

Duza.
REVISTA BRASILEIRA DE

ciências criminais

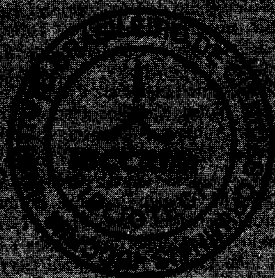
ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 2 - n. 8 - outubro-dezembro - 1994

8

**REVISTA
DOS TRIBUNAIS**

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



ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA

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 Nouis Mogyano; **1.º Vice-Presidente:** Luiz Carlos Betanho; **2.º Vice-Presidente:** Sérgio Salomão Shecaira

Trimestral — ANO 2, número 8, OUT-DEZ/94

Diretor: Carlos Vico Mañas.

Conselho diretivo: Aduino 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 Hassam; Luciana Ferreira Leite Pinto; Márcio Bartoli; Maurício Zanóide de Moraes; Maurides de Melo Ribeiro; Messias José Lourenço; Ranulfo de Melo Freire; Roberto Delmanto Júnior; Roberto Maurício Genofre; Rui Stoco; 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 Pachi, Luciana Ferreira Leite Pinto, Luíza 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, Aduino Alonso Silvinho Suannes, Adriano Marrey, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Areias Bulhões, 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, Haroldo Pinto da Luz Sobrinho, 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, Licínio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Mauricio Kuehne, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, 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 Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramirez, 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, 78 — Caixa Postal 678

Tel. (011) 607-2433 — Fax (011) 607-5802

CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Digitação e Diagramação eletrônica: CHC INFORMATICA S/CLTDA., 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

Este oitavo exemplar referente ao último trimestre de 1994 é publicado após dois episódios considerados vitais ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais que devem ser registrados. O primeiro, diz respeito à sua efetiva participação no XV Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, realizado no mês de setembro, no Rio de Janeiro, ocasião em que, com o importante apoio e prestígio do Grupo Brasileiro da AIDP, marcou sua presença no importante evento ao patrocinar duas concorridas mesas de debates compostas por penalistas nacionais e estrangeiros, conferências que serviram para a sua consolidação nacional e torná-lo internacionalmente respeitado.

Outro momento relevante, teve a ver com a realização de eleição geral da sua nova direção que passou das mãos do operoso Luiz Flávio Gomes, seu primeiro presidente, às do companheiro Alberto Zacharias Toron, eleito para o biênio 95/96, alteração de comando resultado do ideário democrático que rege a entidade.

Para comemorar fatos dessa magnitude, o Conselho Diretivo selecionou e publica neste volume — além das suas já conhecidas seções permanentes de Jurisprudência Comentada, Organizada, Ementários, Antigüidades de Direito Criminal, Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, Legislação, Resenha Bibliográfica — trabalhos internacionais de reconhecida qualidade assinados pelos Profs. Elio Morselli, Jorge de Figueiredo Dias, Patrícia Laurenzo Copello e Winfried Hassemer, que tratam de temas referentes a criminologia; reforma do Código Penal Português; reparação do dano às vítimas através dos Tribunais; repressão às drogas e de política criminal, e, na parte nacional, artigos de Elias Boanain Júnior; Fauzi Hassan Choukr; Luiz Flávio Gomes; Luiz Vicente Cernicchiaro; Marco Aurélio de Mello; Roque Antonio Carrazza e Sérgio Demoro Hamilton.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

O elemento subjetivo do crime à luz da moderna criminologia — ELIO MORSELLI.....	7
O Código Penal português de 1982 e a sua reforma — JORGE DE FIGUEIREDO DIAS	14
Drogas: o modelo repressivo é inútil — PATRICIA LAURENZO COPELLO..	38
Perspectivas de uma moderna política criminal — WILFRIED HASSEMER...	41

2. DOUTRINA NACIONAL

Terapêutica Penal? — ELIAS BOAINAIN JÚNIOR	52
A ordem constitucional e o processo penal — FAUZI HASSAN CHOUKR	57
A contravenção do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido) — LUIZ FLÁVIO GOMES	69
Código Penal — Concurso de pessoas. Crime continuado. Penas — Aplicação e execução — LUIZ VICENTE CERNICCHIARO	85
Temas de Direito Penal. 1. Nosso direito positivo e a tortura 2. Da inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072, de 25.7.90 — MARCO AURÉLIO DE MELLO	93
O ICMS e o delito capitulado no art. 2.º, II, da Lei 8.137/90. Problemas conexos — ROQUE ANTONIO CARRAZZA	103
A técnica do parecer — SÉRGIO DEMORO HAMILTON	111

3. XV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

Delitos contra o meio ambiente — Aplicação da parte geral	127
Mesa redonda sobre crime organizado	143

4. O NOVO ESTATUTO DA OAB — ASPECTOS POLÊMICOS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) — SÉRGIO BERMUDEZ	159
A Ação Direta de Inconstitucionalidade — JOSÉ AFONSO DA SILVA	169

5. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O caso dos irmãos Naves — RENÉ ARIEL DOTTI.....	184
---	-----

6. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor — ANA CLAUDIA CARVALHO VIGLIAR	198
Unificação das penas — MÁRCIO BÁRTOLI	207

7. JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Mandado de Segurança e Liberdade provisória — Tráfico de entorpecentes — TJSP — MS 161.115-3/1 — 5. ^a C. — J. 12.5.94 — Rel. Des. Poças Leitão — Rel. vencido Dante Busana	212
Preso — Direito à remoção — Pena — Cumprimento — Transferência de preso — Natureza — STF — HC 71.179-1-PR — 2. ^a T. — J. 19.4.94 — Rel. Min. Marco Aurélio	215
Regime — Aplicação da lei no tempo — STF — HC 71.009-3-MG — 2. ^a T. — J. 15.4.94 — Rel. Min. Paulo Brossard	217

8. EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA — ALBERTO ZACHARIAS TORON E ROBERTO DELMANTO JUNIOR	221
---	-----

9. DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Gravidez de alto risco — Abortamento necessário ou terapêutico — Juiz JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES	239
---	-----

10. JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA	247
--	-----

11. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES

Perda do cargo de Prefeito Municipal e inabilitação para o exercício de qualquer outro cargo ou função pública — RUI STOCO	307
---	-----

12. LEGISLAÇÃO	311
-----------------------------	-----

13. RESENHA BIBLIOGRÁFICA

Reavaliação do papel da vítima no processo criminal — Antonio Scarance Fernandes — SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA	315
Culpabilidade e reprovação penal — Antonio Luiz Chaves Camargo — SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA	318

O ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME À LUZ DA MODERNA CRIMINOLOGIA

ELIO MORSELLI*

Catedrático de Direito Penal na
Universidade de Perugia
(Itália)

A doutrina deve, hoje, examinar novamente e em profundidade, os princípios e conceitos fundamentais do direito penal, a fim de averiguar se — e até em que ponto — está correta a sua colocação tradicional, sobretudo à luz dos enormes progressos que, dia após dia, vêm sendo alcançados pelas ciências sociais extrajurídicas, entre elas a Psicologia, a Sociologia e a Criminologia.

Uma revisão radical do relacionamento entre a dogmática e a criminologia se impõe, com urgência, e deve ser feita antes de qualquer outra providência.

Como bem sabemos, a dogmática e a criminologia caminharam, durante longos anos, por caminhos diversos. Aliás, pode-se dizer que, por muito tempo, se ignoraram reciprocamente. Depois, por muitos decênios, pareciam ainda se ignorarem, como se não tivessem em comum o objeto da própria pesquisa, ou seja, o delito: uma se definia como ciência normativa ou dos valores, ou, ainda, como ciência do dever ser; a outra — criminologia — apresentava-se como ciência naturalista, empírica, daquilo que é. Entre os dogmáticos chegou-se até, especialmente na Itália, a hostilizar-se acirradamente a criminologia, não obstante ter esta ciência surgido exatamente na Itália, através do gênio de Cesare Lombroso, e, em seguida, através da Escola Positiva, dirigida por juristas de fama internacional como Enrico Ferri,

Raffaele Garofalo, Eugenio Florian, Filippo Grispigni, e outros.

Somente nos anos 60 criou-se, na Itália, uma cátedra de criminologia, sob a denominação de Antropologia Criminal, confiada a Benigno Di Tullio. Desde então, ainda que muito lentamente, multiplicaram-se as cátedras, mas estas foram atribuídas prevalentemente, a estudiosos formados em medicina. Ainda hoje, na Itália, poucos são os professores de criminologia com formação jurídica, e estes poucos ocupam, na sua maioria, cátedras de segundo nível, que na Itália são chamados de professores associados e não titulares.

A criminologia permanece, ainda em nossos dias, na Itália, como uma cadeira de segunda ou terceira categoria, não obrigatória, e até mesmo complementar. Na maioria de nossas faculdades de Direito, a criminologia sequer é ensinada, pela simples razão de não haver professores suficientes com tal habilitação.

Tudo isto está a demonstrar que, não obstante uma notável abertura e uma disponibilidade manifestadas nos últimos dois decênios entre as duas disciplinas, ainda não se pode dizer que exista uma compreensão recíproca, nem tampouco,

* Conferência pronunciada na Escola Paulista do Ministério Público. Texto com revisão de português e redação final a cargo do Prof. Dr. José Henrique Pierangeli.

uma recíproca colaboração. Estas duas ciências, em conclusão, continuam a seguir cada uma delas o seu caminho. Não mais se ignoram, mas falam línguas diversas.

E pensar-se que foi o próprio Franz von Liszt, o maior jurista e criminólogo alemão da primeira metade deste século, a promover e a preconizar uma unidade de trabalho, um trabalho comum, entre as duas disciplinas, quando, então, fundou a chamada *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, isto é, a ciência integrada pelo direito penal. E até hoje, a mais importante revista alemã de direito penal, — a *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* — caminha nesta direção.

E o próprio Hans Heinrich Jescheck, autor do mais importante tratado de direito penal que a literatura alemã possui atualmente que, em 1972 profetizara: “Quais são os caminhos que percorrerá no futuro a teoria do crime?(...) Provavelmente a colaboração entre a dogmática penal e a criminologia empírica conduzirá a novas perspectivas no quadro da parte geral do código penal”.

Dessarte, quando o ilustre penalista espanhol Enrique Gimbernat Ordeig, em um de seus escritos, de 1971, ansiosamente pergunta: “Terá futuro a dogmática jurídico-penal?”, a resposta é bem simples: sim, a dogmática penal “tem um futuro”, porém, com a condição de que se ajuste e colabore com a moderna criminologia.

É claro que não podemos aqui enumerar — e muito menos explicar, nem mesmo resumidamente — os numerosíssimos problemas da teoria do crime que, na nossa maneira de ver, podem receber uma nova luz, e, portanto, uma solução mais satisfatória, se observados sob a perspectiva criminológica. Existe, por exemplo, o problema da distinção entre autor e co-partícipe no concurso de pessoas; o problema de individualizar o início da atividade, objeto de punição, ou

seja, a distinção entre atos preparatórios e atos de execução em sede da tentativa; o problema da relevância do erro relativo à lei penal; o problema da explicação das chamadas *actiones liberae in causa* no quadro do princípio da *stricta* legalidade e, conseqüentemente, da tipicidade, e assim por diante.

O assunto que aqui desejamos tratar refere-se somente ao elemento subjetivo do dolo e da culpa, especialmente do dolo.

Na verdade, é exatamente o problema do dolo que constitui a *chave* para a solução do mais amplo problema do relacionamento entre a dogmática e a criminologia. E a nosso aviso, enquanto se continuar a entender o dolo como *prevenção e vontade do evento*, ou seja, do fato delituoso, a teoria do delito ficará ancorada de modo indissolúvel, aos esquemas tradicionais, completamente independentes, e, até mesmo em total contraste com os dados da criminologia moderna.

Diz-se, com efeito, que um delito é doloso quando o evento é previsto e querido pelo agente. Mas, este é um esquema muito impreciso, que não pode enfrentar uma crítica severa. Exemplifiquemos: no dolo chamado eventual, o agente prevê a possibilidade do evento, mas não se pode dizer também que ele o queira: o terrorista que coloca uma bomba somente para destruir um monumento, não deseja matar ninguém, embora preveja e aceite o risco de que naquele momento alguém possa vir a morrer. O mesmo diga-se do dolo chamado *indireto*, ou de segundo grau: é o caso de um terrorista que, por exemplo, querendo assassinar um chefe de Estado, atira uma bomba, vindo a matar, além da pessoa que objetiva, outras pessoas. Uma intenção real poderá também faltar muito freqüentemente, nos crimes omissivos, como, por exemplo, na omissão de socorro, em que poderá subsistir o dolo, conquanto o emitente não tivesse tomado

nenhuma decisão de não socorrer, mas tenha só omitido conscientemente o socorro. Por outro lado, há casos em que poderá existir a vontade consciente de realizar o evento, e, apesar disso, faltar o dolo e existir apenas a culpa, como, por exemplo, no caso de legítima defesa putativa, ou no excesso culposos nas causas de justificação.

Muitíssimas outras considerações poderiam ser feitas para demonstrar o quanto é inexata a tradicional equiparação que se costuma fazer entre a consciência e a vontade de realizar o evento, e o dolo. Na realidade, são inúmeras as hipóteses em que o dolo subsiste, não obstante a falta de vontade de realizar o evento e, vice-versa, existe a culpa, mas não o dolo, embora exista a vontade de realizar o evento.

Consequentemente, se o dolo e a vontade não coincidem em muitíssimos casos — podendo perfeitamente existir o dolo sem a vontade e a culpa, não obstante a vontade —, então, em que consiste o dolo?

É exatamente aqui que se abre para a dogmática a “grande porta” da criminologia. E é aqui que se inicia a grande contribuição reconstitutiva da criminologia para a sistemática da teoria do crime.

Nestes últimos decênios, a psicologia dinâmica, ou do profundo, muito iluminou os mecanismos intrapsíquicos que levam o delinquente à realização do crime.

Segundo tal concepção psicológica — que se inspira na psicanálise de Sigmund Freud — o termo *vontade* representa a função pela qual o *Eu* de um indivíduo exerce um controle finalístico, ou seja, teleológico, aos próprios impulsos interiores anti-sociais ativos na subjacente esfera do inconsciente, também chamada *Es* ou *Id*. Pois bem, sempre de acordo com esta concepção — embora apresente uma aparência oposta — cada delito é o resultado não de um tal controle finalístico, mas, justamente, ao contrário,

isto é, o resultado de uma falta do dito controle. Mais precisamente, podemos dizer que, enquanto nos delitos culposos o *Es* ou *Id*, ou seja, os instintos anti-sociais fogem ao controle do *Eu*, enganando-o (em outras palavras, tais delitos culposos acontecem por leviandade, distração ou erro do sujeito), nos delitos dolosos sucede, ao contrário, que o *Eu* se associa com tais instintos, adere a eles, diz *Sim* à direção anti-social assumida por eles, tornando-se, deste modo, cúmplice numa atitude interior negativa, ou seja, de condescendência.

O dolo, portanto, pode ser definido, em termos psicodinâmicos, como a “atitude interior de adesão aos próprios impulsos intrapsíquicos anti-sociais”.

Esta definição permite concluir, com clareza, como a noção de dolo cientificamente correta não é de natureza racional-volitiva, mas sim emocional. O dolo é aquilo que os antigos romanos, e, depois deles, os juristas medievais e aqueles do período intermediário, como também os canonistas, costumavam chamar, com termos emotivamente carregados, como *animus nocendi, injuriandi, decipiendi, laedendi, lucrufaciendi*, ou então, *mala fides, dolus malus, animadversio, prava voluntas*, etc., e que ainda hoje se encontra em expressões como *evil intent, mens rea*, a *malice* da jurisprudência anglo-saxônica, ou, então, *malícia* ou *alevosia* do código penal espanhol, *böse Absint*, ou má intenção, no dizer do código austríaco, *Gesinnung* anti-social, segundo a expressão do código alemão etc.

Claramente, a prática do direito em sede processual, pode tornar menor, por exigência da simplificação, um conceito de dolo assim aprofundado. Mas isto não o preserva de se encontrar diante de uma série de dificuldades e de contradições lógicas. Tais dificuldades e contradições podem ser adequadamente superadas somente através de uma noção cientificamente correta, como esta que aqui propomos.

O dolo é, em substância, *animus nocendi*, é má-fé criminosa. Isto explica porque o terrorista se encontra em dolo eventual, ou seja, indireto, mesmo quando não tem a vontade expressa de matar: ele está em dolo porque tem o *animus occidendi*, posto que aceita o risco de matar. Isto explica também porque quem age em estado de legítima defesa putativa não está em dolo, mas somente em culpa, embora tenha a vontade de matar. Assim, também se explica porque aquele que omite conscientemente a conduta de prestar socorro a quem se encontra em perigo de vida está em dolo, mesmo que não tenha propriamente decidido “em não socorrer”, mas limita-se a “ir adiante”, distanciando-se com cinismo ou indiferença. Enfim, assim se explica porque aquele que age erroneamente em relação à lei penal se encontra igualmente em dolo: não é importante propriamente aquilo que ele pensa ou acredita, mas sim aquilo que ele sente, e, precisamente o *animus* anti-social com o qual ele age.

Tal noção psicodinâmica do dolo foi por nós proposta na doutrina através de uma contribuição posta em evidência na revista italiana “Arquivo Penal”, do ano de 1966. Ela encontrou logo algumas adesões, muito respeitáveis, como a do ilustre jurista, assaz conhecido na América Latina, Giuseppe Bettiol, hoje falecido.

E foi para mim uma grande satisfação averiguar — por ocasião de minha primeira viagem ao Brasil, em 1987 — que o ilustre colega e grande amigo, Paulo José da Costa Junior, conhecedor profundo da doutrina italiana e sempre muito atento ao seu desenvolvimento, tinha prontamente manifestado sua plena adesão a esta nova e moderna visão, no precioso comentário que ele fez ao Código Penal brasileiro, parte geral, volume primeiro, em que lemos, na p. 172, uma expressa referência ao nosso pensamento: “O que se poderia sustentar modernamente, com maior acerto, é que a essên-

cia do dolo está naquele comportamento interior que os alemães denominam *Gesinnung*, que os povos latinos preferiram chamar de *animus*, correspondente à boa-fé ou à má-fé criminosa”. Semelhante fator psicológico, “presente em todos os crimes, constitui a essência do dolo, e representa a projeção, no quadro de cada tipo legal, da tendência criminosa a eles peculiar”.

Entretanto, não poderiam faltar críticas a tal concepção. Assim, por exemplo, Franco Bricola, Ferrando Mantovani e muitos outros, escreveram que esta concepção importaria uma excessiva subjetivação do ilícito penal, com conseqüente perigo de enfraquecer a defesa garantida pela Constituição italiana para assegurar os direitos individuais de liberdade. Com isso poder-se-ia correr o risco de punir o sujeito ativo somente pelo seu modo de ser, ou seja, pelo seu caráter, em vez de puni-lo pelo fato por ele cometido, passando, assim, de uma concepção liberal do “direito penal do fato”, para uma concepção do “direito penal do autor”, bem conhecida como de inspiração nazista.

Tal crítica, porém, não possui fundamento, pois, longe de enfraquecer aquelas garantias individuais contidas na Constituição, a noção psicodinâmica do dolo, como atitude interior, a reforça, pois, não se contenta em acentuar o aspecto meramente objetivo e exterior do fato, mas, ao contrário, requer por parte do juiz a averiguação de um elemento subjetivo ulterior, de um *quid pluris*, sem o qual não é permitido incriminar-se um indivíduo. Assim, por exemplo, não basta se certificar ter uma pessoa querido matar alguém, mas é necessário também averiguar se o fez com *animus occidendi*, ou, ao contrário, se atuou com *animus defendendi*, como acontece quando a ação é realizada em estado de legítima defesa putativa. Em tal situação subsistem, de fato, todas as características objetivas e exteriores do homicídio e

subsistem, igualmente, quer a previsão, quer a vontade da morte do outro: peca por defeito somente o *animus occidendi* e é o quanto basta para que o indivíduo seja absolvido!

Outras críticas forma feitas por Luigi Conti. Ele escreveu, antes de mais nada, que a noção de dolo que apresentamos não corresponderia àquela enunciada pelo nosso legislador no art. 43, do Código Penal. Escreveu, ainda, que nossa concepção implicaria, por parte do juiz, num grau “excessivo de introspecção psíquica” sobre o imputado, e isto se prestaria a incertezas, ou a um arbítrio subjetivo do juiz.

À primeira objeção, respondemos que o código penal italiano, como quase todos os códigos penais modernos, não fornece uma verdadeira e apropriada definição do dolo, mas somente um aproximado “critério de reconhecimento” como aquele fundado na previsão e na volição. Em última análise, a definição de dolo deve ser tarefa deixada à doutrina.

À segunda objeção, respondemos que um simples grau de introspecção psíquica é, de fato, indispensável para levar à conclusão cada processo, onde se deseja evitar no máximo possível, os erros judiciais. Além do mais, o nosso legislador requer expressamente tal introspecção em muitíssimos casos, quer na parte geral, quer na parte especial do código. Assim, por exemplo, o juiz deve se certificar se o agente agiu por crueldade, por motivos abjetos ou fúteis, por protesto, por desprezo, por represália, por solidariedade, com atos lascivos, com fraude, com brutalidade etc. Tudo isto demonstra o dever, por parte do juiz, de averiguar se existe, ou não, o *animus necandi*.

Deve ficar claro, neste ponto, que, como já afirmamos, se em até que ponto, a concepção de dolo que estamos tratando seja praticável, ou venha a ser pra-

ticada nos tribunais, é uma questão de fato. Afinal, nossa tese caminha deliberadamente no terreno da teoria pura, com a consciência de que cada esclarecimento científico, por si mesmo é sempre importante, prescindindo da medida e da possibilidade de sua aplicação prática. Não é de todo verdadeira a expressão, tão comum na nossa doutrina, segundo a qual os conceitos dogmáticos devem poder servir à praxe, ou seja, construídos de tal modo para serem utilizados pela praxe. Os conceitos dogmáticos, contrariamente, devem procurar se inspirar no rigor científico. Cabe, depois, à praxe utilizá-los ou não, na medida ou no sentido que lhe parecer possível ou oportuno. Ciência e praxe caminharam sempre por duas estradas, que nem sempre necessariamente coincidem.

Voltemos, agora, ao ponto inicial.

Por que é importante o conceito psicodinâmico do dolo por nós elaborado?

Os motivos são muitos.

Primeiramente, tal conceito restitui à teoria do crime, o verdadeiro sentido criminológico do fato delituoso. Isto não é fruto de um ato intelectual ou volitivo *sic et simpliciter*, mas é o produto de uma distorção intrapsíquica, de natureza emocional, ou seja, de mecanismos neuróticos com raízes no masoquismo psíquico e nas conseqüentes reações de defesa do “Eu” do indivíduo.

Em segundo lugar, tal concepção desloca o baricentro do valor do crime, do evento à conduta. O crime não é um ilícito de mera lesão, como o é, ao contrário, o ilícito civil, o administrativo etc. É, melhor dizendo, um ilícito de *modalidade* de lesão, ou seja, um ilícito cujo desvalor não depende do resultado material, mas sim, da forma como se realiza o comportamento.

O legislador, de fato, não se limitou simplesmente a dizer: “Quem lesa o bem jurídico do patrimônio (ou da vida, ou da honra, etc. ...), é punido”, etc., mas

se preocupou em descrever analiticamente, uma série de tipos, ou seja, de modelos de conduta (furto, fraude, apropriação indébita etc.), através dos quais a lesão resulta relevante para o direito penal. Ora, este “modo” de lesar depende inteiramente do tipo de atitude interior do sujeito ativo. A primeira e principal distinção entre os tipos é aquela que diz respeito aos tipos dolosos e aos tipos culposos. Cada um deles constitui um dos dois *standard* gerais independentes, com a modalidade de conduta própria da qual derivam todos os outros.

Deste modo, o direito penal não deve mais ser considerado como no passado — um direito penal do evento, mas, ao revés — segundo a concepção do ilícito concebida pelo grande penalista alemão Hans Welzel — como um “direito penal do comportamento”!

Em terceiro lugar, o dolo como o concebemos, ou seja, como uma atitude interior, *Gesinnung* anti-social, ou, *animus nocendi*, ou, má-fé criminosa, desempenha um papel importantíssimo para a sistemática dos tipos especiais e para individualizá-los, quer em “abstrato”, quer em “concreto”.

Tal conceito, na antiga concepção de dolo, é utilizado, na prática, como um selo que se aplica numa carta, já fechada e antes de enviá-la. Em outras palavras, na concepção tradicional, o fato do crime está já completo e “fechado” no momento em que se tem certeza do elemento objetivo ou exterior. Uma ulterior averiguação do dolo, entendido como previsão-volição, não seria outra coisa senão um *guid pluris* que deveria ser acrescentado ao fato, já certificado e “fechado”, antes de ser “enviado” para a sentença. Não é difícil reconhecer que um tal modo de proceder é claramente capcioso. Vejamos o caso de um cirurgião que incida com o bisturi o corpo de um paciente: aqui existe tanto o fato material da lesão, como o dolo entendido como consciência

e vontade deste ato material. Entretanto, o cirurgião não só não cometeu algum fato punível, mas sequer realizou o fato, segundo um modelo legal, isto é, típico. Por que? Simplesmente porque agiu sem *animus nocendi*, isto é, sem aquela atitude interior anti-social que daria consistência ao dolo.

Não existe, praticamente, nenhum crime do código penal que possa ser entendido em “abstrato” e nem mesmo individualizado em “concreto”, prescindindo-se do respectivo *animus*. Como poderíamos, não fora isso, distinguir o falso de uma inócua alteração da verdade, a fraude de um banal engano, uma violência carnal de um normal coito violento, um ato de corrupção de um *minusculum* socialmente adequado, os excessivos rigores disciplinares do exercício do *jus corrigendi*, a injúria ou a difamação de uma repreensão ou de uma crítica socialmente adequada, as ameaças lícitas daquelas ilícitas na violência privada ou na extorsão, e assim por diante?

Em resumo: um dolo entendido como “atitude interior” desempenha uma tríplice função, no âmago da teoria geral do crime: 1) a função de ligação, de *trait d'union* entre a dogmática e a criminologia; 2) a função de “portador” do significado anti-social do fato, isto é, “de núcleo central” e “índice base do desvalor pessoal da conduta”, e, por conseguinte, do fato delituoso; 3) a função de “critério fundamental” para individualizar o tipo e a maneira como a ele se adequa concretamente.

São, enfim, “numerosíssimos” os problemas de teoria geral que tal concepção ajuda a resolver, fazendo-o da maneira mais satisfatória. Limitamo-nos somente a acenar, como exemplos, três questões fundamentais: a) o problema da distinção entre autor e co-partícipe (problema que a jurisprudência alemã resolve, há mais de um século, com o critério dos *animi: animus auctoris* e *animus socii*; b) o

problema do início da atividade punível na tentativa, ou seja, a delicadíssima distinção entre os atos preparatórios e atos executivos (que o atual código alemão resolve justamente baseado no dolo); c) o problema do erro em relação à lei penal, que a Corte Constitucional italiana resolveu, hoje, finalmente, apoiando-se naquela “natureza intrínseca do dolo”, a

qual — como afirma Francesco Antolisei — não é simples vontade, mas “vontade malvada”, ou seja, *prava voluntas*, enquanto acompanhada da “consciência de fazer mal aos outros”, e, como tal se distingue da culpa, que é levandade.

Como diz o antigo ditado dos canonistas, *in maleficiis et voluntas specatantur, non autem exitus*.

O CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 1982 E A SUA REFORMA*

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra (Portugal)

1. A formação do CP português de 1982 — 2. Princípios político-criminais fundamentais — 3. Dificuldades e anseios de reforma — 4. Conclusão

1. A formação do CP português de 1982

Em 23.9.82 foi publicado em Portugal, pelo Dec.-lei 400/82, um novo CP, que entrou em vigor em 1.1.83. Deste modo se pôs fim à vigência do CP de 1852, que havia introduzido em Portugal os tão apregoados “métodos realistas” do legislador francês em matéria de política criminal, com a sua total fidelidade aos cânones estritos da prevenção geral de intimidação.¹

* Versão portuguesa em alguma medida reelaborada, do texto publicado na *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 105 (1993), pp. 77 e ss. sob o título “Das portugisische Strafgesetzbuch von 1982 in der Bewährung”, traduzido pelo Prof. Dr. Peter Hünnerfeld e na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), pp. 161 e ss. A primeira parte representa um desenvolvimento do texto publicado como “introdução” ao *Código Penal e Outra Legislação Penal*, Equitas Editorial Notícias, 1992. Uma versão em língua espanhola deste texto surgiu na revista *ICADE* (1993), pp. 9 e ss., com tradução da lic. Maria del Rosario Vásquez Fenandez.

1. Pormenorizadamente sobre o que vai seguir-se no texto v. a excelente monografia de P. Hünnerfeld, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, Bonn, Rotscheld, 1971, pp. 70 e ss.

Criticado pela doutrina portuguesa como obra nascida já velha e reclamando por isso, desde o início, a sua substituição urgente — na medida em que pouco mais representaria do que uma tradução apresada, e nem sempre fiel, do CP napoleónico de 1810, na sua forma modificada sobretudo pela *loi du 28 avril 1832*² — o CP de 1852, foi profundamente alterado pela “Nova Reforma Penal” de 1884; daí resultando o que passou a chamar-se o CP de 1886, pelo

com amplas indicações bibliográficas; e em síntese H. H. Jescheck. “Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise. Estudos In Memoriam do Prof. Beleza dos Santos”. *Suplemento XVI ao Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1966, pp. 436 e ss. Cf. depois J. Figueiredo Dias, *La reforma del derecho penal portugues. Principios y orientaciones fundamentales*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion, 1971, pp. 13-18 e J. Figueiredo Dias — A. M. Almeida Costa, “La réforme pénale portugaise”. *Rev. de Droit Pen. et Crimin.* 1985, pp. 7 e ss.

2. V. sobretudo, no sentido desta crítica, os grandes comentários do CP de 1852. L. M. Jordão, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, 4 vols. Lisboa, Morando, 1853-4, e F. da Silva Ferrão, *Theoria do Direito Penal*, 8 vols., Lisboa, Imprensa Nacional, 1856 e ss.

qual Portugal basicamente se regeu até 1983. A característica fundamental desta reforma derivou de uma diferente concepção da finalidade da pena, que deixava de ser considerada primariamente instrumento de intimidação da generalidade das pessoas para passar a ser vista como retribuição do mal do crime, como expiação ou compensação da culpabilidade do agente. A esta dimensão da pena se tendo todavia desde muito cedo acrescentado — em todo o caso, de uma forma que a doutrina portuguesa tentou sempre que fosse a menos conflitual possível³ — um vector preventivo-especial que, aproveitando o essencial do pensamento correcionalista assente nas teses de Krause e Roeder, se liga à convicção da corrigibilidade de todos delinquentes e à

3. Através sobretudo de tentativas de referência da culpabilidade à personalidade do agente e da consequente erecção de um “sistema de via única” em matéria de reacções criminais detentivas aplicáveis aos delinquentes imputáveis. Tentativas estas que conformam a característica porventura mais marcante da dogmática jurídico-penal portuguesa deste século e se encontram em autores que partem de pressupostos básicos tão diversos como J. Belez dos Santos, M. Cavaleiro de Ferreira e Eduardo Correia. Sobre estas tentativas informam, além dos estudos de Hünerfeld e de Jescheck citados na nota 1, Eduardo Correia, *Grundgedanken der portugiesischen Strafrechtsreform*. ZStW 76 (1964), p. 323; do mesmo, *Der Einfluß Franz v Liszt auf die portugiesische Strafrechtsreform*, ZStW 81 (1969), p. 723; e Hünerfeld, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, Baden-Baden; Nomos, 1981, pp. 181 e ss. Um ensaio de revisão do relacionamento de culpabilidade e personalidade a uma luz diversa da que presidia às tentativas mencionadas encontra-se em Figueiredo Dias, “Schuld und Persönlichkeit Für eine rechtsethische Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht” ZStW 95 (1983), p. 220 (publicado depois em Espanha, nos *Cuadernos de política criminal* 31 (1987), p. 5, com tradução de Maria del Carmen Lencastre de Albuquerque e Prof. Dr. Joaquim Cuello Contreras).

obrigação estadual de pôr à disposição daqueles os meios possíveis e necessários ao seu melhoramento. E daí decerto a circunstância de ter sido Portugal um dos primeiros países da Europa que acolheu o modelo franco-belga do *sursis*, o instituto da liberdade condicional, um sistema de medida de segurança, um sistema tutelar e de direito penal de menores avançado, enfim, a idéia da reforma penitenciária baseada num sistema de execução progressiva por períodos da pena privativa de liberdade.

Todo este poderoso movimento de reforma penal constava essencialmente de legislação extravagante e passava assim ao lado do CP, que praticamente permaneceu intocado até 1954. Só neste ano, sendo Ministro da Justiça o Professor de direito penal da Universidade de Lisboa M. Cavaleiro de Ferreira, se procedeu a uma extensa revisão do texto legislativo básico, incidindo ela todavia, de forma praticamente exclusiva, no capítulo relativo às reacções criminais. Por esta via se introduziram no texto do CP muitos dos institutos referidos que viviam em legislação extravagante, se procurou harmonizá-los entre si e com o novo sistema de penas e de medidas de segurança erigido, ao mesmo tempo que se deram passos significativos — e ainda hoje plenos de actualidade — em matéria de medida da pena.⁴

Apesar desta revisão, a necessidade de uma reforma global do CP português fazia-se sentir com acuidade acrescida.

4. Sobre este último ponto pode ver-se a minha contribuição “Algunas consideraciones sobre la evolución del Derecho penal portugués en materia de determinación de la pena” *Estudios de derecho penal y de criminología (en homenaje al Prof. Rodriguez Devesa)* II, Madrid, Fac. de Der. de la Univ. Nacional de Educación a Distancia, 1989, p. 281. E agora Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, Equitas/Editorial Notícias, 1993, § 235 e ss.

Por um lado, as normas legais relativas à doutrina geral do crime mostravam uma desactualização profunda face ao estágio de evolução alcançado pela dogmática jurídico-penal portuguesa, tal como era ensinada na Universidade e mesmo, ao menos em parte, praticada já pela jurisprudência dos tribunais portugueses. É que, além do mais, o próprio referente doutrinário havia mudado: na dogmática portuguesa deixara por completo de valer a construção doutrinária subjacente ao código napoleónico, como perdera relevo e significado a doutrina jurídico-penal francesa relativa à parte geral do direito penal; em sua substituição, era a doutrina germânica que, desde os anos 30, constituía referente obrigatório — e praticamente exclusivo! — das lições universitárias e da construção científica portuguesas do direito penal. Quanto à matéria relativa às consequências jurídicas do crime, o pensamento jurídico-penal português, combinando em larga medida os referentes francês, alemão, italiano e suíço, apresentava singularidades que o distinguíam e o colocavam, na expressão de Pierre Canat, “à la pointe même du progrès” nesta matéria⁵; sem que todavia muitas das propostas que então já insistentemente se faziam no plano de *lege ferenda*⁶ encontrassem campo possível de tradução no CP, mesmo no texto revisto de 1954. Finalmente, no que toca à Parte Especial, ela revelava-se por inteiro desactualizada apesar das revisões, fragmentárias e pouco numerosas, que desde

1886 havia sofrido; o que se torna compreensível não só pela circunstância de as condições sociais, económicas, políticas e culturais da sociedade portuguesa já nada terem de comum com as do século XIX, mas por o próprio pensamento jurídico-penal, nas intenções político-criminais básicas que directamente contendem com as partes especiais dos códigos penais, se ter modificado radicalmente.

A urgência de reforma global foi bem compreendida, em 1961, pelo então Ministro da Justiça Antunes Varela, que encarregou o penalista da Universidade de Coimbra e meu querido Mestre, Eduardo Correia, de elaborar o Projecto respectivo. Em 1963 foi por ele apresentado um Projecto da Parte Geral,⁷ sobre o qual se debruçou, em 1964-5, uma Comissão Revisora, que pouco o modificou nos seus supostos político-criminais básicos;⁸ em 1966 foi convertido em Projecto ministerial, já com modificações de certo relevo que, em parte significativa da doutrina das consequências jurídicas do crime, lhe furtavam algumas das suas inovações mais radicais.⁹ Ainda em 1966 apresentou Eduardo Correia um Projecto da Parte Especial, revisto, antes de publicado, por uma Comissão que trabalhou sob sua directa orientação.¹⁰

De um ponto de vista estritamente político, porém, os tempos não estavam

5. Pierre Canat. *Rev. pénit et de dr. pénal* (1966), p. 294.

6. E que encontram expressão resumida em Eduardo Correia, *Direito Criminal (Com a colaboração de Figueiredo Dias)*, 2 vols. Coimbra; Almedina, 1963-5. Com mais detalhe sobre a história que em seguida se conta resumidamente Lopes Rocha, *La réforme pénale portugaise et sa réception par la société*, in Lopes Rocha/Costa Andrade. *Relação da Criminologia com as Políticas e Práticas Sociais*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1984, p. 69.

7. Eduardo Correia, *Código Penal, Projecto da Parte Geral*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1963.

8. V. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, 2 vols., Lisboa; Ministério da Justiça, 1965-6.

9. V. *Código Penal, Projecto da Parte Geral*. 1.ª Revisão Ministerial. Lisboa; Ministério da Justiça, 1966.

10. Eduardo Correia. *Código Penal, Projecto da Parte Especial*, Lisboa; Ministério da Justiça, 1966, e *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1979.

maduros para que um Projecto como o de Eduardo Correia pudesse ser transformado em lei. O étimo fundante do Estado português era ainda, nessa altura, claramente antidemocrático e antiliberal e chocava por isso com algumas das características mais notáveis da reforma proposta: desde a limitação, em nome de uma política criminal humana e socializadora, do máximo da pena privativa de liberdade, com as suas consequências ao nível da punição dos crimes singulares, até à riqueza e abundância da panóplia das penas de substituição, nas quais se punham as melhores esperanças de luta contra as penas privativas de liberdade não só de curta, mas de média duração; desde a consagração de uma pena privativa de liberdade única, apenas diferenciável pela sua duração, e que procurava evitar em toda a medida possível o efeito estigmatizador da prisão, até à recusa de efeitos automáticos da pena, de carácter civil, profissional ou político; desde a consagração de um estrito princípio da culpabilidade, com o particular efeito de garantia sobre a liberdade dos cidadãos, até à solução tendencialmente monista ou “de via única” que se propunha para os delinquentes imputáveis e que impedia a submissão dos delinquentes políticos a medidas de segurança indefinidamente prorrogáveis; desde o programa, se bem que moderado, de descriminalização que se subscrevia, em nome de uma função do direito penal orientada para a protecção de bens jurídicos e dissociada da tutela de uma qualquer ordem moral, até à própria ordem legal dos bens jurídicos subjacente à parte especial do código, definitivamente secularizada e assente na clara predominância dos valores individuais sobre os valores colectivos. Por razões deste teor os trabalhos de reforma estiveram paralizados até 1973, sendo só nesse ano que a Câmara Corporativa se debruçou

de novo sobre o problema da reforma das normas do CP relativas às consequências jurídicas do crime, elaborando umas Bases da Reforma Penal — de novo restritivas relativamente a algumas opções político-criminais fundamentais constantes do Projecto — que, todavia, não chegaram a ser aprovadas ou sequer discutidas pela Assembléia Nacional.¹¹

O movimento militar de 25.4.74 se por um lado atrasou compreensivelmente os trabalhos de reforma penal em virtude da instabilidade político-social a que deu lugar, por outro forneceu os pressupostos essenciais para que a tarefa pudesse vir a ser no futuro levada a cabo com êxito, ao promover a democratização da vida sócio-política portuguesa que encontrou expressão na Constituição da República de 1976. Nesse ano reiniciaram-se os trabalhos de reforma penal, sendo o Projecto submetido a nova análise por parte de uma comissão da responsabilidade do Ministério da Justiça;¹² e uma reanálise teve lugar em 1979, sendo então Ministro da Justiça Eduardo Correia.¹³ Os textos preparados foram submetidos ao Parlamento, mas não puderam então ser por ele discutidos, só em 1982 tendo sido aprovados — era então Ministro da Justiça J. Meneres Pimentel — por força de uma autorização legislativa para o efeito concedida ao Governo. Assim nascia o CP actualmente em vigor em Portugal.

11. Cf. Parecer 54/X. “Bases da Reforma Penal (Penas e Medidas de Segurança)”, in *Actas da Câmara Corporativa*, n. 174, de 23.10.73.

12. Que serviu de base à Proposta de Lei 117/I, constante do *Diário da Assembléia da República*, suplemento ao n. 136, de 28.7.77.

13. As propostas de lei que deste trabalho reformador resultaram não chegaram a ser publicadas no *Diário da Assembléia da República* em virtude da prematura dissolução da legislatura.

2. Princípios político-criminais fundamentais

Os princípios directores da política criminal que subjazem ao CP de 1982, se estavam já, em larguíssima medida, contidos no Projecto de Eduardo Correia, sofreram no texto legislativo uma reconformação, tornada necessária sobretudo por força das exigências jurídico-constitucionais emanadas da Lei Fundamental de 1976.¹⁴ Não é tarefa fácil reduzir a proposições sintéticas a multiplicidade daqueles princípios; sem qualquer preocupação de exaustão e antes de forma necessariamente sincopada, fragmentária e lacunosa, poder-se-á em todo o caso, creio que com razoável exactidão, formar o seguinte quadro:¹⁵

1. O primeiro dos princípios político-criminais informadores do CP português vigente é o da conformidade da matéria penal com a ideia do Estado de Direito; é nesta acepção, o princípio da legalidade. Ele cumpre ali integralmente a sua função tradicional: seja no plano das

14. Deve aliás acentuar-se que o exame da conformidade de tais princípios com a Constituição constituiu, desde a entrada em vigor desta até hoje, tarefa quantitativa e qualitativamente muito significativa primeiro na Comissão Constitucional (até 1982) e depois do Tribunal Constitucional. A análise dos pareceres e das decisões destes órgãos jurisdicionais aferidores da constitucionalidade da lei revela, na verdade, que a matéria do direito penal (conjuntamente com a do processo penal) constitui de longe a mais versada.

15. Essencialmente correspondente, na parte relativa às consequências jurídicas do crime, ao que tracei já nos meus trabalhos "Principes généraux de la politique criminelle portugaise". *Rev de sc. crim. et de dr. pén. comp.*, 1987, p. 87. "O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal". *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, I, Coimbra, Faculdade de Direito, 1989, p. 783, e por último, *Direito Penal*, como na nota 4, § 52 e ss.

fontes, obrigando a que só a lei — e, na verdade, a lei formal, proveniente do Parlamento ou por ele autorizada — possa regular a definição dos crimes e das suas consequências jurídicas; seja no plano da construção do tipo incriminador, vinculando à sua determinabilidade e proibindo o recurso à interpretação extensiva e ao argumento de analogia; seja no plano da aplicação da lei no tempo, proibindo a incriminação retroactiva mas ressaltando sempre a aplicação ao caso do regime penal concretamente mais favorável.¹⁶ Mas talvez deva afirmar-se que o princípio em análise, tal como se encontra consagrado no CP, ultrapassa em alguma coisa o seu conteúdo tradicional, na medida em que — seguindo de resto, ainda nesta parte, imperativos jurídico-constitucionais — abarca no seu âmbito não só a definição dos crimes e das penas, mas igualmente das medidas de segurança e dos seus pressupostos; também quando a estas valendo as consequências tanto da reserva de lei formal, como da proibição de aplicação retroactiva e de recurso à interpretação extensiva e à analogia *contra reo*.¹⁷

16. Sobre os problemas neste princípio implicados J. Sousa e Brito. "A Lei Penal na Constituição", in *Estudos Sobre a Constituição*, II, Lisboa, Petrony, 1977, p. 197, A. Castanheira Neves. "O Princípio da Legalidade Criminal. O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático". *Estudos E. Correia* (como na nota 15), p. 307; e A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, Almedina, 1990.

17. No seu âmbito abarca ainda o princípio — numa medida e num sentido que todavia não podem ser aqui precisados — matéria processual penal. Daí (e da circunstância referida por último no texto) tendo o novo CPP português de 1987 retirado a consequência de que as questões da inimputabilidade e da eventual aplicação de uma medida de segurança não podem ser resolvidas nos quadros acanhados de um "incidente processual de alienação mental", mas têm de ser tratados com a totalidade dos meios do processo penal comum.

2. Um outro princípio político-criminal de relevo fundamental para o correcto enquadramento do CP português de 1982 é o que venho chamando¹⁸ princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos. Esta máxima — que encontra reflexo jurídico-constitucional bastante no art. 18.º-2 da Constituição portuguesa¹⁹ — é prenhe das mais relevantes consequências, explicativas, por uma parte, de muitas das mais fundamentais opções do CP, e permissivas, por outra parte, de uma sua compreensão político-criminal unitária.

a) O princípio dá desde logo a compreender a razão por que o direito penal só pode e deve intervir para protecção de bens jurídicos, não para tutela de normas morais ou de uma qualquer moral.²⁰ É da “orientação do direito penal

por e para o bem jurídico” que se trata, com as consequências que daí advêm para a determinação dos limites da criminalização e da punibilidade; e, com não menor importância, para a aceitação de critérios estritos de necessidade e de subsidiariedade da intervenção penal, assim erigida em *ultima ratio* da política social. Mas que daí advêm ainda — e aqui vejo eu o essencial — para outro ponto: o de que só finalidades “relativas” de prevenção, geral e especial, não finalidades “absolutas” de retribuição ou de compensação da culpabilidade, podem justificar a intervenção do sistema penal e conferir legitimação e sentido às suas reacções específicas. Assim assume a prevenção geral o primeiro lugar como finalidade da pena. Não, em todo o caso, a prevenção geral negativa ou de intimidação, mas a prevenção geral positiva, de integração ou reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de confiança no direito; numa palavra, para usar a expressão de Jakobs, a prevenção geral no sentido de estabilização contrafactica das expectativas comunitárias na validade da norma violada.²¹ Bem se aceitando até que a própria medida de

Assim já Figueiredo Dias, *Annales internationales de criminologie* 25 (1987), p. 111; e agora também Maria João Antunes, “O internamento de imputáveis em Estabelecimentos Destinados a inimputáveis”, diss., não publicada, Coimbra, 1994, pp. 11, 116 e ss.

18. Cf., além dos trabalhos citados na nota 15, Figueiredo Dias, *Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht. Eine Betrachtung im Lichte der neuen portugiesischen Reschtsordnung*; Jescheck-Festschrift, I, Berlin; Duncker & Humblot, 1985, pp. 100 e ss.

19. Segundo o qual “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

20. Assim já nos meus estudos “Les nouvelles tendances de la politique criminelle portugaise” *Archives de politique criminelle* 6 (1983), pp. 194 e ss. e “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, *Rev. da Ordem dos Advogados* 43 (1983), pp. 13 e ss. E agora M. da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra; Coimbra Editora, 1991, pp. 42 e ss.

21. Jakobs, *Strafrecht AT*, Berlin; de Gruyter, 1983. Abs 1 Rn 4 e ss. Mas sem que eu possa aceitar — aproveito para dizer — que esta função da pena se contraponha à aludida função de tutela de bens jurídicos, na base de que esta última não caberia ao direito penal, ao menos de forma primordial, por isso que “a sociedade não é nenhuma instância para a conservação e muito menos para a maximização de bens” (Jakobs, cit. Abs 2 Rn 23). Tenho para mim que função primordial do direito penal é na verdade a tutela de bens jurídicos, sendo a ideia da estabilização das expectativas apenas uma forma plástica de tradução daquela ideia ao nível da finalidade da aplicação da pena. Talvez possa dizer que a minha concepção se afasta de um “normativismo puro”, que julgo visível na construção de Jakobs, para se aproximar daquilo que poderá porventura chamar-se um “realismo axiológico”.

segurança, continuando embora a justificar-se primariamente à luz de idéias de prevenção especial, acabe por se não poder manter de todo imune a princípios de prevenção geral positiva.²²

b) O referido “princípio de congruência” está, em segundo lugar, na base de um salutar movimento moderado de descriminalização. Esta via foi prosseguida claramente pelo CP português vigente, que procurou libertar das malhas da punibilidade tanto as condutas que não violassem um bem jurídico claramente individualizável — e por mais imorais ou a-sociais que elas pudessem apresentar-se —, como ainda as que, violando embora um bem jurídico, pudessem ser suficientemente contidas ou contrariadas por meios não criminais de política social.²³ Pese embora a circunstância de o direito penal português poder legitimamente reivindicar-se de uma longa e continuada tradição liberal em matéria de não-criminalização de condutas que, tidas embora por imorais por largas camadas

ou mesmo pela generalidade da população, não lesam bens jurídicos,²⁴ a verdade é que para o CP de 1982 ficava ainda um largo campo de possível descriminalização em matérias como as relativas à conduta sexual, à actuação no meio familiar, à ofensa de puros valores morais e religiosos, etc.²⁵ Esta tarefa foi cumprida, se não até ao limite possível pelo menos numa parte substancial, com êxito.

Na vertente oposta, o CP revelou-se saudavelmente parcimonioso no encetar de novos processos de criminalização. Isso ocorreu, justificadamente, em domínios como o dos crimes contra a intimidade ou o dos crimes de perigo comum. Mas é difícil deparar com novos campos em que possa afirmar-se que o CP de 1982 tenha feito intervir apressadamente a tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento das estratégias não criminais de controle social. Tanto mais quanto ele se manteve fiel à tradição portuguesa de reservar para legislação penal extravagante o tratamento de campos tão importantes como os do direito penal económico e financeiro, do ambiente, do trabalho, da circulação rodoviária, das sociedades comerciais. Uma decisão, esta, que, à luz do princípio

22. Disso é testemunha, na minha visão das coisas, um preceito como o do art. 91.º-2 do CP português, segundo o qual o internamento de inimputável terá a duração mínima de 3 anos se o facto ilícito-típico praticado “consistir em homicídio, ofensa corporal grave ou outro acto de violência punível com pena superior a 3 anos e existirem razões para recear a prática de outros factos da mesma natureza e gravidade”. Creio que o argumento de que se trataria aqui apenas de uma presunção legal de duração da perigosidade (assim, na doutrina portuguesa, Maria João Antunes, (nota 17), p. 97 e ss.) é insuficiente, deixando por explicar porque é que o internamento não cessa logo que, antes de decorrido o seu prazo mínimo, se deva concluir que o estado de perigosidade cessou. Cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 671.º e ss.

23. Procurei levar a cabo uma ampla demonstração desta afirmação no meu artigo “Lei Criminal e Controle da Criminalidade”, *Rev. da Ordem dos Advogados* 36 (1976), p. 69.

24. Isso se revela na posição reservada que o direito penal português manteve, ao longo de mais de um século, relativamente à criminalização de condutas como a prostituição, o homossexualismo, a rufianaria, os chamados vícios contra a natureza e o próprio incesto. Verdade é no entanto que esta posição foi se não de todo desmentida, ao menos enfraquecida pela revisão do CP de 1954, a qual passou a considerar algumas daquelas condutas como estados de marginalismo criminoso ou de paradelinquência, susceptíveis da aplicação de medidas de segurança.

25. Em suma na generalidade das matérias que a moderna criminologia vem considerando, na esteira de E. Schur, *Crimes Without Victims*, Englewood Cliffs; Prentice Hall, 1965, sob a epígrafe de “crimes sem vítimas”.

político-criminal em análise, não poderá deixar de ser tida como fundada.²⁶

c) Estreitamente ligada, em geral, ao princípio em exame e, de forma particular, ao movimento da descriminalização está a aceitação de uma distinção material entre direito penal e direito de mera ordenação social. Este último, reportando-se a condutas axiologicamente neutras,²⁷ que todavia o legislador entende proibir e sancionar com coimas, é substancialmente direito administrativo, não é direito penal; não está pois sujeito a uma orientação por e para o bem jurídico, nem faz sentido falar, relativamente a ele, de um princípio de analogia material entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos. Isto foi absolutamente compreendido pelo legislador português, que eliminou do CP as contravenções e criou, em seu lugar a categoria das contra-ordenações, puníveis com sanções pecuniárias de carácter não penal e sujeitas a um processo especial, em que se casam notas características do processo penal e do processo administrativo.²⁸ Esta decisão do legislador ordinário encontrou, de resto, suporte constitucional através da revisão da Lei Fundamental operada em 1989: hoje é a própria Constituição a reconhecer a distinção (com implicações jurídico-constitucionais tanto a nível material, como orgânico) entre crimes e contra-ordenações; o que oferece indiscutível fundamento à doutrina

na²⁹ segundo a qual ao Tribunal Constitucional cabe competência — de que já tem feito uso — para sindicar a decisão do legislador ordinário de qualificar uma certa conduta como crime ou antes como contra-ordenação e de a submeter ao regime respectivo.

3. Um terceiro princípio político-criminal que preside ao CP português vigente e assume o mais incontestável relevo é o princípio da culpabilidade. Princípio que, não constando do articulado sob forma expressa, resulta todavia indiscutível das suas mais precípuas consequências, nomeadamente em temas como os da falta de consciência do ilícito não censurável (arts. 16.º e 17.º), dos crimes agravados pelo evento (art. 18.º), do excesso de legítima defesa, do estado de necessidade, do conflito de deveres e da obediência indevida desculpantes (arts. 33.º, 35.º, 36.º e 37.º), enfim — e sobretudo — da medida da pena (art. 72.º). Com esta consagração pode dizer-se que o problema tradicionalmente conhecido como da responsabilidade pelo resultado (ou responsabilidade objectiva), e outrora recorrente na doutrina e na jurisprudência portuguesas, se encontra hoje resolvido.³⁰

29. Que desde a entrada em vigor do novo CP defendi: cf. o meu artigo "O Movimento da Descriminalização e o ilícito de Mera Ordenação Social", in *Jornadas de Direito Criminal*, I, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 328 e ss.

30. Sobre o ponto, por último, J. Faria Costa, "Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro III*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1983, p. 351. Para uma interpretação do direito penal português anterior a 1982, no sentido do princípio da culpabilidade já a minha "Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais", diss. não publicada, Coimbra, 1961, e Eduardo Correia, (nota 6), I, pp. 315 e ss.

26. Sobre as raízes desta tradição, cf. Figueiredo Dias, (nota 18), p. 82.

27. E que logo por aí se distinguem das condutas que formam o direito penal administrativo ou secundário, essas sim axiologicamente relevantes, orientadas por e para o bem jurídico sujeitas ao princípio de congruência e por conseguinte, constituindo a todos os títulos matéria penal em sentido próprio. Cf. de novo Figueiredo Dias, (nota 18), *passim*.

28. A lei-quadro do regime das contra-ordenações consta do Dec.-lei 433/82, de 27 de outubro.

Que não existe qualquer contradição entre este princípio e a afirmação precedente, segundo a qual o elemento inicial e decisivo de legitimação da pena reside numa idéia de prevenção geral positiva, é seguro e mal precisa de ser acentuado. O princípio da culpabilidade não vai buscar o seu fundamento axiológico a uma qualquer concepção retributiva da pena, antes sim ao princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa — o princípio axiológico mais essencial à idéia do Estado de Direito democrático.³¹ Deste ponto de vista fica reconhecido o bom fundamento da afirmação segundo a qual a culpabilidade é condição necessária, mas não suficiente de aplicação da pena; afirmação que corresponde de resto a uma terminante decisão normativa do CP português, ao consagrar no art. 75.º o instituto da dispensa da pena, em termos tais que esta terá lugar quando a culpabilidade do agente, se bem que diminuta, existe todavia.³²

31. Neste sentido, Figueiredo Dias, (nota 3), pp. 224 e ss.

32. O instituto português tem pois pouco de comum com o instituto do direito alemão, todavia homónimo, da "Absehen von Strafe" (§ 60 StGB). Mais próximo está ele da "mangelnde Strafwürdigkeit der Tat" que preside ao § 42 do StGB austríaco. Em todo o caso com a diferença, não despendendo, de que no direito português a sentença que conclui por uma dispensa de pena é condenatória, não absolutória. O que significa que o problema da dispensa de pena se põe ao nível da consequência jurídica de um crime que efectiva e integralmente se verificou; e que por conseguinte a categoria aqui operante — a da necessidade da pena — não actua ao nível dos pressupostos da punição, sejam eles quais forem (ou, se quisermos, ao nível do "facto"), mas da punição ela mesma (isto é, da pena). Não é porém possível, nem seria adequado, prosseguir esta linha de pensamento nos quadros do presente artigo, mais desenvolvendo sobre o ponto cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 467 e ss.

Com este sentido "unilateral"³³ de relacionamento da culpabilidade com a pena, um direito penal de culpabilidade surge como instrumento político-criminal indispensável de defesa e garantia da pessoa e para o qual eu não diviso alternativa viável e consistente. Ficando só por saber se, concebido nestes termos, o princípio da culpabilidade é ainda e apenas uma opção do legislador ordinário ou, diferentemente, se apresenta já como uma concretização do princípio jurídico-constitucional da intocabilidade da dignidade pessoal.³⁴

4. Se o princípio da culpabilidade exprime, como costuma dizer-se, as exigências que a "vertente liberal" (talvez mais exactamente: "democrática") do

33. A expressão é de C. Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, tradução de Muñoz Conde, Madrid; Reus, 1981, p. 187.

34. Neste último sentido vai uma parte da doutrina jurídico-penal portuguesa (entre a qual se inclui uma minha anterior tomada de posição); e tanto a Comissão Constitucional como o Tribunal Constitucional, na motivação de algumas das suas decisões, apelaram para o carácter jurídico-constitucionalmente vinculado do princípio da culpabilidade, sem todavia ter havido até hoje qualquer uma que tenha considerado a questão em si mesma para o efeito de considerar uma norma jurídico-penal inconstitucional por violadora daquele princípio. Que o princípio da culpabilidade em direito penal seja consequência do princípio constitucional da dignidade da pessoa, continua a parecer-me indiscutível; mas daqui não poderá sem mais retirar-se a conclusão de que a obediência ao princípio da culpabilidade seja, mesmo só relativamente a delinquentes imputáveis, *conditio sine qua non* da constitucionalidade de uma norma jurídico-penal: há neste contexto, outras formas possíveis de defesa da dignidade da pessoa que não passam necessariamente pelo princípio da culpabilidade (mas, p. ex., pelo princípio da proporcionalidade), cf. por último, sobre o ponto, Figueiredo Dias, "Sobre o estado actual da doutrina do crime", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 1 (1993), p. 17.

Estado de Direito faz à política criminal, a sua “vertente social” conduz a um quarto princípio político-criminal fundamental, que creio poder ser designado como princípio da socialidade. Segundo este princípio — que assumirá dignidade jurídico-constitucional em toda a parte onde vigore, como sucede em Portugal, a cláusula do Estado de Direito social —, ao Estado que faz uso do *ius puniendi* incumbe, em compensação, uma obrigação de ajuda e de solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes. Nisto — mas só nisto — deve traduzir-se a finalidade político-criminal de socialização do delinquente; a qual, deste modo, nada tem a ver com qualquer “modelo terapêutico” ou “ideologia do tratamento” ou com a negação de um “direito à diferença”. Com este “conteúdo mínimo” e dentro destes limites³⁵ não diviso também, neste momento, alternativa viável a um direito penal socializador.

É a consagração de um direito penal socializador a nota de todas mais profunda e característica do CP português de 1982, como de resto correspondia ao mais fundo do pensamento jurídico-penal de Eduardo Correia.³⁶ E são tantos e tão importantes os pontos em que este entono socializador claramente se revela — sobretudo no que toca à disciplina das consequências jurídicas do crime, da qual em seguida se referirão ainda algumas das características mais sensíveis — que não poderia ser aqui questão de os

enumerar. Fique só a nota de que o tratamento do delinquente não é, por regra, uma imposição legal, mas unicamente uma proposta que àquele é feita pela lei.

5. Outro dos princípios fundamentais de política criminal que subjazem ao CP português vigente poderá ser compreensivamente designado como princípio de humanidade. Se aceitarmos, para revelação do seu conteúdo, a definição que dele dá Jescheck,³⁷ terá então de concordar-se que o princípio, perpassando toda a matéria penal, engloba em si muitos dos princípios e máximas atrás explicitadas, nomeadamente aquilo que se chamou princípio da socialidade. Em todo o caso, parece não poder duvidar-se que ele assume o seu relevo maior no domínio das reacções criminais, aqui ganhando concretizações que bem se pode dizer que emprestam carácter ao CP português vigente.³⁸

a) Isso sucede, desde logo, com a circunstância de o CP ter mantido a recusa, já tradicional no direito penal português, da pena de morte e da pena de prisão perpétua. É praticamente unânime em Portugal, há mais de um século, a doutrina que considera injustificável a pena de morte à luz da legitimação e das finalidades da punição³⁹ e vê na prisão perpétua uma pena cruel e desnecessária.⁴⁰ Bem se aceitará, deste modo, que a própria Consti-

37. *Lehrbuch des Strafrechts* AT, 4, 1988, pp. 22 e ss.

38. Sobre o que se segue já Figueiredo Dias, *O Sistema...* (nota 15), pp. 788 e ss.

39. Cf. por todos Eduardo Correia e Braga da Cruz, ambos in *Colóquio Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*, 1968, Coimbra; Fac. de Direito I, p. 23 e II, pp. 423 e ss. e 546 e ss.

40. Cf. por todos Ferrão (nota 2) comentário ao art. 33.º. E sobre a evolução desta pena em Portugal Eduardo Correia, *Estudos Sobre a Evolução das Penas no Direito Português*, I, 1977, Coimbra; Fac. de Direito, pp. 96 e ss.

35. Em Portugal justamente preconizados por Anabela Rodrigues, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra, Fac. de Direito, 1982, pp. 142 e ss., e em vários dos meus escritos sobre política criminal (p. ex. notas 17 e 20).

36. Cf. logo, neste sentido, as análises de Hünnerfeld, (nota 1), pp. 253 e ss. e de Jescheck, (nota 1), pp. 458 e ss.

tução vigente — por força de votações obtidas por unanimidade — tenha podido reforçar a tradição portuguesa nesta matéria, revestindo-a com a força de proibições terminantes que ao legislador ordinário se impunha acatar.

b) Importa sublinhar, em segundo lugar, que o sistema sancionatório do CP vigente assenta na concepção básica de que a pena privativa de liberdade — sendo embora um instrumento de que não é ainda possível prescindir — constitui verdadeiramente a *extrema ratio* da política criminal. Donde resultam consequências, desde logo, quanto à reconformação da própria pena de prisão, no sentido de limitar o seu efeito negativo e criminógeno e de lhe oferecer antes um sentido positivo, prospectivo e socializador: por isso o CP consagrou uma pena de prisão única e simples, com limite absoluto mínimo mais elevado (1 mês) e máximo mais baixo (20 anos, em casos excepcionais 25 anos) relativamente ao direito anterior, cujo cumprimento admite que possa em certos casos ter lugar durante dias livres ou em regime de semidetenção (arts. 40.º, 44.º e 45.º). Consequências, por outro lado quanto à limitação da aplicação concreta da prisão, advogando a sua substituição, sempre que possível, por penas não institucionais; e impondo ao juiz que quando, no caso, possa escolher entre a aplicação de uma pena privativa de liberdade e uma pena não detentiva, dê preferência à segunda “desde que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquent e satisfaça as exigências de reparação e prevenção do crime” (art. 71.º).

c) Uma terceira nota que cunha o sistema das reacções criminais do CP é a afirmação terminante do princípio⁴¹

41. Tão relevante e intimamente correspondente à consciência jurídica da comunidade portuguesa que ele foi elevado à categoria de princípio jurídico-constitucional pela reforma da Constituição de 1982 (art. 30.º-4)!

segundo o qual “nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos” (art. 65.º). Trata-se aqui, antes de mais, de uma clara consequência da já aludida consagração do princípio da prisão única ou simples e, mais amplamente, de uma implicação directa da ideia político-criminal segundo a qual importa retirar às penas efeito estigmatizante em toda a medida compatível com a manutenção do seu efeito de prevenção geral positiva, no mínimo sob a forma de defesa do ordenamento jurídico.⁴² Todo o esforço que logo no plano normativo se faça no sentido de limitar aquela estigmatização deve ser saudado como elemento integrador do programa político-criminal de um Estado de Direito democrático e social; quer em si mesmo, quer no que se reflecte como critério orientador da própria execução da pena, sobretudo de prisão, quer ainda na severa restrição que implica no acesso ao (e no conhecimento do) registro criminal.⁴³

6. Uma última característica do sistema sancionatório contido no CP vigente — e que conforma um dos seus mais nítidos supostos político-criminais — deriva dos passos que ele pretendeu dar em direcção a uma concepção monista (ou de via única) das reacções criminais. Não no sentido de reconhecer a existência de um único tipo de sanções; mas no de obstar

42. Sobre a aplicabilidade deste conceito no direito penal português vigente cf. Anabela Rodrigues, “Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português”, *Estudos E. Correia*, I, (nota 15), pp. 39 e ss.; e depois Figueiredo Dias (nota 4), § 330 e ss.

43. Sobre este ponto A. M. Almeida Costa, *O Registro Criminal*, Coimbra, Fac. de Direito, 1985, pp. 224 e ss., 234 e ss.; e já em síntese as minhas intervenções nas Jornadas da Neuchâtel da Fundação Internacional Penal e Penitenciária *Casier judiciaire et rehabilitation*, Neuchâtel; FIPP, 1979, pp. 49, 51 e ss. e agora como na nota 4, § 1.033 e ss.

a que ao mesmo delinquente sejam aplicadas, pelo mesmo facto, uma pena e uma medida de segurança. Um tal resultado procura o CP português alcançá-lo através de um duplo movimento, tendente a operar uma aproximação das duas espécies de reacções. Dá-se, por um lado, uma extensão do conceito de pena, que agora se pretende dotar da capacidade de punir — mais severamente, mas ainda em nome da culpabilidade — os delinquentes por tendência, aos quais os sistemas de duplo binário provêem através da cumulação de uma pena com uma medida de segurança; e por isso consagrou o instituto da pena relativamente indeterminada, com um mínimo e um máximo fixados na sentença mas cuja concreta duração será determinada durante a execução. Verifica-se, por outro lado, uma restrição do conceito de medida de segurança que, quando privativa de liberdade, é unicamente aplicável a inimputáveis.

Este sistema tendencialmente de via única é, de resto, reforçado por uma ideia de vicariato aceite em matéria de execução das reacções criminais. Por uma parte o CP admite em certos casos o internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica em estabelecimentos destinados a inimputáveis, mandando descontar na pena o tempo que o condenado ali tenha passado (arts. 103.º a 105.º).⁴⁴ Por outra parte a lei de execução das reacções criminais (que antecedeu temporalmente o CP de 1982) parificava já, em toda a medida possível, a execução de uma e outra espécie de sanções;⁴⁵ até ao ponto de unificar as finalidades da execução de quaisquer sanções privativas de liberdade e, justamente, no sentido de

uma prevenção especial de socialização, apenas limitada por limiares mínimos de prevenção geral de integração sob a forma de defesa do ordenamento jurídico.⁴⁶ Idéia esta que assume particular consistência ao nível do próprio CP, quando se atenta em que este exige, em certos casos, o cumprimento de um tempo mínimo da medida de segurança aplicada a um inimputável, em função da gravidade do ilícito-típico praticado (art. 91.º-2). O que tudo parece indicar que o referido “vicariato na execução” não é senão revelação de algo mais profundo, a saber, de uma larga comunhão de espírito e de natureza entre pena e medida de segurança, que verdadeiramente só através do binómio culpabilidade/perigosidade vêm a distinguir-se.

3. Dificuldades e anseios de reforma

1. A entrada em vigor do CP de 1982, se por um lado foi saudada — tanto no espaço jurídico-penal português, como internacional — por quem via nele um corpo legislativo moderno, liberal e adequado à ideia do Estado de Direito, assente num sistema dogmático claro e correcto e numa concepção político-criminal avançada e eficaz, despertou por outro lado; na opinião pública portuguesa, sentimentos de desconfiança e de temor. Assim, da parte de um certo sector jurídico⁴⁷ censurou-se-lhe sobretudo o seu carácter “estrangeirado”, que se pretendia deduzir da substituição daquilo que se tomava pela “tradição jurídico-penal portuguesa” (e que, na maioria dos casos, não passava do referente francês napoleónico) por um referente caracterizadamente alemão.

44. Pormenorizadamente Maria João Antunes, (nota 17), pp. 133 e ss. e Figueiredo Dias, (nota 4), § 939 e ss.

45. Art. 218.º do Dec.-lei 265/79, de 1 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Dec.-lei 49/80, de 22 de Março.

46. Art. 2.º do Dec.-lei 265/79. E sobre ele Anabela Rodrigues (nota 35), pp. 9 e ss., 154 e ss, 164.

47. Neste sentido sobretudo Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, PG, Lisboa, Verbo I, 1988, p. 7 e II, 1989, pp. 221 e ss.

Enquanto da parte de vastos sectores não jurídicos⁴⁸ se exprobu ao CP essencialmente o seu carácter “permissivo” ou “laxista” que se deduzia do abaixamento dos limites de pena previstos para a generalidade dos crimes, do que se considerava um excesso de preocupação e cuidado com o delinquente e com a sua ressocialização, em detrimento da protecção devida à vítima, enfim, da crença do CP na liberdade e auto-responsabilidade do homem e na sua corrigibilidade. Cedendo à pressão destes sectores da opinião pública, todos os grandes partidos políticos portugueses — sem que todavia tivessem contestado abertamente os fundamentos básicos, tanto dogmáticos como político-criminais, em que assentava a nova codificação — inscreveram nos seus programas eleitorais a intenção genérica de proceder imediatamente à revisão do CP.

Até 1988 porém os propósitos de revisão não assumiram expressão prática conclusiva,⁴⁹ sem prejuízo de terem sido levados a cabo no âmbito do Ministério

48. Sobre o que se segue Lopes Rocha, (nota 6), pp. 79 e ss.

49. Para além de algumas leis do Parlamento que alteraram certas normas da Parte Especial do CP, sem no entanto obedecerem a qualquer programa ou critério político-criminal (se exceptuamos o caso da interrupção voluntário da gravidez), mas antes motivadas por incidentes da vida político-social portuguesa e, deste modo, comandadas por aquilo que o meu Colega Costa Andrade chamou já uma “política criminal à flor da pele”. Os domínios sobre que incidiram as reformas parlamentares foram os do homicídio qualificado (alargando a qualificação da forma a abranger certas categorias de pessoas que exerçam autoridade pública), da interrupção voluntária não punível da gravidez (segundo um princípio estrito de indicações) das ofensas à honra do Presidente da República (tornando a perseguição penal independente de denúncia) e dos incêndios (estendendo as incriminações para além da criação de perigo comum e agravando as penas aplicáveis).

da Justiça alguns estudos preliminares.⁵⁰ No final daquele ano o Ministro da Justiça nomeou uma Comissão Revisora do CP (à qual me coube presidir) que, em Março de 1991, lhe fez entrega de um anteprojecto de reforma do texto básico de 1982. O mandato da Comissão não era de nenhum modo o de preparar um novo CP, que fosse produto de uma inflexão dos supostos dogmáticos e político-criminais fundamentais do diploma vigente. Era, bem diversamente, o de indagar se e em que medida o ambicioso programa político-criminal subjacente àquele diploma havia logrado concretização na *praxis*, influenciando ou determinando o quotidiano exercício da justiça penal; e, cumprido este exercício, o de propor as reformas tidas como indispensáveis para ultrapassar as resistências com que a realização daquele programa houvesse deparado. No mandato da Comissão cabia, em seguida, a tarefa de propor novos textos legais porventura requeridos pelas profundas transformações sofridas no último decénio pelo tecido político-social e pelo horizonte ético-cultural portugueses; na medida, naturalmente, em que se considerasse já possível identificar com segurança novos e emergentes bens jurídicos, merecedores e carecidos de tutela penal face às ameaças de agressão que a complexidade social acrescida, em particular o desenvolvimento tecnológico, traz inevitavelmente consigo. O Projecto da Comissão foi aprovado, com alterações, pelo Conselho de Ministros em fins de 1993 e em Julho de 1994 a Assembléia da República concedeu ao Governo autorização legislativa para o publicar.

É das principais conclusões a que chegou a Comissão e do sentido das consequentes propostas de reforma avançadas que procurarei em seguida fazer

50. Sob a orientação e responsabilidade de M. A. Lopes Rocha.

relato sucinto; coando-as inevitavelmente por uma visão pessoal dos problemas e do enquadramento dogmático e político-criminal das soluções por eles reclamadas.

2. É minha opinião — e foi esse também o parecer da Comissão — que a área normativa relativa à lei penal e à construção do conceito de crime, tal como foi regulada pelo CP de 1982, não exige qualquer modificação substancial. O que vale por dizer que o sistema do código relativo à lei penal e ao facto penal se mostrou perfeitamente aceitável pela teoria e dominável pela *praxis* jurídico-penais portuguesas. Isto apesar da já aludida “revolução” que a adopção legislativa de um tal sistema representou, ao substituir o referente napoleónico por outro correspondente, no essencial, à dogmática jurídico-penal alemã. Mas situação que se explica pela circunstância de esta dogmática constituir, já desde há mais de meio século, ponto obrigatório de referência da elaboração doutrinal e do ensino universitário portugueses do direito penal⁵¹ e mesmo — ao menos em parte — da própria jurisprudência: tudo em directa interpretação e aplicação das normas do CP de 1886! E o que vale por dizer ainda que o sistema em referência continua a mostrar-se em absoluto actualizado e sintonizado com os mais recentes desenvolvimentos da especulação doutrinal,⁵² dando resposta bastante às exigências daquela “gramática dogmática” que começa a revelar-se como modelo em torno do qual provavelmente acabarão por convergir, num futuro que creio e desejo próximo, as leis penais da gene-

ralidade dos países europeus⁵³ e sul-americanos.

O que fica dito não há-de porém ser entendido como se a parte em referência do CP de 1982 se revelasse mera “tradução” da parte correspondente do StGB alemão, na versão de 1975, ou, quando menos, uma acrítica transposição das soluções daquele para o espaço jurídico-penal português. Para quem conheça, mesmo que só perfunctoriamente, as normas alemãs e portuguesas em causa, será indiscutível que estas últimas apontam, em diversas e significativas áreas, para soluções que, de forma por vezes impressiva, reflectem idiosincrasias próprias, introduzindo importantes desvios que acabam por singularizar o sistema jurídico-penal português. Isso acontece por exemplo — e entre muitos outros casos que poderiam ser citados — na regulamentação legal relativa à aplicação da lei penal mais favorável do país estrangeiro em que o facto tenha sido praticado (art. 6.º-2),⁵⁴ à possibilidade de responsabilização penal de pessoas colectivas (art. 11.º),⁵⁵ ao erro sobre

53. Neste pressuposto teve lugar em Coimbra, em Maio de 1991, um Colóquio Luso-Alemão de homenagem ao Prof. Dr. Claus Roxin (por ocasião da sua investidura como *Doctor honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), com participação italiana e espanhola, justamente dedicado ao tema “Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechts-systems”.

