya se ha avanzado, muy poco significativa. La primera trata de un sujeto que sin autorización hace una balsa con naranjas podridas para hacer pienso para unos cerdos. Además del olor, se producen filtraciones que van a

parar a riegos humanos. La otra resolución hace referencia al vertido de restos de pesticidas para lo que se carecía de autorización. Ciertamente estos dos son ejemplos que no los más señeros sobre la capacidad de lesión medioambiental proveniente de los grandes complejos industriales, o lo que es lo mismo: de las grandes compañías.

Estos conglomerados presentan siempre fuertes frentes de defensa. Por un lado, suelen argumentar que sus productos no son nocivos y, en caso de serlo, que se han datado las medidas adecuadas y si, finalmente, se han producido daños, que éstos no se deben a tales productos sino, en todo caso, su mala utilización por parte de los usuarios. Un segundo frente lo representa la inestimable ayuda que suele dispensar la Administración, con su silencio normativo, su inactividad o un dinámico auxilio. Un ejemplo claro, lo tenemos en el caso de la central térmica de Cercs: la dirección General de Energía emitió, tras los procesamientos que se dictaron a lo largo del procedimiento, sendas resoluciones autorizando la emisión de partículas de dióxido sulfúrico, muy superior a las admitidas reglamentariamente y que curiosamente pretendía dar cobertura a las emisiones de Cercs. Sin embargo, pese a esta defensa tan caída del cielo, se trataba de disposiciones ilegales porque tales resoluciones vulneraban el principio de jerarquía normativa. En efecto, las tasas de emisión permitidas figuran en el Dec. 833 de 6.2.75, de esta suerte, sólo por otra disposición del mismo rango, es decir, interviniendo todo el Gobierno, puede ser modificado. No puede, pues, una Dirección General normar en contra de lo que ha acordado el Consejo de Ministros. Que se sepa nadie ha procedido contra los autores e instigadores de dicha ilegal normativa.

Otro frente que se suele oponer es un problema técnico jurídico-penal de

primer orden, como es el de la autoría. Es decir, el derecho penal contemporáneo parte del principio de personalidad de la responsabilidad; ello quiere decir, como Vds. ya saben, que las personas jurídicas no pueden delinquir. Así pues, una sociedad no delinque; la responsabilidad tiene que atribuirse a las personas que encarnan sus órganos, y no sólo los directivos, sino también los técnicos. Aunque parece que en materia ecológica sólo los técnicos, o lo que es lo mismo, los ingenieros directores de las plantas, son los que, sorprendentemente, son objeto de proceso penal en España.

En efecto, otra empresa eléctrica, en este caso la empresa pública Endesa, propiedad a su vez del INI, que tiene la térmica en Teruel, en Andorra, producía — o produce aun — contaminación transprovincial, de modo que sus emisiones han deteriorado unos parajes de la provincia de Castellón. Así las cosas, la Fiscalía de Castellón inicia las actuaciones y el Fiscal encargado del caso hace algo que por otra parte parece elemental: solicita el encartamiento de los técnicos de la central y de otros altos directivos radicados en la sede central de Madrid, entre ellos el del Presidente de la compañía. Pues bien, se ordenó al dicho fiscal encargado del caso la retirada de la acusación contra los altos funcionarios del INI; de este modo, solamente se prosiguió el procedimiento respecto en este caso únicamente contra los técnicos radicados en Teruel. A mimodo de ver, además de otras cosas, estamos ante un supuesto de corrupción política, si por corrupción política entendemos el funcionamiento torticero de los órganos políticos o su mirada hacia otro lado, desviándose de su misión constitucional. O lo que es lo mismo: utilizar una institución pública para, precisamente, producir impunidad, o para alterar el ejercicio de las funciones que está definidas en las leyes.

Pero volvamos a la primera y más importante sentencia condenatoria dictada en España por el llamado delito ecológico. En esta resolución se establece como hecho probado que se habían devastado por el efecto de la lluvia ácida unas 30.000 ha., propiedad de Icona, y después unos pocos particulares, cinco en concreto, presentaron los daños que les habían causado e ellos. Su cantidades son poco significativas, todas ellas sumada por debajo de los cinco millones de pesetas. En cambio, por su parte Icona valoró la deforestación en 600.000, Ptas., lo cual ciertamente no deja de llamar poderosamente la atención, especialmente si se tiene en cuenta el papel que se suele atribuir a este Instituto en la protección de la naturaleza. Si a ello añadimos el modo que otros poderes públicos se comportaron en relación con este hecho, la perplejidad puede alcanzar cotas escalofrantes.

“Si a ello añadimos la falta de un sistema de prevención adecuado, es decir, de inspección, control y verificación a al hara de autorizar instalaciones y durante su vida útil, y la ausencia de un fondo de restauración, junto con la estricta prohibición de reutilizar los espacios naturales dañados con fines ajenos a la conservación del medio ambiente, fácilmente — y ello es más que deplorable — estaremos en la pendiente que lleva a la antesala de la destrucción de nuestro único activo fundamental: nuestro medio de vida”.

5. Líneas del posible futuro Código Penal

Finalizo ya con un apunte sobre algunos aspectos de los que pudiera ser futuro Código Penal sobre esta materia, tomando como base el Anteproyecto de junio de 1994.

En materia de protección medioambiental, el Anteproyecto presenta uno de sus apartados más innovadores y más

dignos en elogio. En efecto, contiene dos aspectos fundamentales. El primero hace referencia a que cuando las autorizaciones administrativas de instalaciones o de actividades industriales nocivas, hablamos en términos muy generales, que afectan a la fauna, a la flora, medio ambiente, se hayan obtenido con falsedades, además de castigarse como ocurre en la actualidad, al solicitante mendaz, serán castigados también, el facultativo (técnico, ingeniero...) que haya informado favorablemente la concesión de la autorización y la autoridad política que ha otorgado, si estaban en connivencia con el solicitante. Estas conductas de funcionarios réprobos puede ahora castigarse acudiendo, por lo general, a las reglas de la coautoría y participación e, incluso, en algunos supuestos, acudiendo a la prevaricación. Pero en el futuro acontecerá su punición por esta vía, cuando menos desde el punto de vista de la prevención general, más directa.

El segundo aspecto realmente innovador al que me refería es la introducción de la figura de lo que pudiera llamarse jocosamente el anti-ecologista arrepentido. Es decir, aquella persona que, visto el desastre causado, pone en marcha los mecanismos suficientes o tendentes a intentar reparar el daño, intentar reponer la situación medioambiental al punto o la fase anterior a su destrozo, lo consiga o no la pena se le rebaja sustancialmente. Pero tiene que ser un intento serio, no un mero arrepentimiento mendicante. Estos son los dos puntos fundamentales de la reforma, porque en gran medida el Anteproyecto coincide con la legislación actual.

Con todo cabe destacar un tercer aspecto, como es al de la incorporación al Código Penal de los aspectos más importantes de dos de las leyes penales especiales en al materia más significativas: las Leyes de Caza y de Seguridad Nuclear. En este sentido hay que destacar que, por primera vez se introduce

en España el robo de material nuclear como delito autónomo y ciertamente grave. En España el robo de material nuclear no tiene tratamiento especial; se rige por las reglas generales del robo.

Bien. Como el moderador, acertadamente, me ha señala el reloj, acabo mi exposición y espero no haberles cansado excesivamente y haberles ilustrado sobre algunos puntos relativos a la regulación del delito ecológico o los delitos ecológicos en España y en el próximo futuro.

Bibliografía

- BACIGALUPO. "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, V, 1982.
- COBO. "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente en *Estudios penales y criminológicos*, V, 1982.
- CUESTA, de la. "La ley alemana de reforma del Código penal la lucha frente a la criminalidad del medio ambiente", en *CPC* (18), 1982.
- DE VICENTE MARTÍNEZ. *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, 1993.
- GONZÁLEZ GUTIÁN. "Sobre la accesoriedad del derecho penal en la protección del ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991.
- MENA ÁLVAREZ. "La ecología como bien jurídico protegido", en *RJC*, 1980.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. Comentario al delito ecológico. Breve estudio de Derecho comparado entre España y los Estados Unidos, 1986.
- PERIS RIERA. Delito contra el medio ambiente, 1984.
- . "La primeira sentença por delito ecológico: ¿una resolución histórica? en *PJ*, 1988.
- POLAINO. Delitos de incendio en el ordenamiento penal español, 1982.
- . "Sistema legal de incriminación de los delitos de incendio en la reforma de 1987. Especial referencia a los incendios forestales", en *Comentarios*, XIII, 1991.
- PRATS. "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980", en *Homenaje a Pérez-Vitoria*, 1983.
- RODRÍGUES RAMOS. "Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente", en *La reforma penal y penitenciaria*, 1982.
- . "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", *Estudios penales y criminológicos*, V, 1982.
- . "La protección penal del medio ambiente", en *Comentarios*, 1982.
- . "Delitos contra el medio ambiente", en *Comentarios*, v. 2.º, 1985.
- SÁNCHEZ-AMIGALLÓN PARRA. "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", en *CPC* (29), 1986.
- SEOANEZ CALVO/RODRÍGUES RAMOS. *La contaminación ambiental*, 1982.
- TERRADILLOS. "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", en *El delito ecológico*, 1992.

AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA*

MARINO BARBERO SANTOS

Há mais de 30 anos, Silvio Ranieri, o último representante de uma das maiores escolas de nossa disciplina, a Escola Positiva, sugeriu-me o seguinte tema para minha tese de Doutorado na Universidade de Bolonha: "Il soggetto attivo del reato" (o sujeito ativo da relação criminal).

A meu juízo, esse não era tema para uma tese de doutorado, por sua excepcional amplitude, desde a perspectiva italiana. Seriam capítulos desse tema: a responsabilidade penal da pessoa jurídica; o tipo de autor; o delinqüente por tendência; a personalidade do réu no direito vigente. Por outro lado, o núcleo do tema era integrado pela: imputabilidade; a capacidade para delinqüir e a periculosidade.

Pretendi libertar-me do tema pelo motivo exposto e, também, porque deveria redigir a tese em tempo curto e peremptório. Ranieri, entretanto, manteve-se inflexível com o principal argumento, pois com ele obteria uma visão panorâmica da rica teoria italiana do delito, do ponto de vista subjetivo. Hoje, sei que ele tinha razão.

Foi naquelas salas ilustres, que escutaram o grito de Enrico Ferri contra o livre arbítrio como fundamento da responsabilidade penal e sua substituição em prol da periculosidade, que me aproximei de um dos grandes institutos

de nossa disciplina: a periculosidade e, portanto, de sua consequência jurídica: a medida de segurança. Questão que iria ocupar depois grande parte de minhas preocupações como jurista.

Bolonha conferiu-me, faz mais de 3 decênios, em razão de um trabalho de investigação e do resultado de determinadas provas, o último e mais elevado grau acadêmico que uma instituição universitária pode outorgar: o de Doutor, ao qual são inerentes determinados direitos.

Três grandes décadas se passaram desde então e a prestigiosa Universidade do Estado do Rio de Janeiro outorga-me um título ainda mais elevado, o qual não se pode exigir, como o anterior, porque concedido graciosamente. Aquele, e outorgado a quem realiza uma pesquisa. Este, e ofertado como reconhecimento por uma vida dedicada à ciência. Se do primeiro derivam direitos, como já disse, do segundo, decorrem gratos, porém, difíceis deveres. Quão difícil será, no futuro, honrar a tão alta distinção, que, com generosidade extrema, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro — sem que tenha eu méritos bastante — houve por bem conceder-me.

Generosidade que profundamente agradeço ao Magnífico Sr. Reitor, ao Claustro da Universidade, à Faculdade de Direito e a meu ilustre companheiro o Prof. João Marcello de Araujo Junior, a quem tanto admiro como jurista e de cuja amizade me honro, a quem devo

* Texto do discurso de Investidura como Doutor, *honoris causa* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 19.8.93.

acrescentar como um motivo a mais de reconhecimento uma *laudatio* extremamente cordial, na qual muito difficilmente me identifico.

Como expressão de minha gratidão, pensei voltar a tratar, brevemente, neste ato solene, do mesmo tema que, na cidade dos glosadores, ocupou o meditar científico de meus anos juvenis; à luz, agora, da reforma penal espanhola e num momento em que a juventude já me vai ficando distante. Não, entretanto, sem lamentar que, até aqui, o tenha feito em "portunhol" e não em português. De agora para adiante, permitam-me os senhores, falar em espanhol.

Si penas existen en las legislaciones desde que aparece en la Historia de la Humanidad la forma más rudimentaria de Estado, lo mismo ocurre con las medidas de seguridad, aunque sólo desde finales del pasado siglo tuvieran este nombre. Poseen ese carácter algunas formas de mutilación del Código de Hammurabi o de las Leyes de Manú: la *interdictio aquae et ignis* o la *relegatio* romanas; la marca de los Estatutos o Fueros medievales; el internamiento de los locos peligrosos etc.

En la historia de la ciencia penal la peligrosidad cubre una época — con palabras de Aftalión — que todavía no ha periclitado y lo mismo acaece con las medidas de seguridad.

Sin darles este nombre es de justicia reconocer, con Grisigni, que el primer Código que acoge las medidas de seguridad y con gran amplitudes, por iniciativa de Lucchini, el Código italiano de Zanardelli de 1889.

Con esta denominación aparece ya en los Proyectos de Código Penal suizo de Stooss, de 1893, siendo el primer Código innovador el de Noruega, de Getz, de 1902 que las prevé en gran número de arts. 39, 44, 45, 56, 65, 148, 149, 152 y 159.

El 39, que tan elogiado fuera por Prins, tiene este tenor: Si el Tribunal

estima que un reo ha sido absuelto o condenado a una pena atenuada en virtud de los arts. 45 o 56, (el primero se ocupaba de las acciones *liberae in causa* y de los sujetos que se encuentran en estado de inimputabilidad culpablemente y cometen en tal estado un delito; el art. 56 del exceso en la legítima defensa y del arrebatado) es peligroso para la seguridad pública a causa de su irresponsabilidad parcial o total, puede ordenar su internamiento en un asilo de enajenados, en un establecimiento de curación o asistencia o en una casa de habituación al trabajo. El Tribunal podía igualmente imponer la pena de destierro o de confinamiento. Impuesta la medida no podía revocarse por las autoridades administrativas salvo si un certificado médico establecía que no era necesaria en lo sucesivo. En el juicio de jurados el Tribunal, para determinar la oportunidad de estas medidas, podía preguntar al jurado si estimaba que el acusado constituía un peligro para la seguridad pública por su irresponsabilidad o por su responsabilidad atenuada. Su respuesta no vinculaba al Tribunal salvo si era favorable al acusado.

Paulatinamente se fué acogiendo el sistema en la mayoría de los países. Es el denominado dualismo o sistema de la doble vía. Su aceptación se verificó de dos formas muy distintas. Bien incluyendo las medidas dentro del Código punitivo (Suiza, en 1937; Italia y Dinamarca, en 1930; Uruguay, en 1933; Polonia, en 1932; Coimbra Rumania, en 1936 etc.), bien mediante la promulgación de leyes especiales que daban entrada a las medidas, reservándose los Códigos para las penas: Bélgica, por medio de su Ley de Defensa social de 1930, en vigor junto al Código de 1864. Alemania por la de 24.11.33 sobre delincuentes habituales.

Esta Ley rompe la doctrina unitaria imperante desde comienzos de la actual centuria y acoge una de las reivindicaciones que los reformadores del Código

penal alemán defendían desde hacia decenas de años y se había concretado en los Proyectos de 1925 y 1927 e, incluso, en el más progresista, de Radbruch, de 1922: se acepta el dualismo de pena y medida de seguridad pero no la sentencia indeterminada, sino la posibilidad de modificar la sanción en el curso de su ejecución, según el modelo de los proyectos suizos.

El § 48 concedía al Tribunal la facultad (en los supuestos en que se imponía una custodia de seguridad junto a la pena privativa de libertad) de sustituir la pena por la custodia, debiendo tener ésta, al menos, la duración de la pena. Y el § 47, en los supuestos de imponer la medida de internamiento en un establecimiento de cura y asistencia junto a la pena privativa de libertad, permitía al Tribunal, en casos excepcionales, ejecutar primero aquella.

La evolución posterior de la legislación alemana al respecto está constituida por el Proyecto de 1962, el Proyecto alternativo de 1966 y 1969 (1 y 2 ed.), la primera ley de reforma de 25.6.69, y la segunda ley de reforma de 4.7.69, que está en vigor desde el 1 de enero de 1975, cuya regulación de penas y medidas de seguridad y corrección ha constituido, con expresión de Jescheck, "el núcleo de la reforma del Derecho penal alemán". "Sistema dualista en su conjunto", según Bockelman, pero no en el detalle de su aplicación, "que es vicarial". La regulación alemana ha ejercido particular influjo en las reformas penales posteriores de numerosos países, también en las españolas.

Brasil, como Vdes. mejor saben, aceptó, en 1940, el sistema *do duplo binario* a través del Código italiano Rocco, en el cual la medida de seguridad se presenta como simple complemento de la pena, que se impone en sentencia condenatoria en la que se aprecia la peligrosidad del delincuente. Con su aplicación, el reo sufre una doble sanción.

La primera consiste en el cumplimiento de una pena. La segunda, en la aplicación de una medida después de finalizar la ejecución de la primera.

Se ha de recordar que o "Anteproyecto Nelson Hungria" repudió "o sistema do duplo binario, isto é, a aplicação sucesiva da pena e medida de segurança, ou viceversa. Ou é aplicada somente a pena ou somente a medida de segurança", de acuerdo con: la advertencia relativa al § 1.º de su art. 39.

La mayoría de los penalistas brasileños elogiaron la innovación que el Anteproyecto Nelson Hungria significaba. Mencionaré, únicamente, a Heleno Claudio Fragoso. Aunque no faltaron detractores, v.g., el Prof. Basileu García en su artículo "As penas e sua aplicação". El propio Nelson Hungria rebatió sus objeciones en su estudio "Resposta as objeções ao Anteproyecto".

El Código Penal de 1969 acogió ya el "sistema de aplicação vicariante". Supuesto en el que la pena conminada puede ser atenuada o sustituida, si se necesita un especial tratamiento curativo, por el internamiento en un establecimiento psiquiátrico anejo al manicomio judicial, o al establecimiento penal o en una sección especial de uno u otro (art. 93). La reforma de la parte general de 1985 estableció la medida de seguridad solamente para los inimputables, superando el sistema del doble binario. El Sistema vicariamente se mantiene solamente para los semi-imputables.

Me complace subrayar que la gran preocupación hoy de mis colegas brasileños es que las medidas de seguridad no atenten contra el Estado de Derecho.

En España, la Ley de Vagos y Maleantes de 4.8.33 y, más tarde, la de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4.8.70 regularon la peligrosidad predeictual — o con sus mismos términos, peligrosidad social — y sus correspondientes medidas, salvo los supuestos de

reincidencia e inidoneidad del medio empleado, inexistencia de objeto etc., y sus correspondientes medidas, que se previeron en los arts. 3 y 9 del CP, pero estos (Códigos de 1932, 1944 y sus sucesivas reformas) se reservan para las penas.

La realidad es, sin embargo, que en el Código Penal, aún hoy, existe algún precepto dedicado a la peligrosidad y a sus efectos, sea de forma explícita o implícita.

De cita explícita valga como ejemplo el art. 67 que tiene este tenor: Los tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiera cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del periodo de tiempo que el mismo tribunal señale, según las circunstancias del caso.

Precepto que ha pasado, incluso, al Proyecto de Código Penal de 23.9.92 con leves modificaciones, salvo la de limitar su aplicación a un máximo de cinco años.

La peligrosidad del sujeto lleva aquí a la imposición de una clara medida de seguridad.

En algún otro precepto la ausencia de peligrosidad conduce — unida a otros factores — a posibilitar la reducción de pena.

Así lo establece el art. 256 en el supuesto de tenencia de armas. Si de los antecedentes del procesado y de las circunstancias del hecho se dedujese la escasa peligrosidad social de aquél, la existencia en contra suya de amenazas graves de agresión ilegítima o la patente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, los tribunales podrán rebajar las penas señaladas en esta sección en uno o dos grados.

De forma implícita son numerosos los preceptos que se refieren a la peligrosidad, a comenzar por el art. 8, ns. 1, 2 y 3.

A las medidas de seguridad, como ya he dicho, se reservó la Ley de Vagos y Maleantes — hoy de Peligrosidad y Rehabilitación Social —, cuyos autores fueron los profs. Ruiz Funes y Jiménez de Asúa. Ley que no gozó de mis simpatías desde los años de investigación en la Universidad de Bolonia sobre el tema.

La crítica principal, que entonces ya hice, fue la posibilidad de declarar un estado peligroso, al que se anudaban muy graves sanciones, sin las garantías inherentes a la previa comisión de un delito; la enorme elasticidad de la norma que a los mismos positivistas italianos les parecía “despreciablesísima cosa”, la excesiva discrecionalidad concedida al juez; el no haber dado el paso de convertir, al menos parte de los supuestos de peligrosidad sin delito, en propia peligrosidad “ex-delicto” a combatir con los procedimientos y garantía de un derecho penal verdadero y propio.

Otro defecto, que vió incluso Jiménez de Asúa, fué el carácter defensivo del orden público que arrastraba la Ley desde su origen, como lo demostraba alguna de las categorías de peligro que incluía (v.g. “aquellos que en cualquier modo perturben con su conducta la paz social o la tranquilidad pública”), del que haría uso con fruición la posterior Dictadura franquista.

Junto a los citados, un defecto sustancial era la carencia de establecimientos adecuados para cumplir la medida decretada.

No puede extrañar, por ello, que ya desde entonces me manifestase contrario a la Ley de Vagos y Maleantes, denominada a partir de 1970 Ley de Peligrosidad Social.

Lejos estaba de imaginar que mi oposición, de carácter doctrinal, contra

esta Ley, podría asumir dos decenios después eficacia práctica.

El 23.10.77, con ocasión de la Clausura en Plasencia del Primer Coloquio Regional Español de la *Association Internationale de Droit Pénal*, el Ministro de Justicia Dr. Landelino Lavilla anunciaba que el primer Gobierno de la España democrática proyectaba llevar a cabo junto a una reforma parcial otra total y profunda de todo el sistema punitivo que habría de tener en cuenta no sólo el nuevo orden político, sino también los avances que ofrecían la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria.

Consecuente con este propósito el Ministro designó, el 25.4.78, una comisión especial para la redacción de un Anteproyecto de Código Penal. Y breves días después, el 12 de mayo, una segunda comisión especial para la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuya presidencia me fue asignada. En las líneas generales de la reforma que un mes más tarde hubimos de presentar al Ministro ya manifestamos que de los tres caminos posibles: a) la reforma de la ley; b) su derogación pura y simple; y c) su posible desaparición en el marco de la gran reforma en preparación del entero sistema punitivo español, la Comisión, en un primer análisis, estimaba más satisfactoria la vía de resolver los problemas que plantea la peligrosidad en el ámbito de la reforma penal y de la protección social. Ya que entendíamos que en el Código penal había de darse regulación apropiada tanto a supuestos de peligrosidad predelictual que parecía necesario mantener — transformados en delito — para la tutela de valores sociales importantes, como a supuestos de peligrosidad postdelictual.

Asimismo el Código había de dar acogida a medidas previstas en la Ley de Peligrosidad que pueden servir a fines de socialización. La peligrosidad

criminal exige un tratamiento armónico con la culpabilidad, al igual que lo exigen sus consecuencias respectivas: penas y medidas de seguridad. La materia de la peligrosidad — fundamental en el Derecho Penal contemporáneo, por constituir el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad — había de integrarse en el Código Penal. Como consecuencia de ello se abogaba porque el laborar futuro de la Comisión especial sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social se desarrollase en estrecha relación con la encargada de preparar el Anteproyecto de Código Penal. Sugerencia que fue aceptada.

Como consecuencia de ello, en el primitivo borrador del Libro I del Anteproyecto de Código Penal — y luego en el Proyecto de 1980 —, se incluyeron la práctica totalidad de las propuestas hechas por la Comisión que presidí, que han pasado de forma mas o menos completa a los sucesivos borradores, propuestas de Anteproyectos, Proyectos e, incluso, reformas parciales operadas en el Código Penal texto refundido de 1973. Incluido el último Proyecto de 23.9.92, único, por obvias razones, que vamos a pasar a analizar.

Ya en la Exposición de motivos que precede al Texto del Proyecto de 1992, el legislador reconoce que “el cambio más significativo se produce en el sistema de penas y medidas de seguridad”. En lo que a éstas afecta manifiesta “que están diseminadas entre el Código Penal y la Ley de Peligrosidad Social, carecen de una catalogación expresa y cerrada como constitucionalmente sería exigible. Su relación con las penas no está satisfactoriamente resuelta, a excepción de los supuestos de medida de seguridad impuesta en casos de apreciación de la eximente incompleta de enajenación o de alteración de la percepción. En ellas se contempla la renuncia a la pena en función de la eficacia de la medida. Pero en términos generales no se regula”.

Establece, en consecuencia, que la medida de seguridad será exclusivamente postdelictual, se relacionarán de forma cerrada y podrán ser privativas y no privativas de libertad. Se someterán, por entero, al sistema vicarial. La duración de las medidas se limita a la que hubiere tenido la pena si el sujeto hubiese sido declarado plenamente responsable.

Prevé, asimismo, que las medidas de seguridad se fundamenten en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 4.1) y se sometan al principio de legalidad (art. 1.2). No pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 4.2). Se ejecutarán en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal y de la forma prescrita por la Ley y Reglamentos. Su ejecución estará intervenida judicialmente (art. 2). Se impondrán cuando del hecho y de las circunstancias del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 96) y se decretará su cese cuando desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

Se acoge el sistema vicarial como se ha expuesto, estableciendo que en caso de concurrencia de pena y medida de seguridad privativa de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Cumplida la medida de seguridad, el Juez o Tribunal puede suspender el cumplimiento del resto de la pena o aplicar otras medidas no privativas de libertad (art. 98).

El Proyecto de 1992 acepta igualmente nuestra propuesta de imponer una u otra medida de seguridad y de sustituirlas durante la ejecución. Prevé asimismo — en el art. 101 — la medida cautelar de internamiento u otra medida en

sustitución de la prisión provisional. Regula los efectos del quebrantamiento de la medida impuesta. En ejecución de sentencia podrá sustituirse una medida por otra que se estime más adecuada e, incluso, suspender la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido.

Otras sugerencias efectuadas por la Comisión que presidí que se incluyen en el Proyecto de 1992 son: la previsión entre las medidas de centros de deshabitación y del educativo especial, la custodia familiar, la privación del derecho a portar armas (que sustituye equivocadamente por la privación de licencia de armas, menos restrictiva), la asistencia por el Juez de Vigilancia o sus delegados, la determinación circunstanciada de las eventuales medidas a imponer a cada supuesto de estado peligroso, la previsión de la posibilidad de tratamiento ambulatorio.

Ha eliminado, por último, errores que en su momento advertimos. Y así: no impone medidas de seguridad a la tentativa inidónea, ni prevé, entre aquellas, la pérdida de la nacionalidad española o la incautación a favor del Estado de los efectos o instrumentos del delito, que ha pasado a ser “consecuencia accesoria” (art. 132). Al igual que son “consecuencias accesorias” las medidas — ya no de seguridad — susceptibles de ser impuestas a empresas o sociedades.

Prácticamente, la única propuesta importante no acogida ha sido el fijar la mayoría de edad penal a los dieciocho años, ya que lamentablemente se mantiene la de dieciseis.

Algunas críticas pueden hacerse pero por obvias razones de tiempo omito efectuarlas.

Manifestarei, tão-somente, antes de finalizar minha exposição, que entre as disposições derogatórias do Projeto de 1992, se inclui uma que tem o seguinte teor: fica revogada a Lei 16, de 4.8.70,

que dispõe sobre "Periculosidade e Reabilitação Social" com as disposições posteriores e complementares.

No dia em que o Projeto de 1992 se converta em lei — se é que isso um dia ocorrerá — uma das aspirações científicas de minha mocidade terá se convertido em realidade. A nem todo pesquisador é concedido ter semelhante satisfação.

Mas, um cientista pode, realmente, sentir-se, em algum momento, satisfeito? A resposta é negativa, pois ao atingir a meta proposta surgem dificuldades novas e de gravidade não inferior à superada.

O grande risco da supressão das leis de Periculosidade Social está no fato de

os comportamentos ou estados que elas regulavam, cujo conhecimento correspondia aos juízes, passem a ser, logo, objeto de decisão por parte das autoridades administrativas e, que sejam estas, isto é, a polícia, as chamadas a impor sanções de conteúdo material penal — ainda que não formal — e sem as garantias inerentes a toda intervenção judicial.

Evitar isso é uma das mais atraentes tarefas que se apresentam ao penalista no âmbito político criminal. Pena que, ao contrário do que me acontecia nos anos de estudante na Universidade de Bolonha, hoje já não disponho de mais 35 anos para dedicar-me a ela.

PROCESSO PENAL TRANSNACIONAL: LINHAS EVOLUTIVAS E GARANTIAS PROCESSUAIS¹

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal na Universidade de São Paulo

1. Os relatórios nacionais — 2. Explicação preliminar — 3. Cooperação internacional em matéria penal e direitos fundamentais — 4. O embasamento processual da trilateralidade da cooperação internacional — 5. Metodologia do trabalho — 6. As questões clássicas — 7. As linhas evolutivas: 7.1 Pluralidade e hierarquia das fontes normativas; 7.2 O tratamento sistemático da cooperação processual em matéria penal: 7.2.1 Disposições comuns a todas as formas de cooperação; 7.2.2 A extradição; 7.2.2.1 Extradição passiva; 7.2.2.2 O processo de extradição; 7.2.2.3 Extradição ativa; 7.2.3 Transmissão de processos penais; 7.2.4 Execução de sentenças penais; 7.2.4.1 Execução de sentenças condenatórias estrangeiras; 7.2.4.2 Execução, no estrangeiro, de sentenças condenatórias nacionais; 7.2.4.3 Destino de multas e coisas apreendidas e medidas cautelares; 7.2.4.4 Transferência de pessoas condenadas; 7.2.5 Vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente; 7.2.5.1 Disposições gerais; 7.2.5.2 Vigilância; 7.2.5.3 Vigilância e execução da sentença; 7.2.5.4 Execução integral da sentença; 7.2.5.5 Cooperação solicitada ao país estrangeiro; 7.2.5.6 Disposições comuns; 7.2.6 Auxílio judiciário geral em matéria penal; 7.2.6.1 Disposições comuns às diversas modalidades de auxílio; 7.2.6.2 Pedido e processo de auxílio; 7.2.6.3 Atos particulares de auxílio internacional; 7.3 A repulsa ao princípio "male captus, bene retentus"; 7.4 As garantias processuais; 7.4.1 As garantias processuais no Estado requerido; 7.4.2 A observância das garantias processuais pelo estado requerente; 7.4.3 O controle jurisdicional por órgãos internacionais.

1. Os relatórios nacionais

Este relatório geral pôde ser elaborado graças aos relatórios nacionais de diversos países, que forneceram os dados necessários à sua feitura.

Foram os seguintes os relatórios nacionais recebidos:

1. Relatório geral preparado para o Congresso Internacional de Direito Processual (Taormina, set./94), sobre o tema geral *Aspectos transnacionais do direito processual*, cabendo à autora o tópico "Cooperação internacional no processo penal".

a) Europa

— Alemanha: Relatores Otto Lagodny, Pesquisador do Max Planck Institute, e Wolfgang Schomburg, da Universidade de Berlin

— França: Relator Jean Pradel, Professor na Universidade de Poitiers

— Grécia: Relator Constantin Vouyoucas, Professor na Universidade de Salônico

— Polônia: Relator Bozena Gronowska, Professora na Universidade de Torun

— Portugal: Relatora Tereza Alves Martins, Professora na Universidade de Coimbra

— Suíça: Relator Jean Gauthier, Professor na Universidade de Losana

b) *América*

— Argentina: Relator Pedro Juan Bertolino, Professor na Universidade de La Plata

— Brasil: Relatores Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scaranze Fernandes, Professores na Universidade de São Paulo

— Canadá: Relator Pierre Patenaude, Professor na Universidade de Sherbrooke

— Chile: Relator Raul Tavorali Oliveros, Professor na Universidade de Santiago

— Colômbia: Relator Jorge Florez Gacharná, Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual

— Costa Rica: Relator Daniel González Alvaréz, Magistrado da Corte Suprema de Justiça

— Estados Unidos da América: Relator Christopher Blakesley, Professor na Universidade da Luisiana

— Guatemala: Relator Wilfredo Valenzuela O., advogado e tabelião

— México: Relator José Ovalle Favela, Pesquisador do Instituto de Investigações Jurídicas

— Peru: Relator Carlos Parodi Remón, Professor na Universidade de Lima

— Uruguai: Relatora Martha Jardí Abella, Professora na Universidade do Uruguai

c) *Ásia*

— Israel: Relatora Ruth Rabin, Diretora do Departamento Internacional da Procuradoria-Geral do Estado de Israel

— Japão: Relator Tadashi Sakamaki, Professor na Universidade de Kobe

d) *África*

— Egito: Relator Abdel Raouf Mahdy, Professor na Universidade de Mansoura

A todos os relatores nacionais, os agradecimentos por terem contribuído

de maneira notável para a elaboração do relatório geral.

Para suprir à falta de relatórios nacionais de parte de diversos países que não os remeteram em tempo hábil, foram tomados em consideração diversos relatórios preparados para o tema “A regionalização do direito penal internacional e a proteção dos direitos do homem nos processos de cooperação internacional em matéria penal”, para a Associação Internacional de Direito Penal (Colóquio preparatório de Helsinque, 1992, e XV Congresso Internacional, 1994).

São eles: África do Sul (John Dugard); Austrália (Bruce Bannermann); Áustria (Cristoph Mayerhofer); Bélgica (Jacques Verhaegen); Dinamarca (Johan Reiman); Espanha (Joan J. Queralt); Finlândia (Raimo Lahti e P.O. Träskman); Holanda (M. Bonn, R.C.P. Haentjens, A.M.M. Orie, A.M.G. Smit); Hungria (Péter Pont e Imre A. Wiener); Romênia (Gheorghe Nistoreanu); Suécia (Nils Rekke); Tunísia (Sassi Ben Halima). Completando esse material, também foram consultados, para outras informações, os relatórios de Jean-Dominique Schouwey e Jérôme Candrian (Suíça) e de Iskander Ghattas (Egito).²

O relatório geral baseou-se, ainda, nos trabalhos de Otto Lagodny e Sigrun Reisner, “Extraditions treatis, Human rights and *Emergency-brake* Judgements — A comparative European Survey”,³ de Nicoletta Parisi, “Estradizione e diritti dell'uomo — Fra diritto internazionale convenzionale e generale”,⁴ de Raúl

2. Os relatórios nacionais supra-indicados foram publicados na *Révue Internationale de Droit Pénal*, Section IV, 1994, pp. 129 e ss.

3. Relatório apresentado no Colóquio da AIDP sobre “A regionalização do direito penal internacional e a proteção dos direitos humanos na cooperação internacional no processo penal”, Helsinque, 2-6.9.92, in *Rév. Int. Dr. Pén.*, cit., pp. 543 e ss.

4. Ed. Giuffrè, 1993.

Cervini e Gastón Chaves, "Legitimación dae los sujetos eventualmente afetados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir procesalmente en el decurso de esas instancias";⁵ assim como no Relatório Geral de Julian Schutte para o Colóquio preparatório de Helsinque e o XV Congresso da AIDP.⁶

2. Explicação preliminar

Um relatório geral a ser discutido em congresso internacional pode optar entre duas alternativas: limitar-se a uma descrição detalhada dos diversos sistemas jurídicos nacionais, numa análise precipuamente descritiva, retirando algumas conclusões da referida análise; ou, a partir dos pontos salientes indicados nos diversos relatórios nacionais, apontar as linhas evolutivas da matéria, destacando nelas o que de mais representativo surgiu nos relatórios.

Este relatório geral segue a segunda linha. Assim, sua metodologia consistirá em analisar, após uma breve exposição das questões clássicas, as linhas evolutivas da cooperação internacional em matéria penal, com particular destaque à questão das garantias processuais.

Daí porque se tomou a liberdade de acrescentar ao título do tema ("cooperação internacional no processo penal") o subtítulo: "linhas evolutivas e garantias processuais", a fim de delinear desde logo o enfoque do relatório geral.

3. Cooperação internacional em matéria penal e direitos fundamentais

Dois valores relevantes, de certo modo antagônicos, ou pelo menos dialética-

mente opostos, têm emergido recentemente em sede de cooperação internacional em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal.

O Projeto de Resolução elaborado, em 1992, durante a reunião preparatória de Helsinque para o XV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 1994, onde foram elas confirmadas, havia salientado a necessidade de os Estados, diante de obrigações internacionais contrastantes que tendam, de um lado, à proteção dos direitos do homem e, de outro, à cooperação em matéria penal, darem preeminência aos primeiros, recusando a cooperação ou subordinando-a a condições.⁷ E mais: quando destinatários de pedidos de cooperação internacional em matéria penal, os Estados devem preocupar-se em que os tratados não lhes criem obrigações que resultem em violações de direitos fundamentais e, mais particularmente, do direito de não ser submetido a tortura, a execuções e seqüestros arbitrários, bem como a procedimentos penais que não respeitem as condições de um processo justo, como geralmente reconhecido.⁸ Assim, exemplificativamente, os Estados cuja legislação restringe o uso das provas ilícitas deveriam aplicar as mesmas restrições com relação às provas obtidas pela via da cooperação internacional em matéria penal.⁹

5. V. *Curso de Cooperación Penal Internacional* (Valença, Rio), Montevideo, 1994, pp. 101-122.

6. Publicado in *Rev. Int. Dr. Pén. cit.*, pp. 39-82.

7. "Projeto de Resolução da Associação Internacional de Direito Penal", Helsinque, 1992, n. 2, in *Rev. Int. Dr. Pén. cit.*, pp. 600-601.

8. Projeto cit., n. 5, p. 601.

9. Projeto cit., n. 7, *ibid.*

Na busca do equilíbrio entre as exigências de cooperação e a preocupação pelas garantias individuais, várias reformas no plano interno de diversos Estados têm posto de realce princípios como a denominada “cláusula francesa” ou de não discriminação, que proíbe a entrega de pessoa na presença de riscos de discriminação; ou de cláusulas que evitam a exposição a tratamentos desumanos, degradantes ou lesivos da integridade física da pessoa; ou a denominada “cláusula humanitária”, que possibilita a negativa de entrega quando, pela idade, condições de saúde ou outras circunstâncias pessoais, é possível considerar a extradição incompatível com considerações humanitárias; ou quando a extradição possa submeter o acusado a julgamento por tribunais de exceção ou o sentenciado a cumprir pena aplicada por esses tribunais; e finalmente os princípios que regem de maneira diversa da do passado as medidas cautelares, reforçam a garantia jurisdicional, valorizam o contraditório, enaltecem o princípio do *ne bis in idem*.¹⁰

Essa nova disciplina interna inspira-se frequentemente em convenções internacionais que dispõem a respeito de garantias individuais em diversos campos, como se vê por várias convenções européias e pela americana. Daí porque muitos tratados bilaterais — estipulados mesmo com países não pertencentes a essas áreas — constituem modelos de novas soluções, mais garantidoras.¹¹

Finalmente, a jurisprudência internacional — que também tem influenciado, pelo menos em parte, a jurisprudência interna — vem estabelecendo, em diversos julgamentos que configuram verdadeiro “freio de emergência”, limites à cooperação internacional em matéria

penal, dando particular atenção às cláusulas atinentes aos direitos fundamentais.¹²

Algumas dessas cláusulas têm caráter eminentemente processual: o *ne bis in idem*, a sentença contra o revel, a observância das garantias do devido processo legal perante o Estado requerido; o controle da observância dessas mesmas garantias no Estado requerente, pelo requerido; a proibição de tribunais de exceção; os princípios processuais retratados pelas denominadas “cláusulas de ordem pública”.

Isso tudo vem transformando o enfoque da cooperação internacional em matéria penal e processual penal: da clássica asserção de que “os tratados de extradição são feitos em benefício dos governos envolvidos”,¹³ na base da qual toda essa matéria era vista num plano bidimensional, onde a pessoa figurava apenas como sujeito passivo, passa-se ao esforço de construção da cooperação internacional numa dimensão trilateral, em que o indivíduo é sujeito de direitos, tutelado pelas normas internacionais e pelas garantias constitucionais e legais de seu próprio país.¹⁴

12. Otto Lagodny e Sigrun Reisner, “Extradition treaties, Human rights and *Emergency-Brake Judgements* — A comparative european survey”, comunicação apresentada ao colóquio preparatório da AIDP, Helsinque, 1992, in *Rev. Int. Dr. Pén.* cit. pp. 543 e ss.

13. *United States v. Cordero*, 668 Federal 2nd 32 (1^a Circuit 1981).

14. Relatório alemão, pp. 37-38. No mesmo sentido, Raúl Cervini e Gastón Chaves, *Legitimación* cit., pp. 102-104 e 121. O relatório geral de Schutte, preparado para o XV Congresso da AIDP, aponta claramente, na base dos relatórios recebidos, a dicotomia entre visão dualista (Alemanha, Hungria) e visão trilateral da matéria (Áustria, Bélgica, Holanda, Polónia), permitindo esta última aos indivíduos invocar as normas do tratado (p. 63).

10. Nicoletta Parisi, *Estradizione e Diritti dell'uomo*, Giuffrè, 1993, pp. 3-5.

11. Id., *ibid.*, pp. 5-7.

4. O embasamento processual da trilateralidade da cooperação internacional

A visão trilateral da cooperação em matéria penal, em que avulta a figura da pessoa em relação à qual um Estado solicita cooperação a outro, encontra sólido embasamento nos esquemas processuais.

Com efeito, a cooperação internacional em matéria penal envolve frequentemente a existência de verdadeiros processos jurisdicionais. Isso ocorre em muitas de suas modalidades, como na extradição, na maioria dos Estados modernos,¹⁵ assim como na execução das sentenças penais estrangeiras, nos países que a admitem.¹⁶ Assim é para o cumprimento de rogatórias de Estados estrangeiros.¹⁷ E assim é, sobretudo, na linha evolutiva atual da cooperação judiciária, que trata unitariamente, com princípios gerais aplicáveis a todas as formas de cooperação — reservando, evidentemente, princípios específicos a cada uma delas — a matéria até então fragmentária e esparsa.¹⁸

Ora, qualquer processo jurisdicional — assim como seus incidentes — só pode desenvolver-se em contraditório; e o contraditório há de ser estabelecido entre os sujeitos da relação jurídica processual: juiz, demandante e demandado.

A relação processual é sempre tríplice e dela participam obrigatoriamente os sujeitos do contraditório. Essa afirmação é incontestada na moderna doutrina processual.

Por isso mesmo, não tem sentido, perante o fenômeno da processualidade,

cogitar-se de uma relação processual linear, que se estabeleça apenas entre o juiz e o demandante. A angularização da relação processual é a pedra de toque que transforma um mero procedimento administrativo num verdadeiro processo.

Exemplifique-se com a extradição, a forma mais tradicional de cooperação judiciária internacional. Na maioria dos Estados modernos, após uma fase administrativa prévia — destinada ao juízo de admissibilidade formal e, eventualmente, a um juízo político de oportunidade e conveniência —, abre-se a fase jurisdicional perante o tribunal do Estado requerido, que analisa as condições de admissibilidade e o mérito do pedido de extradição formulado pelo Estado requerente. Se depois a autoridade governamental fica vinculada, ou não, à decisão judiciária favorável à extradição, é outra questão.¹⁹ Mas houve um processo que culminou com a decisão sobre o pedido de extradição e, em caso favorável, com a entrega do extraditando. É um processo com pluralidade de partes no pólo passivo.

Sem analisar *ex professo* as diversas teorias processuais que explicam a natureza jurídica deste processo e desta decisão — procedimento incidente ao processo condenatório ou executório do Estado requerente, segundo alguns;²⁰ processo autônomo cuja pretensão e cuja sentença seriam meramente declaratórias, segundo outros²¹ —, temos para nós que se trata de processo autônomo

19. Na maioria dos países, a decisão favorável ao pedido de extradição não é vinculante para o Governo, que ainda pode usar de sua discricionariedade para recusá-la. Ao contrário, denegado judicialmente o pedido de extradição, o Governo não pode contrariar a decisão do tribunal. Sobre os limites do poder discricionário do Governo, no Estado de Israel, v. relatório nacional, pp. 66-68.

20. Cf. os relatores da Argentina (p. 12) e da Guatemala (pp. 12-13).

21. Cf. a relatora do Uruguai (p. 13).

15. V. adiante, sobre o processo da extradição nos países pesquisados, n. 7.2.2.2.

16. V. adiante, sobre o procedimento utilizado nesta matéria nos países pesquisados, n. 7.2.4.

17. V. adiante, sobre o assunto, n. 7.2.6.2.

18. V. adiante, n. 7.2.

de conhecimento com pluralidade de partes no pólo passivo: poderá tratar-se de processo meramente declaratório, que culmina numa sentença que declara a legalidade da extradição e a faculdade de o Estado requerido entregar o extraditando ao Estado requerente. Mas, quando a decisão sobre a legalidade da extradição for vinculante para o Governo do Estado requerido, à sentença declaratória acresce-se a ordem de extraditar, com formação de título para a entrega do extraditado ao Estado requerente, sem necessidade de processo de execução. Trata-se, nesse caso, de processo executivo *lato sensu*, pois à declaração segue-se a execução, *sine intervallo*.²²

Note-se, ainda, que neste processo de conhecimento há incidentes processuais de natureza cautelar, como os atinentes à prisão do extraditando, ao arresto e seqüestro de bens etc.

Parece, portanto, que, no esquema do processo meramente declaratório, as partes no processo de extradição são o Estado requerente, que formula o pedido declaratório da legalidade de seu pedido de extradição; o Estado requerido, cuja faculdade de extraditar será declarada, ou não, pelo tribunal; e o extraditando, ou seja a pessoa em face da qual a extradição é requerida. Ou, no esquema do processo executivo *lato sensu*, o Estado requerente que formula o pedido; e o Estado requerido e o extraditando, perante os quais a ordem de extradição será executada.

Não há dúvidas, portanto, que no esquema processual — ou mesmo em outros, como o dos incidentes jurisdicionais — o contraditório se estabelece necessariamente entre os legitimados ativo e passivo: a pessoa que pede (o Estado requerente), e as pessoas em face de quem se pede o provimento jurisdic-

cional de extradição (o Estado requerido e o extraditando). E, como em qualquer processo em contraditório, as posições das partes estarão cercadas de todas as garantias do *due process of law*.²³ Não há espaço, no esquema processual da extradição, para considerar o extraditando mero objeto do processo.

Mas, mesmo com relação aos poucos países que ainda enquadram a atividade estatal desempenhada na extradição como meramente administrativa,²⁴ deve ela ser desenvolvida em contraditório, pelo simples fato de versar sobre conflitos de interesses envolvendo direitos fundamentais. Os modernos estudos sobre a processualidade administrativa realçam a necessária observância das garantias do *due process of law* em todo e qualquer processo administrativo que possa levar à restrição de direitos.²⁵ Essa regra, que é imperiosa no Estado de Direito, faz com que mesmo os países que não reservam à atividade jurisdicional processos como a extradição colo-

23. Diferente seria a figura processual se o pedido de extradição fosse formulado perante um tribunal internacional: aqui, o Estado requerente formularia um pedido consistente na prestação da obrigação de fazer pelo Estado requerido, que seria parte na demanda; mas, mesmo assim haveria intervenção necessária do extraditando, pelos reflexos que necessariamente a decisão teria em sua situação jurídica.

24. É o caso, por exemplo, do Peru e mesmo do México (relatório nacional, p. 19), onde a manifestação do tribunal é meramente opinativa, mesmo quando contrária à extradição; assim como do Japão, em que somente as medidas constritivas são tomadas pelo tribunal (relatório nacional, p. 6). Na Suíça, embora o processo de extradição seja considerado administrativo, aplicam-se ao extraditando a garantia de fazer-se ouvir e de ser assistido pelo advogado (relatório Schouwey e Candrian para o XV Congresso da AIDP, in *Rév. Int. Dr. Pén.* p. 462).

25. V., por todos, no Brasil, Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, Ed. RT, 1993.

22. É o caso do sistema português: v. adiante, n. 7.2.2.1, alínea b

quem a atividade administrativa, em casos que tais, sob o páleo do contraditório e do devido processo legal.²⁶

Trata-se, portanto, de atividade jurisdicional, ou se trate mesmo de atividade administrativa, a extradição, assim como as demais formas de cooperação internacional em matéria penal, só podem resultar de formas processuais: da processualidade jurisdicional, ou da processualidade administrativa, não importa. O que importa é que em qualquer hipótese, incidindo a atividade estatal sobre direitos e garantias do indivíduo, o provimento deve necessariamente ser precedido pela observância das garantias do *due process of law*.

Eis o fundamento processual da necessária tridimensionalidade da cooperação internacional em matéria penal.

5. Metodologia do trabalho

Diante das observações feitas nos ns. 2, 3 e 4 supra, a metodologia do presente relatório geral consistirá em levantar, primeiro, as questões clássicas suscitadas pela cooperação internacional em matéria penal.

A seguir, o trabalho abordará as linhas evolutivas atuais que mais significativamente têm despontado na matéria, com o enquadramento das informações atinentes aos diversos Estados, colhidas nos respectivos relatórios nacionais ou em outras fontes, em cada tópico a ser analisado.

E, por último, dentro dessas linhas evolutivas, serão destacadas especificamente as garantias processuais, no Estado requerido e no Estado requerente, consideradas necessárias à concretização da cooperação internacional, mais uma vez inserindo as informações de cada país nos diversos aspectos a serem abordados.

Uma advertência: evidentemente, tratando-se de cooperação internacional judiciária, o estudo poderia ser desenvolvido observando rigorosamente as categorias fundamentais do processo: condições da ação, pressupostos da válida instauração da relação processual e mérito.

Assim, por exemplo, no tocante à extradição, poderíamos enquadrar diversos requisitos necessários à sua concessão como condições da ação, próprias de um juízo de admissibilidade: por exemplo, o óbice da nacionalidade ou dos crimes políticos representam evidentemente casos de impossibilidade jurídica do pedido, pois o ordenamento pode vedá-lo, nessas hipóteses. Outros impedimentos se enquadram na falta de interesse de agir, como o *ne bis in idem* no caso de já ter havido condenação, com cumprimento da pena, no país requerente (falta de interesse-utilidade).

Todavia, temos para nós que um relatório geral não deve configurar obra de doutrina, mas servir para trazer ao conhecimento dos leitores e dos congressistas a situação atual do tema e suas questões mais modernas e interessantes, com as perspectivas de evolução futura. Por isso, este relatório não se deterá nos aspectos técnico-científicos dos temas abordados, segundo as categorias do direito processual, mas seguirá a metodologia acima indicada.

6. As questões clássicas

A pesquisa sobre a cooperação internacional em matéria penal mostra que a fase inicial dos tratados bilaterais, marcada pelos interesses dos dois Estados, foi seguida pela fase intermediária de uma regulamentação legislativa no seio de cada Estado, em que cada qual delineia o regime jurídico a que pretende submeter o assunto, de acordo com a lei nacional. Somente a terceira fase é caracterizada por uma evidente ten-

26. Relatório do México, p. 19.

dência rumo à unificação das normas de cooperação no plano internacional. E para isso muito contribuíram o Código Bustamante, assinado em 1928 por 21 Estados americanos, o Tratado Benelux de extradição e outros documentos, todos preparando as Convenções européia e americana sobre extradição e as Convenções posteriores sobre matérias conexas.²⁷

Mas, mesmo nesta fase de busca de normas uniformes para os diversos Estados integrantes de distintas comunidades, em que se abriram novos caminhos para uma cooperação internacional entre Estados que defendem os mesmos valores fundamentais e seguem políticas criminais semelhantes, continuou a prevalecer a visão bidimensional da cooperação internacional em matéria penal, enfocando-a como assunto reservado exclusivamente aos interesses dos Estados e em que a pessoa figuraria apenas como sujeito passivo.²⁸

Nesta visão, as questões que classicamente se punham sobre o assunto, e especialmente em tema de extradição, limitavam-se à reciprocidade, à dupla incriminação, à proibição de extraditar nacionais ou pessoas incriminadas por delitos políticos, à regra da especialidade, além de problemas ligados à hierarquia das fontes normativas.

É certo que algumas novas questões, envolvendo os direitos humanos, vinha, despontando — como a relativa à negação de cooperação quando no Estado requerente a pessoa fosse submetida a julgamento por tribunais de exceção, ou a atinente à possível exigência de comutação da pena de morte ou de prisão perpétua em outra penalidade. Mas isso ocorria de maneira incipiente e fragmentária, dependendo dos tratados bilaterais e das disposições internas de cada país. Faltava, apesar da consolidação do di-

reito internacional convencional, um enfoque global que pusesse a tônica no respeito da dignidade da pessoa, ajustando a esse valor primordial as regras internacionais e nacionais sobre a cooperação em matéria penal.

Mesmo levando em conta essas novas questões, os diversos assuntos ligados à cooperação internacional em matéria penal ainda não tinham como tônica os direitos fundamentais, apresentando-os de maneira fragmentária.

7. As linhas evolutivas

A análise das linhas que mais significativamente têm despontado na matéria aponta para uma profunda evolução, que pode ser destacada em alguns tópicos, apresentados a seguir.

7.1 Pluralidade e hierarquia das fontes normativas

Nesses últimos anos, a cooperação internacional em matéria penal teve considerável desenvolvimento graças à elaboração e adoção de tratados internacionais, multilaterais ou bilaterais.

No plano multilateral, têm relevância sobretudo a Convenção européia dos direitos do homem, de 4.11.50 e o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, de 16.12.66; e, para as Américas, a Convenção americana sobre os direitos do homem, de 22.11.69.

No campo específico da cooperação internacional em matéria penal, devem ser lembradas a Convenção européia sobre extradição, de 1957, com seus protocolos adicionais; a Convenção européia para cooperação judiciária em matéria penal, de 1959, com protocolo adicional; a Convenção européia sobre o valor internacional das sentenças penais, de 1970; a Convenção européia sobre transmissão de processos penais, de 1972; a Convenção sobre vigilância de pessoas condenadas ou libertadas

27. V. Relatório da Grécia, pp. 1-5, contendo a evolução histórica da extradição.

28. Relatório da Alemanha, pp. 37-38.

condicionalmente, de 1979 e a Convenção européia sobre transferência de pessoas condenadas, de 1983. E outras mais específicas, como a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes, de 1988, que também contém normas sobre a cooperação judiciária internacional. Existem, ainda, os Acordos de Schengen sobre cooperação internacional entre os serviços de polícia, ratificados pelos países europeus e aplicáveis a partir de 1.12.93.

Para uma visão dos países, europeus e extra-europeus, que ratificaram a Convenção sobre extradição (ECE) e seu segundo protocolo (2ndAP-ECE), bem como a de cooperação judiciária (ECMACM) e de transferência de presos (CTSP), ver os anexos 1 e 2.²⁹

No continente americano, após o Código Bustamante de direito internacional, assinado em 1928 por 21 Estados, e a Convenção americana sobre os direitos do homem, já lembrada, toma relevância o Projeto de Convenção interamericana sobre cooperação judiciária em matéria penal.

Também constituem fonte de direito internacional vários tratados plurilaterais regionais, entre os quais vale lembrar os dois de Montevidéu³⁰ e os de Benelux³¹, Riad e Cairo.³² Ainda em nível regional, o estreitamento dos laços entre Estados pertencentes à mesma comunidade poderá dar seus frutos também no campo da cooperação internacional em matéria penal: lembre-se a área do Nafta³³, do

Mercosul,³⁴ da Apec,³⁵ de alguns países árabes³⁶ e, na África, da Cedeao e da Udeac.³⁷

No âmbito dos tratados bilaterais, todos os países, em maior ou menor quantidade e em amplitude maior ou menor, firmaram-nos. E, como ressalta o Relatório Geral para o XV Congresso Internacional da AIDP,³⁸ enquanto se nota nos países europeus a preferência clara e incontestável no sentido dos tratados multilaterais, sobretudo de índole regional — por razões práticas e de princípio —, a via dos tratados bilaterais ainda é preferida em países como a África do Sul, Austrália, Canadá e Estados Unidos da América, que manifestam o desejo da seletividade na escolha dos *partners*.

Certamente, a consolidação de comunidades regionais poderá mudar o panorama nos países extra-europeus também no campo da cooperação internacional em matéria penal.

De qualquer modo, é inquestionável a influência do direito convencional na intensificação de novas formas de cooperação, que tem levado muitos Estados europeus a introduzir, em seus sistemas jurídicos internos, uma legislação específica destinada a conferir-lhe maior organicidade, tratando a matéria numa visão de conjunto.³⁹

Quanto à hierarquia das fontes normativas, é raro encontrar países que coloquem os tratados em nível inferior ao da lei interna (como faz Israel): na grande maioria dos Estados as conven-

29. Retirados do Relatório da Alemanha, pp. 5-6.

30. Entre Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai, o primeiro, e entre Argentina, Colômbia, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, República Dominicana e Salvador, o segundo.

31. Entre Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

32. Entre os Estados-membros da Liga Árabe.

33. Entre os Estados Unidos da América, Canadá e México.

34. Entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

35. A Cooperação Ásia-Pacífico reúne 15 membros.

36. Entre Egito, Jordânia, Iraque e Yemen.

37. Comunidade econômica da África do Oeste e da África Central, respectivamente.

38. Schutte, in *Rév. Int. Dr. Pén. cit.*, p. 49.

39. V. adiante, n. 7.2.

ções e tratados, quando ratificados e introduzidos no sistema nacional, ocupam o mesmo nível da lei — e, nos Estados de regime federalista, da lei federal. Em outros países, situam-se em nível hierárquico superior à lei, derogando suas disposições em contrário (Argentina, Costa Rica, França, Grécia, reforma constitucional uruguaia).

Em alguns Estados, os direitos fundamentais reconhecidos por convenções e tratados integrantes do direito interno tem o mesmo nível hierárquico das normas constitucionais (Brasil, Suíça). Em outros países, as convenções sobre direitos humanos, pelo menos na opinião dos relatores nacionais, ocupam hierarquia superior à da própria Constituição (Chile, México).

Tais dados são relevantes para examinar a questão do conflito entre tratados pluri ou bilaterais e as convenções internacionais sobre direitos humanos, que podem ser resolvidos de maneira diversa, no plano interno de cada país, dependendo da hierarquia que este lhes outorgue. Os exemplos mais frequentes, apontados sobretudo no campo da extradição, são os seguintes:⁴⁰

— Como combinar a obrigação de extradição, segundo um tratado bilateral que não contenha cláusula relativa ao direito de asilo, com as Convenções que tratam dos refugiados?

— Como conciliar a obrigação de extradição com a da Convenção das Nações Unidas sobre tortura, quando houver razão de acreditar que o extraditando correria o risco de ser submetido à tortura, se o Estado requerente não for parte na Convenção sobre tortura?

— Como combinar a obrigação de extradição com o VI Protocolo adicional da Convenção europeia sobre direitos do homem, que abole a pena de morte?

— Como conciliar a obrigação de não aceitar qualquer testemunho decor-

rente de tortura como prova com a obrigação de um tratado sobre transferência de presos, segundo a regra da aceitação dos fatos tais como estabelecidos pelo Estado da condenação?

Mas é inegável apontar uma forte tendência, em diversos países, quanto à predominância das regras convencionais sobre direitos humanos, em relação às de outros tratados e convenções, de modo que estas últimas regras devem ceder diante dos ditames das primeiras (Alemanha, Austrália, Áustria, Brasil, Canadá, Chile, Egito, Itália, México, Portugal, Suíça). E isso, por considerações de ordem interna, mas também por considerações de ordem internacional, ora baseadas na idéia do *ius cogens*, pelo que os direitos fundamentais reconhecidos em nível internacional representariam regras peremptórias no campo das relações internacionais,⁴¹ ora em face dos arts. 103 e 55 da Carta das Nações Unidas.⁴²

O certo é que a prevalência das regras voltadas à tutela dos direitos e liberdades do indivíduo, em confronto com as que configuram a obrigação de prestar cooperação internacional, pode ser afirmada recorrendo a diversos critérios hermenêuticos.⁴³ Mas a conclusão é uma só: a predominância do núcleo fundamental dos direitos e garantias sobre as demais normas.⁴⁴

41. Id. *ibid.*, p. 68, onde se nota, porém, que os relatórios nacionais apresentados ao XV Congresso da AIDP não fornecem exemplos de recusa de cumprimento de tratados por esse fundamento.

42. O art. 55 proclama que as Nações Unidas devem promover o respeito universal dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; e o art. 103 expressamente prevê a preeminência das obrigações derivadas da Carta sobre as oriundas de outros acordos internacionais.