54. Cf. Eduardo Correia, *Actas da Comissão Revisora do CP*, PG, I, Lisboa; Ministério da Justiça, 1965, pp. 90 e ss.

55. Sobre o ponto Castro e Sousa, *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do Chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra; Coimbra Editora 1985; Figueiredo Dias, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário, *Rev. de Legislação e de Jurisprudência* 117 (1984), pp. 72 e ss., Lopes Rocha, “A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas”, *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, Coimbra, Centro de Estudos Judiciários, p. 109; Faria Costa, “A Respon-

51. Demonstrativos a este propósito os citados estudos de Hünerfeld (notas 1 e 3).

52. Sobre o ponto Figueiredo Dias, “Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime”, *Rev. Brasileira de Ciências Criminais* 0 (1992), pp. 23 e ss. e 1 (1993), pp. 16 e ss.

elementos de facto e sobre o ilícito (arts. 16.^o e 17.^o),⁵⁶ à extensão da imputabilidade à incapacidade do agente para ser influenciado pela pena (art. 20.^o-3),⁵⁷ aos pressupostos de punição da tentativa (art. 22.^o),⁵⁸ à instigação como forma de autoria e à comunicabilidade das circunstâncias relativas ao ilícito no quadro da comparticipação,⁵⁹ às definições legais do concurso de crimes e do crime continuado (art. 30.^o),⁶⁰ do conflito de deveres (art. 36.^o),⁶¹ da obediência indevida de culpante (art. 37.^o) e do consentimento (arts. 38.^o e 39.^o).⁶² Em todas estas hipó-

sabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos", *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992), p. 537.

56. Cf. Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora,¹ 1969,² 1987 e, em data recente, Figueiredo Dias, "Der Irrtum als Schuld-ausschliessungsgrund im portugiesischen Strafrecht", in Albin Eser/Walter Perron (Hrsg), *Rechtfertigung und Entschuldigung III* (1990), pp. 201 e ss.; e Roxin, "Acerca da problemática do direito penal da culpa", *Bol. Fac. de Dir. Coimbra*, 1983, p. 27, que considera no entanto que no direito alemão "poder-se-á chegar (...) ao resultado a que — de modo mais elegante — conduz o art. 16.^o do CP português".

57. Sobre o ponto já Eduardo Correia (nota 6), I, Coimbra; Almedina, 1963, p. 359 e (nota 7), p. 39, e agora, Maria João Antunes (nota 17), p. 13 e ss.

58. Sobre este tema Faria Costa, "Tentativa e Dolo Eventual", *Estudos E. Correia* (nota 15), p. 716 e ss. e Maria da Conceição Valdagua, *Início da Tentativa do Co-Autor*, Lisboa; Danúbio, 1986, pp. 119 e ss. 207 e ss.

59. Cf. Teresa Beleza "Ilícitamente Comparticipando", *Estudos E. Correia* (nota 15), III, 1990, p. 589.

60. Sobre estes temas é ainda hoje essencial Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra; Atlântida, 1945.

61. Importante Boaventura Santos, "O Conflito de Deveres em Direito Criminal", Coimbra, diss., não publicada, 1968.

62. Fundamental agora Costa Andrade (nota 20).

teses se trata de regimes que, por sobre não merecerem, do meu ponto de vista, censura — tanto em perspectiva dogmática como político-criminal —, podem ser arvorados, num contexto jurídico-penal comparatístico, em referência paradigmática de eventuais inovações legislativas e de possível evolução de discussões frutuosas à roda da construção do conceito de crime.

3. Diferentemente do que se passa com os capítulos da Parte Geral relativos à lei penal e ao conceito de crime, já as normas do CP de 1982 respeitantes às reacções criminais — sua tipologia, critérios de medida e de escolha da pena, regime das penas de substituição etc. — se revelam carecidas de ajustamentos significativos. Foi nesta matéria que se verificou um enorme desfasamento entre as intenções político-criminais subjacentes ao CP e a realidade da sua aplicação quotidiana, a ponto de poder falar-se a este propósito de um rotundo fracasso.⁶³ Bastará, para comprovar esta afirmação, ter presente o peso desproporcionado que continuam a ter as condenações em pena privativa de liberdade relativamente às condenações em multa, bem como a frequência preocupante com que continuam a ser aplicadas penas privativas de liberdade de curta duração em detrimento

63. Tornou-se conhecida em Portugal a frase de um juiz, proferida depois de alguns anos de vigência do CP de 1982, segundo a qual "a entrada em vigor do novo CP não se notou"! A *decalage* referida no texto resulta com clareza do estudo de Maria Rosa Crucho de Almeida, "Novas Medidas Detentivas e Semidetentivas...", *Boletim do Ministério da Justiça*, 548 (1985), p. 63 e é internacionalmente reconhecida, por exemplo nos estudos de Dolcini/Paliero, *Il carcere ha alternative?*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 75 e ss., e Kalmthout/Tak, *Sanctions-Systems in the Member-States of the Council of Europe*, I, Kluwer, Quint, 1988, Cf. por último Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 67 e ss.

da vasta panóplia, legalmente consagrada, de penas de substituição (suspensão de execução da pena, regime de prova, prestação de trabalho a favor da comunidade, admoestação).⁶⁴⁻⁶⁵

Para o assinalado fracasso contribuiu em alguma medida, durante os primeiros anos de vigência do CP de 1982, a deficiência das estruturas indispensáveis a uma correcta execução de algumas penas de substituição, nomeadamente o regime de prova e a prestação de trabalho a favor da comunidade; mas hoje os problemas aqui suscitados podem considerar-se ultrapassados, sobretudo por força da meritória acção desenvolvida pelo Instituto de Reinserção Social, sem que por isso a situação se tenha substancialmente modificado. As principais causas do fracasso não residem pois aqui, mas

64. O total das penas de multa alcançou em 1991 o *score* máximo de 46% do total das condenações, enquanto as penas privativas de liberdade não superiores a 6 meses representam — ao que indicam as estatísticas — cerca de 16% do total das penas de prisão aplicadas. É significativo, por outro lado, que das penas de substituição mencionadas apenas tenham expressão prática a suspensão da execução da pena e a admoestação (respectivamente cerca de 25% e 1% das condenações em pena privativa de liberdade), ambas elas espécies de penas já reconhecidas pelo CP anterior, enquanto as restantes se contam apenas por algumas dezenas durante os anos de vigência do CP de 1982! Dados a propósito encontram-se nos estudos referidos na nota anterior e concluem-se das Estatísticas da Justiça posteriores a 1982.

65. A estas penas há que acrescentar a prisão por dias livres e o regime de semidetenção que, não sendo tecnicamente penas de substituição da pena privativa da liberdade — por elas próprias se traduzirem em uma tal privação — todavia participam, de um ponto de vista político-criminal, do mesmo movimento de luta contra a privação (contínua) de liberdade que justifica a existência das (autênticas) penas de substituição, cf. neste sentido Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 506.

têm de procurar-se, por um lado, ao nível de uma mentalidade predominantemente conservadora dos aplicadores do direito — os quais têm tardado a reagir positivamente ao programa político-criminal legalmente imposto —, por outro lado ao nível legislativo, onde se deparam obscuridades, lacunas e desarmonias sensíveis da regulamentação legal. Não deve por tudo isto estranhar-se que tenha sido justamente neste campo que a Comissão Revisora tenha avançado com as propostas mais sistemáticas e profundas de inovação legislativa.

a) Uma questão básica que logo se suscitava era a de manter fidelidade ao sistema tendencialmente monista das reacções criminais consagrado no CP vigente ou antes de operar uma inflexão no sentido da adopção de um sistema dualista ou da dupla via. De um ponto de vista puramente teórico conto-me entre os que exprimem dúvidas — que me parecem cada vez mais consistentes —⁶⁶ sobre se a chamada pena relativamente indeterminada é uma verdadeira pena ou antes substancialmente (ao menos em parte) uma medida de segurança. Sempre defendi que a culpabilidade do agente por tendência — daquele que viola repetidamente as normas jurídico-penais e revela, deste modo, uma mais funda traição da tarefa existencial de conformação da sua atitude interior perante o direito com a suposta pela ordem jurídica — pode (e porventura deve) ser vista como uma culpabilidade agravada, sem por isso ter de abandonar-se os pressupostos de um direito penal do facto.⁶⁷ Mas já duvido que, só por efeito dessa culpabilidade agravada e sem nenhuma correspondência desta a

66. Cf. o meu estudo citado na nota 15, pp. 793 e ss. e, por último, *Direito Penal*, (nota 4), § 879 e ss.

67. Neste sentido me pronunciei sobretudo no meu livro *Liberdade-Culpa-Direito Penal* 1983, pp. 215 e ss.

uma agravação do ilícito-típico, o máximo da moldura penal prevista para o facto possa ser excedido:⁶⁸ na parte em que o for estaremos, de um ponto de vista material, perante uma medida de segurança. Ao que acresce, creio que decisivamente, que a pena relativamente indeterminada só será aplicada quando “a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revele acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista”. Face ao momento de avaliação da persistência da inclinação para o crime a que a lei manda atender, não vejo que possa contestar-se ser um puro critério de perigosidade o que aqui está em causa, como tal irrelevante para (e incompatível com) a culpabilidade.

Do exposto não deve porém retirar-se a conclusão de que, em meu parecer, o instituto da pena relativamente indeterminada deveria ser substituído por um sistema de duplo binário. E foi essa também a opinião da Comissão Revisora, que decidiu manter praticamente intocado aquele instituto. Uma tal decisão ficará justificada quando se considere que o sistema de via única consagrado pelo direito penal português não é necessariamente fruto de um certo construtivismo teórico-dogmático — nomeadamente de uma concepção da culpabilidade na formação da personalidade⁶⁹ —, mas é antes de tudo um monismo prático, que de resto continuará então, aperfeiçoando-a na melhor via, a tradição da reforma

penitenciária de 1936 e do CP de 1886 na formulação de 1954.⁷⁰

b) A concepção subjacente ao CP de 1982 em matéria de medida e de escolha da pena não pôde, até há bem pouco tempo, ser interiorizada pela jurisprudência portuguesa, conduzindo por um lado a graves equívocos, e arvorando-se por outro lado em grande responsável pela falência do sistema das penas de substituição. Quanto à matéria da medida da pena, a jurisprudência assentou no princípio de que o juiz deveria partir do ponto médio entre o mínimo e o máximo da moldura penal aplicável, agravando ou atenuando depois a pena em função de circunstâncias agravantes ou atenuantes; como se não existisse o artigo 72.º-1, que⁷¹ manda ao juiz que determine a medida da pena “em função da culpabilidade do agente, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes”! Quanto à escolha da pena, uma parte significativa de decisões que negam a possibilidade de substituição de uma pena privativa por uma não privativa de liberdade vêm invocando como argumento decisivo o elevado grau de culpabilidade com que o agente actuou; baseando-se para tanto em considerações textuais que — há que convir — podem ser equívocas, mas não escondem, em meu juízo, a intenção fundamental do CP de só dar relevância para o efeito a considerações de prevenção.

É certo que, muito recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça português parece querer distanciar-se de qualquer

68. Decerto por isso é que o art. 77.º do CP, relativo à agravação da pena por efeito da reincidência, não permite que o máximo da moldura penal para o facto possa ser excedido. E por isso também decidiu a Comissão manter esta agravação, não seguindo a lição do direito alemão que recentemente a revogou.

69. Como sempre defendeu Eduardo Correia (nota 3, ZStW 76 1964), pp. 328 e ss. Criticamente Figueiredo Dias, (nota 3), pp. 235 e ss.

70. Sobre esta tradição, na qual se destacam os nomes de Beleza dos Santos e de Cavaleiro de Ferreira, muito exactamente Hünerfeld (nota 1), pp. 221 e ss., 226 e ss. e 239 e ss.

71. Na esteira já, de resto, do art. 84.º de CP de 1888, na formulação de 1954, bastante próxima do § 46 StGB alemão. Sobre o ponto Figueiredo Dias (nota 4), pp. 287 e ss. e sobretudo *Direito Penal*, (nota 4), § 301 e ss.

uma destas posições⁷² e adoptar a propósito uma jurisprudência substancialmente correcta. Mas a extensão que o problema assumiu e as gravíssimas consequências a que vem dando lugar levaram a Comissão Revisora a propor a introdução no CP de um preceito⁷³ sobre as finalidades da aplicação das penas e das medidas de segurança. Nesse preceito se afirma que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade; que a pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpabilidade; e que a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Torna-se assim próxima a crítica de que, com um preceito como este, o legislador cederá ao propósito ilegítimo de solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins das penas. Creio todavia ter sido menos ambicioso e mais empenhadamente pragmático o objectivo que aquele preceito visa: ele propõe-se apenas oferecer à interpretação do direito critérios seguros e normativamente estabilizados de medida e escolha da pena, levantando obstáculos definitivos à eventual persistência de correntes jurisprudenciais tão erradas e funestas como aquelas a que aludi. O que me parece indiscutível que cabe na competência do legislador e das suas legítimas opções político-criminais.

Pessoalmente, penso que o modelo de determinação da medida da pena que melhor se adequa a um preceito como o que acaba de se referir — como de

resto já ao preceituado no CP vigente — é aquele que comete à culpabilidade a função (única, mas nem por isso menos decisiva) de determinar o limite máximo e inultrapassável da pena; à prevenção geral (de integração) a função de fornecer uma “moldura de prevenção”, cujo limite máximo é dado pela medida óptima de tutela dos bens jurídicos — dentro do que é consentido pela culpabilidade — e cujo limite mínimo é fornecido pelas exigências irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico; e à prevenção especial a função de encontrar o *quantum* exacto de pena, dentro da referida “moldura de prevenção”, que melhor sirva as exigências de socialização (ou em casos particulares, de advertência ou de segurança) do delinquente. Decerto que um tal modelo⁷⁴ não é imposto por um preceito como o proposto pela Comissão Revisora. Mas é, em minha opinião, o que melhor combina os critérios da culpabilidade e da prevenção como vectores legalmente impostos de medida da pena, dentro das intenções político-criminais básicas do CP.

c) Com vista a potenciar o recurso do julgador à pena de multa enquanto pena principal, a Comissão Revisora propôs um conjunto articulado de inovações, tanto na parte Geral como na Parte Especial do CP. Mantém-se inalterado o sistema de dias-de-multa, de longa e venerável tradição no direito português.⁷⁵ Mas, com o objectivo de alargar o âmbito da possível aplicação desta pena, sugere-se o aumento quer do limite

72. Sobre o primeiro, cf. p. ex. o Acórdão do STJ de 7.6.89, *Actualidade Jurídica I* (1989), p. 4, e sobre o segundo, o fundamental Acórdão do STJ, de 23.3.90, *Rev. Port. de Ciência Criminal I* (1991), p. 243, com anotação favorável de Anabela Rodrigues.

73. Próximo em alguns pontos, do § 2.º do *Alternativ Entwurf*, AT, alemão.

74. Cuja fundamentação exigiria precisões e argumentos que aqui não podem ser fornecidos. Em pormenor, cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal* (nota 4), § 301 e ss.

75. Ele já se encontrava consagrado, na verdade — decerto por influência do art. 55.º do Código Criminal do Império do Brasil de 1830 — no art. 41.º do primeiro CP português o de 1852, tendo sido, desde então até hoje, conservado.

máximo dos dias-de-multa (passando-o de 300 para 360 dias, mas permitindo que atinja, em certos casos especiais, 600 dias), quer o quantitativo diário da multa (que passa de 10.000\$ para 100.000\$). Por outra parte, propõe-se o integral abandono, na Parte Especial, da prescrição, político-criminalmente inde-sejável, de penas de prisão e multa,⁷⁶ tendo-se optado por um sistema de alternatividade sempre que, relativamente ao mesmo tipo de crime, a pena de multa haja de articular-se com a pena privativa da liberdade; solução esta que, para além de outras razões, se louva do carácter em geral reconhecidamente criminógeno da aplicação cumulativa daquelas duas espécies de pena. Por outro lado ainda — e ressalvados domínios específicos, como os da generalidade dos crimes contra as pessoas e dos crimes contra o Estado —, a Comissão optou pelo princípio geral de previsão da pena de multa como alternativa da pena privativa de liberdade não superior a 3 anos; mas propôs que, para praticamente toda a extensa fenomenologia da criminalidade patrimonial, a multa pudesse atingir 600 dias, perfilando-se nestes casos como alternativa à pena privativa de liberdade até 5 anos.

Torna-se deste modo claro que a Comissão Revisora operou, em matéria de alternatividade entre pena privativa de liberdade e pena de multa, no pressuposto de uma certa “equivalência normativa” entre as duas penas, segundo a qual a 1 ano de prisão corresponderão 120 dias de multa. Isto explica-se pela circunstância de o CP vigente ser muitas vezes censurado — com razão — por haver incorrido na mais completa arbitrariedade e anarquia na fixação dos limites da pena de

multa alternativa. A Comissão procurou manter aquela correspondência relativamente à generalidade dos crimes previstos na Parte Especial; mas, ainda no propósito de fazer subir o peso percentual da pena de multa no total das condenações, não deixou em certos domínios — máxime, no dos crimes contra a honra — de introduzir ligeiros mas justificados entorses na referida correspondência, prevendo penas privativas de liberdade comparativamente mais leves do que as que deveriam caber às penas de multas alternativa cominadas.

d) Alterações do mais elevado significado foram propostas pela Comissão em tema de penas de substituição. Não só se procura agora tornar claro — como atrás se acentuou — não ser legítimo denegar a substituição da pena privativa de liberdade em nome de considerações retiradas da medida da culpabilidade, mas também que a opção entre várias penas de substituição aplicáveis se faz em função de considerações exclusivamente preventivas. Procura-se também unificar o regime cabido ao caso em que a pena de substituição não é (ou não é devidamente) cumprida, ordenando neste caso o cumprimento da pena privativa de liberdade; o que tem como efeito dar agora claramente a perceber que a multa como pena de substituição é entidade diferente da multa como penal principal.⁷⁸

Por outro lado, na linha de simplificação do sistema mas sem reduzir a panóplia das penas de substituição, a Comissão optou por alterar o estatuto doutrinário do regime de prova. Em vez de autónoma pena de substituição que é no direito vigente, aproximando-se assim do estatuto da *probation* do direito

76. Criticamente sobre esta espécie de pena, Figueiredo Dias, *Direito Penal* (nota 4), § 192.

77. Figueiredo Dias, *Direito Penal* (nota 4), § 194, com exemplos.

78. Diversamente, o art. 43.º-3 do CP vigente declara aplicável à multa que substitui a prisão o regime cabido à pena de multa como pena principal nomeadamente no que toca às consequências do seu não pagamento.

anglo-americano,⁷⁹ a prova passa a valer — segundo um modelo muito chegado ao do instituto alemão da *Strafaußsetzung zur Bewährung* — apenas como uma modalidade do instituto da suspensão da execução da prisão: instituto que passa assim a assumir três espécies diferentes: suspensão simples; suspensão com imposição de deveres e/ou regras de conduta; e suspensão com regime de prova. Esta última modalidade distingue-se da anterior em dois pontos: na obrigatoriedade de, por um lado, o condenado ser confiado, durante o tempo de prova, à vigilância e apoio dos serviços de reinserção social; e de, por outro lado, ser elaborado por estes serviços, com homologação do tribunal, um plano individual de readaptação social do condenado.

Por seu turno, em nome das esperanças que continuam a depositar-se na pena de prestação de trabalho a favor da comunidade — porventura a mais importante “descoberta” político-criminal dos últimos decênios no domínio sancionatório e a única das penas que não possui carácter estritamente pessoal-negativo, mas assume cariz social positivo — a Comissão propôs um alargamento significativo dos pressupostos da sua aplicação, passando dos 3 meses actuais para 1 ano o máximo da medida da pena privativa de liberdade que a prestação de trabalho pode substituir.

e) No que toca às penas acessórias cabem duas referências particulares às inovações propostas pela Comissão Revisora. A primeira tem a ver com o facto de ela ter pretendido fazer de tais sanções verdadeiras penas — subordina-

das à culpabilidade e portanto com molduras penais temporais específicas —, diversamente do que sucede com o CP vigente que as trata como simples efeitos das penas;⁸⁰ por isso terminou inclusivamente com a chamada pena (criminal) de demissão de funcionário público, substituindo-a pela pena de proibição de assunção ou de exercício de função pública por determinado período de tempo. A segunda referência cabe à pena acessória de proibição de conduzir, à qual pela primeira vez se procura outorgar consagração expressa no texto do próprio CP, tendo-se aliás proposto também e paralelamente, no âmbito das medidas de segurança, a consagração das medidas de cassação da licença de condução de veículo automóvel e a interdição de concessão da licença.

f) A problemática geral das medidas de segurança veio, de resto, a revelar-se outro domínio particularmente carecido de ajustamentos legislativos, desde logo preordenados a assegurar uma satisfação ainda mais cabal das exigências jurídico-constitucionais de legalidade e de proporcionalidade. Desiderato que procurou alcançar-se através de uma mais rígida definição dos pressupostos de aplicação das medidas e do estabelecimento de duração tendencialmente inultrapassáveis. Desta forma e no seu conjunto — tendo em conta a articulação entre direito constitucional e ordinário — terá a ordem jurídico-penal portuguesa logrado, em minha opinião, um regime das medidas de segurança digno de particular consideração na perspectiva da maximização da tutela da liberdade e segurança dos cidadãos.

Para além disto procurou a Comissão Revisora valer-se da oportunidade para

79. Sem todavia com ela se identificar, na medida em que — contra o que sucedia no Projecto da Parte Geral de 1963 — a aplicação do regime de prova não supõe a suspensão do processo no momento anterior ao da determinação da pena. Cf. Eduardo Correia (nota 57), II, pp. 398 e ss.

80. Sobre esta questão v. o meu contributo “O Sistema das “Penas Acessórias” no Novo Código Penal Português”, *Libro-Homenaje al Prof. A. Beristain*, S. Sebastian, Instituto Vasco de Criminologia, 1989, p. 499; e agora *Direito Penal* (nota 4), § 227 e ss.

colmatar uma das mais comprometedoras lacunas normativas na área das medidas de segurança do CP vigente. Talvez conduzido pela idéia de que o sistema que consagra é essencialmente de via única, não curou o CP⁸¹ de uma realidade que mesmo à sua luz não pode deixar de verificar-se, atenta a indiscutível ligação do conceito de inimizabilidade ao facto praticado: a de que ao mesmo agente, por virtude de ter praticado mais que um crime, que todavia são conjuntamente julgados por força das normas relativas à conexão de processos (CPP, arts. 24.º e ss.), podem ser aplicadas em simultâneo uma pena e uma medida de segurança. Para colmatar uma tal lacuna propôs a Comissão Revisora uma regulamentação específica da execução das sanções em tais casos, baseada naquilo que considero ser um criterioso regime de vicariato;⁸² a medida de segurança é executada sempre antes da pena e nesta descontada, se ambas forem sanções privativas de liberdade, logo que a medida de segurança deva cessar o agente pode ser posto em liberdade condicional se se verificarem os respectivos pressupostos formais, podendo o último ano que lhe falte cumprir para o efeito ser substituído, a seu pedido, por prestação de trabalho a favor da comunidade; se a prestação de trabalho ou a liberdade condicional vierem a ser revogadas, o tribunal decidirá se o agente deve cumprir o resto da pena ou continuar o internamento pelo mesmo tempo.

4. Também a Parte Especial do CP acabou por sofrer, no projecto da Comissão Revisora, numerosas e importantes modificações.

81. Sobre o que se segue cf. no mesmo sentido do texto, Maria João Antunes (nota 17), pp. 129 e ss., 151 e ss. e Figueiredo Dias, *Direito Penal*, (nota 4), § 776 e ss.

82. Correspondente no essencial ao proposto por Maria João Antunes e Figueiredo Dias, locs. cit. na nota anterior.

a) Tais modificações resultaram, desde logo, na redução significativa do número global de tipos legais de crime, bem como em algumas inovações, facilmente referenciáveis, no plano sistemático.

De assinalar neste âmbito, por exemplo, a deslocação dos crimes sexuais do título relativo aos Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade⁸³ — título onde o CP vigente revela uma certa insuficiência quanto à sua orientação para e pelo bem jurídico, acabando por constituir uma espécie de “sótão”, que recolhe tudo quanto, justamente em função de uma certa indefinição dos bens jurídicos, sobra dos restantes títulos! — para o título que trata dos Crimes contra as pessoas, onde passam a formar um capítulo autónomo sob a rubrica dos Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Esta modificação empresta carácter ao trabalho reformador da Comissão e projecta-se em consequências prático-jurídicas importantes, entre as quais cumpre destacar a substituição do conceito-chave nesta matéria do “atentado ao pudor” (um conceito, uma vez mais, de natureza demasiado indeterminada e de conteúdo inadmissivelmente moralista) pelo conceito preciso de “acto sexual de relevo”.⁸⁴

Igualmente digna de menção se revela a introdução, ainda nos crimes contra as pessoas, de um novo e autónomo capítulo relativo a outros bens jurídicos pessoais. Capítulo este que foi pensado para dar expressão positivada e guardada sistemática a novas manifestações de liberdade ou dimensões da pessoa que o processo histórico-civilizacional vai

83. Criticamente sobre este ponto, com razão, K. Natsheradetz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra, Almedina, 1985.

84. Sobre a questão, já à luz do Projecto da Comissão, Ferreira Ramos, “Notas sobre os crimes sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982”, *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), pp. 53 e ss.

decantando e convertendo em autónomos bens jurídicos, merecedores e carecidos de tutela jurídico-penal (gravações e fotografias ilícitas,⁸⁵ omissão de socorro, subtracção às garantias do Estado de Direito português).

Na ordem sistemática será por último de assinalar a deslocação dos Crimes contra o património para o Título II da Parte Especial, logo a seguir aos crimes contra as pessoas, como testemunho de que ainda aí se trata diferentemente do que sucede com os títulos seguintes, de bens jurídicos individuais.

b) Para além de quanto fica indicado, não será difícil reconduzir a generalidade das modificações registradas na Parte Especial à prossecução de um equilibrado programa de descriminalização, conjugado com um propósito de maior simplificação e racionalização. E isto tanto no que toca à factualidade típica — procurando-se uma mais precisa identificação do bem jurídico tipicamente protegido, conjugada com uma mais segura demarcação da área de tutela —, como no que respeita às espécies de molduras penais aplicáveis, cujo número se procurou reduzir significativamente. Nesta última matéria igualmente se tentaram ultrapassar algumas das assimetrias mais comprometedoras, como as que resultavam da relativa⁸⁶ benignidade da punição de certos crimes contra as pessoas em confronto com as penas cominadas para tutela de bens jurídicos exclusivamente patrimoniais.

c) Numa consideração mais analítica convirá enunciar algumas das opções

mais significativas assumidas pela Comissão Revisora.

Para além das assinaladas já e relativas aos crimes sexuais e contra a integridade física, deverá pôr-se em evidência a considerável simplificação operada quanto a estes últimos, a partir de critérios de qualificação e de privilegiamento que se fazem funcionar sobre a base da existência de um crime de ofensas corporais simples (repetindo assim, quase integralmente, a sistemática dos crimes contra a vida). Diferentemente, entendeu a comissão Revisora deixar inalterado, no essencial, o estado do direito vigente em matéria de interrupção voluntária da gravidez. A razão terá estado em que sobre esta questão havia recaído ainda não há muito uma decisão político-legislativa do Parlamento; e depois, valha a verdade dizer, o sistema vigente de estritas indicações médica, ética e eugénica não parece ter funcionado mal nem dado origem a grande criticismo na opinião pública, tanto jurídica como leiga.⁸⁷

Também as normas do crime de furto e, por via reflexa, a generalidade dos preceitos relativos à criminalidade patrimonial sofreram alterações de tomo no projecto da Comissão. As mais óbvias são as que resultam do abandono do modelo vigente, que não liga directamente a qualificação ou o privilégio a níveis quantificados e pré-fixados do valor pecuniário do objecto do crime, antes se serve para o efeito essencialmente de conceitos indeterminados ou cláusulas

85. V. Costa Andrade, "Sobre a reforma do CP português. Dos crimes contra as pessoas em geral, e das gravações e fotografias ilícitas" em particular, *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), pp. 427 e ss.

86. Quando não escandalosa, como sucedia no máximo de pena privativa de liberdade previsto para as ofensas corporais graves 5 anos!

87. Cf. todavia, para distintos pareceres, Boaventura Santos, "L'interruption de la grossesse sur indication médicale en droit penal portugais", *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 1967, p. 167; Figueiredo Dias, "Lei Criminal e Controle da Criminalidade", *Rev. da Ordem dos Advogados* 36 (1976), p. 89; Costa Andrade, "O Aborto como Problema de Política Criminal", *Rev. da Ordem dos Advogados* 39 (1979), p. 24; A. M. Almeida Costa, "Aborto e Direito Penal", em *O Aborto à Luz do Dia*, Coimbra; Almedina, 1984, p. 166.

gerais de valor (diminuto valor, valor elevado, valor consideravelmente elevado). Um tal sistema — cujos méritos doutrinais e cuja consonância com as exigências da justiça material bem podem continuar a ser defendidos — acabou por suscitar na jurisprudência dificuldades e oscilações tais que a Comissão entendeu que o legislador não poderia deixar de procurar a elas obviar. Não o fez porém no sentido — do meu ponto de vista pessoal porventura polifónico-criminalmente preferível — de eliminar o valor económico da lesão patrimonial dos elementos constitutivos do tipo de crime patrimonial e dar-lhe relevo apenas como factor de medida da pena. Pelo contrário — não retomando embora o modelo dos escalões de valor patrimonial pré-fixados consagrado no CP de 1886 —, a proposta da Comissão vai no sentido de uma definição quantificada dos conceitos de valor diminuto, elevado e consideravelmente elevado enquanto fundamentos de privilégio ou de qualificação.⁸⁸ Resta saber se a certeza e a simplificação que a jurisprudência sem dúvida espera de um tal sistema não serão vantagens insuficientemente compensadoras da maior complexidade que dele resultará em matéria de aferição do dolo e de tratamento do erro.

Ainda no domínio dos crimes patrimoniais, a Comissão propôs o relativo agravamento da punição do crime de dano, como forma de restabelecer aquele que parece ser o desejável equilíbrio com as penas cominadas para os demais crimes contra o património.

O título Dos Crimes contra o Estado foi igualmente objecto de alterações de relevo. Estas traduzem-se, por exemplo, na descriminalização de algumas infracções contra a segurança do Estado e

contra a autoridade pública. Atrás dela está a ideia básica segundo a qual, num Estado de Direito democrático estabilizado, aqueles valores só devem em princípio ser penalmente protegidos contra atentados que impliquem o recurso indevido à violência ou a formas análogas de actuação. No capítulo dos crimes de funcionários procedeu-se à atenuação da punição da corrupção activa em confronto com a da corrupção passiva (no Código vigente equiparadas), em nome da ideia de que a corrupção é, antes e acima de tudo, um crime de funcionários.

d) Por último, não será difícil identificar no projecto de reforma um conjunto significativo, se bem que limitado, de propostas de neo-criminalização. Elas ficam a dever-se já à revelação de novos bens jurídico-penais ou de novas modalidades de agressão ou de perigo, já a compromissos internacionais assumidos por Portugal. Como exemplos de novas incriminações podem indicar-se a propaganda do suicídio (por mais duvidosos que me pareçam os contornos do bem jurídico aqui protegido e portanto o bom fundamento de uma tal opção de criminalização), a perturbação da paz e do sossego por meio de telefonemas, a burla informática, o abuso de cartão de garantia ou de crédito, a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, o comércio ilegal de aparelhagens destinadas a escutas telefónicas ou à violação de correspondência ou de telecomunicações, a poluição inadmissível sonora, das águas, do ar ou dos solos.

Cabe todavia acentuar que a Comissão entendeu dever manter-se fiel a já assinalada tradição legislativa portuguesa de deixar fora do CP a punição de muitas condutas cuja dignidade penal é pacífica e consensual, mas que razões de técnica legislativa aconselham que continuem a constituir objecto de legislação extravagante. Esse se considerou ser o caso — para além de todas as condutas que devam imputar-se à responsabilidade penal

88. Sobre o ponto cf. J. Manso Preto, "Novos aspectos da punição do crime de furto", *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal* 1 (1991), p. 543.

de pessoas colectivas como tais — de matérias como as relativas à criminalidade informática,⁸⁹ ao chamado branqueamento de dinheiro e aos atentados contra a integridade e a identidade genéticas.

5. Conclusão

Se quisesse atrever-me a retirar uma proposição conclusiva de quanto ficou exposto, diria que o CP português de 1982, posto à prova durante os seus dez anos de vigência, revelou que os funda-

89. Com a já assinalada excepção da burla informática.

mentos dogmáticos e político-criminais em que assenta lhe dão capacidade para resistir aos desafios formidáveis que, muito provavelmente, lhe serão postos pela criminalidade dos tempos vindouros. Para tanto torna-se porém imperiosa uma mais cabal e decidida aproximação daqueles fundamentos à realidade da administração quotidiana da justiça penal. No fundo é esse o denominador comum das tentativas reformadoras ora em fase de conclusão em Portugal. Logo que elas sejam levadas a bom termo há razões fundadas para esperar que o CP de 1982 possa continuar com êxito a fazer caminho.

DROGAS: O MODELO REPRESSIVO É INÚTIL*

PATRICIA LAURENZO COPELLO

Professora Titular de Direito Penal
da Universidade de Málaga

Anos 80. O consumo de estupefacientes, nos países chamados desenvolvidos parece imparável. Suas conseqüências se refletem nos diversos estratos sociais. Paralelamente, o "negócio" da droga se converte em um dos mais prósperos do momento. Consolidam-se poderosas organizações criminais, capazes de pôr em perigo a estabilidade política e econômica de numerosos Estados. A comunidade internacional, encabeçada pelos países que sofrem o consumo de drogas como uma das grandes ameaças para as suas sociedades do bem-estar, reúne esforços para conter o fenômeno. A luta contra a droga se converte na grande cruzada do fim do século.

Desconsiderando a inutilidade que há tempo vem demonstrando o Direito Penal para conter tão desmedido fenômeno, em 1988, com o aval das Nações Unidas, os Estados reafirmam a repressão como uma via, quase exclusiva, para combater o mal. Ignora-se aqueles que denunciam a ineficácia do modelo coativo. Se alguma resposta se deixa escutar, não é outra que a necessidade de aumentar ainda mais a linha repressiva com o fim de fazer frutífera a atividade dos órgãos de controle.

O caminho empreendido, contudo, não é inócuo: com a escusa de defender a sociedade moderna contra um dos maiores perigos dos últimos tempos, as legislações penais e processuais crescem e se transformam indiscriminadamente,

afrontando princípios básicos da atual consciência jurídica universal. Assim, cada vez mais freqüentes são os preceitos penais que definem as condutas vinculadas ao tráfico de drogas de modo tão amplo e vago que resulta quase impossível estabelecer os limites entre o proibido e o permitido, dando lugar a níveis de insegurança jurídica dificilmente compatíveis com as garantias próprias de todo Estado de Direito. Igualmente, perde-se a idéia de proporcionalidade entre pena e conduta desviada. Em nome da prevenção ao tráfico ilícito de entorpecentes, as leis repressivas equiparam comportamentos de distinta entidade, sancionando-os de modo equivalente com penas excessivas, que em muitos casos superam àquelas previstas para os delitos contra a vida ou a integridade pessoal.

Tampouco o consolidado direito de todo cidadão a um juízo justo e imparcial parece representar um obstáculo nesta grande cruzada de nossa década.

Os prêmios à delação, a utilização cada vez mais freqüente de agentes especializados que, simulando o desejo de comprar drogas, provocam a comissão de um delito de tráfico, as inversões do ônus probatório, com a conseqüente deteriora-

* Publicado no periódico "El País" em 13.1.94. Tradução de Lycurgo de Castro Santos, Promotor de Justiça em São José dos Campos-SP e Doutorando em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri.

ção do princípio de presunção de inocência, põem de manifesto que no âmbito da droga os suspeitos infratores da lei não gozam dos mesmos direitos que outros possíveis delinquentes.

Em suma, com a coartada de uma luta pela sobrevivência das sociedades democráticas se justifica o avanço de Estados policiais que socavam, precisamente, aquilo que se pretende preservar. Os espaços de liberdade do cidadão cedem cada vez mais e os direitos humanos se fulminam perigosamente. Se alguma prova mais cabia esperar desta investida, aí está a renovada pressão internacional em favor da extensão da intervenção penal ao simples consumo de drogas, mesmo que se produza entre indivíduos adultos e sem outros riscos que os ocasionados todos os dias pela ingestão de álcool, tabaco ou outras “drogas legais”. Um passo mais no incessante avanço do Direito sancionador sobre o âmbito de privacidade dos indivíduos.

Se tantos males tivessem como contrapartida um controle efetivo do fenômeno, talvez caberia entender, ainda que não justificar, a obstinação das posturas oficiais favoráveis ao modelo repressor. Mas nada mais distante da realidade. Ninguém sabe melhor do que os próprios ostentadores dos mecanismos repressivos que a intervenção penal não está dando resultados. A perseguição segue centrada, na prática, nos pequenos traficantes ou consumidores e nas drogas menos perigosas. As grandes organizações, salvo um ou outro embate, seguem intactas.

Ante um paradoxo tão evidente, não se pode estranhar que há muito tempo vozes abalam o fracasso da via sancionatória e seus inumeráveis prejuízos para a comunidade. Seminários internacionais de expertos como os organizados pela Universidade de Tilburg (Holanda) em 1988 e pela Seção de Málaga do Instituto Andaluz Interuniversitário de Criminologia de 1991, demonstraram essa cara oculta da política repres-

siva e demandam um debate sério e sem prejuízos do problema. Um debate que não apenas preste atenção ao estrepitoso fracasso do modelo oficial e de seus variados efeitos perniciosos sobre a estrutura interna dos modernos Estados de Direito, mas que também, e especialmente, às profundas injustiças que a atual política está produzindo no seio da comunidade internacional.

Com efeito, não se pode surpreender que desde o momento em que a “cruzada contra a droga” tomou um caráter internacional, os países pobres se viram obrigados a ceder diante das pretensões e exigências das grandes nações desenvolvidas, assumindo, em particular os Estados da América Latina, a responsabilidade que lhes atribui comodamente o Primeiro Mundo como principal fonte de produção das drogas que consomem seus cidadãos.

Pouco interessa ao mundo desenvolvido que a “Guerra Justa” arrase tradições milenárias — como o cultivo de coca e marihuana —, que as populações locais contemplem indefesas a desaparecimento de seus habituais sistemas de interação com o entorno natural que países inteiros devam suportar sua identificação internacional como nações de “gângsters”. Tudo está justificado. Inclusive os irreparáveis danos na economia sempre precária da América Latina. Sem embargo, a via eleita, uma vez mais, é perigosa e pouco eficaz. Enquanto o mundo desenvolvido não assume sua cota de responsabilidade e se mostre disposto a reconhecer preços justos para os produtos da América Latina, de pouco servirão as medidas de invasão e força. A população local deve subsistir e, se não encontra alternativa, dificilmente renunciará à atividade que lhe vem, de uma forma ou de outra, salvando do desastre.

Estas e outras conclusões semelhantes, são as que, como já se disse, levam setores cada vez mais amplos da comunidade a demandar uma urgente revisão

da atual política criminal em matéria de drogas. E não se trata de uma mera declaração de interesses sem objetivos pré-fixados. Ao contrário, encontros internacionais como os antes mencionados e coletivos nacionais como o "Grupo de Estudios de Política Criminal", que reúne em Espanha um destacado número de juízes, magistrados e professores de Direito penal, traçaram propostas concretas que marcam um novo rumo à prevenção ao abuso de drogas.

A alternativa é clara. As chamadas drogas ilícitas devem receber um tratamento normalizado, semelhante ao que se aplica a outras substâncias perigosas que circulam em nossas sociedades. À tarefa fundamental, como sucede com o álcool, o tabaco e certos medicamentos, deve centrar-se na prevenção de seu consumo abusivo. Para tanto, resulta imprescindível acabar com o fantasma da droga e empreender amplas campanhas de educação sanitária que permitam a todo cidadão conhecer os autênticos riscos dos estupefacientes sem os prejuízos que os envolvem hoje. A via penal deve ser reservada àquelas condutas que por sua gravidade e danosidade social justifiquem o recurso à reação punitiva, como é o caso da difusão de estupefacientes entre menores de idade ou deficientes mentais. Nada disso pode justificar, sem embargo, o debilitamento dos grandes princípios e direitos que os Estados modernos garantem a qualquer suspeito de infringir a lei.

Trata-se, em definitivo, de uma opção em favor da prevenção que, respeitando os espaços de liberdade que correspondem a todo cidadão adulto e consciente de seu atos, pretende sentar as bases para

desmantelar as grandes organizações criminais que se aproveitam hoje da clandestinidade para exercer um poder econômico e político de insuspeitável alcance. A via repressiva não faz mais do que incrementar a rentabilidade do grande negócio da droga. A despenalização, em câmbio, oferece uma alternativa que ataca desde o início os cimentos desta impressionante fonte de benefícios.

Com os males do modelo repressivo como telão de fundo e a evidência de sua total ineficácia como elemento de prova, não parece excessivo demandar aos organismos internacionais e aos responsáveis políticos internos uma atitude flexível e sem prejuízos com respeito a essas propostas alternativas que, longe de representar soluções utópicas e irrealizáveis, se fundamentam em idéias de prevenção e educação plenamente aceitáveis por esses mesmos corpos de dirigentes para combater o uso abusivo de outras substâncias não menos nocivas para a saúde.

É preciso que o debate seja levado à sociedade e que os cidadãos contem com os mesmos dados que hoje conhecem os expertos e os encarregados do controle. Para que isso seja possível, não apenas faz falta um câmbio radical na atitude de quem desde o poder vem defendendo resolutamente um modelo repressivo, mas também, e quicá ainda em maior medida, uma renovada visão dos meios de comunicação que se esforce por reduzir os níveis de dramatização que hoje tem a maioria das informações sobre o fenômeno da droga.

Talvez assim os anos 90 se convertam em testemunhas da esperada saída a uma das grandes encruzilhadas do fim do século.

PERSPECTIVAS DE UMA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL*

WILFRIED HASSEMER

1. Novo campo do Direito Penal — 2. A criminalidade Moderna — 3. Direito Penal moderno — 4. Uma avaliação pessoal.

Senhoras e Senhores, gostaria de falar-lhe hoje a respeito de uma "Política Criminal Moderna", a partir da experiência alemã, ou talvez, da experiência da Europa Ocidental. Tenho informações superficiais da experiência brasileira; recebo as informações do que acontece no Brasil através de um doutorando brasileiro, Carlos Eduardo Vasconcelos, Procurador da República. Contudo, meus conhecimentos da experiência brasileira são insuficientes. Assim, falo sobre a moderna política criminal da Europa Ocidental e espero que possam transferi-la para a realidade brasileira.

Em primeiro lugar, gostaria de dizer alguma coisa a respeito das novas experiências, da modernidade, do que seria isso. Depois direi alguma coisa a respeito de novos fenômenos na área criminal na Alemanha e na Europa Ocidental e, finalmente, procurarei caracterizar o que é o novo Direito Penal, o que há de moderno, quais são os exemplos que temos, quais são as suas estruturas. Por derradeiro, apresentarei as minhas conclusões a respeito do que está ocorrendo.

Se eu pudesse resumir em uma frase toda a minha exposição, diria: a atual política criminal é totalmente diferente do que era há vinte anos atrás. O Direito Penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade, e nós temos que refletir a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, que seja capaz

de solucionar esses problemas. Eu chamo a isso de "Direito de Intervenção". Este é o caminho, pelo menos, dos meus pensamentos.

1. Novo campo do direito penal

Começo fazendo algumas observações sobre modernidade, sobre o que pode ser denominado de novo campo do Direito, especialmente no campo do Direito Penal. A reflexão a respeito de novidades em termos de criminalidade pressupõe uma ligação entre Política Criminal e Direito Penal e isso já representa um avanço para a modernização, demonstrando que o Direito Penal não se limita à dogmática, interessando-se por suas consequências.

A questão a respeito do que significa a modernização da criminalidade, o que significa a modernização da Política Criminal e sua ligação com o Direito Penal, já é uma pergunta de caráter moderno, já é resultado de determinada concessão do Direito Penal. Eu vejo aqui dois problemas empíricos, quando a gente observa o novo e o normativo: 1.º é válido o que se diz a respeito do desenvolvimento da comunidade? 2.º a exati-

* Resumo elaborado por Cezar Roberto Bitencourt, sem revisão do autor, da conferência realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, dia 17.11.93.

dão da reação do Direito Penal. Examinemos cada um desses problemas empíricos.

Primeiro problema empírico: é válido o que se diz a respeito do desenvolvimento da comunidade? Será que o que se afirma é correto? Eu quero colocar aqui um ponto de interrogação e dizer: os conceitos sobre os aspectos empíricos da criminalidade não são científicos, não são analíticos do ponto de vista das ciências sociais, são sempre políticos. Sabemos, por exemplo, de pesquisas empíricas realizadas na Alemanha, que a política adotada diante do desenvolvimento da criminalidade sempre foi uma política de "lei e ordem", ou seja, a postura adotada diante do crescimento da criminalidade foi sempre orientada por ideais políticos. E na atualidade, o debate sobre o crescimento da criminalidade continua a apresentar conteúdo essencialmente político. Os políticos jurídico-liberais dizem sempre: "Cuidado, a situação não é tão grave", enquanto que os mais conservadores dramatizam a situação. Podemos ilustrar com um exemplo prático: discute-se se há uma máfia na Alemanha. Alguns cientistas afirmam que não há, por que a máfia tem embasamentos tradicionais, culturais e nacionais totalmente diferentes dos que existem na Alemanha. Outros afirmam que pode haver, pois ela traria suas próprias estruturas, e, nesse ponto, é importante o papel da mídia na divulgação da existência e extensão do problema, que nem sempre se apresenta de forma clara diante de nossos olhos.

O segundo problema empírico: afinal, com que exatidão o Direito Penal pode responder à criminalidade moderna? Será que ele atinge essa criminalidade? Atinge o alvo a que se destina, ou não? Na República Federal da Alemanha hoje ocorre um fenômeno interessante: a população tem grande medo da criminalidade. O fenômeno que inquieta a comunidade alemã é a criminalidade orga-

nizada, a criminalidade econômica, grandes atos criminais na área da ecologia internacional, a criminalidade dos bancos internacionais, contrabando de armas e tráfico de drogas. A criminalidade organizada é o centro das preocupações da política geral.

A criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da magistratura, do Ministério Público, da política, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. Se esse segmento estatal pára de funcionar é o fim de tudo. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma Justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada. Na verdade, a criminalidade organizada é o grande tema atual na República Federal da Alemanha, isso no debate da política interna, pois na vida real das pessoas, no dia a dia, não é a criminalidade organizada o fator mais preocupante, mas sim a criminalidade massificada. Entende-se como criminalidade massificada roubos de veículos, assaltos na rua, violência física contra estrangeiros, criminalidade juvenil com "máscara política", arrombamentos nas casas etc. Essa criminalidade de massa irrita, perturba e ameaça a população em seu cotidiano.

Discutimos em determinado nível a criminalidade organizada, que não se identifica com a criminalidade massificada do dia a dia. Como o medo da população decorre dessa criminalidade massificada, parece-nos que a discussão está mal colocada. Constata-se, pois, que o medo da criminalidade não é o espelho da criminalidade real, constituindo-se pois em um fenômeno próprio. Cito alguns exemplos: nos estados orientais que foram unificados à República Federal da Alemanha, a criminalidade é relativamente reduzida, mas o medo da

criminalidade é muito elevado em comparação com o ocidente onde a situação é inversa. Isso se deve a experiência do dia a dia de segurança e insegurança individual, à mudança de vida com um novo sistema econômico, com desemprego, com a queda do nível de solidariedade. Tudo isso é causa do medo da criminalidade, mas a criminalidade real é apenas uma dessas fontes e também isso complica o problema da política criminal moderna.

Uma última questão a respeito da adequação da resposta do Direito Penal moderno: há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador — que sabe que a política adotada é ineficaz — faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de “reação simbólica” que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma “reação puramente simbólica”, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social.

Finalmente, há o problema normativo a respeito do qual deve-se fazer uma reflexão. Em todos os países onde discuti esse tema — na Europa Central, na Ásia Oriental e agora aqui no Brasil — a política criminal está apenas preocupada com a eficiência, com o êxito, enfim, em ter respostas para a criminalidade. Em todos os lugares pergunta-se como podemos combater a criminalidade moderna. Tudo bem, mas isso é apenas um aspecto

do problema. Não podemos esquecer que a política criminal e o Direito Penal têm um aspecto normativo, o aspecto da Justiça, o equilíbrio da proteção jurídica dos atingidos pelo processo penal. E no momento encontramos-nos exatamente nessa situação, queremos lutar, queremos ter êxito, queremos resultados. E acredito que no Brasil atualmente a situação também não é diferente, em que esquecemos a tradição normativa — exagerando um pouco — estamos pensando militarmente; estamos pensando apenas em termos de luta, de combate, de vitória, e o Direito Penal está sendo armado como um instrumento de luta, de combate à criminalidade.

Eu advirto: o Direito Penal também tem uma tradição normativa, uma tradição de proteção jurídica e não apenas tradição de eficiência e de luta. A tradição do Direito Penal está nessa tensão entre o normativo e o empírico, e, essa tensão nós temos que conservá-la.

Esse foi o meu primeiro ponto a respeito da experiência do desenvolvimento moderno e da experiência do novo.

2. A criminalidade moderna

A seguir vou procurar demonstrar o que eu chamo de criminalidade moderna. Em primeiro lugar, gostaria de citar alguns exemplos e depois falarei sobre a estrutura, por que a minha tese é a seguinte: em termos de criminalidade as coisas não são muito claras, são sempre mais ou menos; mas agora, pelo menos está claro que a criminalidade moderna é, em quase todos os seus aspectos, algo diferente da criminalidade clássica.

Vejamos alguns exemplos:

1.º. Criminalidade econômica — A criminalidade econômica como tal sempre existiu, no sentido de que uma pessoa causa danos aos interesses econômicos de uma outra pessoa, fraude, falta de

fidelidade econômica etc. Mas a criminalidade econômica moderna é bem diferente. Não se trata de casos individuais, não se trata de apenas uma pessoa como vítima, mas se trata de estratégias. A criminalidade econômica moderna é difusa — eu volto a especificar isso — mas repito que a criminalidade econômica moderna é diferente da criminalidade clássica; as vítimas, de regra, são pessoas jurídicas. Por exemplo: a Comunidade Européia dispõe de muitos recursos econômicos. Pois no momento estamos constatando que há criminalidade organizada no campo da economia européia que auferir ganhos imensos por declarações falsas, importação e exportação em diferentes países da Comunidade Européia, aproveitando-se da situação de transição em que essa comunidade se encontra. A Comunidade Européia começou a reagir a essa criminalidade organizada.

2.º. Descalabro das economias do antigo bloco comunista (Rússia, Polônia, Tchecoslováquia, Hungria) — O descalabro dessas economias levou a que? Numa situação de transição, as condições econômicas tornaram-se muito pouco claras. Se diz que existe uma grande máfia russa e eu tenho certeza de que aqui uma boa parte dos problemas surgiu da moderna criminalidade econômica nessas regiões.

3.º. Criminalidade ecológica — A criminalidade ecológica é algo mais que o simples transportar cargas perigosas de um lugar para outro. Faz parte da criminalidade ecológica o transportar, por exemplo, detritos radioativos de um país para outro. Existe, por assim dizer, um contrabando de detritos poluidores de um país para outro, sobretudo para fora da Comunidade Européia. Eu acredito que no Brasil existem problemas semelhantes, com cargas poluidoras vindas da Europa. Isso é criminalidade ecológica moderna em grande estilo.

4.º. Criminalidade no comércio exterior — Criminalidade na área do con-

trabando de armas. Sobre tudo na guerra do Golfo foi possível verificar que parte do sistema de armamentos do Iraque vinha da Europa ou dos Estados Unidos da América. Também isso é criminalidade moderna internacionalmente organizada.

5.º. Contrabando internacional de drogas — Assunto muito em voga sobre o qual não é preciso dizer muita coisa. Todos conhecem as causas e conseqüências do tráfico internacional de drogas.

Assim, esses são os exemplos mais comuns da criminalidade moderna. O exemplo mais típico da criminalidade moderna é a criminalidade organizada, aliás, internacionalmente organizada.

Depois de relacionar os exemplos mais comuns da criminalidade moderna, resta-me dizer alguma coisa a respeito da estrutura.

O que esses exemplos todos têm em comum? Relaciono as seguintes características:

a) Ausência de vítimas individuais.

Esse tipo de criminalidade não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata (na criminalidade clássica poderíamos apontar, como semelhante, os delitos fiscais, onde a vítima imediata é o Estado). Toda a criminalidade moderna, de regra, não tem vítimas individuais. As vítimas são ou o Estado ou comunidades, como o caso da Comunidade Européia.

b) Pouca visibilidade dos danos causados.

Os danos causados por essa criminalidade não são sempre bem visíveis. Por exemplo, no direito ecológico alemão, o Código de Direito Ambiental diz genericamente que quem polui a água será sancionado (eu estou simplificando). Mas para isso é necessário colocar limites de poluição, é preciso saber em que momento começa o ato criminoso, pois, logicamente quem coloca um quilo de sal no rio Reno não comete um delito ambien-

tal, mas quem coloca uma tonelada sim, ou quem sabe cem toneladas, ou talvez não com sal, mas com outros gêneros mais poluentes. Então, traduzindo, a autoridade administrativa precisa definir os limites do proibido e do permitido. Assim, o que vemos com a nossa experiência é que o Código Ambiental não pode descrever o delito, como no caso do homicídio, da fraude, mas pode descrever apenas a sua moldura e o delito efetivo deve ser descrito pela Administração Pública. Nós chamamos a isso de "acessoriedade administrativa", ou seja, o delito se define por um ato do Poder Executivo. Isso é, Direito Penal moderno, ou seja, os danos não são mais visíveis, o delito perde a sua tangibilidade, adquire outra estrutura.

A criminalidade moderna transcende os direitos individuais universais, não é o corpo, a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas como falava o Direito Penal clássico, mas, a capacidade funcional do mercado de subsídios, por exemplo, no caso das fraudes ao subsídio; a saúde pública no caso dos produtos farmacêuticos, a capacidade funcional das bolsas. Esses são os bens jurídicos da criminalidade moderna e do Direito Penal moderno. São bens jurídicos supra-individuais, são universais e são vagos, muito vagos, muito genéricos. Saúde pública, capacidade funcional do sistema de subsídios, capacidade funcional das bolsas, isso do ponto de vista de conteúdo praticamente, nada diz.

c) Novo *modus operandi*

As formas de ação da criminalidade moderna são civis, não corre sangue, só no final, talvez, haverá um pouco de agressão. De um modo geral há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis: contratos, pagamentos, cartas, negociações, solicitações. E, finalmente, apresenta três características fundamen-

tais: internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça e proteção contra a investigação policial (há até advogados que participam desse sistema de proteção com alta profissionalidade).

Esses foram alguns dos exemplos e algumas das estruturas daquilo que eu chamo de criminalidade moderna.

3. Direito Penal moderno

Agora, na terceira parte desta exposição, gostaria de falar sobre o que é "Direito Penal moderno", ou seja, como o Direito Penal reage diante desse desenvolvimento.

O Direito Penal moderno, o Direito Penal novo é totalmente diferente em muitos aspectos do Direito Penal clássico. Na República Federal da Alemanha existe, há cerca de vinte anos, uma tendência clara: há determinadas áreas nas quais se concentram as reformas do Direito Penal. Nós não temos necessidade de reforma na Parte Geral do Direito Penal. Aí nada mudou. Não temos necessidade de reforma na execução penal, no direito processual penal. Tudo isso acabou, está morto.

A reforma moderna do Direito Penal concentra-se em dois aspectos: primeiro, no aspecto especial do Direito Penal e no Direito Penal acessório. Existe uma nova criminalização e um aguçamento das medidas. Este é o campo e esta é a tendência. Segundo, no processo penal é a mesma coisa: modifica-se intensamente a fase de investigação, a fase preliminar. A fase preliminar do inquérito foi dramaticamente aguçada. Nisso consiste a reforma penal alemã nos últimos vinte anos.

Essa é a tendência genérica. Agora vou entrar em alguns pormenores, mais precisamente sobre a nova estrutura:

a) Direito Penal material, parte especial.

1.º Há um aumento da moldura penal.

Alguns casos são dramáticos. Por exemplo: na área de drogas, as penas foram elevadas de dez para quinze anos; no direito comercial externo a elevação foi de um para cinco anos; no controle de armamentos a mesma coisa.

2.º Criminalização territorialmente extensa.

Se observarmos uma lei moderna, vamos constatar que houve um grande crescimento na contestualização dos crimes. O legislador procura descrever todas as hipóteses imagináveis. Eu chamo a isso de “ampliação territorial”. É uma nova e moderna forma de legislação.

3.º Utilização de delitos abstratos.

O Direito Penal moderno tem abusado da utilização exagerada do “perigo abstrato”, que embora fosse utilizado pelo Direito Penal clássico, sempre constituiu exceção. Para este tipo de delito não é necessário que se produza um dano, sequer é necessário que haja o perigo concreto, é suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado para caracterizar o delito. Exemplo: uma regra clássica é a fraude, que necessita de um engano, de um erro da vítima, a perda de patrimônio e o conseqüente dano. A moderna forma de fraude encontramos nos subsídios, que só tem uma pré-condição: a indicação falsa junto a autoridade que o concede. Com isso já se consumou o delito, independentemente da ocorrência de dano. Claro, aqui a situação fica muito mais fácil de ser provada. No caso concreto não é necessário comprovar que houve dano, mas o acusado tem muito menos possibilidades de fazer sua defesa. Quanto menores forem as pré-condições para a sanção tanto menores serão as possibilidades de defesa.

b) Direito Penal Processual

Examinei as novas estruturas no Direito Penal material. Mas a situação se torna mais dramática no novo Direito Penal, na

área formal, no direito processual penal. A reforma do Direito Penal no campo formal consiste no aguçamento do sistema de investigação, do processo investigatório e mais nada. A reforma fez com que o processo investigatório tradicional passasse por uma revolução.

Vamos examinar esses novos métodos.

1.º Introdução de métodos técnicos audiovisuais.

Hoje há a possibilidade de uma observação policial através de aparelhos de escuta e através de câmeras filmadoras ao longo de muitas semanas, de muitos meses, contra uma determinada pessoa, o que antes não era possível nem permitido.

2.º Utilização de dados informatizados

É a investigação através de dados armazenados em sistemas informáticos. Esses sistemas fazem com que milhões de cidadãos entrem no processo investigatório — o chamado “pente fino” no Brasil — para poder encontrar três ou quatro pessoas. Exemplo: a investigação de terroristas na Alemanha utilizou dados informatizados de milhões de alemães que pagavam suas contas de luz com dinheiro — método utilizado pelos terroristas para não serem localizados — filtrando informações para localizar três ou quatro terroristas. Com esse método viola-se a privacidade dos cidadãos, manipulando-se informações, que permanecem arquivadas nos computadores da polícia.

3.º Investigadores disfarçados ou infiltrados.

Na República Federal da Alemanha utiliza-se cada vez mais investigadores disfarçados, que às vezes são integrantes da própria polícia, outras vezes são criminosos utilizados sob uma legenda. Esses investigadores disfarçados são introduzidos nos grupos criminosos para realizar suas investigações. A polícia diz que o tráfico internacional de drogas não pode ser investigado sem a utilização

desse método. Atualmente estamos discutindo se esses investigadores infiltrados podem cometer delitos, próprios dos grupos em que se infiltram. A questão é simples: sempre que um novato ingressa nesses grupos é posto à prova, ou seja, atribuem-lhe a realização de determinados crimes para comprovar sua lealdade e capacidade. Por isso, a polícia sustenta que esses investigadores infiltrados nas quadrilhas precisam ter permissão para praticar delitos próprios do grupo onde se encontram. Mas até onde iria essa permissão? Até onde iria esse limite? A polícia tem um limite, o limite do Estado de Direito, mas os grupos criminosos não têm esse limite. Esses grupos criminosos podem, por exemplo decidir pela realização de um estupro coletivo. O agente infiltrado estaria autorizado a realizá-lo? Acreditamos que nem a polícia pensaria em ousar tanto.

Por isso, afirmamos que esses métodos, juntamente com a escuta telefônica, que aumenta dia a dia (num único processo em Frankfurt foi feita a escuta de trinta e seis mil telefonemas), precisam ser repensados. É preciso refletir quando falamos em métodos modernos de investigação policial.

Esses modernos métodos de investigação policial revolucionaram o nosso direito processual penal. Houve uma mudança radical. Esses métodos de investigação são todos secretos. O investigado não pode saber de nada, por que se souber a investigação será ineficaz. No direito processual penal tradicional as investigações eram feitas abertamente, prisão preventiva, busca domiciliar, etc., tudo era feito às claras. Só excepcionalmente, quando circunstâncias especiais o justificassem, era permitido realizar alguma investigação secreta. Agora o processo de investigação se transforma de aberta em secreta, com determinadas consequências: a pessoa atingida não pode se defender por que não sabe que está sendo investigada, não pode se justi-

ficar por que não sabe de nada. Em direito processual vige o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-acusar. Mas esse princípio deixou de funcionar. Logo, se alguém é objeto de uma investigação, de uma observação policial, a longo prazo, se for objeto de escuta telefônica, se for objeto de pessoas infiltradas — desconhecendo essas circunstâncias — não pode defender-se, estará acusando a si próprio.

4.º Invasão da privacidade de terceiros.

Todos esses modernos processos de investigação atingem terceiros não participantes que na concepção do Código de Processo tradicional deveria constituir exceção. Pois é a suspeita contra alguém que legitima a investigação contra dito suspeito. Claro, todos os métodos que mencionamos dirigem-se também contra o suspeito, mas em grande parte atinge pessoas não participantes do ato delituoso. Na escuta telefônica, por exemplo, pessoas que não estão sendo investigadas acabam sendo observadas e milhares de dados que são coletados acabam ficando no computador da polícia. Não são esquecidos, não são apagados, são arquivados e isso constitui uma invasão da privacidade dos cidadãos não suspeitos. Essa privacidade tem que ser respeitada e está fora do direito de intervenção estatal.

O processo penal está se antecipando cada vez mais. Sempre foi necessário a existência de uma suspeita, pelo menos, para se poder investigar. Agora já se permite o início de uma investigação mesmo antes de existir qualquer suspeita. Na lei de comércio exterior, na lei de controle de comércio de armamento, a polícia pode começar a investigar para poder estabelecer uma suspeita, ou seja, pode iniciar a investigação antes mesmo de ter uma suspeita.

5.º Privatização da segurança.

Atualmente na Alemanha já há mais empresas privadas de segurança do que

policiais do Estado. A consequência — deve ocorrer o mesmo no Brasil — é que a segurança existirá para os ricos, e também é uma “espécie” de “polícia” que não está sob o controle do Estado ou, pelo menos, não tem um controle estatal eficiente.

6.º A transação no direito criminal.

No campo do Direito Penal moderno, em quase todos os casos da criminalidade moderna, temos a chamada “negociação no Direito Penal”. Grandes processos penais econômicos; na área de drogas, na área ambiental, entre outras, não são decididos através de uma sentença. Um exemplo: hoje em dia estou defendendo um grande processo penal econômico, que já está completando cinco anos. Não houve ainda nenhuma acusação formalizada, mas já existe do lado da Procuradoria um sinal que talvez antes da acusação se possa fazer um acordo, ou seja, não haverá audiência pública, os fatos não serão esclarecidos. Não se trata de culpa ou inocência, mas haverá uma negociação, secreta naturalmente; negocia-se quanto se pode dar e quanto se pode ceder. Eu acho isso um escândalo em processo penal! E acredito que isso provém do fato de o direito material ter recebido demasiados encargos da nova criminalidade, encargos que não pode suportar.

4. Uma avaliação pessoal

Relatei muitas coisas concretas, citei muitos exemplos, agora gostaria de emitir alguns juízos pessoais.

A longo prazo, pode-se afirmar, o Direito Penal não pode renunciar a determinados princípios que estão, por assim dizer, atravessados nessa modernidade, que são rejeitados a título de “modernização”. Existem determinados princípios no Direito Penal aos quais uma política criminal moderna não pode renunciar. Fundamentarei essa minha tese a seguir.

1.º Déficit de execução.

Este moderno Direito Penal não está funcionando satisfatoriamente. Os campos obscuros nesse Direito Penal são muito amplos. Por exemplo, o comércio internacional de detritos, o tráfico internacional de drogas, a criminalidade econômica, apresentam campos obscuros, isto é, não esclarecidos. Não são apenas muitos, mas são também seletivos. No campo ambiental, no tráfico de drogas, por exemplo, nunca se apanha os chefões, apenas os chamados “peixes pequenos”, e isso é injusto do ponto de vista jurídico. Assim, a maior parte dos processos penais não são concluídos, geralmente acabam na base do acordo, muito raramente chega-se a uma sentença. Geralmente temos uma negociação ou acordo e o processo é arquivado.

Tudo isso são défits de execução. Quando sai uma sentença ela tem que estar no limite inferior, sempre no limite inferior da pena. Por que? Porque o juiz sabe que foi pego apenas um entre milhares e, de certa forma, não pode aplicar todo o peso da lei nesse pobre coitado.

2.º Individualização da pena.

A individualização da pena é um dos princípios fundamentais do Direito Penal. Na medida em que temos a pena privativa de liberdade necessitamos do princípio da individualização da pena, para aplicar a pena justa a quem violou a ordem jurídica. Porém, no caso do chamado Direito Penal moderno, a individualização da pena não funciona. Na criminalidade moderna eles não agem individualmente, mas sempre em grupo — a divisão de trabalho. Normalmente há uma diretoria que toma decisões por maioria: ou seja, oito entre dez, nem sempre há unanimidade. Normalmente a decisão criminosa não é de uma pessoa, como no caso do assassinato, do estupro, do furto, etc. Assim, a individualização da pena está atravessada no caminho do moderno Direito Penal.

3.º *In dubio pro reo*.

Isso não funciona com a criminalidade moderna. Se esperarmos até não termos dúvida, o problema da criminalidade internacional se tornará insolúvel. Precisamos de uma intervenção oportuna, de sabermos oportunamente o que aconteceu, no momento certo. Precisamos poder intervir nesses campos. Pensem no caso dos armamentos de guerra, pensem no comércio e contrabando de material radioativo. Precisamos poder intervir, mesmo tendo dúvidas.

A minha tese é de que o princípio tradicional *in dubio pro reo* atravessa-se no caminho da criminalidade moderna.

4.º Juízo de certeza.

Mas na criminalidade moderna, temos respostas flexíveis. De acordo com a mudança de situação haverá flexibilidade nas nossas respostas. No campo das drogas, por exemplo, a cada dia se inventa novas drogas, drogas sintéticas. Até o legislador intervir leva uns três anos, pelo menos na Alemanha, acredito que no Brasil também. A certeza exige que haja uma legislação clara. Isso hoje em dia não funciona. O Direito Penal, nesse sentido, não pode se modernizar sem abrir mão de alguns princípios.

Mas o que dá para fazer nessa situação? A minha recomendação tem dois aspectos.

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal.

Estes bens e direitos devem ser definidos da forma mais precisa possível. Acho também que o Direito Penal, no fim de contas, estará disponível para os delitos mais graves, mas não para esse novo campo da moderna criminalidade.

Acho que é necessário refletir, e agora externo a vocês algumas idéias que ainda não estão totalmente maduras e que talvez possam ser objeto de debates. Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de "Direito de Intervenção". Esse nome pode ser mudado, mas por enquanto vamos chamá-lo assim mesmo.

Esse novo campo do direito estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente. Exporei algumas idéias a respeito.

Para começar precisamos de instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas, distintos do Direito Penal clássico que está totalmente voltado para o indivíduo, para a pessoa física. E o problema moderno são os grupos, as instituições, são ramos inteiros de organizações sociais. São também grupos dentro do Estado. É necessário que nos concentremos nesse campo do Direito Penal, na criação e divisão de hierarquias, na criação de sistemas de proteção. E é exatamente isso que o Direito Penal que temos não pode fazê-lo. Arrebentaremos com o Direito Penal. Nós já começamos isso na Alemanha Federal e no final teremos um instrumento ineficiente. Este campo do Direito tem que ser efetivamente orientado pelo perigo, pela periclitção e não pelo dano. A "criminalidade moderna" não é um caso de danos, é um caso de riscos. Normalmente nem se chega a produzir um dano, ou o dano ocorre quando é tarde demais. Assim, esse campo do direito precisa poder reagir ao perigo, ao risco, precisa ser sensível diante da mínima mudança que pode se desenvolver e transformar-se em grandes problemas.

É um campo do direito que tem que se organizar preventivamente. Nosso Direito Penal sempre se orientou pela repressão, sempre se orientou pelo passado e, por bons motivos teima em continuar assim. Mas hoje necessitamos é da prevenção, por que a repressão vem tarde demais. Pense-se em uma intervenção precoce, oportuna, no campo da corrupção. Se se tiver um funcionalismo corrupto, acabou, pois essas coisas precisam ser combatidas antes de se instalarem. Os bens ou direitos, nesse campo, tem que ser bens universais, o que resume tudo o que falamos até agora. É importante que se aja no início, no nascedouro, por isso chamamos "Direitos de Intervenção". Nesse aspecto os direitos coletivos são muito mais importantes que os direitos individuais. É importante que os direitos da coletividade, do funcionalismo, da justiça, da bolsa, dos subsídios, do mercado de capitais estejam no centro dessa área do direito e esse "direito de intervenção" pode ser orientado pelo mercado, algo que no Direito Penal não cabe. É um mundo diferente, o Direito Penal nunca pode orientar-se pelo mercado, como por exemplo: no campo do direito ambiental, da poluição ambiental em grande estilo, pode-se trabalhar com permissões de poluição até determinado limite. O Japão propôs e o debate alemão assumiu o risco, negociando permissões de poluição como ações na bolsa, para tornar isso transparente, para não dar uma resposta repressiva tarde demais, quando a poluição já aconteceu, mas uma resposta suave e precoce, porém, efetiva.

No campo das drogas defendo a destruição dos mercados negros mediante a descriminalização. Na Alemanha é uma tese audaciosa, acredito que também no Brasil. Os problemas neste campo são muitos e de mais variada natureza, como por exemplo, o problema dos dependentes de drogas, da sua saúde, o cotidiano dos dependentes, o problema dos altos

lucros (e, por isso, os altos investimentos dos grupos organizados no tráfico internacional de drogas), o problema da AIDS, da execução penal, da utilização de seringas contaminadas, todos decorrentes da criminalização. Sustento que o problema da droga não deve ser solucionado pelo Direito Penal, mas através da política sanitária e da política de mercado, ou seja, "secar o mercado", tornar o mercado desinteressante e, afora isso, criar instrumentos de política de saúde pública.

Sob o ponto de vista do mercado, devemos refletir a respeito de impostos como reguladores de comportamento. O Direito Penal nos impede — segundo a minha tese — no campo da proteção ambiental, por exemplo, de aplicar instrumentos sensatos na proteção do meio ambiente. Por quê? Nós ficamos muito tranqüilos com o nosso direito penal ambiental e deduzimos: "temos o instrumento mais severo da sociedade nesse campo, que mais devemos fazer?" Mas o Direito Penal de nada serve por que há déficit de execução. Esse fenômeno pode ser constatado na Alemanha, onde o Direito Penal nos impede de criar instrumentos de proteção ambiental que seriam eficientes, mas que seriam caros. O Direito Penal é barato política e economicamente. Na Alemanha — acredito que também no Brasil — poder-se-ia adotar medidas mais eficientes com a utilização de taxas e impostos, na área do meio ambiente. Acredito que isso seria eficiente.

Uma última idéia, com a qual terminarei esta exposição. O fato de o Direito Penal fundamentar-se na culpa impede que se crie instrumentos eficientes para combater a moderna criminalidade. A Alemanha enfrenta atualmente um grande problema — ocorrido também na França — a contaminação do sangue para transfusões. Determinadas instituições econômicas e até estatais comercializaram sangue contaminados com

AIDS. Isto é um bom exemplo de criminalidade moderna. Acredito que no final essas pessoas, devidamente comprovado, responderão por homicídio. Mas antes disso, sob o ponto de vista do Direito Penal, nada pode ser feito. Precisamos, antes disso, agir preventivamente, estabelecer controles e obrigações com sanções para eventuais descumprimentos. Precisamos de um fundo financeiro para eventuais vítimas. Essas medidas são inadmissíveis em termos de Direito Penal, o que só será possível através de uma forma de direito como a que eu imagino e com a utilização de tecnologias que se desenvolvem na Alemanha, como por exemplo, os fundos e tecnologias que se desenvolvem na indústria química.

Com isso, concluo minha exposição. Uma frase a mais: temos grandes problemas de uma sociedade moderna de risco, problemas que foram esboçados em muitos de seus aspectos. Não quero que fechemos os olhos diante desses problemas, ao contrário, desejo que sejam observados minuciosamente. Se tentarmos solucionar esses problemas não teremos êxito e o máximo que conseguiremos será destruir o Direito Penal ao eliminarmos seus princípios fundamentais. Retirando as garantias do Direito Penal eliminaremos a sua potência protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada, porque estarão mal localizados e por isso sugiro que se reflita sobre outras reações de direito.

TERAPÊUTICA PENAL? *

ELIAS BOAINAIN JÚNIOR

Psicólogo da Penitenciária "Dr. Edgard Magalhães Noronha",
de Tremembé-SP e Professor de Psicologia
da Universidade de Taubaté-SP

De início, gostaria de dizer que falarei de improviso pois, não obstante tenha pensado bastante no que falaria, não consegui preparar nada de mais concreto. Causou-me mesmo certa surpresa ser convidado para comparecer a esta mesa redonda e confesso que há cerca de quatro anos não pensava mais em assuntos correlatos à Criminologia e tratamento penitenciário, embora tenha continuado este tempo todo trabalhando, na qualidade de psicólogo, em estabelecimento prisional do Estado. É como se, numa espécie de esquizofrenia, meu corpo ali tenha estado algumas horas por dia, executando maquinalmente minha cota de pareceres técnicos, ao passo que minha mente, e toda minha reflexão e interesse profissional, há anos tivesse se apartado desse ingrato campo e voasse para longe, em busca de domínios mais gratificantes e fecundos para minha expansão pessoal e profissional. O convite para esta exposição, entretanto, afetou-me e me pôs a refletir sobre o assunto, mudança de disposição que aceitei não sem certa relutância, como se pressentisse que a reflexão possivelmente me colocaria em desconfortável posição frente à minha própria consciência. Confesso mesmo que só aceitei estar aqui por considerar o convite como uma espécie sinal da Providência, uma *coincidência significativa* (na linha da *sincronicidade* de que fala Jung), sobretudo pelo fato de exatamente hoje, neste 13 de maio, estar eu completando treze anos de Sistema Penitenciário

rio, pois foi no dia 13 de maio de 1981 que ingressei na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté para realização de um trabalho voluntário, sendo seis meses depois nomeado Psicólogo daquele estabelecimento, nos termos do antigo "artigo 92". Muita coisa mudou desde então. Éramos poucos os psicólogos do Sistema àquela época — seis de carreira, se não me engano, e pouco mais de uma dezena em desvio de função — enquanto que hoje, assim calculo, devemos avizinhar duas centenas no Estado de São Paulo. Entretanto, assim me parece, éramos muito mais respeitados e ouvidos, pois pelo que menos fosse, era um certo *patrimônio* para um presídio ter um psicólogo e contar com sua colaboração e opinião em questões de tratamento penitenciário. Hoje, e novamente frisando que assim me parece pela informação que disponho, somos pouco mais que figuras decorativas, salvo por nossa *sagrada* tarefa de elaboração de pareceres técnicos para promoção de regime e benefícios legais, os quais, por exigência legal, têm constituído a principal razão de existir dos corpos técnicos dos estabelecimentos penitenciários e que, ao lado dos também previstos *Exames*

* Este artigo é uma reelaboração de fala apresentada, na qualidade de debatedor da mesa redonda "A Avaliação do Sentenciado: Exame Criminológico x Parecer da Comissão Técnica de Classificação", durante o I Simpósio do Sistema Penitenciário de São Paulo em 13.5.94.