43. V. Nicoletta Parisi, *Estradizione cit.*, pp. 48 e ss.

40. Schutte, *ibid.*, p. 66.

De acordo com essa postura, vale lembrar o precedente da Corte Européia dos Direitos do Homem no caso Soering, cidadão alemão cuja extradição os Estados Unidos da América requereram ao Reino Unido. A Corte, a quem recorreu o extraditando, ordenou ao Reino Unido a observância de suas obrigações decorrentes da Convenção européia dos direitos do homem, com a recusa da extradição de Soering aos Estados Unidos da América, onde riscaria de ser condenado à morte e, conseqüentemente, de ficar submetido a aguardar no "corredor da morte", em isolamento, por tempo indeterminado, o que equivaleria a um tratamento desumano banido pelo art. 3.º da Convenção. Foi esta circunstância, e não o risco de pena de morte, que impediu a extradição.⁴⁵

7.2 O tratamento sistemático da cooperação processual em matéria penal

De um tratamento fragmentário da ampla matéria objeto da cooperação internacional em matéria criminal, cuja tônica era dada prioritária ou até exclusivamente pelo instituto da extradição, chega-se hoje a uma visão conjunta dos diversos instrumentos de que se serve a cooperação judiciária. Exemplo disso são o projeto de Convenção americana sobre cooperação judiciária em matéria

44. É expressa, nesse ponto, a Constituição brasileira de 1988, que não se limita a conferir nível constitucional às garantias dos direitos fundamentais incluídas nos tratados (art. 5.º, § 2.º) mas ainda afirma que, nas relações internacionais, o Brasil reger-se-á pela "prevalência dos direitos humanos".

45. Caso Soering, Corte Européia dos Direitos Humanos, Série A, n. 161, julgamento de 7.7.89, in 28 I.L.M. (1989), pp. 1.063 e ss. Soering acabou sendo extraditado quando os Estados Unidos ofereceram garantias mais amplas de que não haveria imposição de pena de morte (*apud* Lagodny e Reisner, *Extradition treaties* cit., p. 544).

penal e alguns tratados bilaterais, como aquele entre Brasil e Itália de 1992, que rege simultaneamente diversas formas de cooperação.

Essa visão sistemática, profundamente influenciada pelo direito convencional, tem levado a uma nova legislação no plano interno, de que são exemplo a lei federal sobre cooperação judiciária em matéria penal, da Confederação Helvética (20.3.81); a lei alemã de 1982; o novo Código de Processo Penal da Itália (1988), que reservou o Livro XI às relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras; o Criminal Justice International Cooperation Act do Reino Unido (1990) e, em Portugal, o novo Código de Processo Penal de 1987 e sobretudo o Dec.-lei 43, de 22.1.91, sobre cooperação judiciária internacional em matéria penal. Também a Áustria trata hoje, em lei interna, de várias modalidades de cooperação judiciária num quadro geral e outros Estados, como a Espanha, preparam legislação interna com os mesmos objetivos.

Este relatório geral seguirá o modelo do decreto-lei português de 1991, com a finalidade de apontar as linhas evolutivas mais recentes na matéria.

O referido decreto-lei estrutura-se em sete títulos que reúnem, sucessivamente, as disposições gerais e comuns a todas as formas de cooperação; a extradição; a transmissão de processos penais; a execução de sentenças; a vigilância de pessoas condenadas ou liberadas condicionalmente e o auxílio judiciário geral — este compreensivo de uma extensa série de atos de cooperação.

Passa-se a examinar essa matéria, pela ordem.

7.2.1 Disposições comuns a todas as formas de cooperação

O fato de se estabelecerem regras gerais aplicáveis a todas as formas de cooperação judiciária internacional não

indica apenas uma melhor sistematização da matéria, unitariamente tratada, mas sobretudo o fato de que não apenas a extradição, mas todas as medidas capazes de causar qualquer gravame às pessoas exigem o respeito dos direitos fundamentais, com precisos limites à atividade interestatal.⁴⁶ E isso tem muito a ver com o enfoque tridimensional da cooperação internacional e com seu embasamento processual, do qual decorre a rigorosa observância do contraditório e das demais garantias do devido processo legal.⁴⁷

Nesse quadro, as disposições gerais da lei portuguesa aplicam-se a todas as formas de cooperação judiciária internacional, sem prejuízo das regras específicas aplicáveis a cada instituto e tratadas nos títulos seguintes.

Inicialmente, salienta-se o caráter subsidiário da lei relativamente aos tratados e convenções, sendo ela aplicável na falta ou insuficiência destes (art. 3.º). Corolário do princípio é que a lei não confere o direito a exigir qualquer forma de cooperação (art. 2.º).

A idéia da subsidiariedade e da possibilidade de cooperação na falta de tratados depreende-se de muitos relatórios nacionais, como os da Argentina, Austrália, Grécia, Israel (com exceção da extradição), Japão e Uruguai. O relatório alemão distingue, por isso, entre dever de extraditar (obrigação) e faculdade de extraditar (autorização).

O princípio da cooperação internacional, na ausência de tratados, está ligado ao da reciprocidade. O art. 4.º da lei portuguesa põe de relevo o princípio, podendo a garantia da reciprocidade ser solicitada e prestada se as circunstâncias o exigirem. Mas a falta de reciprocidade não impede a satisfação do pedido de cooperação, desde que aconselhável em

razão da natureza do fato ou da necessidade de lutar contra formas graves de criminalidade; quando possa melhorar a situação do arguido ou servir à sua reinserção social; ou quando sirva para esclarecer fatos imputados a um nacional.

O princípio da reciprocidade é mencionado pela maioria dos relatórios nacionais, no tocante à extradição, mas sem a clara definição de princípios da lei portuguesa.

No art. 6.º da lei portuguesa encontram-se os limites à cooperação internacional, denominados "requisitos gerais negativos". O pedido de cooperação é recusado quando:

a) O processo não satisfizer ou não respeitar as exigências da Convenção Européia dos Direitos do Homem ou de outros instrumentos internacionais relevantes da matéria, devidamente ratificados.

Sobre esse ponto, já se apontou a forte tendência, em diversos países, quanto à predominância das regras convencionais sobre direitos humanos, em relação às de outros tratados e convenções, de modo que estas últimas regras devem ceder diante dos ditames das primeiras (Alemanha, Austrália, Áustria, Brasil, Canadá, Chile, Egito, Itália, México, Suíça). Mas não há, via de regra, disposição expressa nesse sentido nas leis nacionais e na maioria dos tratados bilaterais. Entre os países pesquisados somente Áustria e Suíça contemplam dispositivo como o da lei portuguesa.⁴⁸ E o da Suíça é ainda mais preciso: o pedido de cooperação em matéria penal, reza o art. 2.º EIMP, não será admitido se se constatar que o processo no país estrangeiro não se conformou aos princípios processuais fixados pela Convenção européia de 1950.⁴⁹

46. Expresso, nesse ponto, o relatório geral para o XV Congresso Internacional da AIDP, de Schutte (pp. 63 e 69).

47. V. supra, ns. 3 e 4.

48. V. tb. relatório Schutte para o XV Congresso da AIDP, p. 69.

49. Relatório suíço para a AIDP, de Schouwwey Candrian, p. 458.

Ao invés disso, encontra-se frequentemente nas leis internas e nos tratados cláusula que impede a cooperação que vulnere o ordenamento nacional ou as leis do país, ou a ordem pública. Assim, apenas para exemplificar, fazem a Alemanha, Brasil, Costa Rica, Espanha, Grécia, México, Uruguai. Nessa fórmula poderiam enquadrar-se comodamente os direitos fundamentais, porquanto todas as constituições nacionais modernas contemplam amplo capítulo que lhes é dedicado. Outros países, como a Bélgica, Egito, Estados Unidos da América, Hungria, Polônia e Romênia não incorporaram essa expressão que, de qualquer forma, como nota Schutte, nem sempre tem sido satisfatória para impedir a cooperação quando ela importe em violação de direitos fundamentais.⁵⁰

b) Houver fundadas razões para crer que a cooperação é solicitada com o fim de perseguir ou punir uma pessoa em virtude de sua raça, língua, das suas convicções políticas ou ideológicas pertença a um grupo social determinado.

A imensa maioria dos relatórios nacionais coloca os mesmos limites à extradição.

c) Existir risco de agravamento da situação processual de uma pessoa por qualquer das razões indicadas na alínea anterior.

Trata-se de aperfeiçoamento da regra anterior, que não é mencionada nos relatórios nacionais.

d) Puder conduzir a julgamento por um tribunal de exceção ou respeitar a execução de sentença proferida por um tribunal desta natureza.

A recusa de extradição nesse caso é praticada por vários países.⁵¹

50. Relatório Schutte, pp. 69-70.

51. Nesse ponto, como a Convenção europeia não é expressa, diversos Estados apresentaram reserva no sentido de negar a extradição em caso de tribunais *ad hoc*: assim a Áustria, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Fran-

e) O fato a que respeita for punível com pena de morte ou com pena de prisão perpétua.

f) Respeitar a infração a que corresponda medida de segurança com caráter perpétuo.

Contudo, o disposto nessas duas últimas alíneas não obsta à cooperação: a) se o Estado requerente tiver comutado as penas ou retirado o caráter perpétuo à medida; b) se aceitar a conversão das mesmas pelo tribunal português, segundo as disposições aplicáveis ao crime neste Estado; c) se for presumível a não aplicação dessas penas ou medidas.

Note-se que a Convenção europeia sobre extradição prevê a possibilidade de sua recusa pelo país requerido, quando neste não for prevista ou não se executar via de regra a pena de morte. Nessa mesma linha, a maioria dos países pesquisados acompanha a postura da lei portuguesa. Excetua-se, naturalmente, os Estados que contemplam em seus ordenamentos a pena de morte, como o Chile, os Estados Unidos da América, a Grécia e o Japão, exigindo-se porém que a pena capital seja cominada para o crime em ambos os países. A questão da pena de morte é tratada de forma diferente pelo Egito, de acordo com o disposto em tratados bilaterais como os firmados com a França, Hungria e Jordânia.⁵²

O art. 7.º da lei portuguesa trata de outros limites à cooperação, recusada quando o processo disser respeito a crime político ou crime a este conexo, de acordo com o conceito de Portugal. E, ainda, quando se trate de crime militar que não seja simultaneamente

ça, Islândia, Portugal, Suécia e Suíça: v. Lagodny e Reisner, *Extradition treaties* cit., pp. 560-561. E alguns ordenamentos, além do português, introduziram a proibição em sua legislação nacional (Brasil, Egito, Suíça e Uruguai).

52. Relatório nacional, pp. 11-12.

previsto na lei penal comum. Sobre crime militar, v. a exceção para efeito de extradição no art. 31 do decreto-lei.⁵³

A teor do mesmo art. 7.º, não se consideram de natureza política: a) o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e as infrações graves segundo as Convenções de Genebra; b) as infrações referidas no art. 1.º da Convenção Européia para a repressão do terrorismo; c) os atos referidos na Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela ONU; d) quaisquer outros crimes a que seja retirada a natureza política por tratado, convenção ou acordo internacional de que Portugal seja parte.

Praticamente todos os relatórios nacionais excluem a extradição quando se trate de crime político e a maioria também o faz para o crime militar. Mas há muitas dúvidas na conceituação dessas infrações e grandes perplexidades quanto aos limites da proibição. A linha da lei portuguesa, diretamente informada pelo direito convencional europeu, parece dar resposta a essas dúvidas e perplexidades. Um impedimento à cooperação internacional que Portugal aboliu, e que ainda permanece em vários Estados para a extradição, é a atinente aos crimes fiscais, que tem sido consideravelmente restringida pelo art. 2.º do Segundo Protocolo da Convenção européia sobre extradição, assim como aos crimes de imprensa.

No art. 8.º, a lei portuguesa impede, ainda, a cooperação segundo a regra do *ne bis in idem*, especificando ocorrer esta quando, em Portugal ou em qualquer outro Estado: a) o processo terminou com sentença absolutória transitada em julgado ou com decisão de arquivamento; b) a sentença condenatória se encontra cumprida ou não pode ser cumprida segundo o direito do Estado

em que foi proferida; c) o processo penal está extinto por qualquer outro motivo. O dispositivo abre exceções para os Estados requerentes que justifiquem o pedido para fins de revisão da sentença, sendo os fundamentos desta idênticos aos admitidos no direito português; e, ainda, quando a cooperação servir à reabertura de processo arquivado, nos casos previstos por lei.

Os Estados contemplam em geral a proibição do *bis in idem* para a extradição, mas tratando-a de maneira mais ou menos ampla.

Assim, por ex., a Grécia adota a posição mais ampla, recomendada pelos IX e X Congressos Internacionais da AIDP, de 1964 e 1969,⁵⁴ negando a extradição nos casos de processos anteriores pelo mesmo fato, de que tenha derivado absolvição, condenação ou extinção da punibilidade, por qualquer causa, perante o Estado requerente, o Estado requerido ou terceiro Estado. Israel acompanha essa postura, embora alguns membros da Corte Suprema tenham por vezes manifestado opinião mais restrita.⁵⁵

Na posição mais restrita colocam-se, v.g., Brasil, Costa Rica e Japão, onde o *ne bis in idem* opera apenas quando o extraditando tiver sido condenado ou absolvido no Estado requerido; mas as causas extintivas da punibilidade são levadas em conta quer tenham ocorrido no país requerido, quer no requerente.

Numa posição intermediária situam-se os Estados Unidos da América: os tratados cuidam, em geral, da proibição do *double jeopardy* amplamente, ob-

54. V. relatório grego, pp. 46-48, pelo qual se observa também ser o relator nacional contrário a essa amplitude.

55. Relatório nacional de Israel, pp. 43-45, referindo-se ao caso de Rochelle Manning, de 1993, em que se discutiu se o arquivamento pelo júri norte-americano impediria o posterior pedido de extradição.

53. V. adiante, n. 7.2.2.1, a

servando a regra quer se trate de processo no Estado requerido ou requerente, quer se trate de um terceiro Estado. Mas o enfraquecimento geral da proteção do acusado, pela interpretação das garantias constitucionais por parte da Suprema Corte, tem levado à observância menos rigorosa do *ne bis in idem*. Entende-se, assim que se o Estado requerente não prevê a proibição do *double jeopardy*, a extradição pode ser concedida pelos Estados Unidos.⁵⁶

O art. 10 da lei portuguesa permite que se recuse a cooperação se a reduzida importância da infração não a justifica. Trata-se de aplicação do critério dos limites objetivos da extradição (quanto aos crimes pelos quais esta pode ser concedida) a outras formas de cooperação.

A proteção do segredo está prevista no art. 11, que explicita a observância, nos pedidos de cooperação, das regras internas de Portugal quanto à recusa de testemunhar, às apreensões, às interceptações telefônicas, ao segredo profissional ou de Estado e em todos os outros casos em que o sigilo seja protegido. Desse modo, as garantias do direito interno passam ao plano transnacional.

A regra da detração do tempo de prisão sofrida no estrangeiro, em consequência de qualquer forma de cooperação judicial (art. 13), é regra mais ampla do que a normalmente encontrada em diversos Estados, que a reservam à extradição.

O art. 14 da lei prevê a aplicabilidade da lei portuguesa à indenização devida por prisão ilegal ou injustificada ou por outros danos sofridos pelo suspeito ou acusado, tanto na hipótese de ser Portugal o Estado requerido, como o requerente. Aqui também, nota-se a preocupação com a observância das garantias, que do plano interno passam ao transnacional.

A disciplina sobre concurso de pedidos aponta de novo para a preocupação com os direitos fundamentais: o art. 15 estipula que, solicitada a cooperação internacional relativamente ao mesmo ou a diferentes fatos, a concessão seja feita em favor do Estado que, tendo em conta as circunstâncias do caso, assegure melhor os interesses da justiça e da reinserção social do suspeito, acusado ou condenado.

Trata-se de regra que leva em consideração os interesses da pessoa, sujeito de direitos, e não a dos Estados requerentes e por isso mesmo se afasta das soluções tradicionais no sentido da preferência pelo Estado de que a pessoa saiu, ou pelo em que a infração foi praticada, ou ainda — tratando-se de diversas infrações — por aquele em que foi praticada a infração mais grave.⁵⁷

O art. 16 da lei trata do princípio da especialidade, pelo qual a pessoa que comparece, em Portugal ou perante Estado estrangeiro, para intervir em processo como suspeito, acusado ou condenado, não pode ser perseguida, julgada, detida ou sujeita a qualquer outra restrição da liberdade por fato anterior à sua presença no território, diferente do que origina o pedido de cooperação. E, em se tratando de comparecimento perante autoridade estrangeira, o Estado que formula o pedido deve prestar as garantias necessárias ao cumprimento da regra da especialidade.

O dispositivo abre exceções à imunidade, quando: a) a pessoa, tendo a possibilidade de abandonar o território português ou estrangeiro, não o faz em 45 dias; b) regressa voluntariamente a um desses territórios; c) o Estado que autoriza a transferência, ouvido previamente o suspeito, acusado ou condenado, consentir na derrogação da regra da especialidade. Prevê-se ainda a possibilidade de solicitação, mediante novo

56. Relatório norte-americano, in *Rév. Int. Dr. Pén.* cit., pp. 513-514.

57. V. relatório grego, p. 53.

pedido, da extensão da cooperação a fatos diferentes dos que fundamentaram o anterior.

Embora todos os Estados pesquisados adotem o princípio da especialidade na extradição passiva, freqüentemente com garantias solicitadas ao Estado requerente (como o Brasil), e muitos se subordinem à mesma regra na extradição ativa (como a França), a disciplina portuguesa é mais ampla e detalhada.

Trata depois, o art. 17, da denegação facultativa da cooperação internacional, quando o fato que a motiva é objeto de processo penal em curso em Portugal ou quando o fato deva ou possa ser objeto de processo penal da competência da autoridade portuguesa. Trata-se de regra comum nas leis e tratados sobre extradição.

Mas, no mesmo dispositivo, incorpora-se a possibilidade de denegação da cooperação quando, tendo em conta as circunstâncias do fato, o deferimento do pedido pode implicar consequências graves para a pessoa em razão da idade, estado de saúde ou outros motivos de caráter pessoal.

Cuida-se, agora, da adoção da denominada cláusula, humanitária introduzida pela via de reserva à Convenção europeia sobre extradição, que não a contém, pela Dinamarca, Finlândia, França, Holanda, Islândia, Luxemburgo, Noruega, Suécia; e que é também reiterada em alguns tratados bilaterais de extradição firmados com alguns países acima, envolvendo, p. ex., Austrália, Equador, Portugal, São Marino e Estados Unidos da América ou mesmo tratados entre países diversos, como Austrália e Suíça.⁵⁸ O princípio retrata bem a importância da posição do indivíduo na cooperação internacional.

Por último, o II Capítulo das Disposições Gerais da lei portuguesa trata de

questões ligadas à língua, à tramitação do pedido e a seus requisitos, à necessária fundamentação da decisão de inadmissibilidade do pedido e de sua comunicação à autoridade que a formula, à competência interna em matéria de cooperação internacional, às despesas, à transferência de pessoas e ao destino do pedido definitivamente não atendido.

Neste Capítulo, duas regras merecem realce, em face de seu conteúdo garantidor: a atinente à entrega de objetos e valores e a relativa às medidas provisórias urgentes.

No art. 27 cuida-se do pedido de cooperação versando sobre entrega de objetos e valores, que podem ser remetidos, com algumas cautelas, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé e dos legítimos proprietários ou possuidores, incluindo o Estado. Mas, em caso de oposição à entrega, os objetos e valores só serão remetidos após decisão favorável da autoridade judiciária, sujeita a recurso.

As medidas provisórias urgentes são tratadas no art. 28 que prevê que a autoridade judiciária estrangeira formule o pedido de medida cautelar, ou da prática de um ato que não admita demora, à autoridade judiciária portuguesa, por via postal ou telegráfica ou por qualquer outro meio que permita registro escrito ou que seja admitido pela lei portuguesa. A urgência deverá ser motivada. A autoridade judiciária portuguesa só poderá considerar admissível o pedido se se coadunar com a própria lei.

O dispositivo é importante, não só por exigir formulação do pedido pela autoridade judiciária estrangeira, mas ainda por submetê-lo a controle jurisdicional em Portugal. E ainda porque tais garantias são adotadas fora do estrito âmbito da extradição, envolvendo providências sobre os bens.

Todo o Título I, aliás, enquadra-se na ótica posta de realce por Cervini e

58. V. Lagodny e Reisner, *Extraditions* cit, pp. 554-556.

Chaves, no sentido de que a possibilidade de prejuízos à pessoa, na cooperação judicial internacional, não se limita à extradição — a denominada “medida de cooperação de terceiro grau” —, mas se estende àquelas medidas que podem causar gravame aos bens — as chamadas “medidas de cooperação de segundo grau” — e até mesmo às medidas de simples assistência processual — as ditas “medidas de cooperação de primeiro grau”. E, a partir dessas considerações, há de se reconhecer legitimação ao indivíduo para participar dos atos de cooperação judiciária em matéria penal.⁵⁹

7.2.2 A extradição

Iniciando o tratamento específico da matéria, com normas próprias para cada instituto — às quais, como dito, não de acrescer-se os princípios gerais comuns a todos eles —, o Título II do Dec.-lei português 43/91 trata da extradição.⁶⁰

Reiterando as observações feitas neste relatório, onde se tomou a extradição como paradigma para analisar a processualidade jurisdicional ou administrativa (n. 4) e se exemplificou com as categorias fundamentais do direito processual (n. 5) —, a lei portuguesa será examinada com relação às linhas gerais atinentes ao instituto, salientando apenas seus aspectos mais significativos, uma vez que se trata de matéria clássica, já bastante trabalhada no âmbito internacional e interno.

59. *Legitimación* cit., pp. 104-105.

60. A extradição, em Portugal, era regulada pelo Dec.-lei 437/75, que já se ajustava à Convenção Européia. Mas a conveniência de dar tratamento conjunto a todas as formas de cooperação, modificações posteriores introduzidas pelo novo CPP e algumas decisões do Tribunal Constitucional levaram à reformulação da matéria (V. *Exposição de Motivos do decreto-lei*).

7.2.2.1 Extradição passiva — a) As normas portuguesas sobre extradição passiva começam pelas condições da extradição que, somadas a outras condições indispensáveis para todas as formas de cooperação judiciária internacional, podem caracterizar condições da ação.⁶¹

O art. 30 da lei trata da dupla incriminação, exigindo que o crime seja punível, pela lei portuguesa e pela lei do Estado requerente, com pena privativa da liberdade de duração máxima não inferior a um ano; ou, na extradição pedida para cumprimento de pena privativa da liberdade, quando a duração da pena ainda a cumprir não for inferior a 4 meses.

Com relação ao primeiro ponto, todos os relatórios nacionais contemplam o mesmo princípio, ressalvadas as variantes quanto ao tipo de crime (Canadá, Israel, Uruguai) e à quantidade da pena (na Grécia, em caso de reincidência, a extradição pode ser concedida independentemente da pena fixada para o crime). Mas no que tange ao tempo de execução, não há referências nos relatórios nacionais ao cuidado da lei portuguesa.

É ainda excluída a extradição (art. 31) quando o crime for cometido no território português e quando a pessoa reclamada tem nacionalidade portuguesa. A qualidade de nacional será examinada no momento em que seja tomada a decisão sobre extradição.

Em ambos os casos, serão solicitados ao Estado requerente os elementos necessários para se instaurar ou continuar o processo penal em Portugal.

A exclusão pelo princípio da territorialidade é comum nos Estados pesquisados, assim como o princípio *aut dedere aut accusare*.⁶²

Sobre a condição de nacional, há tratamento bastante uniforme pelos di-

61. V. *supra*, n. 5

62. V. *adiante*, n. 7.2.3.

versos países, com alguma especificação quando o crime for cometido antes da aquisição da nacionalidade do país requerido, como no Brasil.⁶³ Na Polônia, o conceito de “nacional” cobre também os estrangeiros que tenham recebido asilo político no país.⁶⁴ Diversamente, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, segundo informação do relator do Japão, não se impede a extradição em função da nacionalidade do agente.⁶⁵

Interessantes considerações sobre o óbice da nacionalidade oferece o relator da Grécia, para quem o impedimento constitui um sinal de desconfiança dos Estados com relação à justiça de outros países, obstaculando uma mais ampla cooperação judiciária, de modo que poderia ser abolido quando se tratasse de Estados pertencentes à mesma comunidade, com instituições judiciárias congeneres.⁶⁶ A mesma conclusão pode-se chegar, à medida que o controle do Estado requerido sobre a observância do *fair trail* no Estado requerente venha a consolidar-se, segundo a linha evolutiva da cooperação judiciária internacional.⁶⁷

O mesmo art. 31 do decreto-lei português, excepcionando à proibição de cooperação para crimes militares, que está inserida no art. 7.º das disposições gerais,⁶⁸ permite que, no âmbito de acordos, militares ou não, os crimes

puramente militares sejam objeto de extradição. Sobre a posição dos relatórios nacionais quanto à extradição por crimes militares, v. supra, n. 7.2.1.

Uma proibição de extraditar que Portugal aboliu, e que ainda permanece em vários Estados, é a atinente aos crimes fiscais, que tem sido consideravelmente restringida pelo art. 2.º do Segundo Protocolo da Convenção europeia sobre extradição, assim como aos crimes de imprensa.

b) Após algumas regras que tratam da extradição por crimes cometidos em terceiro Estado (art. 32), da proibição de reextradição pelo Estado requerente para terceiro Estado (art. 33), da extradição diferida quando a pessoa se encontra cumprindo pena privativa da liberdade em Portugal por crimes diversos dos que fundamentaram o pedido (art. 34) ou de sua entrega temporária (art. 35), dos pedidos concorrentes de extradição (art. 36) — temas em que os relatórios nacionais retratam soluções parecidas —, a lei portuguesa se detém sobre as medidas coercitivas.

As medidas detentivas são tratadas nos arts. 37-39 e 64-66: são elas a detenção provisória, como medida cautelar solicitada pelo Estado requerente, com suas formalidades e prazos, e que só pode ser autorizada pelo tribunal quando não houver dúvida sobre a competência do Estado requerente (arts. 37, 64 e 65). E a detenção não solicitada de pessoas procuradas pelo Estado estrangeiro, efetuada pela polícia com controle jurisdicional posterior, antes mesmo do pedido de extradição, quando os fatos justifiquem a referida extradição (arts. 38 e 66).

Os arts. 40 e 67 cuidam das medidas não detentivas, com a entrega das coisas apreendidas (art. 41).

Em toda essa matéria, encontra-se grande uniformidade de tratamento na lei portuguesa e nos Estados pesquisados, inclusive no que tange ao controle ju-

63. A Constituição de 1988 permite a extradição do brasileiro que se naturalizou após a comissão do crime, assim como a do naturalizado, mesmo anteriormente, quando se trate de tráfico de entorpecentes. Mas o STF entendeu não ter a regra eficácia plena nem aplicabilidade imediata, dependendo de lei ordinária que comporte cognição mais ampla na medida necessária à aferição do exame de mérito. Assim, a extradição foi negada (relatório brasileiro, p. 3).

64. Relatório nacional, pp. 2-3.

65. Informação do relatório japonês, p. 3.

66. Relatório grego, pp. 107-108.

67. V. adiante, 7.4.2.

68. Ver supra, 7.2.1

risdicional sobre as medidas restritivas. Há que notar-se, porém, que em muitos países, mesmo que não haja pedido de prisão cautelar pelo Estado requerente, o próprio Estado requerido procede ao encarceramento, que chega a ser considerado condição de procedibilidade da extradição, como no Brasil.⁶⁹ Na Suíça o tempo de duração da prisão deve respeitar o princípio da proporcionalidade, devendo ser contida dentro do prazo razoável a que alude a Convenção europeia.⁷⁰

Também não há grandes novidades nas disposições portuguesas sobre a fuga do extraditado, após sua entrega ao Estado requerente, estando prevista sua nova detenção e reentrega (arts. 42 e 68-70), assim como quanto à faculdade, observados certos requisitos, de trânsito pelo território ou espaço aéreo português de pessoa extraditada de Estado estrangeiro para outro (art. 43).

7.2.2.2 O processo de extradição — A seguir, trata a lei portuguesa do processo de extradição. É nesta Seção que se encontram as garantias do extraditando e seu papel primordial de sujeito do processo.

Vêm a pêlo aqui, mais uma vez, as considerações já feitas nesse relatório sobre a natureza jurídica do processo de execução e sobre as condições da ação e o mérito do pedido. Para tanto, remete-se o leitor aos ns. 4 e 5 deste relatório.

Em Portugal, assim como ocorre, salvo raras exceções,⁷¹ na maioria dos

países pesquisados, o processo de extradição tem uma vertente administrativa e outra jurisdicional (art. 49). Na fase administrativa o Governo decide sobre a admissibilidade formal do pedido, podendo arquivá-lo (art. 50); mas também pode indeferi-lo por razões de ordem política, oportunidade ou conveniência (art. 49, n. 2), como também ocorre no Estado de Israel.⁷²

Ainda no art. 49, deixa-se claro que a fase judicial é de exclusiva competência do tribunal e destina-se a decidir, com audiência do interessado, sobre a concessão de extradição por procedência de suas condições de forma e de fundo, não sendo admitida prova alguma sobre os fatos imputados ao extraditando.

O art. 56 especifica que a audiência do extraditando pode resultar em consentir ele na sua entrega ao Estado requerente, ou opor-se à extradição. No primeiro caso, ainda cabe ao tribunal verificar a existência das condições necessárias à extradição, porquanto o controle da legalidade do pedido de extradição é indeclinável,⁷³ sendo que a subsequente homologação da declaração de renúncia ao processo judicial de extradição, feita com assistência do advogado, equivale à decisão final (art. 39). No caso de oposição, abre-se o contraditório, com a defesa do extraditando — que só pode basear-se no fato de não ser ele a pessoa reclamada ou de não se verificarem os pressupostos da extradição (art. 57) — e a produção das provas (art. 58). Da decisão final, negativa ou positiva, cabe recurso, pelo extraditando ou pelo Procurador Geral (art. 60). A teor do art. 62, a certidão da decisão final que ordena a extradição passada em julgado, é título necessário

69. Relatório nacional, p. 9/11.

70. Relatório suíço de Schouwey e Candrian preparado para o XV Congresso da AIDP, p. 461 da *Rev. Int. Dr. Pén.* cit.

71. É o caso, por exemplo, do México (relatório nacional, p. 19), onde a manifestação do tribunal é meramente opinativa, mesmo quando contrária à extradição; assim como do Japão, em que somente as medidas constritivas são tomadas pelo tribunal (relatório nacional, p. 6).

72. V. relatório nacional, pp. 66-71, sobre o poder discricionário do Ministro da Justiça e os conflitos surgidos com o Poder Judiciário.

73. São as palavras do relatório brasileiro, p. 9.

e suficiente para a entrega do extraditando, a qual é executada pelo Ministério da Justiça.

Conseguiu-se, assim, no direito português, a plena jurisdicionalização do processo de extradição. Nesse esquema, a natureza do processo não é meramente declaratória, mas executiva *lato sensu*, uma vez que a decisão favorável constitui título imediatamente executável, *sine intervallo*.⁷⁴

Com relação ao procedimento de extradição, os relatórios dos países pesquisados apontam para uma grande variedade de modelos, que podem ser sintetizados em 4 linhas principais:

— a posição mais restritiva, em que ainda predomina a idéia bidimensional da cooperação internacional em matéria penal, não havendo participação do extraditando no procedimento, mas apenas um recurso judiciário, *a posteriori*, de natureza ordinária ou constitucional (Alemanha, México);

— a posição intermediária, em que o comparecimento do extraditando, assistido de advogado, é facultativo, com recurso judiciário posterior (Grécia);

— a posição segundo a qual o extraditando, assistido de advogado, é necessariamente ouvido previamente, oferece defesa, mas a produção de provas fica a critério do tribunal. Aqui também se prevê recurso da decisão (Brasil, Israel, Japão);

— a posição mais avançada, pela qual são necessárias tanto a audiência prévia, na presença do defensor, com oferecimento de defesa, como a produção das provas requeridas, com recurso da decisão (Polônia, Portugal e Suíça, na Europa; e, nas Américas, muitos dos

países pesquisados: Argentina, Canadá, Costa Rica, Guatemala e Uruguai).

Quanto à matéria de defesa, a grande maioria dos países segue o critério português, segundo o qual só pode ser argüido o fato de não ser o extraditando a pessoa reclamada ou de não se verificarem os pressupostos da extradição.

Mas, evidentemente, tudo depende de tais condições, que podem incluir questões processuais, ligadas ao *fair trial*. A questão será vista em detalhes mais adiante,⁷⁵ mas é oportuno adiantar que assim fazem expressamente as legislações da Áustria, Itália, Portugal e Suíça e a reserva da França à Convenção, na Europa.⁷⁶ O relatório do Egito refere-se à necessidade de prova de que a pessoa teve oportunidade de defender-se no país requerente.⁷⁷ Na América Latina, o Chile assegura o mínimo, que é a prova da citação do acusado no país requerente;⁷⁸ o máximo é garantido no México e no Peru: a lei interna do primeiro exige expressamente que o Estado requerente se comprometa a respeitar os direitos fundamentais que o extraditando teria se fosse julgado no país;⁷⁹ e, no Peru, a concessão da extradição demanda que no Estado requerente haja garantias de uma reta administração da justiça.⁸⁰ No Uruguai, o tribunal examina a existência de jurisdição do Estado requerente e a citação e presença do acusado, aplicando-se, ainda, pelo Tratado de Montevidéu de 1940, a exigência de a sentença não ter sido proferida em processo à revelia, hipótese em que a extradição só será concedida sob o compromisso de o extraditando ser submetido a novo julgamento no país

75. V. infra, n. 7.4.2.

76. Lagodny e Reisner, *Extradition treaties* cit., pp. 559-560.

77. Relatório nacional, p. 13.

78. Idem, p. 10.

79. Idem, ibidem, p. 17.

80. Art. 39 da Lei 24.710/87.

74. Diversa é a situação, como visto (supra, n. 4) nos sistemas em que o tribunal se limita a declarar a legalidade da extradição, cabendo ao governo a decisão sobre extraditar ou não: nesses casos, o processo é meramente declaratório.

requerente.⁸¹ O tratamento da revelia, aliás, é objeto de preocupação em diversos Estados.⁸² De se adiantar, ainda, a posição recente de Ministro da Suprema Corte brasileira, que alargou o conceito de tribunal de exceção, nele incluindo os tribunais regulares “desde que caracterizada, em tal hipótese, a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias do devido processo legal”, negando-se, assim, o pedido de extradição.⁸³

O mérito do pedido fica, via de regra, precluso à defesa; mas é interessante notar posturas como a da Costa Rica, que exige que o tribunal afira a existência, no processo do Estado requerente, de indícios da responsabilidade do extraditando, suficientes para permitir um juízo de probabilidade.⁸⁴ É o que também ocorre em outros países, como Israel, em que se exige a verificação *prima facie* pelo tribunal de que se trata de caso que poderia levar a pessoa a julgamento no Estado requerido.⁸⁵ Aliás, como se observa pelo relatório geral preparado para o XV Congresso da AIDP, os países de *common law* tem tradicionalmente se apegado ao princípio da prova *prima facie* (como é o caso da África do Sul e do Canadá), muito embora o *standard* venha sendo abandonado nesses últimos anos por países como a Austrália, o Reino Unido e, de certa forma, os Estados Unidos da América.⁸⁶ Mas os tribunais da Suíça, embora reconheçam que não compete à competência do Estado requerido pronunciar-se a respeito da prova dos fatos alegados, têm, no entanto, deixado entender que a extradição poderia ser

recusada se o extraditando pudesse apresentar um álibi.⁸⁷ O relatório grego vai mais fundo, falando em provas que podem ser produzidas no Estado requerido para avaliar a circunstância de o extraditando poder ser submetido a julgamento.⁸⁸

Trata-se de questões cujos limites estão marcados por duas posições inconciliáveis: a clássica, pela qual ao Estado requerido não é dado interferir ou exercer o controle do que se passou ou vai se passar no processo do estado requerente, de modo que o princípio do *non inquiry*, por razões diversas, deveria ser “respeitado religiosamente”.⁸⁹ Trata-se do denominado *export-ban argument*, pelo qual o sistema legal estrangeiro não poderia ser medido na base do sistema do Estado requerido.⁹⁰

Mas, no lado oposto, encontra-se a posição preocupada com os direitos do homem, pela qual o Estado requerido é tão responsável quanto o Estado requerente pela rigorosa observância dos direitos fundamentais e das garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. Nesta segunda linha, observou-se que, dado que no momento da extradição o indivíduo está submetido à jurisdição do Estado requerido, este se torna responsável pelo tratamento processual e/ou substancial reservado ao indivíduo pelo Estado requerente, ainda que a violação ocorra fora de sua esfera territorial.⁹¹ A esta postura, que é a dos órgãos europeus de garantia, voltaremos no final deste relatório.⁹²

81. Relatório nacional, pp. 14-15.

82. V. adiante, nota 194.

83. Relatório brasileiro, p. 7, nota 16, voto do Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 134/56, v. adiante, n. 7.4.2.

84. Relatório nacional, p. 4.

85. Idem, pp. 60-64.

86. Relatório Schutte, pp. 73-74.

87. Relatório nacional, p. 74.

88. Idem, pp. 45-46.

89. São as palavras do relatório do Estado de Israel, p. 81.

90. O relatório nacional da Alemanha refere essa posição, mas a combate com veemência (pp. 18-19).

91. Nicoletta Parisi, *Estradizione* cit., pp. 31-32.

92. V. adiante, n. 7.4.2.

Finalmente, quanto ao consentimento do extraditando, a questão é levantada nos relatórios da Grécia e de Israel. Pela legislação grega, a aferição das condições de admissibilidade da extradição é dispensada quando a pessoa consente expressamente em ser extraditado.⁹³ Segundo o relatório israelense, a pessoa pode retornar voluntariamente ao território do Estado requerente, mas inexistem meios que possibilitem seja transferido ao mesmo território sob custódia, como ocorre nos Estados Unidos da América, que prevêem um procedimento próprio para o caso de consentimento do extraditando.⁹⁴

7.2.2.3 Extradição ativa — Sobre a extradição ativa, dispõe o decreto-lei português, nos arts. 71 e 72, regulando a competência do Ministro da Justiça para formular o pedido de extradição e a transmissão deste pelas vias previstas na lei.

As condições de admissibilidade do pedido são as genéricas, previstas pela lei para todas as formas de cooperação judiciária em matéria penal (arts. 2.º a 29).⁹⁵

Também nos Estados pesquisados, os mesmos requisitos da extradição passiva regem também a ativa, até porque muitas vezes ambas se baseiam em tratados bilaterais. O Peru fornece exemplo recente de normação interna que cuida especificamente da extradição passiva.⁹⁶

7.2.3 Transmissão de processos penais

O Tít. III da lei portuguesa trata da transmissão de processos penais, com a finalidade de um Estado delegar a outro o procedimento penal, por fato praticado

fora do território nacional, nos casos para os quais não for prevista a extradição.

Trata-se da aplicação e regulamentação do princípio *aut dedere aut iudicare*, pelo qual se estabelece a regra de que, se o Estado requerido não entrega a pessoa solicitada, fica com a obrigação de julgá-la. Assim, a cooperação judiciária em matéria penal combina o binômio “obrigação de entregar-obrigação de perseguir”, com a eventual preponderância de um dos dois elementos, conforme o caso.

As condições especiais para que Portugal instaure ou dê prosseguimento ao processo penal vêm explicitadas no art. 75, em que se salienta a necessidade da dupla incriminação, da observância dos limites da pena, da nacionalidade portuguesa ou da residência habitual no território português da pessoa, das garantias, pelo Estado estrangeiro, do *ne bis in idem*. A aceitação do pedido também se justifica pelo interesse da boa administração da justiça ou pela melhor reinserção social do suspeito ou acusado, no caso de condenação.

A instauração ou continuação do processo em Portugal também é possível quando o suspeito ou acusado estejam sendo processados no território nacional por outro fato; quando o Estado requerente considere que a presença do suspeito ou acusado não possa ser assegurada perante seus tribunais, podendo sê-lo em Portugal; e quando o Estado estrangeiro entenda não haver condições para executar uma eventual condenação, mesmo recorrendo à extradição, existindo elas em Portugal.

O art. 76 cuida do direito aplicável, que é o português, salvo se a lei do Estado que formula o pedido for mais favorável.

A aceitação do pedido, por Portugal, implica renúncia ao processo pelo Estado estrangeiro, recuperando este seu direito de proceder, se não for possível

93. Relatório nacional, p. 20.

94. Relatório de Israel, p. 70.

95. V. supra, n. 7.2.1.

96. Dec. 044/93.

o comparecimento do suspeito ou acusado ao processo português (art. 77).

Outras regras tratam da tramitação do pedido (arts. 78 e 79), da convalidação dos atos praticados no estrangeiro (art. 80), da revogação da decisão favorável à cooperação (art. 81), das comunicações (art. 82).

A delegação do processo penal a Estado estrangeiro, por Portugal, vem regulada a partir do art. 84, segundo as condições dos artigos anteriores (art. 85). O processo e os efeitos da delegação estão previstos nos arts. 86 e 87, em paralelo com as disposições que regulam a delegação do Estado estrangeiro a Portugal.

Na legislação dos Estados pesquisadores, a Suíça trata expressamente da delegação da perseguição penal nos arts. 85 a 93 da lei de 1976. E o Código Penal cubano, de 1988, também trata expressamente da matéria.⁹⁷

Os relatórios nacionais que nos foi dado examinar cuidam da matéria em linhas gerais, sem chegar aos detalhes da lei portuguesa, ressalvado o tratamento da transferência de processo penal previsto na Convenção europeia específica e na Convenção contra o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, de 1988 (art. 8.º), de que muitos países são signatários.⁹⁸ Mas é geral a preocupação pela adoção de meios mais adequados para o fortalecimento da cooperação judiciária em matéria penal, que chega a ser apontada como uma das tendências evolutivas neste campo (assim, expressamente, os relatórios da Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Grécia, Guatemala, Polônia).

97. *Apud* João Marcelo de Araujo Jr. "Cooperação internacional na luta contra o crime: transferência de condenados, execução de sentença penal estrangeira: novo conceito", in *Livro de Estudos Jurídicos*, IEJ, Rio, 1994, n. 9, p. 77.

98. V. relatório brasileiro, pp. 2 e ss.

E lembre-se, ainda, para a América, a regra expressa do art. 345 do Código Bustamante, segundo o qual se um país nega a entrega de uma pessoa, fica obrigado a julgá-la.

7.2.4 Execução das sentenças penais

A matéria é tratada, no Tít. IV da lei portuguesa, da forma mais ampla possível: Primeiro com relação à execução das sentenças penais estrangeiras (Cap. I), depois quanto à execução, no estrangeiro, das sentenças penais portuguesas (Cap. II); em seguida, cuidando da destinação das multas e coisas apreendidas e das medidas cautelares (Cap. III); para terminar com a transferência de pessoas condenadas (Cap. IV).

Todo o tratamento da execução das sentenças estrangeiras insere-se na linha mais avançada que possa ser adotada nesse campo, em que muitos dos Estados pesquisados ainda ocupam posição bastante tímida.

Com efeito, a evolução do instituto mostra, até fins do século passado, idéias universalistas que foram depois abandonadas, substituídas pela preponderância da soberania nacional e da independência dos ordenamentos jurídicos de vários países, sustentando-se a territorialidade da jurisdição. Até que, atualmente, volta a manifestar-se tendência no sentido oposto, com o reconhecimento da sentença estrangeira, ficando sua execução condicionada ao controle judiciário interno.⁹⁹

Consoante a linha seguida atualmente em cada país, é possível separar em três espécies a sentença penal estrangeira, em face dos efeitos que produz, ou pode produzir, internamente: a) não tem

99. V., sobre a evolução do instituto, com muitas idas e voltas, relatório brasileiro, pp. 2-4, com referências ao trabalho do uruguaio Angel Landoni Sosa, *El processo transnacional*, pp. 444 e ss.

qualquer eficácia; b) é reconhecida, como fato jurídico, para determinados fins; c) para ser reconhecida e executada é necessária sua delibação.¹⁰⁰

Os relatórios nacionais apontam para uma grande variedade de posições, que podem ser agrupadas em quatro linhas:

a) Poucos são os ordenamentos perante os quais a sentença estrangeira não tem qualquer eficácia (é o caso do Japão, cujo relator, no entanto, preconiza mudanças).¹⁰¹

b) Na maioria dos países, nega-se execução à sentença penal estrangeira, com base em duas ordens de argumentos: o primeiro de natureza política, segundo o qual a soberania só é exercida pelo Estado sobre seu território; e o segundo, de natureza processual, pelo qual o juízo da execução há de ser o mesmo do da condenação.

Todavia, nota-se em diversos relatórios uma grande sensibilidade para com a necessidade de mudar esse enfoque, de modo a dar execução, no âmbito da necessária cooperação internacional em matéria penal, à sentença condenatória proferida em outro país (Argentina, Grécia, Japão, Polônia).

Nesse campo, é importante observar que vários países, europeus e extra-europeus, aderiram à Convenção europeia sobre transferência de pessoas condenadas (v. anexos 1 e 2), ou firmaram tratados bilaterais sobre a matéria (Brasil, México, Peru), avançando nesse caminho, cuja adoção é preconizada pelos relatores da Argentina e da Colômbia.

Trata-se de tendências relevantes. Mas é certo que, atualmente, a grande maioria dos Estados, ao mesmo tempo em que recusa executoriedade penal à sentença estrangeira, reconhece-a para vários efeitos: assim para a detração da

pena (Brasil, Chile, Costa Rica, França, Grécia, Uruguai); para a reincidência (Brasil, Chile, Costa Rica, Grécia, Uruguai; peculiar é a posição da França, que não reconhece a sentença condenatória estrangeira para efeito de reincidência, exceto com relação à investidura em certos cargos nos estabelecimentos de crédito); para a imposição de penas acessórias (Grécia) e de medidas de segurança (Brasil, Grécia); para efeitos da observância do *ne bis in idem*, quando no estrangeiro tenha havido sentença absolutória (Argentina, Chile, Costa Rica), ou declaração de extinção de punibilidade (Brasil, Grécia). O Japão, que não reconhece, via de regra, o impedimento ocasionado pelo *ne bis in idem*, em caso de sentença estrangeira, deixa a critério dos tribunais, nesta hipótese, a aplicação, ou não, da pena no Japão.¹⁰² E o relatório brasileiro, embora apontando disposições do Código Penal, pelas quais, em determinadas circunstâncias, a sentença estrangeira, absolutória ou condenatória, não impediria nova perseguição penal no Brasil, manifesta dúvidas quanto à eficácia da norma em face da ratificação posterior da Convenção americana dos direitos do homem, que impede o *double jeopardy*.¹⁰³ Menciona, também, os efeitos da sentença condenatória estrangeira para efeitos de concessão de *sursis*, mas para excluí-los, o relatório grego.¹⁰⁴

A grande maioria dos relatórios reporta-se, também à eficácia da sentença penal estrangeira para efeito de reparação do dano. Brasil, Costa Rica e Guatemala têm normas expressas a esse respeito, enquanto em outros países (como Argentina, Grécia e Uruguai) a questão da eficácia da sentença penal para efeitos reparatórios segue as linhas gerais da delibação das sentenças civis.

100. Relatório brasileiro, pp. 1-2.

101. Relatório nacional, p. 14.

102. Relatório nacional, p. 14.

103. Idem, pp. 5-6.

104. Idem, ibidem, p. 89.

Vários países pesquisados disciplinam os requisitos de que a sentença penal estrangeira deve revestir-se, para produzir eficácia no país (Brasil, Chile, Uruguai). Dentre tais requisitos, avultam a competência internacional do tribunal sentenciante, o respeito à ordem pública interna (Chile e Uruguai) e às garantias do *due process of law* (Uruguai), a sentença estrangeira passada em julgado (Brasil, Chile e Uruguai) e a inexistência de revelia (Chile e Uruguai).

c) Abrem-se à execução da sentença condenatória estrangeira o Estado de Israel, mas só com relação ao nacional e em determinadas condições, frequentemente discutidas pelos tribunais do país (como a atinente à revelia);¹⁰⁵ e o Egito, desde que haja tratado — como ocorre nos acordos bilaterais com a Argélia, Kuwait e Bahrein (este último, exigindo o consentimento do condenado) — que garanta a reciprocidade.¹⁰⁶

d) Dos países pesquisados, Colômbia, Itália, Peru, Portugal e Suíça aceitam a plena execução da sentença condenatória estrangeira. A França assinou algumas convenções que permitem a execução de sentenças condenatórias estrangeiras com diversos países da África franco-falante, devendo lembrar-se, no mesmo país, a lei de 14.11.90 sobre estupefacientes, permitindo a execução em França de uma decisão estrangeira sobre confisco.¹⁰⁷

Entrando, agora, no âmbito das regras sobre a execução de sentenças condenatórias estrangeiras, retomaremos a lei portuguesa para verificar as modalidades e requisitos dessa execução.

7.2.4.1 — Execução de sentenças condenatórias estrangeiras — A teor do art. 89 do Dec.-lei português 43/91, as sentenças penais estrangeiras, transita-

das em julgado, podem ser executadas em Portugal, a pedido do Estado da condenação.

São condições especiais de admissibilidade, segundo o art. 90, a competência do Estado estrangeiro, que o processo não tenha corrido à revelia, que a sentença não contenha disposições contrárias ao ordenamento jurídico português, que não haja litispendência, a dupla incriminação, que o condenado seja português ou apátrida, ou estrangeiro habitualmente residente em Portugal; que a execução da sentença em Portugal se justifique pelo interesse da melhor reinserção social do condenado ou da reparação do dano causado pelo crime; que o Estado estrangeiro ofereça garantias de que, cumprida a sentença em Portugal, considerará extinta a punibilidade do condenado; a quantidade da pena ou medida de segurança, não inferior a um ano, quando privativa da liberdade, ou a determinada importância, se se tratar de pena pecuniária; e, tratando-se de pena privativa da liberdade, que haja consentimento do condenado. O mesmo dispositivo prevê a dispensa do interesse à reinserção social ou à reparação do dano, assim como do consentimento, quando tiver havido denegação da extradição do condenado pelos mesmos fatos constantes da sentença; e a dispensa da quantidade da pena em casos especiais, notadamente quando o estado de saúde do condenado ou razões de ordem familiar ou profissional assim aconselharem.

O art. 91 fixa os limites da execução, que se restringe à pena ou medida de segurança privativas da liberdade; à pena de multa, quando forem encontrados em Portugal bens suficientes para garantir a execução, total, ou parcial; à perda de produtos, objetos e instrumentos do crime; à indenização civil constante da sentença, se o interessado a requerer. As sanções acessórias e as medidas de interdição de profissões, atividades e

105. Idem, ibidem, pp. 25-28.

106. Idem, ibidem, p. 18.

107. Idem, ibidem, p. 8.

direitos só se executam se puderem ter eficácia prática em Portugal.

Após tratar, no art. 92, da tramitação do pedido, o art. 93 cuida da prévia revisão e confirmação da sentença estrangeira pelo tribunal português, a qual segue as disposições dos arts. 234 a 240 do CPP/87 e é necessária para conferir força executiva à sentença. Importante regra atinente à homologação da sentença penal estrangeira é a que determina que o tribunal português fica vinculado à matéria de fato considerada provada na sentença estrangeira; no entanto, em caso de omissão, obscuridade ou insuficiência da matéria de fato, o tribunal deve pedir as informações necessárias e, na hipótese de não obtê-las, negar a homologação. Proíbe-se ao tribunal converter uma pena privativa da liberdade em pena de multa, assim como agravar a pena imposta.

O art. 94 trata do direito aplicável, que é o português, e dos efeitos da execução, que são os conferidos pela lei portuguesa. Mas o Estado estrangeiro é o único competente para decidir da revisão da sentença, enquanto a anistia e o indulto podem ser concedidos tanto por Portugal como pelo país da condenação, extinguindo-se a execução; a execução também é dada por finda quando o tribunal tiver conhecimento de que ingressou pedido de revisão ou quando, respeitando a pena pecuniária, esta tiver sido paga no Estado requerente. O início da execução em Portugal implica renúncia à mesma pelo Estado estrangeiro, salvo se o condenado se evadir, caso em que recupera seu direito à execução, o que também ocorre, em caso de multa, a partir do momento em que for informado da não execução, total ou parcial, da pena.

Seguem normas sobre os estabelecimentos prisionais para a execução (art. 95) e o tribunal português competente (art. 96).

7.2.4.2 Execução, no estrangeiro, de sentenças condenatórias nacionais — O decreto-lei trata das condições da delegação da execução da sentença penal portuguesa a Estado estrangeiro e de outros requisitos, estabelecidos todos em simetria com os vistos acima (arts. 97 e 98). Os efeitos da delegação estão previstos no art. 99, seguindo-se regras sobre o processo da delegação (arts. 100 e 101).

7.2.4.3. Destino de multas e coisas apreendidas e medidas cautelares — Ainda com referência à execução das sentenças penais, o art. 102 do decreto-lei português cuida da destinação da pena pecuniária, que reverte para Portugal, salvo caso de reciprocidade, em que a importância pode ser entregue ao Estado estrangeiro. O mesmo critério aplica-se ao destino das coisas apreendidas como resultado de decisão que decreta a sua perda.

As medidas de coação — incluindo a prisão preventiva — e as medidas cautelares necessárias à conservação das coisas, em Portugal, são reguladas pelos arts. 103 e 104, enquanto o art. 105 trata das medidas cautelares no estrangeiro.

7.2.4.4 Transferência de pessoas condenadas — Finalmente, importante capítulo abre-se na lei portuguesa, ainda no título atinente à execução de sentenças penais, regulando a transferência de condenados.

A transferência, que depende de acordo entre o Estado a cuja organização judiciária pertence o tribunal que proferiu a sentença e o Estado a quem é solicitada a execução, abrange as pessoas condenadas ou sujeitas a medidas de segurança privativas da liberdade (art. 106).

Aplicam-se à matéria todos os princípios atinentes à execução das sentenças penais (art. 107).

O pedido de transferência pode ser formulado pelo Estado estrangeiro a Portugal, e reciprocamente, mas também pela pessoa condenada em Portugal que deseje ser transferida para Estado estrangeiro (arts. 108 e 109). Seguem regras sobre os documentos de apoio (art. 110) e sobre o consentimento do condenado, cercado de cuidados processuais e sempre necessário (art. 111).

A transferência para Estado estrangeiro suspende a execução em Portugal, até que seja declarado seu cumprimento pelo órgão judicial estrangeiro (art. 112). Igualmente, quando se tratar de transferência a Portugal, após a homologação da sentença estrangeira (art. 113), são fornecidas ao Estado que pediu a transferência todas as informações relativas à execução em Portugal, notadamente quando esta se considere cumprida, por decisão judicial, e se a pessoa transferida se evadiu antes de encerrada a execução (art. 114).

Por último, o art. 115 autoriza o trânsito, pelo território português, de pessoa transferida de Estado estrangeiro a outro, a pedido de qualquer destes, aplicando-se-lhe o disposto quanto ao trânsito para efeito de extradição.

Nos países pesquisados, a transferência de pessoas condenadas é objeto, via de regra, de tratados, como, por exemplo, o multilateral entre Canadá, Estados Unidos e México e os bilaterais entre Brasil e Espanha e Brasil com o Canadá, ou entre Egito e Turquia, Egito e Grécia, Egito e Polônia e Egito e Hungria.

7.2.5 Vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente

Outra forma de cooperação judiciária internacional regulada pelo Dec.-lei português 43/91 é a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente que residam habitualmente no território de outro Estado (art. 116 a 134).

Trata-se, na verdade, de aspecto da executividade da sentença estrangeira,

atinente especificamente à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional, de modo que as mesmas considerações feitas a respeito das linhas que despontam nos relatórios nacionais quanto ao tema mais amplo (supra, 7.2.4) encontram aplicação a este, salvo no que concerne aos países signatários da Convenção europeia para a vigilância das pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente (Estrasburgo, 1964), que evidentemente dão aplicação a esta típica forma de execução da sentença estrangeira.

7.2.5.1 Disposições gerais — Os objetivos dessa forma de cooperação estão indicados no art. 116 da lei portuguesa, que menciona a reinserção do condenado que resida habitualmente no território do Estado a quem a cooperação é pedida (art. 116). Suas modalidades são a vigilância, a vigilância e eventual execução da sentença, ou a execução integral da sentença, podendo o pedido ser recusado em favor de outra modalidade que o Estado requerido considere preferível (art. 117).

Legitimado ao pedido é o Estado a que pertencer o tribunal que proferiu a sentença (art. 118). O requisito da dupla incriminação está previsto no art. 119. Portugal pode recusar o pedido quando tiver havido revelia ou quando houver incompatibilidade da sentença com os princípios que presidem à aplicação do direito penal português, como a menoridade (art. 120). O art. 121 trata das informações, ao Estado requerente, da decisão relativa ao pedido de cooperação.

7.2.5.2 Vigilância — As medidas de vigilância impostas pelo Estado estrangeiro para o período de prova são adaptadas por Portugal ao previsto na lei interna, se necessário, não podendo agravar, por sua natureza ou pela duração, as prescritas pelo Estado requerente (art. 122). A revogação da suspensão condicional, por qualquer motivo, assim

como a expiração do período de vigi-
lância, devem ser imediatamente
comunicadas ao Estado requerente (art.
124). A competência para aferir se o
condenado satisfaz, ou não, as condi-
ções que lhe forma impostas e para
disso extrair as conseqüências, com base
nas informações e pareceres fornecidos,
é exclusivamente do Estado requerente
(art. 125).

**7.2.5.3 Vigilância e execução da sen-
tença** — Decidida a revogação da sus-
pensão condicional no Estado estrangei-
ro, Portugal adquire competência para
executar a sentença, a pedido daquele,
processando-se a execução consoante a
lei portuguesa, podendo a pena ser
substituída, se for o caso, pela prevista
em Portugal para infração idêntica, sem
possibilidade de agravamento (art. 126).

Enquanto o tribunal português é o
único competente em matéria de liber-
dade condicional, a anistia e o indulto
podem ser concedidos tanto por este
como pelo Estado estrangeiro (arts. 127
e 128).

7.2.5.4 Execução integral da sentença
— Para essa modalidade, o art. 129 do
decreto-lei remete às disposições
atinentes à execução da sentença estran-
geira em Portugal.

**7.2.5.5 Cooperação solicitada ao país
estrangeiro**

A teor do art. 130, aplicam-se sime-
tricamente as regras supra ao pedido de
cooperação formulado por Portugal.

7.2.5.6 Disposições comuns — Se-
guem disposições comuns às três moda-
lidades de cooperação do objeto do
presente título, como as atinentes ao
conteúdo do pedido (art. 131), à sua
tramitação e decisão (art. 132), às custas
e despesas (art. 133), ficando excluída
da abrangência de suas regras a polícia
de estrangeiros.

7.2.6 Auxílio judiciário geral em matéria penal

A última parte da lei portuguesa
regula as diversas formas de auxílio
judiciário geral em matéria penal,
regrando as suas diferentes modalida-
des, seus princípios e âmbito, o qual
compreende, principalmente: a) a noti-
ficação de documentos; b) a obtenção de
meios de prova; c) as revistas, buscas
e apreensões; d) a notificação de sus-
peitos, acusados, testemunhas ou peritos
e sua inquirição; e) o trânsito de pes-
soas; f) as informações sobre o direito
português ou estrangeiro e as relativas
aos antecedentes penais de suspeitos,
acusados e condenados (art. 135). O
mesmo dispositivo ainda prevê, no
âmbito do auxílio, a comunicação direta
de simples informações relativas a as-
suntos de caráter penal entre as autori-
dades de polícia criminal portuguesa e
estrangeiras que atuem como auxiliares
de autoridades judiciárias, bem como a
participação de autoridades judiciárias e
de polícia criminal estrangeiras em atos
processuais penais que devam realizar-
se em Portugal, a título de coadjuvação
e sob condição de reciprocidade.

Logo se vê o amplíssimo espectro do
auxílio judiciário geral em matéria pe-
nal, no ordenamento português, infor-
mado pela Convenção européia sobre
assistência mútua em matéria criminal,
de 1975 (v. nos anexos 1 e 2 os países
signatários da Convenção). O campo de
abrangência da Convenção é residual,
tratando de todos os assuntos de coo-
peração judiciária que não sejam os
relativos à extradição, à execução das
sentenças estrangeiras e à transferência
de pessoas condenadas, objeto de con-
venções específicas.

A Organização dos Estados Ameri-
canos também vem enviando esforços
no sentido de uma mais ampla coope-
ração judiciária em matéria penal, mas
até agora só foi firmada a Convenção

interamericana sobre cartas rogatórias, de 1975, que não é específica para a matéria penal. Diversamente, em assuntos específicos e circunscrevendo o auxílio a crimes determinados, deve ser lembrada a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes, de 1988, que trata de maneira ampla do auxílio judiciário geral.

Entre os Estados pesquisados, muitos países — como, apenas para exemplificar, Alemanha,¹⁰⁸ Israel¹⁰⁹ e Suíça¹¹⁰ — legislaram no plano interno, adequando-se à Convenção europeia ao tratar de forma ampla do auxílio geral em matéria penal. Alguns tratados bilaterais seguem a mesma linha, como o firmado entre Brasil e Itália.¹¹¹

Mas a maioria dos Estados não signatários da Convenção europeia somente trata, nas leis internas, das rogatórias internacionais, utilizadas para fins mais ou menos amplos no âmbito da cooperação em matéria penal. Assim, apenas para exemplificar, o Uruguai se refere aos atos processuais suscetíveis de realização fora do país, estabelecendo uma graduação de cooperação, da seguinte maneira: a) procedimento de mera tramitação, como citações, notificações etc.; b) medidas destinadas a colher provas; c) medidas cautelares.¹¹² O relatório brasileiro acrescenta a esta tipologia as d) informações,¹¹³ enquanto o grego acrescenta o e) envio de peças processuais ou de objetos que se encontrem junto à autoridade judiciária.¹¹⁴ A lei japonesa também menciona a f) cooperação policial.¹¹⁵

Dito isto, volta-se a analisar o decreto-lei português, no tocante ao auxílio judiciário geral em matéria penal.

7.2.6.1 Disposições comuns às diversas modalidades de auxílio — Lembre-se inicialmente, mais uma vez, que as disposições gerais do Tít. I do decreto-lei português se aplicam a todas as formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal, e consequentemente também ao auxílio judiciário geral de que estamos tratando: por isso, as regras da reciprocidade, as condições objetivas e subjetivas, a dupla incriminação, o princípio da especialidade, o *ne bis in idem* etc. (v. supra, 7.2.1) não são repetidos no Tít. VI da lei, salvo quando se trate de dar-lhes nova configuração. Diversamente, os países pesquisados que não têm lei interna tão ampla como a portuguesa se referem, via de regra, aos mencionados princípios para as rogatórias internacionais em matéria penal. Assim, por exemplo, Argentina,¹¹⁶ Brasil,¹¹⁷ Chile,¹¹⁸ Costa Rica,¹¹⁹ Grécia,¹²⁰ Japão¹²¹ e Uruguai.¹²²

Mas é importante dizer que poucos países seguem a linha restritiva, que somente admite o auxílio judiciário geral nas mesmas hipóteses em que se permite a extradição (incluindo, por exemplo, a proibição para nacionais): é o caso da Argentina¹²³ e da Grécia;¹²⁴ a grande maioria adota a linha mais ampla, pela qual só as condições gerais da lei portuguesa — e notadamente a regra do

cificamente os Acordos de Schengen, ratificados por todos os países da Europa e aplicáveis desde 1.12.93.

116. Relatório nacional, pp. 20-21.

117. Idem, ibidem, pp. 3-4.

118. Idem, ibidem, p. 20.

119. Idem, ibidem, pp. 8-9.

120. Idem, ibidem, pp. 70-71.

121. Idem, ibidem, pp. 9-12.

122. Idem, ibidem, p. 26.

123. Idem, ibidem, p. 21.

124. Idem, ibidem, p. 70.

108. Idem, ibidem, p. 31.

109. Idem, ibidem, pp. 75-77.

110. Idem, ibidem, para o XV Congresso da AIDP, p. 470.

111. Relatório brasileiro, pp. 7-8.

112. Relatório nacional, pp. 26-27.

113. Idem, p. 2.

114. Idem, ibidem, p. 70.

115. Idem, ibidem, pp. 9-13. Sobre cooperação em matéria de polícia criminal, v. espe-

respeito à ordem pública (de certa forma equivalente à cláusula portuguesa que impõe a observância dos direitos humanos: v. supra, 7.2.1, *a*), a da especialidade e a relativa à pena de morte — constituem condições negativas para a concessão do auxílio. A Alemanha fixa importante critério, que é o dos limites impostos pelo poder de o estado executar as medidas de cooperação, mas também estabelece as balizas do auxílio mútuo em termos de princípio da proporcionalidade.¹²⁵

Pode-se firmar, em síntese, que os Estados pesquisados estabelecem para o auxílio judiciário geral limites formais, processuais e materiais.¹²⁶ Os limites formais dizem respeito à formulação do pedido do Estado requerente ao Estado requerido, que se desenvolve primeiro pela via diplomática, havendo casos, como o da França, em que se prevê a possibilidade excepcional de transitar diretamente entre autoridades judiciárias.¹²⁷ Os limites processuais podem incluir, por exemplo, a análise da competência do juiz do Estado requerido, dispensada quando a cooperação se baseie em tratados (é o caso do Uruguai);¹²⁸ e os limites materiais são constituídos pelas condições negativas acima expostas.

Dito isso, retome-se a lei interna portuguesa que, após fixar, no art. 135, os princípios e âmbito da cooperação judiciária geral em matéria penal (v. supra, 7.2.6), dispõe sobre o direito aplicável, que é o português, salvo quando o Estado estrangeiro solicite expressamente a aplicação de sua legislação e esta não for incompatível com a portuguesa nem causar graves prejuízos aos intervenientes do processo (art. 136).

Para as medidas de coação, o art. 137 refere-se à dupla incriminação, que é dispensada quando a cooperação se destinar à prova de uma causa de exclusão de culpa da pessoa contra a qual o procedimento penal foi instaurado.

A teor do art. 138, as informações obtidas para utilização no processo penal indicado no pedido do Estado estrangeiro não podem ser utilizadas fora dele, salvo casos excepcionais, a pedido do Estado requerente.

A confidencialidade do pedido de auxílio, a requerimento do Estado estrangeiro, é regulada no art. 139.

7.2.6.2 Pedido e processo de auxílio — Importantes regras processuais estão previstas no arts. 140-142 do decreto-lei português.

A legitimação ativa é das autoridades estrangeiras competentes, segundo o direito do Estado requerente (art. 140). O art. 141 determina o conteúdo e os documentos necessários à instrução do pedido. E o art. 142 cuida do processo.

Este é inteiramente jurisdicionalizado para todas as formas de auxílio geral, com exceção das destinadas ao envio de certificados de registros penais, à verificação da identidade ou à simples obtenção de informações, que podem ser diretamente transmitidos às autoridades estrangeiras. Aplicam-se às formas judiciais de cooperação os arts. 231 e 232 do CPP português, que tratam do recebimento, cumprimento e recusa de cumprimento das rogatórias, mesmo quando o pedido de auxílio não se revista desta forma. Observe-se, ainda, que no processo é contemplada a atuação, sempre necessária, do Ministério Público.

Prevê, ainda, o mesmo dispositivo, para a hipótese de o pedido implicar deslocamento de pessoa para participar de um processo penal estrangeiro, que, após verificar a regularidade formal do pedido, Portugal adote as medidas necessárias ao trânsito da pessoa; e, ainda,

125. Idem, ibidem, pp. 31-33.

126. Assim, expressamente, o relatório do Uruguai, p. 31.

127. Relatório nacional, p. 6

128. Idem, ibidem, p. 32.

que o Ministro da Justiça possa subordinar a concessão do auxílio a determinadas condições.

Nem em todos os Estados o auxílio geral é objeto de processo jurisdicional. Mas há excelentes exemplos de jurisdicionalização do processo de cumprimento das rogatórias em países como Argentina, Brasil, Costa Rica, Grécia, México e Uruguai: em alguns casos, a execução da rogatória depende de *exequatur* do tribunal de cúpula do Estado requerido, sendo depois seu cumprimento atribuído a outros juízes;¹²⁹ em outros, prevê-se um procedimento jurisdicional único (parece ser este o caso da Grécia e do Uruguai).¹³⁰ Na Alemanha, o relator nacional lamenta a falta de clareza do ordenamento quanto à revisão judiciária do procedimento administrativo de auxílio judiciário geral, apesar dela estar expressamente prevista pela Constituição em casos de restrições aos direitos fundamentais.¹³¹ E podem até ser lembrados tratados bilaterais mais antigos sobre o cumprimento das rogatórias, como aquele entre Brasil e Uruguai de 1879, em que se alude ao processamento das exceções opostas pelas partes, juntamente com o direito de comparecer e defender-se.¹³²

Para as rogatórias, refere-se ao processo jurisdicional em contraditório o Brasil, onde está prevista a possibilidade de impugnação de seu cumprimento também pelo Procurador-Geral da República.¹³³ E o relator alemão entende aplicáveis a esse procedimento as mesmas regras existentes para a extradição.¹³⁴

129. Relatório brasileiro, p. 5 e relatório mexicano, p. 29.

130. Relatório grego, p. 71 e relatório uruguaio, p. 34.

131. Relatório da Alemanha, pp. 33-34.

132. Cervini e Chaves, *Legitimación* cit., p. 111.

133. Relatório nacional, p. 8.

134. Idem, p. 35.

A matéria a ser argüida em defesa, assim como ocorre em Portugal, é a atinente às condições de admissibilidade do pedido. Mas estas, como visto, podem incluir a observância de requisitos processuais e materiais (v. supra, 7.2.6.1). É nesse âmbito que será exercido o direito de ação e de defesa.

7.2.6.3 Atos particulares de auxílio internacional — No Cap. III, o decreto-lei português regula os distintos atos de cooperação judicial, quais sejam: a notificação de documentos (art. 143); a notificação para comparecimento (art. 144); a entrega temporária de detidos ou presos (art. 145); o salvo conduto (art. 146); o trânsito (art. 147); o envio de objetos, valores, documentos ou processos (art. 148); os produtos, objetos e instrumentos do crime (art. 149). São formas extrajudiciais de auxílio as informações sobre o direito aplicável (art. 150), as informações relativas a antecedentes penais (art. 151) e as informações sobre sentenças penais (art. 152). O capítulo trata, ainda, do encerramento do processo de cooperação (art. 153).

a) Salientem-se, primeiro, os aspectos principais das regras atinentes às formas de auxílio judiciário: a notificação para comparecimento, na qualidade de suspeito, acusado, testemunha ou perito não obriga o destinatário, devendo a pessoa ser informada de seu direito a não comparecer (art. 144). O relatório alemão refere-se expressamente à liberdade de escolha sobre comparecer ou não.¹³⁵ De forma menos incisiva, o direito interno brasileiro limita-se a não contemplar, para esses casos, a condução coercitiva da testemunha, embora a doutrina entenda que o notificado que não comparecer pode subordinar-se à pena de desobediência, desde que prevista no ordenamento estrangeiro.¹³⁶

135. Idem, ibidem, p. 33.

136. Idem, ibidem, pp. 10-11.

O salvo conduto (art. 146) garante à pessoa que comparece no território do Estado estrangeiro, nesses casos, imunidade contra detenções, perseguições ou outras limitações da liberdade, por fatos anteriores à sua partida do território português e diversos dos determinados no pedido de cooperação; e garante-a, ainda, contra a obrigação de prestar depoimento ou declaração em processo diferente daquele a que o pedido se refere. No entanto, a primeira imunidade cessa se a pessoa permanecer voluntariamente no território do Estado estrangeiro por mais de 45 dias após a data em que sua presença não mais for necessária, ou se, tendo-o abandonado, a ele regressar voluntariamente. O relatório alemão também se refere ao salvo-conduto, considerando-o meio de incentivar a pessoa a comparecer perante o Estado estrangeiro e lembrando que o Estado requerido pode salientar a importância do comparecimento.¹³⁷

Para a entrega temporária de detidos ou presos (art. 145), é previsto seu necessário consentimento e as garantias da manutenção da detenção e restituição às autoridades portuguesas. Mesmo assim, não se admite a entrega se a presença da pessoa é necessária ao processo português, se a entrega pode implicar prolongamento da prisão preventiva e em outros casos, em que Portugal considere inconveniente a entrega. Prevê-se ainda a detração do tempo passado no exterior da pena imposta em Portugal e sua imediata liberação, se a pena expirar enquanto se encontra ela no Estado estrangeiro. Também com relação a essa modalidade de auxílio judiciário, aplicam-se as garantias de salvo-conduto do art. 146.

O trânsito pelo território português de pessoa detida num Estado estrangeiro, que deva comparecer perante um terceiro Estado, segue as regras previstas para

o trânsito de pessoas extraditadas (art. 147).

O art. 148 trata do envio de objetos, valores, documentos ou processos que, a pedido das autoridades estrangeiras, podem ser colocados à sua disposição, quando se revelarem de interesse para decisão a ser tomada em processo penal, sob condição de serem restituídos no prazo que for estabelecido pela autoridade portuguesa competente e prevenido-se, ainda, que o envio seja adiado se os mesmos forem necessários a um processo penal em curso. O relatório grego dá conta desta modalidade de auxílio.¹³⁸

No art. 149 estão previstas as diligências destinadas a averiguar se os produtos, objetos e instrumentos do crime alegadamente praticado se encontram em Portugal, que comunicará o resultado dessas diligências ao Estado estrangeiro, além de tomar as providências necessárias à decretação da perda do produto, objetos e instrumentos do crime. O dispositivo também prevê medidas cautelares de asseguaração de coisas.

b) Os arts. 150, 151 e 152 tratam de formas de auxílio extrajudicial: a teor do primeiro, as informações sobre o direito aplicável em determinado processo penal, solicitada por uma autoridade judiciária estrangeira, são prestadas pela Procuradoria-Geral da República; e, a teor do segundo, as informações relativas a antecedentes penais são prestadas pelo Ministério da Justiça. Reciprocamente, as autoridades judiciárias portuguesas que necessitem, para efeito de processo penal, dos antecedentes penais de pessoa estrangeira, solicitam ao Ministério da Justiça que formule o pedido ao Estado estrangeiro. O art. 152 trata das informações sobre sentenças penais que constem de registros criminais, prevendo a inscrição da sentença estrangeira relativa a cidadãos portu-
gue-

137. Idem, ibidem, p. 33.

138. Idem, ibidem, p. 70.

ses nos registros deste país, quando o fato constituir crime segundo a lei portuguesa.

Diversos relatórios nacionais referem-se à modalidade de auxílio concernente à prestação de informações: Alemanha, Argentina, Brasil, Costa Rica, Egito, França, Grécia, Guatemala e Uruguai.

Alguns entre esses países possuem regras internas: assim, o Brasil prevê rogatórias para a obtenção de informações,¹³⁹ a Guatemala, a consulta de seus arquivos judiciários por qualquer pessoa, inclusive por parte de Governos estrangeiros¹⁴⁰ e a Grécia, a transcrição de sentenças condenatórias estrangeiras nos arquivos judiciários nacionais.¹⁴¹ Costa Rica contempla a remessa de informações somente com relação a certos crimes, como o tráfico de entorpecentes, assim como o acesso a suas informações policiais por autoridades estrangeiras.¹⁴²

Os Estados signatários da Convenção européia sobre auxílio judiciário lembram a norma que contempla a troca automática de dados extraídos dos arquivos judiciários entre os países convenientes: assim, expressamente a Alemanha,¹⁴³ a França¹⁴⁴ e a Grécia,¹⁴⁵ cujo relator preconiza a criação de um arquivo judiciário internacional destinado aos dados com relação às infrações penais mais graves,¹⁴⁶ juntamente com o relator mexicano.¹⁴⁷ O relator da Alemanha alerta, com relação à remessa de informações, quanto à necessidade de obser-

vância do princípio da proporcionalidade e da tutela do sigilo, como garantida no direito alemão.¹⁴⁸

Diversos países americanos cuidam da remessa de informações em tratados bilaterais: assim o Uruguai, que menciona os tratados com a Suíça e o Chile e os Estados Unidos da América,¹⁴⁹ a Argentina, referindo-se aos tratados com a Itália e o Uruguai;¹⁵⁰ e o Brasil, quanto ao tratado com a Itália.¹⁵¹

Também no Egito, diversos tratados prevêem a troca automática de informações entre os países signatários.¹⁵²

Finalmente, cumpre lembrar mais uma vez convenções sobre assuntos específicos, como a relativa ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, de 1988, que cuida, no âmbito desses crimes, de várias formas de auxílio geral judicial e extrajudicial.¹⁵³

7.3 A repulsa ao princípio "*male captus, bene retentus*"

Chega-se, agora, ao terceiro e último ponto evolutivo salientado pelos relatórios nacionais: a censura a qualquer método que implique o uso da força ou da justiça de mão própria para a busca e apreensão de supostos criminosos, pelas autoridades de um Estado, em território de outro, frustrando as formas e modalidades da cooperação internacional em matéria penal (*forceable abduction*). Enquadram-se, ainda, nesta hipótese os casos em que um procedimento de expulsão se substitui às regras sobre extradição (*desguised extradition*).

Até os anos sessenta essas práticas eram suportadas, mesmo em países como

139. Idem, ibidem, p. 16.

140. Idem, ibidem, pp. 18-19.

141. Idem, ibidem, p. 105.

142. Idem, ibidem, pp. 11-12.

143. Idem, ibidem, p. 36.

144. Idem, ibidem, p. 6.

145. Idem, ibidem, p. 105.

146. Idem, ibidem, p. 115.

147. Idem, ibidem, p. 40.

148. Idem, ibidem, pp. 33-36.

149. Relatório do Uruguai, pp. 43-44.

150. Relatório argentino, pp. 25-26.

151. Relatório brasileiro, pp. 7-8.

152. Relatório nacional, p. 20.

153. V. relatório brasileiro, pp. 2-7.

a Suíça, invocando-se o princípio *male captus, bene iudicatus*, segundo o qual não competia ao Estado processante verificar as formas, legais ou ilegais, pelas quais o suspeito, acusado ou condenado era trazido perante seu tribunal. Mas, a partir daí, foi-se consolidando a idéia de que essas ações vulneram o direito das gentes, vindo o princípio a ser substituído por outro: o do *ex iniuria ius non oritur*.¹⁵⁴

Apesar disso, ainda há muitos países, como a Alemanha e os Estados Unidos da América e, aparentemente, a Austrália, a Bélgica e a Suécia, onde o *male captus, bene retentus* é aceito pelos tribunais.¹⁵⁵ O mesmo ocorre com a jurisprudência dominante na Itália.¹⁵⁶ No Japão, é comum a prática de substituir a extradição pela expulsão do fugitivo.¹⁵⁷

No entanto, pelo menos quanto à *forceable abduction*, os relatores nacionais são unânimes em repudiar o princípio.¹⁵⁸ E, quanto à *disguised extradition*, foi repelida pela jurisprudência internacional em diversas oportunidades.¹⁵⁹

Além disso, os tribunais de vários Estados insurgem-se veementemente contra essas práticas: assim a Argenti-

na,¹⁶⁰ Costa Rica¹⁶¹ e França.¹⁶² E muitos outros países, por sorte, não têm experiência própria na matéria.¹⁶³

É tão evidente que essas práticas violam a soberania territorial do Estado em que o seqüestro ocorreu, assim como as regras do direito internacional, mas sobretudo os direitos fundamentais do homem, que só se pode entender a posição recente do Governo¹⁶⁴ e dos tribunais norte-americanos, justificando-as,¹⁶⁵ em face do grande desgaste dos direitos humanos que se verificou nos Estados Unidos nesses últimos tempos, salientado e lamentado pelo relator norte-americano.¹⁶⁶

Como afirma o relatório geral Schutte, a hora é chegada de reconhecer que essas práticas configuram ameaça muito séria ao objetivo principal do direito

160. Relatório nacional, p. 7.

161. A Sala constitucional da Corte Suprema de Justiça do país, na sentença 123-93 de 12.1.93, considerou inaplicável o tratado de extradição entre Costa Rica e Estados Unidos, em face da aceitação, pela Corte Suprema destes, da *forceable abduction*: p. 2 do relatório nacional.

162. Relatório nacional, pp. 9-10, segundo o qual, com base no Acordo de Schengen, se admite a perseguição de uma pessoa pelos agentes de um país em outro, mas só em casos de flagrância e de urgência, sendo, ainda, necessário que a prisão seja efetuada pelos agentes do país onde o indivíduo se encontra.

163. Relatório Schutte, p. 79.

164. V. provimento do Departamento de Justiça, de 13.10.89, que autoriza o FBI às buscas e apreensões de pessoas procuradas no território de outros Estados, mesmo sem a prévia autorização das autoridades estrangeiras: Parisi, *Estradizione* cit., p. 58.

165. Aludimos a casos recentes de *forceable abductions* praticados pelos Estados Unidos e às decisões dos casos Alvarez-Machain (112 S. Ct. 2.188, 2.193) e Matta-Ballesteros (697 F. Supp. 1.040, 1.041-42), ambas de 1992, que o relatório norte-americano considera infamantes: v. relatório nacional, pp. 509-511.

166. V. relatório nacional, pp. 513-524.

154. Relatório suíço de Schouwey e Candrian para o XV Congresso da AIDP, pp. 468-470.

155. Relatório geral Schutte, pp. 79-81, principalmente pp. 80-81, quanto aos relatórios nacionais.

156. Parisi, *Estradizione e diritti dell'uomo* cit., p. 57.

157. Relatório nacional, p. 8.

158. Relatório Schutte, p. 81; Parisi, pp. 60-61.

159. O caso mais conhecido, em que a Comissão e a Corte européias discutiram o assunto, é o de Bozano contra a França (Com. eur. dec. 15.5.84, Rec. 9.990/82; Corte eur. sent. 18.12.86). V. bibliografia cit. por Parisi, op. cit., p. 21, nota 17.

internacional público: o desenvolvimento das relações amistosas e a cooperação entre os Estados, no respeito à sua soberania territorial e integridade, aos direitos fundamentais do homem e ao império do direito.¹⁶⁷

7.4 As garantias processuais

Já se salientaram, neste relatório geral, as linhas evolutivas que conduziram a cooperação internacional em matéria penal de um assunto exclusivamente interestatal para uma visão em que o indivíduo é sujeito de direitos, motivo pelo qual todas as formas de cooperação que podem afetar os direitos fundamentais encontram neste seu primeiro limite (v. supra, 3). Viu-se também que o enfoque trilateral da cooperação internacional tem embasamento na ciência do processo, quer se trate de processo jurisdicional, quer se trate de processualidade administrativa (supra, 4). Destacou-se, ainda, que a hierarquia das fontes normativas da cooperação impõe que os conflitos de normas de tratados pluri ou bilaterais em confronto com as regras das convenções internacionais sobre direitos humanos sejam resolvidos em favor destas últimas (supra, 7.1). E se verificou, finalmente, que o pedido de cooperação deve ser recusado quando o processo não satisfizer ou não respeitar as exigências das convenções internacionais sobre direitos humanos ou de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria, devidamente ratificados (art. 6.º do Dec.-lei português 43/91); ou, como mais enfaticamente reza o art. 2.º da lei da Confederação Helvética, o pedido de cooperação em matéria penal não será admitido se se constatar que o processo no país estrangeiro não se conformou aos princípios processuais fixados pela Convenção europeia de 1950 (v. supra, 7.2.1, alínea a).

Esta fórmula emblemática vem substituir com vantagem as mais antigas alusões aos limites à cooperação determinados pela vulneração ao ordenamento nacional ou às leis do país, ou ainda à ordem pública;¹⁶⁸ e supera, sem dúvida, a idéia, própria dos ordenamentos de *common law*, da verificação *prima facie* de que o caso poderia levar a pessoa a julgamento no Estado requerido.¹⁶⁹

Uma coisa é certa: após fixada e amadurecida a idéia de que o Estado requerido deve cercar seu próprio processo de todas as garantias processuais, colocando à disposição da pessoa objeto do pedido de cooperação, mas sujeito processual, todo o arsenal próprio do devido processo legal (direito de defesa, incluindo a autodefesa e a defesa técnica; contraditório, com o direito à prova; publicidade, motivação das decisões, duplo grau, exclusão das provas obtidas por meios ilícitos, direito ao intérprete, etc.), o que de mais interessante surge no material consultado é a postura que também exige que o Estado requerido afira se o processo penal foi igualmente dotado das mesmas garantias no Estado requerente.

Em outras palavras, o Estado requerido é responsável, com relação à pessoa que se encontra em seu território, não apenas pelo respeito às garantias processuais em seus próprios tribunais, mas também pela observância das garantias processuais no procedimento do Estado requerente. Sob pena de ter que recusar a cooperação internacional.

Garantias processuais no Estado requerido, portanto; mas também aferição, por este, da observância das garantias processuais pelo Estado requerente.

E, para a efetividade do cumprimento destas garantias, no Estado requerente e no Estado requerido, é de extrema re-

167. Relatório Schutte, p. 81.

168. V. supra, 7.2.1, alínea a.

169. V. supra, 7.2.2.2.

levância que se assegure o exercício de controle jurisdicional por órgãos internacionais.

Sobre essas linhas evolutivas, e sua adoção nos Estados pesquisados, versará a parte final deste relatório geral.

7.4.1 As garantias processuais no Estado requerido

Já foram examinadas, a esse respeito, as garantias que os Estados requeridos dispensam aos processos de cooperação judicial, em qualquer de suas modalidades. Reportamo-nos particularmente às garantias na extradição, seja quanto ao controle das medidas coercitivas (supra, 7.2.2.1, alínea *b*), seja quanto ao próprio processo de extradição (supra, 7.2.2.1, alínea *c*); ao processo de revisão e confirmação da sentença penal estrangeira (supra, 7.2.4 e 7.2.4.1); às garantias na transferência de pessoas condenadas (supra, 7.2.4.4.); ao processo para prestar auxílio geral em matéria penal, incluindo o cumprimento das rogatórias (supra, 7.2.6.2). Para cada qual dessas modalidades, analisou-se a menor ou maior ênfase dada às garantias processuais pelos países pesquisados.

Destacam-se, nesse campo, entre os países europeus, Itália, Portugal e Suíça e, no que tange à extradição, a Grécia; a Alemanha, como os demais países europeus, reservam maiores garantias ao controle sobre as medidas privativas da liberdade.

Na América latina, ricos em garantias processuais, sobretudo na extradição, são os processos da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, México, Peru e Uruguai. E na Ásia, para a mesma matéria, o Japão.

Mas, como bem salienta o relatório Schutte, o que é preciso verificar é se os processos aplicáveis ao cumprimento da cooperação judiciária mútua oferecem em cada país garantias processuais equiparáveis às que se dão no processo

penal interno.¹⁷⁰ Em resposta,¹⁷¹ nota o relator que a maioria das informações dos países por ele pesquisados se restringiu à extradição. Mas, embora muitos países da Europa continental não entendam aplicável ao processo de extradição o art. 6.º da Convenção europeia, atinente às garantias do devido processo legal, a maioria dos Estados prevê para a extradição o direito a ser informado sobre a natureza e a causa do processo de extradição e da acusação do Estado requerente, em um idioma que a pessoa compreenda, o direito de presença e o direito ao defensor, assim como o direito à assistência gratuita de um intérprete. E, com relação à privação da liberdade, são consideradas, por todos, plenamente aplicáveis as garantias das Convenções internacionais.

Diversa é a situação, segundo o mesmo relatório, quanto aos países de *common law* — como a África do Sul, o Canadá e os Estados Unidos — em parte pela exigência da aferição da denominada prova *prima facie*, mas sobretudo porque o processo de extradição é determinado pelos mesmos princípios que regem o processo penal interno.

Acrescentem-se, agora, os países da América Latina, Israel e Japão e se terá um quadro bastante promissor de observância de garantias processuais, nos processos relativos à cooperação internacional em matéria penal, numa tendência significativa no sentido de sua equivalência com as garantias do processo penal interno.

Emblemáticas, a esse respeito, as recentes posições dos tribunais do Brasil e da Argentina. Para o primeiro país, a Suprema Corte decidiu, pelo voto do Min. Celso de Mello, que “a condição jurídica do extraditando não o priva, só por essa especial circunstância, da tutela

170. Relatório Schutte, questão n. 6, p. 27.

171. Idem, pp. 73-75.

levância que se assegure o exercício de controle jurisdicional por órgãos internacionais.

Sobre essas linhas evolutivas, e sua adoção nos Estados pesquisados, versará a parte final deste relatório geral.

7.4.1 As garantias processuais no Estado requerido

Já foram examinadas, a esse respeito, as garantias que os Estados requeridos dispensam aos processos de cooperação judicial, em qualquer de suas modalidades. Reportamo-nos particularmente às garantias na extradição, seja quanto ao controle das medidas coercitivas (supra, 7.2.2.1, alínea b), seja quanto ao próprio processo de extradição (supra, 7.2.2.1, alínea c); ao processo de revisão e confirmação da sentença penal estrangeira (supra, 7.2.4 e 7.2.4.1); às garantias na transferência de pessoas condenadas (supra, 7.2.4.4.); ao processo para prestar auxílio geral em matéria penal, incluindo o cumprimento das rogatórias (supra, 7.2.6.2). Para cada qual dessas modalidades, analisou-se a menor ou maior ênfase dada às garantias processuais pelos países pesquisados.

Destacam-se, nesse campo, entre os países europeus, Itália, Portugal e Suíça e, no que tange à extradição, a Grécia; a Alemanha, como os demais países europeus, reservam maiores garantias ao controle sobre as medidas privativas da liberdade.

Na América latina, ricos em garantias processuais, sobretudo na extradição, são os processos da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, México, Peru e Uruguai. E na Ásia, para a mesma matéria, o Japão.

Mas, como bem salienta o relatório Schutte, o que é preciso verificar é se os processos aplicáveis ao cumprimento da cooperação judiciária mútua oferecem em cada país garantias processuais equiparáveis às que se dão no processo

penal interno.¹⁷⁰ Em resposta,¹⁷¹ nota o relator que a maioria das informações dos países por ele pesquisados se restringiu à extradição. Mas, embora muitos países da Europa continental não entendam aplicável ao processo de extradição o art. 6.º da Convenção europeia, atinente às garantias do devido processo legal, a maioria dos Estados prevê para a extradição o direito a ser informado sobre a natureza e a causa do processo de extradição e da acusação do Estado requerente, em um idioma que a pessoa compreenda, o direito de presença e o direito ao defensor, assim como o direito à assistência gratuita de um intérprete. E, com relação à privação da liberdade, são consideradas, por todos, plenamente aplicáveis as garantias das Convenções internacionais.

Diversa é a situação, segundo o mesmo relatório, quanto aos países de *common law* — como a África do Sul, o Canadá e os Estados Unidos — em parte pela exigência da aferição da denominada prova *prima facie*, mas sobretudo porque o processo de extradição é determinado pelos mesmos princípios que regem o processo penal interno.

Acrescentem-se, agora, os países da América Latina, Israel e Japão e se terá um quadro bastante promissor de observância de garantias processuais, nos processos relativos à cooperação internacional em matéria penal, numa tendência significativa no sentido de sua equivalência com as garantias do processo penal interno.

Emblemáticas, a esse respeito, as recentes posições dos tribunais do Brasil e da Argentina. Para o primeiro país, a Suprema Corte decidiu, pelo voto do Min. Celso de Mello, que “a condição jurídica do extraditando não o priva, só por essa especial circunstância, da tutela

170. Relatório Schutte, questão n. 6, p. 27.

171. Idem, pp. 73-75.

a todos dispensada pela ordem constitucional, que prestigia o regime das liberdades públicas e protege o estado de incoercibilidade pessoal dos indivíduos”, sendo a prisão cautelar negada por não se coadunar com as regras do direito brasileiro.¹⁷² E, na Argentina, a Câmara Federal de General Roca, por *habeas corpus*, fulminou um provimento de extradição proferido sem a observância das normas garantidoras do processo.¹⁷³

Essa linha afina-se com as decisões dos órgãos internacionais de garantia que, ao examinar questões levantadas pelos recorrentes, têm se manifestado freqüentemente sobre os aspectos processuais da extradição. As censuras têm colhido problemas ligados ao processo no Estado requerido, como o direito de a pessoa ser informada sobre a natureza e os motivos que determinam sua prisão, assim como o direito à sua duração por prazo razoável e o direito de o extraditando requerer o controle da legalidade da prisão. Quanto ao procedimento, foi reconhecida a exigência da garantia jurisdicional consistente na previsão de um recurso contra o provimento de extradição; e o critério do *fair trial* tem envolvido o controle da duração razoável do processo, da imparcialidade, do respeito aos direitos de defesa e ao princípio da igualdade das armas, reconhecendo-se entre outros o direito à defesa técnica e à autodefesa; finalmente, com relação ao contraditório, garantiu-se também o direito à prova, com a faculdade de produzi-las.¹⁷⁴

172. RTJ 141/338, in relatório brasileiro, p. 6.

173. Extradição de V.J.G.G. anulada pelo tribunal, in *Jurisprudência anexada ao relatório argentino*, pp. 205 e ss.

174. V. Parisi, *Estradizione* cit., pp. 19-22, que se reporta a diversas decisões da Comissão e da Corte européias (notas 13-24).

E vale notar que tais garantias, reconhecidas expressamente para o processo de extradição, podem ser estendidas a qualquer outra modalidade de cooperação judicial, no que couberem.¹⁷⁵

7.4.2 A observância das garantias processuais pelo Estado requerente

Chegamos ao último passo do caminho evolutivo, caracterizado pela necessidade de o Estado requerido exercer o controle da observância das garantias processuais pelo Estado requerente que lhe pede cooperação judicial em matéria penal.

Como observa o relatório Schutte,¹⁷⁶ uma simples comparação entre os tratados sobre extradição e cooperação judiciária de 30 ou 40 anos atrás, em confronto com os concluídos durante esses últimos anos, mostram claramente essa evolução.

Com efeito, as regras mais antigas limitavam-se a exigir que o Estado requerido recusasse a cooperação judiciária quando o Estado requerente se servisse de tribunais de exceção ou ao controle do *ne bis in idem*. Amplia-se, agora, o leque das matérias processuais objeto de análise: assim, por exemplo, a recusa de cooperação quando o processo, no Estado requerente, correu à revelia, ou até mesmo quando o processo, no mesmo Estado, teve duração excessiva.¹⁷⁷ E o relator prevê que cada vez mais seja exercido pelo Estado requerido o controle sobre a equidade do processo no Estado requerente, como ocorre em muitos tratados que aludem às leis internas da parte requerida ou ao princípio da proporcionalidade.¹⁷⁸

175. Parisi, *ibid.*, p. 23.

176. *Rév. Int. Dr. Pén.* cit., p. 72.

177. Menciona o relatório Schutte, a esse respeito, o recente tratado entre Hong Kong e a Holanda, que contém norma expressa nesse sentido (p. 72, nota 25).

178. *Ibid.*, pp. 72-73.

A preocupação geral em atribuir proteção ao indivíduo nos processos de cooperação judiciária chega à recusa de prestá-la, pelo Estado requerido, quando o processo no Estado requerente se baseou em provas consideradas inadmissíveis pelo ordenamento do primeiro. E alguns instrumentos recentes de cooperação judiciária estabelecem que as informações trocadas entre os Estados só podem ser utilizadas para o caso concreto para o qual a cooperação foi solicitada.¹⁷⁹ Daí porque, segundo o relatório Schutte, não é difícil prever que os tribunais nacionais passem a rejeitar expressamente as provas obtidas pelo Estado requerente utilizando métodos proibidos no Estado requerido.¹⁸⁰ Segura prova dessa tendência é o Projeto de Resolução elaborado, em 1992, durante a reunião preparatória de Helsínque para o XV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 1994, onde as conclusões foram confirmadas, salientando a necessidade de os Estados, quando destinatários de pedidos de cooperação judiciária, se preocuparem com que os tratados não lhes criem obrigações que resultem em violações de direitos fundamentais e, mais particularmente, das normas garantidoras de um processo justo, como geralmente reconhecido. Assim, exemplificativamente, os Estados cuja legislação restringe o uso das provas ilícitas deveriam aplicar as mesmas restrições com relação às provas obtidas no Estado requerente.¹⁸¹

Naturalmente, essa visão opõe-se radicalmente ao entendimento antigo, que advogava a proibição de um Estado imiscuir-se no processo do outro. Mas, como observam Lagodny e Reisner, a

denominada *prohibition of exporting* (direito nacional ou regional) sobre os direitos humanos não existe, em face da responsabilidade que o Estado tem perante sua própria Constituição.¹⁸²

Como já assentado nesse relatório,¹⁸³ trata-se de duas posições inconciliáveis: a clássica, pela qual ao Estado requerido não é dado interferir ou exercer o controle do que se passou ou vai se passar no processo do Estado requerente, de modo que o princípio do *non inquiry*, por razões diversas, deveria ser “respeitado religiosamente”.¹⁸⁴ Trata-se do denominado *export-ban argument*, pelo qual o sistema legal estrangeiro não poderia ser medido na base do sistema do Estado requerido.¹⁸⁵

Mas, no lado oposto, encontra-se a posição preocupada com os direitos do homem, pela qual o Estado requerido é tão responsável quanto o Estado requerente pela rigorosa observância dos direitos fundamentais e das garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. Nesta segunda linha, observou-se que, dado que no momento da extradição — e o mesmo vale para outras formas de cooperação judicial — o indivíduo está submetido à jurisdição do Estado requerido, este se torna responsável pelo tratamento processual e/ou substancial reservado ao indivíduo pelo Estado requerente, ainda que a violação vá ocorrer ou tenha ocorrido fora de sua esfera territorial.¹⁸⁶ Trata-se de extrair do sistema internacional de cooperação judiciária um conceito de jurisdição desligado da esfera territorial

182. Lagodny e Reisner, *Extradition treaties* cit., p. 565.

183. V. supra, 7.2.2.2.

184. São as palavras do relatório do Estado de Israel, p. 81.

185. O relatório nacional da Alemanha refere essa posição, mas a combate com veemência (pp. 18-19).

186. Nicoletta Parisi, *Estradizione* cit., pp. 31-32.

179. Relatório Schutte, pp. 77-78, com referência ao Tratado de Schengen de 1990.

180. Idem, ibidem, p. 79.

181. V. supra, 3.

de cada Estado envolvido, juntamente com a conceituação de uma responsabilidade direta e imediata do Estado requerido pelas violações, ainda que potenciais, aos direitos humanos por qualquer das partes.¹⁸⁷

Claro é que quando os Estados pertencem à mesma comunidade, existindo entre eles homogeneidade de sistemas processuais e observância de garantias equivalentes, pode operar a presunção de conformidade do sistema estrangeiro ao ordenamento nacional, incluindo as garantias convencionais. Mas as maiores cautelas deverão ser tomadas quando se tratar de países não signatários das Convenções sobre direitos humanos, como já deixaram assentado os órgãos internacionais de garantia.¹⁸⁸

Sobretudo nesses casos, o controle do juiz do Estado requerido estende-se às normas processuais (e materiais) do Estado requerente, assim como às modalidades de sua aplicação.¹⁸⁹ Fica assim superada a dificuldade, acusada pela jurisprudência da Europa continental, de resolver o conflito entre a idéia de soberania do Estado requerente e a exigência de recusar a cooperação judiciária com relação a um país em que não seja assegurado o *standard* mínimo de garantias. E fica também superada a *rule of non-inquiry* imposta ao juiz norte-americano, de quem se retirava o controle sobre os motivos pelos quais a cooperação era solicitada, e sobretudo sobre o tratamento processual reservado à pessoa no Estado requerente.¹⁹⁰

187. Idem, p. 34. Com palavras mais duras, o relatório nacional do Egito apresentado ao XV Congresso da AIDP, de autoria de Iskandar Ghattas, fala em cumplicidade intolerável do Estado requerido que se abstenha de examinar as garantias processuais dispensadas pelo Estado requerente (*Rév. Int. Dr. Pén. cit.*, p. 239).

188. Idem, p. 32, com jurisprudência da Comissão européia referida nas notas 57 e 58.

189. Idem, p. 53.

190. Idem, ibidem, notas 56 e 57.

Como salienta Nicoletta Parisi, a esses resultados a jurisprudência nacional chegou por caminhos diversos: a) sendo a extradição forma de cooperação entre dois Estados, não se pode falar em neutralidade de um deles diante de violações evidentes das garantias fundamentais; b) a conformidade dos ordenamentos nacionais ao direito internacional convencional potencia a força deste, através da reconstrução de uma norma de direito internacional geral. Com o que o controle do juiz interno sobre as normas do Estado requerente põe de manifesto a ruptura do tabu do respeito recíproco entre Estados, levado a consequências extremas.¹⁹¹

A mesma tendência é apontada por Lagodny e Reisner, no ensaio citado.¹⁹² A partir da posição clássica sobre a proibição do *ne bis in idem*, já acolhida pela quase totalidade dos tratados e dos ordenamentos nacionais, passou-se pela recusa da cooperação judicial quando se tratasse de causa decidida por tribunais estrangeiros de exceção¹⁹³ ou de processo à revelia,¹⁹⁴ chegou-se mais recente-

191. Idem, pp. 53-54.

192. Lagodny e Reisner, *Extradition Treatys cit.*, pp. 556-562.

193. Nesse ponto, como a Convenção européia não é expressa vários Estados apresentaram reserva no sentido de negar a extradição em caso de tribunais *ad hoc*: assim a Áustria, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Islândia, Portugal, Suécia e Suíça: op. cit., pp. 560-561. E alguns ordenamentos, como visto, introduziram a proibição em sua legislação nacional (Brasil, Egito, Portugal, Suíça e Uruguai).

194. Lagodny e Reisner, op. cit., pp. 558-559, com referências aos mais antigos tratados entre o Reino Unido e Hong Kong e o Reino Unido e Haiti, para chegar aos mais recentes, como o firmado entre Áustria e Canadá e a diversas leis internas como a da Dinamarca, Holanda, Finlândia, Noruega, Portugal, Suécia e Suíça. Ademais, o Segundo Protocolo Adicional da Convenção européia de extradição possibilita a recusa na hipótese de um mínimo

mente à referência ao *fair trial* a ser observado no país requerente, pelo menos quanto à extradição passiva.

Assim fazem expressamente as legislações da Áustria, Itália, Portugal e Suíça e a reserva da França à Convenção, na Europa.¹⁹⁵ O relatório do Egito refere-se à necessidade de prova de que a pessoa teve oportunidade de defender-se no país requerente.¹⁹⁶ Na América Latina, o Chile assegura o mínimo, que é a prova da citação do acusado no país requerente;¹⁹⁷ o máximo é garantido no México e no Peru: a lei interna do primeiro exige expressamente que o Estado requerente se comprometa a respeitar os direitos fundamentais que o extraditando teria se fosse julgado no país;¹⁹⁸ e, no Peru, a concessão da extradição demanda que no Estado requerente haja garantias de uma reta administração da justiça.¹⁹⁹ No Uruguai, o tribunal examina a existência de jurisdição do Estado requerente e a citação e presença do acusado, aplicando-se, ainda, pelo Tratado de Montevidéu de 1940, a exigência de a sentença não ter sido proferida em processo à revelia, hipótese em que a extradição só será concedida sob o compromisso de o extraditando ser submetido a novo julgamento no país requerente.²⁰⁰ O trata-

de defesa reconhecido a qualquer imputado de infração criminal não ter sido satisfeito no Estado requerente, podendo porém a extradição ser concedida mediante o compromisso de novo julgamento cercado de garantias: a grande maioria dos Estados ratificou o Protocolo (v. Anexos 1 e 2). De lembrar, ainda, nas Américas, o Tratado de Montevidéu de 1940, que já antecipava a posição do Segundo Protocolo Adicional da Convenção europeia.

195. Lagodny e Reisner, op. cit., pp. 559-560.

196. Relatório nacional, p. 13.

197. Idem, p. 10.

198. Relatório nacional, p. 17.

199. Art. 39 da Lei 24.710/87.

200. Relatório nacional, pp. 14-15.

mento da revelia, aliás, é objeto de preocupação em diversos Estados.²⁰¹

Deve, ainda, ser lembrado que pela cláusula da "ordem pública", presente em algumas leis internas, pode-se chegar ao mesmo resultado. Importante notar, por exemplo, que o princípio tem sido interpretado pela doutrina espanhola como observância à "ordem pública constitucional".²⁰²

É ainda de Lagodny e Reisner o rico levantamento da jurisprudência nacional de diversos países europeus, que conta com diversos julgados que representam, na terminologia dos autores, verdadeiros "freios de emergência" à extradição, por desrespeito aos direitos humanos, incluindo as garantias processuais.²⁰³ Dentre estes, oferecem particular interesse os da França,²⁰⁴ Irlanda,²⁰⁵ Itália²⁰⁶ e Reino Unido²⁰⁷ e, em medida mais restrita, da Alemanha²⁰⁸ e Espanha.²⁰⁹

Nos países extra-europeus, não foi apontada pelos relatórios nenhuma jurisprudência que negue a extradição por violação a garantias processuais convencionais ou constitucionais, quando a regra não estiver incluída nos tratados ou na legislação interna: mas na Argentina essa preocupação começa a manifestar-se pelo voto vencido do Min. Boggiano, quando afirma que "o tratado de extradição com o Brasil não deve ser interpretado como regendo somente relações entre Estados, uma vez que

201. V. retro, nota 194.

202. Id. p. 561, mencionando a obra de Puente Egido, "Limites constitucionales en el Derecho español de la extradición", in *Verfassungsrecht und Völkerrecht für Wilhelm Karl Geck*, 1989, pp. 593-609, especialmente pp. 602-604.

203. Idem, op. cit., pp. 562-572.

204. Idem, ibidem, pp. 562-564.

205. Idem, ibidem, pp. 566-567.

206. Idem, ibidem, pp. 567-568.

207. Idem, ibidem, pp. 569-570.

208. Idem, ibidem, pp. 564-565.

209. Idem, p. 569.

tende a assegurar aos indivíduos um processo tramitado de acordo com a lei, em que se possa discutir a procedência da entrega”, referindo-se também à observância das garantias internacionais da liberdade e do devido processo legal.²¹⁰ E, no Brasil, a cláusula que proíbe a extradição quando o Estado requerente tenha julgado o indivíduo por tribunais de exceção foi interpretada recentemente pelo STF como necessidade de observância do devido processo legal.

Com efeito, após o entendimento mais antigo da Suprema Corte brasileira, que chegara a sustentar que a matéria relativa ao vício de citação escaparia à competência prevista no processo de extradição,²¹¹ o tribunal afirmou, pelo voto do Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de controle da existência das garantias processuais no Estado requerente, adotando um conceito mais amplo de tribunal de exceção que, além de abranger os órgãos estatais criados *ex post facto*, também compreende os tribunais regulares “desde que caracterizada, em tal hipótese, a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias do devido processo legal”. Afirma o voto que “a possibilidade de privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador da própria liberdade do acusado — garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante — impede o válido deferimento do pedido extradicional”.²¹²

210. Jurisprudência anexada ao relatório argentino, n. 70-XXIII, Nadel, León y otro, j. 4.6.93, voto vencido de Boggiano.

211. Relatório brasileiro, p. 10, nota 24, Extradição n. 387, in *RTJ* 102-881.

212. Relatório brasileiro, p. 7, nota 16, Extradição n. 524 (caso Stroessner, Paraguai), *RTJ* 134/56. Mas a maioria dos Ministros negou a extradição por questões formais.

Isso tudo significa, em última análise que por caminhos diversos se chegou à gradativa restrição da esfera de domínio reservada a cada Estado, antes absoluta, sendo evidente a tendência a não mais compreender nela o tratamento individual que possa significar violação dos direitos fundamentais tutelados pelas normas internacionais.²¹³

É este o parâmetro pelo qual o Estado requerido deve aferir a observância das garantias do devido processo legal pelo Estado requerente. Não tem razão de ser a preocupação manifestada no relatório de Israel quanto à impossibilidade de um Estado avaliar o cumprimento das garantias processuais por parte de outro país, de ordenamento diverso, o que justificaria, no entender do relator, o princípio do *non-inquiry*.²¹⁴ Os instrumentos internacionais e a própria elaboração doutrinária já se encarregaram de isolar os princípios que formam a plataforma mínima das garantias processuais, de observância obrigatória em qualquer sistema.²¹⁵

7.4.3 O controle jurisdicional por órgãos internacionais

A plena observância das garantias do indivíduo no cumprimento da cooperação judiciária em matéria penal só encontrará seu pleno coroamento com a instituição de órgãos jurisdicionais inter-

213. Parisi, op. cit., p. 55.

214. Relatório nacional, p. 81.

215. V., por exemplo, o recente ensaio de Luigi Paolo Comoglio, “I modelli di garanzia costituzionale del processo” (in *Studi in Onore di Vittorio Denti* 1/297-381, 1994, Cedam), que examina, à luz das garantias internacionais, o modelo da *civil law* e o da *common law*, concluindo pela possível abstração, do jogo de constantes e variáveis, de um modelo garantidor coexistente para os dois sistemas como modelo geral de síntese aplicável a qualquer ordenamento.

nacionais encarregados da correta e uniforme aplicação das convenções e tratados.

Mesmo no sistema europeu, onde se assegura o acesso do indivíduo aos órgãos internacionais de garantia, a necessidade é sentida, como se vê pelo relatório da França, que postula a idéia de um tribunal penal internacional, bastante trabalhada por M. Cherif Bassiouni.²¹⁶

Por isso mesmo, o relatório Schutte para o XV Congresso da AIDP registrou a questão atinente à ampliação da competência dos órgãos internacionais existentes à luz do pacto internacional sobre direitos civis e políticos ou dos instrumentos regionais dos direitos do homem, como as convenções europeia e americana. Isto, salienta o referido relatório, poderia significar sua transformação em instâncias judiciárias que poderiam tomar a decisão final sobre a admissibilidade e oportunidade da atuação internacional ou sua recusa.²¹⁷ Essa jurisdição, criada por deliberação da ONU, com pessoal já designado, ainda não entrou em funcionamento.²¹⁸

Segundo informa o relatório Schutte, um número considerável de relatórios nacionais sustenta a posição favorável a essa criação: assim fazem a África do Sul, o Egito, a Espanha, a Holanda e a Hungria.²¹⁹

Também nos países da América — onde, aliás, a Convenção regional não contempla o acesso do indivíduo aos tribunais de garantia — a exigência do estabelecimento de novas formas de controle judiciário internacional é muito presente, como se pode ver dos relatórios da Argentina,²²⁰ Colômbia²²¹ e México.²²²

Trata-se de um desenvolvimento possível no futuro, ainda que por enquanto haja divergências quanto ao caminho a ser seguido: a transformação dos órgãos de controle dos direitos do homem já existentes (para quem, como nós, não tem dúvidas quanto ao aspecto tridimensional da cooperação internacional), ou a previsão de novos procedimentos, como a arbitragem, ou a submissão dessas questões à Corte internacional de Justiça, ou ainda a criação de uma Corte especial com competência penal (para os que ainda pensam que os assuntos ligados à cooperação se restrinjam aos conflitos entre os Estados).²²³

O importante, por ora, é detectar essas tendências, na convicção de que quanto mais intensa se torna a cooperação internacional em matéria penal, tanto mais haverá necessidade de uniformizar leis e práticas dos diversos Estados, no respeito dos direitos fundamentais, o que só poderá ser feito de maneira eficiente pelo aumento dos órgãos internacionais de garantia, em nível internacional e regional.

216. Relatório nacional, p. 9, com referências à matéria contida na *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1992.

217. Relatório Schutte, p. 81.

218. Relatório da França, p. 9.

219. Relatório Schutte, p. 82.

220. Relatório nacional, p. 26.

221. *Idem*, p. 21.

222. *Idem*, *ibidem*, p. 40.

223. Relatório Schutte, pp. 81-82.

ANEXO I

Table — Showing in particular the main relationships within the framework of European Treaties (Council of Europe).

STATE	EXTRADITION		MUTUAL ASSISTANCE		TRANSFER PRISONERS
	ECE ETS 24	2nd. AP ECE ETS 98	ECMACM ETS 30	AP- ECMACM ETS 99	CTSP ETS 112
Belgium	V59,582		x E 76,1825		x 92,98
Bulgaria	x 14.9.94	x 94,3646	x 15.8.94	x 15.8.94	x 1.10.94
Denmark	x E 86,471	x 91,874	x E 76,1827	x 91,909	x 92,98
Germany	x 76,1778	x 91,874	x 76,1799	x 91,909	x 92,98
	+ 82,2071		+ 82,2071		
Finland	x 76,1778	x 91,874	x 81,318	x 91,909	x 92,98
France	x 86,631		x E 81,906	x 91,909	x 92,98
Greece	x 76,1778		x E 76,1831	x 91,909	x 92,98
Ireland	x 76,1778				
Iceland	x 84,921	x 91,874	x 84,911	x 91,909	x 94,385
Italy	x E 82,106	x 91,874	x E 82,111	x 91,909	x 92,98
Liechtenstein	x 76,1778		x 76,1799		
Luxembourg	x 77,252		x 77,250		x 92,98
Malta	V 68,775		x 94,627		x 92,98
Netherlands	x E 81,1153	x 91,874	x E 81,1158	x 91,909	x 92,98
Norway	x E 85,1121	x 91,874	x E 76,1838	x 91,909	x 93,696
Austria	x E 75,1162	x 91,874	x E 75,1157	x 91,909	x 92,98
Poland	x 94,299	x 94,586			
Portugal	x 91,645	x 91,874	x 68,169		x 94,385
Sweden	x E 78,954	x 91,874	x E 78,135	x 91,909	x 92,98
Switzerland	x E 75,1175	x 91,874	x E 75,1169		x 92,98
Slovakia	x 93,239		x 93,239		x 93,696
Slovenia					x 94,386
Spain	x E 87,592	x 91,874	x 82,982	x 91,909	x 92,98
Czech Rep.	x 93,239		x 93,239		x 93,696
Tuckoy	x 76,1778	x 93,1091	x 76,1700	x 01,000	x 02,00
Hungary	x 94,200	x 04,506	x 94,297	x 54,354	x 94,585
United Kingdom	x 91,116	x 94,586	x 92,1234	x 82,1234	x 92,98

ANEXO 2

STATE	EXTRADITION		MUTUAL ASSISTANCE		TRANSFER PRISONERS
	ECE ETS 24	2nd. AP ECE ETS 98	ECMACM ETS 30	AP- ECMACM ETS 99	CTSP ETS 112
Cyprus	x 76,1778	x 91,874			x 92,98
NON MEMBER	STATES	OF THE	COUNCIL	OF	EUROPE
Austrália	V 90,716				
Bahamas	V 83,313				x 92,1049
Israel	x 76,1778		x E 80,1334		
Canadá	V 79,1049				x 92,98
Trin.-Tobago	V 87,723				x 94,663
United States	V 80, 1300+ZV93,846-88,1087		(exchange of notes) 61,471		x 92,98

ETS = European Treaty Series X = party to the convention XE = party to the convention with additional bilateral treaty V = bilateral treaty ZV = additional treaty Figures are quoting the source in the F.L.G. II = Bundesgesetzblatt II (year, page) Dates = date of entry into force

OS LIMITES DA IMUNIDADE PENAL DOS ADVOGADOS

ADAUTO SUANNES

Para podermos situar melhor o tema de que nos ocuparemos, sugiro que imaginemos as seguintes situações, para efeito de sua classificação jurídico-penal:

a) *A* desfere um murro no rosto de *B*, ferindo-o;

b) *C* afirma, publicamente, que *D* cometeu ato caracterizador de abuso de autoridade, o que se vem a demonstrar ser inverídico;

c) *E* assevera enfaticamente que *F* subtraiu para si determinado objeto, pertencente a outrem, vindo a provar-se, ao fim do processo, que o objeto pertencia efetivamente a *E*;

d) *G* afiança, perante terceiros, que *H* não tem pago os alugueres da casa onde reside, o que é desmentido pelos recibos apresentados pelo imputado;

e) *I*, utilizando-se de um instrumento cortante, decepa o dedo de *J*.

f) *L*, em documento público, assevera que *M* é adúltera, o que vem a ser comprovado não ser verdade.

As descrições acima indicam a presença de algum tipo penal?

Objetivamente falando, a resposta deve ser afirmativa: Na hipótese *a* estaremos diante do crime de lesão corporal dolosa, prevista no art. 129 do CP; na hipótese *b* estaremos diante de um crime de calúnia, de que cuida o art. 138 do mesmo estatuto; na situação descrita sob a letra *c* poderemos falar em denúncia caluniosa, tal como prevista no art. 339 do mesmo CP; o caso narrado sob a letra *d* constituiria difamação, que vem tipificada no art. 139 do CP (ou

injúria — art. 140 —, na melhor das hipóteses); o caso sob a letra *e* caracterizaria lesão corporal grave (art. 129, § 2.º, IV); finalmente, na hipótese *f* também estaremos, no mínimo, diante de uma injúria.

Indagamos, porém:

a) e se o agente na hipótese *a* for alguém participando de uma luta de boxe, disputando o título mundial?

b) se o agente na hipótese *b* for alguém que faz a alegação ao impetrar *habeas corpus* perante o Judiciário?

c) e se o agente na hipótese *c* for um promotor de justiça que faz a afirmação em uma denúncia, instruída com inquérito policial?

d) e se o agente na hipótese *d* for um advogado que faz aquela afirmação na petição inicial de uma ação de despejo por falta de pagamento?

e) ou, na hipótese *e*, for um cirurgião, que assim procede para impedir que um tumor se alastre pelo corpo do paciente?

f) e se, no caso sob a letra *f*, o documento em tela for uma decisão judicial?

Nenhum de nós jamais viu, certamente, um lutador de boxe, um advogado, um médico, um promotor de justiça, um juiz de direito ou um homem comum serem processados em casos tais.

Por quê?

Com relação à conduta médica, a doutrina, inicialmente, chegou a buscar a justificativa para a não-incriminação no chamado estado de necessidade: a intervenção do cirurgião era, naquele

caso, necessária para salvar a vida ou restabelecer a saúde do paciente.

Quando se trata, no entanto, de intervenção para fins meramente estéticos (a chamada operação plástica sem o caráter de buscar-se com ela uma correção dos danos físicos provenientes de acidente ou má-formação decorrente de causa genética, que alguns profissionais já, atrevidamente, denominam esculturação corpórea) esse fundamento parece difícil de ser aceito.

Estaríamos, então, em tais casos, diante do consentimento do ofendido, o que também seria suficiente para excluir a incidência daquela figura penal. Mas, se se tratar de ablação de órgão (o pênis, p. ex.), em tal caso o mero consentimento do portador do incômodo órgão será suficiente para excluir a capitulação criminal? Há precedente jurisprudencial entre nós, envolvendo pessoas de nome amplamente divulgado pela imprensa laica, afirmando que em tal caso estamos diante da produção de lesão corporal de natureza grave. Recordemo-nos, outrossim, que o Código de Ética Médica ainda prevê, no art. 43 (que se casa com o contido no Dec. federal 20.931/32, ainda em vigor) a proibição de certas práticas lesionadoras a que tantos de nós já se submeteu clandestinamente, como a laqueadura de trompas e a vasectomia, sendo, pois, diante da lei, irrelevante a vontade do beneficiário, em muitos casos, tanto quanto na ablação que não seja imprescindível para salvar a vida ou restabelecer a saúde do paciente.

Também se chegou a ver no consentimento do ofendido o fundamento para a não incriminação da luta de boxe. Sucede, no entanto, que os duelos contam com o consentimento de ambos os participantes e, segundo é pacífico, a lesão produzida neles constitui crime, tanto quanto uma luta de boxe entre dois brigadores de rua.

É que “quando estão em jogo direitos inalienáveis, o *mutus consensus* não é

causa excludente ou sequer minorativa da pena”, lecionava o emérito Hungria, esquecido, porém, de nos informar o que seriam esses direitos inalienáveis.¹

Quando alguém atribui ao juiz a prática do crime de abuso de autoridade, ou quando o promotor de justiça ofende a honra do denunciado (nenhuma denúncia contém elogios ao réu, como é curial, sendo os ofensivos termos com que o titular da ação se refere ao acusado caracterizadores de calúnia, caso não venham a ser comprovados, como parece evidente), ou quando o advogado, na esfera civil, atribui ao réu conduta reprovável (raramente se terá uma ação civil em que uma das partes se refira à outra em termos não ofensivos), ou quando o magistrado tece considerações injustas a respeito da conduta de alguém (exemplificando: uma sentença em um processo de separação judicial, com reconvenção, que acolhera a pretensão do autor, vem a ser reformada pelo Tribunal, agasalhando-se, então, a reconvenção, donde se deve concluir serem descabidas as considerações feitas pelo sentenciante à parte que, a final, mostrou ter razão), não poderemos falar em estado de necessidade, como se chegou a aventar em relação à conduta médica.

Em tais casos, mais adequado será falarmos em exercício regular do direito (quando o sistema jurídico, explícita ou implicitamente, assegura tal pretensão subjetiva).

Alguns autores, entretanto, não se conformando com essa visão meramente positivista, sugerem que se vá buscar no seio da sociedade o fundamento para que certas condutas se considerem não-contrárias ao Direito: tratar-se-ia, em tais casos, de condutas social e moralmente esperáveis, por isso que toleráveis ou mesmo necessárias ao convívio entre os homens.

1. Cf. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. I, n. 47.

O que importa é que “não são ilícitas as ações que, não obstante corresponderem formalmente à realização da conduta típica, constituem fatos normais da vida de relação. Assim, por exemplo, não constituem lesões corporais as lesões insignificantes feitas pela manicure ou a circuncisão dos israelitas, nem é corrupção ativa a dádiva de pequeno valor, por ocasião das festas de fim de ano, aos funcionários públicos”, advertia-nos Heleno Fragoso.²

Essa visão mais ampla, se, de um lado, tem em conta todo o espectro ético, apresenta o grave inconveniente de conter elementos normativos de enorme carga subjetiva (fatos normais, pequeno valor, lidos na mencionada lição), podendo ser ela invocada para justificar expressões de intolerância, bastando que conte com o apoio da maioria da população (o preconceito de cor ou de raça, por exemplo, imposto pela maioria da população em detrimento dos componentes da minoria, nem sendo necessário irmos ao sadio espírito do povo alemão, no *III Reich*, para termos ilustração disso, pois ainda agora deu-se a publicação de livro onde, com foros de seriedade, se procura demonstrar que o homem negro é menos inteligente do que o branco, omitindo-se, evidentemente, que os testes de inteligência foram elaborados a partir da cultura da raça branca).

Como quer que seja, o fato é que há situações de aparente perplexidade, onde, em última instância, estaremos diante do velho princípio do mal menor. Para ilustração disso: se a Constituição Federal prevê o instituto do *habeas corpus*, destinado a assegurar o exercício do *jus manendi*, *ambulandi*, *eundi ultro citroque*, remédio que, podendo ser impetrado até por quem não seja advogado, isso torna possível eventual afoiteza

do redator da peça inicial, atribuindo ela indevidamente à chamada autoridade coatora a prática de ato que, na realidade, nada teve de abusivo. A ser assim, falaz seria aquela importantíssima garantia constitucional se o impetrante pudesse vir a ser responsabilizado quando não lograsse demonstrar a veracidade de suas alegações. Entre proteger-se a honra das autoridades acusadas (indevidamente) da prática daquele crime específico, de que cuida a Lei 4.898/45, e assegurar-se a ampla utilização do remédio constitucional, quer por advogados, quer por leigos, aceita-se que o segundo interesse prevaleça sobre o primeiro. Daí a impunidade do impetrante, que jamais foi posta em dúvida, tolerando-se que a honra da autoridade apontada como coatora seja impuneamente atacada (eis o mal menor), mesmo se não demonstrada a imputação, o que, de outro modo, caracterizaria calúnia, como sabemos.