Criminológicos (outra exigência legal, mas que, por diversos motivos que distanciam a previsão do legislador e as circunstâncias da realidade, tem até agora sido uma daquelas leis que “não pegou”) constituem o tema desta discussão.

Antes de adentrar o tema do debate desejo, num parêntese, louvar as autoridades penitenciárias pela promoção deste Simpósio, pois se quebra assim um longo jejum de intercâmbio técnico, que dura anos, desde que numa medida de autoritarismo absurdo as reuniões de técnicos do Sistema, que vinham se realizando com grande progresso, foram abruptamente interrompidas sem maiores justificativas. Se em minha fala eu aludo a uma estagnação que me parece reinar na área técnica, e se por acaso eu estiver nesse sentido cometendo injustiças por desconhecer o que realmente acontece, não deve ser esquecido que essa eventual desinformação não será apenas desleixo meu, mas antes devida a uma política de isolamento técnico deliberadamente adotada pela administração penitenciária e que agora dá auspiciosas, embora ainda tímidas, mostras de estar sendo rompida. O intercâmbio científico, a troca de idéias e experiências, e o decorrente estímulo para produção e desenvolvimento nesse *sui generis* e pouco divulgado campo que é a Criminologia, poderia dar um novo alento de valorização e incentivo aos técnicos, cuja desmotivação e estagnação profissional não se deve apenas aos aviltantes salários, mas também à própria percepção de sua degeneração profissional em consequência de uma prática que, em virtude do isolamento e da falta de oxigenação intelectual, torna-se cada vez mais entrópica, estereotipada e pobre. Só espero que o movimento que aqui se esboça não se restrinja a simpósios deste tipo, um tanto formais e em que os técnicos, envolvidos no exercício diário da prática reabilitacional, ficam restritos ao papel de platéia dos oradores convidados. Desejaria antes congressos de

verdadeiro intercâmbio, onde pudéssemos conhecer propostas, projetos, realizações, experiências, dificuldades e reflexões, esboçando-se posicionamentos e ações conjuntas, dessas centenas de profissionais que compartilham o trabalho no mesmo campo e Sistema.

Mas, voltemos a nossa temática. Propõe o orador, Dr. Alvino, que já é tempo de fazer cumprir a lei, mediante a correta discriminação e formulação, tanto de procedimentos como de finalidades, do Exame Criminológico e dos Pareceres de CTC. Os primeiros, peças periciais por excelência, atentos à dinâmica e à gênese dos delitos, deveriam servir à classificação inicial dos delinquentes e ao planejamento de suas destinações, sendo realizados por equipes formadas com esta exclusiva finalidade, idealmente no Centro de Observação Criminológica, previsto como porta de entrada do Sistema Penitenciário. Já às Comissões Técnicas de Classificação, responsáveis pelo acompanhamento dos sentenciados nos estabelecimentos, deveriam caber antes os exames diagnósticos prescritivos, em que não se estivesse mais atento ao criminoso, mas ao sentenciado, visando tanto o planejamento como a avaliação dos efeitos da terapêutica penal, da qual estas próprias equipes têm sob sua responsabilidade a programação e execução, o que, no entender do orador, cria ainda problemas éticos, sendo muito mais indicado que os pareceres tendo em vista benefícios legais fossem, peças periciais que são, realizados por uma independente equipe de exames criminológicos, e não pelos mesmos técnicos responsáveis pela terapêutica penal, como até aqui tem sido feito, e o que aliás, como já disse, constitui a principal, quando não a única, atividade dos técnicos do Sistema Penitenciário Paulista.

Creio que, entre outras coisas, foi mais ou menos isto o que propôs o orador e entendo que não há muito o que reparar, no aspecto da lógica e da justeza, nas

colocações de meu eminente colega neste debate. Desejo, entretanto, radicalizar a discussão, considerando o próprio papel dessas equipes, de reabilitação, perícias ou classificação, e sua função verdadeira no Sistema Penitenciário. Está subentendido no discurso do Dr. Alvino, assim como no geral me parece ser toda a tônica deste Simpósio, que seguidas as propostas das autoridades técnicas aqui convocadas e reunidas pela Administração Penitenciária Paulista, quer seja na questão da correta compreensão científica e criminológica dos delitos e dos delinquentes, quer seja no correto planejamento, manejo e implemento das prescrições apresentadas, o Sistema Penitenciário Paulista estará apto a executar sua função de *terapêutica penal* eficiente e racional, recuperando e reintegrando o homem que delinuiu. Se as coisas ainda estão longe do ideal, cabe a nós técnicos responsáveis pelo científico equacionamento e compreensão do problema, apoiados por lúcidas e modernas administrações, como a que patrocina este formidável evento, lutar para que no mais breve espaço possível a conjugação de governantes, administradores, diretores, professores, psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, advogados, mestres de ofício, pedagogos e agentes penitenciários (transmutados em *agentes de reeducação*), possam realizar um efetivo e exemplar trabalho de *terapêutica penal*... Estou entretanto convencido de que tudo isto não passa de uma falácia, um grande equívoco, para não dizer engodo.

Terapêutica Penal... Soa mal a meus ouvidos a conjugação destas palavras, este paradoxo de mau gosto. No meu entender, ou uma coisa é pena, é castigo, imposição de sofrimento, ou “*é terapêutica*”, amoroso cuidado visando ajudar o soerguimento do outro que sofre. Tais conceitos não podem conviver como uma coisa só, não se pode dar um sentido de tratamento a um castigo, nem de prescrição terapêutica a uma condenação. É

entretanto isto que nossos discursos científicos aqui reunidos parecem estar corroborando, enquanto que na verdade, assim é o que me parece, estamos tão-somente cumprindo nosso real papel, o que verdadeiramente se espera de nós: dar uma aparência, um verniz de humanidade, civilização e ciência, dar o aval do especialista científico a um procedimento social massacrante, absurdo e mal intencionado, que nada tem de científico, nada tem de terapêutico, nada tem de civilizado, e muito menos nada tem de humanitário ou sério. Como muito bem esclareceu Foucault, as prisões não estão realmente voltadas à recuperação dos delinquentes, pois se assim fosse há muito teriam sido abandonadas como um empreendimento de total fracasso, e não teriam tido o extraordinário sucesso e difusão como forma de lidar com a questão da criminalidade. Na verdade as prisões e o sistema penitenciário, em seu inconfessável e bem sucedido propósito, visam a fabricação de criminosos, e não sua extinção, fabricação aqui entendida não como a mera produção de delinquentes, mas referindo-se à própria criação do personagem social do *delinquente*. Tal personagem é extremamente útil à economia social, no manejo das frustrações e no controle das classes populares, numa política de perpetuação do *status quo*.

Fácil será compreender a utilidade que o personagem do delinquente assume para o poder dominante, mediante uma analogia com a Inquisição da Idade Média, ou ao próprio aparelho de repressão política instaurado nos nada saudosos anos da Ditadura Militar. Declaradamente voltadas a combater e eliminar, respectivamente, os *herejes* e os *terroristas*, ambas instituições na verdade criaram tais personagens sociais (haja visto que os mesmos nunca foram tão abundantes quanto no tempo da vigência dessas instituições supostamente voltadas a seu extermínio, praticamente desaparecendo quando elas interromperam suas ativida-

des), cuja existência teve extrema utilidade para manutenção do controle e poder exercido sobre a Sociedade como um todo (e não apenas sobre os desviantes que declaravam combater) pela Igreja ou pelo Governo Militar.

Sejamos realistas. Por mais desagradável que seja sofrer um assalto ou ter um bem furtado (crimes pelos quais responde a grande maioria dos presos de nosso Sistema), em termos de prejuízo econômico, isto é praticamente irrelevante em nossas vidas, sobretudo em comparação a todas as espécies de roubos, vilipendiações e violências que a perpetuação de todo um sistema de relações de poder incessantemente nos impõe, tanto maiores quanto mais baixa é nossa posição na estratificação social. É esta violência, é esta doença global, é a comunidade como um todo que está a merecer um verdadeiro *Exame Criminológico* e medidas de tratamento urgente, enquanto que tratar somente o criminoso, combater apenas o sintoma, é isentar a sociedade de sua responsabilidade, é avaliar as coisas como são e, com o auxílio de todos os microscópios técnicos, ficar dissecando o "delinqüente" em busca da causa e do tratamento do problema do crime. Se nosso propósito é acabar com o crime, um mínimo de raciocínio e lógica científica, baseados na simples observação dos fatos, nos dirá que a Prisão, o *Sistema Fechado*, falhou, que esta forma caríssima de *tratamento* em nada contribuiu para a diminuição da criminalidade, e que é hora de pensarmos alternativas mais lógicas, racionais e econômicas do que construir presídios e os entupir de técnicos fazendo exames, grupos operativos, dinâmicas de grupo, terapia ocupacional e sei lá mais o que. O saudoso Dr. Manoel Pedro Pimentel, um dos mais lúcidos e admiráveis Secretários da Justiça que este Estado já teve, há anos apontou o contra-senso que é prender um homem para ensiná-lo a ser livre, tomar-lhe todas as escolhas para ensiná-

lo a ser responsável, tratá-lo com punições e frieza burocrática para lhe transmitir o valor da sensibilidade e solidariedade social... Se temos alguma contribuição técnica e científica a dar à questão da terapêutica penal, acho que a primeira é denunciar o fato óbvio que prisão não é escola ou hospital, que castigo não é tratamento, que o regime fechado não reabilita, e que o problema do crime não é só do criminoso, mas de toda a comunidade e, se queremos resolver algo e reabilitar o criminoso, é na própria comunidade que nossos esforços de tratamento e reintegração devem estar concentrados. Por que este Estado, que não cessa de construir presídios, num ritmo só superado pelo aumento da criminalidade e das desigualdades sociais, não investe um tostão em Casas do Albergado, em programas de acompanhamento e apoio a egressos, em propostas mais arrojadas de penalidades alternativas à pena corporal? A questão criminal está a pedir um posicionamento técnico corajoso e criativo do mesmo quilate que aquele que, no campo da saúde mental, tem sido feito pela luta do *Movimento Antimanicomial* e todas as propostas alternativas de reinserção do chamado *louco* em sua comunidade, para que esta compartilhe com ele, contando com a facilitação da intervenção dos técnicos, a responsabilidade pela compreensão e solução da questão da *loucura*. Tenho aliás notícias de que na Europa tem se desenvolvido, no campo do Direito, todo um *movimento abolicionista* voltado à extinção das prisões, e teria grande prazer em ver iniciativas nesse sentido serem desenvolvidas em nosso país. Discute-se muito, e as mentalidades mais esclarecidas combatem, a implantação da pena de morte no Brasil. Ora, no meu entender, a pena de privação da liberdade, a prisão em regime fechado, nada mais é que uma espécie de pena de morte branda, *pena de morte a prestação*, o inútil e ineficiente roubo de anos da vida de um indivíduo,

como naquela tal história do “deixa eu te matar só um pouquinho...”.

É em resumo esta a minha reflexão sobre a questão do Exame Criminológico e do Tratamento Penitenciário. Não quero naturalmente dizer, e não desejo ser mal interpretado nesse sentido, que reputo de todo inútil as iniciativas de tratamento, ou de compreensão das problemáticas individuais relacionadas à prática do crime, levadas a cabo por criminólogos, psicólogos ou outros profissionais envolvidos na área de reabilitação prisional, pois creio no potencial positivo do ser humano e conheço o poderoso efeito da ajuda que uma pessoa pode prestar à transformação e crescimento de outra, independentemente de todas as desumanizantes restrições ambientais. Tão-somente o que quero frisar é que toda a atuação técnica, por melhor que seja, nunca poderá transformar o sistema prisional em um projeto terapêutico ou numa resposta social eficiente à questão da criminalidade e da violência, podendo quando muito aspirar minorar-lhe (à prisão) os efeitos patologizantes e desumanizadores. Como Psicólogo Clínico, em meu consultório, não posso concordar que meu cliente reprima e expulse do convívio de seus conteúdos conscientes aqueles elementos perturbadores que nada mais são que indicativos da própria inadequabilidade de sua organização personalística, nem é meu papel servir de reformador ou censor destes elementos para readaptá-los à mesma disposição patogênica que lhes deu origem, mas antes questionar com o meu cliente o que há de errado com sua organização psicológica consciente para que esteja sempre necessitando expulsar, ao invés de integrar e se enriquecer com estes conteúdos, que ao invés de agressores, são partes de si buscando um espaço para integrar e enriquecer sua vida, o que só será possível mediante a conscientização, por parte do cliente, de sua própria respon-

sabilidade pelas distorções apresentadas e no empenho pela transformação de sua personalidade. Como Psicólogo e Criminologista, não posso igualmente concordar em tratar pela repressão, em lutar para no isolamento transformar “doente-delinquente”, que bem ou mal foi um emergente da doença social, em um “doente adaptado”, em uma *vítima agente* do crime maior, que é a perpetuação do roubo impune, e do estupro constante, que resulta na vida maquinal conformada, manipulada, castrada e pobre, proposta por um ideal de *homem normal, honesto, adaptado, cumpridor de seus deveres e trabalhador*.

Por outro lado, se não se quiser investir em propostas racionais e científicas que impliquem no abandono do modelo da prisão, creio que seria melhor se assumíssemos de vez a proposta da punição, abandonando-se as encenações das *Reuniões de Comissão Técnica de Classificação*, as quais, assim entendo, tratam-se de uma violação do direito de defesa do réu. Sim, porque nessas reuniões, que teoricamente deveriam apenas fornecer subsídios para o julgamento da Justiça nos casos de promoção de regime ou benefícios legais, o verdadeiro julgamento é, na grande maioria dos casos, na prática realizado. Um julgamento sem a presença de um advogado ou mesmo do réu (no contra-senso jurídico que é um julgamento à revelia com réu preso), no qual é avaliado um crime que ainda não foi cometido (*a propensão à reincidência*), sem que a dialética de uma defesa e acusação profissionais garantam um mínimo de equanimidade, e em que técnicos, resguardados por sua pretensa cientificidade, exercem a função de polícia, de juiz, de promotor ou de advogado, decidindo, muitas vezes em mal disfarçados pré-julgamentos baseados em preconceitos pessoais, a dosagem da “terapêutica penal”, esse amargo e inútil remédio, cujo verdadeiro nome, para mim, é *punição*.

A ORDEM CONSTITUCIONAL E O PROCESSO PENAL

FAUZI HASSAN CHOUKR

Mestre em Direito Processual Penal — USP
Promotor de Justiça

“Une grande révolution démocratique s’opère parmi nous; tous la voient, mais tous ne la jugent point de la même manière. Les uns la considèrent comme une chose nouvelle, et, la prenant pour un accident, ils espèrent pouvoir encore l’arrêter; tandis que d’autres la jugent irrésistible, parce qu’elle leur semble le fait le plus continu, le plus ancien et le plus permanent que l’on connaisse dans l’histoire” (Alexis de Tocqueville, in *De la Démocratie en Amérique*).

1. Processo penal e Constituição — 2. A ordem constitucional em vigor e o princípio acusatório — 3. Manifestações do princípio: 3.1 Titularidade da ação penal pública; 3.2 O novo papel do juiz no processo penal; 3.3 O papel da vítima na nova ordem — 4. Propostas de aprimoramento do modelo em futuras revisões constitucionais — 5. Conclusão sobre a necessidade de reforma global do Código de Processo Penal.

1. Processo penal e Constituição

O íntimo relacionamento entre o texto político e o aparato instrumental penal é de longa data conhecido. A esta umbilical ligação já fazia referência Goldschmidt¹ afirmando que “se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”.

Daí a importância de interpretar-se o processo penal sobretudo com a utilização do método denominado “processo constitucional”, onde as normas são enfocadas a partir da matriz contida no texto magno, acabando o processo por adquirir uma feição para além da técnica, muito mais politizada e sem dúvida com um outro compromisso ético. Essas são as lições de Grinover ao analisar a gênese

formação da “Escola Processual de São Paulo”, onde a semente interpretativa aludida floresceu².

A Constituição de 1988 tratou a persecução penal com o zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou, e buscou, dentro da melhor compreensão do texto de Goldschmidt acima mencionado, dar ao processo penal uma roupagem democrática.

2. A ordem constitucional em vigor e o princípio acusatório

Compreendendo-se a distinção entre os modelos inquisitivo e acusatório do processo penal, na melhor esteira da

1. James Goldschmidt, *Teoría General del Proceso*, EJE, Buenos Aires, 1961, p. 110.

2. Ada Pellegrini Grinover, “A Nova Escola Processual de São Paulo”, in *Novas Tendências do Direito Processual*, Forense Universitária, RJ, 1990, p. 448.

lição de Salas³ como a separação nítida de papéis entre acusador, julgador e defensor, além de conferir ao acusado um *status* diferenciado, como titular de direito e não objeto da persecução, pode-se concluir, após uma leitura mediana do texto constitucional, a clara adoção do modelo acusatório para o processo penal.

Harmonizada com a onda democrática que fez navegar os trabalhos do Congresso Constituinte de 1987/1988, a base acusatória do processo penal instaurada pelo texto político pode ser encontrada em vários momentos. Ante a elasticidade que o trabalho nos permite, apenas alguns pontos serão eleitos para abordagem: aquele referente ao titular da ação penal, outro atinente à nova dimensão do papel do magistrado no modelo acusatório e, por fim, algum aceno quanto à figura da vítima.⁴

3. Manifestações do princípio

3.1 Titularidade da ação penal pública

No que tange à titularidade da ação penal, a Constituição Federal de 1988 deixou claro que, nos crimes de ação penal pública (condicionada ou não), a legitimidade ativa fica a cargo do Ministério Público de forma exclusiva, *ex vi*, do art. 129, I.

Analizada apenas pela sua ubiquação, a norma pode apresentar ao olhar mais

afoito a distorcida imagem de uma conquista eminentemente corporativa,⁵ sobretudo porque eliminou, sem possibilidade de contra-argumentações, infeliz texto ordinário que previa o início da ação penal já nas dependências policiais,⁶ bem como passou a colocar em xeque inúmeros outros dispositivos do Código de Processo Penal que mantêm resquícios inquisitivos.⁷

No entanto, é ela, na verdade, a própria matriz do princípio acusatório, na medida em que impõe a um determinado mecanismo do Estado a persecução oficial,

5. A errônea alocação da norma mencionada já foi alvo de crítica por nós elaborada (veja-se *As Garantias...*, especialmente cap. 4), vez que deveria estar inserida no art. 5.º, juntamente com o inciso que trata da ação penal privada subsidiária da pública.

6. Trata-se da malfadada Lei 4.611/65, que previa o início da ação penal perante o Delegado de Polícia nos casos de lesão corporal culposa, homicídio culposo e nas contravenções. Aludido texto legal não foi recepcionado pela Constituição Federal.

7. Veja-se, por exemplo, a polêmica sobre a manutenção ou não no modelo brasileiro dos chamados recursos de ofício, sobre o qual as manifestações jurisprudenciais têm oscilado entre a sua revogação em face da matriz constitucional acusatória e sua manutenção mesmo em face do texto magno. A este respeito, veja-se, por exemplo, os acórdãos dos Recs. ns. 692.331/8, 9.ª Câ. do TACrimSP e 690.553/5, da mesma Câmara e Tribunal (respectivamente *JUTACRIM* 14/211 e 212. No mesmo sentido, *JUTACRIM* 13/206), onde se adotou a segunda posição, entendendo-se que não há afronta ao princípio acusatório com a prática do recurso de ofício. Em sentido oposto, anote-se o Ac. do Rec. 689.691/1, da 4.ª Câ. do TACrimSP, onde se conclui "Impossível coexistência do recurso obrigatório previsto na Lei 1.521/51 com a prevalente sistemática da ordem constitucional, que conferiu exclusivamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública". Ainda: Ac. 687.969/0 do TACrimSP (*JUTACRIM* 13/124) e, por último, Rec. 676.117/3, 4.ª Câ. do mesmo Tribunal, *JUTACRIM* 13/204.

3. S. Denis, *Du procès pénal*, PUF, Paris, 1992.

4. Por certo muitas consequências podem ser extraídas da adoção do modelo acusatório, entre elas a preocupação consagrada aos direitos do acusado, que de mero "objeto" do processo passa a ser um "sujeito de direitos" dentro da relação processual penal. No entanto, o tratamento de todas as modificações advindas com o novo texto constitucional seria operacionalmente inviável para a dimensão deste texto.

impossibilitando a confusão entre julgador e acusador, em estrita sintonia com todos os modelos reformistas em curso na Europa continental.

Assim é que, por exemplo, os novos códigos italiano e português em sede continental colocam a titularidade da ação penal nas mãos de um órgão oficial, abandonando a indesejável mescla de funções entre o promovente da ação penal e o julgador da causa. Mesmo na Inglaterra onde não existe tal instituição com a força conhecida nos ordenamentos da *civil law*, desde 1985 funciona o "Real Prosecution Service", um serviço de persecução oficial, na gênese parecido com o Ministério Público ocidental, com o que se está tentando a modificação do sistema.⁸

Algumas conseqüências diretas surgem deste novo modelo. Uma delas é que esta nova visão acusatória enaltece a participação do Ministério Público na fase preparatória, na medida em que o coloca como destinatário das investigações e controla externamente a atividade policial, impossibilitando a construção de uma estrutura próxima aos "juizados de instrução" nos moldes franceses.

Neste ponto específico uma consideração à parte merece ser feita. Há na literatura processual penal brasileira uma certa inclinação favorável ao juizado de instrução, muito embora aqueles que assim pensem não apresentem um projeto exato do que seria tal "juizado".⁹

O mais grave a ser notado é que "confusões" sobre o modelo em vigor na Itália fazem com que uma errônea imagem daquele sistema seja veiculada, ligando-a, imprópriamente, à figura do juizado de instrução quando justamente a abolição de

tal fase é considerada como o grande avanço efetuado pela longa reforma que foi levada a efeito naquele país.

Lá, a preparação da ação penal é feita através das *indagini preliminari*, cuja condução é própria do Ministério Público — magistratura, no modelo italiano, vez que lá os promotores e juízes fazem parte desta carreira — com o apoio da polícia judiciária. Talvez confundindo a tradução do substantivo magistrado para juiz, algumas posturas veiculadas na imprensa e mesmo por estudiosos acabam por criar algo que simplesmente não existe, e difundir erroneamente um modelo — o do juizado de instrução — que já cumpriu sua missão histórica.

O mesmo raciocínio efetuado com relação ao modelo italiano é válido para outro, igualmente importante em avanços, que é o português. Neste sistema também acusatório, a atividade preparatória da ação penal é entabulada pelo *parquet*, igualmente com o auxílio da polícia judiciária e tendo no juiz um fiscalizador da regularidade do desenvolvimento das investigações.

Atuando diretamente em uma fase na qual as garantias próprias do devido processo legal têm características próprias, nesses modelos assoma em importância o novo perfil deontológico do Ministério Público (e da própria Magistratura, *stricto sensu*, entendendo-se aí os juízes), matéria por si só alvo de profundas considerações sobretudo na doutrina italiana.¹⁰

Vale citar, por exemplo, a consideração de Pisapia e Zagrebelsky,¹¹ no que

8. A esse respeito, veja-se o nosso "As Garantias Constitucionais na Investigação Criminal", dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, março de 1994, em especial cap. 2. Texto inédito.

9. Op. cit., em especial o cap. 3.

10. Mario Pisani, "Il Pubblico Ministero nel Nuovo Processo Penale: Profili Deontologici", in *Revista de Direito Penal*, 1989, vol. 1.

11. Gian Domenico Pisapia e Zagrebelsky Vladimiro, "Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, vol. 2, especialmente pp. 484 e ss.

tange à obrigação do Ministério Público para com a verdade: "L'obbligo di verità... assume un contenuto assoluto per il pubblico ministero. Nei rapporti con il giudice, quindi, egli dovrà condursi secondo un stretto criterio di piena e leale informazione, senza nulla tacere di rilevanti per la decisione e senza travisare intenzionalmente i risultati delle indagini preliminari o dello dibattimento".¹²

Se é correto que tais observações são feitas a partir de modelos de matriz acusatória recém-estruturados, não é impróprio, ao menos neste aspecto, afirmar que a realidade brasileira já se encontra apta a ser analisada por estes postulados, dada, sobretudo, a forma de tratamento entre nós conferida ao Ministério Público e suas funções no processo penal desde a investigação preparatória à ação penal. Pode-se afirmar que, mesmo ante aos importantes e urgentes ajustes que aquela fase necessita no ordenamento pátrio, o papel do Ministério Público aqui já era o do novo modelo peninsular (e lusitano, acrescente-se) e a postura ética, o novo perfil deontológico que lá se cogita, aqui também já podem ser pensados.

As dúvidas deontológicas no processo penal dirão respeito à capacidade do Ministério Público em oferecer respostas eficazes contra uma criminalidade crescen-

12. A preocupação deontológica com o Ministério Público aparece mesmo em modelos mais antigos e agora tendentes a reforma, como é o francês. Anote-se a lição de Truche, ao se referir ao objetivo do *parquet* neste aspecto, que outro não é senão "le bien de la justice, c'est-à-dire qu'il ne peut omettre une circonstance, en élément favorable à l'accusé, ni réquerir une peine au-delà de ce qui esté strictement et évidemment nécessaire, faire intervenir un élément personnel dans sa démonstration" (T. Pierre, "Justification et limites de l'action du Ministère Public", em "Procès pénal et droits de l'homme — vers une conscience européenne", org. por Mireille Delmas-Marty, PUF, Paris, 1992, espec. p. 253).

te, na mesma medida em que terá que trabalhar assoberbado pelo fardo da microcriminalidade e, tanto num como noutro caso, manuseando um arsenal legislativo insuficiente ou sucateado.¹³

Dentro de uma ótica puramente formal e legalista a resposta não encontraria qualquer complexidade, na medida em que tanto um como outro ponto deveriam ser tratados com grau de importância linear. Esta, contudo, não é realidade do modelo brasileiro na prática, e uma de suas consequências importantes será a de questionar, no limite, a flexibilidade ético-institucional para tratamento de tais delitos, dentro de uma dicotomia que poderíamos chamar de "ética de princípios" ou "ética de resultados".¹⁴

13. Um claro exemplo da insuficiência de material legislativo encontra-se na ausência de regulamentação da norma constitucional que possibilita, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A lacuna neste campo inviabiliza a utilização prática deste importante meio de investigação e já faz florescer até entendimentos jurisprudenciais que decidem pela possibilidade da realização desta "prova" mesmo ante a não complementação do texto constitucional. Para uma visão abrangente, consulte-se Grinover *et alii*, *Nulidades no Processo Penal*, Malheiros Ed., S. Paulo, 1992, especialmente pp. 44 e ss.

14. A lição é "bobbiana": "... La distinzione tra morale e politica, in questo caso, corrisponde alla distinzione tra due etiche; che sono irriducibilmente diverse, perchè propongono come giudizio positivo e negativo delle azione secondo i principi, cioè secondo qualcosa che sta prima dell'azione, o secondo le conseguenze, cioè, secondo qualche cosa che sta dopo l'azione. Questa distinzione corrisponde, sia pure o un po' semplificata, alla famosa distinzione weberiana tra l'etica della convinzione e l'etica della responsabilità. É un fato che, applicando or l'uno or l'altro di questi due criteri, possiamo arrivare a giudizi completamente diversi, opposte su qualsiasi azione." (Norberto Bobbio, in *Etica e Politica*, Bobbio *et alii*, Pratiche Editrice, Parma, 1984, especialmente p. 15).

Tal situação pode levar, se operacionalizada em grau de tensão máximo, ao esfacelamento do sistema, ou seja, à situação onde modelo repressivo, por um lado, não pune com a eficácia socialmente desejada a criminalidade altamente violenta e, por outro, deixa no âmbito da “bagatela” as condutas do chamado “dia a dia” que, graças à visão altamente intervencionista do Estado no âmbito criminal — entenda-se um Estado totalmente inclinado para criminalizar condutas — são erguidas à condição de fatos penalmente relevantes.

Tal quadro nada mais é que um reflexo da distorção de um princípio que já foi por demais caro ao direito penal e ao processo penal, que é o da obrigatoriedade da ação penal,¹⁵ onde a atuação do Estado por via de seus agentes oficiais de persecução não é refreada pela palavra do ofendido/vítima, cuja participação ou disposição na ação penal é mínima.¹⁶

A falência estrutural do modelo apresenta-se visível com a crescente problematização da sociedade, com seu vertiginoso aumento de complexidade, cujas demandas no âmbito da repressão criminal não são absorvidas por um Poder Judiciário (amplo sentido) desaparelhado e que clama pela implantação de mecanismos modernizadores de seu aparato.

Neste passo, enquanto se espera a messiânica construção de uma nova ordem processual penal — na esteira daquilo que a Constituição em vigor preconizou —, vivemos problemas estruturais que colocam em jogo a própria definição democrática do Estado brasileiro.

15. Consulte-se, para este tema, recente trabalho de Figueiredo Dias, “Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, S. Paulo, RT, vol. I.

16. Veja-se, para uma breve abordagem deste princípio, Grinover *et alli*, *Teoria Geral do Processo*, 10.ª ed., 1994, Malheiros Ed., S. Paulo, especialmente pp. 60 e ss.

ro. Como o sucumbimento do sistema já é uma realidade, a sobrevida do processo penal vem graças a arrojadas interpretações do direito substancial penal e do próprio processo penal.

Para mitigar o modelo, entendimentos “avançados” surgem aqui e ali, como a adoção, ainda que tímida, do princípio da bagatela¹⁷ ou mesmo uma maior disponibilidade — informal — da ação penal em hipóteses de lesões corporais dolosas envolvendo casal,¹⁸ sem falar no delicadíssimo tema do arquivamento do inquérito com base na perspectiva de prescrição pela eventual futura pena em concreto.¹⁹ Some-se a estes, a descri-

17. Veja-se, por exemplo, a lição de Damásio Evangelista de Jesus (in *Código Penal Anotado*, Saraiva, S. Paulo, 1989, p. 245) para o delito bagatela patrimonial: de “crime de dano. Já entendeu o Supremo Tribunal Federal que a reparação, efetuada antes da denúncia, extingue a punibilidade, posição de estímulo ao encerramento de controvérsias. E cabível no “poder criativo dos juízes na aplicação da lei penal” (RHC 59.191, DJU 23.10.81, p. 10.629).

18. Veja-se exemplificativo acórdão a este respeito: “não atende ao interesse social a condenação de quem, embora vivendo harmoniosa e maritalmente há vários anos e tendo prole, atinge a companheira em momento impensado de mero incidente doméstico sem maiores consequências. Impõe-se a solução, porque mais interessa à paz do casal, podendo um processo crime causar sua separação” (*JUTACRIM* 54/420. No mesmo sentido, *JUTACRIM* 51/410).

19. A Col. 4.ª Câm. do E. TACrimSP, ao conceder *ex officio Habeas Corpus*, com o trancamento de ação penal, decidiu: “De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão *ex officio* de *Habeas Corpus* para trancar a ação penal” (RT 669/315).

No mesmo sentido a conclusão de Scarance

minalização do chamado “jogo do bicho”, para parte da jurisprudência já acomodado socialmente e cuja repressão nada mais é que uma manifestação autotitular do Estado.

A matéria, que não é nova, vem bem analisada por Faria, sendo particularmente interessante para nossa abordagem um dos pontos por ele anotado quanto às tendências modernizadoras do Judiciário (mais uma vez em senso amplo), afirmando que “o enfoque processualístico tradicionalmente adotado em nossos Tribunais, com base em critérios de racionalidade formal, vem mesclado, por abordagens fundadas em critérios de racionalidade material; trata-se de uma tendência que tem sido estimulada por processualistas responsáveis por trabalhos bastante originais sobre a “instrumentalidade do processo”, na convicção de que a busca da “justiça” e da “equidade” sempre implica uma margem de escolha bem mais ampla e flexível do que a fundada exclusivamente em prescrições dos códigos e das leis”.²⁰

A instrumentalidade do processo como mecanismo de flexibilização do modelo defasado irá apresentar-se sobretudo pelo seu escopo pacificador, na exata lição de Dinamarco, mas, como diz o próprio autor, “não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que

sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* — eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (grifos no original)²¹.

Sem embargo da possibilidade de maleabilizar o sistema mediante tais entendimentos, a rigidez do modelo obrigatório da ação penal continua a pôr em risco o perfil deontológico do promovente da ação penal, ainda deixando em aberto a questão ética que poderia ser mais controlável na medida em que a discricionariedade do exercício da persecução fosse legalmente prevista (ao lado da modernização global do modelo), acompanhando assim a essência do modelo acusatório atual.

A nova ordem processual não toca diretamente apenas o papel do promovente da ação penal, clamando também por uma nova definição do papel do magistrado nesta área, tema que apresenta desdobramentos em várias direções, alguns dos quais analisados a seguir.

3.2 O novo papel do juiz no processo penal

A partir da instauração do princípio acusatório no processo penal, onde, como já foi frisado, “a principal característica é exatamente a repartição, entre órgãos autônomos diversos, das funções de acusar e julgar”,²² cumpre investigar as atribuições destinadas ao julgador que, por certo, deve apresentar comportamento diverso daquele que lhe era destinado dentro do modelo inquisitivo.

Fernandes, quando pondera que, uma vez prevista a prescrição pela pena a ser aplicada em concreto “faltaria justa causa para a ação penal, seja como interesse de agir, na posição de alguns doutrinadores, seja no exame provisório e antecipado de mérito para aferir da justiça da acusação” (in “A provável prescrição retroativa e a falta de justa causa para a ação penal”, *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Associação Paulista do Ministério Público*, vol. 6).

20. José Eduardo Faria, “O Judiciário e os direitos humanos e sociais”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, (organizador), S. Paulo, 1994, esp. p. 102.

21. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, S. Paulo, RT, 1.ª ed., 1987, especialmente p. 224. Em nota ao trecho mencionado, o autor considerará que “os conflitos aqui referidos não só aparecem em processos... civil, mas também em processo penal” (grifo nosso).

22. Rec. 153/2, 2.ª Câ. J. 4.6.92, Rel. Guido de Andrade, TAMG, RT 698/483.

Dentre todos os reflexos possíveis, dois serão tratados de forma mais enfática neste trabalho, quais sejam, a relação entre o juiz e a investigação preparatória da ação penal, bem como seu comportamento diante daquilo que a doutrina aprendeu a denominar de “verdade real” em contraposição a outro cânone, o da “verdade formal”.

No tocante à investigação preparatória profundas alterações surgem pela adoção do modelo acusatório, mas a necessária visualização do fenômeno não aparece com a nitidez desejada ante o descompasso entre a realidade constitucional e o superado Código em vigor. Justamente esta ausência de sintonia dá ao tema um indesejável aspecto corporativo, podendo transformá-lo apenas numa questão de perda ou ganho do espaço decisório entre os operadores do direito neste difícil momento da persecução penal.

Urge então construir, ao menos no âmbito doutrinário e jurisprudencial, entendimentos harmonizados com esta nova ordem, sem o temor de dissentar com antigas posturas, vez que o momento é justamente de ruptura com uma configuração repressiva que nunca foi socialmente eficaz, politicamente adequada e academicamente moderna. A construção deste novo modelo exigirá renúncia a antigos papéis e apego ferrenho aos novos, pois inegavelmente do novo perfil do magistrado também dependerá o sucesso do modelo.

A preparação da ação penal é, historicamente, um tema de segunda categoria para o processo penal republicano, sobretudo após a unificação getuliana do Código de Processo Penal.²³ Seu abandono intelectual é uma das causas da restrita visão que hoje se tem sobre o

assunto. Ao longo dos cinquenta anos de vigência do texto instrumental em vigor, poucos e isolados temas foram tratados (indiciamento e arquivamento da investigação são os temas mais buscados neste âmbito), e não raras vezes as fronteiras entre a atuação da polícia judiciária, Ministério Público e Magistratura foi esquecida, com sobreposição de atuações.

Dentro da matriz constitucional, a parcela de atuação reservada ao juiz ficará destinada à idéia de “garantismo” que permeia a atual concepção do processo penal. Com efeito, Grinover, em texto exemplar sobre o novo perfil instrumental penal aponta justamente as idéias de “garantismo” e “eficiência” como os pontos de base para a edificação de um processo penal democrático.²⁴

A visão garantidora coloca o magistrado na posição fundamental de salvaguarda dos direitos do investigado ainda na fase preparatória (onde justamente as garantias constitucionais não aparecem com nitidez), dando-se tal proteção através da jurisdicionalização dos incidentes investigativos que necessitem a legítima violação de direitos constitucionalmente estabelecidos para apuração dos fatos.²⁵

Assim, no caso pátrio, exemplos desta nova participação do magistrado encontram-se na necessária ordem judicial para as buscas domiciliares nos crimes não

24. Ada Pellegrini Grinover, “Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, S. Paulo, RT, vol. 1, pp. 41 e ss.

25. Esta a visão que largamente é aceita nos modelos recém-reformados, como o italiano, onde o magistrado surge a fim de desempenhar o papel acima mencionado. Para uma visão global do tema, veja-se V. Grevi, “Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari”, in *Il Nuovo processo penale*, Giuffrè, Milão.

23. Veja-se a este respeito, mais uma vez o nosso *As garantias...*, op. cit., cap. 1, em particular.

permanentes,²⁶ além daquelas medidas cautelares de ordem patrimonial e²⁷, quando legislação complementar houver, nas hipóteses de interceptação telefônica.

O magistrado deve encontrar-se, portanto, distante daquilo que poderíamos chamar de “objeto” da investigação e, mais que isto, sua formação de convencimento não se deve deixar levar pelos informes colhidos ainda na fase da preparação da ação penal. E, muito embora desejável, a prática desmente a desvinculação, estimulando o lado oposto da moeda, na medida em que os próprios autos da investigação caminharão ao lado dos da ação penal.

Do ponto de vista estrutural, ocorre que, não raramente, um único magistrado tomará conhecimento da investigação desde seu início, acompanhará seu desenvolvimento, receberá a inicial acusatória e prosseguirá no feito até final decisão. Todo o material antecedente à ação é de seu conhecimento, inegavelmente influencia seu espírito e predispõe sua utilização, num indesejável contato com algo que tem uma finalidade restrita e não poderia ser amplamente usado.²⁸

26. Trata-se de inovação do texto constitucional através da qual impossibilitou-se a invasão domiciliar nas hipóteses mencionadas. A modificação não foi prontamente aceita nos meios policiais, onde se preconizava a perda da eficácia dos trabalhos de investigação. Certo é que a Constituição nada mais foi que coerente em relação aos princípios constitucionais que a inspirou e, cinco anos após sua edição, a aventada inoperância não chegou a se concretizar.

27. Veja-se sobre a matéria da cautelaridade no processo penal, Romeu Pires Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*, Forense, RJ, 1981.

28. É de ser observado que a própria distribuição do inquérito ou do auto de prisão em flagrante para um juízo o torna “preventivo” para a causa. Consulte-se o julgado contido na RT 517/367, citado por Damásio, op. cit., p. 90, que parece encampar o entendimento do acórdão.

Para sanar esta situação, pelo menos duas medidas poderiam ser empregadas: uma diz respeito à separação de autos da investigação para a ação penal; outra, a distinção entre juízes que acompanham a investigação daquele que apreciará o *meritum causa*.

No primeiro plano está, entre outras, a experiência italiana atual. Mas, vale lembrar que a proposta de separação de autos já esteve entre nós há muito tempo, quando da tentativa de reforma do Código de Processo Penal do Distrito Federal (então Rio de Janeiro) na década de 20.

Cardoso de Mello,²⁹ ao abordar o processo reformista acima indicado, esclareceu que “no seio da comissão encarregada pelo Min. João Alves, de elaborar o novo Código de Processo Penal para o antigo Município Neutro, comissão de que participava o prof. Cândido Mendes de Almeida, cogitou-se seriamente, ao que se informa, da abolição do inquérito policial e de transformação dos pretores em juízes de instrução... Com tal objetivo, o Código de 1924, distinguia a investigação da inquirição. O processo de investigação, contendo o auto de prisão em flagrante e os laudos periciais, acompanharia a denúncia ou queixa, para fundamentá-la. Dos autos de inquirição tomaria conhecimento exclusivo o Ministério Público, proibida, *expressis verbis*, a sua juntada ao processo da ação, seja em original, seja através de certidões”.³⁰

29. João de Deus C. de Mello, *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código de Processo Penal Brasileiro* — de autoria do prof. Hélio Tornaghi, IMESP, S. Paulo, 1966, pp. 36 e ss. Texto: “Inquérito Policial em face do anteprojeto”.

30. Infelizmente não houve guarida para esta feliz concepção da relação investigação/processo e, nas propostas de alteração do Código que se seguiram não se retomou o tema, buscando-se enfrentar aspectos superficiais da investigação.

A divisão fascicular colocaria um ponto final em situações de atrito hoje existentes entre os vários operadores da investigação,³¹ deixando questões que hoje apresentam-se como de difícil solução a serem resolvidas pelo funcionamento normal do modelo acusatório. Entre outras, a própria tramitação da investigação que, a rigor, não se relaciona mais com o magistrado, mas sim burocraticamente entre a polícia judiciária e o *parquet*.

Cumprе destacar que informes de caráter perene, de natureza irrepетível, como os autos de corpo de delito, de local de crime e perícias diversas, cuja realização tem aspecto cautelar, estes sim devem ser transportados para o bojo da ação penal, diferindo-se o contraditório em relação a eles, a fim de viabilizar o andamento das investigações.³²

31. Quanto a este tema, veja-se a observação de Damásio: "Indeferimento do requerimento do Promotor de Justiça no sentido da volta do inquérito a polícia para novas diligências — Não pode fazê-lo o juiz cabendo da decisão correção parcial (TACRIM-SP, RT 455/402). Se o pudesse, como tem entendido a jurisprudência, estaria obrigando o Ministério Público indiretamente, a renunciar ao exercício da ação penal ou à apresentação temerária de uma denúncia (RT 545/378 e 455/402). Isso, entretanto, ocorre na hipótese do art. 16 do Código de Processo Penal, quando o órgão da acusação requer a devolução dos autos do inquérito policial à delegacia de origem para realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Esse o caso previsto nos dois acórdãos citados. Fora daí nada impede que o juiz indefira o requerimento do Ministério Público, isso no caso de requerer diligências prescindíveis ao oferecimento da denúncia (RT 454/378 e 455/402). No sentido de que não pode indeferir o requerimento quando as diligências são imprescindíveis: RT 394/193 e 318/282. É o que se tem entendido (JUTACRIM-SP 12/133, 13/125 e 38/137). (Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, S. Paulo, 9.ª ed., 1991, p. 13).

32. Veja-se o nosso *Garantias...*, op. cit., especialmente cap. 6.

Por outro lado, o modelo acusatório do processo penal também acarreta uma nova forma de atuar do Estado-Juiz em relação ao tema da instrução probatória. Particularmente delicado é este tema, na medida que exige um redimensionamento da tradicional dicotomia existente no processo quanto às chamadas "verdades real e material".³³

A fronteira que ora se rompe é exemplarmente explicada por Grinover, que, após introduzir o tema sob as luzes do processo constitucional, conclui surgir "o indispensável redimensionamento do princípio da verdade real, necessariamente condicionado àquela série de valores que se traduzem pelo método através do qual se desenvolve sua busca. A liberdade do juiz penal, enquanto instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva — porque a descoberta da verdade, obtida a qualquer custo, seria a premissa indispensável para atingir o escopo "defesa social" —, mostrou toda a sua falácia, transmutando a busca da verdade em valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual".³⁴

Por mais que a colocação citada repudie o entendimento tradicionalmente reservado à matéria, tem ele a virtude de descortinar os valores políticos embasadores da dicotomia aventada, caracterizando-a como uma fórmula mascarada de intromissão exacerbada do Estado na liberdade individual em nome de um fluido conceito de "defesa social", em nome do qual a liberdade individual é sacrificada.

O modelo acusatório de processo nada mais é que uma opção política direcionada para um Estado democrático e de direito, tendo como uma de suas consequências diretas um novo mapeamento de interes-

33. Consulte-se, entre outros, René Ariel Dotti, "Princípios do Processo Penal", in *Revista do Processo* 67, em especial p. 79.

34. Ada Pellegrini Grinover, "Prova emprestada", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, S. Paulo, RT, vol. 4, especialmente p. 61.

ses e valores para o aparato instrumental penal. Entre eles está um reequilíbrio da balança que tem em cada extremidade as idéias de segurança pública e garantias individuais, e que apresenta justamente no rompimento com a dualidade verdade real x verdade material o seu fiel.

Certamente pode causar espanto a idéia de uma certa distância do juiz neste momento, sendo fácil argumentar com exemplo de uma absolvição ante a inércia ou incapacidade do promovente da ação penal em produzir as provas necessárias. Mas, é justamente numa hipótese como esta que exsurtem vivamente os valores atrás preconizados. Não se cobre nesta situação a atividade do magistrado. Ao contrário, a cobrança pela eficácia (ou não) da repressão neste exemplo extremo deve recair sobre quem deve ter a obrigação de agir, significando aqui não apenas a atribuição constitucional de promover a ação, mas sim de alimentá-la com as provas necessárias para o convencimento do julgador.³⁵

Quando a opção política é feita, desloca-se o eixo de responsabilidades dos operadores do direito em face da sociedade. Nesta nova “geografia de responsabilidades” do Judiciário cobra-se a observância às garantias constitucionalmente estabelecidas, na mesma medida em que do legitimado ativo cobra-se a eficiência no controle da investigação e na propositura (ou não) da ação e seu desenvolvimento. Para a defesa (técnica, sobretudo), é exigido o esgotamento dos recursos colocados à sua disposição dentro da melhor aplicação permitida em lei.

35. Uma vez mais aflora a posição “garantidora” do magistrado no modelo acusatório. Em outras palavras é a colocação de Cappelletti, quando chama a atenção para o papel do Judiciário na sociedade contemporânea. Veja-se, Mauro Cappelletti, “Costituzionalismo moderno e ruolo del potere del giudiziario nelle società contemporanee”, in *Revista do Processo* 68, em especial p. 51.

Assim, o sistema globalmente considerado encerra uma nova forma de funcionamento, novos compromissos sociais e éticos dentro da marcha processual e da própria idéia de uma “instrumentalidade” do processo também destacada no campo penal, exigindo para seu aperfeiçoamento um desapego a antigos cânones, com a certeza de que se constrói algo melhor, no sentido que harmonizado com as aspirações sociais democráticas.

3.3 O papel da vítima na nova ordem

Apresentando ares mais liberais na estruturação do modelo processual, as idéias acusatórias também reservam à vítima um novo papel, assumindo o lesado em seu bem jurídico penalmente tutelado um novo compromisso nesta quadra da vida social, caracterizado sobretudo por um maior poder de interferência no destino da ação ou da investigação preparatória.

No dizer de Delmas-Marty, “este movimento, que tende a integrar o corpo social à justiça penal, ao mesmo tempo em que reduz o caráter “estatal” do modelo, é certamente um dos temas modernos importantes da política criminal”, sustentando nesta linha a participação popular (em especial para nosso tópico, a vítima) como “um controle externo ao Estado do funcionamento deste... trata-se de uma participação ativa, o grupo assumindo portanto a responsabilidade pelas infrações, atitude mais dinâmica do que a tradicional apresentação aos especialistas da Justiça; atitude que poderia tornar todo o corpo social consciente e responsável pelas infrações que nele são cometidas”.³⁶

O desenvolvimento deste processo entre nós forçosamente será lento, até porque historicamente não temos uma tradição

36. Mireille Delmas-Marty, *Modelos e movimentos de política criminal*, trad. Edmundo Oliveira, Revan Ed., RJ, 1992, em especial p. 76.

de respeito à posição da vítima na persecução penal, dentro da melhor linha estatizante da repressão criminal, fruto que é de uma concepção autoritária de Estado e seu relacionamento com a segurança pública.³⁷

Para um engajamento mais imediato da vítima na persecução penal, algumas medidas poderiam ser tomadas em termos de alteração do direito positivo. Um dos meios é dar-lhe a oportunidade de ciência prévia à ocorrência do arquivamento da investigação da não propositura da ação penal pelo órgão oficial, possibilitando assim diretamente que promova a ação como parte civil, ou mesmo podendo ensejar a revisão do arquivamento de acordo com o mecanismo de controle deste ato.³⁸

Neste ponto, o nosso sistema de controle de arquivamento de investigações preliminares, que é do tipo interno, ou hierárquico (art. 28 do Código de Processo Penal), vez que existente apenas no âmbito do Ministério Público, carece de aperfeiçoamento, justamente para que a vítima possa dele eficazmente participar, juntamente com o magistrado que, embora não podendo impor ao titular da ação o exercício desta, pode provocar o andamento da máquina revisional da promoção de arquivo, a fim de causar a rediscussão da matéria.

37. A consequência acima apontada não é uma herança exclusivamente pátria. Tome-se como exemplo a mesma ordem de idéias e o esforço levado a efeito pela doutrina em resgatar os valores democratizantes do processo penal como acima apontado na Argentina. Consulte-se, entre outros, Pedro Bertolino, *Proceso Penal y servicio de la justicia*, Libreria Editora Platense, La Plata, 1992, em especial cap. II.

38. A forma de controle de arquivamento já foi por nós exposta nas *Garantias...*, op. cit., especialmente cap. 2, cabendo ressaltar que os modernos ordenamentos prevêem a plena participação da vítima neste momento, como é o caso do processo penal alemão.

Outro ponto, mais delicado, é de repensar-se o hoje descompromisso que tem a vítima para com a verdade no nosso ordenamento, questionando-se a validade de tal norma em face de toda uma estrutura acusatória do processo penal que, como visto, clama também por algo que poderia ser rotulado de um "processo penal participativo", onde não haveria sentido incrementar-se a posição da vítima (endo e exoprocessualmente falando) e não se exigir, em contrapartida, um mínimo de compromisso desta em relação à verdade dos fatos em seu depoimento.

Com efeito, atualmente o Código de Processo Penal no art. 201 isenta o ofendido do compromisso para com a verdade quando de suas declarações, dada sua "peculiar situação" como apontado por Espínola Filho,³⁹ deixando-a verdadeiramente desatrelada à sorte de suas declarações. Surge daí todo um movimento interpretativo que visa equacionar o aspecto de abrangência da palavra do ofendido e sua repercussão no acervo probatório. A tal descompasso chegou o entendimento da matéria que Damásio encampa em sua obra decisão sobre a inexistência do princípio do contraditório nas declarações do ofendido, afirmando que "assim, as partes não intervêm no seu procedimento" (STF 83/938).⁴⁰

A forma de tratamento conferida à matéria pelo Código e mesmo alguns respeitáveis entendimentos doutrinários e jurisprudenciais são colocados na pauta de discussão quando se procura coadunar o modelo acusatório para o processo penal e a participação da vítima, carecendo a tarefa de incessante estudo e, como já foi dito anteriormente, certo desapego

39. Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Freitas Bastos, S. Paulo, 1942, vol. III, em especial, pp. 11 e ss.

40. *Código...*, op. cit., p. 147.

a posturas ideológicas que deram vida ao atual aparato instrumental penal e que, por certo, dificilmente se compatibilizam com o primado constitucional.

4. Propostas de aprimoramento do modelo em futuras revisões constitucionais

Posto como está, o texto constitucional apresenta algumas impropriedades no tocante à alocação de textos que, apresentados em momentos distintos, dificultam a compreensão imediata de que se tratam de componentes de um mesmo sistema.

Caso mais evidente e de que plano toca ao tema aqui tratado é o da norma do art. 129, I, da Constituição, que, tratando de toda a base do modelo acusatório, encontra-se engravado em meio a disposições atinentes ao Ministério Público. Se é certo que esta ubiquação por si só não desnatura o princípio, dá ao menos a infeliz idéia de que se trata de uma conquista corporativa.

Sua melhor disposição seria também no art. 5.º do Texto Magno, onde de resto se encontra o inciso referente à ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX), formando assim um todo harmonioso com as demais disposições atinentes ao processo penal e que ali se encontram.

Idêntica observação cabe ser feita em relação ao princípio do juiz natural, disperso em dois incisos do mesmo art. 5.º, um versando sobre a impossibilidade de tribunais de exceção e outro referente ao juiz competente (respectivamente XXXVII e LIII), além da garantia da motivação das decisões, esta inserida no capítulo próprio do Poder Judiciário, no art. 93, VIII.

Ainda que não seja este o caminho a solucionar divergentes entendimentos de interpretação, é de todo conveniente uma construção positiva com obediência sistemática, até porque a lei não é editada aleatoriamente, ao contrário, expressa

valores políticos e sociais (sobretudo um texto constitucional) e a correta colocação dos temas encerra igualmente uma tomada de postura em relação a estes mesmos valores. Não por outro motivo inaugura a Constituição, ao lado dos chamados princípios fundamentais (arts. 1.º ao 4.º), os direitos e garantias fundamentais (arts. 5.º ao 17), numa clara explicitação de postura do constituinte em relação a estes temas.

5. Conclusão sobre a necessidade de reforma global do Código de Processo Penal

Se a preocupação com a ordem de redação da Constituição pode apresentar ares puramente acadêmicos, o clamor pela edificação de um novo Código de Processo Penal transcende certamente estes limites e se constitui verdadeira batalha na qual devem se engajar os operadores da Justiça.

Não basta, apenas, a reforma parcial e isolada de pontos determinados do Código. É necessário enfrentar a reforma completa, adequando sistematicamente a ordem infraconstitucional ao primado maior contido no texto político, exigindo deste novo texto o respeito às aspirações sociais ali estampadas, instrumentalizando eficazmente garantias e rompendo com uma tradição politicamente autoritária e academicamente defasada.

Para recordar e finalizar, é forçoso lembrar que este Código de Processo Penal foi criado a partir de idéias da segunda metade da década de 30, tendo sua gestão ainda sob a égide da Carta de 1937; posteriormente, subsistiu (ao menos formalmente) à Constituição de 1946, 1967 e 1969, até que chegasse a atual, além de ter passado por algumas reformas profundas (no âmbito cautelar em final de década de 60, e início da década de 70, bem como a reforma parcial de 1977), dando a certeza de que não sobreviverá, enquanto ordem sistemática, a mais uma reforma parcial.

A CONTRAÇÃO DO ARTIGO 32 DA LEI DAS CONTRAÇÕES PENAS É DE PERIGO ABSTRATO OU CONCRETO?

(A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO)

LUIZ FLÁVIO GOMES

Mestre em Direito Penal pela USP, Doutorando
em Direito Penal na Faculdade de Direito
da Universidade Complutense de Madri
e Presidente do IBCCrim

Ementa: “REsp — Direito Penal — Contravenção penal (art. 32) — Concurso de pessoas — O Direito é sistema. O Código Penal, a lei fundamental da respectiva legislação. O Concurso de pessoas decorre da conduta típica. Na Contravenção Penal (art. 32), o verbo reitor é dirigir. Acrescente-se o elemento — sem a devida habilitação — e a circunstância de lugar — na via pública. Considere-se ainda o — Resultado (sentido normativo). Renegue-se o delito de perigo abstrato. Alguém pode estimular ou concorrer materialmente (entregar a chave do veículo, hipótese dos autos). Incide, pois, o disposto no art. 29, Código Penal. De outro lado, o bem jurídico — Incolunidade Pública (Preservação de pessoas e coisas indeterminadas) foi posto, na hipótese, concretamente, em perigo.” (STJ, REsp. 34.222-0-RS, 6.^a T., Rel. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.93, v.u., DJU de 2.8.93, p. 14.295).

Na jurisprudência brasileira é reconhecidamente majoritário o entendimento de que a contravenção de falta de habilitação (LCP, art. 32) é infração de “perigo presumido ou abstrato”. Há inclusive posições mais extremadas que chegam a

admitir (em desfavor do que dirige sem habilitação) “presunção de culpa”, inversão do ônus da prova etc. No moderno Direito Penal, no entanto, é cada vez mais intensa a reprovação de presunções legais, particularmente a presunção de perigo, que enseja a punição penal por mera “desobediência ao preceito legal”. O que a doutrina penal moderna enfatiza é o seguinte: a presunção legal de perigo permite a imposição de sanção penal a quem (concretamente) não lesou nem colocou em perigo qualquer bem jurídico, violando, dessa forma, o princípio da ofensividade ou lesividade ou do *nullum crimen sine iniuria*. De outro lado, a presunção “legal” de perigo conflita com a presunção “constitucional” de inocência. Pelos dois motivos, como procuraremos demonstrar, é absolutamente inconstitucional e insustentável a interpretação, vitoriosa até aqui, que reconhece viabilidade ao perigo presumido ou abstrato.

Para a configuração da contravenção de falta de habilitação, segundo nossa jurisprudência, basta que o autor do fato realize a conduta descrita abstratamente no tipo legal, que consiste no seguinte: “Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a

motor em águas públicas: Pena — multa". A lei contravencional "pune o dirigir sem habilitação legal porque se presume *juris et de iure* que o agente não tem capacidade técnica para tal atividade e por isso pode causar desastres, com ou sem vítimas pessoais" (JTACrimSP, 9/71, apud Geraldo Pinheiro/Dorival Ribeiro, p. 615). Nas infrações de perigo, "desrespeitada a norma legal, não se torna necessário indagar se ocorreu qualquer perigo ou dano efetivo a direito de terceiro; a idéia de perigo é presumida na conduta" (JTACrimSP, 18/178, apud, Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 619). "O artigo 32 da LCP exige, na sua interpretação objetiva e lógica, que se trate de veículo a motor, pois o perigo *in abstracto* está na condução de uma força propulsora por quem não tenha habilitação técnica para fazê-lo" (RT 537/333, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 622).

Esse entendimento jurisprudencial conta com amplo apoio doutrinário (v. Damásio de Jesus, p. 101; Marrey Neto, RT 679/314; Sérgio Médici, p. 104; Salles Júnior, p. 199; Valdir Sznick, p. 210). A modalidade contravencional ora enfocada, diz Marrey Neto, "se consuma, vale dizer, se considera cometida pelo fato só de alguém dirigir veículo automotor em via pública sem estar habilitado, tratando-se, como já visto, de contravenção que se caracteriza independentemente de pôr em risco a quem quer que seja, por isso mesmo dita de 'perigo abstrato'" (RT 679/314).

A presunção de perigo, de outra parte, é "absoluta", isto é, não admite prova em contrário. Mesmo que o condutor do veículo demonstre que de sua conduta não derivou risco algum para ninguém, ainda assim, resta configurada a contravenção, nos termos da jurisprudência atual, que proclama: "Diante dos termos claros do art. 32 da LCP, que fala em 'devida habilitação', vale dizer, em habilitação segundo as prescrições regulamentares, é irrelevante a demonstração

de capacidade técnica ou perícia do condutor do veículo, para isentá-lo da sanção punitiva" (RT 319/317, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 612). Consoante julgado do TACrimSP (citado por Damásio de Jesus, p. 104), "o legislador presume imperita a pessoa que dirige veículo automotor sem a devida habilitação, sendo irrelevante a prova em contrário".

A demonstração de que o condutor é motorista hábil ou que tem habilitação de fato ou que já foi aprovado nos exames necessários para a habilitação ou que já é habilitado para dirigir outro tipo de veículo de nada vale. A presunção de perigo é absoluta (*iuris et de iure*) e mesmo quando a conduta mostra-se "inócua", em termos de ofensa ao bem jurídico protegido, mesmo assim, de acordo com ampla jurisprudência, impõe-se a condenação penal. Podem ser citados como exemplos os seguintes julgados: "Até que a habilitação seja expedida formalmente, presume a lei que ninguém está apto a dirigir veículos na via pública. As circunstâncias de ser o réu motorista hábil e já matriculado em auto-escola não desnaturam a contravenção, delito de mera conduta" (JTACrimSP 15/308, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 616). "Pouco importa que o agente possua conhecimentos da arte de dirigir, irrelevante a ocorrência ou não de perigo concreto: faltando a habilitação legal comete a infração" (JTACrimSP 61/288, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 621). "Habilitação para dirigir automóvel não autoriza seu titular a guiar veículos de outra natureza, como motocicleta e lambreta" (JTACrimSP 18/178, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 619). Habilitação de fato de acordo com Damásio de Jesus (p. 104), "é proibida pelos arts. 64 e 70 do CNT e não exclui a contravenção. Assim, a prática, experiência ou habilidade do motorista no conduzir veículo não impedem a ocorrência da infração". Mesmo que o condutor já

tenha sido aprovado no exame de habilitação, se dirigir antes da expedição da carteira, responde pela contravenção (cf. anotação de Damásio de Jesus, p. 104, que lembra, no entanto, a existência de outra corrente em sentido contrário).

A nossa jurisprudência, entretanto, embora muito acrítica em termos de efetiva tutela ao bem jurídico, não chega ao extremo de reconhecer a contravenção quando o condutor é habilitado e apenas não está portando a devida carteira de habilitação. Nesse sentido já reconheceu que “a infração do art. 32 da LCP é de mero perigo. Sob os prismas da realidade e também da lei penal não se pode presumir perigo no ato de pessoa já reconhecida oficialmente como capacitada a dirigir veículo em via pública, punindo-se-a como infrator da citada disposição só por não trazer consigo o título de uma habilitação que já foi, de direito, reconhecida” (RT 362/284, cit., por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 614).

Se o perigo (abstrato) é presumido, é evidente que à acusação cabe tão-somente demonstrar dentro do processo que o condutor realizou formalmente a conduta descrita no art. 32 da LCP. Nada mais é exigido, consoante essa tradicional maneira de entender tal infração penal. Não é preciso que ocorra nem tampouco que seja demonstrado no processo qualquer resultado lesivo ao bem jurídico protegido: basta a conduta (contenta-se essa doutrina com o simples desvalor da conduta). Inúmeros são os julgados nesse sentido: “A contravenção do art. 32 é de caráter nitidamente preventivo e tem por elemento objetivo unicamente a falta de habilitação legal, sem se cogitar do resultado. A ação contrária à lei não fere destacadamente o interesse de determinado indivíduo, mas, sim, constitui ameaça ao interesse de ordem geral, que abrange a todos os cidadãos” (RT 407/243, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 617). “A potencialidade ou existência real de perigo

não são exigíveis, pela lei, para a caracterização da contravenção do art. 32. Para tanto é necessária, apenas, a realização objetiva do ilícito previsto na lei” (RT 432/357, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 617). “Quem dirige veículo sem habilitação consuma contravenção, independentemente de qualquer evento danoso” (JTACrimSP 17/80, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 618).

Do ponto de vista “naturalístico”, afirma-se, em conclusão, que a contravenção ora enfocada é de “mera conduta” (cf. RT 566/338 e a doutrina do inolvidável professor M. Pedro Pimentel, p. 22). Isso significa que não é exigível para sua configuração nenhum resultado naturalístico. Semelhante afirmação não impede, entretanto, como demonstraremos adiante, que, do ponto de vista jurídico, todas as infrações necessitem de um resultado, que é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido. O art. 13 do nosso CP é enfático: não há crime sem resultado (jurídico, normativo).

Em alguns julgados podemos constatar, inclusive, que se concebe a contravenção de falta de habilitação como infração de “mera desobediência à lei”: “a falta de habilitação decorre da inobservância de uma exigência legal, fixadora de seu exame” (RT 432/356, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 612). A contravenção do art. 32 “contém intrinsecamente um desrespeito ao ordenamento positivo legal” (RT 440/413, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 617). Direção não habilitada constitui “violação de regra regulamentar de trânsito” (JTACrimSP 61/217, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 621). Conceber uma infração penal como “mera desobediência à lei” significa ignorar por completo a função básica do Direito Penal que é a de proteção de bens jurídicos. Significa, ademais, admiti-lo como instrumento de intervenção máxima na vida social, com o risco de se implantar o totalitarismo ou autoritarismo penal, expressão máxima do Direito Penal do terror.

Enfocada desde as bases do moderno Direito Penal, a condenação de alguém com apoio em uma presunção legal de perigo já é bastante estarecedora. Alguns julgados, no entanto, alcançam as raias da aberração quando, com base no perigo presumido, admitem outra presunção, qual seja, a de que o condutor, só porque não é habilitado, atua sempre com culpa. Mais que presumir o resultado da infração (o perigo), agora chega-se ao extremo de presumir a culpa do motorista não habilitado (a ação culpada). É exatamente isso o que foi reconhecido neste acórdão: "O motorista que, carecendo de habilitação legal e experiência, ocasiona a morte de menor em acidente de trânsito, deve ser condenado por homicídio, se não comprova que obrou sem culpa" (RT 180/354, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 612). O julgado exige que o condutor do veículo prove que "não obrou com culpa". Inverte o ônus da prova e com isso há flagrante violação à lei (CPP, art. 156) e à Constituição (que agora consagra o princípio de presunção de inocência). Todos os acusados são presumidos inocentes; cabe ao acusador comprovar legalmente sua culpabilidade. Nenhuma presunção legal pode contrariar a presunção constitucional; havendo conflito entre elas, é evidente que predomina esta última, hierarquicamente superior.

Justiça deve ser feita: o entendimento que acaba de ser exposto não é vitorioso entre nós. Felizmente ainda continuamos vinculados ao Direito Penal da culpa. Uma amostra do que acaba de ser dito está neste julgado: "Em face da doutrina esposada pelo CP, ninguém pode ser condenado por delito culposos somente pela presunção de que tenha agido culposamente, em decorrência da falta de habilitação legal para dirigir veículos motorizados. É necessário, para a condenação, que, além de não ter o réu a competente habilitação, tenha agido com imperícia, imprudência ou negligência, modalidades pelas quais se apresenta a

culpa em nosso CP" (RT 390/340, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 614).

Não podemos de modo algum concordar, de outro lado, com o julgado que entendeu que o documento estrangeiro de habilitação não exclui a contravenção (cit. por Damásio de Jesus, p. 105). Semelhante ponto de vista, mais que violar o princípio do *nullum crimen sine iniuria*, chega ao extremo de contrariar a própria legalidade, além de evidenciar acentuado provincianismo, nada compatível com a aldeia global dos nossos dias. O art. 32 da LCP exige habilitação para dirigir veículo em via pública e pouco importa que seja nacional ou estrangeira. Onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir (*ubi lex non distinguit, nec interpret distingere debet*).

Questão mais delicada é a de saber se existe ou não a contravenção de falta de habilitação quando o exame médico está vencido. No sentido afirmativo temos o julgado publicado na RT 625/300, dentre outros. Existe corrente em sentido contrário (cf. Damásio de Jesus, p. 108). Para nós, a falta de exame médico é mera questão administrativa. O tipo legal fala em falta de habilitação. Quem já se habilitou para dirigir determinado tipo de veículo jamais pratica a contravenção do art. 32 (ressalvada a hipótese de habilitação legalmente cassada), por falta de adequação típica, mesmo que esteja vencido o exame médico, que é pura questão administrativa. Do mesmo modo que a falta de habilitação, para muitos, presume a falta de habilidade, de técnica, para conduzir veículo, a sua conquista deve levar a presunção oposta, isto é, o condutor habilitado é sempre presumido hábil. Não é a falta de exame médico que vai lhe retirar essa presunção.

Por força do princípio da intervenção mínimo, o Direito Penal deve sempre ser compreendido como *ultima ratio*. Sempre que possível devemos dar preferência para outras formas de tutela dos bens jurídicos. Só devemos nos valer do Direito

Penal quando insuficientes outros ramos do ordenamento jurídico para a tutela dos bens jurídicos individuais ou coletivos (nisto reside o princípio da subsidiariedade do Direito Penal). Ninguém nega a importância da segurança no tráfego, particularmente nos dias atuais, em razão do grande número de acidentes automobilísticos. O poder público deve efetivamente preocupar-se com o problema, mas não pode transformar o Direito Penal em panacéia para tudo. Só dirigir sem habilitação, sem maiores consequências, constitui mera infração administrativa, prevista no art. 89, I, do CNT. Contrariamente ao que pensa Valdir Sznick (p. 208), político-criminalmente não cremos que se justifique a transformação de tal contravenção em “crime” (cf. também nesse sentido Nilo Batista, p. 77). A tendência é outra e em sentido oposto: pugna-se pela sua transformação em puro ilícito administrativo (cf. Gilberto Freitas, p. 270). Enquanto não ofende a incolumidade pública, tal conduta deve ser (e é) pura “infração administrativa” (CNT, art. 89, I). Na medida em que lese ou ofenda a incolumidade pública (pois *nullum crimen sine iniuria*), configura “contravenção”. Essa é a única interpretação possível do atual art. 32 da LCP. Mais que isso é violentar a Constituição.

Em suma (e que fique bem patenteado nosso pensamento): político-criminalmente cremos muito acertada a opinião no sentido de que a conduta de dirigir veículo sem habilitação seja descriminalizada formalmente (isto é, seja retirado seu caráter de ilícito penal), revogando-se o art. 32 da LCP. Tal conduta seria transformada em pura infração administrativa (ilícito administrativo), tal como já previsto no art. 89, I, do CNT. Para isso, *de lege ferenda* — repita-se — basta a revogação do art. 32 da LCP. Uma coisa, no entanto, é a aspiração político-criminal; outra, o direito positivo (*ius positum*) que, consoante clássica afirmação de Liszt (p. 71), “é a barreira intransponível

da Política Criminal”. *De lege lata*, considerando que goza de plena vigência o art. 32 da LCP, cabe então (re) interpretá-lo e verificar seu verdadeiro alcance nos dias atuais. Desde logo impõe-se salientar que uma vez mais não parece válido o clássico adágio “lei clara não necessita de interpretação” (“lex clara non indiget interpretatione”). O citado art. 32 parece muito claro, parece não suscitar maiores indagações. Essa é a impressão que colhemos em sua singela interpretação jurisprudencial realizada até este momento. Na verdade, no entanto, muitas reflexões podem ser extraídas de tal texto legislativo.

“NULLUM CRIMEN SINE INIURIA”

Parece-nos muito conveniente começar tais reflexões e indagações realçando o entendimento jurisprudencial correto (nem por isso o majoritário, até agora) no sentido de que a contravenção de falta de habilitação é de perigo concreto. É exatamente isso o que ficou proclamado neste acórdão: “Não basta o simples fato de dirigir veículo sem habilitação legal para estar caracterizada a contravenção do art. 32. Como polícia de segurança, supõe perigo comum, embora indeterminado” (RT 435/368, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 617).

Mais recentemente, semelhante interpretação recebeu o apoio da Eg. 6.^a T. do STJ em acórdão relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, que destacou: “A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente, renegando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trouxe, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico. Na espécie dos autos, o bem tutelado é a incolumidade pública, isto é, o resguardo de pessoas

e coisas, indeterminadamente consideradas. Assim, o ilícito penal não resulta do simples dirigir, sem a devida habilitação. Isso corporifica somente o ilícito administrativo. A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica" (cf. STJ, REsp 34.322-0-RS, 6.^a T., Rel. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.93, v.u., DJU de 2.8.93, p. 14.295).

A doutrina estampada neste acórdão, consentânea com o moderno Direito Penal, nos obriga a refletir sobre o desajuste do entendimento jurisprudencial majoritário que vê na falta de habilitação para dirigir veículo uma contravenção de perigo abstrato ou presumido. Já não é possível admitir em Direito Penal uma situação de perigo implícita no tipo penal ou proclamada peremptoriamente pelo legislador. Para a caracterização da contravenção ora considerada não basta provar a conduta de dirigir veículo em via pública (desvalor da conduta); é imprescindível também, como ressaltou o Min. Cernicchiaro, o resultado (desvalor do resultado), consistente — no caso — em um perigo de dano. Esse perigo tem que ficar demonstrado no processo, não pode ser presumido pelo legislador. Não é preciso apresentar nenhuma (possível) vítima concreta da conduta do agente, até porque estamos diante de perigo indeterminado (isto é, perigo para a coletividade, para a segurança do tráfego, para número indeterminado de pessoas ou coisas, para a incolumidade pública). Mas é inafastável a necessidade de comprovação de que a conduta de dirigir veículo em via pública sem habilitação, do modo como concretamente foi realizada, tinha aptidão ou idoneidade para lesar bens jurídicos individuais como a vida, a integridade física, o patrimônio etc. Essa ilação é irrefutável porque não basta para a configuração do resultado típico (em sentido jurídico) a mera possibilidade de dano, senão a probabilidade de dano. Enquanto a conduta do agente consiste simples-

mente em dirigir veículo, sem nenhum perigo concreto para indeterminadas pessoas ou coisas (i.e., sem capacidade de lesar), estamos no âmbito da infração administrativa prevista no art. 89, I, do CNT. Desde o instante em que a conduta concreta passa a constituir um real perigo de dano para bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, etc.), podemos admitir como configurada a infração penal contravencional. É na aptidão ou idoneidade concreta da conduta para lesar bens jurídicos individuais que reside a distinção entre a infração administrativa e a penal. Não é preciso que a conduta "coloque em risco a segurança alheia", isto é, a segurança de pessoas determinadas ou coisas determinadas. Não é preciso individualizar vítima ou vítimas, tal como exige, por exemplo, o art. 34 da LCP. Basta que a conduta reúna aptidão (eficácia, potencialidade, idoneidade) para lesar algum bem jurídico individual. Não se faz mister que concretamente a conduta tenha posto em risco determinada vítima; só é indispensável que a conduta, tal como realizada, demonstrou, ainda que em tese, aptidão ou idoneidade para colocar em risco bens jurídicos individuais. E com isso, automaticamente, não se pode negar que já está lesando, diminuindo, turbando, afetando o bem jurídico coletivo (incolumidade pública).

Tanto o art. 89, I, do CNT como art. 32 da LCP prevê a conduta de dirigir veículo sem a devida habilitação. A relação que existe entre tais dispositivos legais caracteriza o chamado "conflito aparente de leis ou de normas". Sabendo-se que uma norma não revogou a outra (i.e., as duas estão em vigor), cabe ao intérprete encontrar o âmbito de aplicação de cada uma. E como se resolve tal conflito aparente de leis? Diante de uma situação concreta em que se comprovou que o agente dirigia veículo em via pública sem habilitação, qual seria a adequação típica correta? A resposta só

pode ser encontrada no grau de afetação ou turbacão do bem jurídico tutelado, que é a incolumidade pública ou, particularmente, a segurança no tráfego. Se a conduta do agente não colocou concretamente em perigo a segurança viária, não justifica a intervenção do Direito Penal: só resta reconhecer, no caso, uma infração administrativa (que é consentânea com a mera possibilidade de dano). Do contrário, caso a conduta tenha concretamente colocado em risco (ou lesado) tal bem jurídico (indeterminado), somos compelidos a admitir a contravenção penal, cuja adequação típica exige não a mera possibilidade, senão probabilidade de dano ou perigo idôneo. O princípio aplicável para resolver o conflito aparente de leis é o da consunção, isto é, a infração maior — contravenção penal — (significativamente turbadora do bem jurídico tutelado) absorve a infração menor — ilícito administrativo. Dito de outra maneira: sempre que se configurar a contravenção, fica afastada a infração administrativa (sendo impossível o *bis in idem*). Não configurada concretamente a contravenção, subsiste o ilícito administrativo.