Alguns autores falam em um *favor rei*, para significar que, entre o poder do Estado e a situação aflitiva de quem está sob julgamento, deve-se pender para a parte mais fraca, o que, no limite, seria expresso no velho e revelho *in dubio pro reo*.

Isso, contudo, não explica porque, em certas situações, como na revisão criminal e no encerramento da primeira fase dos processos a serem submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, prevalece o *in dubio pro societate*. A amplitude da tese do mal menor é que, a nosso ver, explicaria esse aparente paradoxo: cristalizada a situação jurídica com a *res judicata*, seria um mal (ao ver dessa corrente) pôr-se em dúvida a eficiência e seriedade do Poder Judiciário, permitindo-se que o processo fosse reaberto a todo momento, sob a mera arguição de má apreciação da prova. Como seria (segundo essa corrente) contrário à decantada soberania do tribunal popular que de seu julgamento

2. Cf. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, n. 160.

fossem excluídos aqueles processos onde haja uma nesga que seja de elemento para ensejar uma condenação (até porque nesses casos não incidiria o contido no art. 93, IX, da CF, mas a norma especial do art. 5.º, XXXVIII, da mesma Carta). Entre os dois males (a condenação de um inocente e o respeito à coisa julgada, no primeiro caso, ou à soberania do Júri, no segundo), prefere-se o mal menor, que, nesses casos, nada tem a ver com o *favor rei*.

Vem a talho de foice interessante e recente Julgado do Eg. STJ, de que foi relator o insigne Min. Vicente Cernicchiaro, onde aquele Eg. Tribunal toma posição diante de uma conhecida e intrigante questão: se a lei penal mais benéfica for julgada inconstitucional, como ficam seus efeitos, de que cogita o art. 5.º, XL (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”)? Segundo aquela A. Corte, o *favor rei* impõe que, mesmo inconstitucional a *lex nova*, deve ela ser aplicada pelo Poder Judiciário.³ O mal menor, no caso, é o respeito ao princípio da retroatividade *in bonam partem*, o que, ao ver dos mais formalistas, pressuporia que a *lex nova* fosse material e formalmente apta a produzir efeitos jurídicos, o que não pareceria, à primeira vista, dar-se com aquela que se reconhece inconstitucional (e, pois, expungível do ordenamento jurídico nacional: *quod nullum est nullum effectum producit*).

O mesmo fundamento do mal menor justifica a impunidade do promotor de justiça que, louvando-se em elementos de convicção objetivos, se ponha a ferir a honra alheia, propondo uma ação penal, sem conseguir, na dilação probatória, comprovar cabalmente a autoria que atribui ao denunciado, ou mesmo a existência do apontado crime. Sendo a mera inclusão do nome de alguém no distribuidor criminal, como indiciado (isto é, há indícios de que ele

praticou determinado fato, tido como criminoso), fato altamente desmoralizante, com graves implicações sobre sua vida, quer sob o ponto de vista psicológico, quer considerando-se sua vida de relação no ambiente onde atua, todos estamos de acordo com que a atuação investigativa da autoridade policial, que preside o inquérito policial, tanto quanto à atuação do Ministério Público, quando oferece denúncia contra alguém, se incluem no chamado mal menor, preferível à opção que seria a impunidade dos criminosos ou a paralisação das investigações policiais, ainda que se saibam dos abusos que são costumeiramente praticados em tal ensejo.

Por fim, sendo quase que pressuposto da Advocacia a existência do litígio (a tal lide, caracterizada por uma pretensão resistida, de que falam os processualistas), é de considerar-se tolerável que o profissional dessa área, *peritus artis dicendi ac probandi*, se utilize, no calor da argumentação, de expressões que, em condições diversas, caracterizariam crime contra a honra (recorde-se, para exemplificar isso, a avaliação da prova testemunhal feita pelo advogado, onde, não poucas vezes, pessoas honradas, com enorme prestígio social, têm seu depoimento impugnado, sob a alegação de que fugiram a verdade; ou a exceção de suspeição apresentada contra a figura do juiz, do promotor ou do perito, quando são afirmados fatos que nem sempre logram ser comprovados).

Entre a restrição a exercício da Advocacia e a impunibilidade do atentado contra a honra do colega ou da parte contrária, ou mesmo das autoridades que atuam no processo (eis o mal menor), opta o Direito por assegurar a plenitude do exercício da Advocacia, pois “o advogado é indispensável à administração da justiça”, donde ser ele “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (CF, art. 133).

3. RHC 3.337-1, in DJU 31.10.94, p. 525.

Em todos esses casos, estamos, segundo parece pacífico na doutrina, diante do exercício regular de um direito, contemplado no art. 23 do CP: “não há crime quando o agente pratica o fato: a) em estado de necessidade; b) em legítima defesa; c) no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Observe-se, em primeiro lugar, que o legislador afirma que não há crime, mesmo porque seria um rematado absurdo que uma conduta não animada pelo dolo ou pela culpa viesse a caracterizar infração penal, com afronta do que prevê o próprio Código (cf. art. 18). “Excluem a antijuridicidade da ação certas situações nas quais a lei permite a realização da conduta típica que é, pois, lícita”.⁴

“Vale notar que o legislador de 84 preferiu utilizar-se da palavra ilicitude, ao invés da expressão criminalidade, empregada na parte geral do Código de 40. Ao manifestar tal opção, agiu, sem dúvida, com acerto: o termo ilicitude possui maior rigor técnico”, adverte-nos o ilustre Des. Silva Franco.⁵

Essas causas de justificação estão previstas principalmente na lei penal, podendo, contudo, virem contempladas em norma de outra natureza, dentro do ordenamento jurídico, como se dá com o contido no art. 502 do CC, destaca Fragoso.⁶ É que, “enquanto a tipicidade e a culpabilidade são categorias próprias da teoria do crime, a ilicitude, como contradição com o direito, constitui um conceito à parte, válido em relação à ordem jurídica em seu sentido global, possuindo, por tal motivo, um inequívoco caráter unitário”.⁷ Ou, como leciona-

va Basileu Garcia, “se o Direito, em qualquer de seus ramos, aprova a prática de determinado ato, é claro que a legislação penal não poderia contrariar a norma permissiva e considerar punível o acontecimento”.⁸

Bem por isso, entendeu o E. Tribunal de Alçada Criminal, de modo, a nosso ver, irrepreensível, sendo relator o eminente Juiz Benedicto Camargo, que “na hipótese de ser oposta exceção de suspeição, o magistrado tem posição equivalente à da parte e o advogado age sob a excludente da ilicitude do art. 23, III, do CP. Quando a lei processual admite a exceção de suspeição, implicitamente tolera que o excipiente formule um juízo desfavorável, que implica, certamente, e no mínimo, em uma afirmação de parcialidade consciente do magistrado, envolvendo uma acusação, em tese, da prática do crime de prevaricação. Se a lei permite que o advogado levante a suspeição, formulando um juízo ofensivo ou criminoso, como se poderá entender que o mesmo fato, prescrito por uma lei, se torne infringente de outra?”⁹

Por outro lado, dado o caráter absolutamente excepcional da autorização legal, em todos esses casos estaremos diante de conduta criminal se o agente não observar a moderação, a necessária proporção entre o mal causado e o bem dele decorrente, ou o mal evitado, como adverte o parágrafo do mencionado art. 23.

Em face disso, se em barco que está à deriva, prestes a afundar, onde há várias pessoas, a eliminação de uma delas for suficiente para que os demais sejam salvos, não faz sentido a eliminação de número superior, pena de ficar afastado o estado necessário para ter-

4. Fragoso, ob. cit., n. 161.

5. Cf. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 4.^a ed., ref. ao art. 23, nota 1.00.

6. Ob. e loc. cit.

7. Silva Franco, ob. e loc. cit.

8. Cf. *Instituições de Direito Penal*, t. I, p. 352.

9. Cit. por Silva Franco in ob. e loc. cit., n. 5.50.

mos, então, como caracterizado o homicídio.

No sempre citado exemplo do agente que, para se defender de um importuno, dá-lhe um solteiro e certo tiro no pé, teremos a legítima defesa presente. Sendo maior o número de disparos ou sendo escolhida parte nobre do corpo do alvejado, poderá caracterizar-se homicídio (tentado ou consumado).

O cumprimento do dever legal deve ser estrito, ressalva a lei até porque o excesso de exação constitui crime específico,¹⁰ tanto quanto qualquer outro excesso cometido quando do cumprimento do dever legal.

Com a proficiência habitual e em glosa a exemplos do pranteado Celso Delmanto, ensina-nos Silva Franco, forte na lição do sempre lembrado prof. Manoel Pedro Pimentel, que o sistema adotado com a reforma de 1984 previu duas situações inconfundíveis, ao cogitar do excesso doloso: o excesso intensivo (onde o agente “sobrepasa os limites impostos pela necessidade ou pela proporcionalidade”) e o excesso extensivo, onde, a rigor, estaremos diante de fato novo, ocorrido logo em seguida ao fato legalmente autorizado. Ou, como diz elegantemente o mesmo autor: “no excesso extensivo, a agressão ilícita desapareceu, a situação de perigo passou, o dever legal foi cumprido e o direito foi regularmente exercido”.¹¹

Como se vê da lição acima trazida, a lei, quando alude a exercício regular do direito, não deixa dúvida: ou estamos diante do exercício de pretensão assegurada pelo ordenamento jurídico e exercitada na conformidade com o previsto na norma permissiva, ou estaremos diante do abuso de um direito, do uso irregular desse direito, de mero pretexto para a prática de fato novo, sob o pretendido manto da garantia legal.

Enquanto no primeiro caso o agente atua conforme o permitido pelo Direito, *secundum jus*, no segundo caso estaremos diante de mera encenação, diante de uma conduta reprovável de alguém que, sob mero pretexto de estar legalmente amparado, aproveita o ensejo inicialmente válido para causar dano desnecessário a interesse juridicamente relevante.

A primeira vez que entre nós se cuidou de incluir a atividade do advogado em norma legal foi em 1930, quando o art. 17 do Dec. 19.408 criava a Ordem dos Advogados do Brasil, “órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados”. Daí em diante novas leis trataram do assunto, a última das quais a 8.906/94.

Sendo o exercício da Advocacia, como o da Medicina, atividade legalmente admitida e expressamente disciplinada, com previsão dos direitos e deveres dos profissionais dessas áreas, cabe, em primeiro lugar, conferir na lei específica quais os direitos que possui esse profissional, comparando tal atividade a outras tão socialmente relevantes. Se é verdade que o advogado cuida de interesses nada desprezíveis, como a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas, verdade menor não é que o médico cuida da saúde e, portanto, da vida dos seus pacientes, o bem maior a ser protegido. Não resta dúvida de que são todos eles interesses relevantes, cuja defesa exige que tais profissionais tenham, por vezes, conduta que, em um outro quadro referencial, caracterizaria crime. Forçoso é reconhecer, entretanto, que, também aqui, pode ocorrer de o agente ter de sacrificar bem patrimonial ou mesmo a liberdade de alguém para salvar um bem maior. Basta pensar na hipótese da requisição de um veículo particular (mal menor) para o transporte de um ferido, cuja vida se busca salvar (bem maior) ou no recolhimento compulsório de portador de moléstia infecto-

10. Cf. CP, art. 316, § 1.º.

11. Ob. e loc. cit., nota n. 7.00.

contagiosa (mal menor) que está, pela promiscuidade, pondo em risco a saúde de terceiros, que deve ser preservada (bem maior).

A par com esses institutos, ao lado da imunidade penal, a ciência penal contempla a imunidade diplomática e a imunidade parlamentar, de inquestionável origem política (no sentido estrito do termo), para significar a existência de pessoas que, em razão do cargo que ocupam, devam estar a salvo de processo criminal, mesmo se praticarem atos que venham a ofender interesses relevantes de terceiros.

“O Direito público interno oferece, no capítulo dos privilégios funcionais em matéria penal, as imunidades parlamentares, com que a lei procura assegurar aos membros do Congresso Nacional a necessária independência e segurança no desempenho do seu mandato”, ensinava Aníbal Bruno, ao cuidar do instituto referido por último.¹²

Digno de notar, em primeiro lugar, que se trata de uma exceção ao princípio constitucional da isonomia e que, por isso, somente poderia ser prevista em regra constitucional, que, expressamente, dá ao mandato eletivo “o caráter de verdadeira causa pessoal (funcional) de isenção de pena. O membro do Congresso Nacional é inviolável no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos”.¹³

Em segundo lugar, trata-se de preceito insuscetível de aplicação analógica, como exceção que é a responsabilização criminal de todo aquele que pratica fato criminalmente típico.

Pontes de Miranda, nos últimos comentários constitucionais que nos deixou, enfatizada que tal imunidade deve acobertar “só os atos praticados no exercício da função de deputado ou senador, escapando eles, por esta única

razão, dos princípios que regem a criminalidade”.¹⁴

Nelson Hungria também assim lecionava, ao referir-se à norma constitucional consagrada da imunidade parlamentar: “este dispositivo, como é bem de ver, não importa imunidade penal quanto aos atos praticados pelo parlamentar com traição do mandato e em detrimento do interesse nacional, ainda que tais atos se venham a ligar a suas opiniões, palavras ou votos. Ninguém poderá duvidar, por exemplo, que comete o crime de corrupção passiva o deputado ou senador que mercadeja o próprio voto. O que a Constituição quer dizer é que nas opiniões, palavras ou votos dos mencionados representantes do povo jamais se poderá identificar qualquer dos chamados crimes de opinião ou crimes da palavra (crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, propaganda subversiva da ordem político-social, preconceito de ódio entre classes, vilipêndio oral a culto religioso etc.). Fora daí, não há imunidade alguma”.¹⁵

Feitas essas considerações, cabe-nos, finalmente, ler o contido no art. 7.º § 2.º, da Lei 8.906/94, que assim está redigido: “O Advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”.

Sendo a lei uma relação necessária que decorre da natureza das coisas e, portanto, estando implícito no exercício da Advocacia que os seus exercentes devem, quase sempre, empregar argumentação candente, com afirmações que não se revestem do propósito de exaltar

12. Cf. *Direito Penal*, 2.ª ed., Cap. IX, n. 9.

13. Id., ib.

14. *Comentários à Constituição de 1967*, t. III, p. 10.

15. Ob. cit., n. 42.

quem não seja o seu patrocinador, e, mais do que isso, havendo lei que assegura ao advogado o direito de, no exercício de sua atividade, usar de expressões que, em tese, caracterizariam injúria (afirmar que a testemunha está depondo com parcialidade, v.g.), difamação (relatar fatos que caracterizariam suspeição do juiz, p. ex.) ou desacato (a saber, usar de veemência para com a autoridade policial, em defesa do cliente, se abusiva a conduta daquela autoridade), está sua conduta justificada sempre que isso se mostre o exercício regular de tal direito. Até aí, *nullum novum*. Está no Estatuto da Advocacia aquilo que a ciência do Direito jamais havia posto em dúvida.

Surpreendente é que o Estatuto não tenha incluído a figura da calúnia, que, objetivamente considerada, pode configurar-se freqüentemente (se o advogado afirma ser falso o documento trazido pela parte contrária, está atribuindo a esta a prática de um crime: uso de documento falso). Para o eminente Serrano Neves, "calúnia é crime de particular gravidade. E, se cometido por advogado, cresce de tomo, pois, como temos dito e repetido, no seu *officium publicum*, o advogado é elemento indispensável à administração da justiça".¹⁶ O que faz supor que o ilustre profissional jamais impetrou um *habeas corpus*. Se considerarmos que na legítima defesa, tanto quanto no estado de necessidade, o bem sacrificado pode ser a vida, o bem maior que todos temos, ver-se-á que a gravidade do mal necessário causado é irrelevante. De outra parte, na difamação, tanto quanto na calúnia, pode estar presente o *falsum* (a lei até admite a exceção da verdade em determinados casos), donde cair o segundo argumento do ilustre jurista.

Para verificarmos a insustentabilidade de alguns dispositivos do novel estatuto,

recordemos que "os advogados, outrora, usufruíam verdadeiras regalias. No regime das Ordenações, gozavam de imunidades: não podiam ser presos nem infamados, a não ser quando cometessem crimes para os quais era aplicada a pena de morte. Nos demais casos, a sua prisão se fazia sempre sob palavra, isto é, em suas residências. Quando condenados à morte, não eram enforcados como qualquer plebeu, e sim mortos a espada. A força era considerada punição vilíssima. Suas residências não podiam ser requisitadas para alojamento de soldados. Não se lhes aplicavam tormentos e, como testemunhas, ficavam dispensados de comparecer às audiências, sendo ouvidos em suas residências. Tinham o privilégio de obter para seus filhos, com preferência a estranhos, honrarias e cargos públicos. Seus escritos, finalmente, mereciam fé pública".¹⁷

Alguém sustentaria que tais privilégios sejam compatíveis com uma sociedade que se pretende democrática? Certamente não. Donde dizer o mesmo autor, escrevendo há 50 anos atrás, que "hoje, porém, a profissão de advogado vale o que valem as demais profissões".¹⁸

A Lei 8.906/94, portanto, a nosso ver, por um lado, disse menos do que poderia dizer, ao pretender explicitar aquilo que todos os cultores do Direito já sabiam. Ocorrem, no entanto, que o legislador, ao cuidar do excesso doloso, desconhecendo aquilo que todos os cultores do Direito já sabiam, tentou excluir em tais casos a incidência do contido no parágrafo único do art. 23 do CP, considerando como mera infração administrativa o chamado excesso punível, quando o agente for advogado, no exercício de sua atividade profissional, tentando restaurar princípios que se

17. Cf. Gabriel de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, n. 285.

18. Ob. e loc. cit.

16. *Imunidade Penal*, p. 54.

sepultaram com o fim das Ordenações imperiais. Atentou, a nosso ver, contra o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5.º, *caput*), ao dispor-se a dar aos membros de uma determinada atividade profissional um odioso e descaído privilégio, que nada, absolutamente nada pode justificar, além de afrontar também o constitucional princípio da inafastabilidade do controle do Judiciário (CF, art. 5.º, XXV) tanto quanto o da titularidade do Ministério Público para promover a ação penal (CF, art. 129, I). Se o excesso extensivo constitui crime, como acabamos de ver, cabe ao Ministério Público submeter essa conduta ao julgamento do Poder Judiciário e não à Ordem dos Advogados do Brasil.

De fato, quando o médico, por dolo ou culpa, vem a causar dano ao paciente e esse *plus* caracteriza crime, não é o Conselho de Medicina que vai puni-lo. Ainda bem. Mas não está afastada a hipótese de se incluir um dispositivo no Estatuto dos Médicos que venha a dispor, desnecessariamente (tal como se dá com o contido no Estatuto dos Advogados), que não constitui crime de lesão corporal as consequências das incisões feitas pelo cirurgião no corpo do paciente, “no exercício de sua atividade profissional”, com a ressalva de que estará ele sujeito a sanções disciplinares, a serem impostas pelo CRM, “pelos excessos que cometer” (um dos quais podendo ser a produção da morte do paciente, por dolo, negligência ou imperícia).

Se o promotor de justiça está a salvo de responsabilização criminal quando lastreie sua denúncia em peças onde se achem indícios de autoria e comprovação da prática atribuída ao denunciado, alguém sustentaria que essa imunidade o torne cavaleiro de uma ação penal se, em uma *petitio nuda*, assacar contra alguém a prática de fatos criminosos?

Ninguém nega a necessidade de os membros do Judiciário contarem com imunidade que os protejam em face dos termos que devem utilizar ao decidir as questões que lhes sejam submetidas, da mesma forma como se deve reconhecer a eles o direito de tomar as decisões que entendam adequadas ao caso, tanto que fundamentem suas decisões (CF, art. 93, IX), mandando até prender ou soltar pessoas. Entretanto, se ele “deixar de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção que lhe seja comunicada”, ou se praticar “ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica”, quando o fizer “com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”, praticará crime por esse excesso, que extrapola do exercício regular de seu direito.¹⁹

E por que deve ser assim?

Simplesmente porque, como vimos, esse excesso faz surgir, com todos seus elementos e sem a proteção do Direito, figura criminal típica, tanto quando o agente seja um parlamentar, como quando seja um médico, como um promotor de justiça, um juiz ou um advogado.

Se é verdade, como nos ensinaram os romanos, que *ubi eadem ratio ibi idem jus*, e diante dos princípios que regem o tema, como se viu acima, nenhum fundamento jurídico pode levar alguém a defender, com seriedade científica, que o advogado, tão-só por sê-lo, deva merecer tratamento mais privilegiado do que todos aqueles aos quais o Direito assegura o exercício regular de um direito, tal como ocorreu no passado, ao tempo das sepultas Ordenações, que não tinham compromisso algum com a isonomia.

Concluindo, a Lei 8.906/94, no § 2.º do art. 7.º disse o que não precisava dizer, disse menos do que poderia dizer e disse mais do que deveria dizer.

19. Cf. Lei 4.898/65, art. 4.º, *d e h*.

3 — DOCTRINA NACIONAL

A IMUNIDADE PENAL DO ADVOGADO NA LEI 8.906, DE 4.7.94 — ESTATUTO DA OAB

FÁBIO MEDINA OSÓRIO

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul

“As concepções de Justiça podem variar de época para época. Isso é suficientemente ilustrado pelo fato de que, para os gregos, justiça consubstanciava essencialmente a idéia de desigualdade, uma vez que a própria ausência de igualdade natural entre seres humanos (assim como entre objetos físicos) exigia tratamento diferente, enquanto que, em tempos modernos, podemos arriscar a opinião de que a igualdade é considerada a própria essência da Justiça. Com efeito, a obtenção da igualdade, não a preservação da desigualdade, é o que a filosofia moral e a filosofia do direito modernas tratam como função vital da Justiça” — (Dennis Lloyd, *A Idéia de Lei*, Martins Fontes, 1985).

1. A imunidade penal do advogado na Lei 8.906, de 4.7.94 - Estatuto da OAB — 2. Da natureza da imunidade — 3. Da não abrangência da calúnia no âmbito da imunidade penal do advogado — 4. Do “animus narrandi” e “animus defendendi” — 5. Da expressão “em juízo ou fora dele” — 6. Das ofensas irrogadas ao juiz e ao membro do Ministério Público — 7. Da expressão “no exercício da atividade”.

1. A imunidade penal do advogado na Lei 8.906, de 4.7.94 — Estatuto da OAB

A sociedade brasileira vive o clima democrático de combate à impunidade, com a efetiva fiscalização da imprensa e cobrança de uma postura rigorosa das autoridades públicas. As leis penais são feitas para todos e, não importando distinções de qualquer natureza (art. 5.º, *caput*, da Carta da República), aplicam-se também aos poderosos, aos ricos, aos pertencentes a toda e qualquer categoria social ou profissional. Não há cogitação de direitos absolutos, no sistema constitucional vigente, porque a essência da democracia moderna é a eliminação das desigualdades, a fim de que não se torna procedente a tese de que a discriminação lesiva ao princípio

isonômico decorre da natureza frágil e precária do próprio regime democrático, que se assenta no sistema representativo e pressupõe o exercício do poder, na elaboração das leis, em nome de toda a sociedade, e não em nome de poucos privilegiados.

É certo que a imunidade penal, como causa de afastamento concreto da incidência das normas repressivas, não acarreta, em tese, ofensa ao princípio de que todos são iguais perante a lei, porque, sua origem histórica o demonstra,¹ desde seu surgimento, na Inglaterra, é garantia de determinada função contra o Poder Imperial. O instituto vincula-se, historicamente, às funções parlamenta-

1. Pedro Aleixo, “Imunidades Parlamentares”, Minas Gerais, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1961, p. 23.

res,² assegurando liberdade e autonomia aos representantes diretos do povo,³ constituindo verdadeira garantia funcional não colidente com o princípio da igualdade. O destinatário imediato do instituto seria a própria Câmara,⁴ representativa, por seu turno, da soberania popular (o poder exercido em nome do povo — art. 1.º da Carta da República).

Mas o advogado é também beneficiário da imunidade penal, sendo ele “inviolável, por seus atos e manifestações, no exercício da profissão, nos limites da lei”, e, ademais, “indispensável à administração da justiça” (art. 133 da Carta Constitucional). Parece dispensável, a esse propósito, salientar a notória relevância social da função advocatícia, essa nobre atividade privada que, indiretamente, revela-se um múnus público.

Também seria despiciente, porque de conhecimento público, lembrar o recente papel histórico da advocacia no combate ao regime ditatorial instaurado em 1964, bastante fazer referência ao corajoso discurso do causídico e jurista Serrano Neves:⁵ “Em face da ameaça de qualquer poder sem freios, não cruzemos os braços. Não fechemos os olhos. Não guardemos o livro, em atitude de melancólica deserção. Escudados na lei, e apenas na lei, como soldados da lei, brademos contra os desmandos. Ponhamos freios à insolência e à tocaia do

direito autoritário, de que usam e abusam as ditaduras. Preguemos, com calor, a sobrevivência do instituto democrático do sufrágio popular. Defendamos a perenidade e o prestígio do Judiciário, como tempo que é em que se opera o milagre do Direito — gema preciosa de que somos pacientes lapidários. Reivindicuemos, a céu aberto, o direito de pensar e de expor, livremente, o pensamento, sem prévia censura. Brademos, afinal, contra a negação dos direitos fundamentais do homem”.

O instrumento de luta do jurista, notadamente do advogado, operador jurídico, defensor dos direitos individuais, é a linguagem, as palavras, esses símbolos que transmitem o pensamento humano, as idéias, e operam as mais profundas transformações na sociedade, que é, antes de tudo, um fenômeno cultural.

Os excessos da linguagem, no exercício profissional, quando necessários ou justificáveis, não merecem o rigor da lei repressora, porque esse rigor poderia significar, na verdade, cerceamento ao direito de plena defesa, inscrito no art. 5.º, LV, da Carta da República, garantia fundamental dos litigantes em geral.

Fora de dúvida, pois, que assegurar a plena defesa dos direitos individuais foi o objetivo do constituinte de 1988, estabelecendo, via de consequência, ser o advogado inviolável, por seus atos e manifestações, no exercício de sua sagrada profissão e nos limites da lei.

Aí, portanto, a garantia constitucional conferida às funções exercidas pelos advogados.

Randolpho Gomes, diante do texto constitucional, sustentou que aquela garantia teria largo alcance, excluindo a responsabilidade do advogado pela prática dos crimes de desacato, desobediência, injúria, difamação e até mesmo calúnia, desde que praticados, todos, no exercício de sua profissão, pensamento

2. Fernanda Dias Menezes de Almeida, “Imunidades Parlamentares”, Dissertação de Mestrado, Brasília, Câmara dos Deputados, 1982, pp. 69/70 e 96.

3. Miguel Reale, “Reforma constitucional, Imunidade Parlamentar”, *Revista de Direito Público*, S. Paulo, RT, 1969, 8/13.

4. Antonio Edwing Caccuri, “Imunidades Parlamentares”, RT 554/292; Argemiro de Figueiredo, “Imunidades Parlamentares”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 1965, 6/14.

5. Serrano Neves, *Imunidade Penal*, Ed. Alba Limitada, Guanabara, p. 41.

esse acompanhado por Damásio,⁶ mas repudiado pela jurisprudência que, de modo uniforme, entendeu que a expressão “nos limites da lei” remeteria o intérprete aos termos legais então vigentes, quais sejam, o art. 142, I, do Código Penal, e a Lei 4.215, de 27.4.63,⁷ pelos quais o advogado seria imune somente aos delitos de injúria e difamação, praticados em juízo, no debate da causa.

Mas, como adverte Serrado Neves, “a advocacia passou a ser profissão de atuação em todos os setores da administração, até mesmo junto ao Legislativo”.⁸ Nehemias Gueiros esclarece: “É o *lobby*. Daí chamar-se *lobby agent*, *lobbyer*, ou, mais usualmente, *lobbyist* à pessoa que, nas salas e nos corredores das casas legislativas, ou fora delas, postula perante os legisladores, influenciando na relação, na tramitação, na aprovação ou rejeição de projetos de lei”.⁹

Não é de surpreender, portanto, o advento da Lei 8.906, de 4 de junho do corrente ano, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil — OAB, e a previsão da denominada “imunidade profissional” do advogado, *in verbis*: “O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato *puníveis* qualquer manifestação de sua parte, no

exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer” (art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.906/94, sem grifo no original).

Reacende-se a polêmica em torno do alcance da imunidade penal do advogado e parece conveniente tecer algumas breves considerações em torno dessa garantia jurídica, atentando-se para o fato de que a denominação “imunidade profissional” traduz, sem dúvida, uma imunidade penal, porque, como adverte a doutrina, a norma penal é aquela que disciplina um acontecimento jurídico-penal “em todos os momentos de sua vida: nascimento, modificações, existência e extinção”. No caso em análise, a norma do art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, impede a incidência concreta de normas penais incriminadoras, sendo, portanto, também uma espécie de norma penal.¹⁰

2. Da natureza da imunidade

Trata-se de uma causa que isenta o advogado de apenamento, porque utiliza o legislador o termo “puníveis”. A idéia é que o desacato, a difamação e a injúria, praticados pelo advogado, em juízo ou fora dele, no exercício de sua atividade, não sejam puníveis. Isto significa que o fato típico está configurado, em todos os seus elementos, inclusive o dolo que, ao menos quanto aos delitos intencionais, é regido, ao que tudo indica, pela teoria finalista da ação.¹¹ Também a ilicitude está pressuposta nos delitos de injúria, difamação e desacato, porque as eventuais causas

6. Randolpho Gomes, *O Advogado e a Constituição Federal*, Ed. Trabalhistas, 1990, pp. 25/30; Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, 1989, p. 383; e *Código Penal Anotado*, Saraiva, 1989, p. 383.

7. HC 289107807, Câmara de Férias Criminal — TARGS; HC 293148151, 1.ª Câmara Criminal — TAGS; HC 288073257, 3.ª Câmara Criminal — TAGS; HC 292040870, 1.ª Câmara Criminal — TARGS; HC 290110873, 4.ª Câmara Criminal — TARGS; RSTJ 111/139; RSTJ 50/389; RT (julgado do STJ) 652/346; RTJ 144/525.

8. Ob. cit., p. 10.

9. Nehemias Gueiros, *A Advocacia e o Poder Legislativo*, Freitas Bastos, 1958, p. 9.

10. Álvaro Mayrink da Costa, *Direito Penal*, Parte Geral, v. I, t. I, 4.ª ed., Forense, Rio 1992, p. 271.

11. Johaness Wessels, *Direito Penal*, Parte Geral, Fabris Editor, 1976, p. 25.

Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1987, p. 109.

excludentes do ilícito merecem ser analisadas antes das causas que excluem o apenamento ou a punibilidade. E o legislador, no caso em exame, fala em exclusão da “punibilidade”, destacando que os advogados são imunes apenas ao apenamento.

Não obstante a clareza do dispositivo legal, referente à imunidade anterior, que utilizava idêntica terminologia (não constituem injúria ou difamação puníveis), a opinião majoritária entendia trata-se de causa excludente da ilicitude,¹² sendo que sólidos doutrinadores, por seu turno, adotavam a tese da exclusão da culpabilidade.¹³

O primeiro requisito para a exclusão de justa causa para investigações¹⁴ ou do processo penal é a ausência de tipicidade. Excepcionalmente é que se reconhece, em sede de *habeas corpus*, uma causa excludente da ilicitude ou culpabilidade, de modo a retirar a justa causa para a ação penal.¹⁵

Ocorrendo o fato típico (cometimento dos crimes de injúria, difamação ou desacato), em tese, a regra é a justa causa para a persecução penal, porque o exame da imunidade conferida aos advogados depende da análise das provas, como tem sido o entendimento dominante.¹⁶

12. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Parte especial, Forense, 1966, p. 331; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, Parte Especial, Saraiva, 1979, 2/224; Paulo José da Costa Júnior, *Comentários*, Saraiva, 1988, 2/87; Júlio F. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, Atlas, 1986, 2/150;

13. Nelson Hungria, *Comentários*, Forense, 1980, VI/116; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Saraiva, 21.ª ed., 2/150, 1986.

14. Romeu de Almeida Salles Júnior, *Inquérito Policial*, 2.ª ed., 4/18; José Antonio Paganella Boschi, *Ação Penal, Denúncia, Queixa e Aditamento*, Aide, 1993, p. 47.

15. HC 289012205, 2.ª CCrim. — TARGS..

16. HC 290110873, 4.ª CCrim. — TAGS.

3. Da não abrangência da calúnia no âmbito da imunidade penal do advogado

Não se desconhece a existência de julgados que, após o advento do art. 133 da Carta da República, passaram a entender que a imunidade penal do advogado acobertava a calúnia.¹⁷ Todavia, a literalidade do texto legal, tanto anterior,¹⁸ como o atual, indicam a não incidência da imunidade nos delitos de calúnia, porque, como sustenta Serrano Neves, o *falsum* é incompatível com advocacia: “Calúnia é crime de particular gravidade. E, se cometido por advogado, cresce de tomo, pois, como temos dito e repetido, no seu *officium publicum*, o advogado é elemento indispensável à administração da justiça”¹⁹ e o “foro, como dizia Cícero, é um viveiro de honras. Se é verdade que pode suportar (embora com certa tristeza) no advogado, circunstancialmente, explosões de fúria sagrada, não é menos verdade que há de condenar, com revolta, suas arrojadas incursões no pantanal do *falsum*”.

Tampouco é o advogado imune ao delito de denúncia caluniosa, sendo que, nesse passo, Serrano Neves entende que, se o causídico dá causa a procedimento disciplinar contra o advogado *ex adverso*, “por atribuir a este, falsamente, fato definido como crime, pode ser processado, criminalmente, pelo crime do art. 339 do Código Penal. A investigação policial ali mencionada corresponde a instrução provisória” e “a expressão investigação policial não pode ter inteligência restrita”.²⁰

Compreende-se, de fato, que a calúnia não seja admitida como meio de

17. Ap. Crim. 291107522, 4.ª CCrim. — TAGS.

18. HC 293167839, 1.ª Câmara Criminal — TARGS.

19. Ob. cit., p. 54.

20. Ob. cit., p. 56.

defesa, porque o objetivo do processo é a busca da verdade, sendo inviável aceitar a idéia de que pudesse o advogado, para obter ganho de causa, caluniar e agredir a própria Administração da Justiça.

4. Do “*animus narrandi*” e “*animus defendendi*”

Felizmente minoritária é a posição que situa o *animus narrandi* ou *animus defendendi* no âmbito da imunidade penal,²¹ porque o problema merece ser resolvido no terreno do dolo.²²

Observa-se que, não raro, o advogado é forçado a narrar um ilícito penal, contra alguém, de modo a obter o direito pleiteado em juízo,²³ e isso deve excluir, via de regra, o conhecimento da “falsidade na imputação”, elemento do tipo da calúnia. Evidentemente que não pode o advogado, em conluio com a parte, atribuir, falsamente, crime a terceira pessoa. Daí porque é de boa cautela para o causídico, quando tiver de narrar fatos delituosos, munir-se de expressa menção prévia no instrumento de mandato, de modo a comprovar o *animus narrandi* e excluir, desde logo, justa causa para a ação penal.

Não se pode aceitar é a seguinte situação: o advogado comete uma calúnia e, indagado, sustenta o *animus narrandi*, ao passo que seu cliente sustenta que entregou o caso nas mãos do advogado e não tem responsabilidade por suas afirmações em juízo. A vítima ficaria, nessa hipótese, ao desamparo do Estado, o que é inadmissível.

21. Ap. Crim. 291107522, 4.ª CCrim. — TAGRS.

22. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, Forense, 6.ª ed., 1981, p. 204.

23. Recurso em Sentido Estrito, 290010776, 2.ª CCrim — TAGS.

5. Da expressão “em juízo ou fora dele”

Essa expressão significa apenas que a atividade advocatícia não se resume aos pleitos judiciais, acolhendo-se nesse passo, antiga lição doutrinária,²⁴ porque a imunidade também alcança as manifestações proferidas em procedimentos administrativos.

Ademais, é certo que o enunciado “em juízo ou fora dele” merece ser interpretado em conjugação com o enunciado “no exercício da atividade”. Isto porque a imunidade penal não se direciona no sentido de conferir um privilégio pessoal aos advogados, mas sim uma afetiva garantia que, eventualmente, possa ser necessária ao perfeito exercício do direito de plena defesa dos membros da coletividade organizada.

Não se pode aceitar, portanto, a eventual idéia de que pudessem os advogados, através dos meios de comunicação, da imprensa em geral, agredir a honra alheia e ofender, expressando menosprezo, o princípio da autoridade. Salienta-se, a propósito, que não se insere no âmbito do exercício da advocacia *stricto sensu* o privilégio de proferir discursos ofensivos através dos meios de comunicação, salvo nas hipóteses estritas do direito de resposta e do direito de retorsão.

Aliás, a *praxis* forense, não raro, demonstra tristes exemplos de uma aparente e ilegal “reconvenção criminal”, consistindo esta hipótese no fato de que debates processuais, em linguagem desnecessária e inadequada, são transportados para jornais, revistas, rádio e televisão. Nessas oportunidades, é comum ver-se o órgão oficial da acusação ou o órgão jurisdicional submetidos a infundados ataques pessoais promovidos pelos réu ou seus defensores. Isto significa uma clara tentativa de

24. Serrano Neves, ob. cit., p. 58.

inverter os pólos processuais, buscando-se colocar o acusador oficial e o julgador, perante a opinião pública, no banco dos réus. Mas isto, *data venia*, não é exercício da plena defesa, e tampouco, se insere dentro das atribuições de uma advocacia ética e “indispensável à administração da justiça” (art. 133 da Carta da República).

É o princípio da responsabilidade que deve nortear as manifestações dos advogados e de quaisquer outros membros da coletividade nos meios de comunicação, porque “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5.º, IV, da Carta da República) e “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5.º, X, da Carta Constitucional), bem como, havendo ofensas, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5.º, V da Carta da República).

Destarte, esses direitos fundamentais não podem ser violados por discursos irresponsáveis, levianos e ofensivos, porque “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5.º, XLI, da Carta da República) e constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3.º, I, da Constituição Federal) e “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal).

Por isso, é de se concluir que o enunciado “em juízo ou fora dele” não alargou o âmbito da imunidade penal dos advogados, porque a garantia permanece atrelada à necessidade da eventual prática de injúria, difamação ou desacato para o efetivo, ético e jurídico direito de plena defesa, e isto somente

ocorre quando houver o exercício postulatório dos direitos perante autoridade competente.

6. Das ofensas irrogadas ao juiz e ao membro do Ministério Público

O entendimento dominante, à luz da legislação anterior, apontava impossibilidade de as ofensas atingirem os Magistrados ou os membros do Ministério Público,²⁵ porque estes estariam no desempenho de função pública. Mas, se houvesse necessidade, para a discussão da causa, admitia-se pudesse o advogado, excepcionalmente, atingir a honra dos Magistrados ou Promotores de Justiça, especialmente porque a lei anterior não tinha previsão restritiva expressa.

Fora de dúvida que a atual legislação admite, como alvo das manifestações dos advogados, as autoridades públicas, porque admite, inclusive, o delito de desacato, cujo sujeito passivo é a própria Administração Pública.

O importante é verificar, no caso concreto, se houve necessidade de o advogado ofender o Juiz, o membro do Ministério Público, terceiros ou a parte contrária. O núcleo da imunidade aí reside: a necessidade das ofensas para o desempenho das funções.

7. Da expressão “no exercício da atividade”

Eis aí chave do instituto da imunidade penal: proteção ao exercício da atividade advocatícia, considerada de grande relevância ao meio comunitário.

O dispositivo legal anterior tinha previsão do enunciado: “na discussão da causa”. “Causa”, no dizer do eminente Serrano Neves, “é o interesse defendido por advogado, no exercício de seu ministério, perante autoridade pública

25. Nelson Hungria, *Comentários*, v. VI, Forense, 1980, pp. 129/130.

incumbida de decidir, seja por força de função específica, seja em face de parcelamento de função jurisdicional".²⁶ Exigia-se, entre a manifestação dita criminosa, e o objeto do litígio, um nexo lógico,²⁷ não se admitindo expressões desnecessárias²⁸ ou ofensas que espelhassem extravasamento de animosidade pessoal, destinadas a produzir humilhação e desprezo.²⁹

A supressão do enunciado "na discussão da causa" talvez objetivasse um maior alcance à imunidade penal do advogado, porque seria natural que aquela nobre categoria buscasse o alargamento de suas garantias e prerrogativas, sendo oportuna a palavra de Mezger, citado por Karl Engish: "O Direito enquanto norma valoradora é um necessário pressuposto lógico do Direito como norma determinativa. Pois quem pretende determinar algo a fazer tem de previamente conhecer aquilo a que o quer determinar: ele tem de valorar aquele algo num sentido positivo".³⁰

Ocorre que diversos são os momentos de valoração da norma jurídica, sendo o seu surgimento, no Poder Legislativo, bastante exposto às pressões políticas e corporativas, sucedendo exatamente o contrário no momento de sua aplicação ao caso concreto, dadas as garantias de independência conferidas aos membros do Poder Judiciário. Daí porque o estudo histórico da vontade do legislador não, prevalece em detrimento da vontade objetivada na lei parecendo pertinente a advertência de Carlos Maximiliano: "Houve exageros no apreço aos trabalhos preparatórios, a ponto de se lhes atribuir

o valor de interpretação autêntica, o que era rematado absurdo. Não parece defensável o equiparar a uma exegese oficial, compulsória, irretorquível, um processo espontâneo e menos eficiente e recomendável que o sistemático, o teleológico, o baseado na jurisprudência".³¹

Na aplicação do instituto da imunidade, consubstanciado em norma penal, o operador judiciário deve, de início, como observa Juan Bustos Ramírez, no tocante às leis penais, atentar para o conteúdo material da Constituição Federal,³² devendo a norma jurídica ser interpretada em conformidade com os ditames constitucionais, dentro do princípio da "conservação dos valores jurídicos", no dizer de Garcia de Enterría.³³

A imunidade, portanto, no excepcionar a aplicação da lei penal, deve levar em conta os direitos que igualmente podem ser violados pela conduta daquele que está acobertado pelo instituto excludente do apenamento.

Assim, por exemplo, não é demais lembrar que "a honra se inclui entre os direitos da personalidade", inscrita no art. 5.º, X, da Carta da República, incluindo-se entre aqueles bens jurídicos de natureza pessoal, conforme a correta afirmação de Luiz Luisi,³⁴ e que o direito a reputação, no dizer de Luiz Vicente Cerniccharo e Paulo José da Costa Júnior, se insere na esfera individual tutelada pelo Direito Penal, garantindo-se individualidade contra os abusos.³⁵

31. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11.ª ed., Forense, p. 141.

32. Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, p. 83.

33. Garcia de Enterría, *La costituzione come norma giuridica, La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, pp. 119 e ss.

34. Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, Fabris, Editor 1991, p. 48.

35. Luiz Vicente Cerniccharo, e Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal na Constituição*, RT, 2.ª ed., p. 199.

26. Ob. cit., p. 59.

27. HC 292040870, 1.ª CCrim. — TARGS.

28. Ap. Crim. 292153772, 2.ª CCrim. — TARGS.

29. Ap. Crim. 291089563, 3.ª CCrim. — TARGS.

30. Karl Engish, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, pp. 46/47.

A honra, pois, se inclui no capítulo dos Direitos Fundamentais, na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988.

O princípio da autoridade, por seu turno, como proclamou decisão judicial, não se confunde com autoritarismo e é razão de ser e fundamento de toda a Administração Pública,³⁶ porque esta é "o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas", sendo o poder aquela "energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins",³⁷ e eis o poder político, que é expressão da soberania do Estado, inscrita no art. 1.º da Carta da República.

O princípio do respeito à autoridade dos agentes políticos, o dever de obediência dos administrados, seguramente decorrem do Poder de Império consubstanciado na soberania estatal, e se pode admitir, sem uma justa causa, que os administrados possam expressar menosprezo, descaso, desrespeito pela função pública, eis que esses valores também encontram proteção constitucional.

A imunidade do advogado, portanto, deve compatibilizar-se com os demais valores constitucionais existentes.

Uma interpretação teleológica, destarte, da norma do art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.906/94, no que se refere ao seu alcance, merece levar em linha de conta a necessária conexidade que deve existir entre a manifestação criminosa e o exercício da atividade.

Isto significa que deve haver um vínculo de indispensabilidade entre a ofensa à honra, o desacato e o exercício da função advocatícia. Disso resulta a seguinte questão: bastaria a mera conexidade formal entre a ofensa e a ativi-

dade advocatícia? A resposta é negativa, porque o advogado pode elaborar razões de recurso e, nelas expressar seu desprezo, seu desrespeito e animosidade pessoal contra o julgador. Pode o advogado, no Tribunal do Júri, no exercício formal das funções, atingir a honra do membro do Ministério Público, de forma desnecessária e ilógica. Pode ocorrer que o advogado, na imprensa, a pretexto de defender interesse da classe, ofenda a honra de terceiras pessoas, adjetivando-as, rotulando-as, e, por certo, a nobre qualidade de advogado não retirará o ofensor das malhas da lei penal.

O exercício da atividade advocatícia, através do uso da linguagem, não pressupõe, como regra, o cometimento de crimes contra a honra, porque a normalidade recomenda o uso moderado, mesmo que vivaz, do vernáculo. A advertência de Carlos Maximiliano parece sempre oportuna: "A ironia leva a palma ao vitupério" e "o que impressiona bem (saibam os novos, mais ardorosos e menos experientes) é a abundância e solidez dos argumentos, aliados à perfeita cortesia, linguagem ponderada e modéstia habitual".³⁸

Seria possível que um cidadão, somente por ostentar a nobre qualidade de advogado, pudesse menosprezar, a todo e qualquer momento, a função? Será admissível que tivesse o advogado, por essa qualidade, o direito de, no exercício formal da profissão, ofender a honra alheia? Poderia o advogado, insatisfeito com os rumos do voto daquele que está julgando o seu processo, no recinto da Câmara, acusá-lo de incompetente, vagabundo, imbecil? São expressões caracterizadoras da injúria...

Realmente, a ordem constitucional não confere a garantia da imunidade para o exercício formal das funções advocatícias, mas para o efetivo desempenho destas funções, as quais, excepcionalmente, exigem uso de linguagem mais

36. HC 289107807, Câmara de Férias Criminal — TAGS.

37. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9.ª ed., pp. 97, 98 e 559.

38. Ob. cit., p. 277.

duras, crítica, vivaz, porque o advogado, em certas situações “não pode, na verdade, deixar de ser caloroso, altivo, vertical e febril. Por vezes, até mesmo um tanto desabrido na discussão e por necessidade decorrente da situação da causa em debate” e aí, adverte Serrano Neves, o foro pode ser uma “complicada cozinha de melindres, maledicências e incompreensões”,³⁹ fazendo-se imperiosa a imunidade penal do advogado.

O instituto da imunidade, porém, pode constituir ofensa ao princípio isonômico, e isto ocorreria, sem dúvida, no caso de se interpretar a norma do art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, de modo a beneficiar, injustificadamente, a nobre categoria de profissionais da advocacia, erigindo uma profissão como transporte seguro para o cometimento de crimes contra a honra e prática de desacato.

Com efeito, se todos têm direito à honra e todos devem obediência ao princípio da autoridade, é, no dizer de Francisco Campos, a igualdade que rege os demais direitos individuais, possuindo o sentido de evitar e proibir que em relação a cada indivíduo possa variar o tratamento que a Carta Constitucional dispensa aos seus direitos e garantias.⁴⁰

É certo que, como observa Dennis Lloyd, a igualdade “consiste num julgamento deliberado de valores, segundo o qual certas diferenças entre seres humanos não constituem fundamento adequado para a discriminação”,⁴¹ mostrando-se necessário indagar da validade das diferenças escolhidas pelo legislador e aplicador da norma jurídica.

Mais importante, acentua-se, é o aplicador da lei escolher o caminho hermenêutico capaz de revelar o tratamento isonômico da norma aos jurisdicionados,

porque a lei, logo que surge na existência, conforme bem ilustra Karl English, insere-se num campo de força social do qual, de agora em diante, ela vai retirar a nova configuração de seu conteúdo.⁴²

O mais triste, no direito penal, é sua denominação como direito dos pobres,⁴³ razão pela qual não se pode pactuar, na prática, com a constatação de Luiz Alberto Machado de que quando mais se desce na escala social, mais as redes da malha penal apertam-se, afinam-se, “de forma a impedir que os desviantes da classe baixa, da outra sociedade, logrem a mesma facilidade de escapar da punição que têm aqueles do colarinho branco ou da gravata preta, isto é, das classes média e alta”.⁴⁴

Qual o critério adequado, para usar a expressão de Dennis Lloyd, que deve reger a diferenciação de tratamento, perante a lei penal, que se faz ao advogado, em razão da imunidade consubstanciada no art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB?

Parece lógico que, traçando, uma vez mais, um rápido paralelo com a imunidade parlamentar, cujo fundamento histórico reside na sua vinculação às funções parlamentares, como garantia funcional,⁴⁵ jamais pessoal, deve a imunidade do advogado assegurar a esse profissional uma prerrogativa contra o arbítrio, o autoritarismo, incidindo sempre que, para a defesa do direito violado, necessário e indispensáveis mostrem-se a injúria, a difamação ou, até mesmo, o desacato.

42. Karl English, ob. cit., p. 173.

43. Eduardo Novoa Monreal, *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*, Fabris Editor, 1988, p. 121.

44. Luiz Alberto Machado, “O Princípio Constitucional da Isonomia Jurídica e o Direito Criminal e Processual Criminal”, Rubens Prestes Barra, *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manuel Pedro Pimentel*, S. Paulo, RT, 1992, p. 245.

45. Gerard Soulier, *L'inviolabilité parlementaire en Droit Français*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 13.

39. Ob. cit., p. 5.

40. Francisco Campos, *Direito Constitucional*, II/12, Freitas Bastos, 1956.

41. Dennis Lloyd, *A Idéia de Lei*, Martins Fontes, 1985, p. 102.

Mas não será a imunidade o manto protetor dos criminosos, aquela minoria que, subvertendo o instituto, não raro, no bojo de aparente exercício profissional, geralmente pela palavra, oral ou escrita, deseja produzir a humilhação, o desrespeito, o ataque infundado à honra alheia.

Se assim fosse, já não existiria atendimento ao princípio isonômico, fundando-se a discriminação na classe profissional das pessoas, vale dizer, na própria origem, porque, como acentua José Afonso da Silva, proíbem-se discriminações de “pessoas de origem social humilde”,⁴⁶ o que equivale a dizer, analogicamente, que também é proibido o ato discriminatório fundado na abstrata origem profissional do indivíduo, no *status* de advogado, pois a categoria profissional das pessoas é socialmente seletiva no campo cultural e econômico.

Com efeito, oportuna é a advertência de Pinto Ferreira: “o princípio da igualdade é norma constitucional básica, chamada também de princípio da isonomia, consistindo na igualdade jurídico-formal de todos diante da lei. O seu objetivo é extinguir privilégios (...)”. O princípio “proíbe o arbítrio diante de diferenciações fundamentadas em qualidades pessoais do indivíduo, tais como raça, riqueza, sexo, profissão, classe etc.”.⁴⁷

Interessante, a propósito do princípio isonômico, nesse aspecto das discriminações, a observação de Dennis Lloyd: “Um cínico Juiz inglês, da era vitoriana, comentou, certa vez, que a lei, como o Hotel Ritz, está franqueada aos ricos e aos pobres, indistintamente”.⁴⁸

Mas a quebra da isonomia, se houvesse injustificada elasticidade ao art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, sem dúvida alguma seria o suporte para o enfraquecimento do direito à honra (art. 5.º, X, da Carta da República) e do

princípio da autoridade (art. 1.º da Carta da República), implicando perigosa e infundada fragilização de importantes garantias do meio comunitário.

Mas ainda: o direito constitucional de expressão do pensamento, o chamado direito de opinião, ficaria outorgado de modo desigual a uma determinada categoria de profissionais, sem necessária conexão material com o efetivo desempenho das funções que, repita-se, não têm por pressuposto o cometimento permanente de ilícitos penais contra a honra ou Administração Pública.

Isso implicaria retrocesso, pelos abusos, pela desigualdade, do próprio direito constitucional de opinião, porque, como adverte Norberto Bobbio, “os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. O mesmo vale para a liberdade de opinião. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais” (...), “onde por igualdade se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro”, eis que “os homens têm igual direito à liberdade e os homens têm direito a uma igual liberdade”.⁴⁹

Com isso, ficaria sujeito ao tratamento desigual o direito inscrito no art. 5.º, IV, da Carta da República.

Assim, a imunidade penal do advogado somente pode ser reconhecida quando as ofensas, em estreita conexão com o direito de plena defesa (art. 5.º, LV, da Carta da República), se apresentem necessárias e mesmo indispensáveis ao exercício da atividade.

Finalisticamente, seria possível concluir que a imunidade penal do advogado incide sempre que as ofensas, as manifestações de injúria, difamação ou desacato, se mostrem indispensáveis à “administração da justiça” (art. 133 da

46. Ob. cit., p. 205.

47. Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1.º v., 1989, p. 62.

48. Ob. cit., p. 99.

49. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, 1992, p. 70.

Carta Constitucional), porque é essa a destinação constitucional do exercício da advocacia.

E somente o exame das provas, no caso concreto, pode revelar, com segurança, os pressupostos de incidência da imunidade, quais sejam: a ocorrência da injúria, difamação ou desacato e seu vínculo de indispensabilidade concreta com o exercício do direito de plena defesa de um interesse.

A linguagem é rica e variada, não sendo possível outorgar ao advogado o direito de, em suas manifestações formais, investir, sem justa causa e sem necessidade, contra valores constitucionalmente protegidos.

A linguagem cumpre uma função que, no dizer do filósofo Julian Mariás, aludindo à teoria de Buhler, “é tríplice: expressão, apelo e representação. A linguagem em todas as suas formas expressa mais ou menos a interioridade daquele que fala ou escreve; em segundo lugar faz apelo ao ouvinte ou receptor para provocar ou desencadear nele certa repercussão que consiste, por último, em remetê-lo, de um modo ou de outro, às coisas acerca das quais se fala”. “Isto significa”, prossegue o autor, “que a linguagem se dá sempre num contexto extra-lingüístico, em vista do qual adquirir sua significação para a vida dos interlocutores”.⁵⁰

Disso resulta óbvio que o exame da linguagem, caracterizadora de menosprezo à honra alheia e ao princípio da autoridade, somente pode ser feito à luz de um determinado contexto probatório, em vista do qual merece ser analisada a conexão, efetiva e concreta, da ofensa com o nobre exercício das funções advocatícias.

Necessário, pois enquadrar o art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, no espírito democrático da Constituição Federal, principalmente no que tange ao princípio

isonômico, valendo referir, nesse passo, a inesquecível lição de Mauro Cappelletti: “A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à justiça. Porque norma naturalmente mais genérica, vaga, elástica, ela contém aqueles conceitos de valor que pedem uma atuação criativa, antes acentuadamente criativa, e porque tal, susceptível de adequar-se às mutações, inevitável, do próprio valor. Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa — talvez impossível, talvez “faustiana”, mas profundamente humana — de transformar em direito escrito os supremos valores”.⁵¹

É o regime democrático que recomenda, portanto, cautela na aplicação do art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, visto como não seria a relevância da atividade advocatícia, e tampouco seu papel histórico de combate ao arbítrio, que outorgaria aos advogados, como prêmio, um privilégio pessoal e discriminatório, um *bill* de impunidade para os delitos contra a honra e contra a Administração Pública. Não é através dos crimes contra a honra e do desacato que o advogado conquistaria a reparação dos direitos violados. Não é esse o caminho indicado pela ordem constitucional e não é esse o caminho que um grande advogado recomenda a seus colegas, como o faz Calamandrei, ao afirmar que “hoje, todos sabem que um processo, mesmo cível, não é uma competição atlética, mas a mais ciosa e elevada função do Estado. As escaramuças já não são admissíveis nas audiências judiciais. Os advogados não são palhaços de circo, nem conferencistas mundanos, e a justiça é uma coisa séria”.⁵²

51. Mauro Cappelletti, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Fabris Editor, 1984, Porto Alegre, p. 130.

52. Piero Calamandrei, *Eles, os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados*, Livraria Clássica Ed., 7.ª ed., pp. 35/36.

50. Julian Mariás, *Introdução à Filosofia*, 4.ª ed., 1985, p. 252/253.

ADVOGADO CRIMINAL, ESSE DESCONHECIDO*

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO

Nos últimos tempos, um halo de incompreensão tem envolvido a figura do advogado criminal. Até vozes representativas de correntes consideradas liberais e progressistas vêm expressando estranheza pelo fato de pessoas acusadas de crimes infamantes encontrarem bacharéis que as defendam nos tribunais.

Em razão desta perplexidade cada vez mais generalizada, tenho alimentado, de uns meses para cá, a idéia de alinhar algumas considerações visando a resgatar a imagem dos criminalistas, e a tornar melhor conhecida a importância social de sua missão.

E este projeto ganhou impulso definitivo com o recente episódio do qual foi protagonista a desternida advogada Eni Moreira, presa em flagrante, numa sessão de CPI da Câmara dos Deputados, só porque ousou sustentar que um cliente, envolvido nas fraudes contra o INSS, teria o direito de permanecer calado durante o interrogatório. Esqueceram-se os ilustres parlamentares, e dentre eles um ex-presidente de Seccional da OAB, que o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cujo art. 14, 3, g, estabelece que "toda pessoa acusada de um delito terá direito (...), pelo menos, às seguintes garantias: de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".

Neste deplorável acontecimento, tanto ou mais grave do que a prisão em si da advogada, que acabou se transformando numa comenda a enriquecer-lhe

o currículo, foram algumas manifestações de pasmo, quase de horror, pelo fato de a Dra. Eni, que defendera perseguidos políticos, durante a ditadura militar, estar, agora, patrocinando um réu acusado de praticar falcatuas contra a Previdência Social. Era como se a advogada, ao exercer seu mister, renegasse um passado glorioso. Vale transcrever uma das notas publicadas pelos jornais sobre o assunto:

"Novos Tempos — Muita gente está sem entender porque Eni Moreira, advogada de clientes como Chico Buarque e Frei Betto, e considerada uma das mais combativas durante a ditadura, quando foi assistente de Sobral Pinto, aceitou defender o fraudador-mor da Previdência. Artistas, intelectuais e políticos procuravam ontem uma resposta, e lembravam que Eni defendia presos políticos sem nada cobrar" (JB 4.2.94).

Este espanto revela absoluta incompreensão sobre a tarefa do advogado criminal numa sociedade democrática. Aliás, há menos de duas semanas, o eminente Evandro Lins e Silva teve o nome vetado para compor, como candidato à Vice-Presidente, a chapa de Luiz Inácio Lula da Silva, simplesmente porque, como advogado, defendera, há mais de 15 anos, Doca Street e sustentara a tese da legítima defesa da honra, para livrar o cliente da acusação de homicídio, praticado contra a companheira. O réu, no primeiro julgamento, foi praticamente absolvido, mas seu advogado sofreu a pena de rejeição perpétua imposta por facções feministas.

* Conferência PUC-PR, em 12.8.94.

Na época da ditadura militar era natural que ocorressem estas distorções. A visão maniqueísta do Mundo, que emanava da Doutrina da Segurança Nacional, dividia o planeta em apenas 2 grupos: os bons e os maus, os democratas e os comunistas, os amigos e os inimigos. Em sua lapidar monografia "A Ideologia da Segurança Nacional" (ed. bras., 1978, p. 226) o padre Joseph Comblin advertia: "a Segurança Nacional é insaciável, descobre cada vez mais inimigos". Desta forma, os inimigos estavam em todos os lugares, quer empunhando armas nas guerrilhas, ou envenenando a alma do povo através de escritos em livros e jornais, quer embuçados sob becas, a defender presos políticos nas Cortes Militares. Assim, era repassada para os advogados parte da carga lançada sobre os ombros de seus clientes. Em verdade os tutores da pátria não teciam distinção entre patronos e réus. Por isto, quase todos nós — aliás fomos muito poucos — que defendemos perseguidos políticos, notadamente depois da edição do Ato 5, acabamos por fazer companhia a nossos constituintes na cadeia.

Anos mais tarde, já em pleno regime democrático, o preconceito em relação aos criminalistas foi ressurgindo, até culminar em episódios emblemáticos, como as violências sofridas no corpo e na alma pela brava Dra. Eni Moreira. No corpo com a prisão, e na alma com as manifestações de horror explícito decorrente do fato de uma antiga defensora de odiados pela ditadura estar, agora, patrocinando os odiados pela opinião pública.

No livro *Problemas do Advogado nos Estados Unidos* (ed. bras. 1985, p. 26), Elliot Cheatham advertiu que "é sempre difícil um julgamento sereno de um acusado odiado". Na raiz das dificuldades estão, sobretudo, a ignorância e o medo. Assinala o professor norte-americano que "existe muita ignorância

sobre as regras de direito e seu relevo; mesmo as pessoas instruídas são ignorantes a respeito do sistema de debate usado na ministração da justiça e da necessidade de um advogado zeloso, para um julgamento, sob esse sistema", e ainda desconhecem que "o direito legal existe apenas no papel, a menos que haja advogados com ardor suficiente para dar-lhe vida". Aliás, no mundo civilizado não se entende a aplicação de qualquer pena, sem a prévia realização de um processo, do qual resulte uma sentença condenatória. É o princípio da *nulla poena sine judicio*, basilar para o triunfo do que René Ariel Dotti denominou de "revolução copérnica da liberdade", que os povos da América do Sul passaram a viver, depois de uma longa hibernação nas trevas (*Fascículos de Ciências Penais*, 1993, v. 6/89 e ss., n. 1) E falar-se em necessidade de processo é falar-se em advogado e em defesa, pois a "storia del processo penale è la storia della difesa" (Nicola Carulli, *Il Diritto di Difesa dell Imputato*, p. 3, 1967).

Em nossos dias, principalmente na defesa dos odiados, o advogado deve empenhar-se com redobrado ardor, para que as garantias legais dos acusados não adormeçam no papel. Muitos são os casos em que os meros suspeitos sofrem condenações públicas por antecipação, bem antes do veredicto dos tribunais. A garantia do "devido processo legal" e o princípio da *nulla poena sine judicio* transformam-se em meras fantasias. Esses justicamentos prévios fazem lembrar a Itália da época de Mussolini, quando as manifestações contra o réus, promovidas pela Confederação Fascista de Profissionais Liberais e Artistas "já eram, para o acusado, uma sentença de morte: com o Tribunal Criminal chamado apenas para dar-lhe forma, aparato" (Leonardo Sciascia, *Portas Abertas*, ed. bras., 1990, p. 46). Hoje, os riscos criados pelos *trial by media* para o

sereno e imparcial funcionamento da justiça nos regimes democráticos mereceriam constituir tema de todo um simpósio. O mestre Nelson Hungria, há mais de 20 anos, advertia que “um problema cuja relevância está sendo mundialmente reconhecida é o da necessidade de conciliação entre o interesse da liberdade de imprensa e o da liberdade da justiça penal” (“Novos Rumos do Direito Penal”, *RF* 222/26 e ss., 1968).

Mas, voltemos ao objeto de nosso encontro: “O advogado criminal, esse desconhecido”. Como disse, de há muito vinha refletindo sobre o tema. Por coincidência, vim a concluir estes apontamentos exatamente no ano em que meu velho pai, Evaristo de Moraes, que foi durante toda a vida um arauto da liberdade, completaria 100 anos de exercício profissional, eis que estreou no Júri em out./1884. E, ainda, também por coincidência, no ano em que alcanço quatro décadas de militância forense.

As páginas mais límpidas sobre a missão do advogado criminal talvez sejam as escritas por Rui Barbosa, em célebre carta dirigida a Evaristo de Moraes.

Estávamos no início do séc. XX, mas precisamente em 1911. O intendente municipal Dr. Mendes Tavares viu-se autuado como mandante de homicídio, sendo vítima o oficial de Marinha Lopes da Cruz. O acusado pediu a Evaristo de Moraes, de quem fora colega no Colégio São Bento, para defendê-lo.

Ocorre que Mendes Tavares havia sido ardoroso correligionário da candidatura de Hermes da Fonseca à Presidência da República, competindo contra Rui Barbosa, a cujas hostes se filiava Evaristo. Em desfavor do réu, a imprensa mobilizara grande parcela da opinião pública, existindo até quem sustentasse, nas páginas do antigo Correio da Manhã, “a doutrina da indefensabilidade de certas causas criminais, epitetando de

amoral a respectiva advocacia” (Evaristo de Moraes, *Reminiscências de um Rábula Criminalista*, 1922, p. 245). Sofrendo fortes pressões de companheiros da campanha civilista para não permanecer na defesa de um adversário político, Evaristo sentiu a necessidade de buscar aconselhamento junto ao mestre Rui, a quem dirigiu uma carta perguntando: “devo, por ser o acusado nosso adversário, desistir da defesa iniciada?” (“O Dever do Advogado”, 1985, p. 40).

Na magistral resposta, o Patrono dos Advogados Brasileiros sintetizou um verdadeiro tratado deontológico que ficou conhecido como “O Dever do Advogado”. Nele Rui alerta que a justiça começa a correr perigo quando o crime é considerado detestável, despertando a cólera popular. Neste momento surge para o sacerdócio do advogado a fase melindrosa, cujas dificuldades pouco ousam arrostar. Mostra o sumo mestre que a ordem legal exige a presença da defesa, por mais execrando que seja o delito. Principalmente quando o furor das paixões políticas coloca os adversários fora da lei, há de se buscar para sua proteção o abrigo da legalidade, incumbência que a tradição jurídica das mais antigas civilizações reservou sempre ao ministério do advogado, cabendo a este honrá-lo, não só arrebatando os inocentes da perseguição, mas reivindicando, no julgamento dos criminosos, a lealdade às garantias legais, a equidade, a imparcialidade, a humanidade. Anote-se, de passagem, que Mendes Tavares, defendido por Evaristo, foi absolvido por três vezes consecutivas, pelo Tribunal do Júri, com base na tese da negativa: o réu era inocente da imputação de mandante de um homicídio.

Menos de meio século depois daquelas páginas de Rui Barbosa, o direito de defesa galgou o patamar de patrimônio da humanidade, do qual os advogados são os guardiães. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi pro-

clamado no art. XI que a qualquer homem acusado de um ato delituoso são “asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Nesta mesma linha é enfático o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro através do Decreto Legislativo 226/91, (art. 14,3). E, por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de nov./69, conhecida como “Pacto de San José de Costa Rica”, além de garantir o direito de defesa, classifica-o de irrenunciável (art. 8, 2, e).

Em face destes diplomas universais, somente a paixão odienta e eneguecedora, ou a pétrea ignorância, esta última indesculpável em relação a muitos que se mascararam de liberais e progressistas, podem explicar a ausência de descortino quanto à missão do advogado criminal numa sociedade democrática.

Para os que se obstinam em não se capacitar do direito-dever dos criminalistas de defender a liberdade alheia nos pleitos judiciais, talvez o melhor caminho para vencer-lhes os preconceitos seja uma rápida travessia pela história dos erros judiciários, e do empenho dos advogados para evitá-los.

Um dos mais famosos *maitres* de França, nesta segunda metade do séc. XX, René Floriot, abre sua monografia sobre “Les Erreurs Judiciaires” (1968) advertindo: “o homem mais honesto, o mais respeitado, pode ser vítima da Justiça. Você é bom pai, bom marido, bom cidadão e anda de cabeça erguida. Você pensa que jamais terá de prestar contas aos magistrados de seu país. Que nenhuma fatalidade poderá fazê-lo passar por desonesto ou criminoso. Entretanto, esta fatalidade existe e tem um nome: o erro judiciário”. E acrescenta que nada é mais falso do que pensar que o erro judiciário só atinge pessoas de má estrela, pois ele desaba igualmente sobre os afortunados e sobre os humildes.

O melhor exemplo do peso da fatalidade foi o capitão Dreyfus, militar notável, que desfrutava da confiança de seus superiores, levando vida exemplar com a mulher e dois filhos. Figurando entre os primeiros alunos da Faculdade Politécnica e da Academia Militar, jamais imaginaria ser submetido a um Conselho de Guerra, sendo condenado como traidor da pátria.

Num bosquejo, esta história merece ser relembrada.

No fim do século passado, tensas eram as relações entre França e Alemanha, envolvidas por um clima de desconfianças permanentes e recíprocas. O Serviço Secreto francês mantinha infiltrada uma mulher, como camareira, na casa do adido militar alemão, coronel Von Schwartzkoppen. Certo dia ela encontrou no lixo fragmentos de uma carta dirigida ao patrão. De imediato remeteu os papéis ao comandante Henry, do Serviço Secreto de França e notório inimigo dos judeus.

Reunidos os fragmentos, verificou-se tratar-se de missiva, sem assinatura, mas de autoria de um oficial do Exército francês, em que este transmitia documentos militares sigilosos ao adido alemão. O chefe do Serviço Secreto, coronel Sandher, também anti-semita, comunicou o fato ao Ministro da Guerra, que determinou a abertura de sindicância ultraconfidencial.

No curso das investigações, o anti-semitismo de Henry e de seu superior conduziu-o à pessoa do capitão Alfredo Dreyfus, oficial estagiário do Estado Maior.

Levados os fragmentos ao perito grafotécnico Bertillon, também conhecido por sua animadversão aos judeus, estes concluiu que teria sido Dreyfus o autor do denominado “bordereau”, apesar da existência de marcantes dissimilaridades de caligrafia, as quais o técnico conjecturou serem produto de um autodisfarce.

O encarregado das investigações, comandante Paty de Clam, convocou Dreyfus que se mostrou assombrado com as suspeitas e jurou inocência.

A partir daí, com o indiciado recolhido à prisão, o caso transpirou para a imprensa, tendo um periódico, ultranacionalista, estampado em letras garrafais: "Alta-Traição. Preso o oficial judeu Alfred Dreyfus."

Submetido a Conselho de Guerra, sob grande pressão da opinião pública contra o réu, Dreyfus foi condenado a deportação perpétua e degradação pública. Esta última pena, no dizer de Rui Barbosa ("A Obra de Ruy Barbosa em Criminologia e Direito Penal", selecionada por Roberto Lyra, 1949, p. 124), consubstanciou-se numa "cerimônia atroz de degradação militar", "cruel solenidade que horrorizou a Europa".

Cerca de um ano depois, com o condenado cumprindo pena na Ilha do Diabo, surgiram novas provas, tendo a família de Dreyfus constituído os advogados Demange e Labori, que se envolveram durante quase um decênio, em árduas batalhas para provar a inocência do cliente. Em sua faina tiveram o inestimável e corajoso auxílio do grande Emile Zola, autor de célebre carta, "J'accuse", dirigida ao Presidente da República, na qual denunciou o erro judiciário e apontou os seus responsáveis, entre eles 5 generais, sendo um o Ministro da Guerra, incluindo, ainda em seu libelo três peritos grafotécnicos, a quem apodou de enganadores e fraudulentos, a menos que um exame médico os declarasse "vítimas de uma cegueira dos olhos e da mente" (*Yo Acuso*", ed. arg. 1977, p. 20). Embora fosse um dos orgulhos da literatura francesa, Zola viu-se processado por calúnia, e condenado a um ano de prisão, em sentença recebida com aplausos por apreciável parcela da opinião pública.

Para se ter idéia do clima sufocante contra Dreyfus, basta registrar que o

advogado Labori, no intervalo entre 2 dias de audiência, foi alvejado a tiros por um desconhecido, tendo o projétil se alojado a alguns milímetros da coluna vertebral (René Floriot, ob. cit., p. 264).

Os defensores, porém, não se intimidaram e prosseguiram em sua luta, tendo, afinal sido descobertas falsificações de prova cometidas pelo comandante Henry, que acabou preso, suicidando-se na cadeia. O verdadeiro autor do famoso *bordereau* atribuído a Dreyfus, também veio a ser identificado: tratava-se do comandante Esterhazy, que fugiu do país, deixando uma confissão do crime.

Em 1906, 12 anos depois do início do *affaire*, Alfredo Dreyfus foi completamente reabilitado em sua honra, por sentença da Corte de Cassação, anulando as decisões do Conselho de Guerra (Americo Faria, *Dez Erros Judiciários*, 2.^a ed., 1957, p. 106) Além de promovido a major, o antigo degradado da Ilha do Diabo recebeu a comenda da Legião de Honra, tendo servido à França, nos campos de batalha, durante a Grande Guerra de 1914.

Para quem tivesse alguma dúvida em relação à inocência de Dreyfus, estas se dissiparam com a publicação, *post mortem*, das memórias do adido militar alemão, onde o coronel Von Schwartzkoppen registrou que jamais tivera contato algum com o oficial vítima do erro judiciário, pois o informante que lhe fornecia documentos era, efetivamente, o comandante Esterhazy.

Outra história, esta recentíssima, de Ivan, o Terrível, também exige registro. Ela nos fala de erro judiciário, da tenacidade de um advogado de defesa e da notável independência de um Supremo Tribunal, que soube resistir às quase insuportáveis pressões da opinião pública. Paradoxalmente, em relação ao *affaire*-Dreyfus, neste caso tratava-se de um não-judeu a enfrentar os naturais preconceitos da justiça israelense, que

tinha diante de si um homem acusado de ser o sádico operador das câmaras de gás nazistas, no Campo de Extermínio de Treblinka, onde foram sacrificados centenas de milhares de hebreus durante o Holocausto.

Vejamos os fatos. No curso da Guerra, a cúpula nazista deliberou adotar a chamada "Solução Final do Problema Judeu", o que significava a eliminação em massa dos hebreus. De início, o morticínio se dava pelo Fuzilamento coletivo das vítimas. Depois instituíram a "Operação Reinhardt", que consistiu na construção de campos de extermínio, onde os judeus eram mortos a mancheias nas câmaras de gás.

Um desses campos sinistros localizava-se em Treblinka, na Polônia. Com a derrota dos nazistas, os poucos sobreviventes de Treblinka falavam da existência de um Ivan, o terrível, carrasco impiedoso que, entre outras crueldades, colocava para funcionar, com suas próprias mãos, os motores que bombeavam os gases venenosos.

Trinta anos depois da guerra, foi localizado nos Estados Unidos o ucraniano Ivan Demjanjuk, reconhecido por vários sobreviventes como sendo Ivan, o terrível. Extraditado para Israel, Demjanjuk voltou a ser apontado como o carrasco, por testemunhas na Corte Distrital de Jerusalém.

No processo, assumiu a defesa do réu um advogado judeu, conhecido por sua posição nacionalista, e por sua antipatia pelos não-judeus. Yoram Sheftel, este o nome do advogado, perdera 90 membros de sua família no Holocausto. Ao aceitar a causa, foi tachado de temerário pela própria mãe, e a imprensa não o poupou, chegando a apodá-lo de *capo*, expressão designativa dos judeus que colaboravam com os nazistas nos guetos e nos campos de extermínio.

Na Corte Distrital, Demjanjuk foi condenado a morte por Crimes contra a Humanidade. O advogado Sheftel ape-

lou para a Suprema Corte de Israel, passando a lançar mão de vários expedientes visando adiar o julgamento do recurso, pois tinha esperança de obter novas provas que inocentassem seu cliente, o qual vinha negando, desde que fora preso nos Estados Unidos, ser ele Ivan, o terrível.

Na medida que o tempo transcorria, sem executar-se a pena de morte, aumentava o ódio contra o réu e, naturalmente, contra seu advogado. A ira popular chegou a tal ponto que, em determinado dia, Scheftel sofreu um atentado grave: um sobrevivente do Holocausto lançou-lhe ácido no rosto, causando-lhe cegueira parcial em uma das vistas.

Por estranho paradoxo, o atentado acabou salvando a vida de Demjanjuk. É que o andamento da apelação teve de ser suspenso enquanto o advogado se restabelecia das severas lesões. E, exatamente, neste meio tempo, com a *glasnot*, na extinta União Soviética, foi liberado o conteúdo de alguns arquivos da KGB, onde estavam declarações de membros da guarda de Treblinka identificando um tal Ivan Marchenco, e não Demjanjuk, como sendo o terrível, que operava as câmaras de gás.

Em face desta nova prova, e inobstante as pressões externas no sentido de executar-se a pena de morte, a Suprema Corte de Israel obstou o que seria um erro judiciário, e acolheu os argumentos do advogado Sheftel, libertando Demjanjuk, que retornou para os Estados Unidos.

Na conclusão da sentença, o Tribunal, adotando aquela postura de humildade em face do desconhecido, recomendada por Giovanni Leone (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, ed. arg. 1963, II, p. 168), proclamou: "... Ivan Demjanjuk está absolvido, em razão de uma dúvida, referente aos crimes ultrajantes atribuídos a Ivan, o terrível de Treblinka. Foi este o caminho escolhido

ACERVO E DOCUMENTAÇÃO DA CPMIL

pelos juízes que não podem examinar o coração e a mente, mas apenas tão-só o que seus olhos vêem e lêem. A causa está encerrada, embora inconclusa. A verdade total não é prerrogativa dos juízes humanos”.

E assim, livrou-se uma vida do cadafalso, graças à obstinação de um advogado, na defesa de um inimigo de seu povo, e à coragem e independência de um Supremo Tribunal, que conseguiu superar seus próprios preconceitos e teve forças para não sucumbir sob o sufocante peso da opinião pública, atendendo a exortação de Titta Mazzuca, em *Anatomia dell Errore Giudiziario* (1978, p. 227), no sentido de que “il giudice deve resistervi”.

Embora haja sido, por algum tempo, o homem mais odiado de Israel, Sheftel teve o destemor de proclamar, arrostando com toda impopularidade, que seu cliente era “um Dreyfus dos tempos modernos”, recordando aos judeus os perigos da intolerância, que arrastara ao calvário aquele militar, vítima do preconceito anti-semítico.

Também entre nós, inúmeros foram os casos, tanto famosos, quanto anônimos, esquecidos nas prateleiras dos arquivos forenses, em que o denodo de advogados impediu a consumação de erros judiciários.

Dentre os defendidos por meu pai, lembrarei apenas um processo, que recentemente serviu de tema para um seriado de televisão: o Caso Euclides da Cunha, Dilermando de Assis.

Após o homicídio de Euclides da Cunha, praticado pelo tenente do Exército Dilermando de Assis, o então rábula Evaristo de Moraes, como confessa em suas “Reminiscências” (1922, p. 211), ficara mal-impressionado com o militar, em face do noticiário da imprensa que apontava o jovem oficial como “aparentado com Euclides, protegido por ele, recolhido generosamente no seu lar”, mas que traíra o benfeitor “seduzindo-

lhe a esposa, a quem, para cúmulo, também explorava pecuniariamente. Uma abominação”.

Assim, quando lhe pediram para defender o acusado, Evaristo relutou em aceitar a causa, mesmo porque ele próprio, como quase todo país, nutria profunda admiração pelo talento de Euclides da Cunha, considerado a maior glória das letras nacionais por sua obra monumental “Os Sertões”.

Tão grande, porém, a insistência dos amigos do acusado, que Evaristo aquiesceu em visitá-lo no quartel onde se encontrava recolhido. Os documentos então exibidos por Dilermando eram cabais na demonstração da falsidade do noticiário, eis que o jovem militar sequer conhecera pessoalmente Euclides, e muito menos eram aparentados, e nem fora jamais sustentado pelo famoso escritor.

Diante disto, lançou-se Evaristo na luta para demonstrar que o cliente agira licitamente, eis que, inobstante as versões incriminatórias divulgadas pela mídia, a verdade é que “Euclides, armado de revólver, partira de Copacabana até o longínquo subúrbio, onde morava o tenente, a fim de lavar sua honra de marido traído pela mulher (...) Anunciada sua presença, aberta a porta, como que em estado de transe, Euclides descarregara sua arma, atingindo Dilermando e seu irmão Dinorah, que, com uma bala na espinha, ficou inutilizado para o resto da vida. Em legítima defesa, bom atirador, Dilermando o acertou mortalmente” (Evaristo de Moraes Filho, na Introdução da nova edição de *Reminiscências*, 1989, p. 24).

No curso do processo, envenenando ainda mais a alma da coletividade, os jornais publicaram que Dilermando, “no estado-maior do 1.º regimento de artilharia, onde estava recolhido, abusara de uma menor que o teria ido visitar”. A notícia fora divulgada nas proximidades do julgamento pelo júri. Por sorte do tenente, no inquérito por crime de sedu-

ção, o exame médico-legal da ofendida deu resultado negativo, sendo o caso arquivado, a pedido do Ministério Público. Apesar disto, com a má vontade habitual contra o matador de Euclides da Cunha, "A Notícia" divulgou desta forma o arquivamento: "Fica assim mais ou menos provado que Dilermando não fez mais nenhuma vítima."

Anos depois, teve-se informação de que a suposta seduzida acabara internada no Hospício Nacional, sofrendo, em sua loucura, constantes acessos de erotismos. E mais, apurou-se que numa caixa de papelão guardava retratos dos seus amantes imaginários, lá se encontrando, amarelecida pelo tempo, a foto de Dilermando, recortada da revista "Malho" (*Reminiscências*, 1.^a ed., p. 217).

Mas, voltando ao processo por homicídio: apesar da "matilha das paixões populares, açulada contra Dilermando", o júri acolheu a tese da legítima defesa, havendo, nos dias seguintes, desabado sobre o Tribunal a ira dos admiradores de Euclides da Cunha, tendo um deles admitido, tempo após, que estivera a pique de matar Evaristo de Moraes.

Anulado este julgamento pelo Tribunal de Apelação, Evaristo não se intimidou em voltar ao júri, obtendo nova absolvição.

Cerca de 5 anos depois, o filho de Euclides tentou vingar a morte de pai. Encontrando-se, acidentalmente com Dilermando no foro, fez, de inopino disparos contra o militar, que revidou o ataque, matando seu agressor. Mais uma vez Evaristo, já agora diplomado em Direito, patrocinou a causa de Dilermando, e novamente obteve um erro judiciário, ao absolver o cliente pela tese da legítima defesa.

De minha experiência profissional, ao longo destes 40 anos, poderia recordar uma série de processos em que lutei na defesa, enfrentando os preconceitos armados contra os réus, e cooperei com a justiça, evitando apenações descabidas.

Durante os 20 anos do regime militar, por exemplo, tenho plena convicção de que muitas injustiças, traduzidas em condenações de inocentes ou na imposição de penas draconianas, foram impedidas graças à atuação dos poucos advogados que ousaram lançar-se no patrocínio de perseguidos políticos. Sobre o tema, aliás, cabe registrar o comportamento altaneiro do Superior Tribunal Militar, que na maioria dos casos soube resistir aos desígnios sinistros dos detentores do poder. Algumas vezes, em perorações perante a Alta Corte castrense lembrei as palavras de Louis Proal, em sua *La Criminalité Politique* (1908): "A perseguição legal é mais odiosa do que a violência bruta, porque ela reúne a hipocrisia à iniquidade. Os juizes que conferem à perseguição a aparência de legalidade são mais perversos do que os carrascos". Os magistrados-militares não ficaram insensíveis diante destas exortações.

Nos últimos anos, na Justiça Comum, participei de rumorosos processos nos quais pude testemunhar a extrema importância do empenho do advogado no atalhamento de erros judiciários.

Por exemplo, no "Caso Mônica", aquela jovem que, nos idos de 1985, se lançou ou foi lançada de andar elevado de um edifício no bairro Lagoa, na cidade do Rio de Janeiro, defendi um rapaz de nome Alfredo, acusado de encontrar-se no apartamento, juntamente com outros dois, na hora em que a moça caiu. Acompanharam-me nesta causa o ilustre criminalista Antonio Carlos Barandier, e seus então estagiários Luiz Guilherme Vieira, hoje vitorioso advogado, e Josemar Santana, atualmente defensor público na Justiça Militar.

Na verdade Alfredo era inocente do crime de homicídio. Quando chegou ao local da tragédia, chamado pelo amigo, dono do apartamento, a moça já havia se espatifado no solo. A instâncias do amigo, que se mostrava desesperado, ajudou-o a ocultar o cadáver.

A imprensa, entretanto, insistia em estender à Alfredo a co-responsabilidade pela morte da vítima. De nada adiantara a prova testemunhal de defesa, demonstrando que, na hora da queda fatal, o rapaz encontrava-se em outro local. Neste sentido prestara depoimento até um padre.

Assim, o melhor recurso que me ocorreu foi convencer a um repórter — justamente do jornal que mais carga fazia contra o réu — da inocência do cliente, então sob prisão preventiva. Para tanto, permiti ao jornalista entrevistar-se a sós com o jovem, pelo tempo que desejasse. O repórter, hoje advogado criminal Dr. Antero Luiz, acabou reconhecendo, com dignidade, o erro da hipótese acusatória, e modificou a linha de seu prestigioso jornal. Estou absolutamente convencido de que somente desta forma consegui evitar um erro judiciário, pois se Alfredo fosse levado a júri por homicídio, seria quase impossível absolvê-lo, estando a opinião pública intoxicada até a medula contra todos os réus. Entretanto, a mudança de posição da imprensa restabeleceu o clima de serenidade, que permitiu a impronúncia do acusado pelo crime de homicídio.

Gostaria, agora, de recordar o caso do naufrágio do *Bateau Mouche*, no reveillon de 1988/89, quando morreram 55 passageiros. A empresa proprietária do barco era integrada por nove sócios, todos com o título nominal de gerentes, embora a maioria jamais tenha participado, de fato, da administração da firma.

A tragédia, como natural, provocou uma comoção generalizada, com a mídia condenando por antecipação os proprietários do barco sinistrado, cuja defesa assumi juntamente com o brilhante e intemorato George Tavares, companheiro de muitas batalhas, ao longo de mais de 30 anos, tendo a auxiliar-nos nossos assistentes Dr. Carlos Vargas e Dras. Kátia Tavares e Márcia Parente.

Das pesquisas que realizamos, pudemos por constatar que a gerência efetiva da pequena frota, composta por duas embarcações, era confiada, desde a criação da empresa, a um terceiro, estranho à sociedade, cujos integrantes dedicavam-se, exclusivamente, a gerenciar seus restaurantes e hotéis. A partir de então desenvolvemos uma longa pesquisa no Direito Comercial e Marítimo, encontrando no nosso vetusto Código de 1850 a figura do caixa, denominado armador-gerente na legislação estrangeira, que era o preposto incumbido de administrar navios, em nome e por conta dos proprietários. Em face desta premissa, e com base no princípio de que a responsabilidade criminal é estritamente pessoal, pudemos sustentar, em arrazoados de mais de 100 páginas, a ausência de culpa penal dos tão odiados proprietários do *Bateau Mouche*.

Resistindo à terrível pressão da opinião pública, o juiz de 1.^a instância, cujo nome faço questão de registrar, Dr. Jasmin Simões Costa, absolveu os 9 acusados, em sentença que glorifica a magistratura brasileira, pela coragem e desassombro que traduz. Em grau de recurso, o parecer do independente Procurador de Justiça, Dr. Luiz Brandão Gatti, e o voto do relator, Des. Adolphino Ribeiro foram pela manutenção integral da sentença absolutória, mas por maioria de votos, 2, dentre os 9 sócios, foram condenados por naufrágio culposo, sendo esta decisão mantida em embargos infringentes. Embora tenhamos impedido, contra tudo e contra todos, a condenação de, pelo menos, 7 inocentes, continuaremos lutando para superar, o que entendemos ter sido um erro judiciário corporificado na apenação daqueles 2 sócios do *Bateau Mouche*. Esta luta permanente contra a injustiça é o maior alimento para a alma do advogado criminal.

Outro caso que exigiu muito empenho dos advogados para alcançar justiça, superando os fortes preconceitos arma-

dos contra o réu, foi o do Bispo Edir Macedo, chefe de um segmento protestante, que se viu processado pelos crimes de curandeirismo, charlatanismo e estelionato.

Nesta causa tive a meu lado a companhia do ilustre advogado Arthur Lavigne, hoje Secretário de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, e do jovem penalista Paulo Freitas Ribeiro, que foi um de meus mais brilhantes alunos, no Curso de Direito Penal, que ministro na Faculdade de Direito da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro).

Nos primeiros contatos com o cliente e com alguns pastores da Igreja Universal do Reino de Deus, verifiquei que o único livro utilizado por eles em suas pregações era a própria Bíblia. Isto, evidentemente, reforçava a hipótese acusatória, eis que aquele segmento religioso não repousaria em bases doutrinárias sólidas, salvo numa interpretação livre das Sagradas Escrituras.

A denúncia do Ministério Público falava em charlatanismo e curandeirismo porque a Igreja do Bispo Macedo prometia curas para males físicos e psíquicos, através de preces coletivas, imposição de mãos e unção com óleos, sendo a imputação de estelionato lastreada no recebimento de dízimos ofertados pelos fiéis.

Na falta de um livro de doutrina específico, reunindo os dogmas da Igreja Universal, fomos obrigados a fazer uma profunda incursão no estudo do protestantismo, matéria que pouco conhecíamos. E assim acabamos por nos deparar com a existência da corrente pentecostalista, surgida nos Estados Unidos, no início deste século, e que tinha como base o Dia de Pentecostes, quando o Espírito Santo descera do céu, e conferira aos Apóstolos vários dons, entre eles o de curar por meio de orações, imposição de mãos e de óleos. Há centenas de livros sobre este episódio das Escrituras, de autoria de respei-

tados próceres religiosos, todos sustentando a atualidade dos dons transmitidos pelo Espírito Santo. Quanto ao recebimento de dízimos, até Pontes de Miranda sustentava sua absoluta legitimidade, como corolário da liberdade de culto, assegurada pela Constituição (*Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a ed., 1960, p. 454). E mais, em nossas pesquisas verificamos a presença de um segmento católico — Renovação Carismática — que adotava as mesmíssimas práticas da Igreja Universal. Assim, foi possível formular um pedido de *habeas corpus*, baseado na falta de justa causa, que o Tribunal de Alçada concedeu em parte, e o STJ deferiu na íntegra, pondo fim ao processo, apesar de toda pressão externa exercida contra a figura do Bispo Macedo.

Por fim gostaria lembrar um caso de latrocínio, com razoável repercussão na época, ainda mais porque a mãe do jovem vitimado era uma respeitada jornalista.

O crime ocorreu no Rio de Janeiro. Um casal, no interior de um automóvel, conversava junto à orla marítima, na praia de Ipanema. Repentinamente, surgiram três rapazes armados, que entraram no carro, havendo um deles assumido a direção do veículo, rumando para o bairro de Jacarepaguá. No meio do trajeto, um dos meliantes desfechou disparos contra o jovem dono do veículo, matando-o. Mais adiante, já em Jacarepaguá, o auto parou a fim de lançarem para fora o corpo do morto. Aproveitando-se disto, a moça fugiu, encontrando abrigo numa casa próxima.

No curso do inquérito policial surgiram como suspeitos dois rapazes de má fama no bairro, aos quais poderemos chamar de Antonio e de João. Antonio alegou inocência, enquanto João não só confessou que seria um dos três assaltantes, mas também indicou a participação de "Tico" e Antonio, e apontou este último como autor dos disparos fatais.

"Tico" veio a ser meu cliente e de George Tavares. Era ele filho de pais separados, morando com a mãe no Rio, enquanto o genitor, advogado, residia em São Paulo, com a nova família que constituiria. Na verdade, "Tico" também não desfrutava de bom conceito no bairro, havendo se envolvido em furtos de toca-fitas.

Intimidado pela polícia, apresentou-se acompanhado do pai. Estavam ambos tranqüilos, pois na data do latrocínio — 27 de dezembro — o rapaz encontrava-se em São Paulo, onde fora passar as festas de fim de ano, somente regressando em janeiro.

Entretanto, na Delegacia, a fatalidade desabou sobre a cabeça de "Tico": João manteve a chamada de co-réu durante uma acareação e, o que é pior, a moça sobrevivente reconheceu-o como sendo um dos três assaltantes. Aí começou a formar-se um brutal erro judiciário, quando fomos chamados, George Tavares e eu, para defender o filho de um colega.

Nosso empenho foi absoluto, visando provar a inocência do rapaz, da qual estávamos absolutamente convencidos, apesar da chamada de co-réu e do reconhecimento efetuado pela moça. Várias as peripécias, que o tempo não permite que se narre. O fundamental é que nos dirigimos a São Paulo, onde colhemos vários depoimentos de vizinhos do edifício em que morava o pai de "Tico", comprovando a presença do réu naquela cidade, durante os festejos de fim de ano. A maior sorte, porém, foi termos encontrado fotografias da reunião natalina, cujos negativos utilizamos para uma ampliação, na qual se via a imagem de "Tico" próxima a de um familiar fantasiado de Papai Noel. E mais, rebuscando vários papéis, acabamos por localizar um recibo de estacionamento do automóvel de nosso cliente, numa rua da capital paulista, datado da manhã de 28 de dezembro, o que tor-

nava implausível sua presença no Rio de Janeiro, na noite de 27.

Assim, graças a estas diligências que os advogados de defesa realizaram pessoalmente, foi possível provar o álibi de "Tico", evitando um erro judiciário, inobstante haver o réu permanecido preso durante mais de um ano, até o julgamento da apelação, que confirmou a sentença absolutória de 1.^a instância, da lavra do juiz Eduardo Mayr. Às vezes, recordando-me deste caso, imagino qual não teria sido o destino de "Tico", se seu pai não fosse advogado e não tivesse condições para contratar dois defensores particulares para o filho. Por maior que se mostrasse o desprendimento de um defensor público, dificilmente teria possibilidades de reunir as provas que se contrapuseram a um reconhecimento equivocado, ou maliciosamente conduzido, e a uma confissão e chamada de co-réu frutos de evidente coação policial.

Já vão longe em demasia estas reminiscências, que só desenvolvi para mostrar, através do exemplo de alguns advogados, a importância do sacerdócio que exercemos. No dia-a-dia forense, centenas são os casos anônimos de erros judiciários abortados pela ação dos defensores dos réus. Em verdade além das absolvições na instância inferior, cada inocência reconhecida em grau de apelação é uma desgraça evitada por estes operários da Justiça, a quem Justiniano equiparou aos guerreiros (Rafael Bielsa, *La Abogacia*, 3.^a ed., 1960, p. 26).

Aos que insistem em não reconhecer a importância social e a nobreza de nossa missão, e tanto nos desprezam quando nos lançamos, com redobrado ardor, na defesa dos odiados, só lhes peço que reflitam, vençam a cegueira dos preconceitos e percebam que o verdadeiro cliente do advogado criminal é a liberdade humana, inclusive a deles que não nos compreendem e nos hostilizam, se num desgraçado dia precisarem de nós, para livrarem-se das teias da fatalidade.

A JURISDICIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL — O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JR.

Juiz Criminal em São Paulo. Membro do IBCCrim
e da Associação Juízes para a Democracia

1. Introdução — 2. A natureza jurídica da execução criminal: 2.1 Atividade administrativa ou preponderantemente administrativa; 2.2 O encaminhamento da tese jurisdicionalista; 2.2.1 Ciência penitenciária e Direito de Execução Penal; 2.2.2 Os novos rumos do direito processual; 2.2.3 O constitucionalismo — 3. A jurisdicionalização: 3.1 Bases legais; 3.2 Bases constitucionais; 3.2.1 Princípio da legalidade; 3.2.2 Individualização da pena; 3.2.3 Dignidade da pessoa humana e humanidade da pena — 4. Processo de execução jurisdicionalizado?: 4.1 Lei e realidade; 4.2 Instituição total?; 4.3 Centralização de controles; 4.4 Contraditório e ampla defesa; 4.5 Direito de defesa — oitiva do condenado; 4.6 Direito à defesa técnica; 4.7 Controle Administrativo; 4.8 Penas ilícitas — 5. Conclusão.

1. Introdução

Em recente reportagem na imprensa de São Paulo a respeito de presos com curso superior que cumpriam suas penas no sistema penitenciário paulista, um deles, advogado, entrevistado, fez a seguinte incômoda afirmação: “Quando eu sair daqui vou voltar para a universidade e fazer mestrado. Minha tese vai ser sobre o desrespeito do Poder Judiciário com os direitos do preso”.¹

A partir desta tão significativa manifestação de um preso, poderíamos dar início às considerações sobre a jurisdicionalização da execução penal e, por consequência, sobre o papel do Judiciário neste processo.

A questão da natureza jurídica da execução penal já deu ensejo a muita

controvérsia, havendo a respeito, basicamente, duas correntes doutrinárias: a administrativista, a que poderíamos chamar de administrativista mitigada e a jurisdicionalista.

2. A natureza jurídica da execução criminal

2.1 Atividade administrativa ou preponderantemente administrativa

Para a primeira corrente há apenas atividade administrativa na execução da pena.

Historicamente, esta posição se firmou tanto na dogmática desenvolvida pelos processualistas italianos, como naquela cultivada pelos juristas-penalistas.

De seu lado, os juristas-penalistas, preocupados primordialmente com a teoria do delito, sempre se descuraram da execução da sentença penal, como se a atividade jurídica se encerrasse com

1. “Detenção ‘abriga’ bacharéis e políglotas”, em *Folha de S. Paulo*, Caderno São Paulo, p. 10, 10.4.94.

a condenação. A pena, mesma, foi relegada a um segundo plano.² Tal concepção, que ressaltava existir na execução da pena mera relação especial de poder — hierarquizada e fora dos controles de legalidade — entre a administração penitenciária e o preso, pela qual este se submetia integralmente àquela, dominou grande parte da história do direito. Isto ocorreu apesar de ser também histórica a intervenção do juiz na execução da pena e disseminadas as legislações que atribuíam a ele a obrigação de visitar as prisões e exercer uma atividade fiscalizadora da regularidade do desenvolvimento do processo de execução.³

Os processualistas, por outro lado, especialmente os italianos, de início firmados na teoria administrativista — ao contrário dos alemães que já sustentavam a jurisdicionalidade da execução penal, a partir do brocardo latino *jurisdictio sine executione esse non potest* — foram evoluindo para uma corrente intermediária pela qual se acreditava fosse a execução penal preponderantemente administrativa, mas com jurisdicionalidade episódica, nos chamados incidentes da execução.⁴

2. Cf. René Ariel Dotti, "A Lei de Execução Penal — Perspectivas fundamentais", em *RT* 598/275.

3. Diz Alberto Silva Franco, com apoio em Anabela Miranda, que para a mencionada doutrina, na execução da pena não há mais que um "espaço vazio de direito", uma relação especial de poder que significava "uma concepção de discricionariedade, como um domínio da não legalidade, como um mundo em que a Administração só presta homenagem aos imperativos da conveniência e oportunidade", incompatível com uma estrutura constitucional que se define como a de um "Estado de Direitos Fundamentais" (*A Jurisdicionalização da execução penal — breves anotações sobre a Lei 7.209/84*, Saraiva, 1986, p. 99).

4. Cf. José Marcos Marrone, "Há jurisdição da execução penal?", em *Justitia* 116/88; Júlio Frabbrini Mirabette, *Execução Penal*, Atlas, 1993, p. 41.

Para eles, a atividade do juiz, ainda que existente, na fiscalização da atividade cotidiana de execução da pena e controle dos atos dos responsáveis pelo sistema penitenciário, era meramente administrativa; somente se tornava jurisdicional incidentalmente. O argumento básico — extraído das teorias que firmaram conceitualmente o Direito Processual — era o de que na execução se submete o indivíduo, condenado por sentença transitada em julgado, de forma autoritária, não havendo, assim espaço para o que se entende por jurisdição. Entendia-se que o condenado se sujeita integralmente ao sistema provido pelo Estado-Administração, representado pela administração penitenciária, em que atua como promotor da execução o Ministério Público, sem margem a que se introduza a vontade jurídica daquele.⁵

Só quando surgisse o conflito jurídico bem definido, entre o interesse do Estado e o do preso, o juiz deveria intervir, decidindo, aí sim, o incidente, episodicamente.

Deste pensar, os processualistas Giovanni Leone, Chiovenda e, entre nós, Hélio Tornaghi.⁶

5. Por isto se diz haver execução forçada, que independe da vontade do sentenciado, ao contrário da execução civil em que o executado pode se opor à pretensão ou ficar inerte, importando, pois, sua vontade (cf. Silvio Ranieri, *Manuale de Diritto Processuale Penale*, 1965, pp. 479-488).

6. Cf. José Marcos Marrone, artigo citado, pp. 88-91. Chiovenda, aliás, muito influenciou o meio jurídico brasileiro nesta questão, chamando a atenção para o caráter substitutivo da vontade das partes que caracteriza a jurisdição, tanto no processo de conhecimento quanto no de execução. Não havendo tal característica na execução penal, em que se tem uma vontade que só pode ser exercitada pelos órgãos públicos, entende ele, não se pode falar em jurisdição (cf. Antonio Scarance Fernandes, "Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado", em *RBCCrim* 3/83, jul.-set./93).

2.2 O encaminhamento da tese jurisdicionalista

Diversos caminhos trilhados pela doutrina, no Direito Penal, no Direito Processual Penal e no Direito Constitucional, convergiram para a moderna jurisdicionalização do processo de execução da pena.

Sem pretensão sistemática, os caminhos, pela significância que adquiriram tais temas, modernamente, poderiam ser traduzidos em: 1) desenvolvimento da Ciência penitenciária e do Direito Penitenciário, com autonomia científica; 2) novos rumos do processualismo a partir de um entendimento do processo enquanto instrumento de realização de justiça; 3) demanda por efetividade da ordem constitucional e por proteção concreta aos direitos fundamentais, que devem ser mais que ornamentos de uma ordem apenas formalmente democrática para adquirir uma dimensão promocional, própria do direito moderno, numa relação dialética com os fatos sociais.

2.2.1 Ciência penitenciária e Direito de Execução Penal

O desenvolvimento da Ciência Penitenciária, especialmente a partir das reflexões sobre a finalidade da pena — que passou a ser encarada não apenas enquanto prevenção e retribuição pelo delito, mas, enquanto meio pelo qual se busca a reintegração do condenado à sociedade —, em tempos muito recentes, constituiu importante fator de encaminhamento da tese jurisdicionalista da execução penal.

Dele surgiu, com autonomia científica — depois legislativa e jurídica —, o Direito Penitenciário ou Direito de Execução Penal, cujo conteúdo é o conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade,

abrangendo, por conseguinte o regulamento penitenciário.⁷

Convém notar, num breve parêntese, que no Brasil o já mencionado alheamento dos juristas-penalistas com relação à jurisdição da execução provocou sucessivos adiamentos da criação de uma lei nacional de execuções penais. Mas a falta de um diploma próprio à disciplina de um Direito de Execução Penal (ou Direito Penitenciário) não impediu o desenvolvimento cada vez maior dos conceitos próprios dele, especialmente à medida em que os problemas prisionais foram se tornando mais graves. Várias moções, em seminários e congressos deixaram clara a necessidade de se reformular o ultrapassado sistema de cumprimento de penas que existia, criando uma lei que orientasse toda a política penitenciária do país, adequado-a aos novos conceitos de execução penal do mundo moderno.⁸

A questão da superpopulação carcerária e a verdadeira falência do caótico sistema penitenciário foram objeto de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada na Câmara dos Deputados

7. No Brasil, segundo relata Julio Fabbrini Mirabette, os primórdios de tal Direito Penitenciário já estavam na primeira Constituição, de 1824, na qual o art. 179 enunciava como deviam ser as cadeias — limpas e bem arejadas, com separação por categorias de réus —, além de proscrever as penas cruéis — açoites, tortura e outras. E as Constituições seguintes sempre lembraram que a União deveria editar “normas gerais” ou “normas fundamentais” sobre regime penitenciário (ob. cit., pp. 30-31).

8. A este respeito: René Ariel Dotti, *A Lei...*, art. cit.; Júlio Fabbrini Mirabette, ob. cit., p. 30; “Conclusões do V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, em Revista de Direito Penal”, S. Paulo, fev./75; *Moção de Nova Friburgo*, extraída do “I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários”, mar./91; *Moção de Goiânia*, do “Seminário de Direito Penal e Criminologia”, set./93.

em 1975. Neste passo, a reserva da prisão a delinquentes mais perigosos, por um critério de necessidade, e o incentivo da adoção da prisão albergue ditaram reformas, como as introduzidas pela Lei 6.416/77. Por esta, a matéria da execução penal ainda era vista sob o prisma do preconceito, a partir de interpretação de dispositivo da Constituição Federal então vigente: entendia-se que a União só podia editar normas gerais sobre o regime penitenciário (art. 8.º, XVII, c, daquela).

Com a delegação de matérias de grande importância no âmbito da execução as leis locais e provimentos do Conselho Superior da Magistratura ficaram evidenciadas as contradições e defeitos de um sistema em que os direitos do preso se apresentavam enquanto concessões do juiz. O deferimento de determinado benefício — este próprio nome imposto pela tradição bem o revela — constituía muito mais uma faculdade do Estado, representado pelo Judiciário, que um direito individual do sentenciado.

Não havia muito espaço, diante disto, para um alargamento conceitual do conteúdo do princípio da legalidade, tal como adiante veremos.

A crise decorrente de tal descompasso entre a realidade dos cárceres e a legislação concebida, acabou deixando mais evidente a existência de um ramo particular do Direito, o da Execução Penal e a necessidade de uma lei específica.

2.2.2 Os novos rumos do direito processual

Por outro lado, a contribuição dos processualistas à sustentação da tese administrativista foi diminuindo na exata medida em que o Direito Processual se firmou como ramo do saber jurídico. Conforme lembra Antonio Scarance Fernandes, fixados seus conceitos, feita a sistematização e diferenciação dos institutos, distinguir atividades administrativas

das jurisdicionais deixou de ser preocupação do moderno Direito Processual.⁹

Os processualistas voltaram sua atenção, nesta nova fase, para a atuação concreta do direito, desenvolvendo conceitos hoje tão caros, que têm a ver com a instrumentalidade e deformalização do processo. Romperam, em verdade, com um certo purismo infecundo, baseado, inclusive, na dogmática clássica da tripartição de poderes do Estado, de Montesquieu, em que a atividade administrativa é vinculada ao Executivo e a jurisdicional, ao Judiciário.¹⁰

Sendo o poder uma “inerência do Estado”, como diz Cândido Dinamarco, a jurisdição passou a ser encarada apenas “uma expressão” de tal poder.¹¹

O desenvolvimento de tal linha da processualística veio ao encontro das concepções do processo enquanto garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, conectando-se com o constitucionalismo.

9. Antonio Scarance Fernandes, “Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado”, em *RBCCrim* 3/83, jul.-set./93.

10. Segundo René Ariel Dotti, “a concepção de que a execução penal tem natureza puramente ou prevalentemente administrativa radica na concepção política e jurídica em harmonia com a distinção entre os momentos da cominação, da aplicação e da execução como correspondentes aos Poderes do Estado, segundo a clássica tripartição de Montesquieu” (*A Lei...*, art. cit, p. 278).

11. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do Processo*, RT, 1987, p. 160. De fato, no Estado moderno, o tradicional conceito de tripartição de poderes, independentes e harmônicos, se tornou insuficientes à realização da democracia. Hoje é clara a noção de que o agir do Estado, por seus poderes formais, se manifesta, basicamente, preenchendo duas funções: de governo e de controle deste. E a fiscalização da atividade pública não é exclusividade da classe política, dela devendo participar a sociedade civil (cf. Dyrceu A. D. Cintra Jr., “O Poder e seu controle”, em *Folha de S. Paulo*. 23.3.94).

2.2.3 O constitucionalismo

Como observa com precisão Alberto Silva Franco, “a inevitável tensão dialética entre o cidadão, que pretende preservar o exercício do seu direito de liberdade, e o Estado, que objetiva atuar o poder punitivo, demanda que se coloque de permeio um órgão que se imponha, com autoridade, a um e a outro. É portanto incumbência da jurisdição gerenciar este conflito e dar-lhe solução, através do devido processo legal. O princípio da legalidade adquire, então, uma dimensão processual de que não pode liberar-se, já que o processo compartilha do núcleo essencial do próprio direito à liberdade pessoal”.¹²

Todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição têm por suporte o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III da CF) e é pelo processo — e o de execução da pena não pode fugir à regra — que se garantem aqueles, quando se trata de proteger o *status libertatis* do cidadão.

A aplicação de cada garantia a direito fundamental não pode se afastar, pois desta ótica.

Não apenas no processo penal, mas em toda a atividade de execução da pena individualizada na sentença, há sempre, um conflito de interesses que, além do mais aparente conflito entre dois sujeitos — o Estado de um lado e o cidadão titular do direito individual específico do outro —, é, acima disto, um conflito que se esboça dentro do próprio Estado. Se por um lado o Estado tem todo o interesse em impor uma sanção e executá-la, por outro não deixa de ter interesse na preservação do *jus libertatis* do cidadão, relacionado a diversos direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República.

12. Alberto Silva Franco, *A jurisdição... ob. cit.*, pp. 97-98.

Daí a tendência, na moderna doutrina, da completa jurisdicionalização do processo de execução penal, que tem se refletido na legislação de vários países,¹³ conferindo ao Poder Judiciário papel importante e central na questão da execução da pena.¹⁴

A este propósito, José Eduardo Goulart levanta a importante questão da aplicação e do âmbito do princípio da legalidade na execução penal quando se investiga o problema da limitação dos direitos do condenado em virtude de sua situação jurídica, que por vezes abre margem ao arbítrio. Afirma que a enumeração dos direitos do condenado feita

13. Por exemplo: a Lei Penitenciária Nacional da Argentina, de 1958; Código de Execução de Penas, da Polônia, de 1969; Normas sobre o Ordenamento Penitenciário, da Itália, de 1975; Lei Geral Penitenciária, da Espanha, de 1979. Segundo René Ariel Dotti, “não se trata, porém, de uma legislação contendo somente as já rotineiras proclamações otimistas sobre os direitos do preso, p. ex. Os diplomas específicos para regular o procedimento penal executório são também providos de regras e mecanismos que procuram garantir a tutela judicial de modo permanente e eficaz” (*A Lei...*, art. cit., p. 281).

14. Cf. Ada Pellegrini Grinover, “Natureza jurídica da execução penal”, em *Execução Penal*, Max Limonad, 1987, pp. 5-13.

Em outra obra, ainda, a citada professora enfatiza que o preso “há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus. O réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos mas que seja entendido em sua função garantidora, ficam asseguradas ao réu as garantias constitucionais do devido processo legal: o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual” (“Execução Penal e direito de defesa”, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 35/101-110).

em lei se refere aos direitos mínimos, vinculados à aplicação da sanção, cuja proteção pode ser feita pela utilização de remédios jurídicos cabíveis como o *habeas corpus* ou o mandado de segurança; não se admite, por violadora do princípio da legalidade, qualquer restrição a eles nem mesmo “sob o propósito de assim se fazer atender a objetivos preconizados pela execução penal”. E conclui que o procedimento previsto nos arts. 185 e 186 da Lei de Execução Penal se destina “a obviar os inconvenientes originados do excesso ou desvio na execução da pena, a ser processado perante o juiz da execução, com recurso da decisão proferida aos Tribunais superiores”.¹⁵

3. A jurisdicionalização

3.1 Bases legais

A partir da edição da Lei 7.210/84, não há mais dúvida quanto à jurisdicionalidade do processo de execução entre nós.

O art. 1.º da LEP fixa o conteúdo jurídico da execução penal, esboçando a autonomia científica do Direito de Execução Penal (ou Direito Penitenciário, ou Direito Penal Executivo), que vem reconhecida na própria exposição de motivos da lei.

O art. 2.º deixa claro tratar-se atividade de “jurisdição” e “processo” (= instrumento da jurisdição).

Depois, o art. 66 detalha a competência do juiz da execução, não exaurindo, porém o elenco de hipóteses, havendo outras na própria Lei de Execução, no Código Penal e de Processo Penal, e as demais que poderão surgir em decorrência da sistemática que faz do juiz o garante dos direitos individuais do preso.

15. José Eduardo Goulart, *Princípios informadores do direito da execução penal*, RT, 1994, pp. 93-95.

No mesmo sentido o art. 194 fixa que “o procedimento correspondente às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o juízo da execução”, declarando, assim, o princípio *nulla poena sine processu* e a jurisdicionalização contínua.¹⁶

Outrossim, o art. 38 do CP, com a redação da Lei 7.209/84, expressa na legislação ordinária, o princípio da legalidade da execução da pena (art. 153, § 16, da CF então vigente e art. 5.º, XXXIX, da CF/88) e o princípio da humanidade da pena (art. 153, §§ 11 e 14, daquela e art. 5.º, XLVII e XLIX da CF/88).

Claro está que a intervenção do juiz na execução da pena é sempre jurisdicional e ampla, intermediando desde o nascedouro, como sujeito imparcial da relação jurídica, o conflito entre o Ministério Público — que representa os interesses do Estado-Administração em executar a condenação — e o condenado, que são as partes.¹⁷

16. Cf. Julio Fabbrini Mirabette, ob. cit., p. 455; René Ariel Dotti, *A Lei...*, art. cit., p. 280.

17. Sobre o assunto, v. a Súmula 44 das Mesas de Processo Penal do Departamento de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP: “Como em todo processo, entendido como relação jurídico-processual tríplice, o processo de execução penal é processo de partes, que assegura ao sentenciado as garantias do ‘devido processo legal’, decorrentes diretamente da Constituição, mesmo no silêncio dos Códigos”. Também a Súmula 85: “São garantias plenamente aplicáveis ao processo de execução penal, como decorrência dos princípios constitucionais do ‘devido processo legal’, ainda que a lei processual não assegure expressamente a igualdade, ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade”. A respeito do assunto, ainda, o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que o direito do Estado à restrição da liberdade do condenado já nasce sob a jurisdição, ou seja, “gravado pelo encargo dos juízes e tribunais” (*Liberdades Públicas e Processo Penal*, Saraiva, 1976, pp. 29-30).

O processo de execução da pena, desenvolvendo-se como devido processo legal perante o juiz especializado, com o contraditório e ampla defesa, passou a ser, legalmente, necessário à imposição da pena, vivificando, além do já dito, também os princípios do art. 5.º, LIV, da CR — segundo o qual “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” — e do art. 5.º, XXXV, daquela — pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

3.2 Bases constitucionais

A referência à Lei Maior faz lembrar que entre nós as bases principais da afirmativa de que o processo penal é — ao menos na lei — integralmente jurisdicionalizado estão em 2 princípios constitucionais: o princípio da legalidade dos delitos e das penas (art. 5.º, XXXIX da CF) e o princípio da individualização da pena (art. 5.º XLVI da CF).

Além disto, a jurisdicionalização é exigência ligada — ainda mais que ao tempo da promulgação da Lei 7.210/84, anterior à Constituição de 1988 —, também à humanização da pena, com proibição da crueldade, trabalho forçado ou perpetuidade (art. 5.º XLVII da CF) e a um elenco de garantias constitucionais ligadas: ao respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5.º, XLIV da CF); à necessidade de se distinguir os estabelecimentos em que os sentenciados cumprem penas, de acordo com a natureza do delito, sexo e idade (art. 5.º, XLVIII da CF).¹⁸ E se reforça sobremaneira com toda a legislação ordinária que constitui expressão de tais garantias constitucionais.

18. Cf. Márcio Orlando Bártoli, “Definição de papéis na execução da pena”, em *Boletim IBCCrim* 4, mai./93.

3.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, segundo modernamente se tem entendido, se refere não apenas à atividade de aplicação da lei na exata medida do fato praticado, definido como crime, mas à “legalidade da inteira repressão”, pois, conforme adverte Alberto Silva Franco, com apoio em Figueiredo Dias, só assim “obterá o cidadão uma garantia efetiva e concreta, que não de simples expressão formal”.¹⁹

Com efeito, o princípio da legalidade constitui uma das garantias mais caras ao Estado Democrático de Direito, visando a preservação da liberdade pessoal garantida pela Constituição da República. Por isto, a atividade estatal orientada à supressão desta liberdade — autorizada pelo exercício do monopólio da força física legítima de que falava Max Webber — está por ele condicionada.

Além da garantia constitucional de integridade física e moral do preso, a Lei de Execução Penal²⁰ prevê condições como cela individual salubre, trabalho obrigatório, ensino e assistência material. Há também as peculiaridades de cada regime de pena — aberto, semi-aberto e fechado — que devem ser observadas de acordo com a sentença e com a exigência de progressividade de regimes. Vê-se, pois, que, conservando plenos os direitos atinentes à cidadania, salvo os tolhidos nos estritos limites das necessidades da execução, o preso adquire outros mais,

19. Alberto Silva Franco, ob. cit., p. 98.

20. O conteúdo da LEP está bem definido em seu art. 1.º: “A execução penal tem por objeto efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” e todo encarceramento é hoje fundado no princípio da legalidade.

impondo-se, em contrapartida, um dever do Estado.²¹

Quando o juiz condena alguém a pena privativa de liberdade só há que se entender que o fez nas condições da lei.²²

A aplicação do princípio constitucional da legalidade como garantia executiva, diz Silva Franco, "implica, assim, o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ainda sujeito de direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e deveres, e que a jurisdição deve fazer-se não apenas nos incidentes próprios da fase executória da pena, como também, nos conflitos que possam eventualmente resultar da relação tensional preso-administração" (...) "O cumprimento da pena não é 'algo estático e quieto' mas uma atividade que dinamicamente se agrava ou se atenua. A tais vicissitudes não deve permanecer estranha a jurisdição".²³

21. Sobre o assunto: Anabela Miranda Rodrigues, *A posição jurídica do recluso na execução da pena: seu fundamento e âmbito*, Suplemento do Boletim da Universidade de Coimbra, 1972, p. 49; Alberto Silva Franco, ob. cit., p. 102; Rui Carlos Machado Alvim, "A pena privativa de liberdade e a cadeia: um caso de incompatibilidade de gêneros", em RT 681/314.

22. Segundo René Ariel Dotti, "o princípio da legalidade na execução constitui um desdobramento lógico do princípio da anterioridade dos delitos e das penas, tão caro às tradições democráticas do Direito Penal liberal. A execução das penas em geral não pode ficar submetida ao poder de arbítrio do diretor, dos funcionários e dos carcereiros das instituições penitenciárias, como se a intervenção do juiz, do Ministério Público e de outros órgãos fosse algo alheio aos costumes e aos hábitos do estabelecimento" ("Problemas atuais da execução penal", em RT 563/279).

23. Alberto Silva Franco, *A jurisdição-lização...*, ob. cit., pp. 101-103.

3.2.2 Individualização da pena

A atividade jurisdicional na execução da pena se prende, em primeiro lugar à necessidade de intermediação da tensão entre o cidadão e o Estado-Administração, não apenas como decorrência do princípio da legalidade, mas, ainda, da necessidade de que a pena seja individualizada.

Trata-se de princípio, expresso na Constituição de 1988, a ser observado por todo o sistema jurídico. Não pode ser desprezado pelo legislador ordinário, a quem não se permite possa obstar que se realize a individualização ao caso concreto (ou que impeça a discricionariedade vinculada ao juiz).²⁴

A mencionada tensão se materializa, de pronto, nos direitos emergentes do próprio texto constitucional, conforme já visto.

José Frederico Marques já dizia que "o fundamento da pena individualizada com os traços que lhe imprimiu o Direito Penal Moderno está na afirmação do princípio geral dominante em qualquer setor da justiça e que erroneamente só se faz menção no direito privado: o de dar a cada um o que é seu". E a possibilidade de modificação da sanção imposta pela sentença mantém vivo o conflito entre o Estado e o indivíduo, o que torna imprescindível

24. Cf. Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, Ed. RT, 1993, nota 2.03 ao art. 34, p. 239. Em igual sentido, o entendimento da juíza carioca Maria Lúcia Karam, que, ao firmar posição pela inconstitucionalidade do regime integral fechado, invoca, além da garantia constitucional referida, os próprios poderes do juiz quanto à fixação do regime inicial explicados na Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal (cf. "Algumas notas sobre penas e prisões", em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, pp. 190-191).

a constante intervenção do poder jurisdicional no processo executório penal.²⁵

A conferência da pena que está sendo executada com o título executivo que é a sentença — a “pena vive na execução” segundo Bettiol²⁶ —, bem como as modificações que possa ter este título em virtude da ocorrência de fatos supervenientes à sentença é atividade própria da jurisdição, campo em que o Judiciário atua através do juízo de execução criminal.

A presença da jurisdição em toda a atividade executória se reafirma entre nós, inclusive, pelo sistema do Código Penal que, com a reforma de 1984, adotou a progressividade de regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Como a necessidade e suficiência da sanção constituem premissas que não se esgotam com a condenação — que estabelece apenas o regime inicial de cumprimento da pena —, a realização de uma verdadeira justiça material não prescinde que, permeando todo o processo de execução, a atividade jurisdicional faça uma verdadeira individualização da pena em cada momento dela, com base no desenvolvimento do sentenciado, mediante apreciação dos dados coletados pelo sistema repressivo (Estado Administração) e garantido o direito ao contraditório e ampla defesa.

É de se salientar, especialmente, que as várias formas de cumprimento de pena, assim como a sua suspensão e a aplicação de todos os institutos previstos no Código Penal e na Lei de

Execução Penal, conforme as situações fáticas a serem examinadas uma a uma, constituem não uma concessão do Estado mas direitos públicos subjetivos a serem reconhecidos numa atividade que não prescinde da presença do Poder Judiciário.

3.2.3 Dignidade da pessoa humana e humanidade da pena

Por fim, ainda evocando as bases constitucionais da jurisdicionalização, não se pode deixar de mencionar que a dignidade da pessoa humana — atributo que o condenado não perde — é princípio fundamental, suporte de todos os direitos fundamentais consagrados. Um Estado democrático de direito deve proclamá-lo, como o fez o art. 1.º, III, da CR.

Tal princípio, conforme anota Silva Franco, “dá unidade ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais”, que “só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus atributos. E este princípio da dignidade da pessoa humana há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre)”.²⁷

A ele está ligado o princípio da humanidade da pena, disseminado pelo art 5.º da CF, em seus incs. III, XLVII e XLIX.

Como recentemente observou Ranulfo de Melo Freire, em artigo publicado na RBCCrim, o excessivo rigor com que por vezes é tratado o réu do processo criminal — e, acrescentaria, o descaso com que é tratado o sentenciado na execução de sua pena — se dá pelo falso enten-

25. *Apud* Flávia D’Urso Rocha Soares e outros (Grupo Penal do Serviço de Apoio Jurídico da Procuradoria Geral do Estado), “O sistema progressivo de cumprimento da pena e a ofensa às garantias constitucionais”, em *RBCCrim* 4/154-157, out.-dez./93.

26. *Apud* Alberto Silva Franco, *A jurisdicionalização*, ob. cit., p. 101.

27. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1992, p. 69 (cit. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, 1983, p. 101).

dimento de que o juiz é guardião da paz social, papel que está bem mais afeto a outras esferas do Poder.²⁸

O juiz, numa sociedade democrática, entretanto, se presta menos a instrumentalizar o Estado para a aplicação da lei penal que para exercer um limite ao poder do Estado, com base no princípio da legalidade.