O simples ato de conduzir veículo em via pública, em síntese, configura só formalmente o tipo legal (art. 32), mas para a existência do tipo penal (e, em consequência, do injusto penal) é preciso um *plus*, é preciso algo mais: que a conduta revele aptidão ou idoneidade real e efetiva para lesar bens jurídicos individuais (invocando doutrina de Fragoso e Zaffaroni, é com esse fundamento que o Juiz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior vem absolvendo os acusados incursos no art. 32 da LCP). Só assim a concreta conduta do agente estará lesando (diminuindo, afetando) o bem jurídico coletivo (incolumidade pública) e só assim está permitida a intervenção do Direito Penal entendido como *ultima ratio*. Nessa aptidão ou idoneidade real da conduta reside o perigo concreto. Concreto, no

entanto, não no sentido de que se deve então apresentar uma vítima concreta da conduta do agente, uma vítima concreta que tenha corrido risco com a direção sem habilitação. Não. Estamos diante de um perigo concreto indeterminado, ou seja, só é necessário comprovar que a conduta do agente, tal como realizada, tinha suficiente e real capacidade para pôr em perigo bens jurídicos individuais.

Em conclusão: no perigo concreto indeterminado (comum, geral, coletivo, universal, institucional) não é preciso demonstrar no processo um perigo concreto ou uma situação concreta de perigo a bens jurídicos individualizados (o que só é exigido no caso de perigo concreto determinado, tal como o previsto no art. 34 da LCP, no art. 132 do CP etc.). Basta demonstrar que a conduta praticada, tal como concretamente praticada, tinha aptidão efetiva e suficiente para pôr em risco (ou lesar) bens jurídicos individuais. A conduta assim praticada e comprovada dentro do devido processo legal acaba pondo em risco (ou, se se quiser, lesando, diminuindo, afetando) o bem jurídico indeterminado (ou comum, ou coletivo), que é a incolumidade pública no caso, e, ao mesmo tempo, revela-se, ainda que em tese, capaz de lesar bens jurídicos individuais. Destarte, somente quando a conduta demonstra aptidão real e suficiente para lesar bens jurídicos individuais é que afeta, lesa, turba ou quebra o bem jurídico coletivo ou universal ou comum, que nada mais é que a antecipação da tutela de bens jurídicos individuais. Sem essa concreta aptidão a conduta de dirigir veículo em via pública sem habilitação é um indiferente penal, isto é, entra no amplo conceito de perigo "normal" (que está presente em muitas atividades humanas atuais, tais como transporte de substâncias tóxicas, manipulação de energia nuclear etc.); por isso, só pode configurar, quando muito, mera infração administrativa. É imperioso, em suma, que a conduta ofenda, lese ou quebre o bem

jurídico institucional (ou universal, ou coletivo, ou indeterminado) — a incolumidade pública, na infração que estamos enfocando —, para ser reconhecida como apta para pôr em perigo bens individuais.

Cuidando-se especialmente da contra-venção de falta de habilitação para dirigir veículo em via pública, será infração penal a direção sem habilitação e sem habilidade (sem perícia) que revele patente turbação da segurança do tráfego. Dirigir um veículo em zigue-zague, por exemplo, em virtude de inabilidade, significa turbar, quebrar, diminuir ou ofender o nível médio da segurança viária. Essa conduta, de outro lado, ao mesmo tempo que diminui ou turba o bem jurídico indeterminado (segurança viária), revela, ainda que em tese, real capacidade de lesar bens jurídicos individuais (vida, integridade física, patrimônio etc.). Não é preciso, repita-se, que seja apresentado um sujeito passivo concreto dessa conduta. Basta comprovar que a conduta concreta objetivamente perigosa era potencialmente capaz de atingir qualquer pessoa ou coisa. Demonstrado isso está configurada a infração penal de perigo concreto indeterminado (que é o perigo com potencialidade lesiva real mas sem vítima concreta). Se o agente, dirigindo sem habilitação (e também sem habilidade, sem perícia) provoca, em via pública, um derrapamento, o tombamento, uma colisão (com poste, árvore, barranco etc.) ou se faz o veículo subir sobre a calçada etc., deve responder pela contra-venção penal do art. 32, pois nessa sua concreta conduta estão presentes tanto o desvalor do ato (dirigir sem habilitação) como o desvalor do resultado (condução inábil turbadora da segurança viária e com capacidade real, em tese, de lesar bens jurídicos individuais). Em todas as hipóteses mencionadas não se requer a existência de uma vítima concreta da conduta; existindo, a infração não é a do art. 32, senão a do art. 34; e se lesar efetivamente alguém,

já não estamos no âmbito das infrações de perigo, senão de dano (lesão culposa, homicídio culposo etc.). As condutas descritas, como se percebe, possuem real aptidão ou idoneidade para lesar bens jurídicos pessoais. Com isso podemos afirmar que concretamente turbaram, quebraram ou afetaram ou diminuíram o bem jurídico coletivo (incolumidade pública).

Se o agente, de outro lado, dirige veículo em via pública e não ocasiona nada de anormal, nada de significativo para diminuir a segurança viária, se nada pratica que venha turbar ou ofender ou quebrar essa segurança, sua conduta não pode mais que caracterizar um ilícito administrativo (só administrativo, com conseqüências puramente administrativas, e nada mais). Essa é a conclusão inafastável que extraímos do exame dos dois dispositivos legais que temos no nosso ordenamento jurídico sobre a falta de habilitação para dirigir veículo. Se na lei não existem palavras mortas, cabe ao hermenêuta procurar sempre uma interpretação que dê sentido à literalidade legal. De qualquer modo, sempre respeitando o texto constitucional.

Mas o que acaba de exposto, como vimos no princípio, não se compatibiliza com o pensamento jurisprudencial majoritário que se louva de uma presunção legal de perigo para afirmar que basta dirigir veículo em via pública e a conduta já é presumida por lei como ofensiva ao bem jurídico tutelado que é a incolumidade pública. Trata-se de uma presunção *iuris et de iure*. Por força de tal presunção não é preciso demonstrar no processo nenhuma potencialidade lesiva concreta da conduta para a configuração da infração penal. Essa potencialidade lesiva é presumida pela lei e é o *quantum satis*. Basta a comprovação da conduta (desvalor da conduta). Nenhum resultado é necessário.

A base dessa construção jurisprudencial conflita com o *ius positum* e é

causadora de turbulências quando a encaramos criticamente dentro do Direito Penal moderno, entendido como instrumento de tutela de bens jurídicos (é impossível pensar no Direito Penal atual sem a teoria do bem jurídico que é, conforme Muñoz Conde, lembrado por Hormazabal (p. 7), “o último apoio que lhe resta para a crítica do Direito Penal positivo”). Nos termos do art. 13 do CP não existe crime sem resultado. Este dispositivo é aplicável às contravenções, consoante o disposto no art. 1.º da LCP. O resultado, em Direito Penal, pode ser entendido em sentido naturalístico ou jurídico (normativo) (v. Damásio de Jesus, II, pp. 232 e ss.). Do ponto de vista naturalístico pode haver crime sem resultado (como os formais ou de mera conduta). Já do ponto de vista jurídico (normativo) não existe crime sem resultado, que é a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado. Conforme a lição de Hungria/Fragoso (p. 8), “todo crime produz um dano (real, efetivo) ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta à existência ou à segurança do bem ou interesse que a lei protege com a *ultima ratio* da sanção penal”.

Da exposição de motivos redigida a propósito do Código Penal de 1940 já constava, aliás, “que o projeto acolhe o conceito de que não há crime sem resultado. Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano...”.

Formalmente, como se percebe, nosso direito positivo exige a demonstração de uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico para a existência de um crime. Sem esse resultado não há crime. Mas essa declaração enfática pode ser puramente formal (positivista, normativista, acrítica, legalista, asséptica, neutral) se no momento da configuração dogmática do injusto penal prescinde-se da demonstração efetiva dessa lesão ou desse perigo (que é o desvalor do resultado). De nada

adianta fazer um discurso liberal (“garantista”) no sentido de que não há crime sem resultado (normativo, jurídico), se depois acolhe-se a presunção de perigo dada pela lei sem nenhuma contestação. De nada adianta afirmar-se que o que vale é o conceito de antijuridicidade (ilicitude) material (não o formal), se depois nenhuma irresignação é apresentada contra a presunção de perigo imposta pelo legislador.

O injusto penal, em seu sentido moderno, consoante a doutrina de Bustos Ramírez (pp. 182 e ss.), não se satisfaz tão-somente com o desvalor do ato (da conduta). “Toda teoria estritamente normativa, que formalize (assim Binding) ou mediatize o bem jurídico (assim Welzel) considera conseqüentemente somente o desvalor do ato como o fundamental, o que é o mesmo que considerar somente o dever do cidadão; somente vê o aspecto ético do ato; no fundo, o bem jurídico não joga nenhum papel e se segue com a antiga teoria de que o delito infringe um direito (dever) subjetivo. Falta ao conceito de injusto penal (tipicidade e ilicitude) um conteúdo material, que só pode ser dado pelo bem jurídico. Desse modo, “atividade e turbação ou afetação real, desvalor do ato e desvalor do resultado são indispensáveis para configurar o injusto... o primeiro dá conteúdo à tipicidade, o segundo à antijuridicidade... o desvalor do resultado tem, também, tal como o desvalor do ato, uma função garantidora... não devem entrar em consideração turbações ou lesões ideais ou presumidas de bens jurídicos, senão somente as efetivas... há de reger, desse modo, o princípio *nullum crimen sine injuria*, isto é, não há delito sem uma determinada lesividade ou afetação do bem jurídico... desse modo, deve ser excluído do Direito Penal todo tipo de presunção, não sendo possível nenhuma condenação com base em mera suspeita, em perigo abstrato, em mera desobediência”.

A doutrina moderna, em geral, inclusive consoante a advertência do Min. Cernicchiaro, vem se posicionando contra a existência de infrações de perigo abstrato (presumido) porque conflitam, inevitavelmente, com o princípio do *nullum crimen sine iniuria*. Em um Direito Penal garantidor, voltado para a proteção de bens jurídicos, só existe espaço para o perigo concreto (demonstrado, real, efetivo) (cf. Bustos Ramírez, p. 192). O perigo, em outras palavras, para caracterizar a infração, penal, precisa ser demonstrado no processo; não pode ser presumido pelo legislador. Sendo presumido pelo legislador desobriga o acusador de comprovar ao menos a potencialidade lesiva da conduta (a *iniuria*). Mas isso significa sancionar só o desvalor do ato, sem consideração nenhuma com o desvalor do resultado, o que é lesivo à Constituição, como veremos em seguida.

O princípio da ofensividade (ou lesividade ou do *nullum crimen sine iniuria*), tal como ensina a doutrina (v. Mantovani, p. 206), encontra apoio constitucional quando e onde se constitucionalizou o princípio da legalidade do crime, entendido como ilícito típico. Conforme o art. 5.º, inc. XXXIX, da nossa Constituição Federal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A definição de crime deve ser dada pela lei. E nossa lei (Código Penal, art. 13) estabeleceu que não há crime sem resultado, que é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Entendido esse resultado em sentido material (consoante a doutrina do bem jurídico), é sempre necessária a comprovação da *iniuria* (da lesão ou potencialidade lesiva). A presunção legal dessa lesão ou do perigo de lesão, nesse diapasão, viola o princípio da legalidade e, em consequência, a Constituição, que elevou tal princípio à categoria de norma constitucional. A *iniuria* (lesão ou perigo de lesão), em síntese, sempre tem que ser demonstrada, nunca pode ser presumida.

Sem sua concreta e efetiva demonstração não há crime ou contravenção, não há injusto penal. Pode a conduta inócua (do ponto de vista do bem jurídico tutelado pela norma penal) configurar infração administrativa, jamais o injusto penal. Pode a direção sem habilitação absolutamente normal, inócua (no sentido de que não foi, de modo algum, capaz ou idônea para colocar em perigo qualquer bem jurídico), configurar infração administrativa, jamais injusto penal. No âmbito do Direito Administrativo (chamado de pré-tutelar), concebe-se a tutela antecipada do bem jurídico, sem se questionar o *nullum crimen sine iniuria* (até porque as sanções previstas não chegam a atingir os principais direitos fundamentais da pessoa). Já no âmbito penal é absolutamente inconstitucional qualquer tentativa de aplicação de um direito puramente preventivo (punição pelo modo de vida, por razões moralistas ou ideológicas, pelo modo de pensar etc). Tudo isso provoca, indubitavelmente, um dilema (ao legislador, principalmente), qual seja: se se deseja um direito puramente preventivo, não serve o Direito Penal, que funda suas raízes no liberalismo (político) de Beccaria e tantos outros; se se opta pelo Direito Penal, não bastam normas meramente preventivas, que prescindem da efetiva lesão a um bem jurídico. O Direito Administrativo contenta-se com a possibilidade dessa lesão; já o Direito Penal só se justifica com, ao menos, a probabilidade dessa mesma ofensa, a ser demonstrada em cada caso concreto.

Há, ademais, outro fundamento constitucional que ampara o princípio da lesividade (ou ofensividade) e que consiste no seguinte: sob a vigência de uma Constituição personalista, que tem como fundamento básico a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, inc. III), todo direito constitucionalmente garantido não pode sofrer nenhuma limitação senão para a tutela de outro interesse; principalmente

o direito supremo de liberdade individual (previsto no art. 5.º da CF), não pode suportar ameaça ou sacrifício senão o imposto pela exigência de se tutelar outro interesse concreto (assim, Mantovani, p. 206). O direito de liberdade, o patrimônio, a vida etc. da pessoa humana, só pode sofrer restrição (principalmente imposta pela lei) diante da necessidade de tutela de outro concreto bem jurídico. É preciso, desse modo, a existência concreta (não presumida) desse “outro bem jurídico” e, ademais, ainda é necessário que haja efetiva lesão ou perigo de lesão, para justificar a intervenção estatal no âmbito de liberdade do ser humano. Permitir que haja intervenção estatal na esfera de liberdade da pessoa com uma mera presunção *legal* de perigo, isto é, sem a efetiva demonstração de perigo concreto para algum bem jurídico ou de uma situação concreta de perigo capaz, em tese, de lesar algum bem jurídico significa inverter autoritariamente a ordem jurídica e fazer “*tabula rasa*” ao espírito e à letra da Magna Carta, que tem na dignidade da pessoa humana um dos seus pilares básicos.

Poder-se-ia argumentar que a contra-venção de falta de habilitação é punida tão-somente com multa e, por isso, não estaria em jogo a liberdade individual do autor do fato. Para além da constatação óbvia de que o patrimônio (comprometido com a multa) é também tutelado constitucionalmente entre nós (art. 5.º), não podemos nos esquecer que a multa penal pode ser convertida em prisão (detenção). Logo, não deixa de ser uma ameaça, ainda que remota, à liberdade individual. Por tudo isso, só se justifica a imposição da sanção penal na medida em que sirva para tutelar concreta e efetivamente algum bem jurídico socialmente significativo. E a lesão ou perigo de lesão a esse bem jurídico (a *iniuria*) deve ser concretamente demonstrado, concretamente comprovado, é dizer, não pode ser presumido pela lei.

Por força do princípio da proporcionalidade, de outra parte, só é justo que o soberano *ius libertatis* sofra limitação quando há ofensa ou perigo de ofensa a um bem jurídico de fundamental relevância. A efetiva e concreta demonstração de que a direção sem habilitação, tal como realizada (desvalor da conduta), era capaz e idônea para lesar bens jurídicos individuais (desvalor do resultado), em virtude do grau de afetação do bem jurídico exigido pelo *nullum crimen sine iniuria* (perigo indeterminado), jamais pode justificar a deletéria, desumana e nefasta pena de prisão, só destinada, conforme o senso comum, a casos graves que provoquem verdadeira turbacão de bens jurídicos pessoal e socialmente muito relevantes. Fora a hipótese de conversão da pena de multa aplicada em prisão, de modo algum justifica-se tamanha intervenção estatal na liberdade humana. Em recente decisão um Magistrado aplicou a pena de “prisão” (internação) de cinco dias a um menor porque ele fora surpreendido dirigindo sem habilitação (v. *O Estado de S. Paulo*, de 17.6.94, p. C3). Ao maior surpreendido em idêntica situação a lei não autoriza tal consequência jurídica. O menor, enquanto tal, sob pena de violenta quebra do princípio da igualdade, não pode ser tratado de modo diferente em termos de direitos e garantias fundamentais. Se o legislador, em abstrato, fazendo uso da sua sensibilidade (*prudentia legislatoris*), previu para tal conduta, para o maior, a consequência da multa, em razão dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, ao menor, a não ser que se queira estrangular a *prudentia iuris*, não pode ser reservada consequência mais dura, principalmente a “prisão”, que é reconhecidamente criminógena e favorecedora da reincidência, como reconhecido pela Criminologia Moderna (v. García-Pablos de Molina, p. 90). Para que haja “uma posição firme do Judiciário” ou “respeitabilidade ao Judiciário” não é preciso (nem é jurídica-

mente possível, cremos) passar por sobre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Pode-se conseguir essa “posição firme” e essa “respeitabilidade” sem a mais mínima ofensa a princípios tão caros ao ser humano, como são os que acabam de ser enunciados.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência (ou do estado de inocência ou da não-culpabilidade) está previsto na Constituição Federal, no art. 5.º, inc. LVII, *verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Cuida-se de princípio muito conhecido no âmbito internacional, como sabemos. Inúmeros diplomas jurídicos abrigam-no. Já o art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dizia: *Tout homme étant présumé innocent...* A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10.12.48, em seu art. 11.1 dispõe: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), bem como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU), art. 14.2.

O art. 5.º, inc. LVII, da CF, prevendo pela primeira vez entre nós o princípio da presunção de inocência, em virtude de uma redação não muito feliz, permitiu certa tergiversação interpretativa. Agora, no entanto, como bem destacou Magalhães Gomes Filho (p. 30), por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF, tornou-se indiscutível no nosso

ordenamento jurídico a presunção de inocência “desde que o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana. O Governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial de 9.11.92, p. 15.562 e ss.”. Referido “Pacto de San Jose”, publicado também na *Revista Brasileira de Ciência Criminal* (do IBCCrim, n. 1, jan./mar. 1993, pp. 253 e ss.), em seu art. 8.º, num. 1, consagra o citado princípio, *verbis*: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O princípio da presunção de inocência, ninguém nega, tanto é relevante no âmbito processual como no âmbito do Direito Penal. No que concerne ao primeiro vale destacar duas regras fundamentais que naturalmente emergem da presunção de inocência. São elas: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento, Magalhães Gomes Filho (pp. 31 e ss.) elencou, como emanções da primeira, (a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); (b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não as desculpas do acusado; (c) tal comprovação deve ser feita legalmente (consoante o devido processo legal) e (d) a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí seu direito de silêncio); como regra de tratamento a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de manter-se o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas

quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar etc.

No processo penal, assim, como vimos, a presunção de inocência joga duplo papel. Cobo Del Rosal e Vives Anton (pp. 78 e 79), dissertando sobre o tema explicam: "Como regra de juízo a presunção de inocência exige que toda condenação tenha por fundamento provas incriminatórias e que as dúvidas sejam resolvidas em favor do réu (*in dubio pro reo*)... como regra de tratamento a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva, sejam utilizadas "como castigos", isto é, que mais além de sua finalidade de asseguramento do escopo processual, sejam utilizadas para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena".

Segundo a jurisprudência espanhola, enfocada com acuidade por Jaén Vallejo (pp. 23 e ss.), o conteúdo do direito fundamental da presunção de inocência comporta uma dupla exigência: (a) de uma parte, que ninguém pode ser considerado culpado até que assim estabeleça uma sentença condenatória; b) de outra, que as consequências da incerteza sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado beneficiam este, impondo uma carga material da prova às partes acusadoras. O Tribunal Constitucional espanhol, por seu turno, na sua "sentença" 31/81, proclamou os cinco pressupostos necessários para afastar a presunção de inocência: a) uma mínima atividade probatória; b) produzida com as garantias processuais; c) que a prova seja incriminatória; d) que da prova se possa deduzir a culpabilidade do acusado; e) que a prova seja produzida em juízo (imediatidade e oralidade). Da doutrina do Tribunal Constitucional citado podemos extrair

algumas conclusões: as partes acusadoras são as obrigadas a alcançar o convencimento do juiz sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado; a presunção de inocência é uma presunção *iuris tantum*, isto é, pode ser afastada por prova em sentido contrário (da culpabilidade do acusado); a prova, no entanto, deve ser suficiente para convencer o juiz, militando em favor do acusado o *in dubio pro reo*.

No âmbito do Direito Penal material, afirmam Cobo Del Rosal/Vives Anton (p. 78), além de projetar sua eficácia para a interpretação das leis penais (em igualdade de condições, deve-se preferir o sentido mais favorável ao acusado), "a presunção de inocência representa um limite frente ao legislador. Em virtude desse limite, e dada a natureza constitucional do mesmo, serão nulos os preceitos penais que estabeleçam uma responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade".

A lei, em suma, não pode presumir fatos ou a culpabilidade. Não pode presumir, em consequência, o perigo, como algo inerente à conduta. A presunção legal de perigo, como sabemos, desobriga o acusador de demonstrar o perigo concretamente. É exatamente isso que conflita flagrantemente com a presunção de inocência, pois esta impõe o dever ao acusador de "comprovar legalmente a culpabilidade" (v. o art. 8, n. 1, do citado "Pacto de San Jose"). Comprovar legalmente a culpabilidade significa demonstrar dentro do processo a existência de um fato lesivo ou perigoso para algum bem jurídico e, ao mesmo tempo, que ele é atribuível ao seu agente. É preciso demonstrar, não basta invocar a presunção legal, até porque a presunção de inocência tem hierarquia constitucional. Qualquer presunção de hierarquia inferior é absolutamente inconstitucional. No conflito entre duas presunções, é patente que vale a superior, dentro da visão kelseniana.

Da forma como vem sendo interpretado o atual art. 32 da LCP, o condutor do veículo vem sendo considerado culpado em uma parte pelo que ele concretamente fez (conduzir veículo) e, em outra, pelo que o legislador presume. Em termos de um Direito Penal da culpa, que é personalista, garantidor, ninguém pode ser culpado pelo que não fez (v. L. Flávio Gomes, pp. 110 e ss.); logo, ninguém pode ser culpado por aquilo que o legislador presume. Como se sabe, enfatizou Damásio de Jesus — III (p. 86), “nos delito de perigo abstrato este não precisa ser comprovado, sendo suficiente a realização da conduta. A situação de perigo é presumida pelo legislador, não permitindo prova contrária. Isso não está de acordo com o moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade. No Brasil, a reforma penal de 1984 consagrou a culpabilidade como base da responsabilidade penal, princípio incompatível com presunções legais. Além disso, a Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio do estado de inocência, que também não se harmoniza com a presunção legal da abstração do perigo (Zaffaroni, Muñoz Conde)”.

O injusto penal da falta de habilitação para dirigir veículo, tal como até agora entendido, é composto de duas partes: uma é integrada pela conduta do agente (dirigir), outra é dada pelo legislador, por uma presunção. É evidente que essa presunção legal integradora do fato conflita irretorquivelmente com a presunção de inocência, na medida em que desobriga o acusador de comprovar o perigo. Se a “culpa” deve ser comprovada legalmente (dentro do processo), *ex vi* de mandamento constitucional, é óbvio que o legislador infra-constitucional não pode dá-la por presumida; se a “culpa” (culpabilidade) deve ser demonstrada no processo, é óbvio que o acusador não pode reputá-la “demonstrada” em uma presunção legal. A culpabilidade ou é comprovada irreversivelmente dentro do

processo e então será possível a responsabilidade penal do culpado ou, de outra parte, não é comprovada satisfatoriamente e então torna-se impositiva a resolução absolutória, favorecendo ao acusado o *in dubio pro reo*, que é o complemento processual da presunção de inocência no âmbito probatório. Jamais, no entanto, por ser presumido por lei.

Em síntese, a presunção legal de perigo (*iuris et de iure*) é absolutamente institucional. Em cada caso concreto cabe à acusação demonstrar o fato (lesivo ou perigoso) e sua atribuição culpável ao agente do fato. Com isso chegamos à conclusão, tal como o Min. Cernicchiaro no acórdão acima lembrado, de que a contravenção do art. 32 é de perigo concreto, porque onde vigora o princípio da presunção de inocência, não pode existir infração de perigo abstrato ou presumido. Impõe-se no entanto uma advertência: é de perigo concreto indeterminado. Isso significa, como já enfatizamos, que cabe ao acusador demonstrar tão-somente que a conduta, tal como concretamente realizada, reunia condições (aptidão, idoneidade) para lesar bens jurídicos de indeterminadas pessoas. Não é o caso, portanto, de apresentar vítima concreta (tal como exige o art. 34 da LCP).

A isso a doutrina alemã chama de perigo abstrato/concreto (v. Arenas Rodríguez, p. 166); nós preferimos a locução perigo concreto indeterminado. Consoante a doutrina alemã, o perigo seria abstrato no sentido de que não exige a apresentação de uma vítima concreta do perigo; seria ao mesmo tempo concreto no sentido de que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual (vida, integridade física, patrimônio etc). Neste sentido o art. 32 seria uma contravenção de *lesão* ao bem jurídico superior (primário, imediato, universal, coletivo, comum), que é a incolumidade pública (segurança viária), e de perigo para os

bens jurídicos protegidos secundariamente (mediatos, individuais, singulares), que são a vida, o patrimônio, etc. (v. conclusão semelhante no que diz respeito aos crimes contra as relações de consumo, Damásio de Jesus, III, pp. 86 e ss.)

Enfocada a contravenção do art. 32 da LCP como de “perigo concreto indeterminado” (perigo que deve ser demonstrado em cada caso, não bastando só comprovar a conduta de dirigir veículo em via pública, sendo imprescindível também a comprovação de que o agente agiu sem habilidade — com imperícia — e, dessa forma, com sua conduta concreta, turbou a segurança viária e, ao mesmo tempo, essa sua conduta reunia aptidão, em tese, para lesar bens jurídicos individuais), torna-se impossível seu concurso com qualquer crime de dano (onde há lesão efetiva a um bem jurídico individual). A questão é muito controvertida entre nós, conforme anotou Damásio de Jesus, (p. 109). Mas a corrente que deve prosperar é a que não reconhece concurso entre o crime culposo e a contravenção de falta de habilitação. Em primeiro lugar porque a punição do perigo já representa uma pré-proteção aos bens jurídicos tutelados pelos crimes de dano; quando se dá o evento maior (o dano), o menor (perigo) fica absorvido; havendo dano, a situação fática do perigo desaparece. Em segundo lugar, encarada a contravenção do art. 32 como infração derivada de imperícia, temos o seguinte: se o crime de dano (lesão ou homicídio culposo) derivou de imperícia do condutor não habilitado, esta (a imperícia) não pode ser valorada duas vezes (uma vez para configurar a contravenção e outra para caracterizar o delito culposo; em Direito penal nenhuma situação fática pode ser valorada duas vezes, principalmente quando em prejuízo do infrator); se, de outro lado, derivou de negligência ou imprudência, não se configura de modo algum a contravenção do art. 32 (que exige imperícia).

CONCLUSÃO

Considerando que o moderno Direito Penal, entendido como *ultima ratio* do sistema jurídico, só se justifica para a proteção de bens jurídicos socialmente significativos e desde que haja efetiva lesão ou efetivo perigo de lesão (*nullum crimen sine iniuria*); considerando que a presunção legal de perigo viola o Direito Penal da culpa e conflita radicalmente com a presunção constitucional de inocência, impõe-se, segundo nosso ponto de vista, que os juízes e tribunais, particularmente depois do acórdão da 6.^a T. do STJ (acima identificado) relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, repensem a clássica jurisprudência no sentido de que a contravenção do art. 32 é de perigo abstrato ou presumido, não necessitando de nenhuma comprovação dentro do devido processo legal. Condenar alguém com base em perigo presumido é absolutamente inconstitucional. Urge distinguir e dar sentido lógico e material para cada uma das disposições legais que cuidam da falta de habilitação: uma coisa é a contravenção do art. 32 da LCP (que requer um *plus* consistente na aptidão para lesar bens jurídicos — uma *iniuria*) e outra bem distinta é o ilícito administrativo previsto no art. 89, I, do CNT. Ambas as disposições, como estão em vigor, devem ter seu correspondente âmbito típico de incidência e aplicação. A tarefa do intérprete é descobrir o conteúdo ontológico de cada um e é o que procuramos fazer neste trabalho.

Bibliografia

- ARENAS RODRIGÁÑEZ, M. Paz. *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Edersa, Madri, 1992.
- BATISTA, Nilo. “Contravenções penais”, em *Revista de Direito Penal*, v. 29, Forense, Rio, 1981, pp. 73 ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal-PG*, Ariel, Barcelona, 1984.

- COBO DEL ROSAL, M. e VIVES ANTON, T.S. *Derecho penal — Parte general*, Tirant lo blanch, 3.^a ed., Valencia, 1990.
- FREITAS, Gilberto Passos de. "Contravenções Penais", in *RT*, 586, pp. 268 e ss.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminologia*, trad. de Luiz Flávio Gomes, RT, SP, 1992.
- GOMES, L. Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, RT, SP, 1992.
- HORMAZABAL MALAREE, Herman, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, PPU, Barcelona, 1991.
- HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, Forense, Rio, 1983.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madri, 1987.
- JESUS, Damásio E. de. *Lei das contravenções penais anotada*, Saraiva, SP, 1993.
- . II. *Direito Penal — PG —*, Saraiva, SP, 4.^a ed., 1979.
- . III. "Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 4, RT, SP, pp. 81 e ss.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*, trad. de Luis Jimenez de Asua, t. II, Reus S.A., Madri, s/d.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. "O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)", in *Revista do Advogado*, AASP, n. 42, abr./94, pp. 30 e ss.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Cedam, 3.^a ed., Padova, 1992.
- MARREY NETO, José Adriano. "Delitos de Trânsito", in *RT* 679, pp. 308 e ss.
- MEDICI, Sérgio de Oliveira. *Contravenções penais*, Jalovi, Bauru, 1978.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Contravenções penais*, RT, SP, 2.^a ed., 1978.
- PINHEIRO, Geraldo de F.L./RIBEIRO, Dorival. *Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito*, Saraiva, SP, 2.^a ed., 1983.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Contravenções penais*, Brasilivros, SP, 1980.
- SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*, Leud, SP, 1987.

CÓDIGO PENAL — CONCURSO DE PESSOAS. CRIME CONTINUADO. PENAS — APLICAÇÃO E EXECUÇÃO*

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

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

A reforma da Parte Geral do Código Penal está completando dez anos.

O tempo foi suficiente para a crítica. Aplicada diariamente, não restou no plano só normativo. Ao contrário, testada também na experiência jurídica.

Hoje, justifica-se prestação de contas a fim de concluir se o trabalho foi compensado.

Tenho ouvido ser texto ideal para a Suíça, mas inadequado para o Brasil. Seria, além disso, extremamente liberal, chegando mesmo a constituir fator de estímulo à criminalidade.

Essas afirmações evidenciam, tais críticas emanam de pessoas pouco afeitas à teleologia do Direito e descuram a análise do fenômeno da delinquência.

Toda norma jurídica encerra sentido programático e sentido pragmático. O Direito é ser/dever-ser. Contém ideologia, inspirada na realidade social.

Evidente, como programa, busca manter, ou alterar o ser.

Durante a vigência da lei, haverá, pelo menos, parcial divergência entre o programático e o pragmático.

A norma somente se mostra eficaz enquanto, no campo da experiência, ocorrerem situações ajustáveis ou discordantes do preceito.

As Constituições costumam proclamar o princípio da igualdade jurídica. Ocorre, entretanto, em todos os países, tratamentos diferentes entre pessoas. A isonomia foi conquistada no plano normativo. No

plano da experiência, no entanto, a desigualdade predomina.

Essa realidade pode ser ilustrada com inúmeros princípios jurídicos.

Exatamente porque o pragmático não projeta inteiramente o programático, torna-se imperioso ainda o registro do princípio da igualdade nas Constituições.

No dia em que a solidariedade humana for a regra, os homens se respeitarem mutuamente, o princípio da isonomia será meramente declaratório, recomendada a supressão.

O Código Penal encerra as sanções jurídicas mais graves. O Estado, insatisfeito com a realidade, arma o esquema normativo para enfrentá-la.

Concomitantemente, à proteção de vários bens jurídicos, repetem-se condutas que afrontam o preceito das normas. Não obstante proclamar o direito à vida, os homicídios se repetem; apesar da proteção ao patrimônio, multiplicam-se furtos, roubos, estelionatos, extorsões mediante seqüestro. A moralidade administrativa, de outro lado, é contrastada pelo peculato, corrupção passiva e outras infrações.

A função do Código Penal, nesse contexto, não é eliminar a criminalidade; o delito não é fenômeno apenas jurídico. Em sua etiologia, encontram-se causas de outras espécies.

* Conferência proferida na Associação dos Advogados de São Paulo, no curso "10 Anos da Reforma Penal", em 5.4.94.

O Código Penal encerra a missão de resposta civilizada à delinquência.

A resposta calculada, ou emocional é dada pela própria sociedade, de que o linchamento, a morte clandestina, os justiceiros são exemplos que acontecem dia a dia.

Historicamente, vivemos o chamado período da vingança pública. Todavia, diariamente, fazem-se presentes lembranças do período da vingança privada ou mesmo do talião.

Em sendo assim, no plano crítico, não se colocam, porque impertinentes, perguntas como estas: o Código Penal diminuiu a criminalidade? Impediu que outros crimes acontecessem? O Estado tem condições para tornar realidade o esquema normativo?

Dessa forma, o parâmetro para a resposta não é a Suíça, nem o número de presos do sistema penitenciário.

A Constituição da República, ajustando-se às conquistas histórico-culturais, traça linhas mestras do Direito Penal.

A legislação ordinária, então, a ela se vincula, em decorrência da chamada hierarquia das normas jurídicas.

É certo, outrossim, a lei gera efeitos na sociedade, podendo contribuir para a aproximação do programático ao pragmático.

A lei, já se disse, deve gozar de um mínimo de eficácia, no sentido de absorção pela comunidade.

Geralmente, acredita-se, a lei, uma vez bem elaborada e bem aplicada, impede a incidência ou reincidência da infração penal. Com freqüência, ouvem-se manifestações, nesse sentido, nos meios de comunicação social. Postula-se a pena de morte, reclama-se a prisão perpétua, exige-se o endurecimento da legislação.

Se a criminalidade desaparecesse apenas com a lei, certamente não existiria. Entre nós e no mundo, visto o fenômeno manifestar-se em todos os países, independentemente da orientação política, econômica ou religiosa.

O Código Penal (Parte Geral) projetou as conquistas históricas e científicas da época. Harmoniza-se com as recomendações da Organização das Nações Unidas, da Comunidade Européia, especialmente no tocante à preservação dos Direitos Humanos.

Basta esse registro para evidenciar descompasso entre o programático e o pragmático. O sistema penitenciário, para ilustrar, pouco traduz a organização e a finalidade do Código Penal.

Nestes dez anos, o texto projetou as recomendações do mundo civilizado.

Vejam-se, embora ligeiramente, alguns institutos.

a) O Direito Penal brasileiro assenta-se no princípio da culpabilidade (sentido moderno do termo). Decorrencia da intransigente defesa do princípio da responsabilidade subjetiva.

Com isso, a conduta ganha posição proeminente na economia do crime. O delito passa a ser resposta ao comportamento do agente, desde que haja atuado em circunstâncias bastantes para atrair a reprovabilidade pessoal.

Hoje, acredito, foram banidas todas as hipóteses da responsabilidade objetiva. Interpretação lógico-sistemática não consente admiti-la sequer nos casos do art. 28, ou seja, quanto à emoção e paixão e a embriaguez, voluntária ou culposa.

Imputabilidade não se confunde com a responsabilidade subjetiva. Institutos diversos. Devem ser considerados, na respectiva categoria, no sentido lógico do termo.

A presunção de imputabilidade penal (melhor seria não adotá-la). Fato não se presume (existe ou não existe) é lembrança do Código Rocco, intransigente com o embriagado.

Cumprido (salvo impugnação de constitucionalidade) considerá-la restritamente.

O delito não prescinde do dolo, ou da culpa.

Aliás, o art. 19 — agravação pelo resultado — dispõe que, pelo resultado

que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

Com isso, tomou-se expressa posição quanto aos crimes qualificados pelo resultado.

Ora, se, para majorar a pena, é indispensável o vínculo subjetivo entre a conduta e o evento, seria racional desprezá-lo no tocante aos elementos essenciais do delito?

b) Reelaborou-se o sistema de penas. Introduziram-se sanções alternativas, conferindo amplo leque ao magistrado, no caso *sub judice*, estabelecer o tratamento mais adequado.

c) O sistema da execução das penas privativas do exercício do direito de liberdade superou o esquema anterior, quando o condenado se reduzia a mero sujeito passivo, aguardando o passar do tempo. Muitas vezes, até por malícia, ajustava-se, formalmente, ao regime penitenciário, para ser beneficiado por um dos institutos de incidente da execução.

Agora, é diferente. Vigora o sistema progressivo, com eventual regressão.

Busca-se concretizar a individualização da pena. Com isso, a execução penal torna-se dinâmica. Enseja resgatar prazo mínimo de encarceramento, desde que satisfeitas outras condições objetivas e subjetivas.

Passo, agora, ao primeiro item do tema:

Concurso de Pessoas

O texto vigente amenizou o critério unitário da redação inicial. Fê-lo de maneira a impedir a responsabilidade objetiva e o que é muito importante, afastar a responsabilidade por fato de outrem.

O Direito Penal moderno não transige com a responsabilidade subjetiva.

O art. 29 está sendo interpretado corretamente, inclusive com a inovadora cláusula final — na medida de sua culpabilidade.

Nesses termos, o agente responde pela sua conduta. E não, como antes, porque participara do *iter criminis* de outrem.

Não mais é possível condenar uma pessoa por roubo, apesar de desejar o crime de furto.

Aliás, o § 2.º, além da declaração, na primeira parte, consagra justiça material, no restante, “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

A nova redação, sem dúvida, é, indiscutivelmente, melhor que a anterior. O instituto, no modelo atual, ajusta-se, perfeitamente, ao Direito Penal da culpa.

Alberto Silva Franco lança sua sempre abalizada crítica: “Antes do exame de cada um dos três conceitos, é necessário enfatizar que o legislador, revelando um apuro técnico maior que o de 40, denominou o título, que trata da matéria, de “concurso de pessoas”. Este *nomen iuris* pôs termo à equivocidade que ensejava a denominação ao texto legal anterior (art. 25, da PG/40): co-autoria” (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, S. Paulo, RT, 1993, 4.ª ed., p. 193).

A nova redação, a par dos elogios de Heleno Cláudio Fragoso, Manoel Pedro Pimentel e Costa Jr., foi bem compreendida pela jurisprudência. Enseja, sem dúvida, possibilidade maior para projetar a conduta de cada um e, assim, promover o adequado tratamento normativo.

Insista-se: o grande mérito da atual redação do art. 29 foi deixar claro, evidente que, mesmo no caso de concurso de agentes, vigora o princípio da responsabilidade subjetiva, individual. Ninguém pode responder por crime de outrem.

As penas: aplicação e execução

A aplicação e a execução da pena são institutos polêmicos do Direito Penal.

A aplicação convida, de início, a algumas considerações sobre as penas restritivas de direitos, substitutivas das penas privativas de liberdade.

Neste capítulo, sem dúvida há inadequação entre o programático e o pragmático.

A cultura brasileira raciocina com o binômio crime/cadeia.

A violência crescente, em particular nos grandes centros urbanos, a divulgação maciça dos delitos pela imprensa tem gerado clima de insegurança. A reação emocional clama, pelo menos, pela segregação temporária do delinquente, quando não sugere a pena de morte e a prisão perpétua.

A redação atual sugere, antes de tudo, mudança de mentalidade.

Em debate havido em Vitória, no Espírito Santo, após a palestra, um Juiz do interior do Estado, fria e objetivamente, afirmou: se eu aplicar o novo Código Penal, não terei tempo de desenvolver os outros processos.

Nota-se também, o magistrado e o membro do Ministério Público conferem atenção ao processo de conhecimento. Terminado, parece, dão por encerrada a obrigação. A execução é relegada a posição secundária. Muitas vezes, sequer iniciada.

A maioria das Comarcas, certamente, ainda não tem casa de albergado.

No tocante à aplicação da pena um ponto parece relevante. Farei algumas considerações a respeito do crime continuado.

O art. 71 reproduz o art. 51, § 2.º, da redação de 1940. Quase literalmente. Só alterou "impõe-se-lhe a pena" por "aplica-se-lhe a pena".

É certo, acrescentou parágrafo único. Inspirou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; sempre repeliu a continuação quando os crimes são praticados contra pessoas diferentes, afetando bens personalíssimos.

Ampliou, pois, o arco do crime continuado.

Apesar da redação, à primeira vista, interpretação literal dá impressão que o instituto permanece o mesmo com simples acréscimo do parágrafo.

Não é assim.

A doutrina e a jurisprudência não têm considerado, *data venia*, o contexto da nova redação, particularmente, deixado de levar em conta os princípios modernos do Direito Penal; indiscutivelmente, recepcionados pela Lei 7.209, de 11.6.84.

A cominação de penas obedece critérios. Avultam o aspecto axiológico e a igualdade jurídica.

O legislador tem amplo poder discricionário. Resta, porém, vinculado ao sistema.

Não pode, por exemplo, cominar pena mais severa a infração menos grave. Assim, seria incoerente definir sanção mais benéfica ao homicídio, relativamente, à lesão corporal. Impõe-se esquema lógico-sistemático.

Explica-se facilmente: comparadas as infrações penais, numa, o impacto ao bem jurídico foi mais intenso do que em outra; ademais, a reprovabilidade ao agente varia conforme as características do fato-delito.

O crime qualificado, necessariamente, reclama pena mais severa do que o crime privilegiado.

O contexto acentua a censurabilidade ao agente; a sanção, obrigatoriamente, será mais grave, comparada com o crime, cujo autor recebeu censura mitigada.

Em breve: crime mais grave (considerado o conjunto dos elementos) reclama pena mais severa.

Este princípio precisa ser considerado em interpretação de qualquer modalidade de infração penal.

Lógico, também quanto ao crime continuado.

O instituto surgiu, como se sabe, pelo trabalho pretoriano de Farinaccio e Bartolo, na Idade Média, para impedir a aplicação da pena de morte a autor reincidente de furto de pequeno valor.

Até hoje, o instituto ameniza o tratamento penal. O Código brasileiro trilha essa esteira. A aplicação da pena obedece o critério do cúmulo jurídico. Afasta-se o cálculo do cúmulo material.

Em se levando em conta a imprescindibilidade do balanceamento das sanções, a culpabilidade repercute na pena (cominada e aplicada), conclui-se que o crime continuado, posto no contexto normativo do Código Penal, projeta a conduta definida no art. 71, desde que revele significativa diminuição da censurabilidade.

O crime continuado não se confunde com a reiteração ou a habitualidade criminosa.

Enquanto o primeiro, pela estrutura, reduz a pena, as outras modalidades recrudescem o tratamento. Insista-se: a causa da redução é a culpabilidade menos intensa.

Só se pode, nesse contexto, entender a continuação, desde que a seqüência das ações, ou omissões diminuam a censura. Ao contrário, se as circunstâncias evidenciarem, por exemplo, propensão para o delito, raciocínio frio, calculista, reiteração que se projeta todas as vezes que o agente encontra ambiente favorável aos delitos, pouco importa a conexão objetiva. A reiteração que, se transforma em habitualidade, atrai, sem dúvida, maior culpabilidade.

Repita-se: maior culpabilidade, maior sanção; menor culpabilidade, pena menor.

Essa conclusão é a única coerente com o Direito Penal da culpa.

O Código Penal português define o crime continuado, no art. 30.º, *verbis*: “1 — O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente. 2 — Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que

fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.

O crime continuado precisa ser relido segundo a nova Parte Geral. A interpretação lógico-sistemática reclama ajustar o instituto aos princípios vigentes. Nesse item, *data venia*, parece, o Código ainda não foi consagrado. Precisa ser reexaminado.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou nesse sentido. A Eg. 6.ª T. decidiu:

“RESP — PENAL — EXECUÇÃO PENAL — CRIME CONTINUADO — PENA — UNIFICAÇÃO — HABITUALIDADE CRIMINOSA — O crime continuado é modalidade de concurso material. O Código Penal sufragou a teoria objetiva (art. 71). Levam-se em conta as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes para os crimes subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro. O instituto resultou do trabalho dos praxistas e glosadores que buscavam, conforme, mais tarde, passou a ser chamada “Política Criminal”, evitar a aplicação da pena de morte, na reiteração do crime de furto de pequeno valor. Os códigos, concomitantemente, disciplinam a habitualidade criminosa. A habitualidade é incompatível com a continuidade. A primeira recrudescer, a segunda ameniza o tratamento penal. Em outras palavras, a culpabilidade (no sentido de reproavabilidade) é mais intensa na habitualidade do que na continuidade. Em sendo assim, jurídico-penalmente, são situações distintas. Não podem, outrossim, conduzir ao mesmo tratamento. O crime continuado favorece o delinqüente. A habitualidade impõe reprovação maior, de que a pena é expressão, finalidade (C.P., art. 59 *in fine*) estabelecida segundo seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção

do crime. Na continuidade, há sucessão circunstancial de crimes. Na habitualidade, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente. Seria contraditório, instituto que recomenda pena menor ser aplicada à hipótese que reclama sanção mais severa. Conclusão coerente com interpretação sistemática das normas do Código Penal”.

Predomina nos Tribunais, no entanto, a jurisprudência firmada à época da redação originária.

Relativamente à aplicação e execução da pena concentrarei atenção no sistema progressivo especificamente ao contido no art. 33, § 2.º: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

Conjuguem-se com o estatuído no art. 112, Lei da Execução Penal (Lei 7.210, de 11.7.84): “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”.

A individualização da pena compreende, como última etapa, a execução penal.

Este pormenor é importante. Tem, ademais, gerado críticas, às vezes veementes, à nova Parte Geral.

Tenho ouvido, com frequência, pessoas insatisfeitas repetirem: hoje, não se cumpre mais a sentença condenatória. Pessoa condenada por homicídio, exemplificam, se esse crime for qualificado e o juiz aplicar a pena de 12 anos, o condenado ficará preso só dois anos; agora, se o delito não for qualificado, com 1 ano, estará na rua!

Mais uma vez, peço licença e esses críticos para afirmar, ainda que modestamente, que não apreenderam a reforma penal.

O art. 112, LEP, sem dúvida, explicita condições objetivas e subjetivas.

Interpretação conjugada do Código Penal e da Lei de Execuções Penais mostra que a condição objetiva (“tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior”) e a condição subjetiva (“seu mérito indicar a progressão”).

O mérito da conduta de delinqüente é ponderada, por imposição da individualização da pena, em três etapas. Em primeiro lugar, pelo legislador (por isso, comina sanções diferentes para o homicídio e a lesão corporal, à calúnia e à injúria); a seguir, pelo Juiz, no processo de conhecimento (o roteiro básico está no art. 59, CP); por último, no juízo da execução.

Repita-se, em todos esses momentos, o delinqüente é avaliado em função do crime praticado. A conexão agente/conduto é constante. Não pode ser esquecida, seccionada em momento algum.

Assim, a condição objetiva mescla-se com as condições subjetivas. Uma não pode ser pensada sem as outras.

Duas razões sustentam a conclusão:

Em primeiro lugar, pense-se no princípio da isonomia. Seria visivelmente afrontado, caso dois condenados, um por crime com requintes de selvageria, e outro por delito privilegiado, tivessem o mesmo tratamento, ou seja, após o resgate de um sexto da condenação, seriam beneficiados com a passagem para regime mais favorável.

Não se argumente que a pena do crime mais grave é sempre maior do que a aplicada ao delito privilegiado.

Em nível de princípios, não é a quantidade que conta. É o tratamento perante a norma jurídica. Aqui, evidencia-se a impropriedade de confrontar as situações apenas no aspecto de números.

Em segundo lugar, para os que gostam da redação da lei, demore-se a atenção no transcrito art. 112, LEP. Menciona expressamente: “... cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior...”.

“Ao menos um sexto” não é sinônimo de “um sexto”.

Se fosse bastante o dado cronológico, evidente, resgatado um sexto, surgiria o direito público, subjetivo, de haver a progressão. Não faria sentido o “ao menos”.

Nesse quadrante, só há uma interpretação coerente. A movimentação far-se-á a partir de um sexto da pena, no regime anterior. Por isso, a cláusula “ao menos um sexto da pena”.

Evidencia-se, o critério objetivo entrelaça-se ao critério subjetivo.

O critério subjetivo critica, no sentido filosófico, o condenado como delinquente, levando em conta, não só o comportamento, a partir do início da execução, mas a vida como condenado, envolvendo, sem dúvida, a infração penal cometida.

Em decorrência, para determinar o tempo mínimo impõe-se referência ao mérito do condenado.

Só assim, ter-se-á apreendido a substância do sistema progressivo. Caso contrário, a análise será restrita ao aspecto formal do instituto.

Também na progressão, reexamina-se o condenado, tal como se procedeu no processo de conhecimento, extraindo-se, ainda, juízo de probabilidade de conduta.

A jurisprudência, no particular, evidenciou sensibilidade.

O Des. Ricardo Andreucci, quando integrava o TACrimSP, conferindo, dir-se-ia, interpretação autêntica, pois integrou a comissão elaboradora da reforma, decidiu: “A progressividade, mediante avanço nos regimes, estes entendidos como modelos temporais de limitação, mais ou menos intensos, de liberdade, não se constitui em direito líquido e certo do condenado. Subordina-se, é manifesto, a parâmetros objetivos e subjetivos, mas estes não se reduzem a algo matematicamente exigível, já que dependem do mérito do apenado, apenas apreensível através de um juízo de valor a nível ético numa captação axiológica do agente”.

Ainda no TACrim, Sérgio Pitombo, também integrante da Comissão da Reforma: “Desponta, por igual, árduo para o condenado, cujos direitos se equilibram com os deveres do *status poenalis* (art. 38 a 43 da LEP). É bem por isso que se exige mérito, na progressão, o qual não surge, tão-só, do bom comportamento (art. 112, parágrafo único, da LEP)”.

No mesmo sentido, extraídos do mesmo repertório (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Alberto Silva Franco e outros, RT, S. Paulo, 1993, 4.^a ed.) acórdão estampados na RT 636/281 e RT 640/288.

Merece transcrição a ementa que segue: “Já o Colendo STF decidiu que a concessão do regime aberto “depende do mérito pessoal do condenado”(Cód. Penal Comentado, de Celso Delmanto, 1.^a ed., p. 63). E esse mérito não o tem, indiscutivelmente, o indivíduo condenado como traficante de entorpecente, como óbvio. Deverá, pois, o peticionário recolher-se à prisão e, mantendo boa conduta e, comprovando os demais requisitos exigidos, poderá pleitear evolução para regimes menos rigorosos, até mesmo para o aberto (TJSP — Rev. — Rel. Djalma Lofrano — RJTJSP 106/467)”.

Significativo, outrossim, o acórdão, no TACrim, hoje, ilustre Des. Celso Limongi, JUTACRIM 93/49: “Conquanto classificada como boa a atual conduta carcerária do sentenciado, não basta o lapso temporal de 1/6 de cumprimento da pena, para a promoção ao regime semi-aberto, diante da quantidade e gravidade dos delitos por ele praticados”.

Passo, por fim, ao último tópico da exposição, ou seja, início do cumprimento da condenação penal.

O tema invoca o dispositivo constitucional da presunção de inocência (art. 5.^o, LVII). Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não surge o *status* de condenado.

A jurisprudência, *data venia*, não tem seguido à risca esse mandamento da lei maior. Prefere aplicar princípios de Di-

reito Processual, ou seja, executa-se a sentença condenatória, se o recurso cabível não contiver efeito suspensivo.

Assim, tem-se mantido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora já se manifestem doutos votos dissidentes.

Com efeito, o título executório reclama decisão trânsita em julgado. Conclusão oposta gera flagrante contradição no Direito.

A execução provisória, no processo civil, reclama caução do exeqüente, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor. Apesar disso, não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro (CPC, art. 588, I e II).

Na execução penal, está em jogo a liberdade, bem mais valioso do que o

patrimônio. Este, no caso de reforma do julgado, será compensado por perdas e danos. A liberdade, no entanto, pode tornar-se irrecuperável.

A solução, buscando resguardar a eficácia do decreto condenatório, é outra. Está nas cautelas, especificamente, na prisão processual. Em havendo o *periculum in mora*, evidente, tomar-se-á a medida rigorosa.

Senhoras e Senhores. Este ciclo de palestra, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, no décimo ano de vigência da Parte Geral do Código Penal, reclama meditação. A mais importante, em meu modesto modo de ver, é promover interpretação lógico-sistemática do Direito Penal. Sem essa perspectiva, far-se-á exegese insuficiente até para compreender a Lei 7.209/84.

TEMAS DE DIREITO PENAL

1. NOSSO DIREITO POSITIVO E A TORTURA

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072, DE 25.7.90

MARCO AURÉLIO DE MELLO

Ministro do STF

1. NOSSO DIREITO POSITIVO E A TORTURA

O art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem o seguinte teor:

“Art. 233 — Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura.

Pena — reclusão de um a cinco anos.

§ 1.º — Se resultar lesão corporal grave:

Pena — reclusão de dois a oito anos.

§ 2.º — Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena — reclusão de quatro a doze anos.

§ 3.º — Se resultar morte:

Pena — reclusão de quinze a trinta anos”.

No Código Penal brasileiro encontramos a tortura não como um tipo autônomo, mas como qualificadora — inc. III do § 2.º do art. 121 — e agravante — alínea “d” do inc. II do art. 61. Relativamente às citadas figuras, possível é o recurso à interpretação analógica, variando o enfoque considerada a formação profissional e humanística do julgador. A tortura, sob os ângulos versados no Código Penal, não se afigu-

ra, em si, um tipo, ou seja, não possui quer previsão, quer, muito menos, definição como crime. A Constituição de 1988 emprestou a certos crimes tratamento especial. Pelo preceito do inc. XLIII do rol das garantias constitucionais, o crime de tortura, ao lado do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos, é tido como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Já a Lei 8.072/90 trouxe à balha a potencialização dos crimes citados, a revelá-los suficientes a desaguar em pena a ser cumprida, toda ela, no regime fechado. Acrescentou o afastamento do indulto e previu, mais, que a possibilidade de o agente recorrer em liberdade há de ser consignada, fundamentadamente, na sentença condenatória. Disciplinou a prisão temporária, elastecendo o prazo fixado na Lei 7.960, de 21.12.89, de cinco para trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Confira-se com o que se contém no art. 2.º da Lei. Verifica-se, assim, que se deu aos crimes mencionados tratamento dos mais severos. Tendo em vista as repercussões da prática criminosa e o texto da Constituição Federal e da Lei 8.072, Alberto Silva Franco, citado pelo ilustre Rel.

Min. Sydney Sanches, no voto proferido, ressaltou que: "A Constituição Federal inclui a prática da tortura entre os delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII, da CF) deixando, à evidência, para a lei ordinária, a definição de sua estrutura típica. A Lei 8.072/90 referiu-se, em seu art. 2.º à tortura, mas não se preocupou em defini-la, de maneira que, em sua relação, o novo texto legal não possui nenhuma possibilidade operacional: constitui um total vazio".

E assinalou, com a proficiência costumeira: "Não há equiparar a tortura, utilizada pelo agente como meio para a concretização de um determinado fato criminoso, com o delito autônomo de tortura. Deste modo, o homicídio praticado com emprego de tortura (art. 121, § 2.º, II, do CP), o abuso de autoridade que se traduza num atentado à incolumidade física do indivíduo (art. 3.º, *i*, da Lei 4.898/75), as lesões corporais provocadas por atos de tortura (art. 129 do CP) etc. não poderão ser incluídos na Lei 8.072. Como afirmou, com propriedade, Antônio Scarance Fernandes ("Considerações sobre a Lei 8.072, de 29 de julho de 1990 — Crimes Hediondos", RT 660/262, 1990): "se a Constituição impõe a criminalização da prática da tortura não se pode, de maneira ampliativa, pretender atuar o texto a outros fatos criminosos que, eventualmente, possam ser cometidos mediante tortura".

Analisando o Estatuto da Criança, mais precisamente o art. 233, submetido ao crivo da mesma Corte, sentenciou: "Bem por isso — agora em flagrante discordância com o autor antes citado — inadmissível o entendimento de que o art. 233 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) atenda, apenas por ser posterior à Constituição Federal, ao objetivo do texto constitucional. Não há na realidade na figura criminosa referida, descrição que comporte o *nomen iuris* de tortura. A conduta incriminada está con-

tida no verbo submeter, que quer dizer: tornar objeto de, subordinar, sujeitar-se. Criança e adolescente são os objetos diretos da ação referida pelo núcleo do tipo. A tortura constitui objeto indireto: aquilo a que a criança ou o adolescente é submetido. Mas, em verdade, o que é a tortura, no que ela consiste, o que está por detrás deste conceito, quais as ações ou, até mesmo, as omissões que lhe dão corpo e realidade, qual o dado de subjetividade que deve, necessariamente, fazer-se presente nessas ações ou omissões? O art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a esse respeito totalmente silente e admiti-lo como descrição adequada do delito de tortura, conforme exige o texto constitucional, constitui um verdadeiro absurdo. Tipos penais que se caracterizam pela indeterminação ou vacuidade de seus termos; que não permitem captar o que realmente é proibido ou ordenado; que não estabelecem fronteiras, possuindo uma enorme capacidade de expansão; que são dotados de cláusulas gerais; que necessitam de uma atividade de preenchimento de seus elementos de composição, por parte do Juiz ou do intérprete, lesionam, sem dúvida, o princípio constitucional da legalidade".

E cita Hansimer e Muñoz Conde (*Introducción a La Criminología y al Derecho Penal*, 1989, p. 118), segundo os quais "o direito penal está obrigado a dar toda informação que seja possível e com a maior publicidade, tanto sobre suas normas proibitivas ou imperativas, como sobre as sanções e o procedimento adequado para impô-las. A atuação do direito penal não pode nem surpreender nem enganar que foi por ela afetado, e tem de ser publicamente controlável, criticável e, em caso de erro, suscetível de correção. Estas metas só podem ser alcançadas na medida em que os pressupostos e modos de controle social jurídico-penal sejam seguros: este é o sentido que tem o princípio da legalidade visto do ponto de vista da formalização"

(in *Crimes Hediondos*, RT, 1992, 2.^a ed., pp. 51 e 52).

E realmente assim o é. Colho do magistério de Heleno Cláudio Fragoso que: “a interpretação não é atividade criadora, como alguns juristas supõem (Mezger), entendendo que através da interpretação existe uma formação de conceito que cria novos valores do material existente na lei e considerando também o aspecto emocional do processo mental em que se realiza a interpretação. Esta é apenas uma atividade cognoscitiva através da qual se indaga e se descobre a vontade da lei, aplicando-se um conjunto de regras e princípios. Tais regras e princípios não são normas jurídicas, de direito consuetudinário, como afirma Scialoja. Existem, evidentemente, verdadeiras normas jurídicas relativas à interpretação. Este é o caso do art. 5.^o da Lei de Introdução ao Código Civil, e é também o caso da chamada interpretação autêntica. Todavia, as normas ou regras de interpretação são apenas princípios de diversa índole, inclusive lógicos e sistemáticos, não tendo o caráter de verdadeiras normas jurídicas” (*Lições de Direito Penal — Parte Geral*, Forense, RJ, 1985, p. 81).

Assim sendo, a simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da norma penal, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico-constitucional impõe consequências das mais gravosas, como são o afastamento da graça, do indulto e da anistia, da fiança, o elatocimento da prisão temporária e o cumprimento da pena, na sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador. Como redigido o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reclama-se postura do magistrado que contraria a máxima gizada por Nélson Hungria em

Comentários ao Código Penal, Forense, RJ, 1958, 1/86, t. I, consoante a qual “a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário”. O juiz partirá para o campo da interpretação extensiva, definindo ele próprio o que se entende como crime de tortura e assumindo, com isso, a posição reservada ao legislador. Talvez mesmo diante desse fato é que são encontrados os mais diversos enfoques sobre o alcance do vocábulo. Cito, como exemplo, ementa de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, alusiva à Ap. 145.497-3/6, publicada em *ADCOAS* 142.952 e reproduzida na *Tribuna do Advogado* n. 299: “Crime. Tortura e maus tratos. Distinção. A tortura refere-se ao flagelo, ao martírio, à maldade, praticados por puro sadismo imotivado, ou na expectativa de extorquir notícia, confissão ou informação qualquer, sem se ligar a um sentimento de castigo, de reprimenda, por ato que se reputa errôneo, impensado ou mal-educado, ao passo que o delito de maus tratos, diferentemente, diz respeito ao propósito de punir, de castigar para censurar ou emendar”.

A alusão aos substantivos “flagelo”, “martírio”, “maldade” e a referência à prática “por puro sadismo imotivado” dão a exata medida das oscilações passíveis de ocorrência por não se ter, em preceito de lei, os parâmetros objetivos definidores da prática delituosa. O crime está compreendido dentre os formais, a revelar uma atividade comissiva a ser definida, de forma exaustiva, pela norma de regência.

O grande leque de versões do tipo, passíveis de serem adotadas, deu origem a seis projetos em tramitação, a demonstrar, a mais não poder, a diversidade de enfoques. Faço-o pela ordem em que apresentados:

1) Projeto de Lei do Senado Federal 28, de 1987, de autoria do Senador Jamil Haddad:

“Art. 1.º — Fica acrescentado à parte especial do Código Penal no Título dos Crimes contra a pessoa e no capítulo dos crimes contra a liberdade individual um artigo com a seguinte redação:

Artigo.....— Torturar alguém, causando sofrimento físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou de obtenção de confissão ou informação:

Pena.....”;

2) Projeto de Lei do Senado Federal 2.423, de 1989, do Senador Nélson Carneiro:

“Artigo 1.º — Constitui crime torturar alguém causando-lhe sofrimento físico, psíquico e moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação”;

3) Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 837, 1991, do Deputado Sigmaringa Seixas:

“Ofender a integridade física ou moral de outrem, com intuito de obter informação, ou confissão dele ou de terceira pessoa, mesmo que tendente a caracterizar envolvimento do ofendido, ou de terceiro, em ilícito criminal; ou aplicar, na prisão cautelar ou na execução da pena, na pessoa presa, tratamento cruel, desumano ou degradante.

Pena: reclusão de seis a doze anos.

§ 1.º — Se resulta grave lesão:

Pena — reclusão de oito a dezesseis anos.

§ 2.º — Se resulta morte:

Pena — reclusão de quinze a trinta anos.

§ 3.º — As penas anteriormente previstas aumentam-se na metade, se o autor da tortura for servidor público, civil ou militar, ou se, nessa condição funcional, embora não a executando diretamente, todavia instigou ou coordenou a ação de terceiro à sua prática”;

4) Projeto da Câmara dos Deputados 1.035, de 1991, da autoria do Deputado Vivaldo Barbosa:

“Considera-se tortura, nos termos da presente lei, a submissão do ser humano

a procedimento destinado a causar na vítima grave sofrimento físico ou mental”;

5) Também o Executivo encaminhou Projeto — o de n. 4.783, de 1990, visando a introduzir, no Código Penal, título relativo aos crimes contra o Estado democrático e a humanidade, revogando a Lei de Segurança Nacional e dando outras providências. O art. 374 assim define o crime de tortura:

“Torturar alguém, causando-lhe sofrimento físico, psíquico ou moral, com propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação.

Pena.....”.

6) Por último, tem-se o Projeto de n. 2.464, de 1991, da autoria do experiente Deputado Federal, na matéria, Hélio Bicudo, e que, dando nova redação ao art. 12 do Dec.-lei 2.448, de 7.12.40 (Código Penal), preceitua:

“Artigo 129 — Submeter alguém, depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a maus tratos, com o fim de causar-lhe sofrimento físico ou moral.

Pena.....”.

Forçoso é concluir que a iniciativa quanto aos projetos tem uma razão de ser, ou seja, a necessidade de descrever-se o comportamento penalmente condenável, sob o nome jurídico “tortura”, para que, com isto, tenha-se como atendido o princípio da reserva legal.

Cumpra salientar ainda que, em 14.12.92, foi constituída uma comissão composta pelos Mins. Evandro Lins e Silva, Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro; Des. Alberto Silva Franco; Profs. René Ariel Dotti, João Marcelo de Araújo Junior, Hélio Bicudo, Drs. Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf, Wandenkolk Moreira, Juarez Tavares e Jair Leonardo Lopes, para, sob a presidência do Min. Evandro Lins e Silva, elaborar, no prazo de cento e oitenta dias, anteprojeto de lei de reforma da parte especial do Código Penal, tudo

de acordo com Portaria do Ministro de Estado da Justiça, Sen. Maurício Corrêa, de n. 581, publicada no Diário Oficial da data supra. Então, aqueles juristas, presentes os contornos constitucionais regedores da matéria, no particular o inc. XXXIX do rol das garantias constitucionais, que encerra a imposição de observar-se a reserva legal, incluíram no título XIV — “Dos crimes contra o Estado Democrático” — mais precisamente no capítulo IV — “Dos crimes contra a humanidade” — o tipo relativo à tortura, fazendo-o de forma minuciosa, como é próprio, a afastar a necessidade de partir-se para a interpretação extensiva, no que contrária à índole do direito penal:

“Art. 458 — Ofender a integridade corporal ou a saúde de alguém, com intuito de obter informação, confissão, ou qualquer outra prova ou declaração, em investigação ou inquérito policial ou em procedimento judicial ou administrativo em curso ou ainda não iniciado;

Pena: reclusão de três a seis anos.

§ 1.º — Na mesma pena incorre quem:

I — dispensa à pessoa presa ou submetida a medida de segurança tratamento cruel, desumano ou que importe em injustificado sofrimento físico ou mental;

II — com o mesmo objetivo do artigo, utiliza aparelho, instrumentos ou substâncias proibidos ou que impliquem sofrimento físico ou mental, ou risco acentuado à saúde da vítima.

§ 2.º — Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão de cinco a dez anos; se resulta morte, a pena é de reclusão de seis a vinte anos”.

No art. 459 previu-se a condescendência com a tortura, assim dispondo-se: “Deixar o funcionário público de responsabilizar o autor de tortura ou, faltando competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: pena — reclusão de dois a quatro anos”.

Entender-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente o art. 233 da Lei 8.069, de 13.7.90, har-

moniza-se com a Carta Federal é admitir que a lei possa vir a privilegiar determinadas pessoas, protegendo-as quanto à prática delituosa, muito embora esta transpareça contrária a todos os seres humanos; é agasalhar-se a existência do crime de tortura de forma setORIZADA, considerada a pessoa da vítima, quando, na verdade, a própria Carta da República indica que se trata de crime que, na expressão feliz dos componentes da Comissão designada para elaborar anteprojeto da parte especial do Código Penal, é cometido contra a humanidade. É admitir que, em relação a um mesmo crime, possa-se ter um tipo aberto e outro fechado, conforme o bem protegido. A vingar um dos projetos sobre a matéria, ter-se-á em um mesmo cenário jurídico crime de tortura indefinido, ou melhor, a ser balizado pelo julgador — no caso, contra a criança e o adolescente — e crime de tortura revelado em tipo fechado ou seja, contra pessoa que não seja nem criança nem adolescente. A dualidade discrepa das mais mezinhas noções sobre direito penal. A idade da vítima serve a outras conseqüências, como é o aumento da pena, mas não à diversidade de tipo penal.

Na história do direito penal, o exame dos enfoques conducentes à sua modernização revela a tendência a mitigarem-se as hipóteses de previsão de tipo penal aberto, já que gerador de insegurança jurídica, a comprometer a liberdade do indivíduo. No campo das noções relativas ao tipo, não é demais ter presente as palavras de Anibal Bruno, contidas em *Direito Penal — Parte Geral*, Forense, RJ, 1967, t. I, p. 222, no que deixou consignado que tipo “é o conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal, ou, para dizermos com Belin, a imagem reguladora (*leitbild*), a 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 penal". Ora, não se tem, no art. 233, qualquer descrição. Não decorre do citado preceito a imagem reguladora; não exsurge, portanto, abstraída a carga de construção atribuída ao órgão investido do ofício judicante, com a equidistância desejável, sem o envolvimento de paixões incompatíveis com a arte de julgar, a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, na definição de Aníbal Bruno. Em *Princípios Básicos de Direito Penal*, de Francisco de Assis Toledo, 2.^a ed., 1986, Saraiva, encontramos também que "o termo tipo exprime a idéia de modelo, esquema" e que não pode ser tomado como "pura criação mental, mas sim descrição esquemática de indivíduos, coisas, objetos ou fenômenos".

A esta altura, indago eu: diante da singeleza do teor do art. 233 em comentário, no que apenas se alude, como está na Constituição Federal e na Lei 8.072/90, ao nome jurídico do crime, onde está a idéia de modelo, esquema, alfinim, a descrição dos fatos que consubstanciam a tenebrosa figura da tortura? Também em Damásio de Jesus constatamos a preocupação em situar o que se entende como fato típico. Eis um trecho suficientemente alertador: "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 dos delitos contidos na lei penal" (*Direito Penal — Parte Geral*, Saraiva, S. Paulo, 1991, p. 127).

O princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Nisto está a essência da norma do inc. XXXIX do rol das garantias constitucionais: "Não há crime sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Atente-se para a utilização do verbo "definir". A definição não se limita à simples referência ao nome jurídico de um certo acontecimento. É preciso que

a lei contenha a descrição dos fatos que o revelam, sob pena de cair no vazio o citado princípio. Por isso mesmo, Mantovani em *Diritto Penale Parte Generale*, Cedam, Pádua, 1979, pp. 95 e ss., adverte que o legislador está compelido a proceder, quando elabora 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.

Evidentemente, ninguém é favorável à tortura. Todavia, até a edição da carta de 1988, dela não se cuidou como tipo autônomo. O açoitamento é nefasto à segurança jurídica que o princípio da reserva legal visa a proporcionar. É preciso que cada qual atue em sua área e, portanto, que o legislador torne extreme de dúvidas, mediante preceito, o que se entende como tortura. Descabe ao Judiciário pretender substituí-lo, mormente quando a hipótese exige mais do que simples interpretação e em questão a liberdade. Não se trata, aqui, de perquirir a formação conservadora ou progressista do magistrado, mas de constatar que o legislador, ao dispor como o fez, no tocante à tortura, no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, agiu distanciado da atual Carta. Reclama-se do Supremo Tribunal Federal postura pedagógica e que em tudo esteja direcionada à supremacia da Lei Básica da República. Lanço a crença nesse norte e cito dois expoentes do Direito Penal. Um do passado, que se mostra sempre atual, e outro do presente, no que vem lutando pelo aprimoramento das letras jurídicas, especialmente no campo penal. Nélson Hungria, redator do Código Penal de 1940, deixou ressaltado em comentários a esse Código, Forense, RJ, 1959, I/86, t. I, que "a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário". Ao intérprete não cabe ser rigoroso. Ao intérprete não cumpre preencher as lacunas da lei, fazendo-o ao sabor das emo-

ções reinantes; o intérprete não pode atuar a partir do nada e é justamente o nada, sob o ângulo da reserva legal, que verificamos no teor do art. 233, no que encerra a apenação do crime de tortura. Nele não há nem mesmo uma alusão superficial à conduta incriminada. Valhame do magistério de Ariel Dotti, no que, com insuperável técnica, discorreu sobre o tipo, consideradas as garantias constitucionais: "O princípio da tipicidade constitui um corolário lógico do princípio da legalidade dos delitos e das penas, constitucionalmente instituído como direito e garantia individual. Uma das exigências fundamentais de segurança para um Direito Penal sob as coordenadas do estado democrático de direito é a observância do princípio da taxatividade. A expressão é assim cunhada pelos autores italianos e tem a sua correspondente na designação "tipicidade cerrada" segundo os autores de língua espanhola. Tal princípio se opõe ao uso abusivo das normas penais em branco, bem como a interpretação extensiva e a 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 siempre cerrado, en el sentido de que ha de contener todas las características determinantes del injusto" (José Maria Rodrigues Devesa, *Derecho Penal Español, Parte General*, Ed. Dickson, Madrid, 1992, pp. 422 e 423). Para a submissão da conduta humana ao tipo penal de ilícito não valem as franquias legais estabelecidas pelos arts. 126 do Código de Processo Civil e 3.º do Código de Processo Penal (no que admitem interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito). 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".

Mais uma vez relembre-se, como deixou proclamado Aníbal Bruno, que "o direito punitivo da lei escrita, circunscrito aos fatos que, dentro dos limites da interpretação, ela compreende, não pode ser integrado nas suas lacunas pelo suprimento da analogia" (*Direito Penal — Parte Geral*, p. 222).

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072, DE 25.7.90

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no artigo 1.º da citada lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhe são próprias, mas de

episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabou por se envolver. Em penada legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do “mal pelo mal causado” e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenado ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

Sob este enfoque, a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, “dia menos dia” receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Esta-

do. A ela não interessa receber de volta um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5.º da Lei 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes específicos em crimes de tal natureza (inciso V). Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no primeiro. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Conforme salientado pela melhor doutrina, a Lei 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas a edição sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções

Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inc. I), como também o quantitativo (inc. II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade — inicial e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inc. III) — e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguarão na prática delituosa. Em duas pas-

sagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, fazendo-o no preceito do § 3.º do art. 33 e no inc. III do próprio art. 59. Todavia, ao que tudo indica, teve-se presente, quando da edição da Lei 8.072/90, que faltaria aos integrantes do aparelho judiciário, aos juizes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver a definição respectiva.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são o da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à não progressividade do regime de cumprimento da pena. O inc. XLIII do rol das garantias constitucionais — art. 5.º — afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta

ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inc. XLIV). Indaga-se: é dado ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a

menos que se coloque em plano secundário a circunstância de a previsão constitucional estar contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, *a contrario sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

O ICMS E O DELITO CAPITULADO NO ART. 2.º, II, DA LEI 8.137/90. PROBLEMAS CONEXOS

ROQUE ANTONIO CARRAZZA

Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário
da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo

Vamos neste artigo analisar uma questão atual, que assim pode ser resumida: débito de ICMS declarado e não pago caracteriza o delito do art. 2.º, II, da Lei 8.137/90?

Melhor esclarecendo, alega-se, com frequência, que quem não paga o ICMS, nos prazos legais, pratica o crime de deixar de recolher tributo que já foi recebido do contribuinte, para repasse aos cofres públicos. Haveria, nesta conduta, o crime contra a ordem tributária capitulado no art. 2.º, II, da Lei 8.137/90?