Processo — de conhecimento ou de execução — é sobretudo garantia — do acusado ou do sentenciado — e, assim, inseparável da jurisdição que é a forma pela qual o juiz põe os referidos limites ao Estado Administração — quanto à pretensão acusatória e quanto à pretensão executória de uma pena individualizada.

Para cumprir o relevante papel que lhe é reservado, o juiz da execução penal “deve ser quase exclusivamente, e já é o bastante, o garante dos direitos humanos” dos presos, zelando “por aquilo que a doutrina já denomina direitos públicos subjetivos do condenado”.²⁹

28. Ranulfo de Mello Freire, “Do valor probatório do inquérito policial”, *RBCCrim*, n. especial de lançamento. No particular, esta noção do papel do magistrado confere com o genérico e moderno entendimento sobre a legitimação democrática do Judiciário, cujos membros, de regra, não são eleitos. A legitimação material do Judiciário, no Estado Democrático, se dá pela aptidão à tutela dos direitos fundamentais do homem, como observa o magistrado italiano Salvatore Senese (cf. *Le Status du Juge, em anais do Seminario sobre la independencia judicial en Latinoamerica*, B. Aires, 1991). Para se legitimar democraticamente como agente público, no Estado Democrático, o juiz tem, sob este prisma, não usa missão cotidiana de conteúdo positivo — no sentido de ser aquele que condena, aquele que manda encarcerar —, mas, ao contrário, uma atividade de conteúdo mais fiscalizador da legalidade — declarando que a sanção requerida é possível naqueles limites e verificando a cada instante se o desenvolvimento da execução confere com os limites.

29. Cf. TACrimSP — 5.^a Câm. — HC 132.752 — rel. Adauto Suannes — j. 24.7.84.

4. Processo de execução jurisdicionalizado?

4.1 Lei e realidade

Bem fixado que as exigências constitucionais e legais são de um processo de execução da pena integralmente jurisdicionalizado, conclui-se serem essenciais a ele a observância de dois outros princípios que são a verdadeira expressão do devido processo legal: o contraditório e a ampla defesa.

Aí começam os problemas.

A tese que pretende levantar o presobacharel, referida no início deste trabalho, é mais complexa do que parece.

O Judiciário acaba refletindo sempre a generalização dos conceitos banalizados que o meio jurídico capta da sociedade. Tem-se um conflito entre a lei, que é boa, e a realidade de sua aplicação, burocratizada e banalizada, numa repetição infundável de conceitos que dela divergem e de há muito deveriam ter sido afastados.

Em artigo recente, Alberto Zacarias Toron procurou demonstrar como a prática judiciária penal é influenciada pelas condições sociais sob as quais se desenvolve o processo e, por isto, em nome de um maior ou menor rigor e eficiência do sistema punitivo, não raro se desprezam garantias de natureza processual.³⁰

30. Alberto Zacarias Toron, “O indevido processo legal, a ideologia da “law and order” e a falta de citação do réu preso para o interrogatório”, em *RT* 685/277. Com efeito, o fenômeno tem ocorrido entre nós, conforme anotam diversos autores, em virtude da disseminação da ideologia da “law and order”, de conteúdo francamente autoritário (cf. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1991; Maria Lúcia Karam, “A Fantasia do Sistema Penal”, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991; René Ariel Dotti, “Um Novo Direito Penal do Terror”, *Folha de S. Paulo*, 25.3.91).

No que tange ao processo criminal, ao devido processo legal para aplicação da pena, ainda há, até por força da tradição, na jurisprudência, certa resistência ao arbítrio com que as “agências executivas” — a expressão é do penalista argentino Eugênio Raúl Zaffaroni³¹ — querem transformar, para além dos limites da Constituição, a atividade repressiva. No caso, porém, da execução, até por ser recente o entendimento de que se trata de atividade jurisdicionalizada, nem isto ocorre. A jurisdição acaba sendo introduzida — e assim mesmo sem a eficácia que era de se esperar — episodicamente. E o contraditório e ampla defesa, na prática, ou não existem, ou são meras expressões formais, sem presença material, a justificar a repetição do arbítrio.

4.2 Instituição total?

A falta de atenção dos juristas-penalistas para com a execução da pena, a par de se vincular ao desenvolvimento estanque da teoria do delito, com seus preciosismos e alheamento à realidade, teve, certamente, conexão com o entendimento da prisão como uma instituição total, que realiza uma função aniquilante da pessoa humana, encarando o encarceramento como um rito de passagem, sem espaço para os direitos do preso, para o direito à divergência e para a ressocialização.³²

31. Em palestra na Faculdade de Direito da USP, em set./93, patrocinada pelo IBCCrim.

32. Cf. Alberto Silva Franco, *A Jurisdicionalização...*, ob. cit., p. 99. Tal concepção é responsável, por certo, pela situação em que foi lançado o sistema penitenciário brasileiro. Em 1984 já observava Paulo Sérgio Pinheiro que “as prisões, as penitenciárias, no Brasil se transformaram em escolas formadoras do crime. Ainda que as pesquisas oscilem quanto aos números precisos, seria realista dizer que mais da metade dos condenados egressos das prisões voltam ao crime. E seria de se espantar que assim não fosse. Não se pode esperar que

A disseminação leiga de tal entendimento ainda dá o tom aos procedimentos de verificação interna³³ quanto a faltas e quebra de disciplina ou aferição de méritos de detentos, que em verdade são entregues prontos ao Judiciário, para o exercício de uma jurisdição meramente formal e episódica.

Não se pode ignorar que a segregação é incompatível com a ressocialização.

Há entre nós ainda a tendência de se alijar o sistema penitenciário da sociedade, ilhando a população carcerária em um espaço físico. De um lado ficam os problemas sociais, de outro as inquietações do cárcere. Os problemas do encarceramento são coisas que se resolvem entre a própria administração e o preso, sem efetiva intervenção judicial.

cidadãos sejam reconstruídos dentro de um espaço de puro arbítrio, de esvaziamento de quaisquer direitos fundamentais, ou submetidos às imposições dos guardas de presídio, afinal os executantes da pena (“Escolas do Crime”, em *Retrato do Brasil*, v. 2, Ed. Política, 1984, p. 331).

33. Exemplos de sindicâncias esdrúxulas: a) aquela em que o Conselho Disciplinar da Casa de Detenção da Capital considerou ter certo detento incorrido em “falta disciplinar de natureza grave”, nos termos dos arts. 50, VI, c/c. o 39, II, da Lei 7.210/84, sancionando-o com “quinze dias de privação celular, com suspensão de todos os direitos, favores e benefícios gradativos; suspensão de regalias por 30 dias, a contar de sua liberação do Regime de Provação Celular”, porque “faltou com a verdade” (Exec. 315.489 da Vara das Execuções Criminais da Capital); b) aquela que um preso da Casa de Detenção de Parelheiros teve que responder porque “chutou a viatura e xingou os funcionários”, enquanto era transportado, reclamando da velocidade e condições de transporte (Exec. 254.461); c) outra em que o detento foi acusado de falta grave por ter sido apanhado com “três quilos de café” (Exec. 256.419). Aliás, para os internos da Casa de Detenção Professor Flaminio Fávero, “A mentira é punível com privação celular” (segundo a cláusula 12.ª dos Deveres para com a Ordem e Disciplina).

Sociedade e sistema penitenciário são duas pontas que não se tocam. Os vínculos do condenado com a sociedade são antecedentes (o crime e suas causas), persistentes (a vítima) ou concomitantes ao cumprimento da pena (o trabalho). Há que se refletir muito sobre o trabalho tendo em vista sua inserção no Estado capitalista, os interesses que o envolvem e as múltiplas formas — jurídicas, econômicas e sociais — de abordá-lo.³⁴

O histórico desprezo das autoridades pelas condições objetivas de encarceramento digno, o tratamento desumano e a crescente corrupção de agentes despreparados, envolvidos no tráfico de drogas, armas e influência para alimentar as quadrilhas internas que o iníquo sistema de injustiças favorece têm provocado inúmeras rebeliões, violência reativa e promiscuidade.

Às vésperas das eleições municipais de 1992, um verdadeiro massacre de presos pela PM, absurdamente autorizada a invadir a Casa de Detenção tomou as manchetes dos jornais no mundo inteiro. A maior carnificina jamais vista em um presídio nada mais foi do que resultante de uma equivocada política criminal adotada pelo governo paulista: Ideologia de segurança nacional reeditada como ideologia de segurança pública, vinculada ao movimento da Lei e Ordem. Uma política criminal e penitenciária que, além de ignorar a sutil violência oficial decorrente do perverso modelo econômico, identificando a violência na exclusiva ação dos marginalizados sociais, dá ênfase ao aspecto

retributivo da pena, à severidade da punição e ao controle administrativo — não judicial — da execução.

A tal realidade, evidentemente, o Judiciário está alheio, embora a Lei de Execução proclame, em seu art. 66, VII e VIII, serem incumbências do juiz da execução “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” e “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei”.

Como falar, então, de execução penal jurisdicionalizada?

Aos presos, depois das espantosas cenas da referida chacina, a palavra “execução” soa mesmo sinistra.

O sistema penitenciário já vem sendo usado como clássico exemplo de certa função negativa que o direito vem adquirindo. Sob uma análise estruturalista do direito — encarado como controle social — se descobriu, agora em análise funcional, que além de ter perdido parte desta função — hoje os meios de comunicação parecem usurpar este controle anteriormente concentrado no Estado —, ele já chega a exercer funções negativas. De fato, tendo em vista a disparidade custo-benefício e o efeito contrário que o transformou de recuperador de criminosos em verdadeira escola de crime, tem-se no sistema penitenciário brasileiro um belo exemplo do direito exercendo funções negativas e desestabilizantes.

4.3 Centralização de controles

A burocratização e a questionável regulação conduzem o cerceamento do desenvolvimento natural e democrático da jurisdição no Brasil.

Os riscos de divergência de entendimentos — desta dialética se constrói a

34. Cf. Rui Carlos Machado Alvim, *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*, Atlas, 1991. Outrossim, como adverte Maria Lúcia Karam, “um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela” (“Algumas notas sobre penas e prisões”, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, p. 177).

jurisprudência! — em questões fundamentais ao Estado não justificam tomar-se como atividade administrativa o que é essencialmente jurisdicional.

No entanto, equivocada concepção de unidade tem dado margem a que se submeta grande número de magistrados ao sistema de designações, que podem cessar a qualquer tempo. Enquadram-se, em São Paulo, nisto toda a jurisdição sobre a legalidade das prisões afeta à Vara das Execuções Criminais, que há quase uma década não é provida e foi transformada num departamento submetido à orientação centralizada da cúpula do Tribunal de Justiça.³⁵

Esta realidade dissemina um certo entedimento de que, mais do que garante da legalidade, o Judiciário quer ser um colaborador do Estado-Administração, servindo como uma espécie de linha auxiliar na gestão da tão complexa questão penitenciária. E despreza que só

35. Justamente por causa de tal realidade, dentre as diversas conclusões tomadas na Reunião Temática sobre Execuções Criminais, realizada pela *Associação Juizes para a Democracia* em 9.8.94, em S. Paulo, com participação de diversos juízes com atuação passada e presente na área, bem como de procuradores do estado que lidam com a questão penitenciária, a de número 3 tem o seguinte enunciado: "O provimento do cargo de juiz das execuções criminais na Capital deve ocorrer nos termos do artigo 93, II, da Constituição Federal". Justificativa: "Cuida de se dar atendimento ao princípio do juiz natural, em benefício do jurisdicionado". De se acrescentar que este controle interno verticalizado, pela cúpula do Judiciário, que interfere na jurisdição de forma não natural (porque não recursal), também estão sujeitas outras atividades, como a essencialmente jurisdicional de arquivamento de inquéritos a requerimento do MP, que é feito em São Paulo pela Divisão de Inquéritos Policiais (DIPO), onde atuam apenas juízes designados pelo Tribunal de Justiça, não havendo juiz titular (cf. Dyrceu A. D. Cintra Jr. e Carlos H. M. Trevisan, "*Controle Externo do Poder Judiciário*", em RT 693/37).

está a salvo de pressões para o exercício consciente e sereno de seu ofício, com total independência e sem controle que não seja o derivado da própria atividade recursal, o juiz que não possa ser afastado de onde exerce sua jurisdição por critérios de conveniência administrativa.

4.4 Contraditório e ampla defesa

As garantias decorrentes de uma execução da pena sujeita aos princípios constitucionais mencionados impõem um contraditório formado, à evidência, no processo judicial e não transportadas para ele formalmente, extraídas de procedimentos administrativos internos feitos por uma das partes interessadas na execução, ou seja, o Estado-Administração, por meio do sistema penitenciário e sua burocracia interna.

Dá-se, em verdade, tom meramente formal à ampla defesa e ao contraditório. Ignora-se que a jurisdição implica sempre um certo conhecimento investigativo do caso concreto, com todas as suas particularidades, o que é incompatível com a adoção de critérios preestabelecidos sobre os quais se julga. Em suma, na mecânica repetição de atos, a real face de muitos conflitos entre o Estado-Administração e o preso não é conhecida, mantendo-se o juiz, frequentemente, num mundo de conflitos idealizados pelo preconceito contra o condenado, especialmente se ele não se submete docilmente às regras do presídio, exercitando seu direito à divergência, que existe.³⁶

36. Anabela Miranda Rodrigues escreve que o sistema prisional, perseguindo a finalidade de reinserção social, não pode exigir que "o indivíduo assuma como próprios o modelo social e os valores. O que se tem em vista é apenas torná-lo capaz — criando-lhe disposição interior neste sentido — em qualquer caso, de não cometer crimes, facultando-lhe, para isto, os meios necessários e adequados" (A

Neste passo, é conveniente lembrar que durante a execução o encarcerado, na prática, sofre uma série de castigos como segregação e privação da fruição de certas atividades, sem qualquer controle jurisdicional. As sanções disciplinares de ordem corporal, como a segregação celular, chega a ser incompatível com a sistemática, em face das diretrizes traçadas pelo art. 38 do CP e pelo art. 1.º da Lei 7.210/84.

A restrição e suspensão de direitos (art. 41, parágrafo único) — que atingem direitos de suma importância para a finalidade básica de reinserção social do condenado como o contato com a família e com os meios de informação ou uma racional proporcionalidade entre trabalho, descanso e recreação — atribuída ao diretor do estabelecimento, não passam pelo crivo jurisdicional, como regra.

Será que basta, para que se tenha um processo penal jurisdicionalizado, a mera possibilidade do preso inaugurar um procedimento judicial episódico para enfrentar possível lesão de direito decorrente do abuso de autoridade, tão comum nos cárceres?

A prática de falta grave (art. 50 da LEP) implica graves consequências para o condenado a pena privativa de liberdade, tais como a regressão de regime (art. 118), revogação de autorização de saída (art. 125) ou perda do direito ao tempo remido (art. 127). Entretanto, a ocorrência dela é apurada sem a intermediação do juiz, pelo diretor do

posição jurídica, ob. cit., p. 125). O “bom recluso”, como o considerará uma instituição total, que realiza uma função aniquilante da pessoa humana que há no preso — que tem virtudes e defeitos — será certamente aquele que reincidirá no crime; o outro, que não se enquadra, que reclama, por certo conservará consigo um resto de pessoa humana e terá maiores condições de sobreviver fora do presídio.

presídio. O juiz toma conhecimento posterior do fato consumado, apenas para os efeitos previstos em lei.

Isto também ocorre na vulgarmente denominada regressão cautelar: após simples formalidades administrativas, o preso que estava em regime semi-aberto é transferido para o regime fechado.³⁷

Pode-se perguntar: estão garantidos os direitos ao contraditório e ampla defesa neste particular?

4.5 Direito de defesa — oitiva do condenado

O equacionamento necessário entre as razões do preso e as razões do sistema não prescinde da oitiva prévia do condenado.

O direito do sentenciado de ser ouvido emerge, num primeiro plano do art. 2.º da LEP, que determina que a jurisdicionalização do processo executório se dê não apenas na conformidade com os preceitos daquele diploma, mas, também, com os do Código de Processo Penal.

Reafirma-se com a disposição do art. 196 da lei citada, que manda que se ouça “o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida”. Note-se que a lei não fala em oitiva da defesa ou do defensor — que é também necessária para garantia do princípio da ampla defesa —, mas do condenado, não deixando margem a dúvidas sobre seu conteúdo.

E está presente, expressamente, em vários pontos da lei, para casos específicos em que o legislador ressaltou a necessidade, como o de regressão de regime de pena (art. 118, § 2.º) ou de

37. Conclusão 10 da Reunião Temática sobre Execuções Criminais, realizada pela Associação Juízes para a Democracia: “A apuração de falta grave imputada ao sentenciado deve ser feita em procedimento que obedeça os princípios constitucionais do devido processo legal e ampla defesa”.

modificação das condições do livramento condicional (art. 144).

Em cada questão posta ao juiz da execução, pois, deve ser ouvido o sentenciado, antes da decisão.

Cuida-se, no dizer de Rui Machado Alvim, de “elevar o direito de audiência à categoria de direito processual independente, colocado ao lado da defesa técnica, cada qual a representar um meio de defesa insubstituível, à medida que centrados em perspectivas diversas e complementares: o defensor, na elaboração dos aspectos técnico-jurídicos, e o ouvido, na revelação de suas razões pessoais, com frequência insuscetíveis de serem enfeixadas nas comportas da neutra juridicidade”.³⁸

Não obstante, há jurisprudência que ainda resiste a tal necessidade, manifestando-se desfavoravelmente à oitiva prévia do sentenciado, especialmente em casos de revogação de benefícios como o *sursis* ou a prisão albergue.³⁹

4.6 Direito à defesa técnica

Outro ponto em que o desrespeito à ampla defesa é evidenciado é o relativo à defesa técnica.

Esta é necessária para que valham em sua plenitude as garantias do contraditório e ampla defesa. Só assim se poderá dizer que de fato se trata de devido processo legal, jurisdicionalizado. E a exigência decorre expressamente da

conjugação do que dispõem os arts. 2.º da LEP e 261 do CPP.

Com frequência se invoca a ordem pública, para negar o direito à defesa técnica, o que faz lembrar que a expressão — ainda quando utilizada pelo próprio legislador — tem sido apontada como um recurso retórico, a permitir a introdução de conteúdos axiológicos, dando ao juiz amplo e inconveniente poder discricionário. Antonio Alberto Machado ressalta o conteúdo ideológico do enunciado ao comentar seu uso no caso do art. 312 do CPP, com base na qual a pretexto de assegurar a imagem e a credibilidade da justiça, se decreta prisão de pessoas que, numa visão maniqueísta da realidade social, são identificadas não com o lado da ordem, do bem e da moralidade (pessoas que gozam de dignidade, casa, remuneração condigna, saúde, escola e outros bens), mas com a desordem pública, a marginalia (pessoas excluídas da participação social, da fruição dos bens e das riquezas que produzem).⁴⁰

38. Rui Carlos Machado Alvim, “O Direito de Audiência na execução penal — Uma tentativa de sua apreensão”, RT 636/257.

39. Dentre outros, elencados por Rui Machado Alvim (em *O Direito...*, art. cit.): “Prisão albergue domiciliar — Beneficiário autuado em flagrante por roubo cometido durante o benefício — Revogação, independentemente de prévia audiência — Admissibilidade — ‘Writ’ denegado — Voto vencido (TACrimSP — HC 135.556-9 — 5.ª Câ. — rel. Carmona Morales — em *JUTACRIM* 85/67).

40. Antonio Alberto Machado, *Prisão Preventiva*, Acadêmica, 1993, p. 61. No mesmo sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de Inocência e prisão cautelar*, RT, 1991, pp. 66-68. Exemplo de julgado que utiliza tal conceito, um tanto expressivamente, em caso de sindicância para apuração de falta grave, foi publicado no *Boletim AASP* 1.865/303: “... Afirmar-se que eventual apuração de falta disciplinar, ocorrida no âmbito interno de estabelecimentos prisionais, requer a assistência de advogado e respectiva defesa técnica, com a devida ‘venia’, não tem fomento jurídico, muito menos resguarda a ordem pública. Perante a autoridade administrativa, com incumbência de exercer o poder disciplinar em Cadeias e Presídios (artigo 47 da LEP), a garantia da ampla defesa não assume, nem pode assumir, o caráter de contencioso judicialiforme. A entender-se desse modo, com efeito, não mais haverá Cadeias e Presídios, senão Juízos e Pretórios, quando não Hotéis e Hospedarias. Como quer que seja, o exercício

Aplicado à execução penal, o fluido conceito de ordem pública é por vezes utilizado para equacionar juridicamente a opção administrativista, dando margem a que os direitos do preso (submetido à execução) percam em face dos interesses da Administração (o sistema que o submete).

Recentemente, em São Paulo, a necessidade de defesa técnica tem sido cobrada, havendo casos de anulação de algumas sindicâncias onde não havia sido ela garantida, inclusive a requerimento do Ministério Público.⁴¹

da ampla defesa nos procedimentos administrativos para apuração de faltas disciplinares, no âmbito dos Presídios, não só prescinde da nomeação de advogado ou defensor ao imputado faltoso, como até mesmo se afigura tal providência (assim levada a tal extremo) como incompatível com a ordem e o interesse público, contra os quais a garantia da ampla defesa não poderá se sobrepor, mas sim compatibilizar-se" (cf. TACrimSP — 8.ª Câm. — AE 855.927-2 — rel. juiz S. C. Garcia — j. 3.3.94).

41. Isto ocorreu, por exemplo, no processo de execução 315.489 do Juízo da Vara das Execuções Criminais da Capital (*DECRIM 7*): a requerimento do Ministério Público, foi determinado o refazimento do procedimento administrativo no qual, sem defesa técnica, o sentenciado havia sido considerado incurso em falta disciplinar grave, por ter "faltado com a verdade". De outra parte, o Promotor de Justiça Coordenador da Promotoria de Justiça de Execuções Criminais solicitou, em ofício recente, os diretores de presídios tomem providências para que sejam "adotadas providências para a nomeação de defesa técnica em favor dos sentenciados, em todos os procedimentos administrativos (Sindicâncias) instauradas para apuração de faltas disciplinares, ante a previsões dos arts. 5.º, LV, da CF, 143 da CE, e 55, da Lei 7.210/84" (ofício 160/94 — PJEx.Cr., de 13.10.94). A indispensabilidade da defesa técnica, outrossim, já era afirmada pela Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária desde muito antes (MEMO CJ 11/93 da Consultoria Jurídica à Chefia de Gabinete da Secretaria, em 10.5.93).

4.7 Controle Administrativo

A liberdade com que atuam os órgãos administrativos vinculados ao Executivo — como a COESPE em São Paulo —, nem sempre respeitando o comando emergente da sentença quanto ao regime imposto, sob afirmativa de falta de vaga, tem sido outro fator de desprezo ao princípio da legalidade da execução.⁴²

Diversos julgados têm garantido o direito do sentenciado de não ser submetido a regime mais severo que o que lhe foi imposto.

Mas muitas vezes os juízos de execução — rompendo com a função garantidora dos direitos fundamentais que legitima o Judiciário materialmente no Estado Democrático de Direito — tem tolerado que o preso, embora já tenha direito reconhecido ao regime semi-aberto, permaneça no regime fechado aguardando vaga. Deveria, por óbvio, ser garantido o regime albergue excepcional para que não houvesse constrangimento. O número de acórdãos apreciando questões deste tipo dá conta da frequência com que o direito dos presos à efetiva progressão de regimes é violado.⁴³

42. Conclusão 4 da Reunião Temática sobre Execuções Criminais realizada pela *Juízes para a Democracia*: "O controle de vagas nos presídios de quaisquer regimes deve ser feito pelo Tribunal de Justiça, à semelhança do que ocorre em relação às vagas na Febem nos termos do Provimento 489/92". Conclusão 5 do mesmo grupo: "Os dados relativos a vagas e movimentação de presos, bem como de progressões de regimes, devem ser publicados mensalmente pela imprensa oficial".

43. Sobre o uso do *habeas corpus* para fazer cessar constrangimento ilegal ao preso que aguarda vaga em regime mais severo que o determinado, vide acórdão do STJ: "Não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. É o comando da Constituição da República. O Código Penal (norma meramente declaratória) dispõe que: o

4.8 Penas ilícitas

O tratamento por pessoal não especializado, com poucas noções humanistas, que impõe ao preso muitas vezes, pequenas penas diárias a que ele não está sujeito e que nada têm a ver com a sentença. Tudo isto escapa à jurisdição, que se atém a aspectos mais formais.⁴⁴

O princípio da humanidade da pena foi introduzido no Direito Penal a partir do iluminismo, com os escritos de Beccaria e Pietro Verri. Chegou-se logo à fórmula de que o Estado, de maneira impessoal, sem sentimento de vingança, pode reprimir e punir com dignidade e

preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (art. 38). A sanção penal é aplicada restritivamente. Assim, se o Estado não implantou as condições para a execução da sentença, não pode, por isso, impor que ao condenado que o faça em espécie mais grave (STJ — RHC 2.3136/RJ — 6.ª T. — rel. Min. Vicente Cernicchiaro — j. 15.12.92 — em *RBCCrim* 71/224). No mesmo sentido, acórdãos em RT 613/318, 645/285, 669/371, 667/378 e 679/332; RJTJSP (JTJ) 103/504, 118/554 e 142/367; JUTACRIM 94/580; RSTJ 9/126. Mas há julgados que entendem não haver constrangimento ilegal quando a remoção foi determinada pelo juiz porque a “concretização da providência fica a cargo do COESPE, na dependência de vaga, a obedecendo ao critério cronológico” (TJSP — HC 149.160-3 — 6.ª Câmara. — rel. Des. Nelson Fonseca — JTJ 148/303).

44. Paulo Sérgio Pinheiro já observou que “a pena dada pelo juiz nada ou pouco tem a ver com o seu cumprimento. Os prisioneiros estão ao bel dispor de pequenas autoridades administrativas, um tribunal interno das penitenciárias, sem regras fixas, sem defesa, que por um sim ou por um não “condena” os internos a isolamentos e castigos físicos. As humilhações são estendidas às famílias dos criminosos, submetidas a vexações que contribuem para agravar o isolamento do preso, objetivo máximo do sistema penitenciário” (“Escolas do Crime”, em *Retrato do Brasil*, v 2/331, ed. Política, 1984).

respeito ao acusado. Modernamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, estabelece limitações ao poder de punir. Impõe normas não apenas para a formação de culpa como para a execução da pena (art. 5.º). Sem contar que todo preso está também sujeito às Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, aprovado pela ONU em 1955.

O direito brasileiro a elas se conformou ao editar diversas garantias constitucionais e a Lei 7.210/84. A ordem constitucional garante o “respeito à integridade física e moral do preso” (art. 5.º, XLIX) e que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5.º, III). A Lei de Execução Penal prevê uma série de regras para o encarceramento digno, tanto no que diz respeito às condições dos estabelecimentos penais (arts. 82 e ss.) quanto no que se refere às assistências a que o preso tem direito (arts. 10 e ss.).

Apesar de banidas da legislação, as penas infamantes e castigos extralegais são impostos aos presos. Para coibir tais abusos, lembra José Eduardo Goulart — fazendo menção a memorável discurso do juiz José Gaspar Gonzaga Franceschini proferiu ao receber na OAB/SP o Prêmio Franz de Castro Holzart — que “a vigilância constante por parte das autoridades responsáveis e, ainda, a imediata reformulação da legislação acerca do abuso de autoridade”.⁴⁵ Tais autoridades, acrescenta-se, são as do Poder Judiciário, a quem cumpre cobrar a legalidade do encarceramento (art. 66, VI, VII e VIII, da LEP).

5. Conclusão

Se todo encarceramento é hoje fundado no princípio da legalidade e a execução penal é jurisdicionalizada, este mergulho na ilegalidade em que se acha

45. José Eduardo Goulart, ob. cit., p. 110.

o sistema — do encarceramento a qualquer custo em nome de uma pretensa proteção da sociedade, até mesmo em cadeias públicas, sem mínimas condições de dignidade humana —, a demandar providências jurisdicionais, se dá por tolerância das instituições que devem zelar pela legalidade, especialmente Judiciário e Ministério Público.

Não se pode falar de execução penal efetivamente jurisdicionalizada se a realidade é esta.

O problema mereceria reflexão maior, especialmente do Judiciário. Se a adequação do sistema penitenciário às determinações legais depende, no âmbito do Executivo, de vontade política e recursos, no Judiciário basta que se aplique a Constituição e as leis do país e o *habeas corpus* é remédio eficaz para cobrança da legalidade.

Está claro que a maior parte das reformas não prescinde da mudança de mentalidade. A formação tecnicista das carreiras jurídicas muito têm deformado a visão dos operadores do direito que nem sempre se pautam por uma noção teleológica, global e interdisciplinar do fenômeno jurídico. Especialmente no

Judiciário, é preciso trabalhar pela conscientização de que da efetividade dos direitos consagrados em lei — sobretudo dos princípios constitucionais — depende a conquista da democracia real. Mas cobrando legalidade no encarceramento — e jurisdicionalizando no dia-a-dia de sua atuação a execução das penas — estarão os juízes, no mínimo, provocando a Administração a adotar uma política séria de construção de presídios e adequação deles às exigências mínimas compatíveis com a dignidade do homem preso. Estarão também mostrando à sociedade que ela deve se mover por pressão legítima.

Afinal, como já se disse, o papel do juiz é só este; e não é pequeno.

A atuação formal e ineficaz que constitui a regra nos juízos de execução lembra a frase estampada no pórtico do gabinete de um Secretário de Estado de Minas, evocada por Ranulfo de Mello Freire em artigo recente: "Não basta despachar o papel, é preciso resolver o problema".⁴⁶

46. Ranulfo de Mello Freire, em art. na *RBCCrim* 4/158, out.-dez./93.

3 — DOUTRINA NACIONAL

CONTROLE E REAÇÃO SOCIAL EM RELAÇÃO À EMPRESA NO NOVO PROJETO DE NOVA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO¹

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JUNIOR²

As empresas, tal como os indivíduos, estão submetidos ao controle social. Este desenvolve-se, dentre muitas outras, através das diversas regras relativas à constituição, desenvolvimento e morte da empresa; relativas à intervenção do Estado no domínio econômico; relativas ao controle de produção, distribuição e consumo de produtos; relativas ao controle de preços e, principalmente pelas normas constantes do Direito Penal Econômico.

O Projeto de Nova Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que será encaminhado ao Congresso Nacional ainda

este ano de 1994, de cuja elaboração tivemos a honra de participar, pretende unificar em um Título toda a matéria relativa aos "Crimes Contra a Ordem Econômica". Por isso, define as seguintes categorias de ilícitos, que entende violam a "Ordem Econômica": crimes contra a dignidade, liberdade, segurança e higiene do trabalho; crimes de abuso do poder econômico, contra a livre concorrência, a economia popular e as relações de consumo; crimes falimentares; crimes contra o ordenamento urbano; crimes contra os sistemas de processamento e comunicação de dados; crimes contra o sistema financeiro; crimes fiscais, e crimes cambiais.

Nesse Projeto, a reação social ao crime cometido contra, por meio ou no interesse da empresa foi por nos estruturada segundo os fundamentos que se seguem.

A função de melhora ou de ressocialização, que outrora foi a importante novidade da ciência penal, exigindo longos anos de privação de liberdade para que, nos estabelecimentos sociais terapêuticos, se pudesse operar a transformação do criminoso, hoje, num movimento iniciado nos Estados Unidos e na Escandinávia, nas palavras de Palazzo,³ "viu desaparecer as suas

1. Estudo elaborado para o Congresso Internacional CIRGIS: "Imprese Societarie, Controlli Pubblici e Privati e Pubblicità Legale: Analisi e Prosposte per L'Integrazione Europea", Milão, 7/8/9/10, jul. 1994.

2. João Marcello de Araujo Junior é Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e de Criminologia da F.B.C.J. Dr. Honores Causas da Universidade Inca Garcilaso de la Vega, Lima (Peru). Professor Convidado, Universidade de Pau (França). Membro do Conselho de Administração do Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Siracusa (Itália). Secretária-Geral Adjunto da Associação Internacional de Direito Penal AIDP, Paris (França). Membro del Conselho Internacional do CIRGIS, Milão (Itália). Presidente do Instituto Superior Ibero-Americano de Estudos Criminais, Valença (Brasil). Membro do Conselho Científico do ILANUD (Costa Rica). Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Penal Studies, Miami (USA).

3. Francesco Palazzo, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1989, p. 61.

certezas e esfumar-se o seu entusiasmo, tanto no terreno dos princípios quanto no da aplicação prática". Era o fim da ideologia do tratamento com seu mito médico.

Hoje a preocupação científica não está mais centrada na ressocialização forçada do homem criminoso, mas sim em evitar a sua "dessocialização". São tantos os efeitos perversos das penas privativas de liberdade e dos sistemas penitenciários, que a política criminal moderna recomenda um amplo programa de descriminalização e de despenalização, para minimizá-los.⁴

A função de garantia, que se caracteriza pelo efeito de contenção do impulso criminoso exercido pela pena sobre os autores socialmente integrados, por sua vez deixou de exigir para sua eficácia, o emprego de penas longas. A condição de indivíduos socialmente integrados dos autores de certas classes de delitos recomenda a utilização de penas de menor duração conexas, como ensinava Zipf⁵ a "um breve processo penal escassamente traumatizante". Isso deverá ocorrer, especialmente em matéria de Direito Penal Econômico, do Trânsito e do Meio Ambiente. No mesmo sentido da lição do ex-professor de Salzburg⁶ são os ensinamentos de

Jescheck,⁷ para quem, nessas áreas da criminalidade, as penas de curta duração serão eficazes, em razão do seu forte efeito intimidativo sobre pessoas socialmente integradas.

O custo social do afastamento longo do indivíduo do convívio comunitário é tão grande, que fez com que a função de segurança da pena também perdesse muito de seu antigo vigor. Tanto isso é verdade, que até nos Estados Unidos, berço da pena indeterminada, essa forma de punir vem perdendo espaço para as condenações por tempo certo.

As tendências do pensamento criminal do nosso tempo, no terreno de que estamos nos ocupando, podem ser assim resumidas: em primeiro lugar é generalizada a descrença na capacidade do sistema de justiça penal eliminar a criminalidade⁸ pois, acredita-se que o sistema penal possua eficácia muito pequena, como instância formal de controle social. Em segundo lugar, embora a pena continue a ser aquele processo de diálogo a que se refere Ariel Dotti,⁹ não mais se confia no seu efeito ressocializador forçado. Em terceiro lugar, as investigações atuais demonstraram a inutilidade dos movimentos de lei e ordem, que preconizam a intimidação exercida através da ameaça penal violenta, na qual aparecem como carro-chefe as penas privativas de liberdade de longa duração. Por último, entende-se que o Direito Penal não é único, nem muito menos o melhor instrumento de combate à criminalida-

4. João Marcello de Araujo Junior, "Los Grandes Movimientos Actuales de Política Criminal" in *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, n. 8, 1988, pp. 11 e ss.

5. Heinz Zipf, "Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena — de la prevención especial y de la prevención general" in *Estudios sobre la reforma penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, pp. 85 e ss.

6. Heinz Zipf nasceu em 1939 e faleceu no dia 4.11.92. Realizou seus estudos jurídicos na Universidade de Munique. De 1971 a 1974 foi professor na Universidade de Mannheim. A partir de 1974 passou a lecionar Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia na Universidade de Salzburg. Foi o continuador do pensamento de Maurach.

7. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, Parte General, Barcelona, Bosch, 1981, p. 1066.

8. Inkeri Anttila, "La ideología del control del delito en Escandinavia, tendencias actuales" in *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 28, 1986, p. 145.

9. René Ariel Dotti, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, Saraiva, S. Paulo, 1980, pp. 76/77.

de, devendo, face ao custo social da sua execução, ser a *ultima ratio* do sistema de defesa social.¹⁰

A decisiva tendência do momento atual é no sentido de tornar o sistema penal menos cruel, uma vez que estamos convencidos de que, num Estado Democrático de Direito o efeito esperado com a imposição de penas deve ser alcançado com o menor sacrifício possível para os indivíduos. O custo do sofrimento do homem, com a perda de sua liberdade, é extremamente alto, devendo, por isso, tanto quanto possível, ser evitado ou minorado.

Essas concepções acerca das funções da pena podem ser aplicadas aos crimes econômicos previstos no Título que elaboramos.

O nosso Direito Penal, desde as suas bases constitucionais, adota a idéia da proteção a bens e interesses jurídicos. É verdade que de forma fragmentária, mas isso não invalida a função de segurança da pena. É necessário dizer também, que nunca consagramos a extremada ideologia do tratamento, tanto assim que não chegamos a conhecer os estabelecimentos sociais terapêuticos. Ao contrário, hoje nossa lei de execução penal obriga apenas, a que sejam colocados à disposição do condenado os meios necessários a proporcionar-lhe as condições de harmônica integração social.¹¹ A integração social há de ser espontânea, o que importa dizer, que ao condenado é garantido o direito de ser diferente. A função de segurança da pena está presente. Somente no que se refere à função

de garantia é que o nosso Direito Penal Econômico não se encontra bem ajustado às novas tendências.

A legislação econômica vigente, por exemplo a lei que prevê crimes contra o sistema financeiro nacional, ignorou toda a elaboração doutrinária até aqui exposta. A lei assumiu uma posição puramente retributiva, voltada para a prevenção geral por intermédio das penas privativas de liberdade de longa duração. Tanto é assim, que as penas cominadas são severíssimas.¹²

Para visualizarmos o que acabamos de dizer, cumpre lembrar que a menor pena cominada na Lei 7.492/86 varia de um a quatro anos e a mais grave, prevista para o crime de gestão fraudulenta, é de reclusão de 3 a 12 anos.

O critério da lei atual é inteiramente inaceitável, por colidir frontalmente com o moderno conceito de função de garantia da pena.

A falta de ajustamento da lei ao pensamento do seu tempo conduz inexoravelmente à sua não-aplicação e, conseqüentemente à impunidade.¹³ Para que as leis penais sejam eficazes é indispensável que, além de expressarem o pen-

12. René Ariel Dotti, *Reforma Penal Brasileira*, Forense, Rio, 1988, p. 404, leciona no sentido de que à pena, "sem perder a natureza retributiva que modela a sua essência", "busca prevenir também o delito sob a base do aprimoramento ético da personalidade humana em todos os campos de criação e participação".

13. Manoel Pedro Pimentel, "Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional", conferência pronunciada no Seminário sobre Mercado de Capitais para a Magistratura e Ministério Público, organizado pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores, s/d, p. 5, (mimeo.), assim se expressava: "Nossa impressão pessoal, que não discrepa da opinião da maioria dos especialistas, é no sentido de que esta lei, pelos seus defeitos e imperfeições, não aprimorou a disciplina repressiva dos crimes contra a ordem econômica, e que continuará a prevalecer a impunidade..."

10. Marino Barbero Santos, "La Défense Sociale trente ans après" in *Cahiers de Défense Sociale*, 1986, p. 27. Também: "La Defensa Social, treinta años después" in *Ciência Jurídica*, ed. Especial, III, Bahia, p. 406. No mesmo sentido Jescheck, "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal", na mesma Revista, p. 358.

11. Art. 1.º da Lei de Execução Penal.

samento da época, correspondam a uma real necessidade punitiva em relação aos seus violadores.¹⁴ A pena cominada deve atender à proteção do bem jurídico, à justa retribuição pela conduta depravada do autor e à sua necessidade de ressocialização. Examinaremos rapidamente este último aspecto.

Já em 1940, Sutherland¹⁵ indigitava a existência de crimes que eram cometidos por “pessoas de consideração e elevado status social na esfera de sua profissão”. A esse tipo de autor denominou “criminoso do colarinho branco”.

Senão todos, pelo menos a grande maioria dos crimes econômicos são praticados por indivíduos que, em razão de seus negócios possuem uma especial habilidade no trato da sempre crescente complexidade da vida econômica. Os autores de delitos econômicos são homens que, em geral, pertencem às classes sociais mais poderosas, que desfrutam de boa estima pública, que exercem atividades reputadas importantes e, como lembra Fernandez Albor,¹⁶ quase sempre

não consideram suas condutas como criminosas, mas, sim, como “simples negócios”. São pessoas socialmente ajustadas, que possuem aquela “... especial destreza para os negócios...” a que se referiu Lampe¹⁷ e, por isso, aproveitam-se das disfunções do sistema econômico para obter lucros extraordinários, pondo em risco a confiança e a segurança da ordem econômica,¹⁸ em suma, a “ordem pública econômica”.^{18a}

As condutas criminosas praticadas no contexto das atividades da vida dos negócios revelam em seus autores, um profundo desprezo pela ordem jurídica.

O delinquente econômico não é um marginalizado social, um desvalido da sorte, que precisa buscar no crime a satisfação de necessidades primárias. Por isso sua conduta revela, como dissemos, um extraordinário desdém pela ordem jurídica. A essa atitude interior do agente contrapõe-se intensa reprovação social, que exige e justifica severidade na resposta penal. Esta, a despeito da gravidade e reprovabilidade da ofensa, não deve ser emocional. É exatamente em crimes como os econômicos, que o legislador precisa ter idéias claras quanto ao equilíbrio entre a pena e o crime, fazendo com isso que a lei penal tenha mais eficácia.

A severidade da resposta social ao delito econômico, entretanto, não deve

14. A inexistência de proporcionalidade entre o fato criminoso e a pena revela, na expressão de Piermaria Corso, um verdadeiro “estado de esquizofrenia legislativa”, in “Repressione penale della criminalità economico-finanziaria: garanzie irrinunciabili” in *Nuove Forme di Criminalità Economica e Finanziaria: Sanzioni e Garanzie, Il Fisco*, Roma/Milano, 1989, p. 43.

15. Edwin H. Sutherland, “The White-Collar Criminal”, in *American Sociological Review*, 1940, idem: “White-Collar Crime”, Nova Iorque, 1949. A versão original do livro de Sutherland, que em primeira edição foi censurada pelo editor e pela Universidade de Indiana, foi publicada em 1983, por Gilbert Gies e Collin Goff. Sobre o pouco conhecido episódio da censura, veja-se Marino Barbero Santos na apresentação da obra coletiva *La Reforma Penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 15.

16. A. Fernandez Albor, *Estudios sobre criminalidad económica*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 21.

17. Ernest-Joachim Lampe, “La protección jurídico-penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código Penal español de 1983”, in Barbero Santos (ed.) *La Reforma Penal: Delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 365.

18. Günter Kaiser, “La criminalidad económica y la forma de combatirla” in Barbero Santos (ed.), *La Reforma Penal: Delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 175.

18a. J. Vervaele, “Fraudes Communautaires et sauvegarde du Droit Communautaire: vers un Droit Pénal européen des affaires?” in *Déviance et Société*, v. 18, n. 2, 1994, p. 201.

se expressar através de penas privativas de liberdade de longa duração, pois a experiência da lei atual revelou que elas não funcionam.

Para homens socialmente ajustados, que desprezam arrogantemente a ordem jurídica, o rigor da pena não deve se caracterizar pela quantidade de anos de privação de liberdade, mas sim, pela forma de sua execução. O criminoso econômico por ser um indivíduo ajustado à sociedade em que vive, tanto assim que se aproveita das disfunções de seu sistema para delinquir, não necessita de especial tratamento ressocializador, por isso as penas longas não lhe são adequadas. Para ele a pena privativa de liberdade deverá ser de curta duração, porém inexorável.

A reação social em relação a essas pessoas, portanto, há de ter caráter marcadamente retributivo e não de "tratamento".

Não existe nenhuma contradição entre o que acabamos de afirmar e todo o restante do nosso pensamento contrário à posição neoclássica retributiva-punitiva, pois não estamos no campo da criminalidade tradicional. No Direito Penal Econômico deparamo-nos com um tipo especial de autor e, além disso, para ele estamos recomendando penas de curta duração, cuja fundamentação não pode ser outra.

Por isso, estamos sugerindo a adoção de um sistema punitivo especial. Aliás, um dos objetivos principais da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal é, exatamente, a procura de um novo sistema de sanções.

Como ensina Tiedemann,¹⁹ de um ponto de vista metodológico, as sanções

para os delitos econômicos, segundo os diversos sistemas jurídicos existentes, podem ser sintetizados em dois grupos. O primeiro é composto pelos Países que estabelecem para tais crimes um pequeno número de sanções. O outro é formado pelos que estabelecem diversos tipos de penas.

No primeiro grupo, ao qual pertence a Alemanha, as penas aplicáveis aos delitos econômicos são quase exclusivamente privativas de liberdade, além da multa. A prisão, executada em regime fechado é reservada para os delitos mais graves. No segundo grupo, no qual se destaca a legislação dos Estados Unidos, existe um conjunto de medidas repressivas, sobressaindo a pena privativa de liberdade de curta duração, executada em regime fechado, sem direito a *sursis*, para os casos mais graves. Trata-se do sistema dos "3 S", ou seja, o do *Short, Sharp, Shock*.

Sugerimos a adoção deste último sistema que, além de nos Estados Unidos, vigora no Japão, em diversos países da Europa e é recomendado pelo Conselho da Europa.²⁰

Aos crimes econômicos deverão ser impostas penas privativas de liberdade de curta duração, porém inexoráveis. Em relação a elas não será admitida a substituição pela multa ou pelas penas restritivas de direitos, bem como não será tolerado o benefício da suspensão condicional. Nos casos graves a execução será em regime fechado, sem direito a remição e o livramento condicional somente poderá ser concedido depois de cumpridas duas terças partes da pena. Paralelamente a isso, deverão ser cominadas pesadas penas pecuniárias,²¹

19. Klaus Tiedemann, "Tendences mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc" in João Marcello de Araujo Junior (org.), *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 2.ª ed., 1992, p. 136.

20. Recomendação n. R (81) 12, III, 3.

21. Marcos Juruena Villela Souto, "Crimes de Abuso de Poder Econômico" in *Fascículos de Ciências Penais*, ano 6, v. 6, n. 1, jan-mar./1993, p. 76, afirma que os crimes do colarinho branco são capazes de produzir tão elevados

além, de um rigoroso sistema de interdição de direitos e outras medidas de natureza limitativa, dentre as quais: perdimento de bens; caução; proibição de participação em concursos; suspensão de atividades; interdição do uso de cheque, do direito de participar de licitações ou de receber subsídios e subvenções, e outras do mesmo gênero. Tudo acompanhado por uma fórmula de responsabilidade por fato de outrem e pela responsabilidade penal da pessoa jurídica, aliás como determinado pela Constituição, sem a qual o resultado esperado pelo sistema proposto não será inteiramente alcançado.

Essa é a orientação da doutrina mais moderna. Marc Ancel, poucos anos antes de sua morte,²² recomendava as penas

ganhos econômicos que a simples prisão não é suficiente para inibir a sua realização, já que, cumprida a pena, o criminoso poderá usufruir de todas as vantagens da prática delituosa. Florent Grégoire, "Criminologie de l'acte et économie du crime: une réflexion à propos de quelques concepts clés" in *Revue Internationale de Sciences Criminelles*, ns. 1 e 2, 1993, p. 47, C.I.S.C.P., entende que a decisão de delinquir decorre da crença na otimização da esperança matemática da relação existente entre a vantagem decorrente do crime e as probabilidades de condenação ou impunidade.

22. Marc Ancel nasceu no sudoeste da França em 14.7.02, tendo estudado em Paris. Tentado entre a literatura e o Direito, decidiu-se por este, ingressando na carreira da Magistratura, após brilhante concurso. Chegou às culminâncias do Poder Judiciário, aposentando-se como Presidente da Primeira Câmara Civil da Corte de Cassação. Destacou-se também, no campo do Direito Comparado. Foi membro do Instituto de França (Academia de Ciências Morais e Políticas), da Academia de Moscou e Presidente da Sociedade Internacional de Defesa Social. Faleceu no dia 4.9.90. A notícia de sua morte abalou profundamente a quantos a receberam em Cuba, enquanto participavam do 8.º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente. O Brasil foi o pri-

privativas de liberdade inexoráveis de curta duração.²³ Também Jescheck, um dos nomes mais conceituados no cenário penal internacional, assim se expressa: "o sistema penal não pode prescindir da pena privativa de liberdade de curta duração. Esse tipo de pena pode ser eficaz na criminalidade do trânsito e na contra a economia, por sua grande força intimidativa contra pessoas socialmente integradas".²⁴ Tiedemann está também entusiasmado com essas idéias.²⁵

Devemos destacar ainda, que em relação aos autores de delitos econômicos não há que se temer o efeito desagregador da prisão. Tratando-se como se trata, de indivíduos socialmente integrados e oriundos de classe social hegemônica, o perigo da "contaminação carcerária" é muito remoto. Pelo mesmo motivo, não se justifica, em relação a tais indivíduos, a imposição de longas penas, isso porque eles não necessitam de especial tratamento ressocializador. Além disso, existe uma outra razão de ordem pragmática: os tribunais não condenam os criminosos econômicos a penas longas e isso não ocorre somente no Brasil.²⁶

meiro país do mundo a render homenagem à memória de Marc Ancel, dando o seu nome ao Colóquio Internacional realizado de 29 de setembro a 2 de outubro de 1990, na Ilha de Itacuruçá, Rio de Janeiro, do qual resultou o livro *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*.

23. Marc Ancel, *La Défense Sociale*, PUF, Paris, 1985, p. 107.

24. Hans-Heirich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, v. II, Parte General, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1.066.

25. Klaus Tiedemann, "Tendences mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc" in João Marcello de Araujo Junior (org.), *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 2.ª ed., 1992, p. 139.

26. Klaus Tiedemann, "Tendences mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc" in João Marcello de

Barbero Santos assim discorre sobre o tema: “entre as investigações levadas a efeito nesse sentido pela Criminologia Crítica, permito-me mencionar o conhecido estudo de Sgubbi ‘Tutela Penal de Interesses Coletivos’ no qual denuncia as situações de impunidade, isto é, de isenção de pena por parte dos grupos econômico-político-dominantes que realizam ações socialmente daninhas, que têm como objeto a atividade econômica e que afetam a interesses difusos ou

coletivos, ou seja, correspondentes a necessidades reais de amplos estratos da população geralmente privados de proteção por sua natureza antagônica ao poder econômico dominante.”²⁷

Estas são as principais características do Projeto de Nova Parte Especial do Código Penal Brasileiro, em matéria de controle e reação social relativamente às empresas.

Araujo Junior (org.), *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 1992, p. 137, afirma que tradicionalmente os Tribunais penais são indulgentes com os criminosos econômicos.

27. Marino Barbero Santos, “Los delitos contra el orden socioeconómico: presupuestos” in *La Reforma penal, cuatro cuestiones fundamentales*, Instituto Alemán, Madrid, 1982, p. 154. O artigo de Sgubbi citado no texto está publicado em *La Questione Criminale*, 1975, (3), p. 441.

O *HABEAS CORPUS* E A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF

MARCO AURÉLIO DE MELLO

Ministro do Supremo Tribunal Federal

1. O "Pacto Republicano Fundamental" previu, na Declaração de Direitos, o *habeas corpus*, inserindo-o, assim, na Lei Básica. Ficou estabelecido que as decisões dos juízes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência poriam termo aos processos e às questões, salvo quanto a *habeas corpus* e espólio estrangeiro, quando a espécie não estivesse em convenção ou tratado. Em tais casos, haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal — art. 61 da Carta de 1891.

À época, o Supremo Tribunal Federal era composto de quinze Ministros — art. 56 — e, mesmo assim, pelo texto constitucional então vigente, a ele somente chegavam *habeas corpus* pela via do então chamado recurso voluntário.

2. Na Constituição Federal de 1934 restaram definidas não só a competência originária, como também a recursal desta Suprema Corte. A primeira, nas hipóteses em que fosse paciente, ou coator, tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estivessem sujeitos imediatamente à jurisdição da Corte, ou quando se tratasse de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância e, ainda, quando houvesse perigo de se consumir a violência antes que outro juiz ou tribunal pudesse conhecer do pedido — alínea "h" do inc. I do art. 76. A segunda foi definida sob o ângulo da recorribilidade ordinária, consideradas as decisões de última ou única instância das justiças locais e as de juízes e

tribunais federais, denegatórias de *habeas corpus* — alínea "c" do inc. II do citado artigo.

A cláusula norteadora da competência do Supremo — ato de coação praticado por autoridade subordinada imediatamente a si — foi repetida quanto à da Justiça Federal para julgar *habeas corpus* relativos a crimes federais e impetrados contra autoridades federais — alínea "j" do art. 81.

Cumprе salientar que, à época, estavam submetidos à jurisdição imediata do Supremo Tribunal Federal os juízes dos tribunais federais e os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios — alínea "b" do inc. I do art. 76 — o que viabilizava a impetração originária nesta Corte toda vez que qualquer deles fosse apontado como coator ou paciente. Portanto, a competência originária em tais casos decorria, também, da submissão imediata a jurisdição do Tribunal.

3. A Carta de 1937 não inovou a matéria. Repetiu as regras da Constituição de 1934 quanto à competência originária e recursal do Supremo, preservando a prerrogativa de foro no tocante aos juízes dos tribunais de apelação — art. 101, inc. I, alíneas "b" e "g", e inc. II, alínea "b".

Mais uma vez, fixou-se a competência originária para o *habeas corpus*, considerados os integrantes de tribunais, a partir do fato de estes estarem submetidos imediatamente à jurisdição desta Corte.

4. Proscrito o regime de 1937, a Constituição de 1946 bisou as regras da anterior quanto às duas espécies de competência do Supremo — originária e recursal — havendo menção ao fato de os juízes dos Tribunais Superiores Federais e os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios terem, na Corte, a prerrogativa de foro — art. 101, inc. I, alíneas “c” e “h”, e inc. II, alínea “a”.

Também aqui a competência originária, quanto a *habeas corpus* impetrados contra atos de integrantes de tribunais ainda que não superiores, era do Supremo e decorria da circunstância de eles estarem submetidos à jurisdição imediata mais elevada. A citada alínea “c” continha menção não só aos juízes dos Tribunais Superiores Federais, como também aos desembargadores.

5. A Constituição Federal de 1967 repetiu as três anteriores, no que dispôs sobre a competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para julgar *habeas corpus*, com a novidade de haver limitado a originária — o recurso ordinário não podia mais ser substituído por impetração originária, isto por força da redação conferida pelo Ato Institucional 6/69. No âmbito do Judiciário, a prerrogativa de foro foi estendida, passando a englobar os juízes federais, os juízes do trabalho, os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios — art. 114, inc. I, alíneas “b” e “h”, e inc. II, alínea “a”.

Confira-se, também aqui, a razão de ser da competência originária do Supremo para julgar *habeas corpus* contra integrantes dos diversos tribunais — estarem eles sob a jurisdição direta da Corte.

6. Com a Constituição Federal de 1969, algumas correções foram feitas. No âmbito da competência originária,

afastou-se a que datava de 1934 e que, pela flexibilidade da premissa, revelava-se sempre de ambígua definição — a de julgar originariamente o *habeas corpus* quando houvesse perigo de se consumir a violência antes que outro juiz ou tribunal pudesse conhecer do pedido.

A par disto, os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho passaram a estar submetidos à jurisdição direta do Tribunal Federal de Recursos — alínea “b” do inc. I do art. 122 — e, como juízes federais que são, os *habeas corpus* impetrados contra os respectivos atos ficaram, por força da alínea “d” do referido inciso, na competência do Federal de Recursos, fato que chegou a ser proclamado por esta Corte em 11.11.88, quando do julgamento do HC 66.611, relatado pelo Min. Octávio Gallotti, perante a Primeira Turma, cujo acórdão foi publicado no DJ de 9.12.88 — Ementário 1.527, oportunidade na qual restou apontado que a competência vigorava até a instalação do Superior Tribunal de Justiça.

Ao Supremo Tribunal Federal continuou reservada a competência originária para julgamento dos *habeas corpus*, quando paciente ou coator fosse integrante de tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estivessem — e aqui tem-se a cláusula limitadora — sujeitos diretamente à respectiva jurisdição, sendo que, na parte que interessa ao desfecho desta reclamação, tinham a prerrogativa de foro os membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal — art. 119, inc. I, alíneas “b” e “h”.

O cotejo da nova disposição com a de idêntica natureza da Carta de 1967 revela restrição. Deixaram de estar sujeitos à jurisdição direta do Supremo Tribunal Federal os juízes federais, os juízes do trabalho e os integrantes, como já consignado, dos Tribunais Regionais do Trabalho.

No âmbito da competência recursal, deu-se a repetição do preceito da Carta anterior — inc. II, alínea “c”.

Feito este retrospecto com o objetivo de tornar claro que a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, originariamente, *habeas corpus* envolvendo ato de integrantes de tribunal, quer como pacientes, quer como coatores, sempre esteve norteada pela prerrogativa de foro, mediante a expressão “sujeitos imediatamente” (Cartas de 1934 e 1937) ou “diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal” (Cartas de 1946, 1967 e 1969), cumpre ter presente o quadro constitucional exurgido com a Lei Básica de 1988.

O Judiciário Nacional sofreu profunda modificação, especialmente no que concerne à competência do Supremo Tribunal Federal. Criou-se o Superior Tribunal de Justiça, deslocando-se para este matérias que, até então, estiveram sob o crivo do Supremo. Assim ocorreu quanto à preservação da unidade do Direito federal e a intangibilidade deste. Sob nova nomenclatura — recurso especial — os respectivos temas passaram à competência do Superior Tribunal de Justiça. O mesmo aconteceu em relação ao pronunciamento quanto ao acerto ou desacerto de decisão que implique declaração de validade de lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal — art. 105, inc. III, alíneas “a”, “b” e “c”.

No campo da sujeição à jurisdição direta, a envolver a prerrogativa de foro com repercussão na competência para o julgamento não só de *habeas corpus*, como também de mandado de segurança, as modificações também foram profundas. Os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal passaram a estar sob a jurisdição direta do Superior Tribunal de Justiça — alínea “a” do inc. I do art. 105 — e embora os Ministros de Estado hajam continuado sob a jurisdição do Supremo

Tribunal Federal — alínea “c” do inc. I do art. 102 — por previsão expressa — alínea “c” do inc. I do art. 105 — os *habeas corpus* impetrados contra os respectivos atos, não aqueles em que sejam pacientes, passaram, também, para o Superior Tribunal de Justiça. A norma específica reforça a premissa de que, de início, a competência para o julgamento do *habeas corpus* é definida pela submissão à jurisdição deste ou daquele tribunal. Para excepcionar os feitos que envolvam atos tidos como de constrangimento da autoria de Ministro de Estado, foi inserido preceito próprio.

Iniludivelmente, as alterações introduzidas pelo Legislador Constituinte tiveram origem na necessidade de reservar o tempo da Suprema Corte para as grandes questões nacionais. A Carta de 1988 reforçou o perfil do Supremo, ou melhor, revelou-o essencialmente como uma Corte Constitucional.

Contudo, o que se tem até aqui?

Prevalece, em relação ao julgamento originário de *habeas corpus*, a óptica elástica sobre a competência da Corte, com mitigação do papel reservado ao Superior Tribunal de Justiça no campo penal.

Com o julgamento do HC 67.263-9, relatado pelo Min. Moreira Alves — Ementário 1.540-3 — e cuja ementa foi publicada no DJ de 5.5.89, ou seja, nos primeiros dias de instalação do Superior Tribunal de Justiça e quando ainda pairavam muitas dúvidas sobre o alcance da nova Carta, assentou-se a competência do Supremo Tribunal Federal para “julgar originariamente *habeas corpus* cujo coator seja qualquer Tribunal do País (Tribunal de Alçada, Tribunais de Justiça, Tribunais de Justiça Militar Estadual, Tribunais Regionais Federais)” — incluídos certamente os do Trabalho — Tribunais Regionais e Superior. Todos ficaram em pé de igualdade, olvidando-se que a sujeição dos respectivos integrantes, no campo juris-

dicional, é múltipla. Aqueles que compõem os Tribunais Superiores estão, realmente, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal — alínea “c” do inc. I do art. 102, cabendo-lhe, por isso mesmo, julgar, originariamente, os *habeas corpus* que envolvam os atos praticados por seus membros, seja em atuação isolada, seja em conjunta — alínea “i” do inciso mencionado. Já os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os juízes dos Tribunais Regionais Federais, os dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Regionais do Trabalho estão sob a jurisdição direta do Superior Tribunal de Justiça — art. 105, inc. I, alínea “a”, o que, por si só, é suficiente a atrair a aplicação do disposto na alínea “c” do inciso supra:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça

I — processar e julgar, originariamente:

a) ...

b) ...

c) os *habeas corpus*, quando coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

Ocorre que se proclamou, mesmo assim, que ao Supremo Tribunal compete julgar todo e qualquer *habeas corpus* quando o coator for tribunal do país e, aí, mediante referência expressa, englobando-se até mesmo tribunais cujos integrantes sequer têm como foro especial o do Superior Tribunal de Justiça, o que se dirá o do Supremo Tribunal Federal. Refiro-me, aqui, aos Tribunais de Alçada e aos Tribunais de Justiça Militar estaduais, valendo notar que ambos estão compreendidos na organização da Justiça dos Estados e são criados por proposta do Tribunal de Justiça respectivo — alínea “c” do inc. II do art. 96 e § 3.º do art. 125 da Constituição Federal. Já o inc. III do art.

96 da Constituição Federal em vigor, sujeita-os como Juízes estaduais que são, à jurisdição do próprio Tribunal de Justiça do Estado. Mas o Supremo vem afirmando a competência para o *habeas corpus* que os envolvam, quando sequer esta ocorre em relação ao Superior Tribunal de Justiça.

Com a conclusão até aqui prevalente, a par dos aspectos supra, o preceito relativo ao recurso ordinário constitucional contra decisões denegatórias de ordem, proferidos pelos Tribunais Superiores — alínea “a” do inc. II do art. 102, resulta letra morta. Assim o é porquanto, excetuado o caso do Superior Tribunal Militar, não se terá julgamento originário de *habeas corpus* pelos dois outros Tribunais Superiores que têm a jurisdição penal — o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral, pois, na versão do Acórdão revelador do entendimento até aqui observado, ao Supremo Tribunal Federal cabe julgar, originariamente, os *habeas corpus* impetrados contra atos dos Tribunais de Justiça, de Alçada, de Justiça Militar, Estadual, Tribunais Regionais Federais — compreendidos no gênero os Regionais Federais propriamente ditos, os do Trabalho e os Eleitorais — quando, na verdade, essa competência originária está restrita aos *habeas corpus* oriundos de atos praticados por Tribunais Superiores.

Da competência abrangente declarada excepcionou-se, apenas (e este vocábulo é do precedente citado) a hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário cabível para o Superior Tribunal de Justiça, procurando-se, com isto, evitar que o interessado viesse a escolher o órgão julgador. Ocorre que o descompasso da tese sufragada com o texto constitucional acabou por compelir esta Corte à admissão de mais uma exceção que, a meu ver, distancia-se da tradição, consagrada doutrinariamente, de que toda impetração é dirigida, em

si, contra ato de autoridade, atribuindo-se a utilização, pelas Constituições, do vocábulo “tribunal” como a distinguir a autoridade, conforme o campo de atuação — administrativo ou judicial.

Diante do disposto na alínea “a” do inc. I do art. 105, no que considerada a regra da alínea “c”, definidora da competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento originário de *habeas corpus*, assentou-se mais uma exceção além da relativa ao caráter substitutivo: “Se o ato atacado é oriundo de qualquer dos Tribunais referidos e foi praticado em Colegiado, a competência é mesmo do Supremo Tribunal Federal. Mas, se ao contrário, decorrer de atuação monocrática, a competência é do Superior Tribunal de Justiça e, aí, se denegatória a ordem, o paciente passa a contar com o recurso ordinário para esta Corte”.

A dualidade carece de sustentação. Impossível é distinguir ato de constrangimento praticado por um juiz ou desembargador integrante de Tribunal do advindo de um Colegiado, em que os convencimentos harmônicos são somados sem que os autores percam o *status* e a individualidade que lhe são próprios. Na tradição brasileira, repita-se, a competência para o julgamento de *habeas corpus* sempre foi definida, quanto ao coator, não pelo Órgão ou pessoa jurídica, geralmente de direito público, ao qual esteja integrado, mas por aquele que, na dicção de Pontes de Miranda, apresenta-o, sendo mister acentuar que embora o vocábulo “tribunal” também seja utilizado na Carta no tocante ao mandado de segurança, sempre se lançou, como autoridade apontada como coatora o respectivo presidente.

Não obstante, admita-se que a Constituição Federal, ao aludir a tribunal, como coator ou paciente — alínea “i” do inc. I do art. 102 — não encerra referência à gama dos que os integram, mas aos tribunais propriamente ditos.

Considerada a norma constitucional, cabe indagar: os tribunais que não têm a qualificação de Superior estão sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal como requer a Lei Básica da República para que se diga da competência deste?

A resposta é, desenganadamente, negativa. Somente os Tribunais Superiores estão sob a jurisdição direta do Supremo. Tanto assim é que a este apenas cumpre dirimir conflitos de competência quando ocorre o envolvimento de pelo menos um Tribunal Superior — alínea “o” do inciso anteriormente referido — cabendo ao Superior Tribunal de Justiça, por força do disposto na alínea “d” do inc. I do art. 105 da Constituição Federal, apreciar os conflitos que abrangam os demais tribunais.

De qualquer forma, esta análise visa tão-somente evidenciar que, ainda que se cogite de tribunal como coator ou paciente, isto numa visão ímpar, e não dos respectivos integrantes — estes, sim, passíveis, até mesmo, de serem cerceados na liberdade de ir, vir e permanecer — os que não sejam superiores estão sujeitos diretamente, no campo da jurisdição revelada, ao Superior Tribunal de Justiça e não ao Supremo Tribunal Federal.

E é até mesmo estranho que se admita que o Superior Tribunal de Justiça seja competente para julgar *habeas corpus* em grau recursal, quando denegatória a decisão, concluindo, assim, sobre o acerto ou desacerto da decisão proferida por tribunal inferior, mas não o seja para apreciar matéria e provimento da mesma origem, na via da competência originária, o que vale dizer: tem a competência recursal, sempre considerada de nível mais elevado, mas não tem a originária.

Vem-nos de uma pequena monografia, *O problema da verdade — Teoria de Conhecimento*, o ensinamento de que “qualquer júízo, tese ou proposição

utilizado no raciocínio desenvolvido deve respeitar não somente os princípios lógicos — da identidade, não contradição e do terceiro excluído — como também os princípios racionais da razão suficiente, da causalidade e do determinismo. O respeito dessas leis e princípios é a condição indispensável para a precisão, clareza, coerência e demonstrabilidade da proposição” (Jacob Bazariam, Editora Alfa-Ômega, S. Paulo, 2.^a ed., 1985, p. 114).

A interpretação mais consentânea com o texto constitucional e que atende a todos, considerada a racionalidade norteadora de qualquer política, inclusive a Judiciária — está a direcionar para a conclusão de que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente os *habeas corpus* em que sejam pacientes o Presidente da República, o Vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente e aqueles *habeas corpus* em que se tenha como coator qualquer das autoridades administrativas e judiciais referidas, menos os Ministros de Estado. Ao Superior Tribunal de Justiça, os *habeas corpus* em que pacientes ou coatores sejam governador de Estado ou do Distrito Federal, desembargador, membro de Tribunal de Contas de Estado ou do Distrito Federal, do Tribunal Regional Federal, de Tribunal Regional do Trabalho, de Conselho ou Tribunal de Contas de Município e do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais e nos quais figurem como coator Ministro de Estado sendo que, na hipótese de o provimento ser denegatório, aí sim, surge campo propício ao derradeiro crivo, que é o do Supremo Tribunal Federal. Aos Tribunais de Justiça dos Estados os *habeas corpus* em que

figurem como pacientes ou coatores as pessoas sujeitas à respectiva jurisdição direta, dentre os quais os Juizes estaduais, inclusive, os dos Tribunais de Alçada, e os membros do Ministério Público — arts. 102, inc. I, alíneas “d” e “i”, inc. II, alínea “a”, 105, inc. I, alínea “c” e inc. II, alínea “a” e 96, inc. III.

Fora disto, implica desconhecer que a prerrogativa de foro é ditada pela importância atribuída ao cargo e não se pode ter no mesmo patamar os cargos ocupados pelas autoridades mencionadas nas alíneas “a” e “b” do inc. I do art. 102 e os referidos na alínea “a” do inc. I do art. 105, no que revelam, de forma exaustiva e não simplesmente exemplificativa, as autoridades que estão sujeitas à jurisdição direta do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores não têm o mesmo foro de desembargadores e juizes dos demais Tribunais Federais e, portanto, dá-se a diversidade de competências, conforme uns e outros sejam apontados como coatores ou pacientes em *habeas corpus*.

A isto soma-se aspecto de ordem prática. A concentração da competência, no Supremo Tribunal, para julgar originariamente *habeas corpus* impetrado contra ato de “qualquer Tribunal do País” vem apresentando resultado diverso daquele visado pela Constituição Federal de 1988. A avalanche de processos, envolvendo pedidos de concessão de ordem, já é notada e se está apenas no limiar da descoberta de que é viável colher-se, de imediato, um provimento do Supremo Tribunal Federal. A cada dia, aumenta o número de *habeas corpus* e, ao menos na Segunda Turma, a pessoa que não seja muito afeita ao dia a dia da Justiça e assista aos trabalhos em uma tarde de terça-feira tem a nítida impressão de estar em uma Câmara Criminal. Enquanto isto, porque raramente esgotam-se os *habeas*

corpus, com sobra de tempo considerado o horário normal, agravos regimentais e recursos extraordinários ficam aguardando pregão por meses a fio, alguns destes últimos, dos quais são exemplos os recursos extraordinários de ns. 129.877-4-SP, 130.655-6-SP e 131.739-6-SP, nos quais figuro como relator, estão em pauta há mais de ano e não são, em virtude do grande número de *habeas corpus* que deveriam estar no Superior Tribunal de Justiça, alvo de pregão.

E o que se tem no Superior Tribunal de Justiça? Há órgãos constituídos por grandes especialistas na área penal e, segundo tenho conhecimento, está para haver, se é que ainda não ocorreu, uma reestruturação, porquanto aos quase cem processos que cada um dos integrantes

dos demais órgãos recebem por semana, contrapõe-se um pequeno número distribuído a cada qual dos membros dos órgãos que atuam na área penal.

Se nem mesmo um verbete de Súmula está imune a revisão, o que se dirá quanto a jurisprudência ainda não sumulada? O texto constitucional e a realidade são conducentes a uma melhor definição jurisprudencial da competência da Magna Corte para julgar, originariamente, *habeas corpus*. Engrandece-se um Tribunal, aos olhos da sociedade, quando seus membros estão prontos a evoluir tão logo convencidos de assitir razão à tese contrária à inicialmente sufragada. A importância da evolução é tanto maior quanto menor for a possibilidade de revisão, por outro Tribunal, do que tenha sido assentado.

SISTEMA PENAL E DIREITOS DA MULHER*

MARIA LÚCIA KARAM

1. A lei penal e a superação da ideologia patriarcal — 2. As tendências criminalizadoras dominantes — 3. Linhas para uma reforma da lei penal — 4. Um novo tratamento penal para as questões ligadas à sexualidade e às relações familiares — 5. Conclusão.

1. A lei penal e a superação da ideologia patriarcal

A Parte Especial do Código Penal Brasileiro de 1940, ainda vigente, traz, em uma série de dispositivos (especialmente os que tratam da definição dos chamados crimes contra os costumes e dos crimes contra a família), a marca de uma concepção moral ultrapassada, claramente derivada da ideologia patriarcal, que, fundando-se nas relações de subordinação entre os sexos, reproduz as relações mais gerais de dominação e exclusão características de formações sociais fundadas na desigualdade.

O controle da sexualidade feminina, através de seu aprisionamento na função reprodutora, historicamente constitui, ao lado da centralidade do trabalho doméstico, um dos dois grandes eixos pelos quais se concretizam as relações específicas de dominação, estabelecidas no plano individual pela estruturação do patriarcado. Tal controle encontra na lei penal vigente largo campo de atuação, fazendo-se presente de forma mais visível na criminalização de condutas como as definidas nos tipos da sedução, do

rapto consensual, do adultério, ou do aborto consentido — objeto de questionamentos mais frequentes, seja por sua mais óbvia defasagem com o estágio atual de uma nova moral dominante, seja por, no caso do aborto, centralizar reivindicações descriminalizadoras dos movimentos feministas. Mas, a presença da ideologia patriarcal vai mais além, estendendo-se por todo o tratamento dado às questões ligadas à sexualidade e às relações familiares, do que talvez seja exemplo mais eloquente a diferenciação legal entre o estupro e o atentado violento ao pudor, que, até a alteração introduzida pela Lei 8.072/90, alcançava a própria valoração traduzida na medida da pena abstratamente cominada àquelas condutas.

Notadamente a partir do final da década de 70, com o ressurgimento dos movimentos feministas e a explicitação das relações específicas de dominação estabelecidas pela estruturação do patriarcado, registra-se considerável avanço nas lutas pelo reconhecimento e garantia dos direitos da mulher, pela superação da desigualdade e construção de uma nova forma de convivência entre os sexos, a naturalmente exigir uma ampla reformulação normativa.

Resultado desse avanço e dessa exigência se fez sentir na elaboração da Constituição Federal de 1988, funda-

* Este trabalho foi elaborado por solicitação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, destinando-se originalmente a consulta e debate por aquele órgão.

mentalmente através da consagração expressa da igualdade entre homens e mulheres (art. 5.º, inc. I) e da nova compreensão da família, traduzida no reconhecimento da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidades familiares (art. 226, §§ 3.º e 4.º), no igual exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5.º), na igualdade entre filhos havidos de qualquer relação (art. 227, § 6.º).

Tais princípios e regras constitucionais já permitem e impõem duas afirmações básicas. Em primeiro lugar, há que se reconhecer que a igualdade entre homens e mulheres não se compatibiliza com a existência de tipos penais relativos a ofensas à sexualidade, em que se vitimize apenas a mulher, impondo-se idêntica proteção à sexualidade de homens e mulheres.¹ Por outro lado, a nova compreensão da família tampouco se compatibiliza com a manutenção de uma proteção penal específica ao casamento.

A discussão do tratamento dado pela lei penal às questões ligadas à sexualidade e às relações familiares há que partir, portanto, desta orientação deduzida dos princípios e regras constitucionais mencionados, de forma a efetivamente romper com as marcas da ideologia patriarcal. Mas, mais do que isso, deve tal discussão se pautar pela busca de uma reforma da lei penal, que, não só atenda àquela orientação, mas também concretize a necessária realização da idéia de um Direito Penal mínimo, opondo-se e enfrentando as tendências criminalizadoras dominantes (presentes inclusive entre os movimentos feministas), de forma a efetivamente conduzir

à necessária redução do sistema penal, como passo indispensável para a superação das relações mais gerais de dominação e exclusão.

2. As tendências criminalizadoras dominantes

A manipulação do forte sentimento de insegurança e de um medo coletivo difuso, característicos das sociedades contemporâneas, produz crescentes preocupações com a criminalidade, trazendo uma conseqüente busca de segurança e repressão, que, constituindo fenômeno notado a nível mundial, adquire particular ressonância no Brasil.

O processo de isolamento individual e de ausência de solidarização no convívio social, acompanhado pelo enfraquecimento das normas e instituições do controle informal e pela crise econômica do capitalismo pós-industrial, com a desaceleração do ritmo de crescimento e a recessão nos centros dinâmicos da economia mundial (o desemprego estrutural nos países centrais dá o tom desta crise), decerto favorece uma tal manipulação.

Em tempos de crise econômica e social, cujos efeitos, naturalmente, se fazem sentir de forma muito mais grave em nossos países periféricos, o foco na criminalidade e a intensificação da repressão e do castigo se fazem especialmente necessários, não só para o conveniente desvio das atenções proporcionado pelas preocupações com o atrativo fenômeno do crime, como para a prevenção de reações sociais mais conseqüentes e transformadoras.² Hoje, no

1. Veja-se a respeito o artigo de Luiza Nagib Eluf, "O crime de sedução é inconstitucional", in *Boletim do IBCCrim*, ano 1, n. 5, jun./1993.

2. As épocas de deterioração econômica e social costumam se caracterizar, ao contrário do que se imagina, não por um aumento da criminalidade, mas pela intensificação da repressão. A respeito, veja-se o artigo de Dario Melossi, "El derecho como vocabulário de motivos: índices de carcelación y ciclo político-econômico", in *Poder y control*, n. 3, Barcelona, PPU, 1987, pp. 49/64.

Brasil, a manipulação dos sentimentos de medo e insegurança em relação à criminalidade, como meio de fortalecimento da repressão dirigida à prevenção de conflitos sociais transformadores, aparece de forma tão clara quanto descuidadamente pouco percebida: o crescente apelo a uma intervenção do Exército no combate à criminalidade, centralizado em bairros populares, parece não deixar dúvidas de que está prestes a entrar em cena o grande teatro do terrorismo oficial, de que fala Francisco Delgado Rosales.³

Tal manipulação alimenta e é alimentada por um clima de histeria e de pânico, que, nos últimos tempos, vem se concentrando em torno do mal definido e apressadamente identificado fenômeno da chamada criminalidade organizada. Embora, na realidade, as situações concretas e mais próximas de ameaça, neste campo, provenham da criminalidade convencional de massas, o discurso que acena com o fantasma da criminalidade organizada encontra forte receptividade, reforçando significativamente a busca irracional de maior repressão, de maior intervenção do sistema penal, a sustentar um generalizado elogio ao castigo e um renovado apelo à ordem, criadores de uma demanda ampliada de penas cada vez mais severas e de novos meios alegadamente mais eficazes de investigação, apresentados como indispensáveis para um suposto combate ao crime.

A partir da simplista e falsa identificação do fenômeno da violência com

a criminalidade, uma publicidade, tão enganosa quanto intensa, “vende” o sistema penal, apresentado-o como o produto destinado a fornecer as tão almejadas proteção, segurança e tranquilidade. A ocultação do caráter violento de outros fatos não criminalizados quantitativa e qualitativamente mais danosos, a divulgação sem bases reais da idéia de um aumento descontrolado da criminalidade, o enfoque globalizante, a dramatização e o aumento do espaço dado à notícia de crimes acontecidos, provocando sua percepção em intensidade maior do que a efetivamente existente na realidade e acabando por substituir riscos verdadeiros por riscos imaginários,⁴ constituem, entre outros fatores, o alimento desta publicidade tão eficaz que leva as próprias vítimas preferenciais, quer da repressão formal do sistema penal, quer da repressão informal desenvolvida à sua imagem e semelhança,⁵ a

4. Exemplo desta percepção distorcida foi revelado em pesquisa realizada pelo Instituto Databrasil, no Rio de Janeiro, em dezembro de 1992: os entrevistados apontaram Copacabana como o bairro mais violento da cidade, considerando Jacarepaguá o segundo bairro menos violento, enquanto a realidade, encontrada em dados da Secretaria de Polícia Civil, relativos ao período de janeiro a outubro daquele mesmo ano, registrava 17 homicídios em Copacabana e 109 em Jacarepaguá.

5. Ao contrário do que sustentam os que justificam o sistema penal como forma de contenção da repressão informal, o aprofundamento desta caminha junto com o maior rigor da repressão formal do sistema penal. A reação punitiva, levando à individualização e demonização dos autores de condutas criminalizadas selecionados pelo sistema penal, é que vai permitir e alimentar a violência punitiva realizada fora do direito, fundada na mesma idéia que sustenta a repressão formal, ou seja, a idéia de que é preciso combater o crime, segregar e eliminar os “delinquentes” — identificados como os inimigos, os maus, os perigosos — para que supostamente se resta-beleçam a paz, a ordem e a segurança.

3. Consulte-se seu trabalho “Inseguridad ciudadana en Venezuela (1983-1986). Una perspectiva crítica del control social”, Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1988, sobre o interesse do Estado em demonstrar sua presença repressiva, em épocas de crise econômica e social, no que o autor chama de espécie de grande teatro do terrorismo oficial, preventivo de grandes conflitos sociais iminentes.

aplaudir e buscar a violência punitiva legal ou ilegal.

Mas não são só as vítimas preferenciais da violência punitiva — os membros das classes subalternizadas — que se deixam seduzir por esta publicidade enganosa. Setores mais conscientes e progressistas, igualmente incapazes de perceber a natureza perversa, seletiva e opressora do sistema penal, também são atraídos pelo apelo da repressão. Simplesmente reivindicando a extensão da reação punitiva a condutas que atingem bens sociais, não suficientemente protegidos na esfera penal, notadamente os abusos do poder político e do poder econômico, tais setores acabam por reproduzir o discurso dominante, trabalhando e compactuando com a essencialmente injusta individualização e demonização de um ou outro autor de condutas socialmente negativas, que, exemplarmente identificado como criminoso, passa a personalizar a figura do inimigo, do mau, do perigoso, com isso possibilitando a simultânea e conveniente ocultação da lógica e da razão de sistemas egoísticos e excludentes, que geram e incentivam aquelas condutas.⁶

Focalizando suas atenções naqueles que são selecionados para desempenhar o papel de criminoso, estes setores progressistas costumam ser tomados por um desenfreado furor persecutório, aplaudindo e regozijando-se com as excepcionais e raríssimas punições de um ou outro membro das classes dominantes

(ou de algum criminoso enriquecido e, assim, visto como poderoso), mesmo que impostas em detrimento de princípios de um direito garantidor. Perigosamente esquecidos dos riscos ao Estado de Direito embutidos no apelo e no aplauso à repressão penal, sequer conseguem perceber que, sendo a pena, em essência, manifestação do poder de classe do Estado é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder, servindo o excepcional sacrifício de um ou outro membro das classes dominantes unicamente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução da desigualdade e da opressão.

Como outros movimentos populares tradicionais, que expressam reivindicações e aspirações de grupos sociais específicos, os movimentos feministas, ao mesmo tempo que elaboram propostas descriminalizadoras, como no caso do aborto, seguem, por outro lado, aquela linha predominante entre os setores progressistas, desejando e aplaudindo punições exemplares para autores de atos violentos contra mulheres, pretendendo maior proteção aos direitos da mulher através da criação de novos tipos penais, trabalhando com a lógica seletiva, opressora e perversa com que opera o sistema penal, ingenuamente acreditando na simplista e falsa solução penal.

3. Linhas para uma reforma da lei penal

Pensar em uma reforma da lei penal, que se comprometa com a superação das relações de dominação e exclusão, implica, antes de tudo, em superar estas tendências criminalizadoras, para efetivamente concretizar a idéia da intervenção mínima, como um passo no caminho da abolição do sistema penal, exigência indispensável à construção de uma sociedade, que se deseje fundada

6. Este processo se reproduz mesmo quando se pretende, como nos delitos socioeconômicos, trabalhar com a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, pois a individualização e a demonização são características inerentes à reação punitiva. Empresas ou instituições também podem perfeitamente ser individualizadas e demonizadas, de igual forma se ocultando, através destes mecanismos ideológicos, a lógica e a razão do sistema gerador e incentivador dos abusos do poder realizados em atividades desenvolvidas naqueles organismos.

na igualdade, na liberdade, na solidariedade e na participação, sociedade que, para realmente traduzir estes princípios, não pode reproduzir as características perversas inerentes àquele sistema, marcado pela violência (sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e morte) e pela injustiça (fundamentalmente derivada de sua necessária seletividade).

A concepção tradicional do Direito Penal como *ultima ratio*, reservado à punição apenas de lesões a deveres ético-sociais fundamentais, à proteção dos mais importantes e não de todos os valores definidos pelos objetivos de uma dada formação social, assim como seu caráter acessório, subsidiário e fragmentário,⁷ precisam ser resgatados, através de um amplo processo de descriminalização e da efetiva observação dos princípios limitadores do processo de criminalização, nesta etapa em que, não sendo possível a abolição do sistema penal (necessariamente condicionada a transformações sociais mais profundas), a perspectiva de redução da violência e da injustiça geradas pela intervenção do poder punitivo é limitada, devendo ter como meta tão-somente a efetiva concretização de um Direito Penal mínimo.

A realização da idéia de intervenção mínima não é compatível com as propostas de extensão da reação punitiva a condutas que atingem bens sociais, tradicionalmente não protegidos na esfera penal, adotadas por setores juridicamente progressistas, que, mesmo não compartilhando do furor persecutório encontrado entre setores progressistas atuantes em outros campos, conciliam com a

idéia de estender a reação punitiva a condutas negativas características das classes dominantes.

Estas propostas conciliadoras, admitindo um processo simultâneo para descriminalização de condutas de escassa lesividade, situadas no campo da criminalidade convencional, e criminalização através da criação de novos tipos penais relacionados a fatos gravemente nocivos para a coletividade, fundamentalmente situados no âmbito da chamada criminalidade dourada, concentrada nos abusos do poder político, econômico e tecnológico, acabam por ampliar, fortalecer e legitimar o sistema penal, contrariando a própria concepção de um Direito Penal que efetivamente se faça mínimo, contradizendo seu próprio discurso que acertadamente reconhece, ao lado das características perversas do sistema penal, sua ineficácia na solução de conflitos, na proteção de bens jurídicos e na evitação de condutas danosas.

A rápida mudança de orientação do Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade, operada no início da década de 80, levando à revisão das legislações penais de diversos países, para sua aplicação à criminalidade dourada, através da introdução de uma série de novas condutas puníveis, especialmente no âmbito da ordem econômica, do meio ambiente, das relações e da segurança no trabalho, da utilização das técnicas biomédicas, ou da informática, aparece, na realidade, como uma resposta (decerto não explicitada) aos anteriores avanços das propostas descriminalizadoras e deslegitimadoras.

Pouco se reduziu a imposição da reação punitiva no campo dos conflitos gerados nas relações microsociais, onde se desenvolvem as ações características da criminalidade convencional, e muito se ampliou o elenco das figuras penalmente típicas, para maior abrangência das relações macrosociais e institucionais, em um renovado processo de

7. Tradicionalmente se aponta o caráter acessório, subsidiário e fragmentário do Direito Penal, sustentando-se que tal forma de controle só deve operar à falta de outros meios eficazes para atingir os fins previstos pelo ordenamento jurídico, não abrangendo todo o campo da ilicitude, mas apenas fragmentos do injusto.

solidificação e legitimação do sistema penal, ainda mais fortalecido pela já mencionada manipulação do forte sentimento de insegurança e do medo coletivo difuso, presentes nas sociedades contemporâneas, a alimentar as crescentes e obsessivas preocupações com a criminalidade, especialmente com o fenômeno da chamada criminalidade organizada.

A contenção do poder punitivo há que seguir um caminho de mão única, que efetivamente possa avançar no sentido da redução do sistema penal (dentro da perspectiva de sua futura abolição), através do deslocamento da ênfase dada à repressão e à reação punitiva em todos os campos, abrindo caminho para a intervenção de mecanismos não penais de controle e, ao mesmo tempo, privilegiando medidas preventivas, sem perder de vista as causas mais complexas e as origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas, sejam os que se desenvolvem no campo das relações microsociais, sejam os que se formam nas relações macrosociais e institucionais, estes como aqueles, em sua maior parte, ligados e determinados pelas próprias características fundamentais da formação social capitalista, cuja nocividade naturalmente se agrava no capitalismo periférico.

Quando se pensa em uma reforma da lei penal comprometida com a superação das relações de dominação e exclusão, há que se abandonar todas as tentativas de legitimação do sistema penal, trabalhando efetivamente com as linhas orientadoras do processo de descriminalização e com os princípios limitadores do processo de criminalização, para, assim, desenvolver uma atuação centrada na eliminação de tipos penais existentes, sem concessões para com a criação de novas figuras delituosas, o que, evidentemente, não significa desconsiderar aquelas condutas que sejam realmente danosas, retiradas ou não

introduzidas no campo penal. Ao contrário, a efetiva concretização de um Direito Penal mínimo pressupõe a paralela concretização daqueles mecanismos não penais de controle e medidas preventivas para proteção dos bens jurídicos e evitação de condutas danosas, com a sinalização de soluções menos perniciosas e mais eficazes, que substituam a ineficaz e perversa reação punitiva.

A sistematização das linhas orientadoras do processo de descriminalização e dos princípios limitadores do processo de criminalização, realizada a partir das propostas das correntes abolicionistas e de intervenção mínima,⁸ permite que se apontem algumas diretrizes a serem observadas nesta busca de efetiva concretização de um Direito Penal mínimo.

Dentre os princípios limitadores do processo de criminalização, podem se destacar:

— o princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do dano social do delito;

— o princípio da idoneidade, que impõe a prévia demonstração de que a criminalização é um meio útil para controlar um determinado problema social;

— o princípio da subsidiariedade, que impõe a prévia comprovação de que

8. Sobre este ponto, é indispensável a consulta à obra de Raúl Cervini, *Los procesos de descriminalización*, Montevideo, Editorial Universidad, 2.ª ed., 1993, em que o autor realiza importante e abrangente estudo sobre as propostas concretizadoras da intervenção mínima do sistema penal, não obstante acabe por aderir às aqui referidas tendências progressistas que propõem um simultâneo processo de descriminalização e criminalização. Indispensável ainda é a leitura do trabalho de Alesandro Baratta, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", in *Derecho penal y criminología*, n. 31, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, pp. 91/108, ponto de partida da sistematização dos princípios do Direito Penal mínimo.

não existem outras alternativas que não a criminalização, para controlar determinado fato;

— o princípio da racionalidade, que exige que se comparem os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização.

Também se devem mencionar alguns dos critérios sugeridos pelas recomendações trazidas nas linhas orientadoras do processo de descriminalização:

— não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral;

— não criminalizar para fazer crer que com isso se solucionou um problema, ou como forma de provocar catarse social em situações de especial comoção (isto é particularmente importante, em momentos como o que se vive atualmente, caracterizados por irracionais e obsessivas preocupações com a criminalidade e crescente apelo à repressão e à maior intervenção do sistema penal);

— não criminalizar comportamentos demasiadamente frequentes ou aceitos por parte significativa da população;

— não criminalizar os chamados delitos sem vítimas, que só podem ser conhecidos através de investigação policial, nem os comportamentos onde se considere que somente há lesão ao conceito abstrato de interesses da comunidade;

— não criminalizar comportamentos de difíceis definição e precisão.

São estes princípios e critérios, aliados à orientação direcionada para o rompimento com as marcas da ideologia patriarcal, que devem fornecer as bases para a discussão de um novo tratamento da lei penal às questões que, ligadas à sexualidade e às relações familiares, interessam específica e diretamente às lutas pelo reconhecimento e garantia dos direitos da mulher, pela superação da desigualdade e construção de uma nova forma de convivência entre os sexos, aqui consideradas dentro do campo normativo.

4. Um novo tratamento penal para as questões ligadas à sexualidade e às relações familiares

A orientação de não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral já recomenda o afastamento da idéia de se estabelecerem tipificações penais em que o bem jurídico protegido seja a moral pública sexual, como ocorre sempre que se definem, como em nossa lei penal, crimes contra os costumes.

Neste ponto, não se trata simplesmente de apontar a defasagem entre dispositivos contidos na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, vigente desde 1940, e a natural evolução social que deu origem a uma nova moral dominante neste campo da sexualidade, tampouco devendo se limitar a discussão à incompatibilidade da proteção diferenciada da sexualidade de homens e mulheres com o princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre os sexos.

Não se trata, assim, apenas de questionar a criminalização de condutas como as definidas nos tipos da sedução (art. 217 do Código Penal) e da posse sexual ou atentado ao pudor mediante fraude (arts. 215 e 216 do Código Penal), em que, além de se consagrar uma visão discriminatória da mulher, como um ser inferior, não plenamente capaz de discernimento, se trabalha com uma suposta ingenuidade, que, se ainda poderia existir nos anos 40, hoje, a toda evidência, não faz parte da realidade. Também não se trata simplesmente de repudiar as mais óbvias traduções do controle da sexualidade feminina, presentes tanto na utilização de elementos normativos como "mulher honesta" (integrando os já mencionados tipos da posse sexual e do atentado ao pudor mediante fraude, como também a definição do tipo do rapto contida na regra do art. 219 do Código Penal), quanto na consideração da virgindade e da intocabilidade da mulher

até o casamento como um valor digno de proteção penal (fundamentando não só o tipo da sedução, mas ainda a criminalização do rapto consensual prevista no art. 220 do Código Penal).

O desaparecimento de tais dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico se impõe não apenas por se ter ali uma vitimização exclusiva da mulher incompatível com o princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre homens e mulheres, ou por neles se refletir uma concepção moral absolutamente ultrapassada.

Ainda mais importante é afirmar a inadmissibilidade de utilização da lei penal para imposição de pautas morais de comportamento, em um campo reservado às convicções íntimas e à consciência individual, campo onde o Estado não pode intervir, não se podendo confundir Direito e Moral, como tampouco crime e pecado. Quando se erige uma moral pública sexual, qualquer que seja esta, à categoria de bem jurídico, o que se acaba por estabelecer é a imposição de uma concepção moral dominante sobre a sexualidade, que, embora possa até ser compartilhada pela maioria dos membros da sociedade, pode não ser aceita por indivíduos ou grupos sociais, cujo direito à diferença há que ser garantido, sempre que não atingidos direitos alheios.

A utilização da lei penal neste campo há que ser, portanto, condicionada, em primeiro lugar, por esta indispensável diferenciação entre Direito e Moral, limitando-se a intervenção do sistema penal à finalidade de proteção da pessoa, de forma a garantir a cada indivíduo o direito ao livre exercício de sua sexualidade.

Daí o correto posicionamento, adotado pelos movimentos feministas, em sua reivindicação de deslocamento dos tipos penais relacionados às ofensas à liberdade sexual, para sua inclusão no Título do Código Penal dedicado aos

crimes contra a pessoa, em capítulo relativo aos crimes contra a liberdade individual.

Assim entendidas as ofensas à liberdade sexual, duas colocações básicas se impõem. A primeira, passo essencial para a superação das relações específicas de dominação estabelecidas pela estruturação do patriarcado e já aqui mais de uma vez mencionada, a de que a proteção à sexualidade há que ser idêntica para homens e mulheres, não podendo haver lugar, por manifesta contrariedade ao princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre os sexos, para tipos penais em que seja vitimizada apenas a mulher.

De outro lado, a superação das relações mais gerais de dominação e exclusão, a implicar no compromisso com a perspectiva de imediata redução do sistema penal (como passo no caminho de sua futura abolição), através da efetiva concretização de um Direito Penal mínimo, leva à segunda destas colocações básicas: só se devem criminalizar condutas ofensivas à liberdade sexual que envolvam violência ou grave ameaça e que possam resultar em significativo dano à integridade pessoal e à intimidade do ofendido.

Nesta linha, a proteção penal à liberdade sexual deveria se concentrar em uma única figura típica, criminalizando-se a conduta de ter relação sexual com alguém, constringendo-o mediante violência ou grave ameaça, ou, por qualquer outro meio análogo, impossibilitando sua resistência.

Não é apenas a inadmissibilidade de vitimização exclusiva da mulher que impõe o fim da atual distinção entre estupro e atentado violento ao pudor. O destaque da conjunção carnal dita natural ou normal, levando à constituição de um tipo diferenciado daquele integrado pela prática de atos libidinosos outros, como, por exemplo, o coito anal, só se explica pela consideração especial dada

à função reprodutora do ato sexual, presente naquela e não em outras formas de relação sexual.⁹ Esta distinção, que, até há bem pouco tempo, como mencionado no início deste trabalho, alcançava a própria valoração traduzida na medida da pena abstratamente cominada àquelas condutas, é um dos mais eloquentes exemplos dos vínculos de nossa lei penal com a ideologia patriarcal, que tem um de seus principais alicerces no controle da sexualidade feminina, exercido exatamente através de seu aprisionamento nesta função reprodutora.

Vale ressaltar que a tipificação proposta deve ter seu alcance limitado a atos que configurem relação sexual. A ofensa à liberdade sexual reduzida a outros atos, como um beijo ou um simples toque, por não ter magnitude suficiente para efetivamente causar um dano significativo à liberdade, à integridade e à intimidade da pessoa, não deve ser objeto de proteção penal específica, podendo, se for o caso, subsistir a reação punitiva em relação ao meio empregado na realização do constrangimento.

Este necessário condicionamento da intervenção penal à gravidade da ofensa ao bem jurídico tutelado já recomenda que se rechace a pretensão, que costuma ser expressa por movimentos feministas, de criminalização do chamado assédio sexual. Não bastasse isso, sendo este um comportamento de difícil precisão, sua tipificação fatalmente se faria de forma não taxativa, a implicar em um perigoso e inconstitucional desvio do princípio da legalidade. O que efetivamente constituiria um assédio sexual? O que realmente significa assediar alguém com propostas de caráter sexual? Quais os limites e as fronteiras de tal conduta

com um simples convite ou uma simples “paquera”?

Por outro lado, inobstante a diferente roupagem ideológica, até que ponto não se estaria recaindo na incabível pretensão de proteger pessoas supostamente mais frágeis (embora não no discurso, mas, na prática, certamente mulheres), incapazes de repelir, por si próprias, aproximações indesejadas, da mesma forma que a lei penal vigente pretende proteger mulheres “ingênuas”, para livrá-las de uma sedução?

Se é certo que pressões podem existir por parte de quem detém uma posição de poder, notadamente no âmbito das relações de trabalho, essa é questão que pode e deve ser resolvida fora do campo penal, aqui tendo perfeita incidência o princípio da subsidiariedade, a impor o afastamento da criminalização, quando existentes outras alternativas para controlar um determinado conflito ou situação socialmente negativa. Estas pressões para obtenção de práticas sexuais no âmbito das relações de trabalho, por exemplo, devem ser enfrentadas, no campo normativo, através de sanções não penais, aplicáveis dentro do Direito do Trabalho, sanções estas que, sem dúvida, podem ser muito mais eficazes e que devem igualmente se aplicar a outras situações opressivas, como os questionários de recrutamento, as aplicações de testes periódicos de controle de gravidez ou as humilhantes revistas, que, cotidianamente, invadem a intimidade, o corpo e a vida privada de mulheres empregadas.

Outro ponto a ser considerado na proposta de exclusiva criminalização de relações sexuais obtidas através do constrangimento do outro, é que, aqui, não deve haver lugar para qualquer presunção: presunções não passam de ficções, com as quais o Direito não pode trabalhar, notadamente em matéria penal, onde sempre estão em jogo a liberdade e a dignidade da pessoa.

9. Neste sentido, as observações de Nilo Batista em primorosa palestra, publicada sob o título “O prazer e a lei penal”, in *Temas de Direito Penal*, Rio, Liber Juris, 1984, pp. 304/312.

Acresce que a presunção da violência, nas hipóteses do ato se realizar com pessoa menor de 14 anos ou portadora de deficiência mental, como hoje prevêm as regras contidas no art. 224, letras *a* e *b* do Código Penal, pode funcionar como circunstância inibidora da sexualidade daqueles que supostamente se diz querer proteger. É preciso sempre ter cuidado com mecanismos que, sob o pretexto de tutelar ou proteger determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis, acabam por servir para inferiorizar tais grupos, com base em supostas reduções da capacidade física, psíquica ou cultural de seus integrantes. Nestes casos de delitos contra a liberdade sexual, a ideologia que informa a especial vitimização de adolescentes e portadores de deficiência mental não difere muito da que preside à vitimização exclusiva da mulher, podendo igualmente servir para materializar a discriminação.

É de se ressaltar que, no que se refere a abusos sexuais praticados contra crianças (menores de 12 anos), a maior parte dos casos se enquadraria no tipo proposto, geralmente se configurando aí o real emprego de violência. De todo modo, é preciso ter claro que estes gravíssimos fatos que vitimizam inúmeras crianças brasileiras não se resolvem através da lei penal. São pais, padrastos ou outros familiares os principais agentes destas deformadas práticas sexuais.¹⁰ Ao lado da hierarquização das relações familiares, a viabilizar a predominância da vontade do mais forte, do mais poderoso, em direta reprodução das relações de dominação presentes na sociedade,

10. Dados divulgados em outubro de 1993 pela Assembléia Legislativa de São Paulo, constantes do relatório final da CPI do Menor ali instalada, revelaram que 80% das vítimas de abusos sexuais eram meninas, duas em cada três delas tendo como ofensores seus próprios pais ou responsáveis.

são a deterioração do ambiente familiar, os preconceitos, as dificuldades não tratadas no desenvolvimento da sexualidade os principais fatores que ensejam estas deformadas práticas sexuais, para cujo enfrentamento a reação punitiva em nada contribui.

Mais do que deixar intocadas as causas geradoras de tais práticas, a intervenção do sistema penal ainda se mostra contraproducente, muitas vezes acabando por aprofundar a deterioração da vida familiar ao mesmo tempo que relegando a segundo plano a assistência às crianças vitimizadas (esta sim imprescindível), como ocorre sempre que se pretende resolver situações problemáticas com a simplista reação punitiva, cuja natureza monopolizadora não costuma deixar espaço para a intervenção de outros mecanismos mais necessários e positivos.

A deterioração do ambiente familiar, os preconceitos, as dificuldades não tratadas no desenvolvimento da sexualidade exercem ainda um papel determinante na sustentação da prostituição, favorecendo especialmente seu lado mais preocupante — a prostituição infantil.¹¹ Já por isso se pode perceber que não é a intervenção do sistema penal que poderá modificar tal quadro, desobedecendo a criminalização de condutas relacionadas a tal fenômeno ao princípio de que só se devem criminalizar condutas quando demonstrado ser este um meio útil para controlar um determinado problema social.

Mas, a inidoneidade da criminalização como meio de controle da prostitui-

11. No livro de Gilberto Dimenstein, *Meninas da Noite*, S. Paulo, Ática, 1992, é possível constatar este papel determinante da sexualidade mal resolvida e do preconceito, especialmente no que se refere à valorização da virgindade, funcionando, paralelamente à miséria, como um dos principais fatores da precoce introdução de meninas no mundo da prostituição.

ção passa ainda pelo fato de ser o Direito Penal instrumento particularmente ineficaz na contenção do mercado de bens e serviços de grande demanda, ao que se soma a irracionalidade na opção por este controle penal, cujos custos sociais superam em muito os raros e isolados êxitos que dele eventualmente possam advir. É o que ocorre em maior escala com relação ao jogo e às drogas, onde é o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado grandes organizações criminosas, simultaneamente trazendo a violência e a corrupção como subprodutos necessários das atividades empresariais desenvolvidas por tais organizações, com isso provocando consequências muito mais graves do que eventuais malefícios causados pela natureza daqueles bens e serviços tornados ilegais.

Como outros serviços ou bens que, por mais rigorosa que seja a repressão, subsistem enquanto presentes as circunstâncias socioeconômicas favorecedoras da existência de uma demanda criadora e incentivadora do mercado, a prostituição deve ser objeto de controle fora do Direito Penal, através de instrumentos que, de forma menos perniciosa e mais eficaz, possam contribuir para a redução de tal demanda.

Inobstante as reivindicações dos movimentos de prostitutas pela consideração e regulamentação legal de sua atividade como qualquer outra prestação de serviços, não parece ser este o melhor caminho para o tratamento da prostituição. Não há dúvida de que se tem aqui um fenômeno socialmente negativo, cujo desaparecimento ideal (ou, em termos mais realistas, sua redução) é desejável, ainda mais quando atingindo, como mencionado, crianças e adolescentes. Não se trata de afirmar uma posição moralista, mas sim de reconhecer que a comercialização do sexo reflete uma forma deformada e deformante de lidar com a sexualidade e com a efetividade,

estando fundamentalmente ligada à repressão destas sexualidade e afetividade, aos preconceitos e dificuldades que, apesar dos avanços registrados nos últimos tempos, ainda se manifestam neste campo do comportamento humano.

O que, portanto, sugere o afastamento do controle penal sobre condutas que giram em torno da prostituição não é sua aprovação, mas sim os custos sociais e a inutilidade de tal controle para o necessário combate a tal fenômeno, que só poderá se fazer, com alguma eficácia, através de outros mecanismos aptos a ensejar uma profunda transformação nas relações afetivas entre as pessoas, transformação esta naturalmente ligada a mudanças nas relações econômicas e sociais favorecedoras da deterioração e deformação de tais relações.

Inútil e desaconselhável, assim, a manutenção das regras traduzidas nos arts. 227 a 232 de nosso Código Penal, a ocupar todo um capítulo dedicado ao lenocínio e ao tráfico de mulheres. As condutas ali previstas envolvendo violência ou grave ameaça podem se adequar a tipos outros, não havendo razão para que subsistam autonomamente quaisquer das figuras constantes daquele capítulo. Pense-se, por exemplo, na hipótese prevista no § 2.º do art. 228 do Código Penal perfeitamente adequável ao tipo do constrangimento ilegal, ou na hipótese do § 2.º do art. 227 do Código Penal, em que se poderia ter, na forma de autoria mediata, a configuração do tipo básico definidor das ofensas à liberdade sexual aqui proposto.

Tampouco há qualquer razão para que subsista a figura do rapto violento, prevista no art. 219 do Código Penal, ainda que reformulada para eliminação de seus aspectos mais claramente discriminatórios (a vitimização apenas de mulher e, além disso, "honesta"). O rapto pode perfeitamente se adequar ao tipo do seqüestro, não havendo razão para que a privação da liberdade com

fim libidinoso seja tratada de forma diferente da privação da liberdade com outro fim qualquer.

As restantes figuras típicas integrantes do Título relativo aos crimes contra os costumes, relacionadas a condutas que constituem o chamado ultraje público ao pudor, certamente, devem desaparecer. Em primeiro lugar, tem-se nas regras contidas nos arts. 233 e 234 do Código Penal não uma definição de tais condutas, mas um nítido exemplo de indefinição violadora do princípio da legalidade: o que são um ato ou um objeto obscenos? De todo modo, ainda que se pudesse precisar este conceito de obscenidade, fatalmente se cairia naquela inadmissível elevação de uma moral pública sexual à categoria de bem jurídico. Por outro lado, no que concerne a publicações, exposições ou espetáculos, são claros os riscos à liberdade de expressão e à criatividade artística expressos numa tal proibição.

A preservação de sentimentos pessoais de pudor ou recato, que podem eventualmente ser atingidos, na hipótese de percepção involuntária de manifestações ligadas à sexualidade realizadas em público, é questão que não tem relevância suficiente para ser objeto de tratamento pela lei penal.

Neste campo, deve se ressaltar que o recomendável embora delicado controle sobre exposições e espetáculos, especialmente os divulgados através de programações de televisões, que possam ser inadequados à formação de crianças e adolescentes, há que se direcionar com muito mais ênfase às inúmeras manifestações de elogio e incentivo à violência, presentes inclusive em programações infantis, nada tendo, porém, a lei penal a contribuir na efetivação de tal controle.

A exclusiva preocupação com a sexualidade, a demonstrar uma vinculação com concepções morais ultrapassadas, reflete-se também na criminalização de condutas relativas à participação de

crianças e adolescentes em cenas de sexo veiculadas através de fotografias, exposições ou espetáculos, como prevêm os arts. 240 e 241 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), nenhuma preocupação tendo tido o legislador em criar norma penal proibidora da participação de crianças e adolescentes em cenas outras eventualmente tão ou mais prejudiciais à sua formação. De todo modo, estas são questões que podem e devem se resolver fora do Direito Penal, bastando lembrar a eficácia que pode ter o simples impedimento, através de medidas administrativas, da veiculação das manifestações artísticas ou espetáculos que inapropriadamente se utilizem de crianças ou adolescentes, impedimento suficiente para desestimular a produção de tais manifestações ou espetáculos.

A nova compreensão da família, consagrada na Constituição Federal de 1988, já sinaliza para a supressão de todo o primeiro capítulo do Título dedicado aos crimes contra a família (arts. 235 a 240 do Código Penal). Como apontado no início deste trabalho, esta nova compreensão, especialmente quando se considera o reconhecimento da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidades familiares, se mostra incompatível com uma proteção penal específica ao casamento, não tendo sua invalidade ou dissolução repercussão maior no âmbito que se pretende proteger. Não é, assim, apenas o adultério que deve desaparecer de nossa lei penal, mas todos os demais crimes contra o casamento definidos nos dispositivos legais acima mencionados.

Mas, além disso, seguindo-se a linha aqui proposta de efetiva concretização de um Direito Penal mínimo, há que se avançar para suprimir todo o restante do Título dedicado aos crimes contra a família. A subsistência dos crimes contra o estado de filiação como figuras

típicas autônomas (arts. 241 a 243 do Código Penal) não se justifica, podendo tais figuras se incluir entre os crimes de falso. Já os crimes contra a assistência familiar e contra o pátrio poder, tutela ou curatela (arts. 244 a 249 do Código Penal) lidam com questões que podem ser perfeitamente resolvidas no âmbito do Direito de Família, incidindo aqui o princípio da subsidiariedade, a recomendar que só se criminalizem condutas quando não haja nenhum outro meio de controlá-las, o que, naturalmente, se aplica também à assistência à gestante, cuja prestação coercitiva se pode fazer através da aplicação de normas pertencentes ao Direito de Família, dispensando a criação de mais um inútil e nocivo tipo penal.

Ainda se relacionando com a sexualidade e com as relações familiares, encontram-se em nosso vigente Código Penal outros tipos cujas eliminação ou reformulação se impõem.

Diversas são as razões a recomendar a eliminação dos tipos definidores dos crimes de perigo de contágio venéreo ou de moléstia grave, definidos nos arts. 130 e 131 do Código Penal, este último, como a hipótese prevista no § 1.º do art. 130, consistindo em verdadeiras tentativas de lesão corporal, excepcionalmente erigidas em crimes autônomos,¹² o que já revela a irrazoabilidade de tal tipificação. A escassa lesividade do primeiro destes crimes (as moléstias venéreas há muito são facilmente tratadas) já provocara seu desaparecimento no Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar. Quanto ao assim chamado perigo de contágio de moléstia grave, nestes tempos de disseminação da AIDS, sua manutenção como um tipo autônomo pode abrir perigoso espaço

para a discriminação aos portadores do vírus, o que constitui mais um fator a enfatizar a necessidade de supressão daquele art. 131 do Código Penal.

Tampouco devem subsistir os tipos previstos nos arts. 133 e 134 do Código Penal, que definem as condutas configuradoras do abandono de incapaz e da exposição ou abandono de recém-nascido.

A conduta definida no art. 133 poderia perfeitamente se integrar ao tipo de maus-tratos (art. 136 do Código Penal), ali se acrescentando a definição do abandono, devendo, de todo modo, se ter em conta que, no que se refere ao abandono e aos maus-tratos praticados no âmbito da família, não é a reação punitiva a adequada para enfrentar tais situações, da mesma forma que ocorre nos casos de abusos sexuais cometidos contra crianças por pais, padrastos e outros familiares, como já aqui assinado.

A exposição ou abandono de recém-nascido é conduta que tem no especial fim de "ocultar desonra própria" o elemento especificador que a leva a constituir um tipo autônomo, assim se consagrando a inaceitável prevalência de concepção moral absolutamente ultrapassada.

Igualmente eliminada deve ser a regra contida no art. 123 do Código Penal, que define o infanticídio. Tem-se aqui hipótese de tipo qualificado atenuado, configurando um tipo legal autônomo, a partir da ampliação da unidade típica elementar do homicídio com elementos especificadores ligados à autoria, ao sujeito passivo e a circunstâncias de realização da conduta. Tal ampliação, entretanto, não se justifica, devendo a conduta da mãe que mata o filho, durante ou logo após o parto, ser tratada dentro do tipo básico do homicídio.

As duas razões clássicas de criação desta forma atenuada de homicídio não se justificam: o motivo de honra, por

12. Neste sentido, já lecionava Nelson Hungria: vejam-se seus *Comentários ao Código Penal*, v. V, Rio, Forense, 5.ª ed., 1979, pp. 406 e 411.

refletir concepção moral ultrapassada, e o critério fisiológico (influência do estado puerperal), adotado em nossa lei penal, porque, a se admitir a existência de perturbações fisiopsíquicas sofridas pela mulher durante o parto, em consequência das dores, perda de sangue e esforço muscular, estar-se-á diante de questão a ser resolvida no plano da culpabilidade, podendo, se for o caso, levar à sua exclusão ou redução pela incapacidade psíquica.

Em relação ao aborto com consentimento da gestante, a reivindicação descriminalizadora trazida pelos movimentos feministas deve ser atendida, embora não pelos fundamentos geralmente acenados. Não se pode tratar o aborto simplesmente como um meio de exercício do direito ao planejamento familiar, como uma forma de assegurar a livre opção da mulher pela maternidade e, muito menos, como um direito da mulher sobre seu próprio corpo. Abortar significa provocar a morte do produto da concepção e este produto da concepção (seja embrião ou feto) é uma vida humana, que, embora dependente, embora ainda não tendo a qualidade de pessoa, tem direitos, inclusive o direito à vida, que, em princípio, deve ser assegurado.

A descriminalização do aborto com o consentimento da gestante se impõe por duas únicas razões. Calculando-se que, no Brasil, se realizam pelo menos cerca de 1 milhão de abortos por ano, já deveria ser aqui considerado o critério sugerido pelas recomendações trazidas nas linhas orientadoras do processo de descriminalização, a recomendar que não se criminalizem comportamentos demasiadamente freqüentes ou aceitos por uma parte significativa da população. Mas, é fundamentalmente o princípio da racionalidade, exigindo que se comparem os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização, a razão maior da necessidade de descriminaliza-

ção: são os custos sociais, representados pelas mortes e lesões corporais sofridas por milhares de mulheres em decorrência das condições precárias da realização clandestina dos abortos, que estão a exigir a descriminalização, como forma de evitar estas mortes e lesões que, naturalmente, só atingem mulheres das classes subalternizadas (as mulheres pertencentes às classes dominantes, apesar da proibição, fazem seus abortos livremente, em clínicas bem equipadas e de endereços conhecidos).

Neste sentido, há que se reconhecer a possibilidade da mulher optar pelo aborto, assegurando-se sua realização através do sistema público de saúde. Entendendo-se que os direitos do nascituro (inclusive o direito à vida), se exercem através da gestante, que, no âmbito das relações sociais, aparece como titular desta vida que traz em seu ventre, pode ser este direito à vida assim deixar de ser exercido, diante de situações em que seu sacrifício se justifique pelas repercussões negativas trazidas por um nascimento indesejado (repercussões que atingem mais gravemente ao próprio filho), à semelhança do que ocorre na hipótese do tipo permissivo contido na regra do art. 128, inc. II do Código Penal. Autorizando a realização do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, criou o legislador causa de justificação assemelhada ao estado de necessidade, para permitir o sacrifício do direito à vida do embrião ou do feto em face do peso maior dado a outro bem jurídico — o direito da mulher à liberdade sexual. Tal permissão só pode se explicar por aquela consideração das repercussões negativas do nascimento indesejado, nada impedindo, assim, que, coerentemente com posição já manifestada pelo legislador, a licitude da realização do aborto se estenda a outros casos em que, por razões diversas, o nascimento se mostre igualmente indesejado.

É preciso, no entanto, que, paralelamente à descriminalização do aborto com o consentimento da gestante, os movimentos feministas, como outros movimentos populares, se dediquem, com igual veemência, a lutar para reduzir o número de abortos, apontando para a nocividade de tal solução, que, vale repetir, só deve ser permitida porque assim se podem evitar os maiores custos sociais acarretados por sua proibição. A informação e o acesso a métodos anticoncepcionais seguros e não danosos não devem se constituir apenas em reivindicações a serem atendidas pelo Estado, tendo as parcelas organizadas da sociedade importante papel a desempenhar neste atendimento, de forma a efetivamente assegurar a concretização do direito ao planejamento familiar.

Na linha adotada por setores juridicamente progressistas, que defendem o já referido simultâneo processo de descriminalização e criminalização, com a criação de novos tipos penais relacionados a fatos gravemente nocivos para a coletividade, atingindo bens sociais não suficientemente protegidos na esfera penal, desenvolvem-se as propostas de introdução de novas condutas puníveis para enfrentar os abusos na utilização de técnicas biomédicas, aqui nos interessando especialmente as questões ligadas à procriação medicamente assistida e às manipulações genéticas.¹³

Grandes são os riscos trazidos pelo desenvolvimento da engenharia genética, a permitir alterações biológicas que podem, em futuro não distante, tornar realidade a formação de clones humanos (seres idênticos) e de novas formas de vida com utilização de células humanas (híbridos e quimeras), sendo manifesta

a nocividade de tais manipulações, que, além de afetarem o patrimônio genético do indivíduo, constituem perigosa e indevida intervenção da ciência na geração da vida e da própria natureza humana, sem contar com contaminações e danos outros eventual e acessoriamente resultantes destas experiências.

Pensar, porém, que o Direito Penal possa ser um instrumento eficaz na evitação de tais experiências é algo que só se explica pela ingenuidade ou pela insistência oportunista em oferecer soluções fáceis e apenas aparentes para problemas cuja gravidade exige mais seriedade e honestidade em seu tratamento. Se a intervenção do sistema penal sequer consegue afetar as primitivas manifestações da criminalidade convencional (que, de acordo com o discurso dominante, aumenta descontroladamente), que milagrosa razão tornaria tal intervenção eficaz para lidar com as poderosas e sofisticadas experiências biotecnológicas?

Quanto à procriação medicamente assistida, ainda que não apresente os mesmos riscos das manipulações genéticas, certamente, deve ter obstaculizado o caminho de sua fertilização. As preocupações, neste campo, não devem se restringir aos problemas que podem surgir com a destinação a ser dada a embriões excedentes, resultantes da fecundação *in vitro*, ou às possibilidades de comercialização de gametas, embriões e úteros. Quaisquer modalidades de inseminação artificial e de fecundação *in vitro* devem ser combatidas, mostrando-se injustificáveis quando o desejo de ter filhos, inviabilizado pela esterilidade ou por outras causas impeditivas da procriação natural, pode ser atendido através da adoção das muitas crianças que, abandonadas, necessitam de uma família para criá-las.

É importante ressaltar que os lucrativos e egoísticos investimentos científicos na área da procriação medicamente

13. Consulte-se a respeito o trabalho de João Marcello de Araujo Junior "Biotecnologia e Direito Penal", in *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio, Forense, 1992, pp. 273/323

assistida se fazem para satisfazer um desejo restrito a uns poucos privilegiados com condições econômicas para ter acesso a tais técnicas avançadas, desenvolvendo-se ao mesmo tempo que velhas teorias (decerto com nova roupagem) ressurgem, acenando com o controle da natalidade para reduzir as populações dos países periféricos, ou, dentro destes, o número de membros das classes subalternizadas, estimulando a própria esterilização em massa de um crescente número de mulheres, para assim viabilizar não o hipocritamente alegado objetivo de reduzir a pobreza, mas sim um maior controle sobre a força dos oprimidos.

Desnecessário reafirmar os aspectos negativos e limitados da reação punitiva, bastando este quadro para demonstrar que não é através da intervenção do sistema penal que se poderá deter este processo, nenhuma contribuição realmente eficaz podendo dar a lei penal para impedir o desenvolvimento e a aplicação das diversas modalidades de procriação medicamente assistida. Outros mecanismos, que ultrapassam os limites do campo normativo, devem ser utilizados para dificultar e desestimular a utilização daquelas técnicas biomédicas.

Uma vez estabelecida a proibição da procriação medicamente assistida, a ênfase, no campo normativo, deve recair sobre regras disciplinadoras do exercício das atividades dos profissionais da saúde, com a suspensão ou cassação do registro ou licença daqueles que utilizarem tais técnicas. Por outro lado, pode-se pensar na ameaça mais eficaz que uma regra de Direito Civil pode conter, por exemplo, estabelecendo a prevalência da maternidade biológica e, assim, criando um risco bem mais concreto e mais sério do que uma pena para aqueles que, contratando mãe substituta, podem acabar por perder para esta o filho assim nascido (evidentemente,

desde que sua posse e guarda seja reivindicada no momento do nascimento, pois, quando já integrada a um núcleo familiar, são os interesses, o bem-estar e a vontade da criança que sempre deverão prevalecer).

5. Conclusão

A racionalização da discussão sobre quaisquer formas de criminalidade, sobre quaisquer condutas socialmente negativas e fatos indesejáveis deve sempre implicar na busca de instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil e simplista apelo à intervenção do sistema penal, que, além de ineficaz para solução de conflitos, proteção de bens jurídicos e evitação de condutas danosas, produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e, ainda que indiretamente, morte.

O efetivo rompimento com tendências criminalizadoras, sejam as sustentadas nos discursos de lei e ordem, sejam as apresentadas sob uma ótica supostamente progressista, é parte indispensável do compromisso com a superação das relações específicas de dominação impostas pela estruturação do patriarcado.

A criação de novos tipos penais ou a maior severidade da repressão penal em relação a violências praticas contra mulheres em nada podem contribuir para o reconhecimento e garantia de seus direitos, tampouco trazendo qualquer contribuição para que se avance na concretização da igualdade entre homens e mulheres e na construção de uma nova forma de convivência entre os sexos.

Ao lado da efetivação de mecanismos mais imediatos, como a divisão dos encargos domésticos, o estabelecimento de condições de trabalho compatíveis com as tarefas de reprodução, a instalação de creches como responsabilidade do Estado, o fim das discriminações salariais e profissionais, o fim da distinção entre tarefas ditas masculinas e femininas, a educação não diferenciada, a superação das relações patriarcais de dominação e a construção daquela nova forma de convivência entre os sexos passam pelo combate à desigualdade e à hierarquização das relações sociais, ao egoísmo individualista e à ausência de solidarização no convívio entre as pessoas, às diversas formas de preconceito e discriminação, que, reproduzindo-se na opressão das mulheres e na deterioração das relações familiares, estão igual-

mente presentes na idéia de punição exemplificativa que informa e sustenta o sistema penal.

O reconhecimento e a garantia dos direitos da mulher não irão encontrar na reação punitiva um instrumento adequado para sua realização. O enfrentamento das antigas e novas formas de opressão contra as mulheres, da violência e da deformação nas relações familiares, há que caminhar junto com a concretização da idéia de uma intervenção penal mínima, pois, somente repudiando as características perversas, seletivas e opressoras da reação punitiva e afirmando a necessidade de redução do sistema penal como um passo no caminho de sua abolição, a luta pelo reconhecimento e garantia dos direitos da mulher estará efetivamente integrada à luta maior contra todas as formas de dominação e exclusão.

INTERPRETAÇÃO DA NORMA E A SEGURANÇA JURÍDICA Lei 7.496, 16.6.86

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal

A A.B.A.C e o S.N.A.C, dirigem-me Consulta e solicitam-me Parecer Jurídico-Penal a respeito das atividades consorciais em geral e, especificamente, sobre os temas e quesitos a seguir expostos.

1.º Natureza jurídica e relações entre o Consórcio e a empresa Administradora de consórcios.

2.º Identificação e aplicação do patrimônio dos grupos de Consórcio e da empresa Administradora de consórcios.

3.º Conceito jurídico-penal de Instituição Financeira e o seu alcance em matéria de incriminação.

4.º Análise dos elementos típicos do art. 17 da Lei 7.492, de 16.6.86.

5.º Considerações em torno da culpabilidade referente à norma prevista no art. 17 da Lei 7.492/86.