Para encaminharmos o assunto, temos que considerar que o comerciante, quando realiza a operação mercantil, pratica o fato impositivo do ICMS. Neste momento, passa a ocupar o pólo passivo da obrigação tributária correspondente, nascendo, para ele, o dever jurídico de recolher o tributo, na forma e nos prazos estabelecidos na lei.

O comerciante, porém, por uma peculiaridade do ICMS, quando vende a mercadoria, repassa a carga econômica do tributo — porque a lei a tanto o autoriza — ao adquirente do bem (que pode ser outro comerciante ou o próprio consumidor final). Se o adquirente for outro comerciante, o fenômeno se repete e, assim sucessivamente, até que a mercadoria vá ter ao consumidor final. Este, vê embutido no preço final da mercadoria, o montante de ICMS que incidirá sobre todas as operações mercantis rea-

lizadas com o bem móvel adquirido, desde sua produção, até — após passar pelo fabricante, pelo atacadista, pelo varejista etc. — chegar às suas mãos. Exemplificando, para melhor esclarecer, se o consumidor final adquire uma mercadoria por R\$ 100,00 (cem reais), 18% desse preço (no caso, R\$ 18,00) equivalem à carga econômica do ICMS. Por quê? Porque, a alíquota do ICMS é, de regra, 18% sobre o valor da operação mercantil realizada.

O comerciante, de sua feita, dependendo da legislação — em geral uma vez por mês — recolhe o ICMS devido por todas as operações mercantis por ele realizadas no período. E, ao fazê-lo, efetua os abatimentos que o princípio da não-cumulatividade lhe permite realizar. Assim, em termos contábeis, se ele adquiriu a mercadoria por R\$ 90,00 (noventa reais) e a revendeu por R\$ 100,00 (cem reais), pagará, por esta operação mercantil, apenas 18% de R\$ 10,00 (dez reais), isto é, R\$ 1,80 (um real e oitenta centavos).

Isto posto, volta-se a indagar, agora de maneira mais específica: comete crime contra a ordem tributária o comerciante que, tendo repassado a carga econômica do ICMS, deixa de recolher o tributo, no prazo legal? Já adiantamos que não.

Mas, vamos por etapas.

Tem havido, de uns tempos a esta parte, um endurecimento da legislação fiscal,

que se manifesta, especialmente, na criação de novos crimes contra a Fazenda Pública. A Lei 8.137/90 vem ao encontro deste movimento que pretende colocar, no âmbito do Direito Penal, irregularidades contra o Fisco, de regra praticadas por pessoas pertencentes a círculos sociais e econômicos mais elevados.

Dentro desta tendência de criminalização de condutas tributárias que, tradicionalmente, sempre foram consideradas meras infrações administrativas, foi editada, por um Governo que se caracterizava pela teatralidade, a Lei 8.137, de 27.12.90, que bem poderíamos definir, parafraseando Vico, como sendo uma *monstra lego*, já que não descreveu corretamente as figuras típicas. Pelo contrário, ao invés de aperfeiçoar os tipos penais-tributários, como seria desejável, operou, no dizer expressivo de Wagner Balera, uma “degradação dos tipos”.

Mas, indo ao ponto que ora mais nos interessa, estipula o art. 1.º, da Lei 8.137/90:

“Art. 1.º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I — omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II — fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III — falsificar ou alterar nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

De seu turno, estabelece o art. 2.º, deste mesmo diploma normativo:

“Art. 2.º. Constitui crime da mesma natureza: II — deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obri-

gação e que deveria recolher aos cofres públicos (...). Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Portanto, nos dias atuais, deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo descontado ou cobrado do contribuinte, tipifica crime contra a ordem tributária. Usando de uma linguagem mais técnica, podemos dizer que o núcleo do tipo é deixar de recolher aos cofres públicos, no tempo e no lugar devidos, o montante de tributo cobrado ou descontado de terceiro. Trata-se de crime omissivo próprio, já que se consuma com o simples não-recolhimento do valor do tributo, nas condições aqui apontadas.

Para que o delito ocorra, no entanto, é preciso verificarmos se, perante o Direito Tributário, havia realmente tributo a recolher e se este foi descontado ou cobrado do contribuinte.

Graças às lições clássicas de Gian Antonio Micheli, sabemos que o Direito Tributário é um “direito de superposição”. Noutras palavras a lei tributária, na maioria das vezes, não incide diretamente sobre fatos, mas, sim, sobre fatos já qualificados por outros ramos do Direito. Exemplificando, quando a lei tributária alude à propriedade, é necessário buscar no Direito Civil, a noção de propriedade; quando a lei tributária faz referência a comerciante, é necessário buscar no Direito Comercial, a noção de comerciante etc.

Todavia, no campo do chamado “Direito Penal Tributário”, dá-se o fenômeno inverso: é a lei penal que não incide diretamente sobre comportamentos ou sobre fatos, mas, sim, sobre comportamentos ou fatos regulados previamente pela lei tributária. É preciso conhecermos a qualificação e os efeitos jurídicos que a lei tributária dá a esses comportamentos ou fatos, para, só depois, verificarmos se eles se subsumem à lei penal.

Como aguisadamente nota Geraldo Ataliba, “diante da lei penal, a lei tributária é uma “lei de subposição” (e, não,

“de superposição”, como ocorre diante da lei civil, da lei comercial, da lei bancária, da lei trabalhista etc.)”.

É o Direito Tributário, com seus próprios critérios, que vai revelar se há, ou não, tributo a pagar, se expirou, ou não, o prazo de seu recolhimento, se há, ou não, dever de preencher o formulário, de extrair a nota fiscal, de escriturar o livro fiscal, de emitir o documento e assim por diante. Sem uma “resposta tributária”, para estas questões, não há falar em crime fiscal.

Por quê? Porque a lei penal, ao tipificar os crimes fazendários, estabelece como pressuposto, o descumprimento de deveres jurídicos tributários. Sem a certeza de que tal pressuposto ocorreu, não se pode apenar o contribuinte.

Este raciocínio só não se aplica aos casos em que a lei penal tributária alude a uma fraude ou falsidade (falsificação de papel, de documento, de assinatura etc). Aí não há necessidade de se utilizar os esquemas de raciocínio fiscais. Simplesmente uma perícia dirá, por exemplo, se a assinatura foi falsificada, se o documento não foi impresso de acordo com as exigências administrativas, se duas notas fiscais tem o mesmo número e assim avante.

Mas isso é absolutamente excepcional, nas leis penais tributárias. A regra é que façam referência a figuras, situações, contingências ou fatos do Direito Tributário.

Na maioria dos casos, é preciso avaliar, sob a óptica do Direito Tributário, os tipos penais-tributários. Estas colocações crescem de ponto na medida em que sabemos que a apuração dos crimes fiscais, por si só, já põe em risco o nome, o conceito, a dignidade e a honra, de pessoas físicas e de pessoas jurídicas (ou de seus representantes).

Portanto, um ato ou fato praticado pelo contribuinte, configurará, ou não, crime fiscal, dependendo do que estipular o Direito Tributário.

É o que se dá, segundo pensamos, quando temos diante de nós o tipo “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos” (art. 2.º, II, da Lei 8.137/90).

Só poderemos dizer se houve o crime contra ordem tributária ali apontado, após analisarmos, cuidadosa e cientificamente, se o pretensu infrator realmente praticou esta omissão delituosa.

Assim agremiados, temos para nós que o comerciante que deixa de recolher, a tempo e a hora, o ICMS devido, não comete o crime contra a ordem tributária capitulado no art. 2.º, II, da Lei 8.137/90. Noutras palavras, ele não está deixando de recolher, no prazo legal, valor de tributo, descontado ou cobrado de terceiro. Está, apenas, numa situação de inadimplência. Vejamos.

Só para nos situarmos no assunto, o sujeito passivo de qualquer tributo (e, portanto, também do ICMS) é sempre a pessoa posta pela lei, na contingência de figurar no pólo negativo da obrigação tributária, desde que ocorrido o fato imponible (o fato gerador *in concreto*, do tributo). Normalmente, a carga econômica do tributo é suportada pelo próprio realizador do fato imponible. Algumas vezes, no entanto, a legislação permite que a carga econômica do tributo seja suportada por terceira pessoa, de algum modo relacionada com o realizador do fato imponible. Esta terceira pessoa quase sempre é o consumidor final.

A Economia rotula os tributos em que o ônus financeiro é suportado por terceiros, de “indiretos” (em contraposição aos “tributos diretos”, em que tal ônus é suportado pelo próprio realizador do fato imponible). Para o Direito, entretanto, esta cogitação é irrelevante: sujeito passivo do tributo é sempre quem, tendo realizado o fato imponible, figura no pólo passivo da obrigação tributária corres-

pondente e, por isso, deve providenciar seu adimplemento.

Diante do exposto, indagamos: o sujeito passivo do ICMS é o consumidor final da mercadoria? Não. O sujeito passivo do ICMS é o comerciante, o industrial ou o produtor, que pratica a operação mercantil. É ele que figura no pólo negativo da obrigação tributária correspondente.

O consumidor final da mercadoria é, apenas, o destinatário da carga econômica do ICMS. É ele que suporta a carga econômica deste tributo. Não é ele, porém, que integra, como sujeito passivo, a obrigação tributária. Ele é simplesmente aquilo que a Economia rotula de contribuinte de fato, que não tem nada a ver com o contribuinte de direito, isto é, com a pessoa que figura no pólo negativo da obrigação tributária.¹

Melhor esclarecendo, a legislação do ICMS apenas permite que o contribuinte repasse a carga econômica do tributo ao consumidor final. Mas, este, não é o contribuinte de direito.

Como o ICMS integra o preço da mercadoria, o consumidor final — voltamos a repetir — é mero contribuinte de fato. Quem realmente tem o dever de recolher o *quantum debeatur* é o comerciante, o industrial ou o produtor que praticou a operação mercantil (contribuinte de direito).

1. Anos a fio manteve-se acirrada discussão, em sede doutrinária (que ainda está longe de arrefecer), sobre se o sujeito passivo do ICMS é o contribuinte de direito (o realizador do fato impositivo) ou o contribuinte de fato (a pessoa que suporta a carga econômica do tributo). Tal cogitação, boa para a Economia, é de todo em todo irrelevante para o Direito, já que o sujeito passivo de qualquer tributo (e, portanto, também do ICMS) é sempre a pessoa posta pela lei, na contingência de figurar no pólo negativo da obrigação tributária, desde que ocorrido o fato impositivo. As posteriores relações entre o contribuinte *de iure* e o contribuinte *de facto* não são jurídicas, embora este último venha a suportar o ônus econômico do tributo.

O que estamos procurando significar é que, na verdade, o consumidor final não está recolhendo o ICMS. Apenas, ele vê embutido, no preço final da mercadoria, o imposto devido. Devido — insistimos — pelo comerciante, pelo industrial ou pelo produtor.

O consumidor final não figura no pólo passivo da obrigação de pagar o ICMS. Tanto não, que se não houver o recolhimento tempestivo do tributo, não é ele que será executado ou sancionado, mas o comerciante, o industrial ou o produtor, que praticou a operação mercantil. Ainda que o comerciante, o industrial ou o produtor deixarem de repassar a carga econômica do tributo ao consumidor final, não se eximirão do dever de pagar o ICMS (justamente porque são eles os contribuintes *de iure*).

Notamos que, no caso do ICMS, o repasse da carga econômica do tributo é feito às abertas e publicadas. Melhor dizendo, tudo é devidamente escriturado. Assim as coisas se processam, exatamente para viabilizar-se o cumprimento do princípio da não-cumulatividade, isto é, para que, com acentuado grau de certeza, se possa compensar “o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal” (art. 155, § 2.º, I, da CF).

Isto, porém, não significa que, apenas no ICMS ocorre este repasse de carga econômica do tributo. Pelo contrário, podemos dizer que quase sempre, embora de maneira menos explícita, a empresa repassa, ao preço final de suas mercadorias, os tributos (inclusive as contribuições previdenciárias) que é obrigada a pagar.² Tudo acaba compondo o custo

2. Nesses casos, porém, nunca jamais se sustentou, v.g., que quem paga o imposto sobre a renda da empresa, é o consumidor final de suas mercadorias. Não! O contribuinte, é a própria empresa. O consumidor final é apenas

final das mercadorias. E nem poderia ser de outro modo. Deveras. Se a empresa deixasse de fazer tal repasse, em breve estaria operando com prejuízo, e, nessa medida, caminhando a passos largos para a falência. O repasse, nesses casos, também existe; apenas não é contabilizado.

Fixada esta premissa de que o sujeito passivo do ICMS não é o consumidor final, mas o comerciante, o industrial ou o produtor que praticou a operação mercantil, fica fácil, segundo supomos, sustentarmos, a inexistência, na questão proposta, de qualquer crime contra a ordem tributária.

O comerciante que não recolhe o ICMS, dentro dos prazos que a lei lhe assinala, não comete delito algum. Muito menos o capitulado no art. 2.º, II, da Lei 8.137/90.

De fato, ele não está deixando de recolher, no prazo legal, tributo descontado de terceiro. O tributo é devido por ele (em nome próprio). Ele está, simplesmente, incidindo em inadimplemento. Inadimplemento que poderá acarretar-lhe o dever de pagar, além do tributo, a multa, os juros e a correção monetária. A Fazenda Pública, neste caso, poderá — e, ousamos dizer, deverá — executá-lo, nos termos da Lei 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais).

Mas apenas isso. Nunca esse inadimplemento poderá conduzi-lo a uma condenação criminal. Por quê? Porque sua conduta não é típica. E, sem tipicidade, não pode haver crime, nem, muito menos, condenação criminal.

Em nosso ordenamento constitucional, não há crime por dívida tributária. De fato, o direito brasileiro não pune nem as dívidas pecuniárias, nem aquilo que algumas legislações estrangeiras chamam

(tanto quanto no caso do ICMS), quem suporta a carga econômica do imposto sobre a renda. Não figura, porém (e nem poderia figurar), no pólo passivo da obrigação de pagar este imposto.

de “delitos de risco” (nos quais, mesmo não havendo tributo a pagar, qualquer ato ou omissão do contribuinte, que coloque em risco os interesses da Fazenda, configura, desde que especificado em lei, crime).

Nem se diga — como querem alguns — que, tendo sido o ICMS destacado na nota fiscal, o comerciante tem o dever de repassar aos cofres públicos a quantia que recebeu do consumidor final (que não é o contribuinte *de iure* do imposto). É que este destaque em nota fiscal do ICMS, não se reveste da menor liquidez, com relação à obrigação tributária. Apenas expressa o montante correspondente ao imposto naquela quantia cobrada, calculado “por dentro”, do qual o emitente da nota ainda deve compensar os créditos que tenha contra o Fisco, para, só depois, quando for o caso, recolher o tributo. O não-recolhimento do ICMS não caracteriza, repetimos, nenhuma conduta delituosa; muito menos a definida no art. 2.º, II, da Lei 8.137/90.

Lembramos que o recolhimento do ICMS dá-se após o preenchimento, pelo próprio comerciante, da “GIA” (“guia de informação e apuração do ICMS”). É ele que declara o valor a ser recolhido. A “GIA” deve ser entregue em prazo certo: normalmente antes da data designada para o recolhimento do tributo (cf. Anexo VI, Tabela I, do Dec. Estadual 33.118/91). Tal recolhimento dá-se ao final de cada mês, quando o contribuinte (comerciante, industrial ou produtor) apura o imposto, levando em conta o crédito e o débito escriturados em seus livros fiscais. O valor a ser recolhido não é o que foi repassado ao preço final da mercadoria, mas, sim, o apurado, pelo contribuinte, ao final do mês, após as necessárias operações de crédito e débito.

Insistimos que o montante de ICMS que integra o preço final da mercadoria, não corresponde ao valor que o contribuinte deverá recolher ao Erário. Este valor terá que ser apurado, descontando-

se o que já pagou, quando da entrada da mesma mercadoria em seu estabelecimento. Esta é uma exigência impostergável do princípio da não-cumulatividade.³

3. O ICMS deve necessariamente sujeitar-se ao princípio da não-cumulatividade, que, tendo sede constitucional, não pode ser anulado por normas infraconstitucionais.

Os lineamentos básicos do princípio da não-cumulatividade vêm apontados no art. 155, § 2.º, I e II, da Constituição Federal: "Art. 155 — (omissis): § 2.º — O imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte: I — será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal".

A dicção constitucional "compensando-se o que for devido em cada operação" exige a adoção de um sistema de abatimentos, ou, se preferirmos, um mecanismo de deduções.

Não estamos, na hipótese, diante de simples recomendação do legislador constituinte, mas de norma cogente que, por isso mesmo, nem o legislador ordinário, nem o administrador, nem, muito menos, o intérprete, podem descon siderar.

Noutro falar, o método da compensação é diretriz constitucional, pela qual surge um ICMS "não-cumulativo".

O ICMS "será não-cumulativo" simplesmente porque, em cada operação é assegurada, ao contribuinte, de modo peremptório, pela própria Carta Suprema, uma dedução (abatimento) correspondente aos montantes cobrados nas operações anteriores.

O abatimento, no caso em exame, é, por sem dúvida, categoria jurídica de hierarquia constitucional. Melhor dizendo, é direito constitucional reservado ao contribuinte do ICMS, que nenhuma lei, decreto, portaria, interpretação etc., podem amesquinhar.

Sendo assim, o art. 155, § 2.º, I, da Constituição Federal, confere ao contribuinte do ICMS o direito público subjetivo, oponível ao Estado ou ao Distrito Federal, de fazer o abatimento (quando presentes os requisitos constitucionais).

O Texto Supremo introduziu, nesse passo, uma compensação obrigatória.

Não queremos, em absoluto, sustentar que o contribuinte do ICMS não pode cometer crimes contra a ordem tributária. Sem dúvida que os cometerá, pelo menos em tese, se ocultar da autoridade fiscal, fato relevante para o surgimento da obrigação de pagar tal tributo. Isto ocorrerá quando omitir declaração que tinha o dever legal de fazer à autoridade fiscal (v.g., quando vender mercadoria "a descoberto de nota fiscal"). Também, em princípio, cometerá esta modalidade de delito quando dolosamente deturpar fatos, em prejuízo da Fazenda Pública, isto é, alterar situações que devem ser do conhecimento do Fisco, fornecendo-lhe documentos falsos (v.g., produzindo o derramamento de "notas frias"), adulterando a escrita contábil, constituindo "empresas fantasmas" etc. Nenhum crime cometerá, porém, quando apenas deixar de recolher o ICMS, após ter feito corretamente todas as anotações de estilo.

Em suma, falta tipicidade na conduta do contribuinte que declara e não paga seu débito de ICMS.

O montante de ICMS a pagar é mero custo, que o comerciante calcula previamente e integra ao preço final da mercadoria. Ele não cobra este tributo do consumidor final e nem poderia fazê-lo, já que este não é o sujeito passivo da exação.

Observamos, ainda, que, no Brasil, as pessoas jurídicas não respondem criminalmente por seus desmandos. Quem responde por eventuais delitos são seus sócios, diretores, proprietários, representantes etc. Assim, nos chamados crimes contra a ordem tributária, é preciso re-

A Constituição, ao aludir à "compensação", consagrou a idéia que a quantia a ser desembolsada pelo contribuinte, a título de ICMS, é o resultado de uma subtração em que o minuendo é o montante de imposto devido e o subtraendo é o montante de imposto anteriormente cobrado.

dobrar as cautelas, para que não se enxovalhe o nome de uma pessoa física, que nem participa da gestão da empresa. Isto, aliás, esvaziaria uma das razões de ser da sociedade comercial, qual seja, a de separar a vida do sócio, da vida da empresa. Nesta linha de raciocínio, não tem o menor sentido, por exemplo, processar, numa sociedade por cotas de responsabilidade limitada, quem, sem praticar atos de gestão, apenas integralizou suas cotas.

Ainda a respeito do tema que faz nossos cuidados, convém atentarmos para a circunstância de que a Lei 8.866, de 11.4.94, considera depositário infiel — sujeitando-o à prisão civil por dívida — quem deixa de recolher ao Tesouro, tributo arrecadado de terceiro.

De fato, estipula o art. 1.º, da precitada lei:

“Art. 1.º — É depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos artigos 1.282, I e 1.282 do Código Civil, a pessoa que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social.

“§ 1.º Aperfeiçoa-se o depósito na data da retenção ou recebimento do valor a que esteja obrigada a pessoa física ou jurídica.

“§ 2.º É depositário infiel aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor referido neste artigo, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária”.

E, o art. 4.º, II, § 2.º, da mesma lei, permite que, observados os ritos de seus arts. 3.º e 4.º, o juiz decrete a prisão do “depositário infiel”, por período não superior a noventa dias (“Não recolhida nem depositada a importância, nos termos deste artigo, o juiz, nos quinze dias seguintes à citação, decretará a prisão do depositário infiel, por período não superior a noventa dias”).

Como se tudo não bastasse, o art. 7.º e seu parágrafo único, sempre da lei em exame, estendem a possibilidade de prisão civil contra diretores, administradores, gerentes ou empregados que, isolada ou conjuntamente, movimentem recursos financeiros de pessoa jurídica. Tratando-se de empresa estrangeira, tal sanção poderá recair sobre seus representantes, dirigentes e empregados no Brasil. Com efeito, estabelece o artigo em foco:

“Art. 7.º — Quando o depositário infiel for pessoa jurídica, a prisão referida no § 2.º do artigo 4.º será decretada contra seus diretores, administradores, gerentes ou empregados que movimentem recursos financeiros isolada ou conjuntamente.

“Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, a prisão recairá sobre seus representantes, dirigentes e empregados no Brasil que revistam a condição mencionada neste artigo”.

Em suma, o contribuinte (em se tratando de pessoa física) ou o representante da empresa (em se tratando de pessoa jurídica, nacional ou estrangeira), que deixa de recolher ao Tesouro, tributo arrecadado de terceiro, é, a teor da Lei 8.866/94, havido por “depositário infiel”, podendo ser condenado à prisão civil, por período não superior a noventa dias. Isto é feito para compeli-lo a recolher o tributo, como depreendemos da só leitura do art. 8.º, da mesma lei (“Cessará a prisão com o recolhimento do valor exigido”).

Aqui chegados, podemos fazer duas ordens de considerações.

A primeira: o comerciante que deixa de recolher, nos prazos legais, ao Tesouro, o ICMS (mesmo tendo passado sua carga econômica ao consumidor final), não está praticando a conduta descrita no art. 1.º, da Lei 8.866/94 (conforme vimos *supra*).

A segunda: a Lei 8.866/94, é inconstitucional.

Deveras, estabelece o art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal:

“Art. 5.º (...) LXVII — não haverá prisão civil por dívida, *salvo* a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (grifamos).

Logo, *contrario sensu*, haverá prisão civil por dívida do depositário infiel.

Quem é depositário? É a pessoa a quem se confia alguma coisa, em depósito. Esta assume a obrigação de conservar, com cuidado, a coisa, restituindo-a, em perfeito estado, assim que lhe for exigida, pelo depositante.

Quem é depositário infiel? Segundo a unanimidade dos autores, é aquele que não restitui a coisa, quando solicitada legalmente ou aliena o bem que, por determinação judicial ou legal, tinha que conservar consigo, com diligência. O depositário infiel, em síntese, não restitui a coisa que lhe foi entregue em depósito, ao ser reclamada pelo depositante.

Ora, a Lei 8.866, de 11.4.94, equiparou ao depositário infiel, justamente quem faz o contrário, ou seja, retém para si, tributo que arrecadou de terceiro e que tinha o dever de entregar ao Tesouro.

Poderia ter feito isso, sem atropelar direitos constitucionais? Entendemos que não.

Ninguém desconhece que o Direito cria suas próprias realidades, que, nem sempre coincidem com as realidades do mundo que nos cerca (v.g., o “horário de verão”, que, obviamente não interfere no movimento dos astros, mas produz efeitos, no mundo jurídico). Muita vez, só com o emprego de ficções, presunções e equiparações, o Direito consegue disciplinar o comportamento das pessoas, na vida social. Já se disse que as ficções, presunções e equipara-

ções operam no campo do Direito, como as hipóteses, no campo da Matemática.

Há, porém, um limite para isso: a Constituição. Dito de outro modo, o emprego das ficções, presunções e equiparações não pode ser feito sem critério, nem método, de modo a atropelar direitos e garantias constitucionais.

Assim, por exemplo, na medida em que a Constituição declara inviolável a casa (art. 5.º, XI), não pode uma lei — sob pena de irremissível inconstitucionalidade — esvaziar este direito constitucional, estabelecendo que não se considera casa, para este fim, o imóvel localizado a até três quilômetros de uma repartição policial. Bem precário seria o direito constitucional à inviolabilidade da casa (agora, mais do que do simples domicílio, como constava da Carta anterior), se fosse possível costear-lo com tamanha facilidade.

Pois bem, foi o que fez, *mutatis mutandis*, a Lei 8.866/94, quando, para fins de prisão civil por dívidas, equiparou a depositário infiel, que, nem de longe, reveste esta condição jurídica. No caso, quem deixa de recolher aos cofres públicos, tributos retidos ou recebidos de terceiros. Esta conduta, embora delituosa, não pode ser legalmente equiparada à do depositário infiel.

De qualquer modo, o problema não se coloca sequer, porquanto, como procuramos demonstrar, quem deixa de recolher o ICMS, mesmo tendo repassado a carga econômica do tributo a terceiro (o consumidor final), é apenas contribuinte inadimplente.

Em remate, débito de ICMS declarado e não pago é mera inadimplência, não configurando o crime contra a ordem tributária capitulado no art. 2.º, II, da Lei 8.137/90.

DOCTRINA NACIONAL

A TÉCNICA DO PARECER¹

SÉRGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

1. Vou tratar do parecer do Ministério Público perante os Tribunais Superiores, voltado, de forma especial, para a atuação do Procurador de Justiça que oficia perante o Tribunal de Alçada e diante do Tribunal de Justiça do Estado. Igualmente, o presente estudo estará dedicado, basicamente, para o processo penal, eis que fruto da minha vivência como Procurador de Justiça, inicialmente na 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, de tão gratas recordações para o meu aprendizado no ofício de Procurador, e, posteriormente, perante o Tribunal de Justiça de nosso Estado. É certo que muitas das colocações que, aqui, serão feitas encontram plena aplicação no parecer civil perante o segundo grau de jurisdição. Porém, a finalidade precípua do presente trabalho é a de voltar-se, de forma especial, para os diversos aspectos de que se reveste o parecer criminal.

2. É sabido por todos que se ocupam do estudo sistemático do Ministério Público, o grande desconhecimento que

reina a respeito daquela Instituição, que só agora começa a ganhar merecido realce, mercê da posição de relevo que a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu.

Por tal razão, não é de estranhar que o nosso modesto Código de Processo Penal, ao tratar do processo e do julgamento dos recursos perante os Tribunais (arts. 609 a 618), não faça qualquer referência quanto ao aspecto formal do parecer, limitando-se a fixar os prazos para a fala do Procurador-Geral e o tempo que o mesmo disporá para a sustentação oral (arts. 610 e 613). Diversamente, deixa claro que o Tribunal, câmara ou turma atenderá nos seus acórdãos ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável (art. 617). Em suma: revigora as minuciosas regras que regem a sentença (*in genere*), bem como os dispositivos específicos que regulam, respectivamente, a sentença penal absolutória e a condenatória. Em outras palavras: as decisões dos Tribunais, pena de inépcia, devem conter todos os requisitos formais de uma decisão do primeiro grau de jurisdição, *mutatis mutandis* evidentemente. Mas as exigências de forma não terminam aí; o art. 618 do CPP ainda estabelece que os regimentos dos Tribunais estabelecerão normas complementares para o processo e julgamento dos recursos.

3. O primeiro e grave equívoco envolvendo os prazos para o Ministério Público emitir parecer nasce com o ingresso

1. O presente trabalho é mero desenvolvimento da conferência por mim proferida na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro, aos 19.8.85, dela escoimadas as inevitáveis imperfeições próprias de uma exposição oral. Cuidou-se, igualmente, de adaptar o texto à nova legislação de natureza constitucional e infraconstitucional. Nele não estão incluídos os debates que se seguiram àquela exposição, pois que não foram gravados.

dos autos na Procuradoria-Geral de Justiça. O Diário Oficial, na parte destinada ao Poder Judiciário, costuma publicar a relação dos autos que se encontram com vista na Procuradoria-Geral de Justiça, especificando a natureza e o número do recurso, a data de entrada dos feitos e o número de dias em que o processo ali se encontra. A publicação abrange cada órgão colegiado do Tribunal e cumpre, no Tribunal de Justiça, determinação expressa do art. 216, § 2.º do seu Regimento Interno.

É preciso, desde logo, que se esclareça que o prazo para o Ministério Público manifestar parecer não guarda qualquer relação com a aludida publicação. É fácil explicar: a Procuradoria-Geral de Justiça é mero organismo administrativo do Ministério Público, não se confundindo com a Instituição e muito menos com o órgão de atuação que tenha atribuição para intervir no feito. Dessa maneira, o prazo para o parecerista não pode ser contado da data do ingresso dos autos na Procuradoria-Geral de Justiça mas sim da data do efetivo recebimento dos autos pelo Procurador de Justiça. É certo que se poderá argumentar que os prazos contemplados nos arts. 610 e 613 do CPP são prazos de preclusão fraca, o que significa dizer que, mesmo quando prolatado "a destempo", o parecer pode ser objeto de apreciação judicial, não merecendo, por tal razão, desentranhamento. Porém, nem por isso a observância dos prazos deve ser descurada, até por que apresenta consequências práticas para o órgão do Ministério Público desidioso, tal como disciplinado no art. 801 do CPP.

4. Chegada a fase de vista para parecer, surge uma primeira indagação: que Procurador de Justiça deve officiar no feito?

A pergunta assume especial importância em face do princípio do Promotor Natural ou do Promotor Legal assegurada pela Constituição Federal que consagrou aos membros do Ministério Público

a garantia da inamovibilidade (art. 128, § 5.º, I, "b"). Demais disso e em consequência disso, a atribuição do órgão de atuação do Ministério Público é pressuposto de validade da instância, estando a atribuição para o Ministério Público como a competência está para o juiz. São, destarte, institutos processuais que guardam similitude. Por tal razão, o órgão do Ministério Público que officia no feito deve estar revestido de atribuição para atuar, pena de nulidade. Dessa forma, quando a lei processual penal fala na necessidade da intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública, cominando a sanção de nulidade pelo descumprimento da norma (art. 564, III, "d" do CPP), há que se entender que a atuação do Ministério Público se fará, sempre e sempre, através do membro do Ministério Público revestido de prévia atribuição.²

Atualmente, em nosso Ministério Público encontra-se em vigor a Resolução GPGJ 503, de 31.7.92, estabelecendo critérios de distribuição prévia dos feitos entre os Procuradores de Justiça nos diversos órgãos colegiados dos Tribunais de Alçada (Cível e Criminal), bem como perante o Tribunal de Justiça, assegurando, assim, a plena vigência do princípio do Promotor Legal. Com o advento da nova LONMP (Lei 8.625, de 12.2.93) a matéria veio regulada nos arts. 19 a 22, estabelecendo o art. 21 que a divisão interna dos serviços das Procuradorias de

2. Sobre o tema vide: "Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal", Sergio Demoro Hamilton, *Separata, Revista Forense*, vol. 269; *O Ministério Público no Processo Civil e Penal — Promotor Natural, Atribuição e Conflito*, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, pp. 86 e ss., Forense, 1989; "O Ministério Público no Processo penal", Hugo Nigro Mazzilli, *Justitia*, S. Paulo, p. 95; *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, Rogério Lauria Tucci, pp. 145 e ss., Saraiva, S. Paulo, 1993.

Justiça estará sujeita a critérios objetivos definidos pelo Colégio de Procuradores, que visem à distribuição equitativa dos processos por sorteio, observado, para esse efeito, as regras de proporcionalidade, especialmente a alternância fixada em função da natureza, volume e espécie de feitos. Porém, o parágrafo único do aludido artigo estabelece que a norma indicada no *caput* só não incidirá na hipótese em que os Procuradores de Justiça definam, consensualmente, conforme critérios próprios, a divisão interna dos serviços. Portanto, nada obsta, no momento, que os Procuradores de Justiça venham a manter, no futuro, os critérios de distribuição versados na Resolução 503/92, atualmente em vigor. É de se aguardar, porém, até lá, a entrada em vigor da nova Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, atualmente em tramitação na Assembléia Legislativa do Estado.

5. Recebido o recurso para exame, deve o Procurador de Justiça, por cota nos autos, anotar a data em que efetivamente o processo lhe foi entregue. A matéria é revestida de relevância uma vez que, no Rio de Janeiro, muitos Procuradores recebem o processo em casa ou nos seus escritórios de trabalho, sendo os processos entregues, muitas vezes, com grande atraso. Para tanto, deverão seguir um critério de controle, criando um protocolo particular e datando, sempre, a guia de recebimento e a de remessa.

Tal anomalia estará superada no momento em que forem criados os serviços auxiliares necessários ao desempenho dos Procuradores de Justiça (art. 21 da LONMP). Em nosso Estado do Rio de Janeiro, como os Procuradores de Justiça jamais dispuseram de gabinetes nos Tribunais, a Procuradoria Geral de Justiça,³ em 11.12.92, fez instalar o chama-

do "Serviço Judiciário" em um andar de prédio comercial, em frente ao Tribunal, dotado de razoável infra-estrutura, onde os Procuradores dispõem de local digno para trabalho e moderno serviço de apoio. Há muito que aperfeiçoar neste setor mas o primeiro passo, sem dúvida, já foi dado e, no meu entendimento, com bons resultados. De qualquer forma este é o caminho certo: o Ministério Público deverá estar situado próximo ao Tribunal mas sempre em locação própria. O passado indica ser este o caminho certo; o futuro exige que assim seja diante do aumento, ainda não de todo dimensionado, das atribuições da Instituição, muitas delas com marcante atividade extrajudicial.

6. Uma vez em mãos do Procurador de Justiça dotado de atribuição para oficiar no feito, o primeiro cuidado a ser tomado consiste em saber se o recurso está "maduro" para receber parecer. Tal se dá, somente, quando o procedimento recursal desenvolvido até o momento da vista ao órgão do *Parquet* foi cumprido na íntegra bem como se foram atendidos os dispositivos regimentais atinentes à espécie. Ponha-se o exemplo: é comum o recurso ser distribuído a determinada Câmara em razão de prevenção ditada pelo fato de que o Colegiado, antes, já decidiu algum outro recurso relacionado com o feito em julgamento ou, como ocorre comumente, *habeas corpus* envolvendo o caso *sub iudice*. O Tribunal de Alçada Criminal, em seu Regimento Interno, estabelece que a Secretaria da Câmara deve providenciar a apensação dos autos precedentes que motivaram a prevenção (art. 42, § 2.º). Caso tal não seja possível, no meu entendimento, bastará a juntada aos autos de cópia do acórdão que tenha decidido o *habeas corpus*, exceção, incidente processual, reclamação ou qualquer recurso anterior que guarde relação com o feito em julgamento. Aliás, na prática, sempre

3. Inaugurado, em 11.12.92, na gestão do Procurador-Geral de Justiça Dr. Antonio Carlos Silva Biscaia.

preferi a última solução visto que a apensação torna mais volumosos os autos dificultando o manuseio. Pois bem: este deve ser um requerimento preliminar do Procurador, pois em função do que tenha sido decidido, anteriormente, haverá eventuais reflexos no parecer a ser prolatado e, em consequência, na decisão da causa. Tal postulação pode ser feita antes do parecer ser ofertado ou como diligência preliminar no próprio corpo do parecer, caso o Procurador perceba, desde logo, a probabilidade de que a matéria não trará maiores consequências para a apreciação do recurso. Outra questão a ser observada diz respeito com a apresentação de razões pelo advogado no Tribunal (art. 600, § 4.º do CPP). Em tal hipótese, antes do parecer ser exarado, devem os autos ser remetidos à Promotoria de Justiça para contra-razões. Atualmente, a matéria está regulada por meio da Res. 277/87 do Procurador-Geral de Justiça, de 2.10.87, que, acertadamente, estabelece incumbir à Promotoria de Justiça junto à Vara de origem oferecer as razões, contrariando o apelo (art. 1.º), devendo, para tal fim, o Procurador de Justiça, junto à Câmara perante a qual se processa o recurso, providenciar para que os autos respectivos sejam remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 1.º, parágrafo único), após o que os autos voltarão com vista ao Procurador para parecer, sem necessidade do retorno dos autos ao Tribunal. Em suma: quando o feito voltar ao Tribunal já levará consigo as contra-razões e o parecer. A matéria, aliás, já fora decidida pelo Procurador-Geral diante do exame de um caso concreto de conflito de atribuições suscitado na ApCrim. 20.029 da 1.ª Câmara Criminal do TACrimRJ, que alvitrra idêntica solução técnica para o problema, afastando a possibilidade do Procurador substituir o Promotor, acumulando, de forma absurda, as duas atribuições. Vale registrar, por oportuno, que a atual LONMP, ao contrário da anterior, não

mais veda a convocação de Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituir, por convocação, Procurador de Justiça (arts. 15, V c/c 22, III). É de ver, aliás, que, mesmo ao tempo da vigência da Lei Complementar 40/81, nada impedia a adoção da solução aqui alvitrrada, conforme tive a oportunidade de sustentar quando officiei como suscitante no conflito de atribuições acima referido (apel. cal. 20.029, da 1.ª Câ. Cal. do TACrimRJ) e que mereceu acolhimento da Chefia do *Parquet*. Para um completo exame do tema, que transborda os limites do presente trabalho, torna-se recomendável o estudo doutrinário completo feito a respeito da matéria pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Adolpho Lerner, quando emitiu parecer na ApCrim. de n. 409/93 perante a 4.ª Câmara Criminal do TJRJ. Ali, aquele extraordinário Procurador de Justiça fez um completo levantamento dos autores que se ocuparam da matéria, todos no sentido do posicionamento aqui defendido.⁴

Outra questão que pode surgir antes da fase de parecer, está relacionada com a possibilidade, embora pouco comum, da suscitação de conflito de atribuições entre os órgãos do Ministério Público, que pode ou não envolver a competência de Colegiado para o julgamento da espécie. Quando tal não se dê, a matéria se esgota

4. Parecer do Procurador de Justiça, Dr. Adolpho Lerner, o mais completo e atualizado estudo de que tenho conhecimento sobre a matéria. Atentos à diversidade de atribuições conferidas aos Promotores e Procuradores de Justiça, os doutrinadores, *una voce*, afastam a possibilidade dos últimos substituírem os primeiros na hipótese do art. 600, § 4.º do CPP; Magalhães Noronha, Fernando da Costa Tourinho Filho, Sergio de Andrea Ferreira, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Demoro Hamilton, Geraldo Batista de Siqueira, Hugo Nigro Mazzilli e outros. As indicações bibliográficas respectivas constam do parecer em tela a ser publicado na *Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça*.

no âmbito administrativo — com evidentes reflexos processuais! — do Ministério Público, uma vez decidida pelo Procurador-Geral. Em caso contrário, melhor será, porque mais prático, que o Procurador de Justiça suscite, desde logo, conflito de competência ou de jurisdição, conforme o caso (arts. 113, 114, 115, II e 116 do CPP). Vale observar que, quando se tratar de conflito negativo de atribuições em sentido estrito (a ser dirimido no âmbito do próprio Ministério Público) ele deverá ser suscitado nos próprios autos, tal como ocorre com o conflito entre juízes e tribunais (art. 116, § 1.º do CPP), uma vez que não haverá qualquer prejuízo para o andamento normal do recurso, até que o incidente ganhe deslinde.

Outro cuidado a ser tomado pelo Procurador de Justiça, ainda na fase que antecede ao parecer, relaciona-se com a aplicação da regra do art. 601, § 1.º do CPP, que obriga o traslado dos autos sempre que houver mais de um réu, desde que todos não tenham sido julgados ou, uma vez julgados, não tenham, todos, apelado. Em tal caso, ao apelante caberá promover a extração do traslado dos autos. A exigência legal é compreensível, uma vez que a execução penal deverá ter início em relação ao(s) réu(s) que não apelou(aram); já em relação aos imputados ainda não julgados a providência encontra sua razão de ser uma vez que não haveria sentido que se sustasse o andamento do apelo do co-réu já julgado. Com o advento da Lei de Execução Penal, o traslado em questão torna-se dispensável desde que o juiz do processo de conhecimento tome o cuidado de mandar expedir de guia de recolhimento para a execução, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória para o co-réu (art. 105, da LEP), guia que deverá conter os requisitos do art. 106 da LEP. Em caso contrário, o traslado torna-se necessário pelas razões já expostas.

Ainda nessa fase que precede a elaboração do parecer há, ainda, um cuidado que o Procurador de Justiça deve tomar; refiro-me aos casos de recurso em sentido estrito em que, no juízo *a quo*, não ocorreu o chamado juízo de retratação (art. 589 do CPP). É muito comum tal omissão, que, muitas vezes, decorre até de esquecimento, em razão do notório volume de serviço do foro. O fundamento da providência decorre do fato de que, uma vez ocorrida a retratação e incorrendo recurso da parte contrária (art. 589, parágrafo único do CPP), o recurso em sentido estrito perderia objeto. Por que, então, perder tempo emitindo um parecer que pode ser desnecessário?

Merece destaque nesta fase que antecede a lavratura do parecer, o exame que deve merecer o art. 32, inciso VIII do Regimento Interno do Tribunal de Justiça-RJ. Dispõe o aludido dispositivo que compete ao relator do feito “decidir o pedido ou recurso que haja perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do Tribunal, cabendo dessa decisão agravo regimental para o órgão colegiado”.

O referido inciso, introduzido no Regimento Interno do Tribunal de Justiça-RJ, no expediente do Órgão Especial do dia 28.5.91, tem, iniludivelmente, o objetivo de desafogar as pautas de julgamento e a tramitação de recursos que, previamente, estarão fadados ao insucesso ou à falta de objeto. É medida inteligente e que atende, sem sombra de dúvida, aos reclamos da melhor economia processual. Na Câmara onde exerço atribuição vem sendo usado com parcimônia e bom senso, atendendo, plenamente, a finalidade para a qual foi criado.

Não há negar, porém, que a constitucionalidade do aludido dispositivo regimental é discutível, pois que subtrai do juiz natural (Órgão Colegiado respectivo)

o julgamento do pedido ou do recurso. Nem se argumente que da decisão do relator cabe agravo regimental para o órgão colegiado respectivo, pois este é o juiz natural do feito, que dele deve conhecer originariamente e não pela via recursal.

Pois bem: antes de emitir parecer, o Procurador de Justiça deverá ter o cuidado de examinar se o pedido ou o recurso não se enquadra, de forma inequívoca, nas condições do art. 32, VIII do RITJ/RJ, evitando, com isso, perda de tempo na elaboração de um parecer desnecessário. Para que tal se dê, nunca é demais repetir, caberá ao parecista examinar se a hipótese, sem sombra de dúvida, encontra agasalho nas exigências regimentais.

Não tenho, evidentemente, a pretensão de examinar todas as situações jurídicas que possam ocorrer antes da fase de emissão do parecer propriamente dito. Procurei, aqui, enumerar algumas que ocorrem mais comumente, fruto da minha já longa experiência como Procurador de Justiça em Câmara Criminal.

7. Estando o feito “maduro” para receber parecer de mérito, pode-se começar a examinar a técnica do parecer, desenvolvendo a forma com que a fala do Ministério Público deve ser apresentada perante os Tribunais. Já ficou assinalado, no início do presente trabalho,² que, ao contrário do que ocorre com a sentença (arts. 381, 386 e 387 do CPP) e com o acórdão (art. 617 do CPP), a nossa lei processual penal não se ocupou do parecer, deixando de traçar normas a respeito do seu conteúdo, limitando-se a fixar os prazos para a opinativa e o tempo, em minutos, que o Procurador disporá para a sustentação oral perante o Colegiado. A antiga LONMP (LC 40, de 14.12.81) dispunha em seu art. 22, II, ser dever dos membros do Ministério Público “obedecer rigorosamente, nos atos em que officiar, à formalidade exigida

dos juízes na sentença, sendo obrigatório em cada ato fazer relatório, dar os fundamentos, em que analisará as questões de fato e de direito, e lançar o seu parecer ou requerimento”. Pecava, a meu ver, pelo excesso, pois seria prosaico exigir-se do membro do Ministério Público que, para desistir de uma testemunha, por exemplo, fizesse relatório ou que, para um simples requerimento de diligência, sem maiores indagações, obedecesse a todas aquelas formalidades. Para tais providências as exigências seriam as mesmas que um juiz deve guardar em seus despachos de expediente. Portanto, quando a lei falava em “cada ato” haveria que ser entendida como referindo-se a atos substanciais do processo, tais como alegações finais, razões de recurso, requerimento de providência coercitiva cautelar (de caráter pessoal ou real), parecer diante dos Tribunais e *quid genitu*. A atual LONMP (Lei 8.625, de 12.2.93) estabelece como dever do membro do Ministério Público “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal” (art. 43, III). A redação do novo texto legislativo parece-me mais feliz que a do anterior mas também não é a ideal. Por ela deduz-se que somente quando das alegações finais ou na fase recursal é que deverão ser exigidos aqueles requisitos de forma. Na verdade não é bem assim que ocorre. Pode acontecer que uma diligência, que envolva matéria de maior complexidade, exija longa fundamentação. Que dizer das cautelares? O requerimento de prisão preventiva, por exemplo, deve, sempre e sempre, ser bem fundamentado por parte do membro do Ministério Público. Porém, nenhum dos dois casos acima citados envolve manifestação final ou recursal do Ministério Público. Assim deve ficar entendido que o membro do Ministério Público deve indicar os fundamentos de fato (*y compris*, o relatório) e de direito

de seus pronunciamentos processuais sempre que tal se fizer necessário, tais como: alegações finais, manifestações recursais (razões e pareceres), requerimentos de providências cautelares de caráter pessoal ou real e em situações jurídicas assemelhadas. Nos demais casos, sua cota não deve ser diferente do mero despacho de expediente do juiz.

Last but not least, é de ressaltar que a Constituição Federal exige dos membros do Ministério Público a indicação dos “fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VIII). Portanto, a exigência, além de lógica e ontológica, assume, atualmente, o caráter de norma Constitucional, que deve ser observada, regulada e interpretada segundo critérios seguros, não ficando à mercê de cada um ofertar o parecer como bem lhe aprouver.

8. Como deve, então, ser apresentado o parecer do Procurador de Justiça perante os Tribunais? De que requisitos deve ele estar revestido? Que requisitos formais são exigíveis quando da opinativa? Que cuidados devem cercar a fala do Ministério Público perante o segundo grau de jurisdição?

Na tentativa de encontrar respostas para tais indagações é que este trabalho ganhou vida, fruto, como já disse, da minha experiência e, portanto, correndo os riscos do empirismo, já que pouco, ou quase nada, encontrei na doutrina e em nossas leis, mesmo naquelas que se ocupam especificamente da Instituição.

O parecer deve ser identificado ou individualizado em seu cabeçalho. Ali estarão indicados: a) o Tribunal (de Justiça ou de Alçada Criminal) para o qual é dirigido o recurso; b) o órgão Colegiado do Tribunal (Câmara ou Seção Criminal no Tribunal de Justiça e Câmara ou Grupo de Câmaras Criminais no Tribunal de Alçada); c) a natureza do recurso (apelação, embargos etc. ...) e d) o nome partes recorrente(s) e recorrido(s).

Jamais deverá ser usada a expressão jurássica “Justiça Pública” para identificar a Instituição do Ministério Público quer como parte no recurso quer como fiscal da lei.

Segue-se a indicação: “Parecer”. É que, como vimos, nem sempre o processo encontra-se em condições de receber, desde logo, parecer (6 supra), necessitando providências prévias. Em ocorrendo esta última hipótese, a postulação deve receber o título de “Requerimento”. O requerimento deverá ser dirigido ao Relator do feito e não ao Colégio, visto que se insere entre as providências típicas do Relator, todas de natureza ordinatória do processo.

9. Identificado o parecer, segue-se a apresentação da Súmula, onde estarão indicados *todos* os pontos relevantes do pronunciamento, ferindo, basicamente, as questões de direito que o *thema* envolve. Os fatos, quando da Súmula, só devem ser referidos quando indispensáveis à perfeita compreensão da *quaestio juris*. A Súmula, como o vocábulo está a indicar, é um resumo das questões versadas no parecer. Há quem use a palavra ementa para designar tal síntese, já que ela é, também, um apontamento ou um resumo típico dos acórdãos, onde são enunciados, de forma resumida, os pontos básicos focalizados no julgamento. Há puristas, no Ministério Público, que se insurgem contra o uso do vocábulo ementa para o resumo feito nos pareceres, justamente porque, tradicionalmente, tal vocábulo foi reservado para os acórdãos dos juízes. É certo que a palavra “súmula” também pode gerar confusão, vez que usada, comumente, para indicar a jurisprudência consolidada e pacífica de determinado Tribunal. É nesse sentido que se fala, por exemplo, na Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal ou na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. As súmulas são numeradas e indicam, em breve

enunciado, o entendimento jurisprudencial de determinado Tribunal a respeito de certa questão jurídica. Nosso Ministério Público, também, nos termos da Res. 407, de 17.10.90, adota a expressão "Súmula MP", onde são consolidadas as teses jurídicas aprovadas nos termos daquela Resolução, valendo como orientação, sem caráter normativo, para a Instituição, para efeito de interposição de Recurso Especial ou de Recurso Extraordinário. Portanto, também, a palavra "súmula" pode prestar-se a equívocos. Que tal resumo? É mera sugestão. À falta de qualquer previsão legal sobre a matéria, penso que não haverá heresia no uso das designações ementa, súmula, resumo, índice de assuntos ou, quem sabe?, outra melhor. Comumente, no entanto, até por assemelhação com os julgados dos tribunais, usa-se a expressão "ementa do parecer", embora, repito, por muitos criticada. A ementa, como já ficou assinalado, deve preceder o parecer propriamente dito em todos os recursos. Apenas em um caso poderá ser dispensada; refiro-me aos casos de *habeas corpus*, onde, como sabido, o Ministério Público dispõe de prazo exíguo para emitir parecer (2 dias), tendo em conta a regra do art. 1.º do Dec.-lei 552, de 25.4.69. É certo que os acórdãos, em tais casos, também apresentam ementa. Porém, o acórdão só vem a ser redigido, obviamente, após o julgamento, dispondo o redator do mesmo tempo necessário para a elaboração de um trabalho mais cuidadoso. Nada impede, porém, que o Procurador de Justiça, mesmo nos casos de *habeas corpus*, apresente sua súmula, desde que disponha de infra-estrutura para tal.

10. Concluída a ementa, o Ministério Público dirige-se ao órgão colegiado julgador, usando as expressões "Egrégia Câmara", "Egrégia Seção Criminal" ou "Egrégio Grupo de Câmaras", conforme o caso. O Regimento Interno do nosso

Tribunal de Justiça estabelece que "Ao Tribunal de Justiça, ao Órgão Especial, às Seções, aos Grupos de Câmaras, às Câmaras e ao Conselho da Magistratura cabe o tratamento de "Egrégio", e aos seus membros o de "Excelência" (art. 18). Igual tratamento será deferido aos órgãos colegiados e aos juízes dos Tribunais de Alçada, respectivamente. Aliás, os membros do Ministério Público, entre outras prerrogativas, devem "receber o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais oficiem" (art. 41, I da LONMP). Excelência parece-me tratamento excessivamente obsequioso e gongórico, pois traduz perfeição para quem é assim referido. Costumo dizer que excelente só Deus, pelo menos para os adeptos do gnosticismo. Para meu gosto seria melhor dizer "Senhor Juiz", "Senhor Promotor", "Senhor Procurador", "Senhor Desembargador" etc. ... O tratamento seria, igualmente, formal e respeitoso, porém mais compatível com o tempo em que vivemos e menos subserviente. Porém, ao parecista, incumbe cumprir a lei e deferir à Magistratura e a seus pares o tratamento adotado pela lei.

11. O parecer deve seguir uma numeração, isto é, ser articulado de maneira que possa facilitar ao seu prolator a referência a seus diversos tópicos sem a necessidade da repetição do texto ou da matéria antes versada. Veja-se o exemplo: o item "1" indicaria o procedimento recursal; o item "2" cuidaria das preliminares; o item "3" do mérito; o item "4" das penas e o item "5" reuniria a proposta final do Ministério Público ao órgão julgador. Tratei de oferecer um exemplo bem singelo, pois, conforme o caso, o parecer pode desdobrar-se em inúmeros outros itens, em função da complexidade das diversas questões nele versadas. Cada caso é um caso. No entanto, comumente o parecer segue a rotina acima apontada, desde que, evi-

dentemente, pretenda a condenação do réu. Em caso contrário, o item "4", acima ventilado, perderia sentido.

12. O parecer propriamente dito tem início com o histórico do procedimento recursal. Ainda uma vez sirvo-me do exemplo para bom entendimento. Vejamos: o réu, ora recorrente, foi condenado pelo Juízo da 5.^a Vara Criminal da Comarca da Capital às penas de 5 anos de reclusão e 70 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76, em regime integralmente fechado (fls. 79/80). Inconformado, apela em recurso amplo (fls. 85), arguindo preliminar de nulidade do processo, que, abaixo, será objeto de destaque e exame e, quanto ao mérito, postulando a reforma do *decisum* ou, quando menos, a redução das penas e a adoção do regime semi-aberto. contra-razões do Ministério Público refutando a prévia e, quanto ao mérito, pugnando pela manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos. E os autos subiram ao Tribunal. Este o procedimento recursal até o momento.

É óbvio que o rito do recurso será mais ou menos amplo em razão de maior ou menor complexidade do feito criminal. Este seria o item 1 do parecer.

13. Segue-se o exame das preliminares. Estas podem ser absolutas ou relativas. As primeiras devem ser argüidas *ex officio* pelo Procurador de Justiça uma vez que voltadas para matéria de ordem pública; as outras dependem de arguição da parte.

A questão prévia ou questão preliminar envolve, como o nome está a proclamar, matéria a ser examinada antes da discussão do mérito. O Código de Processo Civil (art. 560) deixa claro que não se conhecerá do mérito se incompatível com a decisão da preliminar. Prevê, porém, a possibilidade de sanatória de nulidade, ao dispor sobre a conversão do julgamento

em diligência, com a remessa dos autos ao juiz, a fim de sanar o vício (art. 560, parágrafo único do CPC). Nosso Código de Processo Penal, embora com menos técnica, prevê, também, tal possibilidade, em seu art. 616, ao aludir que, no julgamento das apelações, o Tribunal poderá proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou "determinar outras diligências". A fórmula ampla "outras diligências" permite encontrar solução para sanar eventual nulidade. As questões preliminares envolvem gama indeterminada de assuntos. Aqui, sem ordená-los por precedência técnica, enumeramos alguns deles, à guisa de exemplo: vício de citação, falta de jurisdição, incompetência, causas extintivas da punibilidade, coisa julgada, litispendência, incapacidade da parte, defeito de representação, carência de ação etc. ...

As questões preliminares em sentido estrito cogitam dos pressupostos processuais (de existência ou de validade) da instância. Porém, nem toda a preliminar envolve matéria processual. A questão prévia pode ocupar-se do mérito, como *exempli gratia*, quando nela se argúi a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, atingindo, pois, o próprio direito de punir do Estado. É o que se costuma chamar de "preliminar de mérito", eis que não versa a respeito de qualquer questão processual. O assunto não apresenta tranquilidade na doutrina, pois muitos vislumbram, em tal caso, mera carência de ação. De qualquer forma, para os fins do presente trabalho, o que interessa registrar é que o *thema*, necessariamente, terá que ser examinado em linha de preliminar. Igualmente as questões prejudiciais, homogêneas ou heterogêneas, exigirão exame prévio, muito embora não revistam o caráter de matéria processual mas de tema de mérito. Como de fácil observação, o exame da questão preliminar ou prévia é abrangente, assumindo aspecto proteiforme, que não se esgota somente com a observação de

questões processuais. Duas preliminares, no entanto, a todos precedem: as relacionadas com a suspeição e com a competência. A primeira a todas antecede (arts. 103 c/c 96 do CPP) por razões que me parecem evidentes, seguindo-se, então, a relacionada com a competência, caso, evidentemente, em caráter excepcional, haja arguição de ambas.

As preliminares devem ser postas em ordem de precedência tendo em conta a exclusão de umas sobre as outras. Por exemplo: se a nulidade de citação for argüida, o exame daquela nulidade, à toda evidência, deve preceder a análise de uma outra prévia envolvendo, por exemplo, a não-abertura de vista para a defesa no prazo de alegações finais, pois, uma vez acolhida a primeira, a outra perde objeto.

A nulidade pode importar em prejuízo para a acusação ou para a defesa, independentemente de arguição da parte quando versar sobre nulidade absoluta ou questão absoluta, como por exemplo, a nulidade de citação. Em tal caso, cabe ao parecerista argüi-la, ainda que o assunto não tenha sido objeto de debate pelas partes ou de exame na sentença.

Pode parecer estranho que o Ministério Público possa argüir nulidade em benefício da parte contrária, tendo em conta a regra do art. 565 do CPP. Porém, a vedação contida no aludido dispositivo não se aplica ao Ministério Público pois, em tal hipótese, ele não está atuando como parte instrumental do processo mas sim como fiscal da fiel observância da lei (art. 257 do CPP), velando pelos direitos do réu, assegurados na Constituição Federal (arts. 129, II c/c 5.º, LIV e LV), dentre os quais avulta a garantia ao devido processo legal. Aliás, mesmo antes da vigência da atual Constituição Federal, ninguém, com bom conhecimento sobre a natureza e a finalidade da instituição, jamais pôs em dúvida que pudesse o Ministério Público atuar em favor do réu, tanto que a própria lei

processual já consagrava a possibilidade da impetração de *habeas corpus* pelo Ministério Público (art. 654 do CPP).⁵

14. Terminada a análise da(s) preliminar(es) cabe ao Procurador de Justiça examinar o mérito substancial. É que, ao prolatar o parecer, o Procurador não tem, obviamente, conhecimento se o Tribunal vai ou não acolher a(s) prévia(s) suscitada(s), quer seu parecer tenha sido pela procedência das mesmas, quer seu pronunciamento tenha optado pela rejeição daquelas questões. Pouco importa, ainda, se a prévia decorreu de arguição das partes ou dele mesmo, Procurador de Justiça. Em tais hipóteses, o Ministério Público atua de forma semelhante à do juiz vencido, em matéria preliminar, perante o órgão colegiado. Incumbe-lhe, uma vez vencido, examinar o mérito da questão discutida. O exame do mérito do recurso estará limitado à extensão da apelação (art. 599 do CPP), abrangendo todo o julgado ou parte dele. É na petição ou no termo do recurso que a parte sucumbente ou com interesse para recorrer deve estabelecer os limites do apelo (art. 578 do CPP). Se a petição ou termo não estabelecer qualquer restrição à amplitude do apelo, entende-se que o recurso é amplo ou pleno. É o que ocorre comumente. Vale registrar que, no processo penal, o recurso é bifásico: há o momento da interposição e o das razões. Portanto, recomenda-se, especial cuidado quando da interposição da apelação pois será ela que irá ditar o limite de conhecimento do recurso, dando-lhe ou não efeito devolutivo integral. Refiro-me somente à apelação uma vez que os demais recursos, por sua própria natureza, apresentam, sempre, objetivo específico.

Há, porém, uma hipótese em que a regra geral que preside as apelações não

5. Sobre a matéria, veja-se o completo estudo do Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, in op. cit., n. 2, *passim*.

encontra aplicação. Tal ocorre em relação ao apelo interposto contra as decisões do Tribunal do Júri.

Com efeito, o apelo do Júri reveste singularidade que exige exame especial. Ao contrário do que ocorre com os demais procedimentos recursais, a apelação no Júri tem natureza restrita, não devolvendo ao Tribunal o conhecimento integral da causa julgada em primeira instância. Sendo o apelo limitado, deve o recorrente, quando da interposição, indicar, expressamente, por qual permisso processual, dentre aqueles indicados no art. 593, III, letras "a" a "d" do CPP, manifesta seu inconformismo. Cabe, assim, ao parecerista, especial cuidado quando do exame da apelação nos casos de Júri, pois estará vinculado, necessariamente, aos termos da interposição do apelo (por petição ou por termo) pelo sucumbente. Tem sentido, aqui, outra observação que me parece relevante: ainda que a interposição da apelação aluda à letra "a" (ocorrência de nulidade posterior à pronúncia), a arguição de nulidade, em tal hipótese, não é matéria de preliminar mas, sim, integra o próprio mérito do recurso. É outra peculiaridade do apelo no Júri que deverá ser levada em conta pelo parecerista ao dispor sua *opinio delicti* perante o segundo grau de jurisdição.

15. Fixado o limite do recurso, deve o Procurador de Justiça apresentar o relatório sucinto do fato, nos limites do recurso. Se a apelação for plena, como costuma acontecer, cabe-lhe transcrever a *causa petendi*.

No exame do fato e na indicação das provas deve evitar a transcrição de depoimentos. Eles já estão nos autos, sendo ocioso e repetitivo renová-los. Basta dar ênfase ao que interessa para o processo, fazendo referência à página dos autos em que se encontra a peça citada. Evita-se, com isso, a repetição desnecessária do que já se encontra nos autos, alongando-

se, desnecessariamente, o parecer. É obrigação do Ministério Público (assim como do juiz) indicar a página dos autos em que se encontra a prova indicada, tornando precisa a sua fala. É questão de respeito para com as partes. Impõe-se, igualmente, que o parecerista guarde absoluta fidelidade nas referências feitas às peças dos autos, sem lhes acrescentar ou omitir qualquer dado.

Segue-se a valoração penal do fato por parte do parecerista. Também aqui impõe-se evitar transcrições de acórdãos, ementas e citações doutrinárias na íntegra. Dá-se a idéia básica da tese defendida e da sua aplicação ao caso concreto da forma mais breve possível, com a indispensável indicação da fonte doutrinária ou jurisprudencial. No particular, quando da referência à fonte, impõe-se o maior cuidado. Dela devem constar a indicação da obra, do autor, do volume da obra, da página, do editor, do local e do ano da edição bem como da tiragem, de maneira a ensejar pronta consulta ao interessado que deseje aprofundar-se no exame da citação. Permite-se, quando muito, referência sucinta a nomes consagrados da literatura jurídica nacional ou estrangeira, como Hungria, Tourinho, Damásio, Fragoso, Frederico Marques, ou, ainda, Manzini, Asúa e Antolisei, aqui citados à guisa de exemplo, sem a necessidade da transcrição integral de seus famosos nomes, de todos conhecidos. Diga-se o mesmo das editoras de projeção nacional, também conhecidas por todos os que militam no mundo jurídico. É questão de amor à brevidade, tendo em conta o volume de serviço que assoberba o Ministério Público.

16. Concluído o exame do fato e do direito aplicável à espécie, se o parecerista entender que o caso enseja a condenação do réu, incumbe-lhe examinar o núcleo do mérito, isto é, a(s) pena(s) que o réu se faz merecedor. Portanto, ao lado do exame do mérito substancial (14, *supra*),

o parecerista está obrigado a indicar ao Tribunal a(s) pena(s) que lhe parece justa, seguindo os critérios de dosimetria indicados, didaticamente, no art. 68 do CP. Torna-se desnecessário frisar que se a pena for mínima (dosada no mínimo legal) ou se nada há para retificar em relação à sanção penal imposta, basta, apenas, abordar o tema em tópico destacado, seguido de breve observação. Pode ocorrer, ainda, que a pena seja merecedora de censura mas que, em face da preclusão, não mais possa ser tocada. Nesse caso, nada impede a referência à matéria com a indicação de que o tema está coberto pelo manto da preclusão.

Em se tratando de pena privativa de liberdade, impõe-se, também, o exame do regime (inicial ou integral) do cumprimento da sanção corporal.

É evidente que se o parecerista manifestar convencimento de que o caso comporta absolvição, fica ele eximido, por razões óbvias, de examinar a sanção penal imposta no primeiro grau de jurisdição ou de propor qualquer outra perante o Tribunal, já que estaria violentando sua própria consciência. Vale anotar que, nesse momento, não mais se encontra em jogo matéria preliminar mas sim o mérito da acusação. Caso o Tribunal discorde do pensamento do Ministério Público, entendendo ser hipótese de condenação, cabe-lhe decidir o caso como entender de direito, ficando o parecerista desvinculado da complementação do parecer no que respeita à sanção penal.

Uma vez fixada a pena proposta, impõe-se ao parecerista examinar os eventuais efeitos secundários da condenação. Tais efeitos são, também denominados de efeitos reflexos ou acessórios. Como sabido, eles podem ser de natureza penal ou extrapenal. Assim, por exemplo, se o réu estiver no gozo do *sursis* por outro processo, cabe ao parecerista requerer ao Tribunal que dê ciência ao juiz das execuções da eventual condenação, para os fins do art. 81, I e § 1.º do CP. Nesse

caso estaríamos diante de um efeito penal da condenação.

Pode, também, postular, se for o caso, o confisco, cogitado no art. 91, II do CP. Seria um efeito secundário extrapenal da condenação, já que de natureza civil. Tudo dependerá, evidentemente, dos limites do recurso, isto é, até que ponto o efeito devolutivo foi concedido ao Tribunal para a tomada de todas aquelas providências.

Ao lado dos efeitos secundários, cabe, por fim, ao parecerista postular ao Tribunal a aplicação de duas regras básicas que defluem da condenação, que são consequência lógica da condenação. A primeira consiste na imposição ao vencido na lide do pagamento das custas do processo, tal como determinado no art. 804 do CPP. O único vencido que não é condenado a pagar custas é o Ministério Público, por razões óbvias. A segunda consequência será a inclusão do nome do imputado no rol dos culpados após a condenação definitiva (art. 5.º, LVII da Constituição Federal). A condenação definitiva, como sabido, só se dará após a ocorrência da coisa julgada formal.

17. Outra providência, esta com caráter eventual e episódico, que o parecerista deve tomar, consiste na postulação ao Tribunal da tomada de providências judicialiformes, objetivando apurar irregularidades administrativas ou até mesmo infrações penais verificadas no curso do processo. Em relação aos crimes e contravenções há texto expresso na lei processual básica determinando a providência por parte dos juízes (art. 40 do CPP). Tal se dará, evidentemente, quando verificada a existência, em tese, de crime de ação pública incondicionada. O dispositivo em tela é decorrência lógica da observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal. As providências judicialiformes, também chamadas de atividade judiciária em sentido estrito,

são atos não-jurisditionais praticados pelos juízes. Consistem em atividade anômala do Poder Judiciário, que, em um processo penal moderno, dele deverão ser retiradas, concentrando-se no Ministério Público, pois a *persecutio criminis* é atividade administrativa típica do Ministério Público; não do juiz. Juiz julga.

É preciso observar que, caso o Tribunal se omita no atendimento à providência judicialiforme pretendida pelo Ministério Público, nada impedirá que o próprio órgão de atuação do Ministério Público perante o Tribunal traslade peças do feito criminal e as remeta para o Procurador-Geral, para que, se for o caso, tenha início a persecução criminal pretendida, uma vez que, ao Judiciário, não cabe vedar tal atividade persecutória, salvo em caso de evidente e inequívoco abuso de autoridade. Cabe-lhe, isto sim, rejeitar a futura ação penal proposta mas nunca obstar a investigação criminal por parte do *Parquet*, assegurada na Constituição Federal (art. 129, I e VIII).

18. O parecer tem sua conclusão com a(s) proposta(s) final de julgamento por parte do Ministério Público. Caso a opinativa tenha sido articulada, isto é, dividido em tópicos numerados, a referência aos diversos temas versados torna-se extremamente fácil, propiciando pronta indicação da prestação jurisdicional pretendida. Em caso contrário, caberá ao parecerista elaborar uma síntese de tudo aquilo que deseja ver julgado.

O fecho do parecer dá-se com a data, a assinatura e a indicação do cargo do parecerista. Quanto ao último tópico é bom que se registre que, atualmente, o Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria pode substituir o Procurador de Justiça, em caso de licença ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça (art. 22, III da LONMP). Em ocorrendo tal situação, cabe ao órgão de execução apor, após a assinatura, o seu cargo, usando a expres-

são "Promotor de Justiça no exercício da Procuradoria de Justiça".

19. Seja-me concedido, ao final dessas despretenciosas observações sobre a forma do parecer, veicular algumas ponderações, que entendo sumamente úteis para o parecerista, no dia-a-dia do seu estafante trabalho, nem sempre destacado com o merecido relevo.⁶ São cuidadosos, que, no meu entendimento, podem prevenir desnecessários aborrecimentos. A vida, por si só, já é extremamente difícil. Por que, então, torná-la mais arestosa?

a) A primeira observação que me vem à mente refere-se à redação do parecer. Ela deve ser, na medida do possível, sóbria e clara. O parecer, em outras palavras, deve revestir caráter substantivo. Evite-se, tanto quando possível, o uso de adjetivação agressiva para com o réu. Afinal, *reus res sacra*. Por mais hedionda que seja a infração penal, o parecerista deve contar sua pena, policiando sua linguagem, ciente de que o processo nasceu, justamente, como forma civilizada de composição dos litígios. E esta há de ser uma fórmula que deve ser preservada a todo o custo. Como diziam os Doutores da Igreja Católica, "odeio o pecado mas amo o pecador". No processo penal não deve haver diferença: puna-se, com justiça, a infração penal mas trate-se o réu com caridade. Aplique-se a máxima *fortiter in re, suaviter in modo*.

6. Nesse ponto merece especial destaque a Eg. 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal, onde exerci, como Titular, a Procuradoria de Justiça por quase 5 anos (novembro de 1982 a março de 1987), pelo apreço que, sempre, conferiu aos pareceres do Ministério Público e pelo fidalgo tratamento deferido a seus membros. Na impossibilidade de homenagear a todos os juízes com quem servi, destaco, de forma especial, os Presidentes da 1.ª Câmara, naquele período, os atuais Des. José Lucas Moreira Alves de Brito, Dalmo Silva e Américo Augusto Guimarães Canabarro Reichardt.

b) Parece-me desnecessário ressaltar o respeito que é devido aos nossos colegas de Instituição, aos magistrados e aos advogados. A censura que se tenha que fazer ao trabalho de qualquer um deles deve limitar-se à chamada crítica científica. Sempre que um deles afastar-se dos parâmetros da boa educação, do respeito e da ética, o parecerista deve dirigir-se aos órgãos corregedores de cada uma das instituições a que estão os mesmos subordinados, evitando o uso de linguagem desabrida no processo. Uma coisa é certa: não se pode exigir elegância de atitude da parte de quem não a tem. Daí o caminho alvitado, pois de nada adiantará expor idéias para um aldravão. As "Escrituras" ensinam, com propriedade, que "não se atirem pérolas aos porcos". Se o diálogo culto e elegante não for possível, evite-se o "bate-boca" e tome-se a via da correição.

c) Outro aspecto a ser considerado relaciona-se com o tratamento diferenciado que merecem nossos colegas de Ministério Público. A LONMP determina que os Procuradores exerçam inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem, remetendo relatório à Corregedoria-Geral do Ministério Público (art. 19, § 2.º). Nos relatórios que envio bimestralmente à Corregedoria do Ministério Público (Portaria "E" n. 4, de 29.3.74), passei, a partir deste ano (1994), em obediência à lei, a elogiar colegas que, no anonimato dos processos desconhecidos, se destacam em seu trabalho. Antes já tomara tal providência, porém agindo de forma empírica. O Procurador de Justiça pode, também, optar por remeter, ao final do ano, a relação completa dos nomes dos nossos colegas que se destacaram no período, de preferência tomando por base processos sem repercussão, pois justamente aí é que se pode melhor auferir o valor intelectual e a dedicação ao serviço público por parte dos nossos colegas.

Ao lado dessa salutar providência, impõe-se, também, que o parecerista ressalte, quando do opinamento, no próprio corpo do parecer, o trabalho do Promotor de Justiça, citando, inclusive, seu nome, sempre que se deparar com um bom pronunciamento de nossos colegas. É dever de justiça e incentivo para o colega mais novo.

d) Outra observação final, que entendendo oportuna, está ligada ao parecer do Procurador de Justiça nos processos do Júri. Costuma-se dizer que o Relator deve ter cuidado para, quando do seu voto, não influenciar o jurado em futuro julgamento. É possível que tal afirmação apresente foro de verdade uma vez que o Tribunal decide, bem ou mal julga a matéria que lhe é apresentada, e, como tal, pode exercer considerável influência sobre o jurado. Porém, a orientação, que pode ser boa para o julgador, não serve para o Ministério Público. O parecer do Procurador de Justiça deve ser fundamentado, tal como ocorre nos demais casos, uma vez que a opinativa não se dirige ao jurado mas ao Tribunal. Assim, por exemplo, se o réu é absolvido pelo Tribunal do Júri e o Ministério Público perante o primeiro grau de jurisdição apela com fulcro na letra "d" do permissivo processual (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), o parecerista, se entender que o órgão do *Parquet*, recorrente, está com a razão, deve fundamentar sua *opinio*, tal como faria em qualquer outro caso, de maneira a convencer o Tribunal de que o recurso está a merecer provimento. Se, mais tarde, eventualmente, tal parecer vier a ser citado, no Júri, como adminículo para a acusação, pouco importa. Diga-se o mesmo sobre a fundamentação do parecer no caso de recurso contra a pronúncia ou a impronúncia. O defeito insolúvel que existe no processo do júri reside na "interação esquizofrênica" que a lei procurou estabelecer entre o juiz togado e o juiz leigo, gerando situações

esdrúxulas, já que, embora de forma limitada, permite a intervenção do Tribunal atuando, às vezes, como verdadeiro *judicium rescindens*. Na verdade a instância superior atua, em certos casos, como verdadeira *giurisdizione regolatrice*, verificando se ocorreu ou não *error in procedendo* (letra “a”) ou *error in judicando* (letra “d”), apenas rescindindo o julgamento e determinando a realização de novo júri, por outros jurados. Outras vezes dá-se ao Tribunal poder de correção plena (arts. 593, § 1.º e 2.º do CPP), pois que, aí, encontra-se em jogo exame de ato do juiz de direito que presidiu o Júri.

e) Outra anotação importante diz respeito aos casos de aplicação de medida de segurança. Quando do exame do conteúdo do parecer, procurei dar ênfase ao tópico relacionado com a aplicação da pena (16, supra), ou seja, ao núcleo do mérito. Ocupei-me, como era natural, da hipótese mais correntia, tanto mais que, diante do novo regime adotado na Parte Geral do Código Penal, os imputáveis não mais estão sujeitos à medida de segurança. Assim, na atualidade, tendo em conta que a reforma penal de 1984 adotou o sistema vicariante ou unitário, somente ocorre a imposição de medida de segurança aos inimputáveis e aos *demi-fous*, nos termos dos arts. 96 e ss., do CP. Dessa forma, se for o caso, caberá ao parecerista ocupar-se do tema, indicando a espécie de medida de segurança aplicável à hipótese, opinando, inclusive, sobre o prazo mínimo de duração da medida, se o caso exige internação, se o agente está sujeito a tratamento ambulatorial ou, ainda, em se tratando de agente semi-responsável (art. 26, parágrafo único do CP), qual caminho deve ser seguido por força do sistema vicariante: pena reduzida ou medida de segurança. Como de fácil observação, uma gama bem ampla de situações jurídicas podem ocorrer, exigindo, por isso mesmo, do parecerista exame acurado do

caso concreto. Seria ocioso ressaltar que tais providências relacionadas com a medida de segurança só terão condições de aplicação se houver a prática de fato descrito como crime e se presente a periculosidade do sujeito.

f) Pode ocorrer, ainda, que, eventualmente, tenha o parecerista de manifestar-se a respeito da fiança prestada no curso do processo ou mesmo antes do ajuizamento da ação. Seu posicionamento, em ocorrendo a hipótese, irá variar, evidentemente, em função da posição que assumir em relação ao mérito. Se a opinativa for no sentido da condenação do réu-afiançado, o dinheiro ou objetos dados como caução ficarão sujeitos ao pagamento das custas do processo (art. 804 do CPP), da indenização do dano *ex delicto* (art. 63 e ss. do CPP) e da sanção pecuniária (arts. 336 c/c 49 e 60 do CPP). Já se o parecer manifestar-se pela absolvição do imputado, sugerirá, em relação à fiança, a aplicação do mandamento contido no art. 337 do diploma processual básico, tão logo passe em julgado a eventual absolvição.

g) Se a *opinio* do parecerista orientar-se no sentido da absolvição do réu, impõe-se a indicação do fundamento legal em que se baseia a posição jurídica do parecer, tomando por base as causas de absolvição enumeradas no art. 386 do CPP. É que, ao lado do aspecto moral, sem dúvida importante para o imputado, há reflexos práticos envolvendo o ressarcimento do dano *ex delicto*, incumbindo, assim, ao Procurador de Justiça manifestar perante o Colegiado julgador, com precisão, o dispositivo legal em que, no seu entendimento, deve encontrar fulcro a eventual absolvição.

h) Ainda quando o parecer sugerir a absolvição, caberá ao órgão do *Parquet* oficiante manifestar-se, se for o caso, no sentido de que seja levantada a medida assecuratória consistente no seqüestro (art. 131, III, CPP), bem como quanto à eventual hipoteca legal (art. 141, CPP).