6.º O mútuo, com recursos próprios da Administradora de consórcios, e empresas do mesmo grupo é penalmente ilícito?

7.º A conduta de diretores e demais agentes de empresa Administradora de consórcios, emprestando dinheiro a empresas do mesmo grupo, caracteriza o crime previsto no art. 17 da Lei 7.492/86?

8.º A conduta acima referida constitui outro tipo de ilicitude penal?

Passo a considerar e responder na forma adiante.

Natureza jurídica do consórcio

1. O termo Consórcio é de origem latina (*consortium* de *consors*) e remon-

ta ao antigo Direito Romano. A sua natureza traduzia uma comunhão acidental entre os co-herdeiros que, com a morte do *paterfamilias*, tornavam-se proprietários em comum. Tal condomínio, por sua vez, recebia a denominação de *antiquum consortium* ou *consortium erectum non citum*.¹

A expressão sempre representou, portanto, uma comunhão de interesses, a um agrupamento e indivíduos para a realização de um fim comum.

2. Atualmente, o Consórcio é uma associação de diversas pessoas em comunhão de interesses que, através de contribuições, produzem um fundo destinado à compra de bens. Trata-se de modalidade de autofinanciamento, instituída por um contrato onde se estipulam a forma de aquisição e pagamento das prestações e demais avenças.

O Consórcio nada mais é do que uma operação de captação de poupança de um determinado grupo fechado de pessoas, com a finalidade comum de aquisição de coisas.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, o Consórcio “é uma figura contratual nova que tem por objetivo a associação de consumidores, para conjugar recursos destinados à aquisição de bens da mesma espécie em quantidade

1. “Consortium”, verbete da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, coord. Prof. Limongi França, 1977, SP, 18/296.

equivalente aos consorciados".² Trata-se da formação de um grupo de pessoas (físicas ou jurídicas) que dispendem uma contribuição mensal predeterminada, no decorrer de um certo número de meses, com a finalidade de adquirir bens para todos os integrantes do grupo. E neste preciso sentido é o conceito normativo fixado pelo Ministério da Fazenda, ao declarar que o Consórcio é "a união de pessoas físicas ou jurídicas, com o objetivo de formar poupança, mediante esforço comum, com a finalidade exclusiva de adquirir bens móveis duráveis, por meio de autofinanciamento". (Port. 190, de 27.10.89, n. 1.1.).

Origem formal e evolução do sistema

3. Pode-se afirmar que o sistema formal de consórcios em nosso País teve a sua origem nos anos 60 visando suprir a necessidade de aquisição de bens, quando o povo iniciou um período de grande consumo.³

Graças a tal sistema e à sua evolução, é possível atualmente fomentar e garantir o consumo das mais variadas espécies de coisas e para todas as classes sociais.

A primeira intervenção do Governo Federal nessa atividade ocorreu em 1967, através do Banco Central do Brasil. Quatro anos mais tarde surgiu a Lei 5.768, de 20.12.71.⁴ Reza o art. 7.º deste diploma: "Dependerão, igualmente, de prévia autorização do Ministério da Fazenda, na forma desta Lei, e nos termos e condições gerais que forem fixadas em regulamento, quando não

sujeitas à de outra autoridade ou órgãos públicos federais: I — as operações conhecidas como Consórcio, Fundo Mútuo e outras formas associativas semelhantes, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza".

A Lei 5.768/71 foi regulamentada pelo Dec. 70.951, de 9.8.72, que ressaltou, em favor das pessoas autorizadas, o direito de perceber ressarcimento pelas despesas de administração a serem satisfeitas pelo contratante (art. 34). Nos termos do art. 40 do aludido Decreto, o Consórcio é uma forma associativa com o objetivo de coletar poupanças "destinadas a propiciar a aquisição de bens móveis duráveis, por meio de autofinanciamento".⁵ Seguem-se várias regras de obrigatório cumprimento pelas pessoas jurídicas autorizadas a operar com os Consórcios, especificadamente quanto: a) fins; b) capital mínimo integralizado; c) limite de obrigações passivas; d) limite de valor de cobrança para inscrição do consorciado; e) limite quanto à taxa para atender despesas de administração, etc. (arts. 41 e ss.).

4. A partir do ano de 1972, com a regulamentação do sistema de consórcios, as administradoras sem estrutura organizacional foram eliminadas do mercado. O sistema tornou-se cada vez mais ordenado e com maior disciplina de ação. Nos últimos anos passou a abranger um universo variado de produtos, tais como caminhões, tratores, aeronaves, automóveis, motocicletas, computadores, geladeiras, televisores e imóveis residenciais, entre inúmeros outros.

A fiscalização das operações e autorizações para organizar grupos de consórcios, desde março de 1991, passou a ser atribuição do Banco Central do Brasil que, assim, sucedeu o Ministério da Fazenda.

Utilizando-se do poder de normatizar a atividade do sistema dos consórcios,

5. Redação dada pelo art. 1.º do Dec. 72.411, de 27.6.73.

2. Cf. Alcio Manoel de Souza Figueiredo, *ABC do Consórcio*, Juruá, 1993, Curitiba, p. 26.

3. A propósito, entre outros, Alcio Manoel de Souza Figueiredo, *ob. cit.*, p. 19.

4. Lei 5.768/71, Altera a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular e dá outras providências.

o Banco Central emitiu várias Circulares, incluindo e suprimindo direitos e obrigações relativamente à legislação anterior.

O patrimônio dos grupos de consórcio e o patrimônio da empresa administradora

5. Apesar da clara delimitação quanto à natureza jurídica e objetivo do Consórcio, ainda se observa alguma confusão quanto à absoluta separação entre os grupos de consorciados e as empresas que administram tais grupos.

A propósito e com feliz imagem, afirma Cândido Dinamarco: "A distinção entre os grupos e as empresas que os administram não saiu ainda da cápsula misteriosa em que nasceu o instituto, e os próprios tribunais não ousaram, até agora, traçar os limites dos direitos e obrigações de um e de outro. Nem enfrentaram o tema da separação entre o patrimônio de cada grupo e o das empresas administradoras".⁶

6. O Grupo é um conjunto de pessoas reunidas por força do contrato de Consórcio e que tem o objetivo comum da aquisição de bens pela arrecadação solidária de fundos. É, portanto, formação com autonomia e independência, embora não tenha personalidade jurídica. O Grupo necessita de uma entidade que organize e administre a captação de recursos obtidos. Surge, então e necessariamente, a Administradora de consórcios. Ela cuida da organização, faz cobranças e zela pelos recursos dos grupos, recebendo para tanto uma remuneração (taxa de administração).

No sistema de consórcios existem, assim, duas espécies de patrimônio: a) o formado com os recursos injetados pelos integrantes dos grupos e destinado à aquisição de bens; b) o pertencente à administradora como contrapartida pelo

capital e mão-de-obra postos à disposição do objetivo do Consórcio. Os recursos coletados dos consorciados são, por expressa disposição legal, depositados em conta bancária própria cuja movimentação somente se dá para atender aos objetivos do contrato de Consórcio. Assim, os diretores, gerentes, sócios e prepostos com função de gestão na empresa administradora são depositários, para todos os efeitos, das quantias que a empresa receber dos consorciados até o cumprimento da obrigação assumida.

7. Saliente-se que a Circular 2.381, de 18.11.93, do Banco Central (BACEN)⁷, determina que a taxa de administração seja registrada na administradora por ocasião de seu efetivo recebimento, devendo ser apropriada como receita própria em título específico. Por advir da própria atividade exercida pela empresa, a taxa de administração compõe os seus recursos próprios.

Por outro lado, a Lei 5.768/71, em seu art. 11, estabelece que os diretores, sócios, gerentes e prepostos da administradora serão considerados depositários das quantias que forem arrecadadas até o cumprimento da obrigação assumida (entrega do bem).

Vale transcrever a lição de Cândido Dinamarco: "Os grupos têm patrimônio próprio, que não se confunde com os rendimentos das próprias administradoras, advindos da justa remuneração que lhes é atribuída, representada pela 'taxa de administração'. Tendo patrimônio próprio, contando com perfeita identificação e até mesmo sendo titular de contas bancárias vinculadas, mesmo assim registra-se a tendência a desconsiderar a sua quase-personalidade jurídica".⁸

7. Circular BACEN 2.381/93: Estabelece a obrigatoriedade da elaboração, publicação e remessa pelas administradoras de consórcio de demonstrações financeiras ao Banco Central, esclarece critérios de avaliação e apropriação contábil e consolida normas de contabilidade.

8. Ob. cit., p. XX.

6. Cândido Rangel Dinamarco, *Decisões em Consórcios*, Forense, 1994, RJ, p. XIX.

8. A falta de percepção dessa elementar realidade econômico-financeira leva, não raro, ao equívoco de atribuir à Administradora — como entidade distinta dos grupos que formam o Consórcio — a titularidade dos recursos arrecadados pelos grupos. A Administradora, como o próprio nome está a dizer, apenas administra os recursos de terceiros (consorciados). Tanto é assim que, por expressa disposição contratual, recebe uma retribuição pelo serviço prestado. Se os recursos alheios passassem a integrar seu patrimônio não haveria o porque da fixação de uma taxa específica e em separado. Jamais se remuneraria a administradora pela administração de seus próprios recursos financeiros.

Conceito jurídico-penal de instituição financeira

9. O conceito legal de instituição financeira foi primeiramente estabelecido pelo art. 17 da Lei 4.595, de 31.12.64, *verbis*: “Consideram-se instituições financeiras, para efeito da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros *próprios* ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor da propriedade de terceiros”. (Grifo meu).

Para os efeitos da Lei 7.492, de 16.6.86⁹ considera-se instituição financeira “a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (*Vetado*) de *terceiros*, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia,

emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários” (art. 1.º, *caput*). (São meus os grifos).

Não se inclui no tipo as atividades que importem na aplicação de recursos próprios, ainda que essa tenha sido a vontade do projeto de lei. As palavras “próprios ou” foram vetadas pelo Presidente da República com a seguinte justificativa: “No art. 1.º, a expressão “próprios ou”, porque é demasiado abrangente, atingindo o mero investidor individual, o que obviamente não é o propósito do legislador. Na aplicação de recursos próprios, se prejuízo houver, não será para a coletividade, nem para o sistema financeiro; no caso de usura, a legislação vigente já apenas de forma adequada quem a praticar. Por outro lado, o art. 16 do Projeto alcança as demais hipóteses possíveis, ao punir quem opera instituição financeira sem a devida autorização”.¹⁰

Assim, evidentemente não podem, de modo algum, ser equiparadas à instituição financeira as empresas que realizarem a aplicação de recursos próprios.

10. O conceito jurídico-penal fixado pelo art. 1.º da Lei 7.492/86, portanto, revogou para os efeitos penais definição anterior, ou seja, a prevista no art. 17 da Lei 4.595/64, que funcionava como norma complementar dos arts. 34, *caput*, inc. I e § 1.º e 38, *caput*, e § 7.º.¹¹ Tais tipos

10. Cf. Mensagem 69 de 1987 — CN — n. 252/86, na origem.

11. Lei 4.595, de 31.12.64. Art. 34. É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos: I — a seus diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges: (...) § 1.º. A infração ao disposto no inciso I, deste artigo, constitui crime e sujeitará os responsáveis pela transgressão à pena de reclusão de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal. (...) Art. 38. As instituições financeiras conservarão

9. Lei 7.492, de 16.6.86. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.

de ilicitude foram refeitos, com modificações, pelos arts. 17 e 18 da Lei 7.492/86.

Incide, portanto, na espécie, o § 1.º do art. 2.º do Dec.-lei 4.657, de 4.9.42 (Lei de Introdução ao Código Civil), válido para todo o sistema positivo: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declara, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Equiparação entre instituição financeira e empresa administradora de consórcio

A. A regra da Lei 7.492/86

11. O inc. I, do parágrafo único do art. 1.º da Lei 7.492/86, assim dispõe: "Equipara-se à instituição financeira: I — a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, *consórcio*, capitalização de qualquer tipo de poupança, ou recursos de *terceiros*". (Grifos meus).

Como se observa pela redação do *caput* do art. 1.º e do inciso transcrito, a marca típica da instituição financeira, em sua autêntica conformação ou nas modalidades assemelhadas por força da lei, é a operacionalidade com recursos de terceiros.

B. A distinção essencial entre instituição financeira e administradora de consórcios

12. A administradora de consórcio tem natureza, estrutura e objetivos absolutamente distintos da instituição financeira. Com efeito, ela não faz a

sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...) § 7.º. A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis".

captação de recursos, mas apenas organiza a reunião de pessoas que, por si mesmas e sob a sua administração, realizam autofinanciamento. Não há captação de recursos dos consorciados porque tais recursos jamais passam à titularidade da administradora. Como já foi mencionado, tal patrimônio pertencerá aos grupos e será depositado em conta bancária específica para o fim da aquisição dos bens. Os consorciados sempre mantêm a titularidade dos recursos que recolhem ao grupo de consórcio.

Ao contrário, as instituições financeiras, ao captarem recursos de terceiros integram os mesmos em seu patrimônio, passando a exercer a titularidade e podendo deles fazer uso no mercado financeiro. Não é o que ocorre com a administradora de consórcio.

Desta forma, a administradora de consórcio, por expressa disposição legal, pode ser equiparada à instituição financeira para efeitos da Lei 7.492/86, quanto, é claro, praticar atos inerentes à atividade desta. A lei procura reprimir toda e qualquer espécie de conduta que importe em crime contra o sistema financeiro nacional, seja ela praticada por verdadeiras instituições financeiras, seja por outras entidades distintas, embora a elas equiparadas.

Se assim não fosse, bastaria que a intermediação criminosa de recursos de terceiros, por exemplo, fosse praticada sob o véu de uma administradora de consórcios para que a conduta não se enquadrasse no tipo penal. Evidentemente foi isto que o mencionado diploma legal quis impedir ao prever a equiparação.

Todavia, não se pode fazer mau uso do dispositivo, imputando, por exemplo, a prática de conduta criminosa às entidades que, não sendo instituições financeiras e não agindo como tal, celebrem contratos de mútuo com seus próprios recursos.

Em tais hipóteses não se pode “igualar” juridicamente pela simples razão de que as administradoras de consórcio não praticam nenhum ato que possa atentar contra o sistema financeiro nacional. A lei neste sentido é bastante clara: “equiparam-se, para os efeitos desta lei...”

Não havendo na conduta da administradora nada que diga respeito ao sistema financeiro nacional (diante da utilização de recursos próprios e não de terceiros) não há como se admitir a equiparação, prevista aliás exclusivamente para os efeitos da lei.

13. Por outro lado, não se pode “emparelhar” dois objetos que não tenham qualquer ponto em comum. Nesse sentido, se as administradoras utilizarem recursos de consorciados para efetuarem contratos de mútuo, poderão ser equiparadas às instituições financeiras pois terão com estas o fato em comum da utilização de bens de terceiros. Se, porém, não realizarem qualquer ato típico de intermediação financeira, jamais poderão ser equiparadas, mesmo que por ficção legal, às instituições financeiras.

C. Natureza jurídica da instituição financeira

14. A instituição financeira é um ente jurídico abstrato e coletivo cujo objetivo é lidar com os fluxos dos meios de pagamento, com moeda e crédito, especificamente.

Na precisa e técnica conceituação de John Downes e Jordan Elliot Goodman, o termo “instituição financeira” denomina, portanto, exclusivamente a entidade que “arrecada fundos do público para colocá-los em ativos financeiros como ações, títulos, instrumentos do mercado monetário, depósitos bancários ou empréstimos”.¹²

12. John Downes & Jordan Elliot Goodman, *Dictionary of finance and investment terms*, trad. Ana Rocha Tradutores Associados, S. Paulo, Nobel, 1993, p. 171.

Os referidos autores classificam as instituições em depositárias ou não depositárias. As primeiras pagam juros sobre os depósitos e investem os recursos deles decorrentes principalmente em empréstimos. São os bancos, instituições de crédito e poupança, bancos de poupança, cooperativas de crédito e poupança.

15. Sob outra perspectiva, as instituições não depositárias, representadas pelas companhias de seguro e planos de pensão, arrecadam recursos através da venda de apólices de seguro ou do recebimento de contribuições dos empregados e os desembolsam para satisfação dos benefícios estabelecidos.

A partir desses primeiros aspectos, já é possível concluir que as empresas dedicadas apenas à administração de consórcios não podem ser transformadas em instituições financeiras. Elas não se enquadram em nenhuma das feições das denominadas “financial institutions”, ou seja, não realizam depósitos em nome de terceiros, tampouco realizam a arrecadação de recursos. Limitam-se a zelar pelos recursos alheios a fim de adquirir bens no interesse dos consorciados. Não fazem intermediação, coleta ou depósito de recursos financeiros.

Nesta mesma linha de raciocínio, José Tadeu de Chiara conclui que: “instituição financeira é o ente jurídico destinado por seu substrato natural a atuar no mercado jurídico precipuamente com o objetivo de realizar operações financeiras, i.e., contratos em que ambas as prestações se cumprem em moeda ou direitos de crédito”.¹³

A doutrina francesa chega inclusive a conceber as instituições financeiras como elementos de Direito público diante do grande espaço que o Estado ocupa na regulamentação de suas atividades.

13. “Instituições financeiras”, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., 45/47.

Louis Trotabas, Professor da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Université de Aix Marseille, afirma: "Les institutions financières sont des institutions de droit public".¹⁴

Tal enfoque decorre logicamente do tipo de atuação de tais entidades que deve refletir necessariamente uma atuação efetiva no mercado financeiro, uma atividade que justifique a preocupação intervencionista do Estado.

Assim, fica absolutamente claro que onde não haja conduta de intermediação ou captação de recursos de terceiros não se poderá falar em instituição financeira. Consequentemente, também não haverá a necessidade nem mesmo legitimidade para uma regulamentação e preocupação estatais.

D. O tratamento legal e o sistema financeiro

16. Em nosso ordenamento jurídico, o conceito de instituição financeira veio expresso, como se viu, no art. 17 da Lei 4.595, de 31.12.64.

O texto legal não só é claro, como também especifica *numerus clausus* as práticas que levam à caracterização da atividade. São eles: a coleta, a intermediação e a aplicação de recursos financeiros, e ainda a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Por sua vez, o art. 18 do mesmo diploma estabelece que: "As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras".

Em outras palavras, a lei define expressamente o que seja instituição financeira, para logo em seguida subordinar tal atividade — e apenas ela — ao controle do Banco Central.

14. Louis Trotabas, *Institutions Financières*, 4.^e édition, Paris, Dalloz, p. 3.

Tanto para os fins da lei que definiu o sistema financeiro no Brasil, como para os da lei penal que combate tal espécie de crimes, a atividade de instituição financeira envolve necessariamente alguma forma de intermediação de valores.

E. Caracterização da atividade da instituição financeira

17. Examinada a questão do ponto de vista legal, deve-se analisar a atividade da instituição financeira em seu aspecto material. Como já foi dito ela pode ser classificada em depositária e não depositária.

A primeira paga juros sobre os depósitos e investe os recursos deles decorrentes em empréstimos, principalmente. São os bancos e instituições de crédito e poupança.

Ao contrário, a instituição não depositária arrecada recursos e os emprega para a satisfação de benefícios a que se obrigara. Como exemplo pode-se citar a companhia de seguro e a empresa que trabalha com planos de pensão.

Contudo, pode-se afirmar que para que se configure a atividade de instituição financeira em qualquer uma de suas formas é necessário que se opere, na própria estrutura da instituição financeira, o fluxo de moeda e de crédito.¹⁵

Assim, são instituições financeiras típicas os bancos comerciais, os bancos de investimentos e todas as demais entidades que recebam moeda ou valores e realizem operações de crédito.

Tais instituições têm por fim a atuação efetiva no mercado financeiro, viabilizando o fluxo de moeda e de crédito.

15. José Tadeu de Chiara, "Instituições Financeiras", em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., 45/47.

F. A separação entre os recursos financeiros dos consorciados e os da empresa administradora

18. A tentativa de imputação de condutas típicas previstas na lei que define os chamados “crimes do colarinho branco”, só pode ser compreendida em face da confusão existente entre os recursos pertencentes aos grupos e aqueles de propriedade da própria administradora.

Neste sentido, faz-se imprescindível trazer o alerta já feito por Cândido Dinamarco: “Outro ponto, bastante recente, é o da pretendida assimilação integral das administradoras de consórcio no conceito de “instituições financeiras” para os fins jurídico-penais da Lei 7.492/86. Justamente, porque, não se tornaram ainda claros os contornos do instituto do consórcio e a posição dos grupos e das administradoras em tal contexto, presencia-se no momento uma investida contra os agentes dessas empresas. Pretende-se inclusive, sancionar criminalmente o manuseio de dinheiros pertencentes a elas, fruto das taxas de administração, como se constituísse malversação de recursos destinados aos consorciados. A gravidade da situação exige serenidade e muita reflexão. Principalmente reflexão dos responsáveis pela justiça neste país...”¹⁶

G. A orientação da jurisprudência

19. Cumpre ressaltar, neste aspecto, que inúmeros julgados já vem afastando o lamentável equívoco entre as atividades das empresas de consórcio e aquelas desempenhadas por instituição financeira.

A alienação fiduciária em garantia foi instituída pela Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/65). Uma orientação já superada sustentava que tal garantia real

só poderia ser utilizada por instituições financeiras ou empresas a elas equiparadas. Consequentemente e durante muito tempo se negou às empresas de consórcio a possibilidade de utilização de tal garantia, afirmando-se que suas atividades não se equiparavam às das instituições financeiras. Hoje em dia já se entende que a alienação fiduciária em garantia pode ser utilizada por empresas não vinculadas ao mercado financeiro.

Todavia, a controvérsia serviu para afastar das atividades de consórcio qualquer identidade com a atividade das instituições financeiras.

Nessa linha se orientaram o 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, *verbis*: “Os contratos de alienação fiduciária são restritos às instituições financeiras e não se estendem aos consórcios”.¹⁷

E, mesmo após a edição da Lei 7.492/86, assim acordou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nas Apelações Cíveis ns. 276/87, de 8.5.87 e 2.669/88, de 29.9.88¹⁸.

Compreensão e âmbito de aplicação do art. 17 da Lei 7.492/86

A. O enunciado legal

20. O art. 17 da Lei 7.492/86 estabelece: “Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendente, a parentes na linha colateral até

17. 1.º TACivSP, Ap. 236.976, j. 1.11.77, RT 508/141; TAMG, Ap. 30.399, j. 8.9.87, DJE 23.12.88, *apud* Humberto Theodoro Junior, “Contrato de Consórcio”, RT 641/12.

18. Cf. Humberto Theodoro Junior, *op. e loc. cit.*

16. Ob. cit., p. XX.

o 2.º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas”.

E o art. 25 remetido, declara: “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).”

21. O projeto que se converteu na Lei 7.492/86 incluía a expressão “e membros de conselhos estatutários”. Segundo as razões do veto, o texto original era de “abrangência extraordinária, institui uma espécie de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal”.¹⁹

A intervenção do Poder Executivo demonstrou o empenho em restringir o alcance da norma incriminadora. A mesma orientação já fora adotada em relação ao art. 1.º do diploma em análise,²⁰ impedindo-se que a captação, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios pudesse caracterizar a atividade de instituição financeira para efeitos penais.

B. Os antecedentes legislativos

22. Além do modelo constante do art. 34, I e § 1.º da Lei 4.595/64 (ver a Nota de pé-de-página n. 10), a doutrina²¹ refere que tal incriminação já estava prevista em nosso sistema posto que o Código Penal previu figura semelhante ao tratar das fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedades por ações. Com efeito, reza o art. 177, § 1.º, inc. III: “incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a

economia popular: III — o diretor ou o gerente que toma empréstimo²² à sociedade ou usa,²³ em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral”.

Este aludido tipo de ilícito constitui a sanção penal da norma prevista pelo Dec.-lei 2.627, de 26.9.40 (Lei Orgânica das Sociedades por Ações) que, através do art. 119 e seu parágrafo único dispunham que “os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade” ou “tomar empréstimo à sociedade sem prévia autorização da assembléia geral”.

A propósito, reza o art. 153 da Lei 6.404, de 15.12.76, que dispõe sobre as sociedades por ações: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.²⁴

Interpretando o inc. III do § 1.º do art. 177 do Código Penal, Nélson Hungria o considera como forma especial de exploração de prestígio por parte de diretores ou gerentes que, sem prévia autorização da assembléia geral, tomam empréstimo ou servem-se de bens ou

22. O empréstimo é o contrato pelo qual uma coisa é entregue com a obrigação de ser restituída em espécie e gênero. Compreende o comodato (Cód. Civil, art. 1.248) e o mútuo (Cód. Civil, art. 1.256).

23. O uso (do latim *usus*) é o ato ou efeito de usar, isto é, fruir, gozar, aproveitar alguma coisa. No sentido jurídico, que não discrepa do etimológico, o uso é geralmente traduzido pelo rendimento ou proveito auferido por alguém de alguma coisa.

24. A propósito, a Instrução 131, de 17.8.90, baixada pela Comissão de Valores Mobiliários, considerando falta grave e ensejando as penalidades previstas nos incs. III e VI do art. 11 da Lei 6.385, de 7.12.76, o descumprimento dos arts. 117 e seus parágrafos, 153, 154 e outros, da Lei 6.404/76.

19. Cf. a Mensagem n. 69, de 1987, n. 252/86, na origem.

20. Ver o item 9.

21. Ver Manoel Pedro Pimentel, *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, RT, SP, 1987, pp. 127 e ss.

haveres da sociedade, em proveito pessoal ou de outrem.²⁵

23. Conforme observou Jorge Medeiros da Silva, quando o empréstimo ou uso for cometido em prejuízo da sociedade por ações em geral, incide a regra do Código Penal; quando em instituições financeiras (que são sociedades anônimas) aplica-se a lei especial.²⁶

C. O objeto jurídico

24. O objeto jurídico do crime é o bem ou o interesse jurídico por ele ameaçado ou ofendido. Entende-se como bem jurídico (material ou imaterial) tudo o que é capaz de satisfazer as necessidades humanas, como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, e é protegido pelo Direito. E por interesse compreende-se a importância que o homem atribui a um bem capaz de satisfazer as suas necessidades.²⁷

O ilícito em referência — bem como todos os demais previstos neste diploma — atenta contra o sistema financeiro nacional, como bem jurídico que é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (CF, art. 192).

Tratando-se de um crime de perigo presumido, que independe da efetiva produção de um dano materialmente avaliável, a ameaça de ofensa se dirige também a outros bens e interesses como a defesa do consumidor — que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica (CF, art. 170, V) — a poupança popular e a fé pública. Em tal

sentido, pode-se afirmar que o delito é pluriofensivo e que se caracteriza por um concurso de bens jurídicos lesionados ou ameaçados de lesão.

25. No caso da consulta, inexistente a situação de perigo para o sistema financeiro nacional e os bens e interesses conexos por se tratar de mútuo com recursos próprios. Em consequência, desaparece a potencialidade do dano contra terceiros e o próprio sistema. E sem tal ameaça de prejuízo não há que se falar em conduta penalmente relevante.

D. O sujeito ativo

26. Trata-se de crime próprio ou especial ou seja, aquela modalidade de ilícito que somente poderá ser cometida por pessoa que tenha uma particular condição ou qualidade para agir (funcionário público, militar, advogado etc.). Na espécie, somente poderão cumprir o verbo referido pelo artigo as pessoas mencionadas no art. 25, ou seja, o controlador e os administradores da instituição financeira, assim considerados os diretores e os gerentes.

E. O sujeito passivo

27. O sujeito passivo primário é o Estado, como ente político de representação da comunidade e responsável pelo prestígio e eficiência do sistema financeiro nacional. Como sujeitos passivos secundários estão os integrantes da comunidade de um modo geral na medida em que podem sofrer ou sofrem efetivamente as consequências danosas dos atos ofensivos à normalidade do sistema financeiro. Caracteriza-se, em tal hipótese, o que a doutrina chama de “vítimas não especialmente designadas”.

28. No caso da consulta, inexistem tais sujeitos passivos, tanto sob o aspecto primário como secundário. O mútuo entre empresas do mesmo grupo, feito com recursos próprios, não caracteriza

25. “Comentários ao Código Penal”, Revista Forense, VII/289, RJ, 1958.

26. *Direito Penal Especial*, RT, 1981, SP, p. 11. Editada antes da Lei 7.492/86, esta obra refere como norma incriminadora especial a prevista no art. 34 da Lei 4.595/64.

27. Aníbal Bruno, *Direito Penal — Parte Geral*, Forense, RJ, 1967, t. 2.º, p. 212.

o tipo de ilícito em exame. Não há que se falar em vítimas ou ofendidos, nem mesmo no sentido potencial.

F. O tipo objetivo

29. Com a elegância de estilo e a correção de científica que lhes são características, o mestre Aníbal Bruno ensina que o tipo “é o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal, ou, para dizermos com Beling a imagem reguladora (*Leitbild*), à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime. Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal”.²⁸

Assis Toledo, o coordenador dos trabalhos de reforma da Parte Geral do Código Penal, doutrina com precisão técnica que o tipo é “um modelo abstrato de comportamento proibido. É, em outras palavras, descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”.²⁹

30. O princípio da tipicidade constitui um corolário lógico do princípio da legalidade dos delitos e das penas, constitucionalmente instituído como direito e garantia individual.

Na hipótese em análise o princípio se torna exigível não somente à luz das coordenadas de Direito Criminal, segundo o art. 5.º, XXXIX da Constituição e art. 1.º do Código Penal, mas também sob o regime de garantias estabelecido pelo complexo normativo do Direito Tributário. O princípio da reserva absoluta da lei, que rege o direito público

restritivo — isto é, aqueles ramos do direito público que impliquem restrição da liberdade ou de direitos, como o direito tributário e sancionatório, em geral. A tipicidade cerrada, a estrita legalidade e a reserva absoluta da lei formal não possibilitam o alargamento do conteúdo da dicção normativa além de seus expressos limites até mesmo por força do princípio da legalidade exposto no art. 5.º, inc. II, da atual Constituição ou no art. 153, § 2.º, da EC 1/69, ambos assim redigidos: “II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; § 2.º. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

31. A “tipicidade cerrada” tem como correspondente no campo do Direito Penal o princípio da taxatividade³⁰ que se opõe ao abuso das normas penais em branco bem como à interpretação extensiva e à aplicação analógica em se tratando de normas incriminadoras. Salienta Rodriguez Devesa que a opinião dominante rechaça a teoria dos tipos penais abertos “porque el tipo del injusto ha de ser siempre *cerrado*, en el sentido de que ha de contener *todas* las características determinantes del injusto”.³¹ Para a submissão da conduta humana ao tipo penal de ilícito não valem as franquias legais estabelecidas

30. A doutrina esclarece que enquanto o princípio da reserva legal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. (Cf. Ferrando Mantovani, *Diritto penale — Parte generale*, CEDAM, Pádua, 1979, pp. 95 e ss.).

31. José Maria Rodriguez Devesa, *Derecho Penal Español — Parte General*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 422/423. (Grifos do original).

28. Ob. e loc. cit.

29. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de Direitos Penal*, Saraiva, SP, 1991, p. 127.

pelos arts. 126 do Código de Processo Civil³² e 3.º do Código de Processo Penal.³³

32. A exigência da tipicidade, ou seja, da adequação entre o fato humano e o modelo legal, constitui uma das missões de garantia do Direito Penal, consagrada na fórmula romana: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. Esta é a enfática proclamação de segurança gravada na Constituição e no primeiro artigo do Código Penal e acolhida pela doutrina e pela jurisprudência como princípio de legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva (ou anterioridade) da lei penal.

O princípio da legalidade e o seu corolário lógico, o princípio da taxatividade, são incompatíveis com a analogia e a interpretação extensiva, sempre que em função de uma ou outra se pretenda caracterizar um ilícito penal ou impor uma sanção correspondente. É oportuna, mais uma vez, a invocação do magistério de Aníbal Bruno ao enfatizar que “o Direito punitivo é a lei escrita, circunscrito aos fatos que, dentro dos limites da interpretação, ela compreende. Não pode ser integrado nas suas lacunas pelo suprimimento da analogia.”³⁴ Quanto à interpretação, vale recordar o mais destacado redator do Código Penal de 1940, Nélson Hungria, quando nos diz que “a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário”.³⁵

32. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

33. “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

34. Ob. cit., t. 1.º, p. 222.

35. *Comentários ao Código Penal*, Forense, RJ, 1958, v. I, t. I, p. 86.

33. Na lição de Damásio de Jesus, “o crime, sob o aspecto jurídico-formal, apresenta-se com as características do fato típico e da antijuridicidade. O primeiro requisito, é, pois, o *fato típico*, que consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos do delito contidos na lei penal”.³⁶

Embora consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, a expressão antijuridicidade vem sendo substituída, por autores contemporâneos, por ilicitude³⁷ posto revelar melhor adequação técnica. Esta foi a orientação adotada pela reforma instituída com a Lei 7.209, de 11.7.84, que, ao dar nova redação à Parte Geral do Código Penal, utilizou a expressão ilicitude ao tratar de causas de isenção de pena e de exclusão de crime (arts. 21, 32, 26, *caput* e parágrafo único e 28, parágrafos).

34. Como é curial, o art. 17 da Lei 7.492/86 só alcança operações de mútuo tomadas ou recebidas por administradoras de consórcio apenas e quando estas emprestarem recursos de consorciados (terceiros para efeitos da lei). Se os agentes da administradora aplicar em recursos próprios, como os decorrentes da taxa de administração, jamais incorrerão na conduta típica.

Esta conclusão tem “a clareza de sol mediterrâneo” para usar uma saborosa imagem de Nélson Hungria.

G. O objeto material

35. O objeto material do delito é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai o comportamento ofensivo do autor. Relativamente ao homicídio, será a pessoa humana que sofre a conduta (ação ou omissão) causadora do evento típico enquanto que no furto é a coisa subtraída.

36. *Direito Penal — Parte Geral*, Saraiva, SP, 1991, 1.º/197. (Grifos do original).

37. Por todos, Francisco de Assis Toledo, ob. cit., pp. 159 e ss.

da pelo delinquente. Conforme a síntese de Aníbal Bruno, o objeto material é a coisa ou pessoa, em suma, "que está contida na descrição legal do tipo. Seria preferível chamá-lo, à maneira dos alemães, *objeto da ação*".³⁸

36. O objeto material do ilícito previsto no *caput* do art. 17, da Lei 7.492/86, é o empréstimo ou o adiantamento. Quanto ao inc. I do mesmo dispositivo, tanto poderá ser o adiantamento de honorários, bem como a remuneração, o salário ou, ainda, qualquer outro pagamento nas condições referidas pelo *caput*. E relativamente ao inc. II, o objeto material é o lucro cuja distribuição é promovida de forma disfarçada.

Para os efeitos da Consulta, o objeto material a ser considerado é o empréstimo sob a modalidade de mútuo de dinheiro (Cód. Civil, arts. 1.256/1.264), a ser feito pelos diretores e demais agentes das administradoras de consórcios a empresas do mesmo grupo.

A mais detida análise em torno do tema é dispensável, porquanto a leitura do art. 17 deve ser feita em harmonia com o art. 1.º da lei de regência 7.492/86. E esta norma define a instituição financeira como a pessoa jurídica que capta, intermedia ou aplica recursos financeiros de terceiros, bem como a que custodia, emite, distribui, negocia, intermedeia ou administra valores mobiliários. Assim sendo, o empréstimo de dinheiro pertencente à administradora não pode ser considerado como objeto material do delito em análise.

H. O tipo subjetivo

37. O tipo subjetivo é o dolo, isto é, a vontade consciente e livre de realizar qualquer uma das ações previstas (tomar ou receber empréstimo ou adiantamento) querendo o resultado de perigo ou

dano para o sistema financeiro nacional e os bens jurídicos conexos.

O erro de tipo (CP, art. 20), ou seja, a errônea compreensão, de caráter essencial, a respeito de algum dos elementos que compõem a norma incriminadora, exclui o dolo. O agente supõe realidade distinta da que efetivamente existe. Ao erro equipara-se a ignorância, ou seja, a ausência de representação sobre elemento típico. Assim, por exemplo, se o diretor ou gerente da administradora de consórcio tomar ou receber empréstimo de empresa do mesmo grupo, praticado com recursos de terceiros, porém supondo que os recursos sejam próprios, não comete a infração. A dúvida não justifica a incriminação. O princípio *in dubio pro reo*, normalmente aplicável no campo da prova, isto é, dos aspectos factuais, e geralmente para ditar a absolvição, também incide no quadro da aplicação do Direito quando houver dúvida sobre qual a norma jurídico-penal que deve regular o caso concreto.

38. A modalidade culposa é de impossível punição jurídico-penal. Com efeito, além de exigir previsão específica (cf. o parágrafo único do art. 18 do CP), o projeto que se converteu na Lei 7.492/86 teve vetada a norma que institua uma forma geral de punição a título de culpa.³⁹

I. A culpabilidade

39. O princípio da culpabilidade se extrai do direito positivo, como se poderá ver pelos arts. 19, 29 e 121, § 4.º do Código Penal e se manifesta em outros dispositivos referentes ao crime e à pena (arts. 20 e § 1.º, 21, 22, 26 e parágrafo

39. Assim declarava o dispositivo vetado: "Art. 24. Se qualquer dos crimes de que trata esta lei é cometido sob a forma culposa, reduz-se a pena privativa de liberdade em 1/3 (um terço)."

38. Ob. cit., t. II, p. 211 (Grifos meus).

único, 27, 28, §§ 1.º e 2.º, 29 e parágrafos).

Em síntese muito apropriada Jescheck ensina que a culpabilidade é “reprochabilidad de la formación de la voluntad”.⁴⁰ Para o prestigiado escritor a culpabilidade significa que devem ser valorados negativamente os motivos que guiaram o autor na formação de sua vontade devendo, por isso, ser reprovado o fato.⁴¹

40. A culpabilidade jurídico penal tem como elementos: a imputabilidade, a consciência (real ou potencial) da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Na espécie, pelos elementos da Consulta, não há que se falar em consciência da ilicitude da conduta de quem possa agir de maneira transparente na atividade de tomar ou receber empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo às pessoas mencionadas no art. 17 da Lei 7.492/86, de recursos financeiros próprios.

O crime, como fenômeno de desvalor social não pode ser identificado somente em função de aspectos formais a que conduz a observação literal e estreita de uma norma penal. Antes de mais nada, o crime é a mais grave violação dos valores, dos bens e dos interesses juridicamente protegidos.

41. Sob outro aspecto, não há que se falar em reprovação social da conduta posto que a livre disposição dos recursos próprios é uma das conquistas individuais em um Estado Democrático de Direito que garante o uso, o gozo e a disposição do patrimônio.

É óbvio que o juízo de reprovabilidade penal da conduta humana deve estar suficientemente embasado em paradigmas éticos, sociais, políticos,

econômicos e culturais sob pena de se transformar o Direito Penal em depósito infinito de ilicitudes formais ou numa espécie de banco de dados para prover as ameaças do estado-administração sempre que a política de Governo queira lançar mão da pena criminal para intimidar os dissidentes ou rebeldes aos seus programas de ação. Este impulso incontrolável de criminalização tem se caracterizado nos últimos anos nas áreas do Direito Econômico e de suas disciplinas satélites financeiras e tributárias.

42. O erro de proibição (CP, art. 21) exclui a culpabilidade e, por consequência, a punição da conduta. Se o agente ignora a criminalidade do fato, isto é, atua com erro inevitável em torno da ilicitude do comportamento, estará isento de pena.

Tal hipótese é perfeitamente assimilável no campo das incriminações do Direito Penal Econômico em face do caráter extremamente fracionado do sistema, da flutuação dos elementos normativos dos tipos e da inflação legislativa.

J. Outros aspectos

43. Outros aspectos referentes à economia do delito em análise como, por exemplo, a consumação e a tentativa, a sanção etc., não carecem de análise posto não se relacionarem com o objeto da Consulta.

O princípio da intervenção mínima

44. Segundo clássica lição da doutrina, que merece apoio do legislador e do intérprete, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. São muito apropriadas e atuais as palavras do eminente e panteado Min. Nelson Hungria: “Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para

40. Hans-Henrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. de S. Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1981, 1.º/559.

41. Ob. e loc. citis.

a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal".⁴²

No mesmo sentido e mais recentemente, o jurista português Souza e Brito salienta que, traduzindo-se a pena em restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do acusado, cujo respeito é uma das finalidades essenciais do Estado, é indispensável que tal sacrifício seja necessário à paz e conservação sociais, isto é, à própria defesa dos direitos e das liberdades e garantias em geral, que constituem a base do Estado. E arremata: "É este o princípio da necessidade ou da máxima restrição das penas e das medidas de segurança (art. 18.º, ns. 2 e 3), que está ligado ao princípio da legalidade (art. 29.º), e ao princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal, como garantia da máxima objectividade e do mínimo abuso".⁴³

45. Em face do desenvolvimento econômico das sociedades contemporâneas, o Direito Administrativo-Penal ingressa vigorosamente nas pautas de vida dos governos e dos jurisdicionados. Para tanto, existem dois fatores essenciais: de um lado, a intervenção estatal nos domínios da previdência social e dos interesses coletivos e difusos, exigindo a multiplicação de leis, regulamentos e demais atos normativos; de

outro, os movimentos de descriminalização e despenalização que tendem a excluir do âmbito tradicional do Direito Penal as infrações de menor potencial ofensivo ou que possam ser melhor combatidas por outros ramos jurídicos em atenção ao princípio de intervenção mínima.

Sob outro aspecto, é inegável reconhecer a existência da inflação legislativa também nos domínios do Direito Criminal propriamente dito, na medida em que o Estado se aproveita do poder e dos mecanismos de comunicação de massa para tentar reverter o difuso e profundo sentimento de insegurança que alimenta o cotidiano das médias e grandes cidades. Em tais momentos a propaganda da lei penal como instrumento de exemplaridade tem sido constante, como se a prevenção e a repressão do crime pudessem ser atendidas somente através da lei que é, apenas, um dos mecanismos das instâncias formais, ao lado da Polícia, do Ministério Público, da Magistratura e das instituições e estabelecimentos penas e penitenciários.

Para corrigir tal publicidade enganosa o generoso princípio da intervenção mínima constitui um necessário e firme roteiro que se dirige não apenas ao legislador mas também ao intérprete e ao aplicador da lei, principalmente quando já existe uma grande variedade de normas penais por equiparação as quais constituem uma das faces dos tipos penais abertos.

O aludido princípio, portanto, se coloca como a providencial terceira via entre dois movimentos radicalizantes: o movimento de lei e de ordem que traduz um recrudescimento da violência institucionalizada na prevenção e repressão dos delitos, apelando para as penas corporais e infamantes através do discurso do crime e o movimento abolicionista que prega a mudança do sistema penal de feição ortodoxa por outro e revolucionário "sistema" que

42. *Comentários ao Código Penal*, cit., VII/178.

43. José de Souza e Brito, "A Lei Penal na Constituição", artigo publicado na coletânea *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 2.º/200.

não apenas substitui os atores nas instâncias formais de combate ao delito (policiais, promotores, juízes, advogados, serventuários), mas propõe a eliminação do próprio Direito Penal.

Por tudo isso não é demasiado afirmar que a garantia da melhor qualidade de vida, da maior participação das pessoas no mercado de trabalho e da integração em múltiplas atividades sociais, exige a redução, ao máximo, das hipóteses de intervenção do Estado.

E relativamente aos quadros do Direito Penal, impõe não apenas a diminuição do poder legiferante como também e necessariamente uma visão moderada e justa do intérprete que, no empenho de proteger a comunidade não estimule a abertura dos tipos penais para fechar as portas da liberdade e da segurança.

Respostas aos quesitos

46. Diante do exposto, podem ser indicadas as conclusões e respostas adiante:

1.º A natureza jurídica e as relações entre o Consórcio e a empresa Admi-

nistradora de consórcios estão tratadas, especificamente, nos itens 1 a 8;

2.º A identificação e a aplicação do patrimônio dos grupos de Consórcio e da empresa Administradora de consórcios foram analisadas nos itens 5 a 8 e 18, entre outros;

3.º O conceito jurídico-penal de Instituição Financeira e o seu alcance em matéria de incriminação foram examinados nos itens 9 a 17 e 20 a 23, entre outros;

4.º Ver itens 20 a 38;

5.º Ver itens 39 a 43;

6.º Não, conforme justificação no curso do Parecer;

7.º Não. O simples mútuo de dinheiro entre empresas não financeiras não realiza o tipo do art. 17 da Lei 7.492/86. O empréstimo de recursos próprios não caracteriza atividade típica de instituição financeira ou de empresas a ela equiparadas segundo o inc. I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 7.492/86.

8.º Não. A atividade assim descrita é penalmente atípica em relação a todo o sistema jurídico-penal.

Este é o meu parecer, SMJ.

Curitiba, 25 de agosto de 1994.

5 — ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

A PERTURBAÇÃO DOS SENTIDOS E DA INTELIGÊNCIA

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal
Membro da Academia Paranaense de Letras

INTRODUÇÃO

1. A partir de 1.º de janeiro de 1942 o novo Código Penal (Dec. lei n. 2.848, de 7.12.1940) decretou, pelo seu art. 24, que a emoção ou a paixão não mais excluiriam a responsabilidade penal. A antiga regra corresponde ao atual art. 28, com o aprimoramento técnico decorrente da reforma introduzida pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984, que modificou a Parte Geral do Código Penal.

Durante a vigência do Código Penal de 1890 (Dec. n. 847, de 11 de dezembro), o art. 27, § 4.º estabelecia: “Não são criminosos: (...) § 4.º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commeter o crime”.

Em seu *Código Penal Brasileiro*, o Lente Catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo e Advogado, Manoel Clementino de Oliveira Escorel, redigiu a seguinte nota a propósito deste dispositivo: “O dr. Baptista Pereira, que foi quem elaborou o presente Código, declara, em artigo publicado na revista de Jurisprudencia, vol. 2, pp. 374, 375 e 376, o seguinte: ‘A disposição contida no § 4.º do art. 27 do Código Penal que declara não criminosos — os que se acham em estado de completa privação dos sentidos e de intelligencia no acto de commeter o crime — não correspon-

de ao texto original; em vez de *privação* dos sentidos e de intelligencia o texto dizia — *perturbação dos sentidos ou de intelligencia*. É a fórmula do Código Bavarro que foi aceita com duas modificações sensíveis: uma referente á intensidade da perturbação que deve ser *completa* e não *qualquer*, porque só aquella tira ao individuo a consciencia do acto, ou a liberdade de determinação, evitando assim a redundancia do Código Bavarro; outra relativa á condição, que se supprimiu, de ser a perturbação imputavel a agente para evitar o gravissimo erro de se considerar passivel de pena, e, portanto, capaz de dolo contemporaneo da consummação, o individuo, v.g., que procurasse a embriaguez como meio de encorajal-o ao crime, ou que se prestasse a ser hypnotizado para servir de instrumento ao crime de outrem. Aconteceo, porém, que na publicação official do Código foi alterado o § 4.º do art. 27, sendo substituidas as palavras — estado de completa *perturbação* dos sentidos ou intelligencia — por estas outras — estado de completa *privação* dos sentidos e da intelligencia”.¹

2. As reações ao aludido texto foram generalizadas, principalmente em função das absolvições decretadas pelo

1. Ed. Duprat & Comp., SP, 1905, vol. I, p. 119.

Tribunal do Júri que estaria, ao abrigo da discriminante, absolvendo os “bárbaros matadores de mulheres” segundo a ácida crítica de um magistrado após encerrados os debates de mais um caso de homicídio passional. Alguns trabalhos específicos combateram aquela “indulgência plenária”² que se tornaria rotineira em determinado período.

3. Com o advento da Consolidação das Leis Penais, instituída pelo Decreto n. 22.213, de 14.12.1932, o dispositivo foi modificado para obter a seguinte redação: “Art. 27 — Não são criminosos: § 1.º (...); § 2.º (...); § 3.º (...); § 4.º — os que se acharem em estado de completa perturbação de sentidos e inteligência no acto de commeter o crime”. Substituiu-se, finalmente, o vocábulo *privação* por *perturbação* (de sentidos e inteligência).

UMA CONSULTA

4. O episódio agora rememorado através destas *Antiguidades* reflete na prática e na teoria a aplicação do § 4.º do art. 27 do Código Penal de 1890. Trata-se de um caso ocorrido em Valença, no Rio de Janeiro e sobre o qual famosos criminalistas emitiram parecer respondendo à consulta formulada pelo Advogado Luiz Antonio da Costa Carvalho.

Para a melhor compreensão da matéria, tanto a consulta como os pareceres são publicados integralmente, obedecendo a ortografia original. A fonte consultada é um dos clássicos da literatura de Direito Penal e Criminologia: *Criminalidade passional*, de Evaristo de Moraes.³

2. Por exemplo, Roberto Lyra, *Polícia e justiça para o amor*, Editora S.A. A Noite, RJ, sem data de impressão; *O amor e a responsabilidade criminal*, Livraria Acadêmica, São Paulo, 1932; *O suicídio frustrado e a responsabilidade dos criminosos passionais*, Jornal do Comércio, RJ, 1935.

3. Editores: Livraria Academica e Saraiva & Cia, SP, 1933.

EXPOSIÇÃO DO CASO

5. “Os irmãos A. e T. eram socios e separando-se amigavelmente a sociedade, T. com a ajuda de A. associou-se a J., cunhado de A., de quem era amigo.

“Pouco, porém, durou esta sociedade porque desavieram-se os socios T. e J. devido á má orientação d’este que era o gerente e que chegou até abandonar o estabelecimento comercial, o qual, por ordem do Juiz de Direito da Comarca, foi arrecadado e fechado para garantia dos credores da massa.

“Desde então, e sem razão, J. inimizou-e com os irmãos T., seu ex-socio, e A., seu cunhado, porque, ao que se sabe, explorado na sua ignorancia, por inimigos de A., a este attribuia a sua infelicidade comercial.

“Por motivo desta inimizade que se transformou em odio profundo e que recrudescia de dia para dia, J., diariamente e em todas as ocasiões e lugares que se lhe ofereciam e que não perdia, postava-se em frente á casa commercial de seu cunhado A. e ali, em plena rua e em altas vozes, provocava-o, insultava-o, atirando-lhe baldões infamantes, calumniando-o, procurando, por todos os modos, amesquinha-lo nos seus brios, offendel-o na sua dignidade, maltratál-o na sua honra e na honra de sua esposa, cujo nome, cuja reputação, sem o menor recato e sem a minima consideração atiráva á lama das sargetas, não attendendo, ao menos, a circumstancia de ser ella sua irmã e de ter tido sempre um procedimento honesto e digno, acima de qualquer suspeita.

“Canalha, cachorro, sem-vergonha, ladrão, eram, entre todos, os epithetos atirados, de publico, em altos brados, por J. contra A., e isso diariamente por espaço de trinta dias consecutivos, tendo sido inuteis e baldados todos os esforços de A. no sentido de fazer cessar este estado de cousas e não logrando resul-

tado as providencias que, nesse sentido, pediu ás autoridades (Delegado de Policia e Promotor Publico) já directamente, já por interpostas pessoas, já verbalmente, já por escripto. E recrudescia a campanha, augmentando de violencia a perseguição de J. ao passo que diminuiam as energia de A., enfraquecendo-se-lhe o poder de resistencia aos embates que lhe massacravam a honra, conturbando-lhe a razão, perturbando-lhe o entendimento.

“Estavam nesse pé as cousas quando, em certo dia, como de habito, J. depois de ingerir o liquido estimulante das suas proezas, iniciou os seus ataques á dignidade e á honra de A. que fortemente agitado resistia ainda e soffria resignadamente por amor dos seus filhos ás agruras dessa campanha e acontecendo que uma sua filhinha de 4 anos que estava ali, chegasse a porta e fosse avisada por J., seu tio, este n’um gesto indigno, proferiu a phrase fatal: “A. pergunta a essa menina si ella é filha de teu irmão T.”, phrase que foi ouvida por T. que, infelizmente, chegava ao local no momento e que repelliu, como lhe cumpria, com indignada energia, o dito infame, sento então aggreddido por J. que, forte, corpulento e robusto, contra elle investe, n’um impeto violento e brutal, e, com elle atracando-se, o derribou, subjugando-o de encontro ao solo.

“Não resistiu mais, não pode então reagir e n’um gesto brusco, n’uma furia louca, n’um arremesso formidavel, empunhando um revolver, A. corre e descarrega sua arma sobre J. que estava a cavallo sobre T. estendido ao chão ferindo-o mortalmente.

“E’ então que, por seu turno, desorientado pela situação penosa em que estivera e ferido por um tiro, F. desvenilhando-se a custo de seu aggressor e inimigo que o abafava e constrangia com o peso de seu grande corpo e com a pressão violenta das mãos, verdadeiras tenazes de aço, sacca uma arma e

despeja-a também sobre J. A’ vista do exposto.

“Consulta-se:

“Estariam A. e F. em condições normaes de imputabilidade, ou, ao contrario, demonstraram estar em estado de completa perturbação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime, para que a seu favor se possa invocar a excusativa do art. 27, § 4.º, do Cod. Penal?

“(assignado) LUIZ ANTONIO DA COSTA CARVALHO.”

Advogado.

PARECER DO PROFESSOR DR. ESMERALDINO BANDEIRA

6. “Vista a consulta, que expõe com clareza o caso concreto sobre que versa, respondo com o seguinte

PARECER

“O facto ocorrido com os irmãos A. e F. e com J. cunhado do primeiro e ex-socio do segundo, desde que não reúna os requisitos indicados no art. 34 e seus quatro numeros do Cod. penal, para a configuração da legítima defesa PROPRIA com relação a F. e da legítima defesa de OUTREM com relação a A., nos termos do § 2.º, art. 32, do dito Codigo, constitue, sem duvida, a dirimente prevista no § 4.º, do art. 27, desse Codigo, substituida a palavra *privação* ahi empregada, pela palavra *perturbação*, indicada no art. 38 do dec. n. 4780, de 27 de dezembro de 1923.

“Realmente, os continuados insultos e as reiteradas provocações de J. contra A. seu cunhado; as injurias e as calumnias proferidas e arrogadas por J. de publico, em altas vozes e em frente á casa de A., contra este e contra F.; a aggressão physica feita por J. contra F.; a luta material que entre estes se seguiu, e em que F. era dominado e espancado por J.; são factos que, conjugados, não podiam

deixar de levar A. e F. ao estado de perturbação mental de que se trata no § 4.º do art. 27, do citado Código, e que dirime a responsabilidade de quem nesse estado commette qualquer crime.

“E não diga que no precitado paragrapho cogita o Código sómente dos estados passionaes pathologicos e dos casos de loucura em suas formas clinicas.

“Além desses, comprehende o Código, na amplitude redaccional de seu dito paragrapho, um outro estado a que o Direito e a Psychiatria attribuem completa irresponsabilidade: o estado emocional.

“Sobre este ultimo estado escreve magistralmente José Ingenieros, á pag. 150 de sua *Criminologia*, 6.º edição argentina: — “Homens de uma conducta perfeitamente normal, sempre senhores de suas acções, pôdem commetter um acto delictuoso num impeto imprevisito e inevitavel. Todos, com raras excepções, pôdem achar-se nesse caso; a linguagem forense se tem sempre inclinado a julgar benignamente esses casos. Certos sentimentos e paixões, profundamente arraigados em nossa personalidade, são violentamente saccudidos por *determinadas percepções e provocam reacções immediatas, insusceptiveis de todo dominio moral ou intellectual*; o ato criminoso é tão instantaneo como a investida do touro excitado pela visão do panno encarnado... Essa impulsividade accidental” sómente implica uma “perda transitoria do dominio dos actos”.

“O caso da consulta vem exactamente formulado em these nesta licção de Ingenieros.

“A. suprehendido com a visão e com o espetaculo da luta desigual e sangrenta entre seu irmão honesto e injustamente aggreddido e seu cunhado alcoolisado e aggressor, que no chão o havia lançado e ahi o subjugava e espancava; surprehendido com essa visão e esse espetaculo, A. perdeu inteiramente a consciencia de si proprio e o dominio de seu animo e de seus actos, sendo assim

arrastado a um estado emocional em que commeteu o crime que se lhe attribue.

“Não é possivel em tal conjunctura deixar de vêr-se o estado emocional em que se achava A. no acto de commetter o crime, e tambem não é possivel deixar-se de reconhecer em seu favor a dirimente estabelecida no § 4.º do Código citado.

“Para os casos como este, e não para os dos que ferem ou matam por paixões já em si censuraveis ou immoraes, é que o legislador estatui a referida dirimente.

“Com referencia a T. bem se poderia vêr no *crime* um caso de legitima defesa. E’ questão de verificar se as circumstancias do facto enumeram a totalidade dos requisitos especificados no art. 34.

“Na hypothese de não enumerarem todos esses requisitos, ressalta evidente a completa perturbação dos sentidos e da intelligencia de F., á vista da aggressão violentissima de um individuo alcoolisado e muito mais forte do que elle, e em consequencia dos momentos de verdadeira allucinação de uma luta em que a morte se lhe mostrava não possivel senão imminente.

“Em vista do exposto e discutido, respondo ao quesito unico da consulta: não estavam A. e F. em condições normaes de imputabilidade no momento em que commetteram o crime de que os accusam, podendo, por isso, invocar em seu favor a dirimente do art. 27, § 4.º, do Código Penal.

“E” como penso, S.M.J.

“Rio, 13-1-1924.

“(Assignado) ESMERALDINO BANDEIRA.”

PARECER DE EVARISTO DE MORAES

7. “Averiguadas, que tenham sido, as circumstancias expostas na consulta, e tendo-se verificado o facto tal como na mesma se narra, parece-me fóra de

duvida que A. e F. não podiam estar em condições de imputabilidade, sendo mais do que provavel a sua profunda perturbação emocional e mental.

"A applicação a elles da dirimente estabelecida pelo § 4.º do art. 27 do Cod. Penal resulta da theoria esposada pelo mesmo Codigo, que, seguindo as licções da chamada "Escola Classica" baseou, ainda, a *responsabilidade penal* na *responsabilidade moral*, assente esta no *livre arbitrio*.

"Uma vez que só se póde considerar *responsavel* quem tem a *vontade livre* e a *intelligencia lucida*, e uma vez que o Codigo não cogitou da *responsabilidade limitada*, tem-se de concluir, logicamente, que, nos casos como que vem exposto na consulta, desaparece a *imputabilidade*, e, consequentemente, a *razão de punir*.

"Não discuto, aqui, si é bôa ou má a theoria acceita pelo nosso Codigo; apenas, tiro della a unica conclusão plausivel, racional.

"A opposição feita ás absolvições dos individuos na situação de A. e T., só poderia se basear em principios outros, que o nosso Codigo não adoptou.

"Individuos constantemente atacados em sua honra e dignidade, frequentemente envergonhados, deprimidos perante o publico, ficaram, como é natural, em estado de superexcitação permanente.

"Succedeu que, certa vez, veio novo insulto, de character torpissimo, augmentar a superexcitação anterior.

"Explodiu, com o choque da subita emoção, a paixão preexistente, dominado, por completo, a vontade, obscurecendo a intelligencia.

"Reconhecem a irresistibilidade de certas paixões muitos autores notaveis, que eu citei nos meus *Problemas de Direito Penal e de Psychologia Criminal* (pags. 158, 161, 173 a 175).

"O que é preciso, de accôrdo com a preclarissima doutrina de Enrico Ferri, é perscutar a indole, a origem, o fundamento da paixão.

"No caso, segundo o que se affirma na consulta, trata-se de uma paixão eminentemente *social*, produzida pela offensa á honra e á dignidade familiar.

"D'ahi se me afigurar que se reúnem os requisitos da *perturbação completa*, capaz de dirimir a imputabilidade, em face do Codigo.

"Rio de Janeiro, 26 de janeiro de 1925.

"(assignado) EVARISTO DE MORAES."

PARECER DO DR. ALFREDO PUJOL

8. "Pela exposição feita, o caso tem defesa muito procedente, quer pela privação de sentidos, quer, mesmo pela legitima defesa.

"Si os factos narrados na consulta puderem ser cumpridamente provados a situação dos réos é optima perante o Jury.

"Recommendo, para o caso, o livro do Dr. Evarisco de Moraes, *Problemas de Direito Penal e de Psychologia Criminal*.

"S. Paulo, 20 de janeiro de 1925.

"(assignado) ALFREDO PUJOL".

PARECER DO PROFESSOR DR. HENRIQUE ROXO

9. "Em face dos antecedentes que lembra a consulta e comprovada a verdade delles, penso que se poderá justamente invocar a dirimente da "perturbação de sentidos e de intelligencia".

"Rio, 12 de fevereiro de 1924.

"(assignado) HENRIQUE ROXO".

PARECER DO PROFESSOR DR. AFRANIO PEIXOTO

10. "Dada a exposição da querela entre os irmãos T. e A., principalmente este, e J., a insistente provocação insultuosa deste incitado por libações e abusando da força, contra a moderação

e as responsabilidades de seu cunhado, o estado mental deste devia, por paixões diversas (a paixão é uma emoções prolongada ou chronica, de medo, vergonha, resentimento, ira, odio) estar bastante alterado.

“A lei e a praxe brasileira e dos paizes latinos admitem a paixão e os estados passionaes como attenuantes da responsabilidade criminal; nos termos

do § 4.º, do art. 27, do nosso Codigo, *até como dirimentes*.

“Minha opinião, inspirada nos termos da exposição que antecede esta consulta, é que não podiam ser, no acto delictuoso, normaes as condições psychologicas de T. e A.

“Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 1925.

“(assignado) AFRANIO PEIXOTO”.