20. Prolatado o acórdão, o Procurador de Justiça toma ciência pessoal do *decisum*, tal como exige a lei processual penal (art. 800, § 2.º) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 41, IV). Será de todo conveniente que o “ciente” seja posto, sempre que possível, pelo Procurador de Justiça que oficiou no processo emitindo parecer. Ninguém melhor do que ele estará em condições de aquilatar se o caso comporta ou não a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário, manifestações recursais que poderão ser interpostas pelo próprio Procurador de Justiça que oficia no Colégio ou, ainda, por intermédio da Assessoria de Recursos Constitucionais da Procuradoria Geral de Justiça. Somente em caso de licença, férias individuais ou outro motivo legal de afastamento do Procurador de Justiça que oficiou no feito é que um outro Procurador, estranho ao processo, deverá apor “ciente” em acórdão relativo a processo em que não atuou. É mera questão de bom senso. Seria, no entanto, de bom alvitre que a Procuradoria Geral de Justiça, mediante ato normativo, recomendasse ou, até mesmo, determinasse a adoção do critério aqui proposto, com as ressalvas também aqui assinaladas.

21. Nada impede e é até mesmo tudo aconselha que, quando da promulgação de um novo Código de Processo Penal, a matéria, aqui versada, venha a ser regulada, estabelecendo-se, então, as regras processuais que deverão reger o parecer do Ministério Público tal como ocorre, atualmente com a sentença e o

acórdão. É que o tema reveste caráter nitidamente processual, sendo mais adequado, do ponto de vista técnico, tratá-lo em uma lei de processo do que deixá-lo à deriva, fragmentado em preceitos esparsos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Esta, ao contrário, deve abster-se, ao máximo, de tratar a respeito de questões processuais, pois diversa é a sua finalidade.

22. Nem sempre será possível ao parecerista seguir, com rigor, a técnica aqui formulada, pois a riqueza dos casos concretos e a variedade de hipóteses que possam surgir ensejarão mudança de rumo na disposição das matérias ventiladas no presente estudo. Assim, não alimento, nem de longe, a pretensão de haver previsto todas as situações processuais com que se possa defrontar o parecerista. Tal como ocorre com a lei, seja-me permitida a analogia, por mais perfeita que ela seja nunca abrangerá a imensa variedade de hipóteses que possam ocorrer. Daí o trabalho de aperfeiçoamento e de interpretação das leis exercido, habitualmente, pelos doutrinadores e pela jurisprudência. Também aqui, em relação ao parecer, busquei, nestas breves anotações, contemplar as situações jurídicas mais correntes, que, segundo entendo, o Procurador de Justiça terá que enfrentar em seu trabalho diário.

Ficam, no momento, registradas algumas regras básicas que poderão servir para nortear o parecerista criminal, na esperança de que elas possam ser úteis aos meus colegas do Ministério Público.

3 — XV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

DELITOS CONTRA O MEIO AMBIENTE — APLICAÇÃO DA PARTE GERAL

PROJETO DE RESOLUÇÃO

SEÇÃO I

PREÂMBULO

O XV Congresso Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro, Brasil, de 4 a 10.9.94:

- Considerando os riscos crescentes para as gerações presentes e futuras, sua saúde e o meio ambiente do qual elas são parte, representados pelas atividades industriais e similares;

- Considerando a preocupação mundial com a degradação do meio ambiente causada, *inter alia*, pelos delitos cometidos contra o meio ambiente, em infração das leis nacionais e internacionais;

- Considerando os recentes avanços no sentido do reconhecimento de delitos contra o meio ambiente nos códigos penais nacionais e nas leis de proteção ambiental, bem como nas convenções, recomendações e resoluções internacionais;

- Considerando a Resolução 77 (28) do Conselho Europeu sobre a Contribuição do Direito Penal à Proteção do Meio Ambiente, a Recomendação 88 (18) sobre a Responsabilidade das Empresas pelos Delitos, a Resolução n. 1 dos Ministros da Justiça Europeus adotada em sua Conferência em 1990 e o trabalho em curso do Conselho Europeu no sentido do desenvolvimento de uma Convenção

Europeia sobre a proteção do meio ambiente através do direito penal;

- Considerando a Resolução n. 45/121, de 1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas que referendou a Resolução sobre a proteção do meio ambiente através do direito penal submetida pelo Oitavo Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; as Resoluções 1993/32 e 1994/15 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e os documentos preparatórios do próximo Nono Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente relativamente ao item da agenda "Ação contra o delito nacional e transnacional econômico e organizado e o papel do direito penal na proteção do meio ambiente";

- Considerando a recomendação constante do relatório da Comissão de Direito Internacional à Assembleia Geral das Nações Unidas, 1991;

- Considerando a desejabilidade do estabelecimento de sanções adequadas para delitos graves contra o meio ambiente e para a reparação do dano a ele causado;

- Havendo analisado as recomendações do Colóquio Preparatório da AIDP sobre aplicação do direito penal a delitos contra o meio ambiente, realizado em Ottawa, Canadá, de 2 a 6.11.92, e deliberado a respeito das mesmas, formula as seguintes

RECOMENDAÇÕES

I — PRINCÍPIO CAUTELAR

1. “Meio ambiente” significa todos os componentes da Terra, tanto abióticos e bióticos, e inclui o ar e todas as camadas da atmosfera, água, terra, inclusive solo e recursos minerais, flora e fauna, e todas as inter-relações ecológicas entre esses componentes.

2. O “Princípio do Desenvolvimento Sustentável”, tal como definido pela Comissão Brundtland e adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1992, requer que o desenvolvimento econômico não se faça às expensas da fruição do meio ambiente pelas gerações futuras.

3. O “Princípio Cautelar” definido pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, requer que onde houver ameaças de dano grave ou irreversível, a falta de plena certeza científica não seja invocada como justificativa para o adiamento de medidas orientadas para a efetividade do custo com vistas a impedir a degradação ambiental.

4. Aos Estados e à sociedade cabe a responsabilidade de assegurar que o Princípio do Desenvolvimento Sustentável e o Princípio Cautelar sejam respeitados por todas as pessoas físicas e jurídicas e pelas entidades públicas que participam de atividades que têm o potencial de causar dano ao meio ambiente.

5. Para assegurar a observância do princípio cautelar, os Estados devem dispor de uma série ampla de medidas exeqüíveis, inclusive incentivos ao seu cumprimento, acordos vigentes, poderes de licenciamento e regulação, e sanções para o não cumprimento das normas estabelecidas. Em casos apropriados, o direito penal poderia ser visto como

propiciador de medidas orientadas para a efetividade de seu custo *vis a vis* a garantia da proteção do meio ambiente.

II — QUESTÕES ESPECÍFICAS RELACIONADAS COM OS DELITOS AMBIENTAIS

1. De acordo com o princípio da legalidade, cumpre haver certeza na definição de delitos contra o meio ambiente.

2. Cumpre fazer uma distinção entre sanções, não incluindo a privação de liberdade e o fechamento punitivo de uma empresa, imposta em virtude da não observância de normas administrativas e regulatórias, e sanções penais, que são impostas no sentido de evitar e punir atos culposos ou omissões que causam sério dano ao meio ambiente.

3. O elemento mental mínimo, com respeito tanto a um ato ou omissão quanto a suas consequências, requerido na definição de um delito contra o meio ambiente sujeito a sanção penal, deve ser conhecimento, intenção, imprudência (*dolus eventualis* ou *culpa gravis* ou seu equivalente nas leis nacionais) ou, em casos que implicam consequências sérias, negligência culposa.

4. O elemento material mínimo nos delitos contra o meio ambiente sujeitos a sanções penais deve ser: a) um ato ou omissão que cause sério dano ao meio ambiente; b) um ato ou omissão que transgrida padrões ambientais estabelecidos e crie um risco real e iminente (concreto) para o meio ambiente.

5. Onde se estabelecer que o acusado de um ato ou de omissão teria conhecimento de que sério dano ao meio ambiente provavelmente resultaria, e tal dano de fato resulta, o cumprimento dos termos de uma licença ou permissão ou de normas e prescrições definidas em regulamentos como justificativa para tal ato ou omissão deve ser razoavelmente limitado.

6. De acordo com o princípio da repressão, as sanções penais devem ser utilizadas tão-somente quando as sanções civis e administrativas e o remédio jurídico for inadequado ou ineficaz para o tratamento de determinados delitos contra o meio ambiente.

III — RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS EMPRESAS PELOS DELITOS CONTRA O MEIO AMBIENTE

1. A conduta que suscita a imposição de sanções penais pode proceder de entidades jurídicas e públicas, bem como de pessoas físicas.

2. Os sistemas penais nacionais devem, sempre que possível no âmbito de sua respectiva constituição ou lei básica, prever uma série de sanções penais e de outras medidas adaptadas às entidades jurídicas e públicas.

3. Onde uma entidade jurídica privada ou uma entidade pública participar de uma atividade que implique sério risco de dano ao meio ambiente, cumpre solicitar às autoridades responsáveis pela gerência e direção de tais entidades que exerçam a responsabilidade de supervisão de modo a evitar a ocorrência de dano, devendo ser as mesmas criminalmente responsabilizadas na hipótese de que sério dano venha a resultar em consequência de sua falta de cumprimento adequado de tal responsabilidade.

ENTIDADES JURÍDICAS PRIVADAS

4. Não obstante a exigência usual de responsabilidade pessoal por infrações delituosas, a persecução de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente deve ser possível, ainda que a responsabilidade pelo crime de que se trate não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade.

5. Onde uma entidade jurídica privada for responsável por sério dano ao meio ambiente, deveria ser possível a persecução dessa entidade por crimes contra o meio ambiente, mesmo que o dano causado resulte de um ato individual ou de omissão, ou ainda de atos cumulativos e/ou de omissões cometidos ao longo do tempo.

6. A imposição de sanções penais contra entidades jurídicas privadas não deve exonerar de culpa os elementos humanos dessas entidades envolvidos na perpetração de delitos contra o meio ambiente.

7. Para minimizar o risco de injustiça decorrente da aplicação desigual de leis sobre delitos contra o meio ambiente, as leis dos países devem especificar com a maior clareza possível os critérios para a identificação dos elementos humanos dentro das entidades jurídicas ou públicas que possam ser responsáveis por crimes contra o meio ambiente cometidos por essas entidades.

ENTIDADES JURÍDICAS PÚBLICAS

8. Onde uma entidade pública, no curso do desempenho de suas funções públicas ou em outras circunstâncias causar sério dano ao meio ambiente ou, em transgressão das normas ambientais estabelecidas, criar para o meio ambiente um risco real e iminente (concreto), deveria ser possível a persecução dos elementos humanos responsáveis pela entidade por um delito contra o meio ambiente.

9. Onde for possível, nos termos da lei básica de um país, responsabilizar as entidades públicas por delitos penais cometidos no curso do desempenho de funções públicas ou em outras circunstâncias, deveria ser possível a persecução dessas autoridades públicas por crimes contra o meio ambiente, ainda que a responsabilidade pelo delito não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade.

IV — DELITOS CONTRA O MEIO AMBIENTE

1. Os delitos pontuais contra o meio ambiente, isto é, os delitos que são *sui generis* e não dependem de outras leis para sua qualificação, devem ser especificados nos códigos penais nacionais.

2. Onde os delitos contra o meio ambiente são passíveis de sanções penais, os elementos-chave desses delitos devem ser especificados na legislação, não se devendo deixar que sejam os mesmos determinados por autoridades subordinadas para tanto delegadas.

3. Delitos pontuais contra o meio ambiente que afetam mais de uma jurisdição nacional ou que afetam o ambiente global fora de qualquer jurisdição nacional devem ser reconhecidos como delitos internacionais nos termos de convenções multilaterais.

4. No contexto da constituição e dos princípios básicos dos sistemas legais nacionais, a legislação deveria facilitar a participação de cidadãos na instauração de investigação e na persecução dos delitos contra o meio ambiente.

V — JURISDIÇÃO

EXTRADIÇÃO

1. Delitos especialmente graves contra o meio ambiente deveriam tornar-se ofensas passíveis de extradição.

DELITOS TRANSNACIONAIS

2. Onde o dano ou o risco sério de dano (perigo concreto) subjacente num delito pontual contra o meio ambiente se fizer sentir fora da jurisdição de um Estado em que o delito é cometido, no todo ou em parte, deveria ser possível, com as devidas salvaguardas para o acusado e nos termos das leis interna-

cionais aplicáveis, a persecução do delinqüente no Estado onde o crime tiver sido cometido ou em qualquer Estado onde o dano ou o risco sério de dano for sentido.

DELITOS EXTRA-TERRITORIAIS

3. Onde o dano ou o risco sério de dano (perigo concreto) subjacente num delito pontual contra o meio ambiente se fizer sentir fora da jurisdição de um Estado ou no âmbito do bem público mundial, os Estados deveriam acordar uma convenção internacional que os habilitasse à persecução do delito mediante a aplicação, na seguinte ordem, do princípio da nacionalidade, do princípio da "extradição ou persecução", ou, em casos de delitos internacionais de conhecimento geral, do princípio da universalidade.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

4. A fim de facilitar a persecução de delitos internacionais, de modo especial os delitos contra o ambiente global, a jurisdição do tribunal internacional proposto pela Comissão de Direito Internacional e que no momento está sendo objeto de consideração pela Assembléia Geral das Nações Unidas deveria incluir delitos contra o meio ambiente global.

IMPLEMENTAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

5. Onde as convenções internacionais sobre delitos contra o meio ambiente são auto-aplicáveis nos termos da lei nacional no tocante à execução das sanções penais, os Estados signatários devem implementar tais convenções mediante a promulgação da necessária lei nacional.

PROJETO
RECOMENDAÇÕES
DO XV CONGRESSO
INTERNACIONAL DE DIREITO
PENAL

SEÇÃO II
SOBRE DELITOS EM MATÉRIA
DE INFORMÁTICA E OUTROS
DELITOS CONTRA A
TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO
RIO DE JANEIRO, 4-10 DE
SETEMBRO DE 1994

Reconhecendo a proliferação da tecnologia da informática e a emergência de uma sociedade informatizada que provoca mudanças fundamentais em todos os aspectos da vida cotidiana;

Levando em conta que uma série de atividades anti-sociais está subvertendo a tecnologia da informação em detrimento das pessoas e de todos os setores da sociedade;

Consciente de que a rápida expansão da interconexão da tecnologia da informação no âmbito mundial transcende as fronteiras nacionais tradicionais e envolve tanto os países desenvolvidos como os em desenvolvimento;

Preocupada com o abuso da tecnologia da informação que se está verificando nos níveis nacional e internacional;

Concluindo, por conseguinte, que tal atividade é relevante para todos os Estados;

Observando as contribuições anteriores provenientes de outras entidades detentoras do conhecimento, de organizações não governamentais e intergovernamentais;¹

O XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro de 4 a 10.9.94, formula as seguintes recomendações:

1. Tais como a OCDE, o Conselho Europeu, a Comunidade Européia, a Comunidade Britânica, a Interpol e a Câmara de Comércio Internacional.

I — MEDIDAS DE PREVENÇÃO
NÃO PENAIS

1. Existe um reconhecimento crescente de que aumentaram as opções não penais para prevenir o delito em matéria de informática. Essas medidas, juntamente com enfoques criativos, devem ser estimuladas nos níveis nacional, supranacional e internacional, para que se mantenham permanentemente atualizadas em relação às inovações tecnológicas.

2. Entre outras, tais medidas incluem:

— A implementação de medidas voluntárias de segurança por parte dos usuários da informática.

— A imposição de medidas de segurança obrigatórias em certos setores sensíveis.

— A elaboração e implementação, pelos governos nacionais, de leis, políticas e diretrizes sobre a segurança na informática.

— O compromisso por parte da gerência e dos altos executivos em prol da segurança e da prevenção do delito no âmbito de uma organização.

— A incorporação, explicação e promoção de medidas de segurança pela indústria da tecnologia da informática.

— O desenvolvimento, a promoção e o uso de éticas de informática por todos os setores da sociedade, especialmente os institutos de educação, as associações profissionais e o público em geral.

— A observância de padrões profissionais na indústria de processamento de dados, inclusive a possibilidade da adoção de medidas disciplinares.

— A promoção da cooperação de parte das vítimas, na notificação do delito em matéria de informática.

— A capacitação e educação do pessoal nos sistemas de investigação e na promoção do processo judiciário.

II — DIREITO PENAL SUBSTANTIVO

3. O uso abusivo da tecnologia da informação afeta tanto os interesses de natureza econômica relacionados com a informática como os orientados para a privacidade e abrange situações em que o processamento de dados e seus componentes são utilizados exclusivamente como instrumentos para a violação de valores tradicionais, bem como são o alvo direto de má conduta.

4. Na medida em que os valores tradicionais são violados ou postos em risco pelo mau uso do processamento de dados, os novos *modi operandi* podem revelar brechas no direito penal tradicional. Por sua vez, o desenvolvimento da tecnologia da informação revela a emergência de novos tipos de interesses que requerem proteção legal, principalmente a integridade dos sistemas de informática e dos dados conexos, assim como a disponibilidade e a exclusividade de determinados dados (segurança dos dados e sua proteção).

5. Na medida em que o direito penal tradicional não propicia suficiente amparo, a modificação da legislação existente ou a definição de novos delitos deve ser apoiada, caso outras medidas não sejam suficientes (princípio da subsidiaridade). O mesmo critério se aplica a áreas nas quais o direito penal constitui um complemento de outras áreas do direito e a extensão do direito penal decorre de mudanças no direito substantivo civil ou administrativo, como, por exemplo, no âmbito do direito autoral.

6. Na promulgação de emendas e novos dispositivos legais, cumpre dar ênfase à precisão, clareza e definição de delitos em termos de elementos objetivos. Nas áreas em que o direito penal é tão-somente um complemento de outras áreas do direito, essa exigência também deve ser aplicada à matéria substantiva do outro direito.

7. A fim de evitar a criminalização, cumpre dispensar atenção à medida em que o direito penal se estende a áreas afins. A extrapolação desses limites requer cuidadoso exame e justificação. Nesse caso, um critério importante na definição ou restrição da responsabilidade penal é o de que os delitos nessa área fiquem basicamente limitados a atos intencionais.

8. A esse respeito, o trabalho anterior da OCDE e do Conselho Europeu propiciou contribuições importantes na especificação dos tipos de conduta que devem ser punidos pela lei nacional. A AIDP acolhe com satisfação as diretrizes formuladas aos legisladores nacionais constantes da Recomendação n. R (89) 9, aprovada pelo Conselho Europeu em 13.9.89, que enumera uma lista de atos que devem ou podem ser objeto de sanções penais.

A lista mínima de atos que o Conselho Europeu recomendou que sejam considerados como delituosos, se intencionalmente cometidos, inclui o seguinte: a) A fraude em matéria de informática. A inclusão, alteração, eliminação ou supressão de dados computadorizados ou de programas de informática, ou qualquer outra interferência no processamento de dados que influa no resultado desse processamento, causando em consequência perda econômica ou de propriedade a outra pessoa, com o propósito de obtenção de ganho financeiro ilícito para si ou para terceiros (redação alternativa: com o propósito de usurpação ilícita da propriedade daquela pessoa); b) A falsificação em matéria de informática. A inclusão, alteração, eliminação ou supressão de dados computadorizados ou de programas de informática, ou qualquer outra interferência no processamento de dados feita de maneira tal ou em condições tais que constitua um delito de falsificação, caso essa interferência se processe em conexão com um objeto tradicional de tal delito; c) Os

danos a dados computadorizados ou a programas de informática. A eliminação, o dano, a deterioração ou a supressão de dados computadorizados ou de programas de informática sem a competente autorização; d) A sabotagem na informática. A inclusão, alteração, eliminação ou supressão de dados computadorizados ou de programas de informática, ou a interferência em sistemas de informática, com o propósito de obstar o funcionamento de um computador ou de um sistema de telecomunicação; e) O acesso não autorizado. O acesso não autorizado a um sistema ou a uma rede de informática mediante a violação de medidas de segurança, f) A interceptação sem autorização. A interceptação, feita sem autorização e por meios técnicos, de comunicações recebidas, emitidas ou veiculadas no âmbito de um sistema ou de uma rede de informática; g) A reprodução não autorizada de um programa de informática protegido. A reprodução, distribuição ou comunicação pública não autorizada de um programa de informática protegido por lei; h) A reprodução não autorizada de uma topografia. A reprodução não autorizada de uma topografia, protegida por lei, de um produto semicondutor, ou a exploração comercial ou a importação para tal finalidade, não autorizada, de uma topografia ou de um produto semicondutor fabricado mediante o uso dessa topografia.

As diretrizes do Conselho Europeu identificam ainda, numa "lista opcional", as seguintes atividades adicionais que também poderiam ser criminalmente puníveis, se cometidas de forma intencional: a) A alteração de dados computadorizados ou de programas informáticos. A alteração de dados computadorizados ou de programas informáticos não autorizada; b) A espionagem na informática. A aquisição, por meios inidôneos, ou a revelação, transferência ou uso de uma marca ou de um segredo comercial sem

autorização ou sem qualquer outra justificação legal, com o propósito seja de causar prejuízo financeiro ao detentor do segredo ou de obter vantagem econômica ilícita para si ou para terceiros; c) O uso não autorizado de um computador. O uso não autorizado de um sistema ou rede de informática, que (i) seja feito com a admissão de um risco importante de perda para a pessoa habilitada ao uso do sistema ou de dano ao sistema ou ao seu funcionamento; ou (ii) seja feito com a intenção de causar prejuízo à pessoa habilitada ao uso do sistema ou de dano ao sistema ou ao seu funcionamento; ou (iii) cause perda à pessoa habilitada ao uso do sistema ou cause dano ao sistema ou ao seu funcionamento; d) O uso não autorizado de um programa de informática protegido. O uso não autorizado de um programa de informática que esteja protegido por lei e tenha sido reproduzido sem o devido direito, com a intenção seja de obter ganho econômico ilícito para a própria pessoa ou para outra pessoa, ou de causar dano ao detentor do respectivo direito.

9. Levando em conta o progresso alcançado na tecnologia da informação, o aumento da criminalidade conexa desde a adoção da recomendação de 1989 do Conselho Europeu, o valor importante de bens intangíveis na era da informática, a desejabilidade da promoção de maior pesquisa e desenvolvimento tecnológico, bem como o alto potencial de delitos nessa matéria, recomenda-se que os Estados também considerem, de acordo com suas tradições legais e culturais e no tocante à aplicabilidade de suas leis, a punição como crime (no todo ou em parte) da conduta descrita na "lista opcional".

10. Além disso, sugere-se que algumas das definições constantes das listas do Conselho Europeu — como, por exemplo, o delito do acesso não autorizado — podem requerer maior clarificação e refinamento à luz do progresso alcançado

na tecnologia da informação e das mudanças nas percepções da criminalidade. Pelas mesmas razões, outros tipos de abuso que não figuram expressamente nas listas, tais como o tráfico de senhas de informática obtidas por meios inidôneos e outras informações acerca dos meios de acesso não autorizado aos sistemas de informática, bem como a disseminação de vírus ou de programas semelhantes, também devem ser considerados como passíveis de criminalização, de acordo com as tradições legais e a cultura dos países e no âmbito da aplicabilidade das leis existentes.

À vista do alto dano potencial dos vírus, vermes e programas que se destinam e podem propagar e causar danos — ou por outros modos interferir — em dados, programas ou no funcionamento de sistemas de informática, recomenda-se maior discussão e pesquisa científica nessa área. Atenção especial deve ser dispensada à aplicação de normas penais que punam a imprudência ou a criação de riscos perigosos, bem como os problemas práticos de execução da lei. Consideração também poderia ser dada a que o delito resultante fosse visto como uma forma de sabotagem.

11. Com relação às recomendações acima, reconhece-se que as diferentes culturas e tradições legais podem solucionar algumas dessas questões de distintas formas, sem deixar, entretanto, de punir a essência desse abuso particular. Os Estados devem ter consciência das abordagens alternativas em outros sistemas legais.

III — QUESTÕES ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

12. Cumpre reconhecer-se que, na era da informática em constante processo de mudança, é importante proteger os interesses da privacidade contra os novos riscos que emanam da tecnologia da informação. Todavia, também devem ser

respeitados os interesses legítimos da livre circulação e distribuição de informações dentro da sociedade. Os interesses da privacidade incluem o direito dos cidadãos a ter acesso, pelos meios legais acordos com os direitos humanos internacionalmente aceitos, as informações sobre si mesmos em poder de terceiros.

13. No curso da discussão, ficou demonstrado que existem significativas diferenças de opinião a respeito tanto dos meios pelos quais quanto da medida em que o direito administrativo, civil, regulatório e penal deve suprir essa proteção. Também existem graves desacordos em relação à extensão em que o direito penal deve ser invocado na proteção da privacidade. Em consequência, cabe dar prioridade às medidas não penais, especialmente quando as relações entre as partes são regidas por um contrato.

14. As disposições penais somente devem ser usadas quando o direito civil ou a lei de proteção de dados não dispuser de recursos legais adequados. Na medida em que as sanções penais são aplicadas, AIDP destaca os princípios básicos que os Estados devem levar em consideração ao promulgarem a legislação penal nesse campo, tal como exorta a Recomendação (89) 9 do Conselho Europeu. A AIDP também propõe que, na esfera da privacidade, as disposições penais sejam usadas de modo especial:

- nos casos graves, principalmente naqueles que envolvam dados altamente sensíveis ou informação confidencial tradicionalmente protegida por lei;
- quando estiverem definidas clara e precisamente, e não através do uso de cláusulas vagas ou genéricas (*Generalklauseln*), sobretudo em relação ao direito substantivo em matéria de privacidade;
- quando fizerem a distinção entre os vários níveis de gravidade dos delitos e respeitarem os requisitos de culpabilidade;

- quando se restringirem primordialmente a atos deliberados; e
- quando permitirem que as autoridades promotoras de ação penal levem em conta, no que respeita a alguns tipos de delito, o desejo das vítimas quanto à perseguição.

15. Estudos posteriores devem ser realizados no sentido de definir a lista de atos intencionais que devem ser adequadamente qualificados como delitos, com especial atenção às bases de dados públicos. Tal lista poderia incluir atos deliberados que envolvem gravemente a violação do sigilo, bem como formas graves de obtenção, uso, transferência e alteração ilícita de dados pessoais que põem em risco os direitos individuais. Um ponto de partida para esse estudo poderia ser constituído pelas propostas preliminares consideradas pelo seletto comitê do Conselho Europeu formado por peritos em delitos relacionados com a informática.

IV — DIREITO PROCESSUAL

16. A investigação do delito na área da informática, assim como de outros delitos mais tradicionais no âmbito da tecnologia da informação exige, no interesse de uma defesa social eficaz, a atribuição adequada de poderes coercitivos às autoridades de investigação e ação penal, que também devem propiciar a devida e equilibrada proteção aos direitos humanos e aos interesses da privacidade.

17. Com o propósito de evitar o uso abusivo dos poderes oficiais, toda restrição dos direitos humanos cometida por entidades governamentais deve estar fundamentada em dispositivos legais bem definidos, consistentes com os princípios de direitos humanos. A violação não autorizada dos direitos humanos pelas entidades governamentais pode invalidar a prova obtida e suscitar a responsabilidade criminal do agente que infringiu a lei.

18. À luz desses princípios gerais, cumpre definir claramente o seguinte: a) os poderes para proceder à busca e apreensão em um ambiente de tecnologia de informação, especialmente no tocante à apreensão de bens intangíveis e à busca de redes computadorizadas; b) o dever de estabelecer uma cooperação ativa entre as vítimas, testemunhas e outros usuários da tecnologia da informação, à exceção do suspeito (sobretudo para colocar em disponibilidade a informação de forma tal que possa ser utilizada para fins judiciais); e c) os poderes para permitir a interceptação das comunicações nos ou entre sistemas computadorizados e utilizar as provas obtidas durante o processo judicial.

19. Devido à amplitude e variedade das informações que podem estar contidas nos sistemas de processamento de dados, devem ser exercidos poderes coercitivos de forma proporcional à gravidade do delito cometido e que interrompam ou afetem o menos possível as atividades lícitas da pessoa. Além dos tradicionais valores monetários, o ponto de partida das investigações deve levar em conta os diferentes valores patrimoniais existentes no ambiente da tecnologia da informação, tais como a perda de oportunidade econômica, a espionagem, a violação dos interesses da privacidade, a perda ou risco de privação econômica e o custo inerente à recuperação da integridade dos dados.

20. As normas existentes sobre a admissibilidade e viabilidade da prova podem criar problemas, quando aplicadas à consideração e avaliação de registros computadorizados durante os processos judiciais. Cumpre, onde for necessário, proceder às mudanças apropriadas.

V — COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

21. A mobilidade dos dados através das redes internacionais de telecomunica-

ções e a natureza altamente inter-relacionada da sociedade moderna informatizada fazem do estabelecimento da cooperação internacional um elemento essencial para a prevenção e persecução penal do delito em matéria de informática.

22. Dado que alguns tipos de cooperação internacional (tais como a extradição e até a ajuda recíproca) podem requerer dupla criminalização e que, nos termos da lei existente, os Estados podem ver-se limitados na sua capacidade de dar assistência a outros Estados, a cooperação internacional efetiva seria facilitada tanto pela supracitada harmonização do direito penal substantivo como pela promulgação de poderes coercitivos adequados em todos os Estados membros.

23. Além disso, cumpre estender a cooperação a outras áreas, que deveriam incluir o desenvolvimento do seguinte: a) normas internacionais de segurança para os sistemas computadorizados; b) medidas adequadas para solucionar questões de jurisdição sobre transbordo e outros delitos em matéria de informática internacional; c) acordos internacionais entre as nações que aproveitam esta nova tecnologia da informação para realizar investigações mais efetivas, inclusive acordos para propiciar os processos de busca e apreensão transnacionais eficientes, rápidos e lícitos em sistemas computadorizados interconectados, bem como outras modalidades de cooperação internacional, protegendo ao mesmo tempo os direitos e liberdades individuais.

VI — TAREFAS FUTURAS

24. A fim de alcançar esses objetivos, as associações científicas, entidades governamentais, profissionais do ramo da informática e organizações internacionais deveriam promover a implementação destas recomendações e a adoção corrente de meios apropriados para prevenir o

delito e fazer frente aos novos desafios representados pela tecnologia da informação.

25. A comunidade acadêmica e científica, juntamente com os governos, deve empreender maior pesquisa acerca dos delitos no âmbito da tecnologia da informação. Tais pesquisas deveriam, de modo especial, examinar a incidência dos delitos conexos à informática, a extensão das perdas, os métodos de perpetração e as características dos infratores. Deve também examinar o desenvolvimento de novas medidas alternativas que permitam o uso de sanções penais como último recurso, assim como novas e específicas sanções penais, civis e administrativas; a teoria e norma jurídica de dispensar especial atenção ao estudo e desenvolvimento da lei da informática, levando em consideração as características específicas da informação *vis a vis* objetos tangíveis, bem como pesquisar possíveis mudanças de princípios gerais e paradigmas.

26. As autoridades policiais, administrativas e o Ministério Público devem, tanto no nível nacional como no internacional, incrementar seus esforços no combate aos delitos em matéria de informática e coordenar suas atividades no sentido da consecução de uma efetiva proteção global.

27. As associações de indústrias e de consumidores de *hardware* e *software* devem participar do tratamento do tema dos delitos em matéria de informática, e as organizações não governamentais e intergovernamentais devem enviar o máximo esforço possível para conseguir a participação das associações industriais na consecução de um consenso internacional.

28. Acolhemos com satisfação o manual sobre os delitos relacionados com a informática elaborado por iniciativa e sob os auspícios das Nações Unidas, por se tratar de um meio que podemos utilizar

para consolidar a informação sobre as atividades desenvolvidas nesse campo no âmbito mundial. Sugerimos que esse manual seja mantido atualizado, de modo que as comunidades acadêmicas, governamentais e intergovernamentais permaneçam ao corrente dos desenvolvimentos contemporâneos, e que sua futura revisão, bem como o trabalho futuro das Nações Unidas nessa matéria levem em consideração os princípios consignados nesta Resolução.

SEÇÃO IV PROJETO DE RESOLUÇÃO VERSÃO PORTUGUESA

O direito penal internacional, como o direito penal em geral, tende a um equilíbrio entre a proteção da sociedade, através da eficácia do sistema repressivo, a proteção dos direitos do indivíduo (acusado e vítima), e o respeito ao império do direito. A primeira parte da presente resolução trata da regionalização do direito penal internacional, a segunda, da posição do indivíduo no limite deste processo.

I — A REGIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

1. Ainda que o controle do crime continue sendo essencialmente responsabilidade interna do Estado, a regionalização da cooperação, formal ou informal, em matéria penal deve ser fomentada por várias razões. Entre elas está o aumento da eficácia da prevenção e do controle do delito, em particular o delito que se manifesta em nível regional, o aumento da segurança interna a internacional, e o interesse em evitar as dificuldades práticas nas relações cotidianas entre Estados.

2. Os acordos internacionais para a cooperação em matéria penal e outras

formas de cooperação legal deveriam estar integradas nas atividades de organizações regionais que têm sido estabelecidas para o desenvolvimento de uma cooperação estreita, na citada região, em matéria econômica, o progresso da liberdade de circulação das pessoas, mercadorias e capitais ou de outras formas de desenvolvimento da região. Esta cooperação jurídica não deve estar dirigida somente para objetivos econômicos da organização regional, sendo também dirigida aos interesses gerais de cada Estado participante.

3. A harmonização dos direitos penais e do processo penal dos estados participantes, ainda que potencialmente útil na cooperação em matéria penal, amiúde é difícil de alcançar e não deveria constituir um requisito prévio para o desenvolvimento de instrumentos regionais multilaterais para a cooperação em matéria penal.

4. Quando do desenvolvimento de instrumentos regionais sobre cooperação em matéria penal, os Estados participantes devem assegurar que esteja garantido o exercício de formas de controle democrático em sua elaboração. Igualmente, o controle judicial deve ser exercido sobre a cooperação formal ou informal e em nível de aplicação da lei, o qual inclui a cooperação da polícia.

5. A cooperação regional em matéria penal deveria reconhecer a importância do desenvolvimento de programas orientados à investigação criminológica, programas de formação e informação e sistemas de documentação em nível regional para o pessoal encarregado de aplicar lei e para outros práticos do direito penal, e a colocação à disposição de informação e experiência entre regiões.

6. O modelo das Nações Unidas de acordos bilaterais para as várias modalidades de cooperação internacional judicial em matéria penal poderia ser em-

pregado apropriadamente para o desenvolvimento de tratados regionais. Modelos semelhantes desenvolvidos por certas organizações intergovernamentais regionais poderiam ser considerados para o mesmo fim.

7. Os instrumentos regionais de colaboração em matéria penal podem prever convenientemente mecanismos para a solução de disputas. Estes mecanismos poderiam incluir a investigação de um acordo através do intercâmbio de notas diplomáticas, a submissão das disputas à arbitragem, a um litígio judicial internacional ou à submissão a opiniões consultivas.

8. Os instrumentos regionais de cooperação em matéria penal deveriam ser redigidos de forma a reduzir ao mínimo a necessidade de recorrer às reservas. Isto pode ser alcançado através da enumeração das reservas permitidas e não permitidas. Outro número, que poderia ser combinado com o primeiro, seria a possibilidade de obrigar os Estados que tenham formulado reservas, a revisar periodicamente a conveniência de sua manutenção e a dar razões especiais para isso.

9. Na redação dos instrumentos regionais de cooperação em matéria penal, os Estados participantes deveriam contemplar a possibilidade de suspender — e, eventualmente, de denunciar — o instrumento por uma ou mais partes na relação com outra parte, se esta outra tiver cometido uma violação material de suas obrigações convencionais ou se tiver ocorrido uma mudança fundamental das circunstâncias na estrutura política dessa outra parte.

10. A fim de impedir a impunidade, a cooperação internacional no sentido da prevenção, investigação e persecução do delito internacional também deveria ser estimulada através da criação de tribunais internacionais de jurisdição penal imparciais, seja em nível regional ou universal, tal como vem a AIDP recomendando e buscando realizar há décadas.

II — A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

1. Deveria ser fomentado o crescente reconhecimento, nos instrumentos internacionais e na legislação nacional recentes, da importância da proteção dos direitos humanos no limite da cooperação internacional em matéria penal. Igualmente, o reconhecimento cada vez maior do indivíduo como um sujeito do direito internacional público deveria ser estimulado. A preocupação com a proteção dos direitos humanos deveria não só justificar certas restrições que limitam o âmbito das formas existentes de cooperação, como incitar, ademais, o desenvolvimento de novas formas de cooperação. A proteção dos direitos humanos não deveria ser considerada como um obstáculo à cooperação internacional e sim como uma maneira de reforçar a preeminência do direito.

2. Quando se deparam com obrigações de direito internacional público contraditórias, segundo as convenções sobre a proteção dos direitos humanos, de um lado, e a cooperação internacional em matéria penal, do outro, os Estados deveriam dar prioridade às obrigações relativas aos direitos humanos, rechaçando a assistência ou impondo condições relativas ao outro Estado envolvido, ou buscando acordos mutuamente aceitáveis no interesse das pessoas envolvidas.

3. Os Estados deveriam revisar os tratados sobre cooperação internacional em matéria penal aos quais estão obrigados no tocante à compatibilidade dos mesmos com as obrigações internacionais vinculantes relativas à proteção dos direitos humanos.

4. Quando da celebração de novos tratados sobre cooperação internacional em matéria penal, os Estados deveriam assegurar que tais tratados não criassem obrigações de cooperar nos casos que

resultariam numa violação dos direitos fundamentais, em particular o direito a não ser submetido à tortura, à discriminação, à execução arbitrária, a expropriações arbitrarias e a processos criminais que não cumprem com os princípios geralmente aceitos de um juízo equitativo.

5. Quando forem requeridos para proporcionar assistência internacional em matéria penal, os Estados não devem adotar como norma a não investigação da equidade e legitimidade dos procedimentos realizados em outros Estados. Deveriam considerar a amplitude em que os direitos e liberdades, efetivamente, são protegidos nesses Estados.

6. Na elaboração de novos instrumentos sobre cooperação internacional em matéria penal, os Estados deveriam dispensar atenção específica à definição e proteção dos direitos e interesses dos indivíduos em procedimentos realizados no decurso da aplicação de tais instrumentos. Estes direitos e interesses podem incluir: o direito a invocar a aplicação do instrumento a seu favor, o direito a ser informado da aplicação do instrumento e o direito ao acesso a um tribunal para controlar a legitimidade de tal aplicação.

7. Os direitos mencionados no parágrafo 6, acima, também devem ser postos em prática no tocante a todos os instrumentos existentes, em especial nos casos de transferência de prisioneiros. Dados os aspectos humanitários específicos envolvidos, os instrumentos existentes para a transferência de prisioneiros deveriam ser aplicados mais extensivamente.

8. Os Estados em que a regulação sobre a prova no processo penal restringe o uso da prova ilícitamente obtida deveriam aplicar estas mesmas restrições à prova obtida através da assistência internacional em matéria penal. Em todos os Estados, a prova obtida sem levar em conta os direitos humanos fundamentais deveria ser excluída.

9. O seqüestro de uma pessoa de um país estrangeiro ou a sedução, mediante

falsos pretextos, para levá-la, voluntariamente, a outro país para submetê-la à detenção e à persecução penal é contrário ao Direito Internacional Público e não deveria ser tolerado, devendo ser reconhecido como um empecilho à persecução. A vítima de tal violação deveria ter o direito de ser restabelecida à sua situação anterior à violação. A violação traz consigo a responsabilidade civil relativa à pessoa referida e ao Estado cuja soberania tiver sido violada, sem prejuízo de qualquer responsabilidade criminal de parte das pessoas que executaram o seqüestro. Igualmente, procedimentos tais como a deportação ou a expulsão, deliberadamente aplicados de modo a contornar as salvaguardas dos procedimentos de extradição, deveriam ser evitados.

10. Deveriam ser explorados de maneira urgente e efetivamente implementados sem delongas métodos para proporcionar ao indivíduo o direito de acesso ao controle judicial internacional sobre a aplicação dos instrumentos internacionais de cooperação em matéria penal, em especial no nível regional.

RECOMENDAÇÕES

Partindo da idéia de que toda Reforma do Direito Processual Penal deve estar necessariamente em harmonia com as garantias estabelecidas na Declaração Universal de Direitos do Homem das Nações Unidas de 10 de Dezembro de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 19 de Dezembro de 1966, assim como as distintas Convenções Regionais sobre Direitos do Homem.

Tendo presentes as resoluções do XII Congresso Internacional da AIDP (Hamburgo, 1979) que correspondeu, em grande parte, às Declarações anteriormente referidas.

Considerando que inclusive na luta contra o terrorismo e o crime organizado, não se poderão restringir os direitos

fundamentais além do estritamente necessário. Convencidos de que o núcleo essencial dos direitos e liberdades fundamentais nestes documentos não poderá ser restringido, nem sequer nos casos de guerra ou crise. Estimando necessário desenvolver um modelo de reforma que sobrepuje o nível das garantias mencionadas, através de sua concretização e definição de acordo com os respectivos sistemas e situações processuais.

Adotam-se as seguintes recomendações que serão conhecidas como "recomendações de Toledo por um procedimento penal justo".

1. A Proteção dos Direitos do Homem deve estar em todas as fases do processo penal, inclusive quando este começa necessariamente mediante uma decisão judicial ou de qualquer outro funcionário público. Para considerar aberto o processo, considera-se suficiente que um órgão do Estado realize qualquer ato de perseguição criminal.

2. O acusado deve beneficiar-se da presunção de inocência ao largo de todo o procedimento, que cessa somente quando a sentença adquire o valor da coisa julgada. A presunção de inocência é também válida para as causas de justificação e as demais causas de exclusão da responsabilidade penal.

3. Na fase preparatória que precede ao juízo a presunção de inocência, sequer a aplicação do princípio da proporcionalidade quando se adotam medidas coercitivas. De acordo com esse princípio deve existir uma relação razoável entre a gravidade da medida estatal que afeta aos direitos fundamentais, de um lado, e a finalidade das medidas, de outro. Esta consideração deve levar o Legislador a estabelecer sobretudo medidas alternativas à prisão provisória, que deve sempre ser considerada uma medida excepcional.

4. A presunção de inocência exige no momento do juízo a imparcialidade do juiz com respeito às partes do processo. A imparcialidade pressupõe a separação

entre função de instruir e julgar. Por conseguinte, o juiz do juízo não deve ter participado dos atos da fase preparatória. É altamente recomendável que o juiz do juízo seja diferente daquele que decide da admissão da acusação contra o suspeito.

5. Em virtude do princípio de presunção de inocência, a prisão cautelar deve ser ordenada por um juiz e devidamente motivada de acordo com as circunstâncias do caso. Deve ser proibido ordenar e/ou manter a prisão provisória se não existem indícios sérios de culpabilidade e uma vontade real por parte das autoridades competentes de levar a cabo o processo ou confirmá-lo. A prisão provisória é também ilícita quando sua duração seja maior do que a pena. O mínimo da pena prevista pela lei ou, quando esta não estabelecer mínimos, pela que presumivelmente o Tribunal imporá diante das circunstâncias do caso.

6. O defensor e, a pedido do detido, os familiares próximos ou qualquer outra pessoa de sua confiança serão informados no menor tempo possível e, no máximo, em 24 horas, da detenção, assim como dos motivos e lugar da mesma.

7. Não se deve tomar em consideração pelo Tribunal no momento da determinação da pena, condenações anteriores, se estas não foram ditas no âmbito de um devido processo legal.

8. Toda medida da autoridade constituída, incluindo as realizadas pela polícia judicial, que afete aos direitos fundamentais do detido, deve ser autorizada pelo juiz ou deve poder ser submetida ao controle judicial.

9. Independentemente da recomendação n. 8, cada medida coercitiva, adotada pela autoridade que realiza a instrução ou pela polícia, deverá ser confirmada pelo juiz no prazo máximo de 24 horas.

10. Todas as provas obtidas mediante violação de um direito fundamental, assim como as que se derivam delas, serão inadmissíveis e não poderão ser levadas

em conta em nenhum momento do processo.

11. Os meios de prova que afetem de um modo especialmente grave ao direito à intimidade, tais como as escutas telefônicas, somente serão admitidas quando previamente autorizadas por um juiz e nos casos expressamente previstos pela lei.

12. É recomendável que o legislador determine também as condições nas quais podem ser conhecidos os códigos genéticos e o recurso à escutas eletrônicas à distância.

13. A concessão por alguns Estados de privilégios penais às testemunhas ou agentes secretos, somente será admitida excepcionalmente nos casos de delitos muito graves e de criminalidade organizada. Mas se a identidade destas pessoas não é revelada em juízo, suas declarações não terão valor probatório algum e não poderão ser utilizadas como embasamento de medidas cautelares. Por sua vez, assegurar-se-á a proteção de toda testemunha ameaçada por organizações criminais.

14. A busca de provas respeitará sempre o segredo profissional.

15. As informações oferecidas pelos meios de comunicação, durante a fase de investigação ou no curso do processo, evitarão produzir o efeito de uma pré-condenação do acusado e oferecer a imagem de um "processo espetáculo". Sendo possível tal efeito, a informação sobre o juízo pelo rádio ou pela televisão poderá ser restringida ou proibida.

16. O direito de defesa deve ser garantido em todas as fases do processo. Ninguém pode ser forçado a contribuir direta ou indiretamente para a sua própria condenação.

17. O acusado tem direito a guardar silêncio, sem que possa ser usado contra ele, e a conhecer o conteúdo da acusação desde o primeiro interrogatório, policial ou judicial.

18. O Estado está obrigado a assegurar a todo indiciado ou, acusado, desde o

começo da investigação, o direito de ser assistido por um advogado. Esta assistência será gratuita e a cargo do Estado, quando o acusado não disponha de meios suficientes.

19. O preso provisório terá direito a comunicar-se em privado com seu defensor, que deve ter o direito de estar presente a todos os atos da investigação.

20. O defensor deverá ter acesso à totalidade dos documentos de persecução, desde o primeiro momento.

21. No caso de o acusado não conhecer ou não compreender o idioma utilizado no processo, terá direito a intérprete, se necessário gratuitamente. Se contar com um defensor do ofício, este deveria conhecer basicamente os costumes e organização social de seu assistido.

22. O princípio da legalidade na persecução penal pode constituir uma garantia essencial. No entanto, sua rigidez deverá ser atenuada com o fim de alcançar uma maior rapidez nos procedimentos penais, assim como pela falta de pessoal qualificado. Neste sentido, poderia adotar-se um princípio de oportunidade regulada pelo menos nos casos de dano leve, delitos culposos ou quando convenha à proteção da vítima do delito. Nestes casos, devem ser estabelecidos critérios precisos com o fim de limitar a discricionariedade dos órgãos de persecução.

23. Os delitos graves não podem ser julgados mediante procedimentos abreviados nem por processos abertos à discricionariedade do acusado. Para as demais infrações, o legislador deverá determinar as condições em que esses tipos de processos são admissíveis e prever os meios oportunos, como por exemplo a assistência de um advogado, que garantam o caráter voluntário da cooperação do acusado com a justiça penal. A adoção destes procedimentos se recomenda para as infrações leves, com o fim de conseguir uma maior rapidez do processo e uma melhor proteção do acusado.

24. A mera confissão do acusado não será suficiente para fundamentar uma condenação. O órgão julgador não poderá fundamentar a condenação em provas produzidas exclusivamente na fase investigatória.

25. A pessoa que se considera ofendida por uma infração penal, deverá ter a possibilidade de constituir-se gratuitamente como a parte acusadora ou de fazer controlar por um Tribunal ou outro órgão independente a negativa dos órgãos estatais de perseguir ou de instruir um processo contra o autor do delito. A parte ofendida deverá ter direito de influir no desenvolvimento do processo penal, e terá especialmente direito a propor meios de prova e a recorrer.

26. Um papel de colaboração similar deverá ser conferido às associações legalmente reconhecidas como promotoras do

interesse geral e dos interesses coletivos e difusos.

27. Quem se considere lesado em seus direitos fundamentais por atos do procedimento penal, deverá ter a possibilidade (além dos meios recomendados supra ns. 8 e 9) de que estes sejam controlados por um Tribunal Constitucional, por um Tribunal Supremo ou por um Tribunal Internacional de Direitos do Homem.

28. As reformas futuras do processo penal que essas recomendações pretendem estimular, assim como qualquer outra modificação das regras fundamentais do processo, deverão ser adotadas pelos Parlamentos mediante uma lei formal. Para a preparação dos debates se convida aos Parlamentos a servir-se das manifestações e opiniões da justiça penal, da advocacia e das organizações civis.

3 — XV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

MESA REDONDA SOBRE CRIME ORGANIZADO

Dr. Luiz Flávio Gomes — Passo às apresentações dos que estão à mesa e que falarão, para todos nós, algo sobre crime organizado. Apresentações, muito sucintas e singelas. Peço perdão a todos os que estão aqui conosco. Muito sucintas, em virtude do adiantado da hora. Temos todos nós o maior interesse em ouvi-los e não ficaremos aqui fazendo apresentações que tomariam mais tempo. Da minha esquerda para a minha direita, está, na extrema direita, o Prof.^o Raul Cervini, de Montevideo, Uruguai. Depois, o Prof.^o Raul Zaffaroni, da Argentina. Ainda à minha esquerda, o Prof.^o Faria Costa, da Universidade de Coimbra, Portugal. À minha direita, a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, da Universidade de São Paulo. Ainda à direita, o Prof.^o Juan Queralt, da Universidade de Las Palmas, na Espanha. Ainda, à direita, está o Prof.^o Guaracy Mingardi, sociólogo, da USP, um especialista no assunto e que está agora promovendo uma ampla pesquisa sobre a matéria, do ponto de vista sociológico e certamente vai nos trazer uma contribuição importantíssima. É autor de vários livros e é sociólogo do Núcleo de Estudos sobre a Violência da USP. Por fim, na extrema esquerda — e só por acaso — o nosso queridíssimo Prof. Juarez Tavares, Professor no Rio de Janeiro, estimado companheiro, sempre presente, sempre atuante. Essa é a composição da mesa. Quem lhes fala é o Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: chamo-me Luiz Flávio Gomes para aqueles que não nos conhece.

Assim composta a mesa, passemos à ordem dos trabalhos. Primeiro, falará o Prof.^o Mingardi que vai nos dar uma visão sociológica do que está se passando no Brasil, a propósito do tema “crime organizado”. Depois, nós gostaríamos de ouvir cada um dos que estão à mesa, sobre a experiência de seu próprio país, sob o enfoque criminológico, sob o enfoque jurídico, enfim, o que se passa, o que está sendo feito e em que medida — essa é a nossa grande preocupação — a defesa da sociedade ou o combate ao crime organizado é compatível com o Estado de Direito. Esta é a grande questão que nós colocamos desde o princípio. E gostaríamos de ter as respostas. Desde já passo a palavra ao Prof. Mingardi, sociólogo da USP, que nos dará uma idéia sociológica desse tema tão relevante.

Prof.^o Mingardi — Peço desculpas se eu falar alguma impropriedade para operadores do direito. A questão é a seguinte: nós temos ouvido falar em torno do crime organizado; pouquíssimas pessoas discutem o que é o crime organizado. Crime organizado é aquilo que está acontecendo não sei onde (troca de tiros, domínio dos morros etc.), mas não é só isso e nem sempre é isso também. A primeira confusão que se faz é entre quadrilha e crime organizado. Se se imaginar, se se calcular, dessa forma — cada quadrilha fazendo parte de uma unidade — vão ocorrer algumas distorções. Poderíamos imaginar o que aconteceu, há dois anos, no Rio de Janeiro: arrastão na praia. Um bando de

garotos correndo, alguns se meteram em descuidos. Não há nada mais desorganizado do que aquilo que fizeram. Será que é isso crime organizado? Simplesmente porque estavam em grande número? Não, isto não é crime organizado. Então, ter uma grande quadrilha não significa que o conceito de crime organizado possa ser usado.

Outra coisa que muita gente confunde é a questão de controle de um território, controle muitas vezes conquistado dentro do crime organizado. Nós temos exemplo aqui no Rio de Janeiro de algumas quadrilhas que controlam os lugares e também de crime organizado que controla determinadas regiões. Isso tem acontecido no Rio de Janeiro e em outras cidades, mas não necessariamente o controle territorial é feito pelo crime organizado. No caso da cidade de São Paulo, o controle das favelas não é feito pelo crime organizado. Os que mandam, nas favelas da cidade de São Paulo, são os matadores de aluguel: são grupos desorganizados; esses grupos normalmente têm vida curta; duram dois ou três anos. Aí, alguns integrantes são presos; outros morrem, e são substituídos por outros grupos que não têm nada a ver com o primeiro.

Também outra coisa que se fala muito é a questão do uso de força (tiroteios constantes, ataques a quartéis etc.). Nada há mais fora de cogitação do verdadeiro crime organizado do que atacar um quartel, quando não é necessário para a organização. Quando se usa muito a violência é porque a organização não é tão grande assim.

O crime organizado, na verdade, é estabelecido entre alguns países. Há de ter uma hierarquia definida, não uma hierarquia de quadrilha: manda quem é o mais forte. Se um próximo que for mais forte chegar lá, destrona o chefe. Isso não é o que acontece no crime organizado. Para dar um exemplo clássico: a imagem da máfia americana, ou melhor ainda, da

Yacusa japonesa. De há muito tempo, o líder não depende da força ou da violência: depende da capacidade organizativa e dele ser reconhecido como líder pelo grupo. Isso é muito importante. As quadrilhas, comumente, não se baseiam nisso.

O crime organizado precisa, pelo menos, de uma organização semi-empresarial. De uma previsão de lucro até. Imagine-se o caso do grande tráfico de entorpecentes. Não estamos falando daqueles que vendem 100 gramas, cinqüenta gramas, mas do grande tráfico. Se se trazer para uma metrópole, cinqüenta, cem ou duzentos quilos, vai-se ganhar um "x" com aquilo. Tem-se uma previsão de lucro. Alguém importa — digamos, cocaína — traz e vende por um preço "x". Sabe que vai ganhar tanto e lucrar tanto. Vai ter de pagar propinas (o caso da propina é o imposto que se paga para importar). Tudo aquilo. Então, é necessário que se estudem todos esses dados.

Outra coisa é que o crime organizado não subsiste se não houver, em algum momento, simbiose com o Estado. É muito difícil, mesmo para um Estado empenhado, controlar o crime desorganizado, o crime comum, o crime de rua, o do ladrão, o do indivíduo que furta um carro. É um crime difuso: acontece em todo lugar. Normalmente, pega-se, por acaso. Por acaso mesmo. Só para dar um exemplo estatístico: em São Paulo, 3% dos casos de furto acaba virando inquérito policial. Quer dizer, 97% dos furtos registrados pela Polícia, nem é rastreado. Isto quer dizer que é mesmo, ocasionalmente, que a polícia pega alguém. Já o crime organizado, quando tem estrutura, seria, em princípio, muito mais fácil e rápido de ser combatido, desde que não houvesse essa ligação, essa simbiose entre parte do Estado e o crime organizado. Isso é uma coisa evidente em todo lugar em que há crime organizado em larga escala. No Japão, a Yacusa foi usada pelos americanos, logo após a guerra,

para reprimir a esquerda e aí ela foi renovando o seu *status*. No caso colombiano, houve uma certa simbiose até com a guerra civil, há alguns anos atrás.

No caso brasileiro, é corriqueiro vermos noticiários envolvendo políticos, policiais, promotores e juízes com o crime organizado. Se os noticiários são comprovados, isso são outros quinhentos. Mas que são noticiados, não há dúvida. Pois bem, agora o que, de fato, faz o crime organizado? Crime organizado fornece o que as pessoas querem: fornece jogo, sexo e drogas. Via de regra, é isso o que o crime organizado faz. Às vezes faz outras coisas. Há aqui no Brasil, agora, um crime organizado trabalhando no furto de autos. Não é exatamente uma coisa que as pessoas querem, mas é uma coisa contingencial. Normalmente, em qualquer local, elas trabalham com isso. Existem algumas variações. O crime organizado, na Itália, principalmente, na Sicília, fazia o controle da terra. Desde o século XVII, mas, via de regra, o crime organizado fornece tudo aquilo que é proibido e que as pessoas querem.

Há três maneiras básicas pelas quais nasce uma organização dessas. Há a organização que nasce dentro da cadeia. É o caso do Comando Vermelho no Brasil. A maioria dos presentes deve conhecer como ele nasceu: surgiu no começo de 1970 quando se juntaram os criminosos comuns com o pessoal que tinha estado na luta armada e estes ensinaram princípios de organização para os criminosos.

Isso aconteceu também na Itália, na época da Camorra que nasceu nas prisões de Nápoles da mesma forma, ou seja, união de criminosos, primeiro, para obter algumas vantagens dentro da cadeia; depois, quando saíam, estabeleciam uma organização e envolviam o Estado nessa organização.

Uma segunda forma é a junção de pequenas quadrilhas. Isso é o que está em vias de acontecer, agora, em São Paulo.

Não está acontecendo ainda, mas vai acontecer com os justiceiros, os matadores da periferia da cidade. Já entrevistei alguns na Casa de Detenção que falaram francamente que tinham formado um conselho, uma associação de matadores, de justiceiros. Na gíria policial, são os "Empreiteiros de Deus". Isto tem possibilidade de acontecer porque controlam o território. Se vai acontecer ou não é outro problema. Se nada for feito, vai acontecer.

Existe uma terceira maneira, que é a mais rara, mas acontece: a tentativa de monopolização de alguns serviços. É o caso da Yacusa, a máfia japonesa. A Yacusa foi montada sobre dois pilares: os jogadores e os mascates, vendedores de rua. A Yacusa organizou os mascates, há muito tempo, há centenas de anos. Ela nasceu com a organização dos mascates e estabeleceu monopólio. Todo mundo que quer trabalhar de mascate tem de pagar uma certa quantia para os membros da máfia japonesa. E os jogadores, a mesma coisa: o jogo só podia ser feito onde a Yacusa permitia. Onde não permitia, não havia jogo. É uma tentativa de criar monopólio sobre algum tipo de produto vendável.

No caso brasileiro — só para nos manter dentro de São Paulo e do Rio de Janeiro — há uma diferença básica. No caso carioca, conseguiu-se, aparentemente — não é certeza — juntar três atividades: alguns membros dessas organizações estão nessas três atividades, ou seja, venda de proteção, tráfico de entorpecentes e jogo do bicho. Compartilham das três. Talvez já possuam esse poder que aparentemente exibem. No caso de São Paulo, como na maioria dos Estados brasileiros, porque não houve essa junção, estas atividades por enquanto estão separadas. Na mesma favela, há o bicheiro, o traficante e o justiceiro (matador ou protetor). A única coisa que eles fazem é não se hostilizar ainda, mas não conseguiram se agrupar. Por isso é que os

justiceiros não formam um crime organizado: existem, mas no tráfico em São Paulo, quem controla o território é o justiceiro, não é o traficante. É o contrário do Rio de Janeiro.

No caso carioca, tem um complicador a mais: o clientelismo. A estrutura política brasileira é baseada em clientelas. Ninguém praticamente duvida disso. Clientelismo é o seguinte: alguém tem ou chega a obter alguma coisa através de um apadrinhamento e, por isso, se torna cliente de algum patrono. No Rio de Janeiro, por acaso — isso está sendo estudado — o bicheiro agiu como um patrono durante muitas décadas. Daí a idéia de haver uma ligação entre o clientelismo e o crime organizado. O bicheiro participa de outras atividades. Falo genericamente: nem todo bicheiro é traficante e nem todo traficante é bicheiro. Mas alguns bicheiros, que têm função de patrono em algum lugar, ou seja, aquele que ajuda um time de futebol, puxa água para algum lugar, constrói um posto de saúde, é bicheiro, é patrono da população, é traficante. Isso é que complicou o caso carioca.

O Brasil, nos últimos anos — na década passada — era, principalmente, uma rota de tráfico. Nessa década, o Brasil continuou sendo rota, mas não é isso o ponto principal: o Brasil virou um mercado consumidor. Nos Estados Unidos, nos últimos quatro ou cinco anos, houve, mais ou menos, uma estabilização do mercado de consumo da cocaína. Então, muita dessa cocaína, que, anteriormente, apenas passava pelo Brasil para chegar aos Estados Unidos, em face da mencionada estabilização, foi destinada ao mercado interno, que se ampliou. Isso fez do Brasil um mercado consumidor, atraindo, por isso, para o país, nos últimos tempos, uma infinidade de pessoas ligadas às grandes organizações criminosas internacionais. Nos últimos cinco anos, tivemos trinta casos de extradição: eram criminosos ligados à Máfia, ou

como em caso recente ocorrido em São Paulo, à Yacusa. De qualquer modo, eram pessoas ligadas a alguma organização criminosa estrangeira e isso ocorre porque se tem um país onde está ficando cada vez mais fácil comprar cocaína. Se se quiser comprar aqui, basta andar quinze minutos em Copacabana. Consegue-se achar. Em São Paulo, é a mesma coisa. Isso atrai. Crime organizado é como os fascistas falavam do capital: o capital não tem fronteiras; o capital do crime não tem também fronteiras; ela vai para onde se obtém mais lucro.

Só para terminar, gostaria de falar que a expressão crime organizado é muito genérica. É mais fácil falar de uma determinada organização criminosa. Por quê? Como se vai processar um ser abstrato, o crime organizado? Quando se fala de uma organização criminosa, como o “Comando Vermelho”, grupo tal etc., ficaria aí pelo menos identificado o grupo e a partir da identificação do grupo, poderiam ser identificados os seus integrantes. Crime organizado é genérico demais. Tanto em termos policiais, como em termos sociológicos. É uma coisa sem muita precisão. Não permite que a gente pense. É colocar, na mesma panela, a máfia americana e a máfia italiana, por exemplo. E elas não têm tanta coisa em comum assim. É colocar na mesma panela, o “Comando Vermelho” e a Yacusa, que são organizações completamente diferentes, que respondem a outro tipo de comando, que têm outros interesses e que se ligam com o Estado de formas diferentes.

Vamos ao fecho. Vamos todos pensar que existe uma outra coisa que é a questão da simbiose com o Estado. O crime organizado constitui um Estado paralelo? Não existe paralelismo. Paralelas são duas linhas que não se encontram. Em algum momento, vão sempre encontrar-se: algum agente do Estado e um agente do crime organizado, cruzando-se. Então, não são linhas paralelas. O crime

organizado existe porque lhe foi delegado, de uma forma direta ou indireta, um certo poder. No caso japonês já mencionado, as tropas americanas de ocupação usaram a Yacusa para combater o partido comunista. A Máfia de Nova Iorque foi usada para controlar os atos de sabotagem durante a guerra, no porto de Nova Iorque. Há vários exemplos disso. Então, vê-se que existem alguns interesses comuns entre o Estado e o crime organizado. Não é ele um Estado paralelo, é um braço a mais do Estado, ou o braço escondido do Estado.

Dr. Luiz Flávio Gomes — Não se admirem o fato da exposição do Prof.^o Mingardi ter sido brevíssima. É que todos os membros da Mesa terão chance de falar. Por isso, nesta primeira parte, todos os expositores falarão por pouco tempo. Depois, havendo ainda possibilidade, pode haver alguma participação dos presentes. Tudo depende do horário e da paciência de todos nós, e dos expositores em particular.

Começemos, na ordem das apresentações, mas com uma ressalva. A Prof.^a Ada Pellegrini Grinover falará por último porque nos vai dar notícia dos aspectos processuais penais do tema, enquanto que os demais expositores vão nos dar uma visão da problemática do crime organizado em cada país de origem. Começamos pelo Prof.^o Raul Cervini, do Uruguai.

Prof.^o Raul Cervini — Procurarei ser breve, principalmente, em atenção à hora. A pergunta que cabe fazer, antes de tudo, é se, num pequeno país, como o Uruguai, ou num continente subdesenvolvido, é pertinente falar do crime organizado. Consideramos que sim, que cabe falar do crime organizado, entendendo corretas as expressões de um criminólogo americano, que afirma ser necessário desmistificar a simplificação. O crime organizado não é absolutamente exclusivo dos países desenvolvidos. Muito ao contrário. São nos países sub-

desenvolvidos que coabitam, freqüentemente, as formas de organizações estruturais, próprias da marginalidade, quantitativamente preponderantes e outras formas de delinquência que decorrem do abuso do poder e do tipo de sistema. Formas que podem variar, percentual e qualitativamente, mas que não deixam de ser modalidades de crimes vinculadas às organizações sempre produtoras da maior danosidade social. Quer pelo sistema, quer pelos filtros que controlam o poder, determinadas condutas são colocadas fora de controle ou porque não existem normas ou porque as normas foram elaboradas de forma errônea ou porque não consideram esses temas ou, em alguns casos, como dizia, antecipando-se no tempo, em seu livro de criminologia, o Prof.^o Roberto Lyra porque muitas vezes, não se quer processar essas condutas através do sistema convencional.

Os filtros de poder atualmente mencionados são o poder político e o poder econômico que fazem combinações mais ou menos sutis, dependendo do sistema. A eles, junta-se a esta altura outra variante que é a especialização profissional, cuja manifestação mais relevante é o domínio funcional operativo e imperativo dos meios tecnológicos.

Diante desse mecanismo, aglomerado ou conglomerado a essas variantes, fatos que são gravemente danosos para a comunidade nacional e para nossos países ficam fora do sistema, prevalecendo ora uma ou outra variante, ora funcionando todas, muitas vezes, de forma simultânea.

Mas como, em verdade, se define o crime organizado? Por que dizemos que, em nossos países, no Uruguai, no Brasil ou na Argentina, existe crime organizado? Um verdadeiro conceito de crime organizado só pode ser obtido através de sucessivas etapas de penetração na análise, passando pelo estudo estratégico da ameaça que representam em seu respec-

tivo setor as organizações delitivas e suas atividades, da agressividade, da rede e da vulnerabilidade. Um objeto de análise, como o crime organizado, não admite simplificação. A ameaça, ou seja, a ameaça real que essas condutas provocam na sociedade constitui uma das etapas de penetração na análise. Os presentes já ouviram a erudita exposição de meu antecessor, que demonstrou em números o que isso custa para a sociedade. E sabe-se que todas essas cifras conhecidas não correspondem à criminalidade real, apesar de serem bastante significativas. A agressividade está vinculada ao manejo de métodos, à necessidade de recursos do crime organizado. A rede diz respeito à combinação de atividades características e inerentes ao crime organizado e à transnacionalização do delito. Por último, a vulnerabilidade. Normalmente é afirmado por autores americanos como Lupsha que a vulnerabilidade é, na realidade, a de nosso povo, a da sociedade. Nós, como somos penalistas, devemos ter a obrigação de inverter o enfoque: a verdadeira vulnerabilidade é a do sistema penal que não é capaz de captar essa forma extremamente gravosa de criminalidade.

Chegamos aos últimos quatro minutos e quero responder a uma segunda questão. Para enfrentar estas formas de crime organizado, é imprescindível solapar os princípios tradicionais do Direito Penal? Nós consideramos que não. Sabemos da dificuldade de dar concretização penal a essas condutas, mas dificuldade não é sinônimo de impossibilidade. Em todo caso, a tarefa do penalista é igual a de um médico de alta cirurgia. Com o instrumento mais preciso e com o menor número de movimentos possíveis, o sistema penal deve atuar. Ocorre que os tipos penais que consideramos necessários para combater o crime organizado, são deixados em mãos de pessoas que não estão suficientemente capacitadas ou não conhecem o mecanismo destas novas

formas de criminalidade ou destas velhas formas com novas roupagens.

Em todo caso, reivindicamos a capacidade operativa dos antigos princípios do Direito Penal que são a única garantia, não frente à sociedade, mas frente ao indivíduo. O verdadeiro controle consiste no domínio do mecanismo, do conhecimento do mecanismo e de uma afinada técnica operativa. Desde já espero que compreendam que procurei colocar, em alguns minutos, um assunto extremamente longo. Obrigado.

Dr. Luiz Flávio Gomes — Na ordem, o Prof.^o Eugenio Raul Zaffaroni, conhecidíssimo de todos nós no Brasil, pelos inúmeros trabalhos que tem publicado e que todos nós manejamos em nosso país. Da Argentina, o Prof.^o Zaffaroni.

Prof.^o Eugenio Raul Zaffaroni — O crime organizado é um conceito criminológico, é um conceito penal e, nesse sentido, já foi dito aqui que é um conceito de uma exatidão relativa. Não é uma categoria clara para pensar em termos criminológicos e ainda mais para pensar em termos penais. Mas supondo que o crime organizado fosse uma categoria e, mais ou menos com isso, tentarmos individualizar aqueles crimes praticados por uma alta organização, uma organização sofisticada, acho que devemos responder a uma pergunta básica: Qual é a maior fonte dos piores crimes organizados e dos crimes com maior organização? Acho que a resposta é clara: é o Estado, é o poder público. Só alguns exemplos bastam para verificar isso.

Primeiro, o terrorismo. É verdade que nem todo terrorismo é praticado pelo Estado, mas o pior terrorismo é aquele que pratica o Estado. Quando é praticado no seu próprio território é terrorismo do Estado ou, quando praticado no território alheio, então, vira terrorismo internacional. É muito difícil pesquisar porque tem toda a cobertura do Estado.

Segundo, quanto ao uso do aparelho do Estado. O aparelho mesmo do Estado cai nas mãos dos corruptos. Todos nós sabemos o que é um fato de corrupção. Talvez seja ele mais danoso aos bens jurídicos do que todo conjunto de fatos que se passam contra a propriedade, praticados por particulares, por iniciativa privada. E ainda mais, isto é pior, quando a corrupção vira institucional, quando fica inserida dentro do aparelho do Estado, faz parte do aparelho, fica normalizada. E, mais ainda, se existe um consenso público que aceita a corrupção.

Terceiro, os produtos do Estado alquimista. O Estado tem um poder econômico incrível e tem o poder de criar, de criação artificial de objetos valiosos, seja bens, seja serviços. Esses poderes estão na proibição. O Estado, numa economia de mercado, através de proibição, pode fazer de alguns produtos normais, de um preço baixo, virarem, pelo preço, raridades no mercado: estoura o preço, criando outro. É um Estado alquimista. Mas ele sabe que, ao fazer de um objeto corrente, um objeto valioso, está criando junto a ele uma economia subterrânea, uma economia complementar, uma outra economia. A economia é muito forte, se o capital criado ao redor desse ouro produzido pela proibição é muito e a organização dessa economia será muito alta, muito sofisticada, sem nenhuma dúvida. Os órgãos repressivos do Estado vão criar uma comissão ou junta reguladora dos preços do produto ou dos serviços proibidos. Da medida da repressão ou da proibição vai depender a maior frequência ou a maior raridade do produto.

Quarto, os Estados, como sabemos, são as principais fontes do crime organizado; usam também os crimes organizados como pretexto para a flexibilização da totalidade do sistema penal. Ou seja, criam o fenômeno e imediatamente declaram guerra ao fenômeno por eles criado. E guerra é guerra: não conhece as convenções de Genebra... A demoli-

ção do Direito Penal liberal, através da necessidade da guerra, é um fenômeno por eles criado. É um novo discurso de Direito Penal pragmático, discurso que tem grande sucesso nos Estados Unidos. Os novos operadores políticos estão totalmente alterados por esse discurso nos Estados Unidos. Segundo o Direito Penal pragmático, qualquer consideração de tipo ético, moral, para limitar o poder repressivo do Estado é uma consideração teórica. Essa consideração não merece atenção dos operadores do novo Direito Penal. O Direito Penal dessa maneira sofre uma degradação: há um discurso subpolicial. Não estou falando do discurso policial porque o discurso policial é aceitável: um discurso subpolicial, um discurso onde tudo vale para vigiar ou para espiar os cidadãos.

Mas o que é isso para qualquer um que conheça minimamente a história da repressão desde a Idade Média até agora? É a analogia, é a inquisição, é a tortura, ou seja, são os mesmos elementos que pedem o Direito Penal inquisitório, que pedem o Direito Penal positivista-criminológico e que têm agora esse Direito Penal pragmático. Ou seja, é a velha, antiga e conhecida luta entre o Direito Penal liberal e o Direito Penal autoritário. Não é outra coisa. Mas quem é a vítima desse jogo de criação e guerra ao crime organizado? Temos várias vítimas. Primeiro, sem dúvida, é vítima aquele que é vitimizado pela violência mesma do crime organizado. Segundo, é vítima aquele que é vitimizado pela violência do terrorismo do Estado. Terceiro, esse jogo de criação e guerra, ao mesmo fenômeno, vitimiza as classes populares, normalmente as pessoas das classes carentes. São os criminalizados brutalmente pelo terrorismo do Estado que também são pessoas das classes carentes e são os policiais, que são os únicos no sistema penal que põem a cara diante da violência e que embora pratiquem, eles mesmos, crimes, são tam-

bém politizados, escolhidos entre as classes carentes. Então, é a introdução de contradições, de antagonismos entre as classes mais carentes que impedem a coalisão dessas classes e portanto, impedem a conscientização delas e a dinamização política pela sua extensão na dinâmica social. Quarto, a própria sociedade. Não é só uma contradição entre as pessoas das classes mais carentes, mas também as contradições profundas entre as classes sociais impedem abrir vínculos de comunicação entre elas, o que dificulta ou obsta a integração social. Por último, vítimas somos todos porque, no fundo, no jogo de criação do fenômeno para reprimir o próprio fenômeno, somos nós os reprimidos. O poder punitivo não é o poder exercido sobre aqueles que estão na cadeia. Esse é muito pouco poder. Aqueles que estão na cadeia estão lá porque, não souberam, afinal, fazer bem as coisas. Só por isso. Estão na cadeia porque são pobres, são sujos, são negros, são feios, de outra maneira não estariam na cadeia; estão na cadeia pela cara. O poder entre eles é muito reduzido: não é o poder político. O poder político é o poder de vigiar a todos nós. Esse é o verdadeiro poder político. A maior opressão, mais vigilância sobre todos nós, maior redução dos nossos espaços de liberdade social e nós aceitamos a maior vigilância porque estamos acreditando que isso dá maior segurança para nós. Mentira, continuamos a ser vitimizados todos os dias, mas aceitamos o discurso por sobre a realidade da nossa própria experiência.

Isso, no fundo, conduz a um modelo de sociedade que não é aquele que se chamou de modelo panótico. O modelo panótico é outra coisa. O modelo panótico é uma sociedade que tem o controle central. Este não é o modelo de sociedade com controle central. Isto está conduzindo à destruição de vínculos sociais, à dificuldade de impedir a integração da sociedade. Isso está produzindo um te-

cido, uma rede de controle onde cada um de nós vai virando o vigilante do concidadão. É um modelo ótico-eletrônico de controle de todos nós.

Esta é a perspectiva. Cada vez que temos de responder a uma pergunta sobre crime organizado — não sei se os operadores do poder público são bem conscientes ou não são conscientes — não podemos deixar de enfatizar que o crime organizado é um produto desse poder público e é um pretexto usado pelo mesmo poder público. Se não ficarmos conscientes dessa duplicidade do discurso público vamos cair, cada vez mais, nos discursos dos meios massivos de comunicação social, vamos desintegrar, cada dia mais, as nossas sociedades, vamos nos tornar, cada dia mais, vigilantes dos nossos concidadãos, com todas as práticas e conseqüências que estamos conhecendo na nossa região.

Estou ciente de que isso não é só um discurso penal. Isto, no fundo é um discurso político, mas vou fazer uma outra pergunta: Alguma vez o discurso penal não foi um discurso político?

Dr. Luiz Flávio Gomes — Agora vamos ter a oportunidade de ouvir o Prof.º Faria Costa, da Universidade de Coimbra.

Prof.º Faria Costa — O que eu gostaria aqui de salientar tem a ver, fundamentalmente, com a experiência portuguesa. Relativamente à categoria do crime organizado, estou totalmente de acordo com ela: não tem qualquer colocação lógica; é uma realidade criada ao nível da estrutura do Estado. No entanto, não vou por esse caminho: não é essa a minha intenção, não foi esse o projeto, nem o propósito que me trouxe aqui.

Eventualmente, talvez, eu vá discorrer em pequenas minudências que tem a ver com problemas muito mais sérios e que tocam, fundamentalmente, com a estrutura da co-participação, com relação ao crime organizado. E, basicamente, isso tem a ver com a experiência portuguesa,

relativamente a este ponto. O Código Penal Português, ao criar a figura do crime de associação criminosa, veio possibilitar à máquina do Estado um alargamento que a estrutura estatal imediatamente utilizou. Quero dizer com isso que, em relação a pequenos fatos onde as categorias da autoria e da co-participação eram suficientes para resolver o problema, tornou-se, pura e simplesmente, muito mais fácil fazer a acusação de associação criminal. E mal saiu o Código de 1982, explodiram verdadeiramente as acusações, nos tribunais, de associação criminal.

Por quê? Porque o problema da prova da co-participação é um problema muito mais difícil de efetuar do que propriamente quando nos atiramos para uma estrutura onde verdadeiramente só a associação criminal é entidade global como fim e como objeto. Portanto, isso criou certa ambigüidade ao nível da jurisprudência, mas hoje, como se sabe, houve um retrocesso. Na verdade, começou-se a fazer, verdadeiramente, uma distinção rigorosa entre as situações de autoria, de co-participação e de cumplicidade e as situações relativas às associações criminosas propriamente ditas.

Por outro lado, isto liga-se também com o fato de Portugal ser um país periférico onde o elemento do crime organizado quando muito se utiliza de Portugal como plataforma transnacional. Daí que não tínhamos, em termos de realidade social, em termos de organização social, o crime organizado como qualquer coisa que nos é dado observar, por exemplo, como existe na América Latina ou como se passa em outros Estados. Note-se que, como linha periférica, quando muito somos utilizados como plataforma para o crime organizado, mas não propriamente como uma realidade interna. Claro que isso levanta pontos interessantíssimos em saber como isso começa, mas não quero entrar por esse caminho.

O que gostaria de salientar — o que já foi veiculado por outros colegas — é o que tem a ver com aquilo que se poderia chamar de cultura da corrupção. Há uma cultura da corrupção que está fortemente conexas com a própria cultura ligada à organização criminal. Evidentemente, agora, sabemos qual é a estrutura funcional ou sistêmica do crime organizado. Não vou entrar nessa discussão, mas o que me parece é que o ponto essencial, o ponto nevrálgico do crime organizado, passa pela sua inserção naquilo que eu queria chamar de cultura da corrupção. São os pequenos favores que verdadeiramente se fazem, pequenas atuações, faltas da noção de dever. Não sei como se diz em brasileiro, em português é a “pequena cunha”: alguém dentro do Ministério que atende a certos favores.

Tudo isto cria fraturas no tecido social que possibilitam justamente uma organização. Ou seja, quando o tecido social em determinado momento entra numa fase de destruição aparente, numa pseudo-destruição, criam-se imediatamente estruturas de compensação e, portanto, se forma a própria instituição do crime organizado.

Por outro lado também — e isto como uma reflexão meramente espontânea que me trouxe aqui — o que queria salientar é que se efetivamente o crime organizado existe, e existe fundamentalmente tendo em vista à persecução de interesses econômicos. É isto, verdadeiramente, o grande ponto do crime organizado. Infelizmente, em muitas circunstâncias, o crime organizado ultrapassa os interesses econômicos. É o que sobrevive à sombra das próprias estruturas estatais e, portanto, não iria tão longe — como o colega sociólogo, que, em determinado momento, falou numa existência de paralelismo — mas estou plenamente de acordo que o crime organizado, em muitas circunstâncias, não pode verdadeiramente ser reduzido tão-só à persecução de interesses econômicos.

Fundamentalmente, e para terminar esta minha exposição, vou me ater à experiência portuguesa e é sobre ela que estou aqui a falar nesta oportunidade, para poder trazer alguma reflexão sobre essa experiência. São doze anos de vigência do Código Penal. Nesse ponto final da minha exposição, gostaria de salientar as grandes linhas, os grandes segmentos que caracterizam o crime organizado, os fins, a estrutura dos fins para a qual a associação criminosa foi criada, o núcleo de participantes, ou melhor, o número mínimo de participantes e, fundamentalmente, o mínimo de estrutura operatória. Na verdade, isto foi um momento essencialíssimo para que não houvesse um alargamento, por parte da Polícia e por parte do Ministério Público, com o objetivo de facilitar a punição de certo tipo de pessoas. Como simplesmente não tinham os valores probatórios dos crimes plenamente realizados, diziam, evidentemente, que tais pessoas praticavam uma associação criminosa. Quando muito, eram situações de co-participação e cumplicidade e não propriamente uma associação criminosa. Isso fundamentalmente passava pela idéia de uma estrutura mínima operatória e tal estrutura não precisava ser considerada oficial do Estado, mas tem a ver com um mínimo de operacionalidade, de estrutura operatória para poder-se diferenciar verdadeiramente os crimes praticados pela associação criminosa.

Dr. Luiz Flávio — Ouviremos nesse instante o Prof.^o Joan Queralt, Catedrático em Direito Penal em Las Palmas, Espanha.

Prof.^o Joan Queralt — Quero Agradecer a todos pela capacidade de suportar esse meu discurso. Prometo não torturá-los demais depois de haver assistido às sessões que começaram às 9 horas da manhã. As intervenções dos companheiros que me precederam, vão aliviar a tarefa da minha exposição, porque dizem respeito ao aspecto sociológico, ao aspec-

to estritamente político e ao aspecto dogmático — sobre o qual tratou o meu colega Português. Acredito que facilitaram a tarefa para que pudesse fazer umas breves e simples pinceladas no aspecto político criminal. Como penalistas, já que militamos no Direito Penal, observamos o fenômeno do crime organizado, e como se valorizam, como se analisam as soluções que a este fenômeno se devem.

Já posso adiantar que a solução legal existente na Espanha é similar à portuguesa, temos que nos referir na parte especial ao tipo de Associações Ilícitas, na parte geral, a autoria e participação. Esses instrumentos que parecem um pouco pequenos diante da magnitude do problema. Entretanto a magnitude do problema é tal que nasce com o próprio Direito Penal. Por ele, para não nos reportarmos aos Assírios e Caldeus, reportemo-nos aos últimos cem anos, e verificaremos que o fenômeno do crime organizado não decresceu, mas aumentou, o que nos proporciona a primeira perplexidade político-criminal.

Do meu ponto de vista, como simples observador do fenômeno, creio que temos quatro enfoques, quatro zonas, nas quais crescem o fator executivo de diferentes classes de delinquência organizada. Da perspectiva estrutural social, a delinquência é cada vez maior e organizada no meio da delinquência juvenil e infantil. É um problema absolutamente crescente e sumamente alarmante e deixou de ser para aquelas organizações que se dedicam à violência, ao problema da violência, de ser um mero agrupamento que poderia ser qualificado tanto da perspectiva ideológica como da perspectiva legal, de quadrilha. São autênticas por necessidades delinquentiais. E sua raiz, numa estrutura social que, apesar dos otimistas com uma razoável e correta perseverança política, está longe da integração social e, cada vez mais perto dos crimes, não está muito longe da desintegração social. É aí que a delinquência

juvenil tem o seu realismo. E qualquer política criminal que tente abordar este fenômeno da delinquência juvenil tem que partir da análise da estrutura, ou das estruturas sociais, vigentes em nossos respectivos países.

A atual *estrutura econômica* e não somente aquela verificada nas fronteiras internacionais, mas aquela que continua vivendo no mundo ocidental nos últimos 50 ou 60 anos, dá como principal modalidade delinqüencial. Muitas daquelas suposições que caberiam incluir no que — não vamos aqui mencionar o infortúnio da Inquisição — mas pode ser denominado como delito de massa. Para perpetrar este tipo de delito que afeta, de início, a um número absolutamente impossível de prever de vítimas, do ponto de vista do delinqüente — quantas mais, melhor.

E não se pode lograr esse tipo de delito senão mediante uma redução de violência, muitas vezes certamente sofisticada. Algumas de maneira transitória e criminal, como a de um bar cheio de arruaceiros, embora algum ou outro tratamento devam merecer alguns dos dirigentes de algumas dessas sociedades. Mas o qualificativo moral tem que ser seguido e estamos longe disso.

Se deve também à *estrutura econômica* os crimes relativos, do ponto de vista de razões importantíssimas e dolorosíssimas. Os crimes derivados das imigrações ilegais, fundamentalmente não somente em parte, mas completamente, daquelas forças de trabalho, não somente de mão-de-obra, mas também de imigrações ilegais de mão-de-obra. Na Europa Oriental é um fenômeno que atinge proporções absolutamente gigantescas. São os crimes relacionados com a saúde e a higiene do trabalho. Quer dizer, é um crime ou um conjunto de crimes organizados, de como se sabotam, a partir das próprias empresas, as condições e os direitos de estabilidade no emprego, que é cada vez menor, e da segurança que

devem ter no trabalho. Quer dizer, é um ato, um crime organizado, sistematicamente realizado.

Da *estrutura política* entendo que se derivam os fenômenos relativos à insurgência, notadamente aquelas praticadas pelo Estado, o terrorismo do Estado, e ultimamente como foi dito já numa intervenção anterior, a corrupção política, que ameaça tornar menores os outros parentes mais antigos, na espera do crime organizado derivado da estrutura política.

A *forma político-criminal* de abordar estes delitos é sumamente importante, porque ao se originar da estrutura política, ao menos, é uma perspectiva típico-ideal, quer dizer uma perspectiva meramente normativa. Diante de preceitos legais e sua correspondente implementação, não somente com os preceitos mas com a sua correspondente implementação, poderíamos, mediante o incremento e aprofundamento das estruturas político-democráticas, tentar conter alguns destes fenômenos, fundamentalmente o último, e que é oneroso, é o fenômeno da corrupção política.

Também das *estruturas internacionais*, ou de outro tipo de estrutura política e também da estrutura socio-político-internacional, se quiserem assim denominar, nascem dois tipos de crimes que são, eu diria, outras das desgraças atuais, os crimes relativos ao tráfico de drogas e ao tráfico de armas. Normalmente quando se fala de tráfico internacional de drogas, costuma-se falar no de armas, que é tanto ou mais perigoso, porque as armas matam efetivamente, as drogas significam um perigo para mais além do momento. E normalmente seguem por canais paralelos e se derivam. A existência desses canais e das organizações, se deve à atual estrutura das relações internacionais.

Com esses dois tipos de relações internacionais, já temos todos os tipos de delinquência organizada na escala internacional e, assim, da perspectiva político-criminal que era relativamente fácil, pelo

menos num modelo teórico, podemos tentar traduzir a uma mesma expressão a delinquência organizada derivada de determinada estrutura política, que por sua vez, deriva de determinadas estruturas internacionais. Porque, além disso, sobretudo, toca um ponto fundamental. É o contato direto com os núcleos do poder. Não me refiro ao poder executivo, me refiro aos núcleos do poder.

Quais são as consequências que obtemos de tudo isso? Digamos que, em primeiro lugar, é uma grande perplexidade. O fenômeno da delinquência organizada não é novo, não adentra sozinho, como no princípio parecia que adentrava quando surgiu esse fenômeno na delinquência de caráter organizado, mas de vertente claramente econômica, já que organizamos o crime para obter dinheiro, e pensamos sempre nas máfias de Chicago, por exemplo, de algo proibido e este é o “modelo” de política criminal praticamente existente, porque o crime ou a criminalidade organizada não existe se não se incrementar e não há necessidade de provar, porque é algo que qualquer um pode ver.

E isto comporta a grande desculpa, sobretudo pelo grande irmão, para poder praticar uma política de detrimento das garantias, substantivas e processuais, para terminar na tradicional diferença que fazemos entre o Direito Penal Substantivo e Direito Processual, sem que, ao contrário, tenha-se obtido do Poder Substantivo avanços substanciais pelo que se paga, e que não corresponde com a mercadoria recebida. Seguimos com o mesmo problema, ou com um problema maior, com mais frentes e corremos o sério risco de não oferecer garantias, pelo que o que está afinal — aqui tenho que fazer minhas as palavras do Prof.^o Zaffaroni, afinal corremos o risco de desmontarmos tudo e ficarmos num discurso político e, nesse aspecto, política significa algo tremendo. Forte. Muito obrigado.

Dr. Luiz Flávio: Agora ouviremos o Prof.^o Juarez Tavares, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, autor de vários livros, professor aqui do Rio de Janeiro.

Prof.^o Juarez Tavares: Senhoras e Senhores. Quando se escuta falar sobre o crime organizado, se pensa logo em traçar diferenças entre crime organizado e crime desorganizado. E nesse aspecto me parece que isso é uma ampliação da diferença entre crime e mero comportamento social. Me lembro de um fato relatado pelo nosso colega. O dilema de uma pessoa em saber se optava pela marginalidade ou se se transformava em capitalista. Dizia ele, se optar pela marginalidade, eu estou muito ansioso para subtrair uma bicicleta do meu vizinho que custa exatamente R\$ 100. Mas se eu optar pelo capitalismo eu compro a bicicleta dele por R\$ 5. Então realmente a situação é essa, a distância entre o crime organizado e o desorganizado, é uma questão de grau.

Por outro lado, há uma outra questão subjacente, que é a questão da proteção que o Estado pretende exercer sobre os valores fundamentais do Estado. Parece que se inverteu o discurso penal e há um retrocesso nesse aspecto a posições do século passado. Nota-se primeiramente uma elitização do Direito Penal, como se o pronunciamento judicial que condena ou que absolve, viesse para interpretar a moral de toda a coletividade, como se os juízes fossem, no momento em que eles pronunciam o juízo de culpabilidade ou de absolvição, os intérpretes da moral social.

Já se alertava há muito tempo na Alemanha, por vários autores, o perigo que isso resultaria para as garantias individuais, que seria exatamente a interferência na concepção ideológica no tocante à moral, na concepção da própria Justiça Criminal. Os juízes não são intérpretes da moralidade, eles são intérpretes exatamente daqueles preceitos

limitadíssimos, estabelecidos na lei. Portanto, ele pronuncia um juízo jurídico sobre comportamentos e não um juízo moral. Assim também o juízo sobre o crime organizado e outras formas de criminalidade é o juízo jurídico e não o juízo moral.

Isso disserta exatamente com relação ao crime organizado e outras formas de marginalidade. É um juízo moral e não um juízo político. Mas isso é explicável. Porque o processo trata exatamente de um retrocesso que está no cerne de toda a constituição penal. É que o legislador, na ânsia dos seus programas políticos, de angariar votos e apoio popular, estabeleceu exatamente isso, uma política que já conhecemos de longa data oficiada por Margareth Thatcher na Inglaterra e por Ronald Reagan nos Estados Unidos e que, agora, é reeditada pelo Presidente Clinton nos Estados Unidos e que tem reflexos no Brasil e muita gente está pensando em aplicar esses mesmos preceitos à realidade brasileira. É a política de transformar o Direito Penal exatamente em instrumento de proteção da ordem pública e não em um instrumento de defesa dos bens fundamentais da pessoa humana.

O crime organizado, já se colocou muito bem, um pretexto, é exatamente como dizia há muitos anos uma professora que está aqui presente em sua dissertação de mestrado: O princípio retórico da legalidade. Aqui é a natureza retórica do conceito do crime organizado, para justificar a inversão exatamente da proteção penal. Não se defende mais atentados concretos e residuais a bem jurídico, porque são valores concretos da continuidade do indivíduo incorporados na norma plena com valores gerados, mas o que se está pretendendo agora é exatamente uma inversão de uma ordem pública que, na verdade, é a ordem instituída e estabelecida politicamente nos interesses exclusivos de um governo ou de uma atuação política, de um partido,

de um grupo, de um indivíduo.

Por isso que, nesse momento, parece que a temática penal, um pouco esquecida em todos os Congressos em que se participa, deve se reerguer para dizer que há necessidade de estarmos atualizados para estabelecer um limite de atuação do poder público, inclusive exigindo-se desse poder público que efetivamente cumpra com a Constituição e assuma o sentido democrático, na proteção do indivíduo e não na sua insegurança e no seu prejuízo.

Parece que o Direito Penal agora tem uma ação diferente da realidade. A realidade que nós vemos no tocante ao crime organizado, não é o da sua repressão. Não vejo nenhuma modificação estrutural no quadro da proteção penal em aumentar essa repressão ao crime organizado, desconsiderando-se a proteção ao crime desorganizado. Para mim, o crime organizado nada mais é do que qualquer outro fato delituoso comum, e que pode comportar perfeitamente, adequadamente, um enquadramento nas normas vigentes do Código Penal. O Código Penal deve ser exatamente um instrumento mínimo de intervenção, isso em decorrência de um preceito constitucional, que é o preceito exatamente de integração mínima, por decorrência do princípio da legalidade da pessoa humana.

O que significa exatamente isso? Significa que o Direito Penal só pode intervir para repressão, para aumentar a repressão, quando o indicar uma necessidade absoluta para defesa da própria ordem e estabilidade democrática. São essas as considerações que eu poderia fazer no tocante ao crime organizado.

Dr. Luiz Flávio — Por fim e como já salientamos, sem nenhum tipo de discriminação, falará a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, titular de Processo Penal da Universidade de São Paulo e também participante, fundadora do nosso Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Prof.^a Ada Pellegrini Grinover — Muito obrigada Luiz Flávio, pelo convite. Se-

nhoras e Senhores. É inquestionável hoje que num processo penal moderno há uma busca e uma preocupação muito grande por dois valores que podem ser compensados em duas palavras. De um lado a eficiência do processo que deve servir exatamente à aplicação do Direito Penal material e, de uma maneira efetiva e de uma maneira instrumentalmente ligada àquele Direito material, e de outro lado, aquilo que os italianos já tradicionalmente chamam de "garantismos", que é exatamente a preocupação pelos valores constitucionais do processo, pelas garantias da jurisdição das partes e, sobretudo, pelas garantias do acusado.

Haveria alguma antinomia entre esses dois valores, eficiência de um lado e modelo garantidor do outro, sobretudo no combate ao crime organizado ou às organizações criminosas? Essa é a problemática em termos processuais, sucinta então, à estrutura que se faria necessária processualmente, para coadjuvar o Direito Penal na luta contra o crime organizado.

E num estudo comparado se nota que em muitos países de Ibero-América e países europeus como a Itália, responde-se de maneira afirmativa a essa possível antinomia, cedendo à tentação de um processo penal que já se chama de processo penal de emergência e que seria exatamente destinado à apuração e a punição dos crimes ligados a grupos organizados, e para o qual haveria um enfraquecimento de certas garantias processuais, que, se mantidas em seu rigor, fariam com que esse processo não fosse eventualmente eficiente.

Apenas num breve retrato de Direito Comparado bastante recente, baseado em informações de relatores nacionais, que eu recebi para o Congresso Ibero-Americano do Direito Processual de La Plata, Argentina, notamos por exemplo que Portugal, no próprio Código de Processo Penal, prevê normas aplicáveis a esse tipo de criminalidade, as associações,

possibilitando a busca e a apreensão pela própria polícia e a incomunicabilidade do preso, exceto o defensor, até o primeiro interrogatório.

No Peru, para os delitos de terrorismo, tratados em lei especial de 1952, encontram-se dispositivos sobre a necessária conservação do detido em prisão cautelar, até a sentença absolutória. Na Venezuela, a Lei Orgânica de Salvaguarda do Patrimônio Público e a Lei Orgânica de Substâncias Entorpecentes e Psicotrópicas, também enrijecem o regime da prisão cautelar. Na Espanha, o legislador introduziu diversas disposições na Lei Orgânica do Poder Judiciário e no Código Penal que afetam a competência do direito de defesa, as medidas cautelares etc..

Na Colômbia, existem regras processuais, num novo Código de Processo Penal, da maior relevância para o processo e a restituição das garantias, como, por exemplo, as que prevêm a proteção da identidade de funcionários diversos do Ministério Público, e com o que cria a figura da testemunha anônima, da testemunha sem rosto, da qual se consigna em ata apenas a impressão digital, sendo identificada em separado, pelo Ministério Público, que deverá identificar os elementos que possam ser úteis ao juiz, ao próprio Ministério Público que preside a instrução, para valorar a credibilidade da testemunha.

Na Itália, finalmente, uma legislação especial anti-máfia, que já data de mais de 15 anos, vem dando um tratamento especial ao processo penal destinado a esse tipo de criminalidade organizada. A expressão máfia italiana, não se inclui apenas a máfia *strictu sensu*, mas também os delitos econômicos praticados por organizações criminosas.

E, recentemente, após a promulgação na Itália do Código de 1988, extremamente garantidor, houve modificações introduzidas na legislação de máfia e, o que é pior, no próprio Código de Pro-

cesso Penal, restringindo as garantias. Assim, por exemplo, na legislação especial, eu posso lembrar a inversão do ônus da prova em matéria penal, com relação a determinados assuntos, a delação premiada, os arrependidos do regime italiano, e no próprio Código de Processo Penal, a possibilidade que não era permitida no Código de 1988, que se introduzam no processo, no juízo, elementos probatórios colhidos durante a investigação criminal que corresponde ao nosso inquérito policial.

E mais, a interpretação, também das normas processuais tem sofrido uma compressão pela própria Jurisprudência e pela praxis das investigações da fase pré-processual. Basta lembrar que na própria Itália a famosa "Operação Mãos Limpas", tão louvada por certos aspectos, também foi chamada "Operação Algemas Fáceis", pela facilidade que se tentou, abusivamente inclusive, a prisão preventiva.

Então a pergunta que nós temos que nos colocar é se realmente o Processo Penal poderia servir de instrumento de coadjuvação para a repressão, para a punição, ao crime organizado, em prejuízo de certas garantias. Antonio Magalhães Gomes Filho, nesse boletim do IBCCRIM responde que não. Marino B. Santos, hoje na sessão número três deste Congresso, enfaticamente disse que as garantias processuais penais não podem jamais sofrer compressão e que, ademais, essa compressão não seria de nenhuma utilidade para o chamado combate ao crime organizado.

No entanto, nas próprias recomendações de Toledo, que estamos analisando nesta Comissão número três, existe pelo menos alguma pequena abertura em certos campos ligados, por exemplo, à proteção de testemunhas, à proteção da vítima, para mantê-las desconhecidas, comprimindo, evidentemente, com isso, o contraditório. E o próprio Prof.^o Miamaiô que é um paladino na Itália das garantias

processuais no campo inclusive do Direito Transnacional, tem mostrado, aqui ou acolá, uma certa tendência para alguma limitação de certas garantias.

A minha posição é muito clara e bem conhecida de todos. Eu creio que, sem dúvida nenhuma, o problema da criminalidade organizada é, antes de tudo, um problema político, como salientou aqui o nosso mestre Zaffaroni. É certamente um problema de natureza sociológica, como também foi salientado nesta mesa hoje. Talvez seja um problema de política criminal, talvez não seja, como mostrou o nosso Professor Espanhol. Talvez possa ser até um problema de dogmática penal, como se viu pelas palavras do professor português, mas a mim me parece que não será através de normas processuais que se poderá enfrentar, e ajudar a resolver o problema do crime organizado.

E o problema mais sério é que destas concessões é fácil escorregar para outras concessões mais gerais, no modelo exatamente do que aconteceu na Itália, que primeiro se preocupou exclusivamente com uma legislação antimáfia, mais rigorosa nos aspectos penais e processuais penais temários. Mas que agora, tranquilamente, suprime do Código de Processo Penal certas normas garantidoras, próprias do processo acusatório, como aquela da não introdução dos elementos do inquérito policial, no processo, para aplicar essas regras a todo o processo penal.

Então, é muito perigoso ceder a essas tentações, até porque não se sabe exatamente se elas seriam úteis para alguma coisa que não fosse apenas um abandono das garantias processuais que, com tanto custo, com tanto trabalho, se conseguiu construir nos regimes democráticos. Muito obrigado.

Luiz Flávio Gomes — Senhoras, Senhores e Prof.^a Ada, eu complementaria dizendo uma palavra só. Se o Partido da Democracia Cristã, e se o Partido Socialista Italiano imaginassem nas décadas de 70 e 80, quando aprovaram as leis de

exceção, se imaginassem que na década de 90, eles estariam no banco dos réus, jamais teriam feito qualquer tipo de abertura na legislação processual e penal italiana.

Bem, senhoras e senhores. O interesse pelo assunto é enorme. Noto pelo semblante de cada um, apesar do adiantado da hora, esse é o nosso quinto encontro do dia e, mesmo assim, todos estão ansiosos por perguntas, por questiona-

mentos, porém já são 23 horas. Por isso, lamentavelmente, temos que passar para os agradecimentos e dizer o seguinte. Como agradecimento final. Agradecimentos aos participantes, Prof.^o Cervini do Uruguai, Prof.^a Zaffaroni, da Argentina, Prof.^o Faria Costa, de Portugal, Prof.^a Ada, de São Paulo, Prof.^o Juan Queralt de Las Palmas, Espanha, Prof.^o Mingardi, da Universidade de São Paulo, Prof.^o Juarez Tavares, do Rio.

4 — O NOVO ESTATUTO DA OAB — ASPECTOS POLÊMICOS

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA AMB (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS)

SERGIO BERMUDEZ

Advogado no Rio de Janeiro

A Associação dos Magistrados Brasileiros, sociedade civil, com sede estatutária na capital da República e sede administrativa em Florianópolis, Santa Catarina, na Avenida Osmar Cunha, n. 183, bloco *b*, sala 1.109, vem, por seu advogado abaixo assinado (doc. 1), regularmente constituído (docs. 2/3), com fundamento nos arts. 103, IX, 2.^a parte, e 102, I, *a*, da Constituição Federal, propor ação direta de inconstitucionalidade dos dispositivos, adiante indicados (infra, n. 2), da Lei federal 8.906, de 4.7.94, publicada no DOU, seção 1, de 5.7.94 (doc. 4), a qual “dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil — OAB”.

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA

1. O eminente Procurador-Geral da República ajuizou, perante esse eg. Tribunal, a ADIN 1.105-7, distribuída ao eminente Min. Paulo Brossard, visando à declaração da inconstitucionalidade do inc. IX do art. 7.^o da Lei 8.906/94 (doc. 5), que é um dos dispositivos objeto do pedido formulado na ação, que agora se propõe. Conexas as duas ações pela identidade parcial do objeto (CPC, art. 103), a autora requer a distribuição desta ação por dependência daquela, na conformidade do art. 253 do Código de Processo Civil.

DISPOSITIVOS QUESTIONADOS

2. Transcrevam-se, inclusive para fins de determinação da legitimidade e da pertinência temática, os dispositivos da Lei 8.906/94, cuja inconstitucionalidade, total ou parcial (esta, indicada por grifo), a autora pede seja declarada por essa egrégia Corte:

I) *inciso I do art. 1.^o*: “a postulação a *qualquer* órgão do Poder Judiciário e aos *juizados especiais*”;

II) § 2.^o do art. 1.^o: “os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados”.

III) § 3.^o do art. 2.^o e, correspectivamente, o § 2.^o do art. 7.^o: “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, *nos limites desta Lei*”, e “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”;

IV) *inciso II do art. 7.^o*: “ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de

seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB”;

V) inciso IV do art. 7.º: “ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo sob pena de nulidade, e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB”;

VI) inciso V do art. 7.º: “não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar”;

VII) inciso IX do art. 7.º: “sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido”;

VIII) § 3.º do art. 7.º: “o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo”;

IX) § 4.º do art. 7.º: “o Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados com uso e controle assegurados à OAB”;

X) inciso II do art. 28: “membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta”;

XI) art. 50: “para os fins desta Lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão da Administração Pública direta, indireta e fundacional”.

LEGITIMIDADE E PERTINÊNCIA

Legitimidade

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em reiterados pronunciamentos, que a Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB tem a legitimidade exigida na segunda parte do inciso IX do art. 103 da Constituição Federal para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, v.g., os v. acórdãos nas ADIns 138 (RTJ 133/1011), 139 (RTJ, 133/520), 509 (RTJ 144/426).

Pertinência temática

4. Como resumiu a ementa do e. Min. Moreira Alves, relator da ação direta de inconstitucionalidade 913-DF, “já se firmou nesta Corte o entendimento de que as entidades de classe de âmbito nacional para legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade têm de preencher o requisito objetivo da *relação de pertinência* entre o interesse específico da classe, para cuja defesa essas entidades são constituídas, e o ato normativo que é argüido como inconstitucional (cf. as ADIns. 77, 138 e 159)”. Por conseguinte, o eg. Tribunal extraiu dos dispositivos constitucionais pertinentes, além da legitimidade geral, ostensiva no art. 103, uma legitimação subjetiva específica, identificada na precisa fórmula *pertinência temática*, concebida pelo e. Min. Celso de Mello.

5. Considerando o conteúdo, a abrangência e a eficácia dos dispositivos legais questionados (supra, n. 2, I/XI), não há

dúvida de que, por sua natureza e objeto, a autora preenche, nesta ação, a apontada condição específica, fazendo jus a um pronunciamento de mérito, pois todas as normas impugnadas repercutem, direta e intensamente, na administração da justiça no Brasil, função que, na essência, a carta política entregou aos juízes togados, que a demandante congrega, nos termos dos arts. 1.º e 3.º do seu estatuto (doc. 3).

6. Como lembrou o e. Min. Moreira Alves, ao votar como relator da ADIn 913, “em se tratando da Associação dos Magistrados Brasileiros, tem-se reconhecido a ocorrência dessa relação de pertinência com normas que digam respeito, direta ou indiretamente, a direitos pessoais dos magistrados... bem como — e isso porque, dos Poderes do Estado, o Judiciário é o único que não tem órgão legitimado para a propositura de ação dessa espécie em sua defesa — com atos normativos que, nas questões institucionais atinentes ao Poder Judiciário, ou o coartam globalmente (assim, na ADIn 292) ou permitem a interferência, no âmbito de sua atuação constitucional, de órgãos ou entes públicos estranhos a ele, inclusive de outros Poderes do Estado (nesse sentido, explícita ou implicitamente, as ADIns., a título exemplificativo, 134, 136, 137, 197, 506, 679).

7. São expressivas as manifestações dos insígnos Juízes do Supremo Tribunal acerca da vinculação temática. Na ADIn 305, o e. Min. Paulo Brossard, depois de afirmar seu entendimento de que “não há necessidade de pertinência entre as normas argüidas e os objetivos sociais da entidade de classe, para legitimá-la nas ações diretas”, decidiu pela legitimidade da ora demandante, tal como fizeram, em diferentes oportunidades, votos da consistência do proferido pelo e. Min. Néri da Silveira (ADIn 913), ao asseverar: “compreendo, também, que essa legitimidade ativa à ação de inconstitucionalidade é de reconhecer-se quando lei ou ato federal ou estadual atinja as prerrogativas

do Poder Judiciário ou o âmbito da competência institucional judiciária consagrada na Constituição da República”.

8. Pronunciamentos idênticos partiram dos e. Mins. Marco Aurélio (ADIn 913); Sidney Sanches (ADIn 913), para quem a autora “tem o dever estatutário de agir no interesse global da instituição integrada por seus filiados”; Sepúlveda Pertence (ADIns 305 e 913), que não admite “é que haja absoluto alheamento entre a temática da ação direta e a finalidade institucional da associação, o que de certo modo, limita a sua própria personalidade política”; Celso de Mello, que vinculou a legitimidade da AMB à “existência da necessária relação de pertinência entre o conteúdo da norma impugnada e os fins estatutários para os quais essa entidade foi criada”.

9. Na ADIn 305, o e. Min. Octávio Gallotti também atrelou a pertinência à conjugação entre a finalidade de cada uma das entidades e o conteúdo da norma impugnada. Essa vinculação todavia, não restringe a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros, quanto à ação direta de inconstitucionalidade, à defesa de direitos subjetivos dos seus membros. Para essa tutela, bastar-lhe-ia, aliás, o poder de representação, conferido pelo inc. XXI do art. 5.º da Constituição.

10. A legitimidade da autora, emergente do art. 103, IX, da carta, estende-se, consoante a jurisprudência desse altíssimo Tribunal, invocada no v. acórdão referido no item 6, supra, ao questionamento da constitucionalidade dos atos normativos atinentes ao Poder Judiciário, o que dá razão ao e. Min. Carlos Velloso, quando, em confirmação de voto na ADIn 913, afirmou que “não deve a Corte Suprema dizer ao juiz que somente aquilo que é de interesse imediato do magistrado — os atinentes a salários ou vencimentos, por exemplo — poderia ser posto numa ação direta, ou daria legitimidade ativa à sua associação”, reconhecendo legitimidade à AMB quando, como no caso

então julgado, ela se insurgiu contra instituto que, no entendimento dela, tal como compreendido pelo ínclito votante, “amesquinha a função jurisdicional”.

11. O mais breve exame das normas, cuja inconstitucionalidade aqui se aponta (supra, n. 2, I/XI), demonstra a pertinência temática, pois é evidente a relação entre elas o exercício das funções do Poder Judiciário, por cuja independência, eficiência e prestígio compete à Associação dos Magistrados Brasileiros pugnar, conforme assentado já no art. 1.º do seu estatuto, regra invocada pelo e. Min. Sydney Sanches, relator da ADIn 138, que, no seu voto, observou, com toda procedência, que “se os Tribunais não têm legitimidade para a propositura, perante o Supremo Tribunal Federal, mesmo quando se trata de leis ou atos normativos, que envolvam interesses gerais ou especiais do Poder Judiciário ou de seus membros, é de se admitir, ao menos, que uma entidade associativa de magistrados, de âmbito nacional, possa fazê-lo” (RTJ 133/1015).

12. Todos os dispositivos transcritos, no item 2 desta petição, têm estreita e direta pertinência com a administração da justiça, pois, ou dizem respeito à invocação da jurisdição, ou a diferentes aspectos da sua prestação, como é natural que ocorra, quando inseridos numa lei que regula a advocacia, merecidamente distinguida pelo art. 133 da Constituição. E, se não se conseguisse vislumbrar pertinência temática no que diz com a arguição da inconstitucionalidade do § 2.º do art. 1.º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, forçoso seria reconhecer, ainda assim, a legitimidade da autora porque “os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas”, que ela própria, as associações que congrega (art. 3.º do seu estatuto), ou que os magistrados viessem a criar, necessitariam do visto de que trata a norma.

13. Assim demonstradas a legitimidade genérica e específica da autora, confia ela

em que o Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade, afinal formulado, pelos fundamentos, que passa a apresentar, e por outros, de maior substância, que sempre ocorrerão aos insígnies Ministros da mais alta Corte de Justiça do país.

INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA

I — do inciso I do art. 1.º

14. O art. 1.º do Estatuto da OAB torna atividade privativa da advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. Assim dispondo, sujeitou a validade do processo judicial, não importa o órgão jurisdicional perante o qual se instaura, à capacidade postulatória consubstanciada no binômio “parte-advogado”.

15. A norma contraria os incs. I e II do art. 98 da Constituição porque cria um pressuposto processual incompatível com a singeleza que esse dispositivo quis, inequivocamente, emprestar aos juizados especiais e à justiça de paz, cujas atividades, voltadas para as “causas cíveis de menor” e atos não decisórios, são dominadas pelos princípios da simplicidade, da informalidade, da oralidade e da celeridade, compondo um sistema, que permite a pronta-tutela de interesses de diminuta expressão (excluem-se desta arguição as infrações penais do art. 98, I). Se a própria Constituição permite que os juizados especiais sejam providos por juízes togados, ou togados e leigos”, aos quais defere competência para conciliar, decidir e executar, e que a chamada justiça de paz se integre por cidadãos eleitos, afronta os desígnios da carta política a exigência de que em matéria não penal, o jurisdicionado se apresente, diante deles, representado por advogado, que exerce função que o art. 1.290, parágrafo único, do Código Civil faz

presumir remunerada e cuja atuação só não se pode dispensar, quando, pela natureza eminentemente técnica, a relação processual não prescindir da representação da parte por profissional qualificado.

16. Com exigir, na espécie, a representação da parte por advogado, o inc. I do art. 1.º da Lei 8.906/94 comprometeu a efetividade do art. 98, I e II, da carta política, cuja vontade muito visível é permitir que as pessoas, nas condições de que ele trata, possam obter a jurisdição pelo modo mais direto e eficaz. A presença de conciliadores e de juízes leigos, não necessariamente bacharéis, nesses juizados especiais, e de cidadãos eleitos, na justiça de paz, tem como contrapartida necessária a possibilidade da postulação direta pelo interessado porque a presença obrigatória do advogado seria incompatível com a presença, no órgão de conciliação julgamento, execução ou providências administrativas, de pessoas desprovidas de conhecimentos técnicos para apreender a postulação.

17. As considerações, que se acabam de fazer sobre os juizados especiais cíveis e sobre a justiça de paz alcançam também a necessidade, criada pela norma impugnada, que rompeu com vitoriosa tradição, de representação do reclamante perante os órgãos da Justiça do Trabalho da primeira instância, estes igualmente compostos por maioria de juízes classistas e leigos, conforme o art. 116 da Constituição, que o dispositivo questionado sem dúvida contrariou.

18. Porque as normas constitucionais dos arts. 98, I e II, e 116 da Carta, admitindo atividades que se põem fora de limites rigorosamente técnicos, permitem, implícita mas inequivocamente, que também se postule a jurisdição de modo semelhante, a violação do art. 1.º, I, do novo Estatuto da Advocacia se estende aos incs. XXXIV, *a*, e XXXV do art. 5.º da Constituição porque, no tocante aos órgãos trabalhistas da primeira instância,

aos juizados especiais não pessoais e à justiça de paz, criou condição restritiva do direito de petição e de acesso à Justiça, ao criar pressuposto processual incompatível com a estrutura constitucional daqueles órgãos.

19. Se a opção política, contida na regra impugnada, é censurável porque se destina, claramente, apenas a ampliar o mercado de trabalho da nobre classe dos advogados, sem outras preocupações, que a realidade brasileira torna impositivas, aquele preceito não resiste ao confronto com os arts. 98, I e II, 116 e 5.º, XXXIV, *a*, e XXXV da Constituição Federal, tornando-se indispensável a declaração da sua inconstitucionalidade.

II — Do § 2.º do art. 1.º

20. Lamentável não se poder dissimular a observação de que, quando dispôs, no § 2.º do seu art. 1.º, que “os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados”, a Lei 8.906/94 buscou ampliar o âmbito de atuação dos inscritos na venerável OAB. Não se pode distinguir, na norma apontada, qualquer outro empenho porque, existisse razão para a regra, inúmeros outros instrumentos de atos e negócios jurídicos, de relevância igual ou superior aos nela referidos, dependeriam também do visto de um advogado.

21. Posta a questão, como agora se deve fazer, em termos constitucionais, torna-se inequívoco que o § 2.º do art. 1.º — a que a própria autora, suas filiadas e seus membros ficarão sujeitos, quando quiserem constituir pessoas jurídicas, para atender necessidades diversas — agride a garantia constitucional da igualdade, assegurada no *caput* e no inc. I do art. 5.º da Constituição.

22. Com efeito, fere a isonomia a norma que obriga os praticantes de “atos e contratos constitutivos de pessoas ju-

rídicas" à contratação de advogado para visar os respectivos instrumentos, quando partes de atos jurídicos e contratos da mesma significação jurídica daqueles, ou de maior abrangência, ficam dispensados da observância de semelhantes requisitos. Essa diversidade de tratamento a pessoas que se encontram em situações ontologicamente idênticas mais se salienta, quando se considera que o preceito em causa restringe a liberdade de associação e estorva o direito à criação de associações, garantidos, nos incs. XVII e XVIII do art. 5.º da Constituição, estimulando a criação de entidades sem personalidade jurídica, cuja situação irregular é propícia à violação de preceitos jurídicos trabalhistas, fiscais, previdenciários, contratuais, da qual surgirão, inevitavelmente, incontáveis litígios a onerar a dispendiosa máquina jurisdicional e sobrecarregar os prestadores da jurisdição.

III — Do § 3.º do art. 2.º e do § 2.º do art. 7.º

23. Argúi-se, conjuntamente, a inconstitucionalidade do § 3.º do art. 2.º da Lei 8.906/94 e do § 2.º do art. 7.º desse diploma porque os dois dispositivos se entrelaçam. Enquanto o primeiro deles estatui que "no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei", o segundo preceitua que "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".

24. Entrosando-se, os dois dispositivos se convertem numa carta de identidade, na medida em que permitem ao advogado a injúria, a difamação e o desacato, delitos por cuja prática profissional será punido apenas por sua Corporação, assim convertida em órgão judicante, com

exclusão do Judiciário e, por isso, com afronta ao art. 92 da Constituição, que comete a jurisdição aos segmentos ali enumerados, e ao inc. XXXVI do art. 5.º da Carta, que assegura o acesso a esse poder das pessoas cujos direitos forem violados por atos de vitupério, agressores da sua honra e imagem, cuja incolumidade o inc. X do art. 5.º, também transgredido, preserva em termos absolutos.

25. Por certo, o art. 133 da Constituição declara o advogado "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". As normas impugnadas vão, entretanto, além dos parâmetros daquele artigo porque, contrariamente ao que nele se prevê, não criam condições para a responsabilidade civil ou penal do advogado simplesmente, o isentam de responsabilidade, pondo a sua conduta fora da órbita da incidência de qualquer norma limitadora. Quedou violado o próprio art. 133 da Constituição.

26. Paradoxalmente, o § 5.º do art. 7.º assegura o reparo da ofensa aos inscritos na OAB, concedendo-lhes o desagravo público, "sem prejuízo da responsabilidade criminal em que ocorrer o infrator". Por isso, os dispositivos impugnados põem em posição de desigualdade pessoas que se encontram em situação idêntica, violando o *caput* do art. 5.º da Constituição e seu inc. I: "o advogado pode, no exercício da profissão, injuriar, difamar e desacatar, livremente, enquanto se sujeitam a sanções penais, como é correto, as pessoas que lhe agredem a honra. O visível desequilíbrio não se harmoniza com o sistema de garantias, expresso nas normas constitucionais apontadas, dentre as quais avulta o inc. X do art. 5.º da Constituição.

IV — Do inciso II do art. 7.º

27. Prescreve o inc. II do art. 7.º do Estatuto da Advocacia que, dentre os direitos do advogado, inclui-se o de "ter

respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB”.

28. A inconstitucionalidade do dispositivo reside na oração “e acompanhada de representante da OAB”. Essa exigência, na hipótese de que se trata, transforma a ilustre Corporação num órgão jurisdicional, na medida que faz depender dela a execução da ordem judicial de busca ou de apreensão, determinada por magistrado, que ela pode impedir, ou retardar, recusando-se a designar representante para acompanhamento do ato, ou demorando na indicação. Demais de criar rigorosa desigualdade em favor dos advogados, a qual contraria o art. 5.º, *caput*, e inc. I, da Constituição, a norma viola o inc. XXXV do seu art. 5.º, porquanto deixa a abrangente tutela ali assegurada, não nas mãos do juiz — sujeito a severas sanções por eventuais abusos, conforme as leis disciplinadoras de sua função — mas põe a sua atividade na dependência de órgão não integrante do Judiciário.

29. A busca ou apreensão, ordenadas por magistrado, configuram, inequivocamente, atos de jurisdição, destinados a prevenir ou a reparar lesão de direitos, garantia insculpida no art. 5.º, XXXV, da Carta. Se se permite o truismo, a jurisdição é dos juízes indicados no art. 92 da lei suprema e a autoridade deles não pode ficar dependente do concurso de outros órgãos, senão quando a ação destes for por eles solicitada. Dê-se razão a Pontes de Miranda, quando, comentando o § 4.º do art. 153 da Constituição anterior, idêntico, no conteúdo, ao inc. XXXV do art. 5.º da atual, escreve que “as autoridades administrativas, os juízes e os tribunais

são independentes entre si, em virtude do *princípio de independência dos poderes*. Têm de resolver as questões que se lhes apresentam, *sem que possam intervir as outras autoridades*” (Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969, t. V, 3.ª ed., Forense, Rio, 1987, pp. 105-6, grifou-se agora). Portanto, é inconstitucional a condicionante “e acompanhada de representante da OAB”, no inc. II do art. 8.º da Lei 8.906/94.

V — Do inciso IV do art. 7.º

30. As mesmas razões que ditam a inconstitucionalidade, que se acabou de apontar, também fundamentam a impugnação, que agora se faz, por idênticos motivos, à oração “ter a presença de representante da OAB”, no inc. IV do art. 7.º do Estatuto da Advocacia.

VI — Do inciso V do Art. 7.º

31. É inconstitucional, no inc. V do art. 7.º, a oração “assim reconhecidas pela OAB”, pelas mesmas razões que determinam a contrariedade do inc. II do mesmo artigo à carta política, já expostas nesta petição (supra, ns. 27 a 29), cuja repetição seria ociosa.

32. No ponto questionado, o inc. V do art. 7.º, entregando o juízo sobre as instalações e comodidades à OAB, faz dela um órgão jurisdicional, executor da sentença, quando a respeitável entidade não se inclui no elenco do art. 92 da Constituição, que alinha, exaustivamente, os órgãos de administração da justiça, para os fins do inc. XXXV do art. 5.º. Assinale-se também que o dispositivo arremete contra o art. 5.º, *caput*, e I, porque põe a OAB em vantajosa desigualdade frente a outras corporações, cujos integrantes desfrutam dos benefícios da prisão especial, mas que não podem se intrometer na execução das normas pertinentes.

VII — Do inciso IX do art. 5.º

33. Legitimada, pela já demonstrada pertinência temática, a questionar, nesta ação, a norma do inc. IX do art. 5.º da Lei 8.906/94, no ponto em que propõe a sustentação ao voto do relator, a AMB argüiu sua inconstitucionalidade, diante dos incs. LIV e LV do art. 5.º e do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal, tal como se fez, na ADIn 1.105 (doc. 5), do Exmo. Senhor Procurador-Geral da República, cujas razões a demandante aplaude.

34. Parece que, aludindo ao inc. LVI do art. 5.º, a inicial da ADIn 1.105 cometeu irrelevante engano datilográfico, pois, na verdade, a norma por ela impugnada contraria o inc. LV, prejudicando a defesa, colocada depois do ato de julgamento, e o inc. LIV, pois afronta a garantia do devido processo legal, conforme a qual o processo haverá de seguir sua estrutura lógica, que compreende a defesa anteposta à decisão, não se podendo argumentar com a possibilidade de reconsideração do voto do relator, ou de pedido de vista por parte dele próprio, pela excepcionalidade dessas situações, que só confirmam a regra do julgamento posterior à postulação: *exceptio declarat regulam*.

VIII — Do § 3.º do art. 7.º

35. Dispondo que “o advogado somente pode ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inc. IV deste artigo”, a norma questionada incide na inconstitucionalidade do inc. IV do art. 7.º, já apontada no n. 30, *supra* e nos demais itens desta petição, lá referidos.

36. A inconstitucionalidade do § 3.º do art. 7.º também se configura na sua contrariedade ao inc. LXI do art. 5.º da Constituição, que permite a prisão em flagrante delito, sem a restringir aos crimes inafiançáveis, como procedeu o

preceito questionado, privilegiando os advogados em relação a outras pessoas, sem que ocorra justificativa para o tratamento diferenciado, transgredido, por isso, também o art. 5.º, *caput*, e o seu inc. I, diante da patente desigualdade.

IX — Do § 4.º do art. 7.º

37. Ao assegurar à Ordem dos Advogados do Brasil o “controle” de salas integrantes de dependências de juizados, fóruns e tribunais, o § 4.º do art. 7.º transgrediu o art. 99 da Constituição, que outorga autonomia administrativa ao Poder Judiciário, e o art. 96, I, da Carta, na parte em que atribui competência privativa aos tribunais para a disciplina do funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, o que envolve o controle das suas instalações físicas.

Se se admite a disciplina, pela OAB, do uso interno das salas que lhe forem destinadas, não se pode dar àquela instituição o controle de dependências do Judiciário, submetidas, exclusivamente, aos desígnios desse poder, que administra todos os edifícios judiciários, como decorrência da autonomia do art. 99 da Constituição, contrariado pelo § 4.º do art. 7.º do Estatuto, cuja inconstitucionalidade, nesse tópico, deverá ser declarada.

X — Do inciso II do art. 28

38. Analisado, também no âmbito interno da entidade autora, o inc. II do art. 28 da Lei 8.906/94, com o mesmo cuidado, que ela pôs no exame dos dispositivos questionados até aqui, a Associação dos Magistrados Brasileiros decidiu argüir a inconstitucionalidade daquela norma porque, tal como as demais, ela compromete o exercício da função jurisdicional por cuja inteireza deve a demandante pugnar, obediente ao comando do art. 1.º de seu estatuto e às suas finalidades institucionais.

39. O inc. II do art. 28 torna a advocacia incompatível, mesmo em causa própria, com as atividades de “membros dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta”.

40. Ao fazer a advocacia incompatível com as atividades de “membros dos órgãos do Poder Judiciário”, sem qualquer exceção, o mencionado inciso atenta, frontalmente, contra o arts. 119, II, e 120, § 1.º, III, da Constituição Federal. E com declarar a incompatibilidade dos integrantes dos juizados especiais e da justiça de paz, o dispositivo contraria o art. 98, I e II, da carta.

41. Com efeito, e sem embargo da magnitude da sua missão, os juízes eleitorais de todas as instâncias não exercem funções que os absorvem de modo permanente exigindo dedicação exclusiva, nem lhes propiciam meios razoáveis de subsistência. A própria Constituição aponta nesse sentido, quando compõe as Cortes Eleitorais com Juízes que não ingressaram na inexistente carreira da magistratura específica, mas são tomados de outros órgãos do Poder Judiciário. Se o inegável propósito das normas constitucionais, por conhecidos motivos, é integrar aqueles juízos superiores de advogados, condição que só a inscrição nos quadros da OAB confere (art. 3.º da Lei 8.906/94), impede a concretização da vontade da Constituição a regra estatutária que cria incompatibilidade entre a advocacia o cargo de juiz eleitoral. A inconstitucionalidade, no caso, é gritante.

42. Por igual, o inc. II cria incompatibilidade entre a advocacia e as atividades dos membros dos juizados especiais e da justiça de paz, impedindo sejam eles recrutados entre profissionais que podem dedicar parcela do seu tempo para exer-

cer, sem remuneração, ou mediante retribuição minguada, funções que melhor se desempenham por pessoas afeiçãoadas às normas e princípios jurídicos. A proibição total, determinada pelo inciso de que se trata, cria gravíssimo entrave à efetivação dos comandos do art. 98, I e II, da Constituição, que ela contraria.

XI — Do art. 50

43. O art. 50 do Estatuto da Advocacia estatui que, “para os fins desta lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão de Administração Pública direta ou indireta”.

44. O poder conferido pelo art. 50, no que diz com a requisição de cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado e cartório, afronta a independência do Judiciário, assegurada no sistema do título IV da Constituição, e, particularmente, no seu art. 2.º, norma violada pelo dispositivo impugnado, na medida em que submete os órgãos jurisdicionais e seus integrantes aos desígnios de entidade que não integra esse Poder (Constituição, art. 92).

45. Ajunte-se que o poder de requisição de cópias de peças de autos e documentos aos cartórios, serventias do Judiciário, viola também o art. 96, I, b, da Constituição, que outorga competência privativa aos tribunais para organizar suas secretarias e serviços auxiliares, assim como os dos juízes que lhes forem vinculados, colocando esses órgãos sob sua direção, sem a possibilidade de sujeição deles, em qualquer parcela, a determinações emanadas de entidades estranhas ao Judiciário.

46. Eis a razão pela qual ora se argúi a inconstitucionalidade da parte do art. 50 da Lei 8.906/94, que tem a ver com o âmbito da atuação da argüente, que preenche, também no particular, o requisito da relação de pertinência.

O PEDIDO

47. Pelas razões expostas, que não é necessário fazer mais longas, nem mais fundamentadas, quando a Associação dos Magistrados Brasileiros demanda a jurisdição do eg. Supremo Tribunal Federal, Corte à qual, no seu art. 102, a Constituição confiou a sua guarda, a autora pede a declaração de inconstitucionalidade.

I) do inciso I do art. 1.º da Lei federal 8.906, de 4.7.94, no tocante à necessidade de postulação, através de advogado, aos juizados especiais do art. 98, I, da Constituição, à justiça de paz e às Juntas de Conciliação e Julgamento do art. 111, III, da carta política;

II) de todo o § 2.º do art. 1.º;

III) da frase “nos limites desta lei”, no § 3.º do art. 2.º, e da oração reduzida gerundial “não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte no exercício da sua atividade em juízo ou fora dele”, no § 2.º do art. 7.º;

IV) da frase “e acompanhada de representante da OAB”, no inc. II do art. 7.º;

V) do inc. IV do art. 7.º, salvo no referente à comunicação expressa à seccional da OAB;

VI) da frase “reconhecidas pela OAB”, no inc. V do art. 7.º;

VII) da frase “após o voto do relator”, no inc. IX do art. 7.º;

VIII) do § 3.º do art. 7.º, salvo no referente à comunicação à OAB, prevista no inc. IV a que remete esse parágrafo;

IX) do substantivo “controle”, no § 4.º, II do art. 7.º;

X) do inc. II do art. 28, no tocante aos advogados que integrarem os tribunais eleitorais dos incs. I e II do art. 118 da Constituição, os juizados especiais e a justiça de paz, referidos no seu art. 98, I e II;

XI) do art. 50, no tocante à requisição de cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado e cartório.

MEDIDA CAUTELAR

48. A Lei 8.906/94, encontra-se em vigor desde a data da sua publicação, conforme o seu art. 86. Impõe-se, por isso, sustar a eficácia dos dispositivos questionados, a fim de se evitar a incidência de preceitos que contrariam a Constituição da República e de cuja aplicação só podem resultar lesões de toda sorte, à própria ordem jurídica, na qual não cabem aquelas normas, a direitos subjetivos e à independência, eficiência e prestígio do Poder Judiciário.

49. Os fundamentos da arguição de inconstitucionalidade, feita por intermédio desta ação, contemplados à luz dos critérios de aferição dos pressupostos da tutela cautelar, demonstram o *fumus boni iuris*, enquanto o *periculum in mora* decorre, inevitavelmente, da própria vigência dos dispositivos impugnados, que deve ser suspensão, até o juízo definitivo do eg. Supremo Tribunal Federal.

50. A autora requer, portanto, ao eminente Relator desta ação que submeta ao eg. Plenário o pedido, que agora formula, de concessão de medida cautelar de sustação da vigência de todos os dispositivos cuja inconstitucionalidade arguiu (ns. 2 e 47, supra).

51. Outorgada a cautelar, solicitadas as informações, nos termos do art. 170 do Regimento Interno e ouvido, afinal, o eminente Procurador-Geral da República, a autora requer a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, tal como formulado no item 47 desta petição.

52. Deixando de atribuir valor à causa pela singular natureza da ação direta de inconstitucionalidade, informa que seu advogado recebe intimações, no seu escritório profissional, na cidade do Rio de Janeiro, no endereço indicado no timbre.

Nestes termos, P. deferimento — Do Rio de Janeiro para Brasília, 6 de setembro de 1994 — Sergio Bermudes.

4 — O NOVO ESTATUTO DA OAB — ASPECTOS POLÊMICOS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado e Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

PARECER

A consulta

O Advogado José Roberto Batochio, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, honra-nos com a presente consulta em que nos pede o exame dos fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1127-8, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros perante o Col. STF, visando a obter a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, instituído pela Lei 8.906, de 4.7.94. Apresentando-nos a petição Inicial da ação, indaga-nos: 1) Tem a Associação dos Magistrados Brasileiros legitimidade para a ação? e 2) Procede a arguição de inconstitucionalidade dos dispositivos ou de algum deles arrolados na inicial?

A urgência com que o ilustre Consulente nos requer o parecer não nos permite senão algumas considerações gerais sobre o advogado, a advocacia e a Constituição, como premissas genéricas às respostas que ofereceremos aos quesitos da Consulta mediante análise dos dispositivos e cláusulas argüidas na ordem apresentada na Petição Inicial.

I — A advocacia

1. Relembremos aqui, em versão atualizada, textos anteriormente publicados

que, pela natureza das questões suscitadas pela Consulta, põem algumas linhas de raciocínio que nos orientam na solução dos problemas aventados. Dissemos, então, que a advocacia não é apenas uma profissão, é também um *munus* e “uma árdua fadiga posta a serviço da justiça”.¹ É mesmo mais do que isso, pois, como já dizia Carnelutti, não há dúvida de que o patrocínio, estreitamente ligado à ação no processo, serve a um interesse público, ou corresponde a uma função pública ou mesmo a um serviço público, segundo o critério de distinção entre estas suas espécies da atividade pública,² como reconhece o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94, art. 2.º, § 1.º). Por isso é indispensável à administração da Justiça. Não se pode dispensar o que é de interesse público, o que é serviço público. Ademais, a advocacia é um dos elementos da administração democrática da Justiça. Por isso, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos. Frederico, o Grande, que chamava os advogados de “sanguessugas e venenosos répteis”, prometia “enforcar sem piedade nem contemplação de qualquer espécie” aquele que viesse pedir graça ou indulto para um soldado, en-

1. Cf. Eduardo J. Couture, *Los Mandamientos del Abogado*, Buenos Aires, Depalma, 1961. pp. 11 e 31.

2. Cf. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, I, Padova, CEDAM, 1936, pp. 468 e 469.

quanto Napoleão ameaçava “cortar a língua a todo advogado que a utilizasse contra o governo”.³

2. Bem sabem os ditadores reais ou potenciais que os advogados, como disse Calamandrei, são “as supersensíveis antenas da justiça”. E esta, a Justiça, está sempre do lado contrário de onde se situa o autoritarismo.⁴ Nada mais natural, portanto, reconhecer que, no seu mister, o advogado tenha que ser inviolável, tal a natureza eminentemente conflitiva de sua atividade e tal a necessidade de arrostar aos poderosos, o que mais se intensifica quanto mais se põe ele na defesa de interesse dos pobres, interesses esses que, na mais das vezes, constituem o conteúdo das ditas pequenas causas, de onde se pretende afastar o patrocínio advocatício, que o Estatuto tornou obrigatório.

II — O advogado e a administração da Justiça

3. “O advogado é indispensável à administração da justiça”, diz o art. 133 da Constituição, que apenas consagra aqui um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. Diz agora o Estatuto, aperfeiçoando o anterior, que, no seu ministério, o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2.º, § 1.º). Com esses ditames — indispensabilidade, inviolabilidade e natureza pública, entre outros — o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) tenta transformar a função do advogado em termos reclamados pela doutrina. De fato, lembra Fix-Zamudio a crítica dos juristas

à concepção tradicional de profissionais liberais, “já que assim como mudou o conceito do processo e da função jurisdicional, também modificou-se a idéia da atividade do advogado, o qual, não deve considerar-se como um sujeito privado, senão como um colaborador ativo e indispensável do julgador na resolução justa e não somente formal das controvérsias”, e destaca: “La transformación de la función del abogado, está estrechamente relacionada con el acceso de los particulares a la prestación jurisdiccional, que abordamos sumariamente en el inciso anterior de este trabajo, pereo es suficiente por el momento destacar que los abogados de nuestra época, y con mayor razón en un país en vías de desarrollo, deben realizar una función pública, estrechamente vinculada a la prestación jurisdiccional, por lo que, como ocurre con el ministerio público, aun cuando desde un ángulo diverso, también deben considerarse comprendidos dentro de la función judicial, entendida en sentido amplio”.

Recorda ainda que o Primeiro Congresso Latino-Americano de Direito Constitucional aprovou uma proposição no sentido de que a advocacia devia configurar-se “con un nuevo espíritu de servicio social, que le permita abandonar su papel tradicional de profesionista liberal, para asumir la de colaboración efectiva con el juzgador”.⁵

5. Cf. Héctor Fix-Zamudio, “La administración de justicia”, *Separata do Anuario Jurídico VII-1980*, p. 92. Uma passagem de Calamandrei é uma lição que talvez seja pertinente recordar nesta nota que citamos na versão espanhola: “En sustancia, los escritos de conclusiones no son, para el juez, otra cosa que esbozos de sentencias ya preparados para asumir carácter oficial: y muchas veces el trabajo del juez deliberante se reduce (y aquí se manifiesta especialmente la eficacia, con mucha frecuencia desconocida por los mismos jueces, de la colaboración que los abogados prestan a la administración de la justicia) a escoger entre

3. Cf. E. Zaltsev e A. Poltorak, *La Abocacia Soviética*, Moscou, Ed. en Lenguas Extranjeras, 1959, pp. 63 e 64.

4. Cf. nosso *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9.ª ed., S. Paulo, 1994, p. 509.

III — *Análise das impugnações apresentadas*

4. Tendo em vista o exposto, podemos passar a proceder à análise das impugnações apresentadas, para demonstrar, caso a caso, que não ocorrem as inconstitucionalidades argüidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira dos Magistrados: I) Inciso I do art. 1.º: “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

Análise:

1. O dispositivo impugnado declara que “são atividades privativas de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. Argüi-se que esse dispositivo fere os incs. I e II do art. 98 da Constituição, “porque cria um pressuposto processual incompatível com a singeleza que esse dispositivo quis, inequivocamente, em prestar aos juizados especiais e à justiça de paz, cujas atividades, voltadas para as causas cíveis de menor complexidade e atos não decisórios, são dominados pelos princípios da simplicidade, da informalidade, da oralidade e da celeridade, compondo um sistema, que permite a pronta tutela de interesses de diminuta expressão”.

3. Examinemos, primeiro, a increpada vulneração do art. 98, I e II. Na verdade, só por imaginação, além da interpretação objetiva desses dispositivos, é possível declarar que a presença do advogado nas causas processadas e julgadas perante esse juizado é inconstitucional. Não há nada no dispositivo constitucional que vede a exigência de advogado nessas

causas. A arguição supõe um requisito inexistente no funcionamento daqueles juízos: qual seja a ausência do advogado. E essa ausência precisava ser expressamente estabelecida para que pudesse funcionar como exceção ao dispositivo constitucional que declara a indispensabilidade do advogado na administração da justiça, e ninguém pode negar que os juizados especiais e mesmo os juízes de paz, como juiz da conciliação, administram justiça. E nem a presença do advogado não contraria nenhum dos princípios indicados (simplicidade, informalidade, oralidade e celeridade), tanto é verdade que a parte que quiser pode fazer-se representar por advogado e os ricos, os comerciantes, os industriais, o fazem por meio de seus departamentos jurídicos. Quando a organização desses juizados especiais, das chamadas pequenas causas, situa a questão em termos de alçada (causas de até certo valor), na verdade está criando um juizado especial para causas de pobres, e, na mais das vezes, pobres lutando contra pessoas abastadas (embora também possa ser pobre contra pobre), que se defendem por meio de seus advogados. Aqui está um exemplo expressivo da chamada isonomia formal. Formalmente, todos são iguais perante esses juizados especiais. Num fundo, contudo, a desigualdade é tão chocante que o rico comparece com seu advogado, o pobre sem amparo adequado, e até intimado diante do aparato que se lhe apresenta.

4. O que é lamentável é ainda lançar-se mão do argumento de que se trata de “tutela de interesse de diminuta expressão”. Não há causa de diminuta expressão. Com esse argumento, as pequenas causas, que são causas de pobres, são todas de diminuta expressão. Um tal modo de entender é que ofende os valores consubstanciados na Constituição de 1988; especialmente o da dignidade da pessoa humana e o da cidadania (art. 1.º, II e III).

propuestas de sentencias ya preparadas por los dos patrocinadores adversarios” (cf. “La sentencia subjetivamente compleja”, em *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, p. 498, destacamos a parte entre parênteses).

5. Mais sério ainda é que, para suportar a arguição, se declara que se trata de causas cíveis de menor complexidade e “atos não decisórios”. Isso foi dito a juizados especiais e justiça de paz, sem distinguir. Se esta não exerce função jurisdicional (promove conciliação que é modo de administrar justiça), aqueles os exercem. Por conseguinte, perante esses, ocorrem relações jurídicas processuais que se resolvem mediante atos jurisdicionais decisórios. Se assim é, essas causas cíveis são regidas pelo princípio do contraditório, cabendo aqui, a propósito lembrar, uma passagem de Carnelutti, quando, falando do patrocínio judicial, diz: “basta che il lettore pensi al contraddittorio per rendersi conto che, se dovesse svolgersi direttamente tra i litiganti, potrebbe non di rado assumere un tono di violenza o almeno di concitazione contrario non tanto al decoro del processo quanto alla sua stessa efficacia. D'altra parte il contraddittorio è un lotta, dalla quale non può essere bandita l'astuzia; ma quanto può non essere facile all'interessato contenere la forza nei limiti della *vis bona*, altrettanto e forse anche più grave è il pericolo che l'astuzia raggiunga la misura del *dolus malus*.”

“Questi pericoli possono essere evitati mettendo al posto della parte una persona diversa dotata della moralità, della coltura e della freddezza necessarie allo svolgimento proficuo dell'azione. Questa persona prende il nome di *difensore*”.⁶

Resulta disso que, na verdade, a presença do advogado contribui para amainar paixões e, assim, alcançar os princípios que regem essas causas.

6. A improcedência da arguição é tão marcante que a Inicial teve que excluir dela “as infrações penais do art. 98, I”. Como assim? Se as pequenas causas penais se regem por aqueles mesmos

princípios postos como fundamentos da arguição. Se a exigência de advogado não é inconstitucional em relação às causas penais perante os juizados especiais, também não o será em relação às causas cíveis. Por certo que a Petição Inicial excluiu a arguição no caso das pequenas causas penais, tendo em vista o princípio do contraditório e da ampla defesa. Mas esses princípios regem todo e qualquer processo judicial ou administrativo, conforme se vê do art. 5.º, LV, da Constituição, e a cláusula que assegura ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, embasa a presença do advogado, que é um dos mais importantes fatores da boa e correta defesa dos litigantes e acusados. Completa-se a fundamentação constitucional do inc. I do art. 1.º do Estatuto o disposto no art. 133 da Constituição que declara ser o advogado indispensável à administração da justiça. Portanto, se não se quiser fazer tábula rasa dessa norma e de princípios constitucionais básicos do processo e direitos impostergáveis da pessoa humana, tem-se que concluir, *data venia*, pela legitimidade do texto impugnado e a improcedência da arguição.

7. Invoca-se ainda a “vitoriosa tradição, de representação do reclamante perante os órgãos da Justiça do Trabalho da primeira instância”. Em primeiro lugar, tradição não é lei, portanto a lei pode cortá-la, até porque foi a lei que a instituiu. E se a lei pode cortar, a Constituição pode mais ainda, e o fez declarando indispensável o advogado na administração da justiça. Aliás, sobre essa questão já escrevemos antes: “Fica um problema, em decorrência da constitucionalização desse princípio, qual seja o de saber se ainda se admitirá a invocação jurisdicional pelo próprio interessado nos processos trabalhistas e no *habeas corpus*. O princípio agora é mais rígido, parecendo, pois, não mais se admitir postulação judicial por leigos, mesmo em causa

6. Ob. cit., p. 464.

própria, salvo falta de advogado que o faça".⁷

O Estatuto, contudo, excluiu da atividade privativa do advogado a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal, com o que afastou a indispensabilidade do advogado no caso (art. 1.º, § 1.º).

8. Quanto à dita "vitoriosa tradição" da postulação pelo próprio reclamante na Justiça do Trabalho, é preciso ser realista para concluir pela desmistificação dessa forma de participação direta, pois aqui também se oficializava um tratamento desigual entre reclamante e reclamado, este, em geral, representado por seus departamentos jurídicos e aquele entregue à sua própria sorte. Ou o juiz tinha que suprir suas deficiências, o que não é função do juiz, ou seus direitos ficavam ao desamparo. Por isso é que essa chamada "vitoriosa tradição" teve que ser rompida pela interferência dos sindicatos de trabalhadores, todos criando departamento ou um serviço jurídico para atender ao patrocínio judicial de seus filiados.

9. Contudo, a autora, não muito convicta de seus argumentos, que acabamos de rebater, lança a curiosa inconstitucionalidade, dizendo que o art. 1.º, I, do Estatuto se estende aos incs. XXXIV, a, e XXXV do art. 5.º da Constituição "porque, no tocante aos órgãos trabalhistas da primeira instância, aos juizados especiais não pessoais (*sic*, certamente por erro de datilografia, pois deve ser "não penais") e à justiça de paz, criou condição restritiva do direito de petição e de acesso à Justiça" (parênteses nosso). Ora, direito de petição não se confunde com o direito de ação, e este se confunde com o direito de acesso à Justiça (inc. XXXV do art. 5.º). É profundamente constrangedor ler numa peça jurídica o argumento de que a exigência de advogado para a defesa de direitos perante os

órgãos jurisdicionais (expressão que inclui os juizados especiais) restringe o direito de acesso à Justiça, mormente em face de uma Constituição que contém uma norma sobre a indispensabilidade do advogado na administração da justiça. Demais, é estranho essa concepção de direito de petição e de acesso à Justiça apenas em relação aos órgãos trabalhistas de primeira instância. Nas instâncias superiores, não? Mais grave é que se lança um argumento, referido às hipóteses indicadas, mas que, se fosse procedente, valeria para qualquer juízo ou tribunal. Se se entende, como se está entendendo que a presença do advogado é um estorvo ao direito de petição e ao acesso à Justiça, nos casos indicados, porque não o seria também nos demais casos?

10. Lança-se mão também do argumento de que fere os desígnios da Carta Política a exigência de que, em matéria não penal, o jurisdicionado se apresente, diante de juízes leigos, "representado por advogado, que exerce função que o art. 1.290, parágrafo único, do Código Civil faz presumir remunerada". Três observações devem ser feitas aqui. Primeiro, são perguntas, tudo bem, para a autora, desde que se trate de matéria penal? Só não estará bem se for matéria não penal? Isso é critério de inconstitucionalidade? Segundo, ao contrário do que se afirma, o parágrafo desse artigo faz presumir *gratuito* o mandato, e não remunerado. Mas a questão leva a outra. Não se trata de remuneração ou não. Claro que a advocacia é também uma profissão e como tal há de ser remunerada, mas não necessariamente pelo constituinte. Trata-se, na verdade, de um direito fundamental da pessoa humana de ter assistência jurídica por advogado que lhe garanta a ampla defesa também nos processos cíveis. Ora, a tese desta ação, se válida, teria o efeito de aliviar o Estado de um dever constitucionalmente imposto, qual seja "o de prestar assistência jurídica integral e

7. Cf. nossa ob. cit., p. 510.

gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". A esse dever, contrapõe-se o correspondente direito individual da pessoa, consoante o disposto no art. 5.º, LXXIV, precisamente para garantir, aos ditos hipossuficientes, um mínimo de igualdade perante a justiça.

11. Ora, a questão correta não é excluir o advogado de causas (dos pobres especialmente), favorecendo o não cumprimento daquele dever estatal, mas de exigir esse cumprimento, mediante o aparelhamento das Defensorias Públicas da União, Estados e Distrito Federal, para a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV, conforme mandamento do art. 134 da Constituição. E aí está mais um mandamento constitucional a fundamentar a obrigatoriedade da presença do advogado nas causas de qualquer órgão do Poder judiciário inclusive dos juizados especiais, "em todos os graus".

10. Em suma, não há inconstitucionalidade alguma, pois a fundamentação constitucional do texto impugnado se encontra nos arts. 5.º, LV e LXXIV, igualmente para os processos cíveis, criminais e administrativos, nos arts. 133 e 134 da Constituição.

II) § 2.º do art. 1.º: "os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro nos órgãos competentes, quando visados por advogados".

Análise:

1. A impugnação aqui está voltada para a cláusula "quando visados por advogados", que, na verdade, é cláusula núcleo da norma. Tirá-la é nulificar o resto.

2. A arguição declara que a exigência "agride a garantia constitucional da igualdade, assegurada no *caput* e no inciso I do art. 5.º da Constituição". E isso é dito com o argumento de "desigualdade entre atos e contratos, para uns se exige e para outros não". Ora, o *caput* o artigo diz:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...". E o inc. I declara: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". A invocação do inc. I do art. 5.º nesse contexto é tão aberrante que nem cabe contra-argumentar; onde está, no impugnado dispositivo, o tratamento desigual entre homens e mulheres?

3. Quanto ao *caput*, como nele se lê, se refere a igualdade entre situações pessoais. "Todos" quer dizer todas as pessoas, ou situações subjetivas. Confrontam-se situações subjetivas, não coisas e atos, entre si. O princípio só é ferido quando se dá tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais. Como diz Petzold, o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àqueles que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os "iguais" podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos, as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos "essenciais" previstos por essas normas, são consideradas encontrar-se nas "situações idênticas".⁸

4. Pois bem, a norma impugnada confronta pessoas jurídicas, todas na mesma situação jurídica, sem qualquer distinção. Os aspectos que a lei tomou como essenciais e relevantes "atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas" a "ser admitidos a registro". Todas essas pessoas em igual situação ficam

8. Citado por nós em nosso *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 197.

sujeitas ao mesmo (igual) ônus, estabelecido pelas normas. Não há discriminação alguma entre elas em relação ao aspecto que a lei considerou relevante. Portanto, não há ofensa ao *caput* do art. 5.º e muito menos a seu inc. I.

5. E também não importa restrição à liberdade de associação e nem estorva o direito de criação de associação, para se argumentar que o texto fere os incs. XVII e XVIII do art. 5.º da Constituição. Se isso fosse verdadeiro, ter-se-ia que ter também como inconstitucional até mesmo o art. 18 do Código Civil e normas do Código Comercial que impõem às pessoas jurídicas ônus referentes a seus atos constitutivos, inclusive o registro. Ao contrário, o visto de advogado impõe a este deveres e responsabilidades quanto à correção jurídico-legal do ato e favorece um registro mais expedido, livre, em princípio, de comunicados para correção e adequação do ato às exigências legais.

III) § 3.º do art. 2.º e, correspectivamente, o § 2.º do art. 7.º: “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”, e “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”.

Análise:

1. Não é correta a interpretação de que essas normas “permitem ao advogado a injúria, a difamação e o desacato”. Exclusão de crime por atos e manifestação no exercício da profissão é algo que tem sentido muito diferente do que aquela afirmativa, constante da Inicial (n. 24). O Juiz e o Promotor de Justiça também não cometem tais crimes por seus atos e manifestações no exercício das respectivas atividades. Seria realmente estranho que o Juiz fosse considerado incidente no

crime de injúria ou de difamação porque, na sentença (quando reformada), atribui a alguém fato ofensivo à sua dignidade ou decoro ou à sua reputação. Ora, se a sentença foi reformada, significa que não era verdadeira a imputação: fato típico da definição daqueles crimes. No entanto, o Juiz é inviolável, até sem que a Constituição o diga. O Promotor também quando denuncia alguém, no exercício de sua função, sendo absolvido o acusado, fica coberto pelo mesmo princípio da inviolabilidade, sem que a Constituição o diga.

2. Ora, o advogado, que exerce função essencialmente igual, também se vê, em muitos casos, sujeito a atribuir a outrem fatos que, se não tiver norma excludente como as impugnadas, podem gerar sua incriminação. Mais ainda, o advogado defronta-se com autoridades policiais, administrativas, parlamentares e também judiciárias na defesa de seu constituinte em situação que tem que manifestar protesto, contestações e até críticas severas, especialmente contra o arbítrio e o abuso de autoridade, e, infelizmente, é preciso reconhecer que tem sofrido até prisões por estar exercendo com denodo e destemor o seu ministério.

3. Para se encontrar inconstitucionalidade naqueles dispositivos, a Inicial teve que afirmar que a cláusula final do art. 7.º, § 2.º, do Estatuto: “sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”, converte a Corporação “em órgão judicante”, com afronta ao art. 92 da Constituição, que comete a jurisdição aos segmentos ali enumerados... Ora, “sanções disciplinares” não constituem manifestação de jurisdição e são ínsitas à função de fiscalização do exercício profissional, conforme constam dos arts. 34 a 45 do Estatuto. Não há confusão possível.

4. A verdade é que os dispositivos impugnados encontram seu fundamento de validade no art. 133 da Constituição, ao declarar que o advogado é “inviolável

por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A propósito, escrevemos em livro há muito publicado: “A inviolabilidade do advogado, prevista no art. 133, não é absoluta. Ao contrário, ela só o ampara em relação a seus atos e manifestações no exercício da profissão, e assim mesmo, nos termos da lei. Equivoca-se quem pense que a inviolabilidade é privilégio do profissional. Na verdade, é uma proteção do cliente que confia a ele documentos e confissões da esfera íntima, de natureza conflitiva e não raro objeto de reivindicação e até de agressiva cobiça alheia, que precisam ser resguardados e protegidos de maneira qualificada”.⁹

O Estatuto é a lei referida no art. 133 da Constituição. A essa lei a Carta Magna outorgou a competência para estabelecer o conteúdo (limites) da inviolabilidade que ela confere ao advogado. Os arts. 2.º, 3.º, e 7.º, II e XIX, e seus §§ 2.º e 3.º é que especialmente delineiam os limites legais à inviolabilidade em estrita consonância com a regra constitucional, não sendo certo que essas normas isentam os advogados da responsabilidade civil, que, aliás, está configurada no art. 32 do mesmo Estatuto, nem o isentam da incidência de “qualquer norma limitadora”. Ao contrário, o Estatuto ficou até aquém do permissivo constitucional, pois, como é cediço, os crimes que normalmente se praticam por atos e manifestações no exercício de profissão ou atividade que tem na palavra, falada ou escrita, o seu instrumento são a calúnia, a injúria, a difamação e o desacato. Pois bem, o Estatuto não incluiu, na imunidade, a calúnia, imputação falsa de crime a alguém, o que mostra que foi comedido no fixar os limites da inviolabilidade.

9. Cf. nossa ob. cit., p. 510. Cf. também Paulo Luiz Neto Lôbo, *Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB*, Brasília, Brasília Jurídica, 1994, pp. 43 e ss., e jurisprudência aí indicadas em notas.

5. Inviolabilidade é espécie de imunidade. É imunidade material que consiste em excluir, na hipótese prevista, a incidência de normas penais sobre fatos que estas tenham como crime. A “imunidade profissional do advogado”, conferida art. 133 da Constituição, tipificada pelo Estatuto é a inviolabilidade penal por seus atos, palavras e manifestações, no exercício de sua profissão, que possam ser tidas como ofensivas a qualquer pessoa ou autoridade executiva, parlamentar ou judiciária. Mas é certo que a inviolabilidade do permissivo constitucional tem uma dimensão protetora que vai além da imunidade profissional, porque, conjugada com as garantias dos incs. X, XI e XII do art. 5.º da Constituição, abrange igualmente o sigilo profissional, a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho, dos arquivos, da correspondência e dos seus meios de comunicações, na forma estatuída no art. 7.º, II e XIX do Estatuto.

6. Se as normas impugnadas encontram no art. 133 da Constituição o seu fundamento de validade, torna-se írito qualquer outra increpação de sua inconstitucionalidade. Portanto, é sem sentido o argumento de que os dispositivos põem em posição de desigualdade pessoas que se encontram em situação idêntica. Ora, o princípio da igualdade se afere em relação a pessoas ou situações subjetivas destinatários das mesmas normas, e à evidências as disposições estatutárias impugnadas não fazem nenhuma discriminação em relação a seus destinatários. Então não ofendem o princípio da igualdade, como se pretende com a invocação do § 5.º do art. 7.º do Estatuto, que prevê o desagravo público do inscrito na OAB ofendido no exercício de sua profissão, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator. Ora, não há sequer identidade de situação. Desagravo é algo diverso dos crimes de que o advogado ficou imune. Não há comparação para que se pudesse argüir iden-

tidade ou semelhança de situações subjetivas, para se cogitar de eventual ofensa ao princípio da isonomia ou o da intimidade, com a invocação do art. 5.º, I e X, da Constituição.

IV) Inciso II do art. 7.º: “ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB”.

Análise:

1. Não se põe em questão a legitimidade das inviolabilidades contidas no inciso, aliás, como já vimos, amparadas pelos arts. 5.º, X, XI e XII, e 133 da Constituição, não como privilégios pessoais do advogado, mas como garantias do cidadão seu constituinte.

2. Questiona-se apenas a cláusula sublinhada: *e acompanhada de representante da OAB*, com o argumento de que ela transforma a OAB em órgão jurisdicional, “na medida em que faz depender dela a execução da ordem judicial de busca e de apreensão, determinada por magistrado, que ela pode impedir, ou retardar, recusando-se a designar representante para acompanhamento do ato, ou demorando na indicação”. Inconstitucionalidade tem que ser algo concreto e presente no texto impugnado. Não se admite inconstitucionalidade por suposição de eventual conduta futura, como essa de que “ela pode impedir ou retardar”, ou “recusar”, ou “demorar” etc., que não são cláusulas da norma impugnada, mas condutas imaginadas e supostas, e o que é pior imputadas a uma Entidade que tem dado mostras, ao longo de sua história, de correção. Se valesse tal argumento de inconstitucionalidade, seria possível encontrar inconstitucionalidade em qualquer texto de lei.

3. O texto não confere nenhuma função jurisdicional à OAB, como se argüi, até porque não é certo que faz depender dela a execução de ordem judicial de busca ou de apreensão. Demais, a ordem judicial, no caso, sequer é executada por órgão jurisdicional, mas por oficiais de justiça, respeitável e merecedor de acatamento no exercício de sua função. Acompanhar diligências executadas por oficiais de justiça ou outro funcionário Judiciário não significa interferir na função jurisdicional do magistrado que expediu a ordem, nem mesmo nas funções próprias do funcionário. A cláusula impugnada se insere no contexto constitucional e legal da proteção à inviolabilidade do sigilo profissional, do escritório e dos arquivos do advogado, de modo a que a execução se faça em limites que não importem em ferir nenhuma destas garantias, que é do constituinte não do advogado. Esses atos devem ser executados por oficiais de justiça acompanhados de testemunhas (CPC, art. 842, § 2.º), os quais, finda a diligência, deverão lavrar auto circunstanciado, assinando-o com as testemunhas. Isso quer dizer que a presença de terceiros não é algo ofensivo à correta execução dos mandados de busca ou apreensão. Se a lei exige a presença de testemunha é porque supõe a possibilidade de incorreção na execução do mandado, que a presença do representante da OAB visa evitar em favor de garantias especiais que amparam o local da execução do ato.

4. A invocação do art. 5.º, XXXV, da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, é tão sem sentido que não paga a pena perder tempo com ela. Só mesmo carência de base ou muita imaginação para descobrir na cláusula impugnada uma norma que exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Também não se sabe como a cláusula impugnada cria desigualdade em favor dos advogados, con-

trariando o art. 5.º, *caput* e inc. I. Mais uma vez o princípio da isonomia é invocado sem fundamento. A lei tem como destinatários os advogados. Só pode tratar deles e os trata igualmente. Se se quer dizer que não trata de outros profissionais, tem-se que responder que não lhe cabia fazê-lo, até porque cada profissional tem o seu sistema legal próprio de defesa e proteção de seus locais de trabalho. Pior é a invocação da igualdade entre homens e mulheres numa situação que nada tem a ver com a distinção de sexo...

V) Inciso IV do art. 7.º “ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade, e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB”.

Análise:

1. Impugna-se aqui “a presença de representante da OAB”, quando o advogado for preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do auto respectivo.

2. Como na hipótese anterior, a presença de representante da OAB constitui uma garantia da eficácia da imunidade profissional do advogado. Portanto, está amparada no art. 133 da Constituição, em termos que já explicitamos antes.

VI) Inciso V do art. 7.º: “não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar”.

Análise:

Argúi-se apenas contra a cláusula “assim reconhecidas pela OAB”, com as mesmas razões dadas para as arguições anteriores contra a proteção da corporação à eficácia das garantias constitucionais dos advogados, sempre com o argumento

de que tal sistema faz dela um órgão jurisdicional. Esse argumento leva a função jurisdicional a uma distância sem limites, vendo-a em qualquer função meramente fiscalizatória de condições que garantam a dignidade do advogado, dignidade essa que está também amparada pela inviolabilidade. Todo preso tem direito a uma prisão adequada às mínimas condições de dignidade humana. E se o preso tem direito a prisão especial, por estar inscrito numa corporação que lhe dá o *status* que é pressuposto daquele direito, não ofende a Constituição o reconhecimento a essa Corporação da faculdade de verificar o estrito cumprimento daquele direito. Se a prisão especial é um direito dos Tribunais. Tanto que jamais se teve por invasão dessa competência o texto do art. 554 do CPC e nem outras que regulam a ordem do processo nos Tribunais. Se se trata de norma de processo que se insere, aliás, na órbita de garantias processuais das partes, porque constitui ato de defesa, é efetivamente pertinente invocar a norma limitativa do art. 96, I, *a*, da Constituição quando estatui que compete privativamente aos Tribunais “elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”. E, com a devida vênias do Eminentíssimo Min. Paulo Brossard, vemos importantes inovações no novo texto constitucional. Em primeiro lugar, traz ele duas limitações concretas aos regimentos internos dos Tribunais. Uma, que existia, mas genericamente, se refere à observância das normas de processo; agora não se trata apenas de discutir áreas de competência, mas de verificar, concretamente, a relação regimento-normas de processo, havendo aí um nítido reforço em favor das normas de processo, reforço que revela primazia que a interpretação constitucional tem que levar em conta.

Em segundo lugar, está na determinação de observância das garantias processuais das partes, de sorte que a questão não fica restrita à apreciação, *in abstractum*, do princípio da divisão de poderes, mas requer valoração concreta da situação de que se cuida.

6. A sustentação oral das razões pelo advogado na sessão de julgamento é indubitavelmente ato processual, tanto que é parte do momento culminante da distribuição de justiça, que é o julgamento, e é, ao mesmo tempo sem questionamento contrário possível, o exercício de uma garantia fundamental das partes, porque se trata do exercício do direito de defesa dos interesses dos litigantes deduzidos em juízo.

Isso tudo mostra que a cláusula estatutária impugnada encontra aí seu fundamento de validade.

7. Resta a questão da afronta aos incs. LIV e LV do art. 5.º da Constituição, principal fundamento apresentado pelo autor, que, se não mereceu o menosprezo do voto do Eminent Relator, também não mereceu mais do que ligeira referência. É que sua improcedência é palmar.

8. De fato, não se vê como transferir o momento da sustentação oral de antes do voto do relator para depois possa infringir o devido processo legal (inc. LIV). Este é um direito fundamental da pessoa, portanto ele é tanto mais observado quanto mais se dá à pessoa, parte numa relação processual, maior possibilidade de fazer valer seus interesses deduzidos em juízo, e tanto mais advogado, que tem garantida a inviolabilidade, nisso entra também o direito de amparo de sua corporação no sentido da verificação do atendimento às condições compatíveis com a natureza especial da prisão.

VII) Inciso IX do art. 7.º: “sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de

quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido”.

Análise:

1. Impugna-se apenas a cláusula: “após o voto do relator”.

2. Esse dispositivo já é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1105-7, proposta pelo ínclito Procurador-Geral da República, e de que é Relator o eminente Min. Paulo Brossard, que já apresentou erudito voto para sustentar a outorga da cautelar pedida pelo autor.

3. Há, pois, litispendência, porque há repetição de ação que está em curso (CPC, art. 301, § 3.º). Não importa que os autores sejam diferentes, pois, como a doutrina e a jurisprudência reconhecem, as ações diretas de inconstitucionalidade genérica são ações sem partes, e dão origem a um processo objetivo. Portanto, é caso de extinção do processo no referente a esta arguição, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil, por carência de interesse processual.

4. Por outro lado, com a devida vênia do E. Min. Paulo Brossard, não enxergamos inconstitucionalidade do texto legal. Alega-se que o dispositivo vulnera o princípio da divisão de poderes e os princípios do devido processo legal e do contraditório.

5. Ora, legislar sobre questões processuais e procedimentais, é da competência do Poder Legislativo (arts. 22, I, e 24, XI). A questão, em causa, se insere entre as normas que disciplinam a ordem do processo nos Tribunais, e especificamente consta do art. 554 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo é que está sendo modificado pela cláusula impugnada, não a matéria regimental que, se trata da questão, o faz em mera repetição da lei processual que agora foi mudada no particular. Se a questão é matéria processual, porque tem natureza de ato processual, por certo que é matéria que refoge à competência regimental

quanto mais permite a eficácia do direito de defesa. Então, por aí, ao contrário, o dispositivo impugnado não só vem na linha do devido processo legal como lhe dá mais eficácia.

9. Isso mesmo se pode dizer do princípio do contraditório, contido no inc. LV, invocado. Tal princípio não é estabelecido pela simples existência de contraposição das partes do processo. Ele é um princípio instrumental na medida em que existe para viabilizar o princípio básico da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inc. LV). Primeiro, não há ofensa ao princípio do contraditório, porque ele continua existindo integralmente, na medida em que não é só uma das partes que tem a possibilidade de sustentação oral de suas razões, mas ambas as partes, mediante seus advogados. Então, não se vê onde pode estar ferido o princípio do contraditório. Mas, como a sustentação após o voto do relator favorece a defesa dos interesses em jogo, dado agora o conhecimento da posição expendida, abre-se às partes a possibilidade de demonstrar, cada qual de seu lado, a correção ou não desse voto, de modo a dar aos demais julgadores uma visão mais precisa do direito a ser conferido. Vale dizer, pois, que, assim, o princípio do contraditório aparece ainda mais reforçado em possibilitando melhor defesa dos direitos em jogo.

10. Em suma, por qualquer dos ângulos que se examina a questão, pelo processual ou pelo material, certo é que a cláusula estatutária impugnada se apresenta arrimada em sólidos fundamentos constitucionais, sendo, pois, de improcedência manifesta a arguição de inconstitucionalidade apresentada.

VIII) § 3.º do art. 7.º: “O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo”.

Análise:

1. Ao analisar a arguição contra a validade do inc. IV do art. 7.º já expendemos os argumentos que sustentam sua consonância constitucional.

2. O § 3.º do art. 7.º, ora impugnado, não contraria o disposto no inc. LXI do art. 5.º da Constituição. De fato, embora esse dispositivo autorize a prisão em flagrante delito, sem restringir aos crimes inafiançáveis, a verdade é que ele não significa uma imposição constitucional, não obriga a prisão em flagrante. Apenas contém uma autorização para que isso possa ser feito. É preciso entender que a expressão “senão em flagrante delito” é cláusula restritiva da norma principal e nuclear “ninguém será preso”. Esta última exprime uma garantia da liberdade que é um direito fundamental do indivíduo e que deve ser tido sempre como predominante, enquanto a restrição há de ser tida sempre como passível de ser eliminada. Sempre que a restrição é afastada, amplia-se o direito fundamental da liberdade. E, em sendo restrição à liberdade, é preciso ser definido em lei o seu procedimento (CPP, arts. 301-309), para configurá-la em termos precisos a fim de não ultrapassar os limites da razoabilidade, de sorte que a lei pode até dispensá-la em geral ou em casos particulares, tanto é verdade isso que, no caso de prisão em flagrante, a lei prevê a possibilidade de o réu livrar-se solto (CPP, arts. 304, § 1.º, 309, 310, 321 e 350).

3. Só por aí já seria suficiente para sustentar a validade constitucional do dispositivo impugnado. Mas há ainda um dispositivo constitucional que dá fundamento de validade ao texto impugnado, e não só a ele, mas a qualquer outro que disponha no mesmo sentido em favor de qualquer acusado. Referimo-nos à “liberdade provisória”, que estava prevista nos arts. 310, 321 e 350 do Código de Processo Penal para hipóteses específica-

das, e que agora a Constituição possibilita sua ampliação a qualquer hipótese, no inc. LXVI, que diz: "Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

Ora, se a lei ordinária, o CPP, podia estabelecer casos em que os acusados não eram levados à prisão, com ou sem fiança, em caso de flagrante delito, hoje a Constituição elevou essa faculdade à condição de princípio a ser observado, e o faz sempre em prestígio do direito fundamental que se chama liberdade, de sorte nenhuma lei que opte pela liberdade, como no caso, pode ser considerada inconstitucional. Aliás, a regra do citado inc. LXVI deve ainda ser tida como uma norma que se dirige ao legislador no sentido de que, sempre que possível, deve ser prevista, por lei, a liberdade provisória, que é contraposto da prisão em flagrante.

4. O texto impugnado só confere o direito ao advogado no caso de prisão em flagrante, por motivo de exercício da profissão. Tal direito assegura a eficácia da inviolabilidade (CF, art. 133) e da liberdade do exercício profissional (CF, art. 5.º, XIII). É estranho alguém enxergar inconstitucionalidade num dispositivo legal que protege a liberdade de exercício profissional. A rigor, com lei ou sem lei, ninguém pode ser preso por motivo do exercício profissional, pois isso infringe, só por si, o disposto no art. 5.º, XIII. O que é triste talvez seja necessitar de uma lei para assegurar um direito constitucionalmente estabelecido com eficácia plena e aplicabilidade imediata, e mais lamentável ainda é ver impugnada sua constitucionalidade.

IX) § 4.º do art. 7.º: "O Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados com uso e controle assegurados à OAB".

Análise:

1. Impugna-se apenas o termo "controle" sob o argumento de que se está dando à OAB o controle de dependências do Judiciário, a que cabe administrar todos os edifícios judiciários, como decorrência da autonomia do art. 99 da Constituição.

2. Em primeiro lugar, se a sala fosse realmente da OAB (não é isso que diz o texto), significaria que ela não seria dependência do Judiciário, e, portanto, não estaria sujeita ao controle e autonomia deste. O fato de estar no mesmo edifício não significa que não possa haver dependências de uso e controle de instituições diferentes, sem que haja interferência umas na competência e autonomia de outras. Jamais alguém questionou o uso e controle das salas e dependências ocupadas nos edifícios dos fóruns e Tribunais pelos Membros do Ministério Público. A questão, portanto, não é de afronta à autonomia do Judiciário, que não está em causa, sendo, pois, impertinente a invocação dos arts. 96, I, e 99 da Constituição.

3. Mas, como se disse acima, nem é isso que o texto impugnado prevê. O que o § 4.º da Lei 8.906/94 estabelece é coisa muito simples e racional, isto é, que as salas destinadas aos advogados nas instalações mencionadas fiquem com seu uso (pelos advogados) sujeito ao controle da OAB, não a qualquer outra entidade (Associação de Advogados, p. ex.), nem outros grupos ou instituições, pois, nada mais natural do que, sendo destinadas a advogados, fiquem predispostas ao uso destes, sob controle de sua corporação.

4. Não há inconstitucionalidade alguma nisso. Com a devida vênia, é uma questão muito pequena para ocupar o tempo do nosso mais alto Tribunal.

X) Inciso II do art. 28: "membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de

todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta”.

Análise:

1. A impugnação alcança apenas a declaração de incompatibilidade da advocacia de membros do Poder Judiciário, dos juizados especiais e da justiça de paz, com o argumento de que essa incompatibilidade atenta contra os arts. 119, II, e 120, § 1.º, III, da Constituição, tendo em vista aqui apenas aos juízes eleitorais escolhidos entre advogados, e contra o art. 98, I e II sob a alegação de que a incompatibilidade entre a advocacia e as atividades dos membros dos juizados especiais e da justiça de paz impede sejam eles recrutados entre profissionais que podem dedicar parcela do seu tempo para exercer, sem remuneração, ou mediante retribuição minguada, funções que melhor se desempenham por pessoas afeiçãoadas às normas e princípios jurídicos. Em nenhum desses casos, está a autora defendendo interesse de seus filiados, mas de inscritos na OAB, com nítida invasão de seara alheia.

2. A incompatibilidade para a advocacia, em relação a exercentes de função pública, se estriba nos princípios de moralidade e igualdade. Na verdade, não há nos arts. 119, II, e 120, § 1.º, III, nada que esteja sendo contrariado pelo dispositivo impugnado. O texto não impede que o advogado seja nomeado juiz eleitoral nos casos previstos naqueles permissivos constitucionais, menos ainda existe ofensa ao art. 98, I e II, que nem fala de advogados. Ao contrário, o inc. I declara que os juizados especiais podem ser providos por juízes togados, ou togados e leigos. Estes é que eventualmente podem ser recrutados entre advogados, para o exercício da função, mas se são leigos é porque não são necessariamente advogados. Sendo juízes, pouco importa sejam vitalícios ou temporários, togados ou

leigos, a incompatibilidade, a rigor, já se encontra no art. 95, parágrafo único, de sorte que a lei só fez reforçar o princípio da proibição. O argumento em favor dos juízes de paz introduz uma premissa inexistente, qual seja a de que eles sejam recrutados entre advogados. Ora, nem a condição de bacharel em direito é requisito para se eleger juiz de paz. Sendo função eletiva, sem a previsão de que seja advogado ou mesmo bacharel em direito, os fundamentos dados para a impugnação se tornam sem sentido. A verdade é que o art. 98, I e II, da Constituição não envolve a condição de ser ou não ser advogado. Portanto, as restrições à advocacia, estabelecidas pela lei que regula essa profissão, não só não contraria esses dispositivos constitucionais, como encontram guarida no texto do art. 5.º, XIII, da Carta Magna, e supedâneo no disposto no seu art. 22, XVI, que dá competência à União para legislar sobre “condições para o exercício das profissões”.

XI) Art. 50: “Para os fins desta Lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional”.

Análise:

1. Impugna-se o texto na parte em que autoriza a requisição de cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado e cartório, sob o argumento de afronta à independência do Judiciário, assegurada no sistema do título IV da Constituição, concretamente o art. 96, I, *b*, e no seu art. 2.º.

2. O art. 96, I, *b*, da Constituição revê a competência dos Tribunais para organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva. Não se nota a menor pertinência entre a norma impugnada

nada e essa questão. O art. 50 do Estatuto não diz respeito à organização ali prevista, apenas prevê o direito de obter peças e documentos para os fins de direito. Atender requisições, previstas em lei, não atinge independência de nenhum órgão público nem fere o princípio da divisão de poderes (art. 2.º). Se o ferisse, nem o juiz poderia requisitar peças ou documentos ao Poder Executivo, pois, então, segundo a tese sustentada, estaria agredindo a independência desse Poder que tem os mesmos fundamentos constitucionais.

3. Enfim, Não se nota inconstitucionalidade alguma também na hipótese em exame.

IV — Respostas aos quesitos da consulta

Tendo em vista todo o exposto, podemos passar a responder sinteticamente aos quesitos da consulta.

Ao 1.º quesito:

Não. O Supremo Tribunal Federal já tem decidido inúmeras vezes que associação de associações, como a Associação Brasileira de Magistrados, não tem legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade (cf. Adin 79-DF, RTJ 147/3, Rel. Min. José Celso de Mello, citando os precedentes Adins 57, Rel. Min. Ilmar Galvão, 67, 433, 444, 530, Rel. Min. Moreira Alves; Adin 164/7, Rel. Min. Moreira Alves, DJU, 17.12.93, p. 28.049; Adin 108/6, Rel. Celso Mello, DJU, 5.6.92, p. 8.427). A questão é tão pacífica no Pretório Excelso que dispensa maiores considerações. Mas

é também ilegítima a autora por “carência de pertinência temática. Todas as hipóteses levantadas estão muito afastadas da área de interesse de seus membros, que são associações de magistrados, mas igualmente afastadas do interesse dos membros (magistrados) filiados a essas associações. Talvez, para buscar a aproximação temática é que a autora sempre arguiu invasão de atividade jurisdicional ou de independência do poder Judiciário ou infringência à divisão de Poderes. Ocorre que não entra, nem pode entrar, nas finalidades da Associação dos Magistrados a defesa do Poder Judiciário como Poder Estatal, como interesse de seus filiados, nem lhe cabe a defesa da função jurisdicional porque os magistrados não são membros dela enquanto titulares da atividade jurisdicional, mas enquanto pessoas integrantes de uma categoria funcional, e é só nesse limite que lhe cabe a defesa dos interesses de seus filiados. O Estatuto, em nenhum dispositivo, feriu direito ou interesse do filiado à Associação dos Magistrados, como tal. Então, não há pertinência temática a sustentar a legitimação *ad causam*.

Ao 2.º quesito:

Não. São inteiramente improcedentes as arguições de inconstitucionalidades apresentadas em relação aos dispositivos estatutários arrolados, conforme, com a devida vênia, ficou demonstrado no correr deste parecer, especialmente nas análises procedidas no tópico III supra.

É o nosso parecer, s. m. j. — São Paulo, 18 de setembro de 1994.

5. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O CASO DOS IRMÃOS NAVES

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal
Membro da Academia Paranaense de Letras

1. "A história é um armazém de precedentes?"

Esta é uma sugestiva pergunta lançada por Joseph Hours, em sua monografia *O valor da História*, para concluir que se deve utilizar com prudência extrema as analogias existentes entre fatos antigos e presentes. E arremata que o melhor serviço que nós poderíamos esperar hoje do estudo da História é, sem dúvida, "aprender com ela a melhor conhecer o homem. Receber dela um método que nos permita abordar com um olhar mais penetrante cada semelhante e de reconhecer nele, até nas mínimas singularidades, passando antes por essas disposições humanas essenciais e permanentes, que são de todos os tempos e de todos os países, delas distinguindo em seguida o depósito dos princípios e tradições que a educação repôs como uma herança ao nosso interlocutor e que faz dele o cidadão de tal século e de tal região, o homem de tal classe e de tal profissão".¹

Tais ponderações ilustram um dos métodos adotados pelo processo de interpretação das normas jurídicas: o chamado elemento histórico. Ao lado do elemento sistemático, serve-se o hermenêutico, para a compreensão lógica dos textos, do elemento histórico. A razão fundante da norma e a sua compreensão

dependem, muitas vezes, da pesquisa em torno de seu processo evolutivo. Já foi dito, a propósito do direito privado, que a História é "o anzol de ouro com que pescava nas profundezas o Direito Civil" enquanto outro escritor ponderou que é mister "conhecer as leis pela História e a História pelas leis".²

2. O valor da confissão em processo penal

As novas gerações de criminalistas brasileiros certamente ignoram as fundadas razões que justificam os arts. 158 e 564, III, b, do Código de Processo Penal, dentro de um sistema de garantias individuais. Reza o primeiro: "Quando a infração deixar vestígios, será *indispensável* o exame de corpo de delito, direto ou indireto, *não podendo suprir-lo a confissão do acusado*". E o segundo comina a sanção de nulidade para o processo que não contiver o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167.³

Na antológica definição de João Mendes, o corpo de delito "é o conjunto dos

2. Em Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, Max Limonad, 4ª ed., S. Paulo, v. I, t. I, p. 159.

3. CPP, art. 167: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

1. *Valeur de l'Histoire*, trad. de Rosa Henriques, ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1979, pp. 113-114.

elementos sensíveis do facto criminoso. Corpo é toda a substancia formada de elementos sensíveis, ou melhor, de partes elementares dispostas e conjuntas. *Elementos sensíveis* são aquelles principios productores que podem affectar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos ou pela vista, ou pelo ouvido, ou pelo tacto, ou pelo gosto, ou pelo olfacto.”⁴

A confissão do réu, em consequência, deixa de ser considerada como a “rainha das provas”, segundo antigo aforisma. Introduzida com o tipo inquisitório de processo, a confissão era tida como a melhor prova — *probatio probatissima* — e a única que poderia aliviar a consciência do julgador.

Na sistemática do processo penal brasileiro, o valor da confissão não é absoluto. Conforme o art. 197 do Código, “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. O silêncio do acusado não importará confissão e nem poderá autorizar a presunção de culpa. A propósito, entendo que estão derogados os arts. 186 e 198 do Código de Processo Penal em face da consagração constitucional “do direito de calar”.⁵ Com efeito, o silêncio do réu não poderá mais ser interpretado em prejuízo da própria defesa e nem constituirá elemento para a formação do convencimento do juiz. Continuam vigentes os dispositivos somente nas partes em que declararam: o direito ao silêncio e o fato de que o seu exercício não implica em confissão.

4. João Mendes de Almeida Junior, *O Processo Criminal Brasileiro*, ed. Typ. Baptista de Souza, RJ, 1920, II/7. (Grifos do original).

5. A regra de garantia prevista pelo art. 5º, LXIII da Constituição deve ser interpretada extensivamente para abranger não somente o preso mas toda a pessoa acusada de um ilícito penal.

Mas esta orientação normativa revela antecedentes dramáticos na história universal do processo e, em particular, do processo penal brasileiro. A confissão laica ou religiosa geralmente estava ligada ao arrependimento ou à tortura sempre que o confitente admitia a prática de um pecado ou de um crime. A literatura estrangeira tem dedicado notáveis textos a propósito do tema, podendo-se referir, entre muitos, Pietro Verri⁶, Lourival Vilela Viana⁷, Serrano Neves⁸, Ada Pellegrini Grinover⁹, Lorete Garcia Sandeville¹⁰, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes.¹¹ Sobre a tortura, nada mais expressivo que a passagem *Dos delitos e das penas* na qual Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, afirma: “É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas dos quais poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia” (§ XII).

No quadro da jurisprudência são inúmeros os precedentes declarando a nulidade da confissão extorquida, fenómeno

6. *Observaciones sobre la tortura*, trad. de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

7. *Da confissão penal*, ed. do autor, Belo Horizonte, 1953.

8. *O direito de calar*, Livraria Freitas Bastos, RJ, 1960.

9. “Interrogatório do réu e direito ao silêncio”, em *Ciência Penal*, Ed. Convivio, SP, 1976, n. 1, p. 15 e s.

10. “O direito ao silêncio”, em *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez./91, n. 36.

11. “Direito ao silêncio no interrogatório”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, SP, 1994, n. 6, pp. 133 e ss.

regulado expressamente pela Constituição de 1988 ao proclamar a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Mas existe um caso paradigmático na história do processo penal brasileiro e que é invariavelmente lembrado quando o assunto se refira à violência física ou moral na colheita dos interrogatórios. Trata-se do processo instaurado contra os irmãos Naves, na comarca mineira de Araguari, fronteira com Goiás, no ano de 1937. A narrativa que segue é fiel ao livro escrito pelo advogado João Alamy Filho¹², o notável e intemorato defensor dos infelizes acusados.

3. O desaparecimento de Benedito Pereira Caetano

Joaquim e Sebastião Naves, com 25 e 32 anos de idade, respectivamente, estavam vivendo em novembro de 1937 um período de crescimento em suas atividades de compra e revenda de cereais, arame farpado, sal, querosene e outros bens. Trabalhavam duramente, carregando caminhões de cereais de Nova Ponte, Iraí, Monte Carmelo, Abadia dos Dourados, Cascalho Rico e outras cidades para descarregar em Araguari e Uberlândia. Na volta, traziam mercadorias de consumo rural.

Benedito Pereira Caetano era primo e sócio de Joaquim em um caminhão Ford V-8 novo que servia para transportar o arroz produzido na fazenda de seu pai, João Pereira da Silva. O veículo fora adquirido a prestação mas o bom sucesso dos negócios renunciava a possibilidade do resgate quase integral da dívida. Acreditando no mercado, Benedito empresta dinheiro de seus pais e de conhecidos para comprar arroz de outros produtores, prometendo honrar o débito com as vendas. Consegue estocar mais

de 2.000 sacas. A dívida atingira a grande soma de cento e trinta e seis contos de réis. A mercadoria é da melhor qualidade. Porém, o mercado se ressentia e o preço da saca começa a cair. Benedito espera para vender, rogando aos credores que também aguardem. Passado algum tempo e contabilizando as despesas, percebeu que toda a carga não alcançava o valor de cem contos de réis. Desesperado e aflito com a insolvência, vende tudo para a empresa depositária, recebendo um cheque de apenas noventa contos de réis, insuficiente para cobrir as dívidas.

Os Naves acompanhavam o drama de Benedito, que se hospedava na casa de Joaquim. Como o cheque fora emitido dia 26 de novembro, uma sexta-feira, os irmãos aconselharam Benedito a não recebê-lo já no dia seguinte¹³. Era mais prudente que pegasse o dinheiro na semana entrante, quando, após pagar os credores, sairia da cidade.

Contrariando aquela orientação, Benedito acorda no sábado "com uma coceira doida de ver um montão de carijós de 500\$000; cento e oitenta. Nunca vira isso. Não resiste. Vai. Saca o dinheiro. Alegria. Confortado pelo contato dos cobres, dinheiro enchendo as mãos os bolsos. Dinheiro enchendo-lhe o coração. Dinheiro, alma de bovino. Arranja um lenço grande, de chita, dêsses que as pretas antigas amarravam à cabeça, e que as moças brancas e dengosas de 37 usavam para se proteger do sol nas praias e nos festivais campestres. Bota-lhe o dinheiro dentro, dobra-o jeitosamente, uma, duas, três, quatro vezes, em diagonal. Amarra-o por dentro da cueca, pelas duas extremidades restantes, junto à barriga saciada de sovínice e privações. Ele não tinha guaiaca. Não costumava carregar dinheiro grosso. Teve de improvisar".¹⁴

12. *O maior erro judiciário no direito brasileiro*, 2ª ed., Sugestões Literárias S/A, SP, 1965.

13. Os bancos ficavam abertos ao público nos sábados pela manhã.

14. J. Alamy Filho, *O maior erro judiciário no direito brasileiro*, cit. p. 18.

Os irmãos Naves perceberam que Benedito não era mais o mesmo naquele sábado e no domingo, na festa inaugural de uma ponte, com churrasco e muito chope de graça. Eles sabiam que o primo já estava com o dinheiro “na barriga”. Lamentaram a imprudência e estranhavam as reações diferentes. Mas não imaginavam o que estava por vir.

Na madrugada de 29.11.37, Benedito desaparece. Após um dia e uma noite os Naves o procuraram, em vão. Principalmente Joaquim que era o seu hospedeiro. E se desesperam porque Benedito sempre fora um homem correto, cumpridor de suas obrigações. Por onde andaria?

4. A Polícia instaura o inquérito

Os irmãos Naves procuraram a Polícia. Perante o delegado civil Ismael do Nascimento contam tudo. Seus receios, seus pressentimentos e as buscas infrutíferas. Uma condução leva os queixosos à fazenda do pai de Benedito, na suposição de que ele para lá tivesse ido. Mas não é encontrado, para surpresa dos primos e dos pais.

Em 30.11.37, o delegado de Polícia Ismael do Nascimento instaurou inquérito, porque o desaparecimento levantava a suspeita de um crime, “visto conduzir o desaparecido, que é Benedito Pereira Caetano a importância, em dinheiro, de mais de noventa contos de réis ...”.¹⁵ Os irmãos Naves foram expressamente referidos na Portaria como testemunhas ao lado de outras pessoas. E nesta condição as suas informações foram reduzidas a termo, como se verifica pelas cópias fotográficas da assentada.¹⁶

Os depoimentos registraram o que já era sabido: não havia pistas sobre o desaparecido.

5. A investigação toma um rumo diverso

Quase um mês depois, em 22 de dezembro, o delegado civil transmite o cargo para um novo titular da Delegacia: o Tenente Francisco Vieira (Tenente Chico Vieira).

Demonstrando o maior empenho em descobrir o paradeiro de Benedito e ao mesmo tempo suspeitando fortemente que houvera um latrocínio, o delegado militar ouve outras testemunhas. Mas nada de novo conseguia apurar pela absoluta ausência de elementos de convicção.

Surge, então, a idéia-fixa: a descoberta do crime não poderia estar longe dos irmãos Naves. E manda prendê-los. Em seguida efetua a detenção de suas mulheres e de sua mãe. Elas são pessoas rústicas e amedrontadas que jamais entraram em uma delegacia de Polícia. Na cadeia já se encontrava há vários dias a testemunha José Joaquim Teodoro de Lima, vulgo “José Prontidão”, que em depoimento anterior afirmara ter visto Benedito passeando na cidade de Uberlândia. Agora, dia 3.1.38, preso e coagido, prestou novo depoimento dizendo que seu testemunho anterior fora induzido por Joaquim Naves, mediante promessa de pagamento, a fim de evitar embaraço para os irmãos. E, em certa passagem, é bem explícito: “que, ao ver do depoente, o responsável pelo dito desaparecimento, é o Joaquim Naves Rosa, a julgar pela proposta que o mesmo lhe fizera”.¹⁷

Os Naves estão presos desde o dia 29.12.37. Sedentos e famintos, às vezes, nus. No período de 3 a 7 de janeiro os supostos latrocidais são seviciados mas resistem à confissão perseguida. O tenente Chico Vieira manda prender a mãe deles, Ana Rosa Naves, 66 anos. Intimi-

15. Trecho da Portaria, em J. Alamy Filho, ob. cit., p. 22.

16. Em J. Alamy Filho, ob. cit., pp. 24 e ss.

17. Cf. termo de assentada. Em J. Alamy Filho, ob. cit., p. 46.

dada pelos soldados que atuam como investigadores, é despida em frente dos filhos. Eles são induzidos a agredi-la mas não o fazem. Os milicianos espancam tanto ela como seus filhos, uns em frente aos outros. A prisão de Ana Rosa já durava alguns dias quando houve interferência de alguém em seu favor. Ela foi solta sem que o delegado conseguisse a "prova" de autoria do latrocínio.

Em favor dos acusados é impetrado *habeas corpus* pelo incansável advogado João Alamy Filho, no dia 6 de janeiro. Recebera ele a visita de Ana Rosa Naves após a sua soltura e se convencera, desde então, da inocência dos presumidos delinquentes. Mas essa não era a impressão dos moradores de Araguari que, a falta de qualquer explicação sobre o desaparecimento de Benedito, faziam recair nos Naves a suspeita da autoria de um hediondo crime. Eles deveriam saber da vítima. Principalmente Joaquim, que era o seu hospedeiro.

Irritado com a impetração do *habeas corpus* — que não foi concedido — e não desistindo da irada e desacertada convicção, o delegado mantém os presos e as sessões de tortura. E no dia 12 de janeiro iria conseguir a "confissão" de Joaquim sob a alegação de que o seu irmão, Sebastião, fora morto pelos soldados. De fato houve, na noite anterior, a encenação: os Naves foram separados e momentos depois Joaquim ouvira tiros e gritos. Estava montada a farsa da execução.

6. Joaquim confessa a existência do latrocínio

Em 12 de janeiro, Joaquim confessou a autoria do latrocínio. Testemunhas servis ao delegado e ao justicamento sumário da população afirmaram ter ouvido a confissão e que em sua colheita não houve violência. Consta do termo de declarações que na madrugada de 29 de novembro, ele, seu irmão e Benedito

sairam de Araguari, de caminhão, com destino a Uberlândia. A viagem fora arquitetada pelos irmãos, sabedores da grande quantidade de dinheiro que Benedito tinha em seu poder. E quando chegaram na ponte do Pau Furado apearam do caminhão para tomar água. São palavras de Joaquim: "que desceram o paredão até a margem do rio, estando seu irmão na frente, Benedito no centro e o declarante atrás, o qual levava oculta uma corda de bacalhau de um metro e tanto; que chegados na beira do rio, após beberem água, Sebastião agarrou Benedito pelas costas e o declarante fez um nó na dita corda introduzindo-a pela cabeça de Benedito até o pescoço apertando-a logo em seguida, e Sebastião em um movimento brusco largou os braços de Benedito auxiliando o declarante a apertar a corda; que Benedito neste momento desfaleceu, caindo de joelhos, até ficar sem vida, o que foi verificado pelo declarante e seu irmão Sebastião".¹⁸

A confissão também registrava que o confitente e seu irmão, consumado o homicídio, tiraram da cintura de Benedito o pano que guarnecia a importância de mais ou menos noventa contos de réis. O dinheiro foi posto em uma lata de soda "adrede preparada". O cadáver foi atirado na cachoeira do Rio das Velhas, do lado debaixo da ponte, ficando à beira do rio a corda utilizada para a execução do crime, bem como o pano que guardava o dinheiro. A lata havia sido enterrada, ao lado da estrada, no caminho de volta. "Diz o declarante que fizeram de balisa duas árvores das proximidades a fim de que em ocasião oportuna fossem retirar o fruto do saque".¹⁹

De posse da confissão o delegado procedeu a uma reconstituição do crime. As testemunhas, em depoimentos, esclareceram que a diligência de busca e

18. Termo de declarações. Em J. Alamy Filho, ob. cit., pp. 59/60.

19. Termo de declarações, cit.

apreensão da lata com o dinheiro foi infrutífera.

Novamente torturado, Joaquim inventa um novo destino para o dinheiro roubado. E alega que nada foi encontrado no local porque o seu irmão Sebastião declarou ter retirado a lata e entregue o dinheiro ao cunhado, João Antonio de Oliveira, conhecido por "Inhozinho", para guardá-lo em sua casa. Este é preso e levado ao cartório para prestar declarações nas quais admite que fazia negócios com o cunhado e que este, no período em que Benedito desaparecera, pedira-lhe para guardar três contos e quinhentos mil réis. O termo foi lavrado com distorções e assinado sem ler.

7. Os irmãos Naves são denunciados pelo Ministério Público

Com base nos elementos do tumultuado inquérito, o Promotor Adjunto da Comarca ofereceu denúncia contra os indiciados, atribuindo-lhes a prática do crime previsto pelo art. 359 da Consolidação das Leis Penais.²⁰

Pelo seu notável valor histórico, a inicial merece transcrição: "Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito.

"O Promotor Adjunto da Comarca, usando das suas atribuições legais, vem, a vista das investigações policiais juntas, oferecer denúncia contra os indivíduos Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa, não qualificados, pelo fato delituoso que passa a expor:

20. A Consolidação das Leis Penais foi fruto do trabalho do Des. Vicente Piragibe, do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal (Rio de Janeiro), e aprovada pelo Dec. 22.213, de 14.12.32. O art. 359, subordinado ao Título XIII (Dos crimes contra a pessoa e a propriedade), assim estabelecia: "Si, para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se commeter morte: PENA — de prisão celllular por 12 a 30 anos".

"Há muitos dias, se achava nesta cidade o jovem Benedito Pereira Caetano, hospedado em casa de Joaquim Naves Rosa, a espera de concluir um avultado negócio de arroz o qual se achava depositado nos armazéns de Antonio Lemos & Filhos. Os indiciados Joaquim Naves Rosa e Sebastião José Naves são irmãos, sendo que Joaquim Naves Rosa era sócio da vítima em um caminhão, e Sebastião acostumado a trabalhar para a vítima e para seu próprio irmão. A 26 de novembro do ano p. passado, Benedito, a vítima, fechou negócio do seu arroz com Antônio Lemos & Filhos, recebendo o pagamento em cheque contra o Banco Hipotecário e Agrícola desta cidade, na importância de noventa contos, quarenta e oito mil e quinhentos réis (90:048\$500), cheque este que conservou em seu poder até o dia 27 do mesmo mês, ocasião em que, por ter de regressar à sua fazenda no dia 30 de novembro, terça-feira, promoveu o recebimento do dinheiro no citado Banco. Os indiciados, logo que viram a vítima receber a avultada importância, tramaram um meio de se apoderarem dela. Como eram amigos da vítima, não lhes foi difícil executarem o seu criminoso intento. No dia 28 do dito mês, em companhia da vítima, foram os denunciados a festa de inauguração da Ponte do Veloso, donde regressaram à noite. Depois de jantarem os três foi a vítima divertir-se em uma das barracas armadas no recinto das festas da "Seman-a Aragarina". Os indiciados, depois de concertarem o plano de matarem Benedito, afirmaram de se apossarem do seu dinheiro, o esperaram até alta madrugada, quando a vítima, de volta para a casa, foi por eles convidado a dar um passeio à vizinha cidade de Uberlândia. Foi o convite aceito, tendo os três tomado o caminhão pertencente à vítima e ao denunciado Joaquim Naves Rosa, partindo, então, para Uberlândia. Chegados à ponte do Pau Furado, sobre o Rio das Velhas, às três horas, mais ou menos, da

madrugada, onde pararam o caminhão, ali desceram, a convite dos denunciados, sob o pretexto de beberem água, colocando-se estes em posição de mais facilmente perpetrarem o crime. Joaquim Naves Rosa, para enforcar a vítima, levava uma corda de um metro, mais ou menos, de comprimento e, para guardar o fruto do roubo, uma lata de soda, vasia. No momento exato, Sebastião José Naves agarra a vítima pelas costas, enquanto Joaquim Naves Rosa, que já havia preparado um laço na corda, a enfia no pescoço da vítima, puxando-a violentamente. Neste instante, Sebastião solta a vítima e segura em uma das extremidades da corda para auxiliar o seu irmão no estrangulamento da pobre e indefesa vítima. Verificada a morte desta, revisitaram-na e tiraram o dinheiro que ela trazia sob as suas cuecas, amarrado em um pano. Assim praticados a morte e o roubo, tomaram o cadáver, um segurando na cabeça e outro nos pés, atirando-o às correntezas do Rio das Velhas. "Incontinenti", voltam ao caminhão e regressam a esta cidade, tendo, antes, parado no caminho por ordem de Sebastião José Alves, afim de enterrarem a lata com o dinheiro roubado, o que fizeram a uns quinhentos metros, mais ou menos, da estrada de automóveis que vem a esta cidade. Aqui chegados, dirigiram-se para as suas casas, onde chegaram às cinco (5) horas, mais ou menos; com o fito de despistarem as autoridades, saíram os indiciados à procura da sua vítima, mostrando-se muito incomodados com o seu desaparecimento. À vista do exposto, os denunciados Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa, incorreram na sanção do artigo 359, combinado com o art. 18, § 1º, da Consolidação das Leis Penais, concorrendo as agravantes dos §§ 1º (ter os denunciados procurado a noite e lugar êrmo), 2º (ter sido o crime cometido com premeditação), 3º (ter sido o crime cometido por asfixia), 7º (ter sido o crime cometido com traição e surpre-

sa), 13º (ter sido o crime ajustado entre duas pessoas), e 5º (superioridade em forças) do art. 39 da mesma Cons. das Leis Penais, pelo que esta Procuradoria oferece a presente denúncia, que espera seja recebida, requerendo à V. Ex.^a, sejam designados lugar, dia e hora para o início da formação da culpa, citando-se os denunciados e sendo intimadas as testemunhas abaixo arroladas sob as penas da lei.

"Rol das testemunhas:..."²¹

8. Demais lances do processo

Com a denúncia, o Promotor requereu a decretação da prisão preventiva dos acusados, acolhendo representação do delegado de Polícia.

O Juiz entendeu estarem presentes os requisitos para a custódia antecipada, segundo o regime processual vigente: "a) indícios veementes de autoria ou cumplicidade; b) conveniência da ordem social; c) fundamentação de despacho que a concede; d) que o crime seja inafiançável e não esteja prescrito, ou tratando-se de crime afiançável, que o acusado seja vagabundo, sem profissão lícita e domicílio certo".²²

Ingressa nos autos, como assistente do Ministério Público, o fazendeiro João Pereira da Silva, pai da suposta vítima, através do Advogado Oswaldo Pieruceti.

O denunciado Joaquim foi submetido a novo interrogatório policial, em investigação paralela conduzida pelo Tenente Chico Vieira e com o conhecimento do Juiz e do Promotor. E agora a tortura serviu para que o desditoso réu afirmasse que o dinheiro fora entregue à própria mãe, para guardá-lo. Segundo a nova confissão, uma parte daquele valor poderia servir mais tarde para tirá-lo da cadeia se o crime e sua autoria fossem descobertos.

21. Em J. Alamy Filho, ob. cit., pp. 85/86.

22. Em J. Alamy Filho, ob. cit., p. 90.

Dias após, o arbitrário delegado de polícia prende, mais uma vez, a mulher de Joaquim e a obriga a admitir ter ouvido do marido a confissão do latrocínio. Sendo analfabeta, a declaração foi assinada a rogo. Também detida ilegalmente estava Salvina Olina de Jesús, mulher de Sebastião Naves. Seviciada física e moralmente, resiste à prestação de uma declaração falsa incriminando o marido. E de cuja inocência tinha absoluta certeza pois dormira com ele, na mesma cama, na noite e na madrugada que supostamente os irmãos teriam levado Benedito de caminhão para a prática do delito. Porém Salvina cedeu a partir do momento em que tentaram estuprá-la no interior da cela e após ter ouvido do delegado e dos soldados que tanto Joaquim como sua mulher já haviam admitido a existência do crime e a sua dupla autoria. Assim, veio mais uma confissão. Também assinada a rogo pois a confitente era analfabeta.

Tais elementos novos de prova foram registrados com data falsa, anterior ao dia do início do sumário, marcado para 28.1.38.

Dias mais tarde, precisamente em 3 de fevereiro, o delegado extorquiu a confissão de Sebastião José Naves. Do termo respectivo consta a admissão da responsabilidade criminal e a entrega do dinheiro à mãe, para guardar.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra a mãe dos acusados²³, atribuindo-lhe a cumplicidade no próprio latrocínio. E requereu a decretação de sua prisão preventiva. O aditamento foi recebido e a prisão imposta. A infeliz mulher já estava presa. E assim ficou durante a instrução do processo.

23. Em lugar do aditamento, houve denúncia autônoma, requerendo o seu redator a juntada "aos autos do processo, já referido, que a Justiça Pública promove contra Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa". (Em J. Alamy Filho, ob. e loc. cit. pp. 133/134).

9. A ausência do exame de corpo de delito

Finda a instrução, o Dr. Arnaldo Moura, Juiz em Uberlândia e substituto na comarca de Araguari, recebeu os autos para a pronúncia ou impronúncia dos acusados. Mas, antes de decidir o *meritum causae*, converteu o feito em diligência para se proceder ao corpo de delito, direto ou indireto. Citou o art. 473 do então vigente Código de Processo Penal²⁴, exigindo o exame do *corpus delicti*, considerado como termo essencial do processo nos crimes que deixam vestígio. E ponderou que, não havendo o exame direto, deveria a autoridade policial realizar o exame indireto na forma do art. 196 do Código; isto é, "por depoimentos de testemunhas que tenham visto o cadáver ou que saibam das providências realizadas pela polícia para o encontro, sem resultados positivos, do mesmo cadáver".²⁵

Tal omissão já havia sido denunciada insistentemente pelo defensor dos acusados e a ela os juízes anteriores fizeram vista grossa e ouvidos moucos. Mas nem mesmo o exame indireto de corpo de delito foi realizado. O que se lavrou foi um "Auto de busca para descoberta do cadáver", cuja redação do último parágrafo demonstra, a um só tempo, o insucesso da diligência e a persistência do juízo presuntivo. Vale transcrever: "Depois de penosas pesquisas, sem encontrar o cadáver de Benedito Pereira Caetano e reconhecendo os presentes que em virtude da força e do volume das águas

24. Para uma revisão histórica sobre os dispositivos em torno do levantamento do corpo de delito, ver Câmara Leal (Antonio Luiz), *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, ed. Freitas Bastos, RJ, 1942, v. I, pp. 432 e ss. e Rogério Lauria Tucci, *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, Saraiva, SP, 1978, pp. 47 e ss.

25. Trecho do despacho, em J. Alamy Filho, ob. cit. pp. 154/155.

no local e do tempo decorrido desde a data do crime, seriam completamente baldados todos os esforços para se encontrar o cadáver da vítima, determinou a autoridade a cessação das pesquisas e mandou lavar o presente auto, que assina com as pessoas referidas e comigo Aulete Ferreira, escrivão que o escrevi e dou fé".²⁶

10. O não cumprimento da ordem de "Habeas Corpus"

Em 5 de março de 1938, o Doutor Arnaldo Orlando Teixeira de Moura, Juiz de Direito de Uberlândia e substituindo o de Araguari, concedeu *Habeas Corpus* impetrado pelo Advogado João Alamy Filho, para serem colocados em liberdade os irmãos Naves. Caracterizara-se o excesso de prazo da prisão dos acusados, por não estar encerrado o sumário de culpa.

Mas a ordem não foi cumprida. Sob o pretexto de que os réus estavam sob sua custódia por determinação judicial para diligência processual, o delegado militar informou à autoridade concedente do *writ*, por ofício datado de 17 de março — 12 dias após! —, que a diligência (busca do dinheiro que portava a vítima) "ainda não pode ser efetuada até esta data, devido grandes afazeres desta Delegacia".²⁷

Apesar da representação formulada pelo defensor, a ordem judicial foi desobedecida flagrantemente. E os réus continuaram presos.

11. A decisão de pronúncia

Em sentença publicada em 21.3.38, o Juiz Merolino Raimundo de Lima Corrêa pronunciou os réus como responsáveis pelo latrocínio (Consolidação das Leis

Penais, art. 356 combinado com os arts. 359 e 18, § 1º). Considerou que nos autos havia mais de uma confissão, prestadas não somente no inquérito mas também em juízo. E destacou os interrogatórios de Joaquim e de sua mãe, Ana Rosa Naves. Esta foi impronunciada, no pressuposto de que a lei penal não admite a cumplicidade *post factum*.

12. Os julgamentos pelo Tribunal do Júri

O Tribunal de Apelação de Minas Gerais negou provimento ao recurso manifestado pelos réus contra a decisão de pronúncia. Em suas razões, o advogado J. Alamy Filho expressamente advertiu a Corte sobre a injustiça da acusação e as violências policiais, lamentando a "mais hedionda arbitrariedade, pouco importando que elas pudessem levar o julgador a praticar um tremendo erro judiciário".²⁸

E em 10.5.38, o Tribunal negou provimento ao recurso e confirmou a determinação de submeter os réus a julgamento pelo Tribunal do Júri. Recomendando-os na prisão em que se encontravam e mandou expedir alvará de soltura em favor de Ana Rosa Naves.

O primeiro júri realizou-se no dia 27.6.38. Um grande público ouviu silenciosamente os interrogatórios dos réus, que descreveram, com detalhes, as torturas físicas e morais a que foram submetidos para a obtenção das confissões. Após a atormentante cerimônia do sorteio dos jurados — com as dúvidas infinitas do defensor sobre as recusas — o Promotor de Justiça inicia a acusação. Ao final pede a condenação dos réus à pena máxima: trinta anos de prisão. O assistente do Ministério Público também requereu a mesma sanção, já que não havia a pena de morte.

26. Em J. Alamy Filho, ob. cit. p. 157.

27. Em J. Alamy Filho, ob. cit., p. 163.

28. Ob. cit., p. 204. (Grifos meus).

Como curiosidade processual, deve-se destacar que antes de a acusação replicar as alegações do defensor o juiz mandou ouvir as testemunhas: sete arroladas pela acusação e quatro pela defesa.

Houve, portanto réplica e tréplica. Após os debates, o juiz leu os quesitos. Eram treze para cada réu. Explicou minuciosamente aos jurados como deveriam votar, pediu-lhes que não se acanhassem em caso de dúvida e deixou-os à vontade para solicitar explicações antes da votação de qualquer quesito. Acentuou a gravidade do julgamento e insistiu para que os “juízes de fato” ficassem bem seguros de que os seus votos eram, realmente, aqueles que iriam depositar na urna. Esclareceu ainda que, tendo a defesa sustentado a tese de negativa da autoria, a resposta *sim* acarretaria a condenação e que a resposta não implicava na absolvição.

Primeiro foi a vez de Sebastião. O Júri negou a autoria por 6 votos contra 1. Em seguida veio Joaquim. Também foi absolvido e pela mesma contagem de votos.

O Juiz de Direito lavrou a sentença absolutória demonstrando grande alívio. Fora ele mesmo o autor da pronúncia e comentara, após encerrados os trabalhos, que se havia elementos para a pronúncia o mesmo não sucedia quanto à condenação. Revelou satisfação com o veredicto e procurou tranquilizar o advogado afirmando que os réus permeneceriam presos somente o tempo suficiente para o processamento, quase compulsório, da apelação. Mas o defensor manifestava incerteza quanto aos destinos do recurso²⁹ que seria fatalmente interposto em face

de uma circular do Procurador Geral do Estado, determinando aos promotores a interposição do recurso quando não houvesse unanimidade na decisão.

Arrazoado e contra-arrazoado o recurso, foram os autos ao Tribunal. O Ministério Público opinou, preliminarmente, pela nulidade do julgamento, posto que, em se tratando de autoria incerta, deveria o juiz formular quesito pertinente ao auxílio anterior, concomitante e indispensável ao cometimento do delito.

E na sessão de 25.11.38, a Câmara Criminal, em lacônico pronunciamento, acolheu o parecer e mandou os réus a novo julgamento pelo tribunal popular. Que ocorreu em 21.3.39.

Repetidos os interrogatórios, ouvidas novamente as testemunhas, reprisados os longos e emocionantes debates, vieram as decisões dos jurados. Joaquim foi absolvido por cinco votos a dois e Sebastião por seis votos a um. Mas continuaram presos pela falta de unanimidade do veredicto.

13. Condenados a vinte e cinco anos e seis meses

Houve nova apelação do Ministério Público e contra-razões da defesa. E, na lamentável sessão de 4.7.39, a Câmara Criminal do Tribunal de Apelação de Minas Gerais deu provimento ao recurso para condenar os réus à pena de 25 (vinte e cinco) anos e 6 (seis) meses de prisão celular, além da multa de 16 1/4 por cento do valor do objeto roubado.

É oportuna a transcrição inteira do acórdão como autêntico *corpo de delito* do gravíssimo erro judiciário.

“ACÓRDÃO (Fls. 129 a 131 v.) — “Vistos, relatados e discutidos, os autos de apelação criminal da comarca de Araguari, apelante a Justiça e apelados Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa. Benedito Pereira Caetano era amigo de Sebastião José Naves e Joa-

29. Sendo omissa a *Constituição polaca* (10.11.1937), quanto à regulação do Tribunal do Júri, a matéria era deferida à legislação ordinária. E esta suprimira, sob inspiração do fascista *Estado Novo*, a soberania das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Permitia-se aos tribunais de Apelação, em grau de recurso, decidir o mérito da imputação.

quim Naves Rosa e sempre que ia a Araguari, hospedava-se em casa dêste. Em 26 de novembro de 1937, na liquidação de negócios de arroz que se achava depositado num armazém de Antônio Lemos & Filhos, recebeu em pagamento um cheque contra o Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, agência de Araguari, na importância de 90:048\$500 e promoveu o recebimento do dinheiro na citada agência no dia 27. Conhecedores dêsse fato de que Benedito havia recebido aquela avultada quantia tramaram os réus um meio de se apoderarem do dinheiro, o que lhes foi fácil porque Benedito era hóspede de Joaquim e em quem depositava inteira confiança com a circunstância de serem sócios em um caminhão. Havia na cidade de Araguari uma festa por ocasião da inauguração da ponte Veloso, local onde estavam armadas diversas barraquinhas e em uma delas Benedito se divertira até alta madrugada³⁰. Chegando a vítima à casa de Joaquim êste a convidou a dar um passeio a Uberlândia; aceito o convite foram à casa de Sebastião, onde os três tomaram o caminhão e seguiram para a cidade vizinha. Na ponte do Pau Furado, no Rio das Velhas, parou o caminhão a pretexto de beberem água. O denunciado Joaquim levava uma corda para enforcar a vítima e Sebastião, para guardar o dinheiro, uma lata de soda vazia. Em dado momento, Sebastião segura Benedito pelas costas, tolhendo-lhe os movimentos, enquanto Joaquim que já havia preparado o laço colocou-o no pescoço da vítima puxando-o violentamente. Sebastião solta Benedito e segura em uma

das extremidades da corda e ambos, apertaram o nó para o estrangulamento. Praticado o latrocínio, ambos revistaram o corpo de Benedito, encontraram a quantia cobiçada, de que se apoderaram, atiraram o cadáver na correnteza do rio das Velhas e enterraram o dinheiro dentro da lata de soda perto do local do crime. Voltaram à cidade às cinco horas da manhã; com o intuito de iludirem a polícia e afastarem de si suspeitas, fingiam procurar o amigo, mostrando-se preocupados com o seu desaparecimento. O crime não teve testemunha de vista, e nem podia ser presenciado, não só pela sua espécie como porque foi cometido às primeiras horas da madrugada, digo, da manhã em lugar êrmo. Os apelados confessaram o delito judicial e extrajudicialmente com tôdas as suas circunstâncias e tudo foi confirmado pelos depoimentos das suas mulheres, testemunhas informantes. Guilherme Malta depôs que viu na noite do crime um caminhão amarelo em movimento na cidade e no dia seguinte cedo encontrou-se com o mesmo caminhão, bem parecido com o primeiro, que era guiado por Sebastião (Fls. 74). João Cardoso afirma que viu às 5 horas da madrugada de 29 de novembro da porta de sua casa que fica à beira da estrada entre Uberlândia e Araguari, passar o caminhão, pertencente ao denunciado Joaquim, guiado por êste, estando nêle o outro denunciado Sebastião; reconheceu perfeitamente ambos os denunciados; e que o caminhão era de côr amarela (Fls. 111). A mulher do acusado Joaquim afirma que, às 2 horas, da madrugada, seu marido convidara a Benedito para ir com êle a Uberlândia indo ambos à casa de Sebastião de onde partiram; que regressaram às 5 horas, com a notícia terrível de que Benedito havia desaparecido. Os apelados sabiam que Benedito havia recebido dinheiro, tanto que o censuraram por isso dizendo que devia ter deixado para retirar êste dinheiro no dia de voltar para

30. A transcrição fiel do acórdão é interrompida por uma nota de pé-de-página, redigida pelo advogado, com o seguinte teor: "Não leram as provas. Era pelo cinquentenário de Araguari a festa das barraquinhas. A ponte foi outra festa". (Ob. cit. p. 303).

sua fazenda³¹ (Fls. 105). Todos êstes fatos provam a responsabilidade criminal dos réus³². O despacho de pronúncia bem apreciou a prova, com atenta análise e concluiu por considerar os acusados responsáveis pelo delito praticado. A autoria está perfeitamente constatada. Dificilmente se fará tão plena prova de autoria de latrocínio. A negativa, portanto, não se concilia com a prova feita nos autos. Estão provadas as circunstâncias articuladas no libelo, que demonstram premeditação. Reconhecem o bom comportamento anterior dos acusados. Só uma testemunha os desabona. Em conclusão: Acordam em Câmara Criminal do Tribunal de Apelação do Estado de Minas Gerais dar provimento ao recurso *para cassar a decisão do júri que nenhum apôio encontra nos autos, e nos termos do artigo 96, do decreto-lei 167, condenar os réus Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa no grau sub-máximo do art. 359, da Consolidação das Leis Penais, a 25 anos e 6 meses de prisão celular e multa de 16 1/4 por cento sobre o valor do objeto roubado. Cumprirão a pena na Penitenciária de Neves, e cada um dêles pagará Rs. 200\$000 de sêlo penitenciário. Pagas as custas em proporção pelos réus. Belo Horizonte, 4 de julho de 1939. aa) Batista de Oliveira, presidente — Pedro Nestor, relator — Henrique Bawden — Pedro Licínio — Paula Mota — Alfredo de Albuquerque — Leão Starling, vencido em parte, pois, applicava a pena no grau sub-médio, em face da jurisprudência pacífica dêste e do Supremo Tribunal Federal — Sizenando de Barros — Sabino Lustosa. Presente: a) Lincoln Prates".³³*

14. O pedido de revisão

Em 20.1.40 os condenados requereram perante o juízo de Araguari uma justificação como procedimento preparatório a um pedido de revisão. Foram ouvidas testemunhas que, mais uma vez, comprovaram as violências policiais sobre os réus e suas famílias, assim como a crença geral de que Benedito havia mesmo fugido com o dinheiro.

O pedido fora redigido na Penitenciária Agrícola de Neves onde os condenados estavam cumprindo pena, sob os números 792 (Sebastião) e 793 (Joaquim).

A revisão criminal tomou o número 480 e o Ministério Público opinou pelo indeferimento. Segundo o argumento central do parecer, a confissão achava-se corroborada pela prova circunstancial.

O julgamento ocorreu em 14.8.40, e por unanimidade de votos foi negada a revisão. No entanto, a pena foi reduzida para 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses de prisão celular.

15. O pedido de indulto e o livramento condicional

Em 18.10.42, os réus desesperados imploravam o indulto ao Presidente Getúlio Vargas. Não foram atendidos.

Frustrados na esperança de alcançar a graça presidencial, os condenados requereram, em 17.4.46, o livramento condicional comprovando o cumprimento de 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 1 (um) dia. Na cadeia pública de Araguari haviam penado 1 (um) ano e 6 (seis) meses e o restante de tempo na Penitenciária de Neves. E no dia 25.5.46 o livramento condicional é deferido pelo Conselho após judicioso parecer do relator, Dr. José Ribeiro Penna, que deplorou as torturas e vislumbrou o trágico erro judiciário. Em 5 de agosto, o Promotor Público opina pela concessão do benefício, que é deferido, por sentença de 12.8.46.

31. Outra nota, nas mesmas condições, foi lançada pelo advogado, nos seguintes termos: "Apesar disso, mataram-no! Para que então a precaução?". (Ob. cit. p. 303).

32. Mais uma anotação foi lançada contestando o julgado: "Proviam se não tivessem sido inventados". (Ob. cit. p. 304).

33. Em J. Alamy Filho, ob. cit. pp. 302/304.

Os réus sem crime são libertados. E voltam a Araguari, ao encontro de suas famílias. Apresentam-se mensalmente ao Juiz de Direito portando as cadernetas do livramento.

Sofrendo longa e penosa doença, Joaquim Naves vem a falecer, como indigente, no Asilo da Sociedade de São Vicente de Paulo, em 28.8.48. Antes de tal evento, a 25 de maio do mesmo ano, morria em Belo Horizonte o maior algoz dos infelizes irmãos: o Tenente Francisco Vieira dos Santos.

16. Reaparece o “morto” Benedito Pereira Caetano

O irmão sobrevivente procurava desesperadamente o “morto” até que foi ele capturado pela polícia, sob a assistência do próprio Sebastião. Era o dia 24.7.52 e Benedito Pereira Caetano retornava sorrateiramente à fazenda de seus pais, em Nova Ponte. A detenção foi presenciada pelo repórter do *Diário de Minas*, Felfício De Lúcia Neto.

Acompanhado por policiais e pelo jornalista, Sebastião, angustiado e incontrolável, entrou pela casa a dentro. Benedito dormia placidamente e, ao ser acordado, apavorou-se com a presença daquelas pessoas e gritou: “Pelo amor de Deus, Sebastião, não me mate”. E Sebastião, com lágrimas nos olhos, intensamente comovido, abraça-o dizendo: “Graças a Deus te encontrei para provar a minha inocência. Ninguém te quer matar, vem pra cidade, pro povo ver que você está vivo e que eu sou inocente”.³⁴ E Benedito, dominado pelas circunstâncias, não relutou, vindo sob escolta policial para Araguari, onde foi metido na cadeia após prestar declarações. Era o dia 25.7.52.

Para esclarecer as circunstâncias do desaparecimento e impedir um lincha-

mento provocado pela ira popular, foi aberto contra Benedito um inquérito por apropriação indébita. Colhido o interrogatório e inquiridas testemunhas, foi decretada a prisão preventiva do indiciado. A decisão afirma que estava comprovada a apropriação indébita de apreciável importância em dinheiro no ano de 1937 e que durante o seu longo currículo, por um período de 15 (quinze) anos permaneceu o acusado na senda do crime, revelando alto grau de inaptidão para o bom convívio social.

Mas Benedito ficou detido somente 9 (nove) dias. Obtendo atestações particulares de que o dinheiro com o qual fugira lhe fora emprestado, e atendendo-se que já havia ocorrido a prescrição pela pena em abstrato do suposto ilícito, a prisão foi relaxada. Em seu parecer favorável à revogação, o Ministério Público ponderou que um crime não justificava outro.

17. O novo pedido de revisão cumulado com indenização

Em 30.9.52 foi requerida uma nova revisão do processo. Joaquim foi representado pela sua viúva Antonia Rita de Jesus. O texto foi redigido pelo advogado João Alamy Filho e a petição contou também com a assinatura de seus colegas Drs. Thomaz Naves, Tardieu Pereira e José de Figueiredo Silva. Estes advogados em Belo Horizonte fizeram um adendo para informar que eram de sua exclusiva autoria todas as referências que, no corpo do requerimento, foram dirigidas à luta destemida e permanente do causídico Alamy Filho.

Detalhadamente instruído com a prova de identificação do “morto” e com testemunhas sobre a sua “ressurreição”, após longa e frutuosa peregrinação pelo interior do Brasil, a revisão criminal — que tomou o número 1.632, de Araguari — foi deferida. A decisão, unânime das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi proferida em

34. Em J. Alamy Filho, ob. cit. pp. 321/322.

14.10.53, absolvendo os requerentes em face do erro judiciário e obrigando o Estado de Minas Gerais a pagar indenizações, a serem liquidadas no juízo cível, em favor de Sebastião e da família de Joaquim.

O processo de indenização, após longa tramitação na primeira instância e no Tribunal de Justiça de Minas Gerais³⁵ — que reduziu o valor a ser pago —, chegou ao Supremo Tribunal Federal através de recursos extraordinários, manifestados pelas partes. O relator, Min. Nélson Hungria, conheceu dos recursos mas para negar-lhes provimento com os seguintes argumentos: “*Erro judiciário não é ‘crime’, não havendo, portanto, falar-se, na espécie, em juros compostos. Por outro lado, não é indenizável o dano moral considerado em si mesmo, conforme reiterada jurisprudência desta Corte*”.³⁶

Mais uma vez se insurge o vibrante Advogado da saga dos Naves e ingressa com embargos pleiteando a restauração da sentença de primeira instância. Em sessão plenária de 8.1.60, tendo como relator o Min. Henrique D’Avila, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, reconheceu a existência de atos criminosos dos prepostos do Estado durante a investigação do suposto crime. E que tais ilícitos geravam o dever de indenizar em forma ampliada. A ementa do acórdão constituiu um grande avanço no campo das obrigações decorrentes de ato ilícito. Merece transcrição: “Dano moral — Se repercute na economia particular, causando prejuízos, há que o responsável responder pelas indenizações de direito”.

35. O Estado de Minas Gerais foi citado, na pessoa do então Governador, Juscelino Kubitschek de Oliveira. A sentença de primeiro grau foi proferida em 7.4.56 e em 4.11.58 o Tribunal de Justiça ainda discutia o montante a ser indenizado.

36. Em J. Alamy Filho, ob. cit., p. 356. (Grifos do original).

O Pretório Excelso revigorou, quase integralmente, o julgado de primeira instância. Era a decisão final, após 22 (vinte e dois) anos de cometido o terrível erro judiciário.

18. O valor e a perseverança do Advogado

A notável repercussão do processo e a luta permanente do defensor dos irmãos Naves certamente influenciaram a geração de criminalistas a partir dos anos 50. Entre os diversos aspectos da causa, três deles assumem características de flagrante atualidade social e jurídica, assim consagrados pela Carta Política de 1988: a inadmissibilidade das provas colhidas por meios ilícitos, o dever do Estado indenizar o condenado por erro judiciário e a reparabilidade do dano moral.

O sacrifício das vítimas dos fantásticos tormentos e das odiosas presunções foi a “ponte de passagem” para que a jurisprudência feita pelos pósteros recomendasse a maior cautela sobre o tema da formação do corpo de delito e a prática da vida demonstrasse que é mister “conhecer as leis pela História e a História pelas leis”, como já foi dito por alguém.

Porém, tais reflexões não teriam existido não fosse o minucioso registro que o advogado João Alamy Filho promoveu em seu valioso livro.

Livro que eu retirei de um canto da biblioteca para conhecer o cenário de fantasmagorias e aproximar-me das personagens de uma representação à maneira das antigas tragédias gregas. Em que mundo estarão agora habitando os vivos e os mortos do processo dos irmãos Naves?

Estejam onde estiverem, na presença física ou na recordação da alma, em homenagem a eles vai o pensamento iluminado de Karol Irzykowski (1873-1944): “Não se trata absolutamente de evitar todos os erros e crimes, pois eles são inevitáveis — mas de saber como no meio deles a gente pensa, sente e sofre”.